جامعة القاهرة
كلية الحقوق – الدراسات العليا
قسم القانون التجارى

المكتبة وخدمات المعلومات
المكتبة القانونية
LIBRARY & INFORMATION
SERVICES
LAW LIBRARY
UNIVERSITY OF BAHRAIN

إتفاق وحكم التحكيم
فى منازعات التجارة الدولية

إعداد الباحث

ماهر محمد صالح عبدالفتاح

إشراف

الأستاذ الدكتور/ سميحة القليوبي

أستاذ القانون التجارى – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

ووكيل كلية الحقوق (سابقاً)

٢٠٠٤م

لجنة الحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ سميحة القليوبى **مشرفاً ورئيساً**

استاذ القانون التجارى – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

ووكيل كلية الحقوق (سابقاً)

الأستاذ الدكتور / محمود مختار بريرى **عضواً**

استاذ القانون التجارى – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

ووكيل كلية الحقوق (سابقاً)

الأستاذ الدكتور / محمد عبدالحميد القاضى **عضواً**

استاذ القانون التجارى – ووكيل كليةالحقوق

جامعة الزقازيق – فرع بنها

٢٠٠٤م

شكر وتقدير

أحمد الله العظيم، وأثنى على نعمانه، وأصلى وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه ومن أتبع هديه إلى يوم الدين ٠

أتقدم بجزيل شكرى وخالص تقديرى لإستاذى الفاضل الأستاذ الدكتور/ سميحة القليوبى استاذ القانون التجارى ووكيل كلية الحقوق (سابقاً) والعالمه الجليلة التى كرست حياتها للعلم، والتى هونت لى الصعاب وأمدتنى من فيض علمها، حتى ظهر هذا العمل إلى الوجود، أدام الله عليها الصحة والعافية، وجزاها عنى كل الخير ٠

وأهدى لسيادتها كلمة إجلال وتقدير، وهذا الإجلال وذلك التقدير ينبع من حصاد عملى فى إعداد الرسالة التى كان لأستاذتى الفاضلة عظيم الأثر فى تكوين منهج التفكير عندى ، فكان مولد الرسالة التى شرفت بإشراف سيادتها عليها ، ثمرة لهذا التكوين ، وكان لنصائحها والإرشاد والتوجيه التى قامت به فى توجيهى أثره البالغ فى إخراج الرسالة بالصورة التى ظهرت عليها ٠

كما أتوجه بالشكر إلى الأستاذ الدكتور/ محمود مختار بريرى أستاذ القانون التجارى ووكيل كلية الحقوق- جامعه القاهرة (سابقا) الذى يعد أحد علماء التحكيم الدولى على مستوى مصر والعالم العربى، والذى تكرم ووافق مشكوراً بتشريفى بالإشتراك فى لجنة مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها ٠

فله منى كل الإجلال وغاية التقدير، لأنه تجشم عناء قراءة الرسالة وتقييمها رغم ضيق وقته وكثرة أعماله ٠

كما أتقدم بخالص التقدير والاحترام للأستاذ الدكتور/ محمد عبدالحميد القاضى أستاذ القانون التجارى ووكيل كلية الحقوق- جامعة الزقازيق فرع بنها الذى تكرم ، رغم أعبائه الجسام، وشرفنى سيادته بقبول المشاركة فى لجنة مناقشة الرسالة والحكم عليها ٠ فلك منى كل شكر وتقديرى ٠٠٠

إلى أساتذتي الإجلاء جزاكم الله عنى وعن كل طلاب العلم خير الجزاء ٠

الباحث

إهـــداء

إلـى مـن أديـن لهما بوجودى٠٠٠٠٠٠ ومن دعائهما التوفيق والسداد٠

إلى أبي وأمى٠٠٠٠٠

الباحث

مقدمـــــة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين ٠

وبعد

أصبح التحكيم اليوم من أهم الظواهر القانونية التى أتسع نطاقها حتى عم الاعتراف بها كافة دول العالم بالرغم من اختلاف أنظمتها القانونية وأوضاعها الاقتصادية تاركة لها مكاناً متزايداً فى تحقيق العدالة بين الأطراف المتنازعة٠

ولعل الذى يؤكد ذلك هو الإقبال الشديد من المتعاملين بالتجارة الدولية فى حسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم فى هذا المجال عن طريق التحكيم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية – فى الوقت الحاضر – من شرط يصار بموجبه إلى اتباع التحكيم عند حدوث نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ هذا العقد٠

والسبب الرئيسي فى ذلك يرجع فى أن التحكيم يستند فى الأساس إلى إرادة الطرفين، فهما اللذان يختاران الأشخاص الذين يتولون مهمة الفصل فى المنازعات عن طريق التحكيم، وهؤلاء يسمون بـ " هيئة التحكيم" أو المحكمين، كما أن طرفا التحكيم لهما حرية اختيار مكان التحكيم والقواعد الواجبة التطبيق على سير إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع٠

وكل هذه الأمور تجعل أطراف النزاع على ثقة من أن نزاعهم سوف يتم تسويته بشكل عادى وقانوني الأمر الذى يجعل تنفيذ الحكم التحكيمي يتم فى أغلب الأحوال بشكل رضائي أو طوعي من جانب المحكوم ضده ٠

وما كان القضاء – باعتباره الوسيلة الأصلية لفض المنازعات – لينمو بنفس النسبة التى تتكاثر بها المنازعات وتتعقد وتتشابك، فهو مقيد فى عدد قضاته بقواعد منضبطة شكلية، لكن فى مجال التحكيم يمكن أن يزيد فى عدد الحكام بقدر الحاجة مع عدم التقيد

بالضوابط الشكلية سعياً إلى تحقيق العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدى لها أمام محاكم السلطة القضائية فى الدولة.

وبجانب ما تقدم فهناك عدة أمور هامة كان لها الأثر الفعال فى رواج التحكيم وانتشاره بين أفراد الدول المختلفة كوسيلة لفض المنازعات التى قد تثور بينهم وهى: (١)

الأمر الأول: ما يحققه التحكيم من حفاظ على أسرار المتنازعين بقدر كبير عما تفضحه علانية الجلسات وسائر تطبيقات مبدأ العلانية فى المحاكمات القضائية. (٢)

---

(١) راجع فى مزايا التحكيم ومبررات اللجوء إليه:

Foustoucos, l'arbitrage interne et international en droit privé hellenique, paris, 1976, p. 3 et s, R. David, l'arbitrage dans le commerce international, Econcnica, 1981, p. 28 et, H.R. otteniof , les conciliateurs, la conciliation, une étude comparative, Economica 1983 p. 5 et s.

وراجع أيضا: د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دروس ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ١٩٧٣م، ص ١٧ وما بعدها، وطبعة ١٩٩٧م، دار النهضة العربية، ص ٣٠ وما بعدها، د. وجدي راغب فهمي ، نظام التحكيم فى قانون المرافعات الكويتي، بحث برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق – جامعة الكويت، ١٩٩٣م، ص ٢ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته ،الطبعة الثانية، ١٩٩١م دار الفكر العربي، ص ٢١٢ وما بعدها، د. مختار أحمد بريرى، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، ص ٨ وما بعدها، د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٥١ وما بعدها، د. أحمد هاشم زغلول، أصول التنفيذ، الطبعة الرابعة، ١٩٩٧م، بند ١٣٥، د. على بركات ، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة، حقوق القاهرة، ١٩٩٦م ، ومنشور بدار النهضة العربية، ١٩٩٦م، د. محمود السيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده، ١٩٩٥م، ص ٣ وما بعدها.

(٢) وتحقق هذه الميزه بصفة خاصة فى مجال العلاقات الدولية، حيث أن السرية فى هذه المعاملات تعد فى الواقع إحدى الضمانات الهامة للشركات المتنازعة، ذات السمعة العالمية ، حيث تعتمد فى معاملاتها أساساً على الثقة فيها والبعد عن المشاكل والإعلان والنشر اللازمين لأحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة والتى تمثل أضراراً بالغة فى مجال المعاملات التجارية. راجع: د. فتحى والى، مبادئ قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦م، ص ٤١ وما بعدها، د. محمد عبدالخالق عمر، المرجع السابق، ص ٩٧، د. وجدي راغب فهمي، مفهوم التحكيم وطبيعته، مقالة ألقيت فى الدورة التدريبية للتحكيم – جامعة الكويت فى كلية الحقوق ، ١٩٩٢م- ١٩٩٣م، ص ٤ وما بعدها، د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م، ص ٣ . وراجع أيضا:

E. Bertrand, confidentialité de l'arbitrage, Revue de droit des affaires internationales, 1996, 2., p. 169 et s.

الأمر الثانى: ما يوفره التحكيم من سرعة صدور الحكم وتنفيذه، مما يقطع دابر الأضرار التى قد تصيب المحكوم لصالحهم عن عدم تنفيذ الأحكام الصادرة لهم بسبب تعدد درجات التقاضى وقابلية الحكم للطعون العادية وغير العادية وإشكالات التنفيذ وما قد يقع من خطأ فى اتباع الإجراءات الشكلية، فيهدم فى لحظة ما بناه القضاء فى أعوام عديدة يستغرقها فى إصدار الحكم، وما إلى ذلك من المعوقات التى يستطيع الخصوم أن يتحاشوها كلها أو على الأقل بعضها فى مجال التحكيم عن طريق قواعد محدده يتفقون عليها قبل صدور الحكم النهائي فى النزاع. (١)

والأمر الثالث: هو أن نظام التحكيم يكفل لأطراف الاتفاق على التحكيم اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، وبذلك يمكن أن يتحققوا من درجة التخصص المطلوبة فى موضوع النزاع، وهذه ميزه قد لا تتوافر فى القضاء العام فى الدولة الحديثة. (٢)

والأمر الرابع: يتمثل فى أن نظام التحكيم يحقق الحلول الذاتية التى تلائم معاملات وعقود التجارة الدولية، عن طريق إرساء بعض العادات أو القواعد التى لا نظير لها فى الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها وإتجاهاتها – ويساهم فى خلق عادات جديدة، بحيث يصير القانون الموضوعى للتجارة الدولية – ومع مرور الزمن – مستوفى وفى معظمه – من السوابق التحكيمية، التى تتبلور فيه القواعد الملائمة لحل مشاكل تلك العقود. (٣)

---

(١) راجع فى ذلك : د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربى، ١٩٩٠، بند ٨١ وما بعده ، د. محمد عبدالخالق عمر، النظام القضائى المدنى، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٧٦م، ص ٩٧، د. عبدالمنعم بدر، التحكيم فى علاقات التأمين، ورقة عمل مقدمة إلى مركز أبوظبى للتوفيق والتحكيم التجارى، ٢٥ مايو سنة ١٩٩٥م. وراجع أيضاً :

B. Hanotiav, arbitrage, médiation, conciliation, approches d'Europe continentale et common law, R. D. des Affaires internatinales, 1996, p. 203 et s.

(٢) راجع: د. فتحى والى، مبادئ قانون القضاء المدنى، المرجع السابق، ص ١٩٨ وما بعدها، د. محمد عبدالخالق عمر، المرجع السابق، ص ٩٨، د. محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ص ٣٠ وما بعدها.

(٣) راجع: د. سلامة فارس عزب، دروس فى قانون التجارة الدولية، ٢٠٠٠م، ص ٩٠ وما بعدها.

والأمر الخامس: يتمثل فى أن نظام التحكيم- فى المجال الدولى- قليل النفقات مقارنة بالالتجا إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، حيث أنه لا يتطلب رسوماً أو أتعاب محامين.(١)

والأمر السادس: يتحقق فى أن نظام التحكيم يعد انعكاسا للاحتفاظ بالعلاقات الطيبة بين الأطراف المحتكمين، ولذلك قال البعض أن الأطراف يلجئون إلى القضاء وهم ينظرون إلى الخلف بينما يلجئون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام(٢) ، فى حين أكد البعض الآخر أن التحكيم هو نظام للسلام والوئام بين الأطراف.(٣)

ونتيجة لذلك وجد أطراف النزاع ضالتهم وغايتهم فى إتباع نظام التحكيم وأكتشفت الدول أن ما ظنته عدواناً على سيادتها أو نيلاً من قضائها لا يمثل الواقع، فسيادة الدولة ما زالت باقية لها ما دام نظام التحكيم نفسه لا يتم إلا برضاها وفى حدود ما تسمح به وفقاً لتشريعها الداخلي، وقضاؤها لا يفقد شموخه وهيبته إذا سمح للتحكيم أن يشاركه فى حسم المنازعات المختلفة، فالمرجع والمآل إليه فى النهاية ذلك أن القضاء هو الذى يسبغ على التحكيم قوته.

ولذلك فنحن نؤيد ما ذكره أحد واضعي دستور الثورة الفرنسية لسنة ١٧٩٠م. حينما ذهب إلي القول بأن " إقامة العدل ما هو إلا الدين الثاني على المجتمع، أما منع الدعاوى فهو الدين الأول . يتعين على المجتمع أن يقول للخصوم أنه : حتى يمكن الوصول إلى

---

(١) راجع: د. محيى الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء الأول، ١٩٨٦م، ص٩ وما بعدها، د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٩٧م، ص ٢٢٤ وما بعدها، د. ثروت حبيب، المرجع السابق ،ص ١٠٠ وما بعدها، د. وجدى راغب فهمى، المقالة السابقة، ٨ وما بعدها ، د. قحطان الدورى، عقد التحكيم فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م، ص٣١ وما بعدها.
وراجع أيضا:
H. Roland et L. Boyer, Institution judiciaire, Hermés, Lyon, 1979, p.13 et s.

(٢) أنظر: د. كمال إبراهيم، التحكيم التجارى الدولى، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولى، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٩١م، ص ٦٨ .

(٣) أنظر : د. ثروت حبيب ، دراسة فى قانون التجارة الدولة، المرجع السابق ، ١٠٦ .وقد عبر الأستاذ الدكتور محسن شفيق عن ذلك بقوله " **أن القضاء العادى هو قضاء العلاقات المحطمة**، يحتكم إليه الخصمان فيغلب إدعاء أحدهما على إدعاء الآخر ثم يصرفهما غريمين ، هذا رابحا فرحا وذاك خاسراً محسوراً، بينما التحكيم هو **قضاء العلاقات المتصلة**، يجئ إليه الخصمان والعلاقات قائمة بينهما، وينصرفان من حضرته ولا تزال العلاقات قائمة وقد إنقشع ما أسدل عليها من خلاف ..." التحكيم التجارى الدولى، دراسة فى قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٧م، ص ٣٢ وما بعدها.

معبد العـــدل، ينبغي المرور بمعبد الوئام أو الألفة أو المودة. وأتمنى أنه بمروركم على هذا المعبد سوف تتراضون وتتوافقون وتتصالحون". (١)

والمتتبع لنظام التحكيم فى العصر الحاضر يجده فى نماء مستمر – ولا غرابة فى ذلك بعد سرد ما سبق من العوامل التى ساعدت على هذا النمو – فلم يكتفى بالمنازعات بين الأفراد وإنما أمتد التحكيم ليشمل المنازعات التى قد تثور بين الأفراد والدول، بل والتى قد تثور بين الدول وبعضها، ولم يقف عند التحكيم الحر الذى يطلق فيه للأفراد العنان فى اختيار قواعد التحكيم ومكانه ومدته وأشخاص المحتكم إليهم وإنما شمل أيضاً التحكيم الذى يلجأ فيه الخصوم إلى هيئات دائمة انتشرت فى أنحاء العالم تحت اسم محاكم التحكيم أو مراكزه أو غرفه أو جمعياته، وهى هيئات تسعى إلى خدمة أطراف التحكيم وتهيئة الظروف لإجرائه بما توفره من فنيين دائمين (سكرتارية) وما تسنه من لوائح أو تضعه من قوائم بأسماء المحكمين المؤهلين فى مختلف فروع التخصصات. (٢)

وليس بغريب بأن يكون للتحكيم مثل هذه الأهمية ذلك لأن التطور الهائل الذى حدث فى وسائل المواصلات فى العصر الحاضر ألغى المسافات وجعل العالم بجميع قاراته كأنه قرية صغيرة تتصل أجزاؤها اتصالاً وثيقاً، وبالطبع انعكس ذلك على التجارة الدولية ووسائل وأدوات جديدة فى مجال النشاطات التجارية الدولية، وتغيرت الهياكل الاقتصادية فى العديد من دول العالم إن لم يكن فى كل دول العالم بلا استثناء. (٣)

---

(١) وقد ذكر فى ذلك:
"Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société; empêcher les proces est la premiére. Il faut que la société dise aux parties que, pour arriver au temple de la justice. Il faut passer par celui de la concorde; y'espére qu'en y passant vous transigerez.." .

راجع:

Prugnon, Archives parlementaire, Tome xv 1, p. 739.

(٢) أنظر: د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، ص٢١، المستشار محمد بدر يوسف المنياوى: بحث بعنوان" مبدأ التحكيم فى الفقه الإسلامى"، منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد التاسع، ج ٤، ١٩٩٦م ص، ١٣ .

(٣) راجع: د. ولاء رفعت، التحكيم التجاري الوطني والدولي فى المملكة العربية السعودية، إصدار الغرفة التجارية الصناعية بجدة، لعام ١٤١٩ هـ ، ص ٣٠ .

هذا وتبدو أهمية التحكيم بصفة خاصة فى حالة عقود الإستثمارات الدولية، وهى فى الغالب ما تتم بين دولة نامية أو إحدى مؤسساتها العامة وبين مستثمر أجنبى فرداً كان أو شركة [1] .وهنا تبدو الريبة متبادلة بين الطرفين، إذ أن الدولة النامية وهى التى تحررت حديثاً لا تزال تعانى من رواسب الماضى حين كانت مستعمرة، وما زال هذا الحاجز النفسى موجوداً وهو الذى يحول دون تقبل هذه الدول للخضوع لأنظمة قانونية أجنبية. كما أن الفرد أو الشركة الأجنبية فى هذه الحالة قد يحاول هو الآخر تجنب قانون هذه الدولة أو الخضوع لقضائها الوطنى، أما لعدم الثقة فى هذا القضاء الوطنى وإما لخوفه من حدوث أمور غير متوقعه، كما لو اتخذت الدولة فى مواجهته قرارات مفاجئة أو تعسفية تصدرها الدولة بما لها من سيادة لتحقيق أى اعتبار سياسي أو اقتصادى أو غير ذلك. [2] تلك كانت بعض الأسباب التى توضح مدى أهمية التحكيم وتفسر فى نفس الوقت انتشار التحكيم فى العلاقات التجارية الدولية حتى صار من مقوماتها، ولذا أصبح التحكيم التجارى الدولى مستقلاً عن نظام القضاء الوطنى وحظى بالرعاية والاهتمام الدوليين. [3]

ولقد أهتمت البلاد العربية – بل والبلاد الغربية – على اختلافها بالتحكيم فخصصت له باباً مستقلاً فى تشريعاتها الداخلية المنظمة للتقاضى مثل قوانين المرافعات المدنية والتجارية أو قوانين أصول المحاكمات المدنية، بل إن بعض هذه الدول أولى التحكيم أهمية

---

(١) وفى تفصيل أهمية التحكيم فى مجال استثمار المال العربى والأجنبى فى المناطق الحرة أنظر: د.أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختيارى والإجبارى، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨م، ص ٣٩٧ . وأنظر أيضا: التحكيم بالصلح فئ الشرع الإسلامى والقوانيين الأوربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة للتحكيم المنعقد بفندق النيل هيلتون، يناير سنة ١٩٨٩م، ص ٣٠ وما بعدها. وهو يشير إلى أن المملكة العربية السعودية كانت لا تقر الأخذ بنظام التحكيم ولكن لضرورة التطوير الذى حدث لا سيما فى المجال الإقتصادى فقد عدلت المملكة عن موقفها وأخذت بالتحكيم وأصدرت نظاماً جديداً فى عام ١٩٨٣م بلائحته التنفيذية الصادرة فى عام ١٩٨٥م والمعمول به الآن.

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص ، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص ٥ ، د. ولاء رفعت، المرجع السابق، ص ٢٦ .

(٣) أنظر: د. محسن شفيق: التحكيم التجارى الدولى ، دراسة فى قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ص ٣٤ وما بعدها ، د. ولاء رفعت، المرجع السابق، ص ٢٦، وأنظر بصفه خاصة فى أهمية التحكيم بصفة عامة: د.أبوزيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربى، القاهرة، ١٩٨١م، ص ٣ وما بعدها.

خاصة فخصه بنظام مستقل (قانون) جمع فيه شتى أحكامه، ومن هذه الدول مصر حيث أصدرت قانوناً للتحكيم برقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، وكذا المملكة العربية السعودية التى أصدرت نظاماً للتحكيم بالمرسوم رقم(٤٦) بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ الموافق ١٩٨٣/٤/٢٥م ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء برقم (٢٠٢١/٧م) بتاريخ ١٤٠٥/٩/٨ هـ الموافق ١٩٨٥/٥/٢٧م[١]،وقد تميز هذا النظام الجديد بمسايرته للتطورات التشريعية الحديثة فى مجال التحكيم بصفة عامة مع انفراده فى نفس الوقت بقواعد أضفت عليه صبغة التميز فى مجال التحكيم ، وغير ذلك من الدول العربية التى أولت نظام التحكيم بتشريع مستقل .

على أن اهتمام هذه البلاد بالتحكيم لم يقف عند حد إصباغ المشروعية عليه وتنظيمه وإنما أمتد – فى الكثير منها – ليشمل التصديق على اتفاقيات دولية صدرت بشأن التحكيم ومنها اتفاقية نيويورك سنة ١٩٨٥م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فقد انضمت إليها مصر بعد ما صدقت على أحكامها فى ٧ مارس سنة ١٩٥٩م، كما انضمت إليها السعودية منذ فترة ليست ببعيدة وذلك فى بداية عام ١٩٩٣م، وذلك فى إطار سياسة تأمين الإستثمارات المشتركة والأجنبية .

كما وضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة قواعد خاصة بالتحكيم كما وضعت هذه اللجنة أيضاً قانون سمي بالقانون النموذجى للتحكيم يمكن للدول أن تتخذه مصدراً ودليلاً لتطوير قوانينها الخاصة بالتحكيم بحيث تجعلها متفقة مع التطورات التى حدثت فى هذا المجال على صعيد المعاملات التجارية الدولية .

ومنذ بداية القرن العشرين عقدت عدة اتفاقيات جماعية وثنائية بين الدول العربية وغيرها لأجل معالجة مسائل التحكيم فى العلاقات التجارية وكيفية تنفيذ الأحكام التحكيميه الصادرة فى المنازعات الناجمة عن تلك العلاقات بين أفراد الدول المختلفة .

بل وأن الاهتمام بالتحكيم أيضاً قد أمتد إلى أكثر من هذا الحد عندما عمدت بعض

---

(١) ولقد ألغى هذا القانون من نظام المحكمة التجارية المواد التى كانت تنظم التحكيم .

الدول على إنشاء مراكز دائمة للتحكيم على إقليمها كالمركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة،[1] وهيئة التحكيم بالمحكمة الكلية بالكويت، وغرفة تجارة وصناعة البحرين، وغرفة صناعة عمان، وغرفة تجارة وصناعة دبى، والأمانة العامة لاتحاد الغرف الخليجية، وما إلى ذلك من مراكز التحكيم الدائمة فى مختلف الدول.[2]

خطة البحث:

إن دراسة التحكيم توجب البحث عن بيان ثلاثة مراحل يمر بها التحكيم: الأولى وهى مرحلة الاتفاق على التحكيم وهذه المرحلة تمثل حجر الأساس الذى يركن إليه التحكيم، والثانية مرحلة الإجراءات عند قيام النزاع، أما المرحلة الثالثة فهى مرحلة صدور الحكم وطرق الطعن فيه.

وسيدور هذا البحث حول دراسة مسائل كل مرحلة من هذه المراحل لنرى مدى اختلاف أو اتفاق التشريعات الوطنية فى شأنها وكيف عالجتها الاتفاقيات الدولية، وسيكون التحكيم التجاري الدولي هو مناط هذه الدراسة معتمداً فى ذلك على ما تقرره نصوص قوانين التحكيم فى كل من جمهورية مصر العربية، والمملكة العربية السعودية، وقانون التحكيم الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة والذى جاء فى الباب الثالث من قانون المرافعات المدنية لدولة الإمارات، على أن تكون هناك مقارنة بين نصوص هذه التشريعات الوطنية وبعضها وبينها وبين بعض القوانين الغربية (غير العربية) وبيان موقف الشريعة الإسلامية الغراء فى بعض مواطن هذه المقارنات. بيد أنه ستقتصر هذه المقارنة على المسائل الرئيسية البارزة فى نصوص هذه التشريعات وذلك حتى تسفر هذه المقارنات عن النتيجة المرجوه منها فى صورة واضحة.

كما يجب التنويه أن بحثنا سيقتصر على مرحلتى الاتفاق وصدور الحكم بإعتبار أن

---

(١) والذى أنشأ بقرار من اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وأفريقيا الصادر فى دورتها التى عقدت بالدوحة فى يناير عام ١٩٧٨م، والصادر بقرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم(١٠٤) لسنة ١٩٨٤م.

(٢) سيتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن وسيلة التحكيم لفض المنازعات قد عرفتها المجتمعات البدائية للبشرية قبل معرفتها نظام القضاء، وذلك من خلال دراسة التطور التاريخى لنظام التحكيم.

المرحلة الأولى (مرحلة الاتفاق على التحكيم) تمثل نقطة البداية فى عملية التحكيم ومصدر تميزه عن غيره من وسائل تحقيق العدالة، والمرحلة الثانية (مرحلة صدور حكم التحكيم) تمثل النتيجة المتوخاه من هذه العملية والتى ينتظرها أطراف التحكيم (الخصوم بترقب شديد) ٠

أما مرحلة الإجراءات فهى مرحلة وسطى بين هاتين المرحلتين السابقتين والبحث لا يغفلها تماماً بل سيأتي الإشارة عن مسائل هذه المرحلة فى جزئيات هذا البحث كلما لزم الأمر ٠

ومن ثم فإن البحث يدور حول مرحلة الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ومجاله والآثار المترتبة عليه وحول مرحلة صدور الحكم وشروط صحته وآثاره وكيفية تنفيذه والطعن فيه ٠

ولا شك أن بيان ذلك كله يتطلب دراسة مستفيضة قد لا يسعها هذا البحث لكثرة وتشعب الأحكام التى تترتب على جزئيات كل مسألة من مسائل هذه المراحل ٠ فإذا أو جزنا الكلام فى بعض المواطن – دون إخلال إن شاء الله – فحسبنا فى ذلك عدم التكرار أو تجنبه وإتباع الجديد والحديث الذى ظهر على ساحة الميدان فى عالم التحكيم فى الوقت الحاضر ٠ وسوف تكون الدراسة مقارنة بين النظام القانونى المصري والفرنسي وبعض الأنظمة العربية كمحاولة لإجلاء النقاط محل البحث، وسيتخلل ذلك بحث وتحليل الأسئلة المطروحة أمام الفقه والقضاء فى كل من الأنظمة القانونية محل الدراسة المقارنة ٠

هذا وقد رأيت قبل التعمق فى البحث عن هذه المراحل وما يتفرع عنها من مسائل أن أمهد لذلك ببحث فى تاريخ نشأة التحكيم ومفهومه من خلال باب تمهيدي بهدف الكشف عن وجود أو عدم وجود نظام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد فى العصور القديمة والوسطى بل (وعند العرب قبل الإسلام وبعده) وبهدف التعرف على أساس هذا النظام ومفهومه حتى يسهل لنا تميز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة ٠

وبناءً على ذلك قسمت البحث إلى ثلاثة أبواب ممهداً لها بباب تمهيدي وذلك على النحو التالي:

الباب التمهيدي : نشأة التحكيم ومفهومه .

الباب الأول: التنظيم القانونى لإتفاق التحكيم التجاري الدولى.

الباب الثاني: التنظيم القانونى لحكم التحكيم التجاري الدولى وتنفيذه.

الباب الثالث: أحكام بطلان حكم التحكيم التجاري الدولى.

****

باب تمهيدي

نشأة التحكيم ومفهومه

تمهيد وتقسيم:

لقد أخذت الدول المعاصرة على عاتقها – بعد تدخلها فى الحياة الإجتماعية الإقتصادية- واجب تحقيق العدالة بين أفراد الدول المختلفة وذلك عن طريق أجهزتها الوطنية التى أولتها سلطة الفصل فى المنازعات التى قد تثور بين هؤلاء الأفراد تحقيقاً للأمن والأمان لهم.

ولا شك أن اتساع نطاق التحكيم وذيوعه على هذا النحو يمثل فى هذا الوقت انعطافاً فى تطور وظيفة الدولة بمفهومها التاريخى. فقد عرفت البشرية فى ظل المجتمعات القديمة نظام التحكيم فى عهودها البدائية واتخذت منه وسيلة لحسم المنازعات التى تقع بين الناس على أساس من القواعد العرفية والتقاليد السائدة فى هذه العصور القديمة ، ثم عزفت عنه ردحاً من الوقت لتعود إليه مرة أخرى بخطوات ثابتة وسريعة تلتمس فيه العلاج فى فض منازعاتها المعقدة. (١)

فالتاريخ يشهد بتطبيقات عديدة للتحكيم فى الأيام الموغلة فى القدم فى عصر قدماء المصريين وعصر الإغريق والرومان وأيام العرب فى الجاهلية وفى الإسلام، ثم يروى التاريخ كيف أفل نجم التحكيم مع نشأة الدولة بمفهومها الحديث بحجة أنه يتعارض مع سيادتها وينتقص من سلطان السلطة القضائية التى لها الولاية الكاملة فى حسم المنازعات على مختلف أنواعها، ثم يعود التاريخ ليروى كيف كشفت المدنيات الحديثة الغطاء عن نظام التحكيم لتجده أقوى مما كان متلائماً مع سيادة الدولة غير متنافر معها داخلاً تحت عباءة

---

(١) يعتبر التحكيم فى العصور القديمة هو القاعدة فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد، والجماعات فى المجتمعات القديمة. راجع فى ذلك :

H. Motulsky, l'évolution recente en matiére d'arbitrage international, Rev. arb. 1959,p. 3 et s.

وراجع أيضا: د. صوفى أبوطالب، مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية، ١٩٦٧م، ص ٦٩ ومابعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص ، ١٩٨٦م، ص ٤٢ وما بعدها، د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختيارى والإجبارى، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨ م، ص ١٥ وما بعدها، د. عزمى عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتى، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، ص١٢ ومابعدها، د. محمود محمد هاشم ، المرجع السابق، ص ٢١٢وما بعدها، د. محمد نور عبدالهادى شحاته، النشأة الاتفاقية لسلطات المحكمين، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣م، ص ٥ وما بعدها، د. على بركات، المرجع السابق، ص ١ وما بعدها، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٢٢٤ ومابعدها.

القضاء غير منفلت منها ليحمل القضاء أثقالاً بعد أثقال فى كفاءة تحقق للخصوم ما يفتقدونه أمام القضاء من سرعة فى حسم المنازعات وتنفيذ الأحكام الصادرة بشأنها مع الحفاظ على أسرار الأطراف المتنازعة.

والكشف عن هذه المعرفة التاريخية لنظام التحكيم تقتضى استعراض التحكيم فى العصور القديمة والوسطى والحديثة بل وعند العرب قبل الإسلام(فى الجاهلية) وبعده، ثم بيان الأساس القانونى الذى يرتكز إليه التحكيم حتى يتسنى لنا الوصول إلى تعريفه وأنواعه وخصائصه وأهميته لا سيما فى مجال التجارة الدولية ولبيان ذلك ينبغي تقسيم هذا الباب إلى أربعة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول : التطور التاريخي لنظام التحكيم.

الفصل الثانى : تعريف التحكيم وأنواعة .

الفصل الثالث : الطبيعة القانونية للتحكيم.

الفصل الرابع : تمييز التحكيم عن غيره من النظم المتشابهة.

****

الفصل الأول

التطور التاريخي لنظام التحكيم

عندما بدأت تخطو المجتمعات البدائية خطواتها الأولى فى سلم المدنية والحضارة، كان نفاذ القانون الوضعى وكفالة إحترامه متروكاً لمشيئة الأفراد والجماعات، وهو ما كان يعرف بنظام القضاء الخاص Justice privée ، ونظراً لعدم كفاية هذا النظام فى تحقيق العدل وغياب القيم الخلقية أمام اعتبارات القوة وسيطرة أصحاب النفوذ وضياع الحق فى مواجهة القوة ظهرت أزمة القانون الوضعى فى تلك الحقبة.(١)

ولذلك وللتغلب على هذه الثغرات ظهر نظام التحكيم فى صورة المختلفة لكى يصبغ على النظام القانونى الإنسانى صفة الحياد والعدل والتطور، إذ أدى تطبيق هذا النظام إلى إسناد الأطراف الفصل فى النزاع إلى شخص ثالث" محكم" L'arbitre من الغير، يكون محايداً، ومجرداً من المصلحة ، بشأن المنازعات المعروضه عليه، ولذلك فإن ظاهرة أو نظام التحكيم – كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ليس بظاهرة جديده مستقلة بجذورها عن الماضي السحيق وإنما هو تطبيقاً لفكرة التحكيم فى المجتمعات القديمة وإمتداد للتحكيم التجارى الدولى فى العصور الوسطى.(٢)

وبناء عليه سنقوم بدراسة هذا الفصل فى المباحث التالية:

المبحث الأول : نظام التحكيم فى العصور القديمة.

المبحث الثانى : نظام التحكيم فى العصور الوسطى.

المبحث الثالث : نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام وبعده.

المبحث الرابع : نظام التحكيم فى العصر الحديث.

---

(١) أنظر: د. أحمد ماهر زغلول، الموجز فى أصول وقواعد المرافعات، الكتاب الأول، التنظيم القضائى ونظرية الاختصاص، ١٩٩١م، ص ٦ .

(٢) راجع فى ذلك: د. صوفى أبوطالب، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها، د. حسني المصرى، شرط التحكيم، مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى والقانون الدولى، العريش فى الفتره من ٢٠- ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٨٧م، المطبعة المصرية الحديثة، ١٩٨٨، ص ١٤٧ وما بعدها، د. محمودالسيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده، ١٩٩٥م، ص ٣ وما بعدها.

المبحث الأول

نظام التحكيم فى العصور القديمة

عرفت المجتمعات القديمة من غير العرب – كما سلف القول – نظام التحكيم، بيد أن هذا النظام قد أخذ صوراً شتى اختلفت من عصر إلى آخر، ومن حضارة إلى أخري، ومن مجتمع إلى مجتمع آخر، حسب الظروف الإجتماعية والسياسة التى سادت فى كل عصر من هذه العصور، وكل مجتمع من تلك المجتمعات كما سنرى من خلال الحديث عن بعض الحضارات الكبرى القديمة:

أولا: التحكيم فى العصر الفرعونى:

كان الكهنة فى مصر القديمة هم الذين يتولون مهمة الفصل بين الخصوم رسمياً عن طريق القضاء نيابة عن الملك الذى هو أصلاً القاضى الأول، وكانت هذه المهمة مقصورة فى هذا الوقت على المدن الكبرى حيث توجد المعابد، أما فى الأقاليم فقد كان أمراؤها هم الذين يتولون سلطة القضاء بين الخصوم نيابة عن القاضى الأول (الملك) ثم استقلوا بهذه السلطة عن الملك إبتداءً من عهد الأسرة السادسة.

وقد كان الحكم الذى يصدره هؤلاء الأمراء فى الخصومات التى ترفع إليهم حكماً نهائياً لا يقبل الطعن، وبالرغم من ذلك فقد كان للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم لفض ما ينشأ بينهم من منازعات، و كان أطراف النزاع بموجب اتفاق التحكيم يحددون المحكم والإجراءات الواجب اتباعها أمام المحكم، وكان حكم المحكم نهائياً وقابلاً للتنفيذ دون حاجة لعرضه مرة أخرى على القضاء. والتحكيم على هذا النحو كان يسمى بالقضاء الخاص، وقد كان إنذاك مبدأ عام يسود المجتمع المصرى القديم هو مبدأ التضامن والدفاع المشترك، ويعنى هذا المبدأ أن حياة كل مواطن كانت فى حماية المجتمع ككل على أساس تضامن الجميع فى الدفاع عن حياة كل فرد فى المجتمع. (١)

---

(١) راجع فى هذا الشأن: د. إبراهيم العنانى، العلاقات الدولية، دار الفكر العربى ،ص ١٧٦ وما بعدها، د. صوفى أبوطالب، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص ٢٠٣ وما بعدها، د. عبدالمحسن القطيفى، دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية، مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة عن شمس، ١٩٦٩م، العدد الأول، ص٣٢ =

ثانيا : التحكيم فى العصر الإغريقي:

أيضاً عرف اليونانيون القدماء(الإغريق) التحكيم على نطاق أوسع من العصر الفرعوني، سواء فى العلاقات الداخلية أو الخارجية. ففي مجال العلاقات الداخلية – سواء المدنية منها أو التجارية – كان يلتزم كل مواطن من مواطني أثينا بتسجيل أسمه فى القوائم المعدة للمحكمين للقيام بهذه المهمة، وذلك نظراً لازدياد العبء على المحاكم الشعبية التى كانت موجودة فى هذا الوقت، بحيث كان يعاقب بالحرمان من بعض الحقوق كل من يتخلف أو يتقاعس عن هذا الواجب.

وقد كانت مهمة المحكم الإصلاح بين الخصمين، فإن أخفق فى ذلك أصدر حكمه مشفوعاً بقسم،ويمكن استئناف هذا الحكم من قبل الخصم الخاسر أمام المحاكم الشعبية التى كانت قد أحالت ذات النزاع من قبل لهيئة المحكمين لأجل الصلح بين الخصوم.

وأما فى مجال العلاقات الخارجية، فقد كان هناك مجلس دائم للتحكيم مهمته تولى الفصل فى المنازعات التى تقوم بين المدن اليونانية سواء كان موضوع هذه المنازعات يتعلق بالمسائل المدنية أو التجارية أو تلك التى تتعلق بالحدود.

بل وقد عرف اليونان فى ذلك الوقت معاهدات التحكيم الدائمة بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة.(١)

ثالثا: التحكيم فى العصر الروماني:

عرف الرومان التحكيم سواء فى عهد الإمبراطورية أو فى عهد الجمهورية. ففى عهد الإمبراطورية كان الإمبراطور هو الذي يرأس المحكمة بمعاونة الكهنة له وذلك

= وما بعدها، د. محمود السقا، تاريخ القانون المصرى، ١٩٧٠م، ص ٢٥٤ وما بعدها، وص ٣٧٠، د. فؤاد عبدالمنعم، حكم الإسلام فى القضاء الشعبى ، ١٩٧٣م، ص ١٨ وما بعدها ، د. محمد أبو شادى عبدالحليم، نظام المحلفين فى التشريع الجنائى المقارن ، رسالة، حقوق عين شمس ، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠م، ص ٢٥ وما بعدها.

(١) راجع فى ذلك: د. عبدالمحسن القطيفى، المرجع السابق، ص ٣٢ ومابعدها، د. إبراهيم العنانى، اللجوء إلى التحكيم الدولى، الطبعة الأولى، دار الفكر العربى، ص١٢ وما بعدها، د. فخرى أبو سيف مبروك، مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة، مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، حقوق عين شمس، السنة السادسة، العدد الأول، يناير سنة ١٩٧٤م، ص١٠٣وما بعدها.

للفصل فى المسائل الجنائية، أما المسائل المدنية فكانت تترك للتحكيم الخاص والذى يختار فيه الخصوم محكماً للفصل فى المنازعات التى نشبت بينهم. بيد أنه لما زادت القضايا والمنازعات المعروضة زيادة كبيره صار العبء على الإمبراطور أكبر من أن يقوم به بنفسه ولذلك أنشئت وظيفة جديدة أسندت إلى شخص يختاره الإمبراطور يسمى" البريتور"، كما أسندت له رئاسة المحاكم الشعبية التى كانت تشبه إلى حد كبير المحاكم الشعبية عند الإغريق ويعاون البريتور فى هذا عدد كبير من الأشخاص يعملون بمثابة قضاة مساعدين يصل عددهم إلى عدة آلاف ويختارون بالإقتراع وكان يسمون بـ "Jurati Judices" واختصت هذه المحاكم بنظر الدعاوى الجنائية. أما المسائل المدنية والتجارية فكان البريتور يرفع النزاع بشأنها إلى المحكم الذي يختاره الخصوم من القوائم الخاصة التي كان يعدها البريتور لتسجيل أسماء المواطنين الصالحين الذين يتولون أداء هذه المهمة.

ثم أنشئت فيما بعد وظيفة جديدة هى بريتور الأجانب والذي كانت مهمته سماع إدعاء الخصوم فى المنازعات بين غير الوطنيين(الأجانب) وبعضهم أو بينهم وبين الوطنيين ثم يرفع النزاع برمته إلى المحكم المختص بذلك.

على أن حكم التحكيم لدى النظام الرومانى التقليدى لم تكن له أى قوة تنفيذية، فلم يكن أكثر من مجرد إقتراح وليس حكماً بالمعنى القانونى الصحيح، ولذلك فإن عدم تنفيذ الحكم لم تكن نتيجة سوى ملاحقة الطرف الذى رفض عن تنفيذ الحكم التحكيم بدعوى لدفع غرامة أو عقوبة مالية بمقتضى اشتراط يدون مسبقاً فى اتفاق التحكيم.[1]

رابعا: التحكيم عند البابليين والآشوريين:

وكما كان نظام التحكيم معروفاً أيضاً لدى الدول الشرقية عند البابليين والآشوريين فكان فض المنازعات فى آشور موكول إلى الكهنة وتحكيم الآلهة، وقد عثر فى القرن

---

(١) راجع فى ذلك:

Monier, Manuel élémentaire de droit Romain, Ed. Montchrestien, 1947,T. I, No.150 et s, charles Jarrosson, la notion d'arbitrage,1987 No. 1 et s, et No. 750 et s .

وراجع أيضاً: د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ٢٥٤ وما بعدها، د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٣٧ وما بعدها، د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربى، ١٩٨١م، ص ٤ وما بعدها، د. محمد نور عبدالهادى شحاته، المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها.

العشرين على لوح حجرى كتب عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة صلح أبرمت فى القرن الحادى والثلاثين قبل الميلاد – أى ما يزيد عن خمسة آلاف سنة – بين دولتى مدينة" نجش " ومدينة" - أوما" جنوب العراق وتضمنت تلك المعاهدة النص على احترام خندق الحدود بين الدولتين كما تضمنت اشتراط فض أى نزاع ينشأ بين هاتين الدولتين بشأن هذه الحدود عن طريق التحكيم[1].

تلك كانت لمحة تاريخية سريعة عن نشأة التحكيم فى العصور البدائية القديمة وقد تبين لنا أن نظام التحكيم كان موجوداً على مر هذه العصور وعمل به كأداة لحل المنازعات التى تقع بين الأفراد فى ذلك الوقت.

---

(١) راجع: د. إبراهيم العنانى، المرجع السابق، ص ١٧٦ وما بعدها، د. صوفى أبوطالب، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، المرجع السابق، ص ٢٠٣ وما بعدها، د. عبدالمحسن القطيفى، المرجع السابق، ص ٣٢، د. محمود السقا، المرجع السابق، ٢٥٤ وما بعدها، د. فؤاد عبدالمنعم، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها.

المبحث الثانى

نظام التحكيم فى العصور الوسطى

عرف الناس نظام التحكيم فى العصور الوسطى، لكن فى صورة ضيقة، فقد تميزت هذه العصور بما يسمى بالنظام الإقطاعى والذى كان يقوم على تقسيم إقليم الدولة إلى أجزاء ويسمى كل جزء منها بالإقطاعية، وكان الأساس الفلسفى لهذا النظام يتمثل فى فكرة انتشرت فى ذلك العصر وهى أن الملك يملك كل شئ موجود على إقليم الدولة من أشياء وأشخاص بموجب حق إلهى مستمد من الآله.

ويملك الملك بدوره تفويض من يشاء فى ملكية أى جزء من أرض الدولة وتأكيداً لذلك كان الملك يمنح النبلاء والأشراف وقواد الجيش المنتصرين أجزاء من الأراضى الإقطاعيات "فكان النبيل الإقطاعى يحصل على ضيعة كبيرة يملكها بأمر من الملك ويملك كذلك كل ما عليها من حرث أو أشجار وبشر وحيوانات وبذلك يصبح المقيمون على هذه الأرض من المزارعين مجرد عبيد عند السيد الإقطاعي ويخضعون لسلطانه طوعاً أو كرهاً حتى أنهم كانوا لا يستطيعون مغادرة هذه الأرض حتى نهاية أعمارهم ولذلك سموا رقيق الأرض.[1]

وقد ساد هذا النظام معظم القارة الأوربية وذلك من فترة القرن الحادى عشر الميلادى إلى القرن السادس عشر تقريباً وفى مثل هذا النظام الذى يقوم على القهر لم يكن متصوراً أن ينشأ أى نظام للتحكيم حيث أن التحكيم يحتاج بادئ ذى بدء إلى قدر معقول من الحرية وهذا ما يفتقده ولا يملكه رقيق الأرض من الفلاحين البسطاء المغلوب على أمرهم .

وبالرغم من هذا المناخ الذى ساد أوربا في هذا الوقت إلا أنه ومن ناحية أخرى ونتيجة للحروب الصليبية فى القرنيين العاشر والحادى عشر وما ترتب عليهما من انفتاح أوربا على الشرق وخاصة فى حوض البحر الأبيض المتوسط نشطت التجارة فى أوربا وخاصة فى الشرق الأوسط واكتسبت بعض المدن الأوربية شهرة كبيرة باعتبارها معبراً

(١) أنظر فى ذلك: د. ولاء رفعت: التحكيم التجارى الوطنى الدولى فى المملكة العربية السعودية: إصدار الغرفة التجارية والصناعية بجدة، لعام ١٤١٩هـ، ص ٣٠ .

للتجارة أو مراكز هامة للتعامل التجارى سواء بين الممالك الأوربية أو بينها وبين المشرق حتى ذاع صيت العديد من المدن الألمانية والفرنسية والأسبانية والإيطالية، على أن أشهرها جميعاً كانت جمهوريات شمال إيطاليا فى ذلك الوقت، وكذلك مدناً أخرى مثل فرانكفورت وليبزج فى ألمانيا، وليون ومرسيليا فى فرنسا، وقد حظيت هذه المدن وغيرها فى أوربا شهرة كبيرة خاصة بالنسبة لما شاع فيها حينئذ من إقامة أسواق بعضها دائم وبعضها موسمى وعارض، وبمرور الوقت أصبحت هذه المدن مراكز هامة ومستقرة للتجارة عامة وللتجارة الدولية خاصة بين تجار كثيرين من مختلف دول العالم.

فالتجارة بطبيعتها لا تزدهر إلا فى جو من الحرية وهو ما يتحقق فى هذه المدن للعديد من الأسباب السياسية والاقتصادية، بعكس مناخ القهر والظلم الذى كان سائداً فى نفس الوقت تقريباً فى إقطاعيات أقاليم الريف الأوربى.

ولقد ساعد جو الحرية هذا والذى كان سائداً فى تلك المدن الأوربية على إنعاش التجارة وبالتالى ظهرت قوانين تنظيم هذه التجارة وتتيح لها النمو والإزدهار.

ولقد تمثلت هذه القوانين فى مجموعة من الأعراف تكونت تدريجياً من الممارسة الفعلية والتقاء التجار (من الشرق أو الغرب) فى المعارض والأسواق، وتبلورت الكثير من القواعد العرفية التجارية مع مرور الوقت حتى ظهر ما يسمى فى هذا الوقت بالقانون التجارى الدولى(أو قانون التجارة الدولية) الذى تكون من خليط من أعراف عدة مناطق وعدة دول[1] .

وقد ترتب على هذا النشاط الملحوظ فى مجال التجارة – كنتيجة – إزدياد أهمية التحكيم ووجد فيه التجار الحل الأمثل لمشاكلهم ومنازعاتهم وقد أعتمد التحكيم فيما بين التجار بالطبع على ذلك التراث الذى تراكم عبر سنوات طويلة [2] والمستمد أساساً من أعراف وتقاليد التجارة.

---

(١) أنظر: د. ثروت حبيب: دروس فى قانون التجارة الدولية، دار الفكر العربى، ١٩٧٥م، ص ٢١ .
(٢) أنظر: د. محسن شفيق: التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٧م، ص ٢٧ .

والأمر فى بلاد الشرق فى ذلك الوقت لم يختلف كثيراً عنه فى بلاد الغرب الأوربى إذ أن شيوع وإنتشار عادات وأعراف المعارض والأسواق شمل الغرب والشرق على السواء[1].

وخلاصة القول أن التحكيم كان موجوداً ومعروفاً فى العصور الوسطى كوسيلة لفض النزاع بين التجار المتنازعين.[2]

---

(١) أنظر: د. ولاء رفعت، المرجع السابق، ص٣٠ .

(٢) راجع فى نظام التحكيم فى العصور الوسطى :

G. De la Bilennerie, Traité générale de l'arbitrage, paris,1927, p. 17 et s, Jean Clos, l'arbitrage en Bourgogne et en champagne du x 11 au xv siécle, Dijon, 1977.

وراجع أيضا: محمد وعبدالوهاب العشماوى، قواعد المرافعات فى التشريع المصرى و المقارن، الجزء الأول، ١٩٥٧م، ص ١٢ وما بعدها.

المبحث الثالث

نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام وبعده

سنقوم بمعالجة نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام وبعده فى مطلبين متتاليين وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول

نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام (فى الجاهلية)

إن الحديث عن التحكيم لدى العرب قبل الإسلام ليس مرده مجرد الكشف التاريخي عن هذا النظام فحسب، بل أن ذلك له مردود هام فى تحليل ما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء فى مجال التحكيم.

فالمعروف أن هذه الشريعة قد أجازت الكثير من العادات والأعراف التى كانت سائدة فى العصر الجاهلي، ولذا فمن الضروري التعرف على جذور ما أقرته الشريعة الإسلامية فيما بعد من الأصول والممارسات المتعلقة بالتحكيم والتى كانت سائدة فى الجاهلية.

فقد عرف العرب فى الجاهلية – قبل الإسلام – نظام التحكيم وتعددت صوره وأدواته ودواعية، كما عرف العرب أيضاً فى ذلك الوقت نظام القضاء حتى وجد النظامان جنباً إلى جنب. فكان نظام القضاء مستقراً لدى العرب فى المدن حيث توجد سلطة مركزية يصبح القاضى فى ظلها موظفاً من موظفى الدولة مهمته الفصل فى المنازعات باسم الدولة.

أما نظام التحكيم فقد وجد فى المجتمعات القبلية أو المدنية التى لا توجد بها سلطة مركزية قوية [1]، أو فى العلاقة بين أفراد ينتمون إلى قبائل أو مدن مختلفة، وكان المحكم بصفة عامة يستمد سلطته من اتفاق الخصمين على تحكيمه، ولكن لم يكن لحكمه قوة تنفيذية

---

(١) د. محمود سلام زناتى: بحث بعنوان " التحكيم عند العرب"، مقدم إلى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى والقانون الدولى والذي انعقد فى مدينة العريش من ٢٠ إلى ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧م بإشراف كلية الحقوق جامعة عين شمس بالإشتراك مع مؤسسة كونرادا ديتاور بألمانيا الغربية، المطبعة العلمية الحديثة، ١٩٨٨م. ص ١٣ وما بعدها.

وإنما كان ينفذ برضاء المحكوم عليه. وبصفة عامة كانت العرب تعيش حياة تعتمد على التنقل والترحال سعياً وراء أسباب الحصول على المال مما كان له الأثر الواضح على حياتهم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فكانت الحرب آنذاك مقسمة إلى قبائل، وتنقسم القبائل إلى بطون وأفخاذ وعشائر، وكان يرأس كل قبيلة رجل يدعى شيخ القبيلة أو سيدها يرعى شئون القبيلة ويمثلها أمام غيرها من القبائل، وكان شيخ القبيلة عادة هو من يحتكم إليه الخصوم فى منازعاتهم ولكن لم يكن هناك مانع من الالتجاء إلى أى شخص آخر من ذات القبيلة أو حتى من قبيلة أخرى لاتخاذه محكماً بين المتنازعين، كما أنه لم يكن هناك مانع أيضاً من تحكيم النساء إذا كن ذوات حكمة وبصيرة كتحكيم ابنه الخسي وجمعه بنت حابس الآيادى.(١)

وقد كان شيخ القبيلة هو أشرف رجالها نسباً وممن يتصفون بالحكمة والعدل والنزاهة والصدق والفطنة فضلاً عن كونه من الملمين بعادات القبيلة وتقاليدها، وهذه الصفات كانت تشترط فيمن يختارونه ليكون محكماً، ومن بين من أشتهر من العرب الجاهلية بتوافر هذه الصفات فيه عامر بن الظرب وهاشم بن عبد مناف القرشي وعبدالمطلب بن هاشم جد الرسول صلى الله عليه وسلم وأبو طالب بن هاشم بن مناف عم الرسول صلى الله عليه وسلم وحاجب بن زراره بن عدس التميمى وغيرهم.(٢)

وقد كان حكم شيخ القبيلة ينفذ على أفراد قبيلته، أما لمكانته بينهم، أو خوفاً من سطوته وبطشه إذا ما كان صاحب عصبية قوية، بل يمتد سلطانه أحياناً إلى غير قبيلته، فلقد كان زهير بن جزيميه الملك العبسى يتقاضى الإتاوة(٣) من هوزان(٤).

وكثيراً ما كان يحدث التنافر والخصام بين عرب الجاهلية بسبب تولى رئاسة القبيلة عند موت سيدها فى حالة عدم وجود ولد يخلفه بالوراثة فى تولي حكم القبيلة (٥) وأشهر

---

(١) أنظر: د. جوار على، المفصل فى تاريخ العرب قبل الإسلام، الجزء الرابع، ص ٣٤٤ .
(٢) أنظر: بلوغ الإرب للألوسى، ج١، ص ٢٠٨ .
(٣) وهى الخراج وجمعها أتاوى بكسر الواو.
(٤) أنظر فى ذلك: تاريخ الجنس العربى، ج٥، ص ١٥٢ .
(٥) أنظر: د. جوار على، المفصل فى تاريخ العرب قبل الإسلام، المرجع السابق، ص ٣٤٤ د. وهبي الزحيلى، آثار الحرب فى الفقه الإسلامى، ص ٤٢ .

منافره حدثت فى الجاهلية هى منافرة الطفيل بن مالك بن جعفر بن كلاب مع علاثه بن عوف بن الأحوص بن جعفر لرئاسة القبيلة إذ ترافعا إلي شعبان بن حرب بن أمية ثم إلى أبى جهل بن هشام ثم إلى هرم بن قطبه بن سنان الفزاري فقال: لأحكمن بينكما فأعطياني موثقاً أطمئن به أن ترضيا بحكمي وتسلما لما قضيت بينكما، ثم قضي بالتسوية بينهما بقوله: " إنما انتما كركبتى البعير الأدرم[1] تقعان على الأرض معاً" . وهذا ما يستفاد منه أن الحكم صدر من المحكم بالتسوية بين المتخاصمين.

وقد كان التحكيم فى العصر الجاهلى شاملاً لكافة أنواع المنازعات حتى ما كان منها لا يتعلق بمسائل قانونية بالمعنى الدقيق، فحدثت تحكيمات فى ذلك العصر فى أمور مثل الميراث أو العقود أو الملكية أو النسب أو فى مسائل مثل القتل والسرقة، وكثيراً ما كان التحكيم وسيلة لتفادى الحرب والخصام وذلك بالتسوية بين الطرفين المتخاصمين حتى تنتهى العداوة بينهما، وهذا ما حدث فى واقعة الطفيل بن مالك سالفة الذكر وما حدث من احتكام قريش إلى الرسول (ص) قبل البعثة فيمن يكون له الشرف من أفخاذ قريش فى وضع الحجر الأسود فى مكانه عند إعادة بناء الكعبة.[2]

وإذا كان المحكم يتم تعيينه بالاتفاق بين الأطراف المتنازعة فى ذلك الوقت، إلا أن التاريخ لم يسجل عن هذا العصر ما يفيد أن المحكم كان يتقاضي أتعاباً أو رسوماً فى مقابل مهمته، بل كان الغالب هو اعتبار اختياره فى حد ذاته تكريماً وتشريفاً له لا سيما وأن الحكام كانوا يختارون من بين ذوى المكانة الرفيعة والجاه الذين لا ينظرون ولا ينتظرون مقابلاً لقيامهم بمثل هذا العمل[3].

وإذا ما نظرنا إلى كيفية إصدار الحكم فى هذا الوقت لوجدنا العرف السائد حينئذ أن المحكم ليس له مكان محدد وإنما كان الطرفان يذهبان إليه فى بيته، ولم يعرف عند عرب

---

(١) البعير الادرم هو الذى ذهبت أسنانه ودنا وقوعها وهو كناية عن كبر سنه والقصد من ذلك التسوية بين المتناظرين فى الفضل والشرف.
(٢) أنظر: سيرة إبن هشام، ج ١، ص ٢١٤ وما بعدها .
(٣) أنظر: د. محمود سلام زناتى، المرجع السابق، ص ٢٢ .

الجاهلية عرفاً يدل على وجود قواعد إجرائية أو شكلية معينة يجب على المحكم إعمالها عند نظره النزاع ، ولكن ليس ثمة شك فى أن المحكم كان يعطى كل من الطرفين فى التحكيم فرصة عرض وجهة نظره وإبداء حججه المؤيدة لما يراه وكان على المحكم بطبيعة الحال أن يستمع إلى الطرفين وإلى أدلة كل منهما .

وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق كان يتمثل فى السائد من أعراف وعادات وتقاليد القبيلة المتعارف عليها، فإن لم يجد المحكم من هذه القواعد ما يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه اجتهد فى التوصل إلى حكم وفقاً لما يمليه عليه ضميره وعقله [١].

أما عن تنفيذ الحكم الصادر من المحكم فلم يكن فى ذاته حكماً ملزماً، ولم تكن هناك سلطة تستطيع تنفيذه بالقوة الجبرية إذا لزم الأمر، وبالرغم من ذلك يمكن القول بأنه نادراً ما كان يحدث أن المحكوم ضده لا يستطيع التنصل من الحكم، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل منها أن المحكم كان عادة هو شيخ القبيلة الذى لا ترد أحكامه عادة. كما أنه كان يحدث من المحكم قبل أن يبدأ عمله أن يحصل على موافقة من الخصوم على التحكيم وأن يتعهد أمامه الجميع بالالتزام بما سيحكم به أياً كان الحكم، وقد يأخذ عليهم مواثيق وضمانات فى ذلك كإحضار كفيل لكل منهما يتعهد بأن يفي بأي تعويض يحكم به على مكفوله. [٢]

هذا وإلى جانب الاحتكام إلى شخص ما سواء كان شيخ القبيلة أو شخصاً آخر، فقد عرف العرب فى الجاهلية الاحتكام إلى الكهنة مثل ما حدث من تحاكم عبد المطلب جد النبي(ص) وقريش عندما نازعته فى تجديد حفر بئر زمزم إلى كاهنة بنى سعد بإشراف الشام. [٣]

كما عرف عرب الجاهلية الاحتكام إلى النار فيما ينشأ بينهم من منازعات أعتقاداً منهم أن الظالم تأكله النار وأن البرئ لا تمسه بسوء، وفى ذلك ذكر أبن إسحاق عن أبى مالك بن ثعلبه بن مالك القرطبى أنه سمع إبراهيم بن طلحة بن عبدالله يحدث : أن تبعاً لما

---

(١) أنظر: د. ولاء رفعت، المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها.
(٢) أنظر: د. ولاء رفعت، المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها.
(٣) راجع: سيرة إبن هشام، ج١، ص ١٦٦ ومابعدها.

دنا من اليمن ليدخلها حالت حمير بينه وبين ذلك وقالوا له لا تدخلها علينا وقد فارقت ديننا فدعاهم إلي دينه وقال : أنه خير من دينكم فقالوا: حاكمنا إلى النار قال نعم وكان باليمن فيما يزعم أهل اليمن نار تأكل الظالم ولا تضر المظلوم فلما خرج قومه إلى النار بأوثانهم وما يتقربون به أقبلت النار نحوهم حتى غشيتهم فأكلت الأوثان ومن همل ذلك من الرجال وخرج الحيران يتصافحهما فى أعناقهما تقطر جباههم لم تضرهم فأصفقت[1] عند ذلك حمير على دينه [2].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه الصورة من صور التحكيم – الاحتكام إلى النار – لاتزال موجودة إلى يومنا هذا عند العرب فى شمال سيناء حيث يأخذون المقلاة فيحمون عليها فى النار حتى إذا أشتد إحمرارها يدعى المتهم بحضور جمع من الناس للمسها بلسانه فإن تردد أو أكلته النار فعليه الحق وأن لم تضره فقد برئ لما نسب إليه[3].

وقد كان العرب يحتكمون أيضاً إلى الأزلام[4] كوسيلة معروفة لديهم فى ظعنهم وإقامتهم وتجارتهم ومناكحاتهم وفى جميع خصوماتهم إذ كان بالكعبة صنم كبير يدعى " هبل" وبجواره أزلام موسومة بأفعل أو لاتفعل وأمرنى أو نهانى ربى وبنعم أولاً وبأخرج أو لاتخرج وبمنكم أو من غيركم فإن وقع النزاع فى أمر لجأوا إلى أمين الأزلام فيحيل القداح الموسومة فما خرج منها أخذوا بها فإذا ما وقع نزاع فى نسب أحدهم مثلاً أستقسم [5] أمين الأزلام بـ (منكم ومن غيركم وملصق) فإذا ظهر " منكم" أعزوا ذلك الرجل الذى أشتبهوا فى نسبه وتنازعوا فى أمره واحترموه وإن ظهر " من غيركم" نفروا منه وأجتنبوه وإن " ملصق"

---

(١) اصفقت على دينه، أى أجمعت عليه بأن أعتنقته ورجعت عما كانت عليه من عبادة الأوثان: د. إسماعيل الأسطل ، التحكيم فى الشريعة الإسلامية، رسالة كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ١٩٨٨م.

(٢) راجع: سيرة أبن هشام، ج ١، ص ٢٣ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. أحمد صفوت، مقدمة القانون ، الطبعة الثانية عام ١٩٢٤م، ص ٣٧٨ .

(٤) الأزلام جمع زلم بفتح الزاى وضمها مع فتح اللام وهى القدح الذى لا ريش عليه والزلم والسهم والقدح مترادفه المعنى وتعنى جميعها قطعة من غصن مسواه مشذبة. أنظر الموسوعة الفقهية، ج ٣ ، ص ١٣٨ .

(٥) ومعنى أستقسم بالأزلام أى طلب علم ما قسم لهم أو لم يقسم بالأزلام.

يبقى الرجل مجهول النسب على ما كان من قبل عندهم[1].

ولقد حرم الله سبحانه وتعالى هذه الصورة من التحكيم كغيرها من الصور الأخرى وذلك لما فيها من الإشراك بالله والحكم بغير ما أنزل الله فقال عز وجل " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ "[2].

وبناءً على ما سبق يتضح لنا أن التحكيم كوسيلة لحل المنازعات كان معروفاً لدى المجتمعات القديمة البدائية سواء عند العرب أو غيرهم قبل بعثة النبى(ص)، بل وكان شريعة عامة وعرفاً سائداً عند العرب قبل الإسلام، بيد أن اللجوء إليه كان اختيارياً وهذا يرجع لعدم وجود السلطة العامة التى تلزم الأفراد بالحكم أو بتنفيذه، فكان حكم المحكم ينفذ اختيارياً ولا سبيل لجبره على تنفيذه إلا إذا ألتزم به الخصم الخاسر ونفذه طواعية. هكذا كان نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

وإذا كان ذلك كذلك فما موقف العرب من التحكيم بعد بعثة النبي صلى الله عليه وسلم.

---

(١) أنظر فى ذلك: بلوغ الإرب للألوسى، ج ٣، ص ٦٦، تفسير الطبري، ج ٦، ص ٧٦ وما بعدها.
(٢) الآية (٩٠) من سورة المائدة.

المطلب الثانى

نظام التحكيم عند العرب بعد الإسلام

جاء موقف العرب من التحكيم واضحاً وصريحاً وذلك باعتراف الإسلام بمشروعية التحكيم باعتباره نظاماً لتسوية المنازعات بين الأطراف المتنازعة ودليل ذلك من القرآن الكريم والسنة والإجماع.

فأما دليل مشروعية التحكيم من القرآن الكريم قول الله تعالى:" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا" [1] ، وقد جاء فى تفسير القرطبى[2] بصدد هذه الآية الكريمة أن المخاطب فى قوله تعالى " وإن خفتم" الحكام والأمراء وأن قوله تعالى " إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما" يعنى الحكمين، وفى هذا يقول إبن عباس ومجاهد وغيرهما أى إن يريدا الحكمان إصلاحاً يوفق الله بين الزوجين. وقيل : الخطاب للأولياء فى قوله تعالى " وإن خفتم" .

ويتضح من ذلك أن هذه الآية الكريمة تدل على جوب التحكيم فى شأن المنازعات بين الزوجين لأجل إصلاح حال الأسرة التى هى الأساس فى تكوين المجتمع، ومن ثم فإنه من باب أولى يجوز التحكيم فى سائر المنازعات التى قد تقع بين أفراد المجتمع، فهى بلا شك أقل خطراً من المنازعات التى تقع بين أفراد الأسرة.

ولا خلاف بين الفقهاء على جواز التحكيم فى هذه (حالة الخوف من وقوع الشقاق بين الزوجين) بل ذهب بعض الفقهاء على جواز التحكيم فى هذه الحالة بدليل فعل الأمر الذى يقتضى الوجوب والمتمثل فى قول الله تعالى" فابعثوا" [3].

أيضاً شرع التحكيم بمقتضى قول الله تعالى" فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا " [4] .

---

(١) الآية(٣٥) من سورة النساء .
(٢) تفسير القرطبى(وهو أبى عبدالله بن محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى)، ج٣، ص ١٧٤٦ .
(٣) أنظر السراج المنير للشربينى، ج١، ص ٣٠١ .
(٤) الآية (٦٥) من سورة النساء.

فواضح من هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى ربط الإيمان بالله وقرنه بطلب تحكيم الرسول (ص) من جانب الخصوم بشأن ما قد يقع بينهم من نزاع.[1]

وقد نزلت هذه الآية بشأن النزاع الذى وقع بين يهودى وأحد المنافقين حيث تحاكما إلى الرسول(ص) فحكم لصالح اليهودى فلم يقبل ذلك المنافق وأتفق مع خصمه (اليهودى) أن يتحاكما إلى إبى بكر الصديق رضى الله عنه فقضى أبو بكر بمثل ما قضى به النبى(ص) فلم يقبل ذلك المنافق وأتفق مع خصمه على إحالة الأمر إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقام عمر بقتل المنافق لعدم قبوله حكم النبى(ص)[2] .

وقال البعض أن هذه الآية نزلت بشأن واقعة أخرى وهى أن الزبير بن العوام ورجلاً من الأنصار تحاكما إلى رسول الله(ص) فى أمر نبع ماء بالحرة – وهى منطقة بالمدينة المنورة – فحكم الرسول(ص) لصالح الزبير فغضب الأنصارى مدعياً أن الرسول(ص) قد ظلمه وتحامل عليه لأن الزبير أبن عمة النبى(ص) فتغير وجه الرسول(ص) وقال للزبير" أسف يا زبير ثم أحبس الماء حتى يرجع إلى الحذر" [3] .

وأيما كان الأمر من سبب نزول هذه الآية الكريمة فإنها تدل على أهمية تحكيم الرسول(ص) فيما ينشأ بين المؤمنين من منازعات، وهذا يدل على أهمية التحكيم ومشروعيته كوسيلة لفض النزاع بين الخصوم مثله فى ذلك مثل وسيلة القضاء سواء باعتبار أى منهما طريقاً يؤدى إلى تحقيق العدل ووصول الحق إلى أهله.

وقد شرع التحكيم أيضاً بمقتضى قوله تعالى" فَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ "[4]، وقوله تعالى" وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ "[5] .

---

(١) أنظر: د. عبدالعزيز عزت الخياط، النظام السياسى فى الإسلام، النظرية السياسية، نظام الحكم، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٩م، ص ٢٥٠ .
(٢) أنظر فى ذلك التفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازى، ط ١٠، ص ١٥٤ وما بعدها.
(٣) فتح البارى ، ج ٥ ، ص ٣٤ .
(٤) الآية (٤٢) سورة المائدة.
(٥) الآية (٤٩) من سورة المائدة.

وأما دليل مشروعية التحكيم من السنة فما ورد عن يزيد بن المقدام بن مشرع بن هانئ الحارثي عن أبيه المقدام عن شريح بن هانئ أنه قال: حدثنى هانئ بن يزيد أنه لما وفد الى النبى (ص) مع قومه فسمعهم النبى(ص) وهم يكنونه بأبي الحكم فدعاه النبى(ص) فقال :"إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكنيت بأبى الحكم؟ قال: لا ولكن قومى إذا أختلفوا فى شئ أتونى فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين: قال(ص) " ما أحسن هذا ثم قال مالك من الولد؟ قلت: لي شريح وعبدالله ومسلم بنو هانئ قال(ص) " فمن أكبرهم" ؟ قلت: شريح قال: فأنت أبو شريح ودعا له وولده".[1]

فواضح من هذا الحديث أن النبي(ص) قد أستحسن ما كان يفعله أبو شريح من التصدى للحكم بين قومه إذا تنازعوا فى أمر ما وأتوه راضين ليحكم بينهم وهذا يدل بدون شك على جواز إعمال التحكيم بين الناس كوسيلة لفض المنازعات التى قد تثور بينهم.

وأيضاً بما ورد من أنه عندما هاجر النبي (ص) من مكة المكرمة إلى المدينة المنورة وبعد أن آخى بين المهاجرين والأنصار فقد بدأ يرسى قواعد بناء الدولة الإسلامية وذلك بتفصيل وإزالة الغموض الذى قد يعترى الأحكام الإسلامية، والتى من بينها تنظيم العلاقات بين المسلمين وغيرهم من أصحاب الديانات الأخرى، فجاءت أول معاهدة بين المسلمين ويهود المدينة، وقد جاء بهذه المعاهدة أحكاماً قصد بها تأمين اليهود على دينهم وأموالهم وأنهم لا يكرهون على الإسلام حتى أن النبي(ص) قال لهم ما تظنون أنى فاعل بكم قالوا أخ كريم وإبن أخ كريم قال(ص) أذهبوا فأنتم الطلقاء، كانت تلك المعاهدة تنظيماً للعلاقات الداخلية والخارجية .

ومن بين الأحكام التى تضمنتها هذه المعاهدة هو النص على التحكيم واعتبار الرسول(ص) الحكم بين المسلمين واليهود فيما يقع بينهم من منازعات [2] فدل ذلك على مشروعية التحكيم والعمل به كوسيلة بين الناس لفض المنازعات التى قد تقع بينهم.

---

(١) أنظر ذلك فى الأدب المفرد للبخاري، ص ٢٤٠ ط عام ١٩٧٩م.، أدب القضاة للنسائي، ج٨ ص ١٩٩، ط ١٩٦٤ . وكون أن الرسول(ص) غير كنية هانئ بن يزيد بأبي الحكم إلى أبى شريح لأن لفظ(الحكم) من أسماء الله فلا يجوز أن يشارك أحد من الناس الحق سبحانه وتعالى فى هذا وإنما يسمى من يحكم بين الخصوم حكماً على سبيل المجاز فقط.

(٢) أنظر: سيرة بن هشام، ط٢ ، ص ١٢١ .

وكذلك ثبت أن النبي(ص) أوصى بنى قريضه أن يحكموا عنهم سعد بن معاذ، وهذا يدل على جواز التحكيم فى أمور المسلمين وفى مهماتهم.[1]

ولم يقتصر قضاء النبي(ص) على المسائل الجنائية، وإنما أمتد إلى المنازعات المدنية، فكان المتنازعون يلجئون إليه ليحكموه فى كافة ما شجر بينهما من خصومات، وكان يستعين فى تنفيذ الأحكام التى يصدرها بمن يرى من الصحابة.[2]

وأما دليل مشروعية التحكيم من الإجماع فبالإجماع الذى أنعقد من الصحابة رضوان الله عليهم على جواز التحكيم واتخاذه منهجا لفض المنازعات فى مختلف شئون المسلمين كما عملوا به فى كثير من المنازعات التى وقعت فى عهدهم . كما أجمع العلماء على مختلف العصور على جوازه فقد قال الزيلعى فى ذلك :" وهو – أى التحكيم – جائز بالكتاب والسنة واجماع الأمة " [3] . وقد جاء فى المبسوط[4] . " أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم" . كما جاء فى معين الحكام [5] " أن الخصمين إذا حكم بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما فان ذلك جائز بالكتاب والسنة واجماع الآمة ".

وقد أخذ الصحابة رضوان الله عليهم بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات فى مسائل كثيرة شملت الحقوق المالية وغيرها ومن هذه المسائل ما يلى :

- ما ورد أن أعرابيا أتى عثمان بن عفان رضى الله عنه فقال : إن بنى عمك عدوا على إبلي فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها مثل فصلانك قال : إذن تنقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ وادي وقال بيني وبينك عبد الله بن مسعود فقال عثمان : نعم فقال عبد الله بن مسعود : آري أن يؤتى هذا وأديه فيعطى ثمنه إبلا من ابله

---

(١) أنظر: على حيدر، دور الحكام فى شرح مجلة الأحكام، دار الجيل ، بيروت، الطبعة الأولى،١٩٩١م، ص ٦٩٠، والإمام النووى، شرح النووى لصحيح مسلم، دار الغد العربى، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م، ص ٥٩٠ .

(٢) أنظر: د. محمود زناتى، المرجع السابق، ص٢٩٢ .

(٣) أنظر: ذلك فى تبيين الحقائق شرح للزيلعى، ج ٤ ، ص ١٩٣ .

(٤) انظر: للسرخسى، ج ٢١ ، ص ٦٢، ط الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت.

(٥) انظر للطرابلسى، ص ٢٤ .

وفصلانا مثل فصلانه فرضى عثمان بذلك وأعطاه "[1] .

- ما ورد أن عليا بن أبى طالب رضى الله عنه فقد درعه ثم رآه فيما بعد مع يهودي وهو يبيعه وقد تمسك اليهودي بأن هذا الدرع ملكا له فاحتكما إلى شريح فقضى لليهودي بملكية الدرع ضد أمير المؤمنين[2] .

- وكان الإمام على كرم الله وجهه يبعث الحكمين ويقول : " الحكمان بهما يجمع الله وبهما يفرق " ، كما إنه رضى الله عنه قبل التحكيم أثناء خلافته – فى الخلاف الذى نشأ بينه وبين معاوية .[3]

- ما حدث بعد فتح المسلمين أرض الشام والعراق وبلاد فارس وكان ذلك فى عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فقد أختلف عمر رضى الله عنه مع جمع من الصحابة بشأن قسمة الأراضي المفتوحة ، فقد رأى عمر بقاء الأرض فى أيدي أصحابها مع فرض الخراج عليهم ، ورأى الصحابة المخالفون لعمر تقسيم الأرض على المقاتلين كما هو متبع فى الغنائم والأموال ، وتمسك كل فريق برأيه ، فاحتكموا على عشرة من الأنصار اختيروا لهذه المهمة (مهمة التحكيم) ليفصلوا فى هذا الخلاف وقد انتهوا فى حكمهم بتقدير رأى عمر بن الخطاب فابقوا الأرض لأصحابها مع فرض الخراج عليهم[4].

وقد جاء أيضا أن عمر بن الخطاب – وهو خليفة المسلمين – كانت بينه وبين أبى بن كعب مدارأة " خلاف" فحكما بينهما زيد بن ثابت [5].

ومن هذه المسائل الثلاثة السابقة يتضح لنا أن الصحابة رضوان الله عليهم قد أخذوا بالتحكيم وعملوا به كوسيلة لفض الكثير من المنازعات المالية وغير المالية ومن ثم يكون

---

(١) أنظر: المبسوط للسرخس ، ج ١١ ، ص ٥٣ وما بعدها.
(٢) أنظر : إخبار القضاة ، لوكبع، ج ٢ ، ص ١٩٤ .
(٣) انظر: الامام جلال السيوطى ، الدر المنثور فى التفسير بالمأثورات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٩٠ م ، ص ٢٨١ .
(٤) أنظرفى ذلك : الخراج لأبى يوسف ، ص ٢٦ وما بعدها .
(٥) أنظر: الامام السرخس ، المبسوط ، م/٥ . كتاب الصلح . باب المحكمين . بدون دار نشر وتاريخ.

وقد تبين لنا بالجملة أن التحكيم نظام تقره الشريعة الإسلامية وتبيح العمل به بالأدلة السالفة والمأخوذة من المصادر التبعية كإجماع الصحابة رضوان الله عليهم واجماع أئمة وعلماء المسلمين من التابعين وتابع التابعين[1] .

---

(١) راجع فى التحكيم فى الشريعة الإسلامية: د٠ إسماعيل أحمد الأسطل، التحكيم فى الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، د٠ على على منصور، الشريعة الإسلامية والقانون الدولى العام، الطبعة الأولى،١٩٦٢م، ص ٢١١ وما بعدها، د٠ محمد نور عبدالهادى شحاته، المرجع السابق، ص ٩ وما بعدها، د٠ محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، دراسة فى قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية،١٩٩٧م، ص ٩٣ وما بعدها، حميد محمد على اللهبى، المحكم فى التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ٣١ وما بعدها، وص ٣٤ وما بعدها، د٠ عمر القاضى، التحكيم الدولى فى الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسى والمصرى، رسالة ، جامعة باريس(٢)، ١٩٨٩، الشيخ السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربى، الجزء الثالث، بيروت،١٩٧١م، ص ٣٩٧ وما بعدها.

المبحث الرابع

التحكيم فى العصر الحديث

إذا كانت قواعد العرف التجارى الدولي قد تميزت بنمو واضح خاصة فى العصور الوسطى نتيجة لتزايد النشاط التجارى عبر الأسواق والموانئ الأوربية الرئيسية الأمر الذي أدى إلى الاهتمام بالتحكيم فى هذا المجال، إلا أن الحال قد أختلف بنهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر ففى هذه الفترة – ولأسباب سياسية واقتصادية – ظهرت فى أوربا حركات قومية تدعو إلى إحياء فكرة القومية وفكرة التحديد الإقليمى والجغرافى والسياسى ومن هنا ظهرت فكرة الدولة القومية بمفهومها السياسي الحديث وقد تحمس الكثيرون من رجال القانون فى هذا الوقت لفكرة التقنين الوطنى ونادوا بإدماج أعراف التجارة الدولية – التى كانت موجودة عبر العصور الوسطى – فى التقنينات الوطنية وقد ترتب على هذه النزعه تجاهل التحكيم التجارى الدولى وضعف الاهتمام به [1].

ثم جاء ذيوع التحكيم وازدهاره فى القرن العشرين ليسجل اتجاها مغايرا نحو الافلات من سلطان قضاء الدولة وسلطان القانون الذى تصنعه.

ولقد اقترن ازدهار التحكيم واتساع نطاقه بظواهر كان له الفضل فى هذا الازدهار والاتساع وهذه الظواهر منها ما يعود بنا إلى صورة المجتمعات القديمة التى كان – كما عرفنا من قبل – التحكيم فيها هو الوسيلة الوحيدة أو الغالبة لتحقيق العدل بين الناس ومنها ما يرجع إلى أقصى ما وصلت إليه البشرية من تقدم ويقودنا بالتالي إلى استشراق آفاق المستقبل وترسم توجهاته.

فمن ناحية اقترن انطلاق التحكيم بنمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد وبين الدول بصورة بدأت معها ظهور ملامح مجتمع عالمى له كيانه الخاص المتميز عن كيانات

---

(١) أنظر:

J. Rideau, l'arbitrage international public et commercial, paris 1969. p. 5. et.s

وراجع أيضاً: د. ولاء رفعت، المرجع السابق، ص ٣٥.

الدول وهو مجتمع يفتقر إلى وجود السلطة العامة القادرة على الهيمنة على فض نزاعات أفراده، كما أنه مجتمع يفتقر أيضاً إلى سلطة قضائية تتولى إقامة العدل بين أفراده، كما يفتقر أخيراً إلى سلطة تشريعية تملك صنع القانون فيه على نحو تتشابه معه قسماته مع قسمات المجتمعات القديمة التى ازدهر فيها التحكيم(١).

ومن ناحية أخرى اقترن انطلاق التحكيم المعاصر بالتقدم العلمي والتكنولوجي المتتابع فى كافة المجالات وما تركه هذا التقدم من آثار إلى كافة مظاهر نشاط الإنسان. فالتطوير الهائل فى مجال الصناعة والزراعة ووسائل المواصلات والاتصالات وتطور حاجات الإنسان المعاصر وازدياد النشاط الاقتصادي للدولة الحديثة بعد اتساع ونمو المرافق الحيوية وفق الحاجات المتزايدة وغير المحدودة للبشر كماً وكيفاً وتطور وسائل الإنتاج وما ترتب عليه من انتقال رؤوس الأموال عبر حدود الدول والحاجة إلى الطاقة والحاجة إلى التنمية وغير ذلك من عوامل لا حصر لها كانت وراء ازدهار التجارة الدولية ونموها على الشكل الذى نراه اليوم(٢).

فكل هذه الاعتبارات أدت إلى انعكاس مباشر على وظائف الدولة القضائية والتشريعية فلم يعد القاضى بقادر على الفصل فى الكثير مما يعرض عليه من منازعات دون الاستعانه بأهل الخبرة في موضوع النزاع المعروض وما يتصل به من علوم وفنون، كما أن المشرع لم يعد بقادر على أستباق الزمن بوضع تشريع للمستقبل فأختار أن يترك مهمة خلق القواعد القانونية لممارسات المعنيين بها قاصراً مهمته على تسجيلها وضبط معالمها من بعد نضوجها وهكذا وجد قضاء الخبرة مكانة فى أكبر المجتمعات ممثلاً التحكيم(٣)

وفى الحقيقة أن التحكيم التجارى الدولى قد قطع شوطاً متميزاً فى الواقع العملى

---

(١) أنظر فى ذلك: د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبدالعال : التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ١٩٩٨م، ص ٤ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ٦ .

(٣) أنظر: د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق ، ص ٦ .

وأثبت قدرته على إيجاد وبلورة قواعد جديدة استمدها من مجموعة الأعراف التى استقرت عبر التطبيق العملي الذى يتسارع إيقاعه سنة بعد سنة، ويمكن القول بحق أن التحكيم التجارى الدولي قد أصبح الآن نظاماً مستقلاً عن القضاء الوطني لا سيما إذا أخذنا فى الاعتبار المحاولات الجادة على المستوى الدولي لتوحيد قواعد التجارة الدولية المتمثلة فى ذلك الكم الهائل من اتفاقيات التجارة الدولية والعقود ذات الشكل النموذجي التى تحتوى على شرط التحكيم وتلك الجهود المكثفة من قبل هيئات دولية متعددة لوضع قواعد نمطية للتحكيم التجاري الدولي سواء من ناحية الإجراءات الواجب إتباعها أمام هيئات التحكيم أو من ناحية القواعد الموضوعية التى تخضع لها المنازعات المعروضة، ولذلك يرى أحد الفقهاء [1] أن التحكيم التجارى الدولى أصبح الآن ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية بكل متغيراتها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن خصوصية التحكيم باعتباره وسيلة لحل المنازعات – أو لتحقيق العدالة – تكمن فى كونه أداة اتفاقية، فالالتجاء إلى التحكيم رهن باتفاق الأطراف على طرح نزاعهم على من يرتضونه محكماً بينهم وفى ذلك لا يكاد التحكيم يختلف فى المجتمعات المعاصرة عنه فى المجتمعات القديمة التى كانت تفتقد سلطة قضائية عامة منظمة.

بيد أن التحكيم فى المجتمعات المعاصرة يتميز بملامح خاصة به، فلقد خاضت العدالة تجربة طويلة فى مضمار القضاء الأصلى للدولة خرجت منها بأسس ثابتة ومبادئ عامة لاغنى عنها لتحقيق العدالة فى أى قانون. هذه الأسس منها ما يتعلق بالإجراءات، كمبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ المواجهة بينهم، ومبدأ كفالة حق الدفاع لهم، ومنها ما يتعلق بالموضوع،كمبدأ ربط قيام الالتزام الإرادي بتوافر الإرادة الحرة الواعية، ومبدأ التعويض عن العمل غير المشروع، ومبدأ التعويض عن العمل النافع (الإثراء على حساب الغير) دون سبب قانونى. ومن ثم لم يكن من المتصور أن تتجاوز العدالة التحكيمية المعاصرة عن هذه الأسس والمبادئ بحسب ارتباطها بتحقيق العدالة فى ذاتها بصرف النظر

---

(١) أنظر: د. أبوزيد رضوان: المرجع السابق، ص ٨ .

عن كونها قضاءً خالصاً للدولة أو تحكيماً يقوم على إراده الأطراف المتنازعة.[1]

ثم أن التحكيم المعاصر يقوم فى رحاب دول لها قضاؤها المزود بسلطة الأمر والنهى وسلطة الرقابة على تصرفات الأفراد ويتم تنفيذه فى هذه الدول، وفى ظل هذه الحقيقة كان من الطبيعى أن يستعين التحكيم فى أداء وظيفته بسلطة الأمر الثابته للقضاء وأن يخضع آداؤه لها وتحت رقابتها. ولهذه الاعتبارات فقد عنيت التشريعات القانونية الوطنية المعاصرة بوضع تنظيم قانونى للتحكيم يتناول الاتفاق عليه ويحدد المنازعات التى يجوز طرحها أمامه ويوضح لنا القواعد الإجرائية التى يسير عليها التحكيم والقواعد الموضوعية التى تخضع لها المنازعات المعروضة عليه.

ومن هذه التشريعات ما أفرد للتحكيم باباً من أبواب القوانين المنظمة للقضاء لقانون المرافعات المدنية التجارية أو قوانين أصول المحاكم المدنية أو قوانين الإجراءات المدنية والتجارية ومنها ما يفرد للتحكيم قانوناً خاصاً به.

فقد عنيت الدول العربية بتنظيم التحكيم، فنظمته المملكة العربية السعودية بالمرسوم الملكى الصادر فى ١٤٠٩/٧/١٢هـ/١٩٨٣م تحت رقم/٤٦، ونظمته دولة الإمارات العربية المتحدة فى قانون الإجراءات المدنية رقم(١١) لسنة ١٩٩٢م، والكويت فى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم(٣٨) لسنة ١٩٨٠م، وقطر في المرسوم رقم(١٣) لسنة ١٩٩١م.

وفى مصر كان قانون المرافعات السابق والحالي رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨م يفردان مكاناً خاصاً فيهما للتحكيم، ثم صدر القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤ م بشأن التحكيم فى المواد التجارية ليحل محل النصوص الخاصة بالتحكيم فى قانون المرافعات المدنية والتجارية[2] وغير ذلك من الدول العربية.

---

(١) أنظر: د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها.

(٢) ويلاحظ أن أحكام هذا القانون (قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤م) تمثل الشريعه العامة التى يخضع لها التحكيم فى المواد المدنية والتجارية. وبجانب هذا توجد تشريعات خاصة ببعض أنواع محددة من المنازعات مثل: التحكيم فى منازعات العمل ويخضع لأحكام المادة(٩٣) من القانون رقم(١٢٧) لسنة ١٩٨١م، والتحكيم الجمركى بشأن الضريبة العامة على المبيعات ويخضع لأحكام القانون رقم(١١) لسنة ١٩٩١م، والتحكيم الخاص بالتعامل فى الأوراق المالية المنصوص عليه فى قانون هيئة سوق المال رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢م ولائحته التنفيذية. =

وقد عنى المجتمع الدولى أيضا بتنظيم التحكيم فى العلاقات الاقتصادية الدولية، وقد ظهر بواكير هذا الاهتمام منذ نهاية الحرب العالمية الأولى حيث أسفرت جهود عصبة الأمم عن وثيقتين أساسيتين وهما: بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣م فى شأن شروط التحكيم، اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧م الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم، وفى ظل الأمم المتحدة تم إبرام اتفاقية بنيويورك لعام ١٩٥٨م فى شأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، كما تم إبرام معاهدة واشنطن لإنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار فى ١٨ مارس ١٩٦٥م، كذلك قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي بإعداد قواعد للتحكيم الدولي تحمل أسم (يونسترال) وتم إقرارها من الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضى القرار رقم (٩٨) للدورة الحادية والثلاثين بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١٥م. وهذه القواعد هى التى اعتمد عليها بشكل أساسي المشرع المصري عند إعداده قانون التحكيم المصري الجديد رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤م.

وإلى جانب هذه التنظيمات (سواء الوطنية أو الدولية) فقد حظي التحكيم باهتمام آخر تمثل فى إنشاء مراكز التحكيم الدائمة على المستوى الوطني والدولي، ولكل من هذه المراكز نظامه الخاص فى اختيار المحكمين وفى الإجراءات الواجب إتباعها أمام هيئة التحكيم.

وإذا كان الاهتمام بالتحكيم وصل إلى هذا الحد الكبير من الاهتمام والعناية على المستوى الوطني والدولي خاصة وقد عرف التحكيم – كما سلف البيان – فى المجتمعات القديمة والحديثة على مختلف درجة التقدم الحضاري فى هذه المجتمعات، فما هو التحكيم إذا ؟ وما هو الأساس الذى يقوم عليه؟ وما هى أنواعه؟ هذا ما سنعرفه من خلال الفصول التالية.

= ونظرا إلى أن القانون المصرى الجديد الخاص بالتحكيم والمشار إليه قد بنى على أحدث الأسس التى يقوم عليها التحكيم فى أكثر البلاد تقدما – فهو يعبر عن الخطوط العامة فى القوانين العربية الراهنة – فقد اتخذناه عصبا لهذا البحث مع الإكتفاء بتسجيل ما تتميز به القوانين الأخرى من فوارق كل فى موضعه. والذى دعانى إلى هذا المنهج هو تحاشى التكرار عن تماثل الأحكام فى معظم القوانين.

يجوز فيها القضاء كالحدود والقصاص، كما لا يجوز للمحكم أن يحبس أحد الأطراف لأن الحبس من سلطة القاضي. [1]

كما أن التحكيم في الشريعة الإسلامية اختياري بمعنى أنه يقوم على اتفاق ورضا الطرفين، فإذا اتفقا عليه جاز لكل منهما الرجوع فيه قبل صدور قرار المحكم، لأن المحكم معين من جهتهما فلكل منهما الحق في عزله قبل أن يحكم، أما إذا صدر الحكم – أى حكم المحكم – نفذ هذا الحكم و لا يبطله العزل اللاحق على صدور الحكم وهذا على القول الراجح في الفقه الإسلامي ولذا قرر مجمع الفقه الإسلامي[2] الآتي:

أولا: التحكيم اتفاق طرفي خصومه معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم- يطبق الشريعة الإسلامية – وهو مشروع سواء أكان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية.

ثانيا: التحكيم عقد غير ملزم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكم أن يعزل نفسه – ولو بعد قبوله – ما دام لم يصدر حكمه ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين لأن الرضا مرتبط بشخصه.

ثالثاً: لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين ممن لا ولاية للحكم عليه كاللعان، لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه ، فإذا قضى الحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ.

رابعاً: يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء.

خامسا: الأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكم طواعية فإن أبى أحد المحتكمين عرض الأمر على القضاء لتنفيذه وليس للقضاء نقضه ما لم يكن جوراً بيناً أو مخالفاً لحكم الشرع.

سادسا: إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية

---

(١) د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، ص ٩٣، ط ١٩٩٧م.

(٢) في دورته التاسعة التي عقدت بأبوظبي في الفترة من ١-٦ أبريل ١٩٩٥م بالقرار رقم ٩١(٩/٨). أنظر في ذلك قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، عام ١٩٩٨م. ص ٢٠٧ .

إلى محاكم دولية غير إسلامية توصلاً لما هو جائز شرعاً.

هكذا كان تعريف التحكيم فى إصلاح الشريعة الإسلامية وقد سبق الدليل على مشروعية أعمال التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين الأطراف المتنازعة.

وكلمة تحكيم Arbitrage فى اللغة الفرنسية هي من فعل حكم arbitrer ، وهي من الأصل اللاتيني من كلمة arbitrare ، وتعنى التدخل والحكم بصفتة حكم، والتحكيم فى خلاف أو نزاع والفصل فيه. وبناء عليه فالتحكيم فى اللغة الفرنسية يعنى تسوية خلاف أو حكم تحكيمي صادر من شخص أو أكثر قرر الأطراف باتفاق مشترك بينهم أن يخضعوا أو ينصاعوا له أو يقبلوه . (١)

---

(١) راجع:

Dictionnaire le petit Robert 1, 1978, p.93.

حيث جاء به أن التحكيم يعد:

"Réglement d'un différent ou sentence arbitrale rendue par une ou plusieurs personnes, auquelles les parties ont décidé, d'un accord commun, de s'en remettre".

المطلب الثاني

التعريف الفني للتحكيم

سنقوم بعرض موقف الفقه، ثم موقف الأنظمة القانونية الوضعية، ثم موقف القضاء فى تعريف التحكيم وفقاً للتفصيل التالي:

أولا: التعريف الفقهي للتحكيم:

تعددت تعريفات التحكيم وتنوعت فى فروع القانون المختلفة، وذلك بإختلاف الزاوية التى ينظر منها إلى التحكيم، وإن كانت جميعها تدور حول جوهر واحد وتعبر عنه وتدور فى فلكه.

فقد عرفه جان روبير Jean Robert بأنه عبارة " عن إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناء عليه المنازعات من جهات القضاء المعتادة، لتحل أو لتحسم النزاع، ويتم الفصل والبت فيها بواسطة أفراد يخولوا أو يمنحوا أو يقلدوا – فى هذه الحالة – مهمة القضاء والفصل فيها.." .

"On entend par l'arbitrage l'institution d'une justice priveé grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger".(١)

وقد عرف جان مارى أوبي ودراجو التحكيم بأنه عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف فى نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل

---

(١) أنظر:

Jean Robert, l'arbitrage, Droit interne, Droit international privé, Dalloz, 6e éd., 1993, p.3 .

ويقترب من هذا التعريف ما ذكره H. Motulsky حيث عرف التحكيم بأنه عبارة عن قضاء أو عدالة خاصة ذات أصل (عادة) اتفاقى:

"Justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle".

راجع:

Henri Motulsky, Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974, p. 6.

بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكمى الذى يصدره ويعتبرونه ملزماً.

" L'arbitrage constitue une procédure par laquelle les parties en litige conviennent de soumettre leurs differends à un arbitre et s'engagent à accepter la sentence arbitrale et à la considérer comme obligatoire." (١)

وعرفه شارل جارسون Charles Jarrosson بأنه عبارة عن نظام يقوم بمقتضاه طرف ثالث بفض نزاع بين طرفين أو أكثر، وذلك بممارسة المهمة القضائية التى عهدوا بها إليه.

"L'institution par laquelle un tiers régle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle - ci ". (٢)

وتدور تعريفات الفقه المصرى حول معنى التحكيم السابق، فيعرفه البعض بأنه نوع من العدالة الخاصة والذى يتم وفقاً له إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيه. (٣)

ويذكر الأستاذ الدكتور فتحى والى فى هذا الشأن أن التحكيم يمثل أهم وسيلة بمقتضاها " يستغني الأطراف عن قضاة الدولة . فكما أن الأفراد يستطيعون باتفاقهم حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم، فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة علي شخص أو

---

(١) أنظر:

J.M. Auby, et R. Drago, traité de contentieux administratif, L.G.D.J., 1975,Tome 1,p.28,J.M. Auby, l'arbitrage en matiérs administrativeA.J.D.A. 1955,1.Doctrine,p.81.

(٢) أنظر:

Charles Jarrosson,la notion de l'arbitrage, L.G.D.J.,1987.p.12.

(٣) راجع فى ذلك : د. محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، دراسة فى قانون التجارة الدولية، دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا فى القانون الخاص، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ١٩٧٤م، ص ٤، د. ثروت حبيب جرجس، دراسة فى قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٥م، ص١٠٢، د. عبدالقادر الطورة، قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية، درساة مقارنة، رسالة، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٨٨م،ص ٥٩، د. عزمى عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتى، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م، ص ١١، د. عاشور مبروك، النظام القانونى لمساعدة غير القادرين على دفع المصروفات القضائية، دراسة تأصيلية مقارنة، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٨٩م، بند رقم(١٢) وما بعده، ولنفس المؤلف، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ١ .

أشخاص يختارونهم، لكي يتولوا الفصل فى هذه المنازعة..". [1]

ويعرف الأستاذ الدكتور عبدالحميد أبوهيف التحكيم بأنه حق يقرره القانون أو مكنة يقررها القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة نزاع ينشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا فى النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء العام. [2]

ثانيا: تعريف الأنظمة القانونية الوضعية لنظام التحكيم:

قد يرد الاتفاق على التحكيم فى صورة بند فى أحد العقود يتفق بمقتضاه المتعاقدان على حل المنازعات التى تنشأ عن هذا العقد بواسطة التحكيم. ويطلق على هذا الاتفاق شرط التحكيم Clause compromissoire، وقد يتفق أطراف نزاع معين نشأ بالفعل على حله بواسطة أسلوب التحكيم، وتسمى هذه الصورة من الاتفاقات مشارطة التحكيم Compromis.

وقد عرف المشرع الفرنسي الشرط التحكيمى فى المادة(١٤٤٢) من تقنين المرافعات المدنية، المعدل بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ ١٤ مايو سنة ١٩٨٠م، بأنه الاتفاق الذى يتعهد بموجبة أطراف عقد من العقود على حل المنازعات التى تنشأ عنه بواسطة التحكيم [3].

---

(١) أنظر: د. فتحى والي، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م،ص٣٧.

(٢) أنظر: د عبدالحميد أبوهيف: طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، ١٩٥٢م، ص ٩١٨. وراجع أيضاً فى هذا المعنى: د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطه بها، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ١٩٩٤م، ص ٢٢٥. وراجع أيضاً: د. أحمد السيد صُاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ١٠، د محمود مختار بريرى التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٩م، ص ٥، د. يسرى العصار، التحكيم فى المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنه، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م ص ١٧ ومابعدها، د. وجدى راغب فهمى، مفهوم التحكيبم وطبيعته، مقاله منشوره فى الدورة التدريبية للتحكيم، كلية الحقوق – جامعة الكويت، ١٩٩٢م- ١٩٩٣م، ص ٣ وما بعدها، د. على بركات، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والمقارن، رسالة، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٩٦م، ص ١٤.

(٣) وقد جاء النص كالآتى:

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

وعرف مشارطة التحكيم فى المادة(١٤٤٧) من التقنين آنف الذكر بإنها عبارة عن عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين لكى يتولوا الفصل فيه.[١]

ونصت المادة الأولى من القانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٣م بشأن التحكيم على أن التحكيم هو إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم.[٢]

وعرف المشرع المصرى اتفاق التحكيم فى المادة العاشرة من القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية [٣] بأنه اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية. ونصت المادة ذاتها على أنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد فى عقد معين، كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية.

---

(١) أنظر ملحقاً لهذه النصوص فى :

Jean Robert, et B. Moreau, l'arbitrage, droit interne, droit international privé,op. cit.p.861 et s ;De Boisseson et de Juglart, le droit français de l'arbitrage, 1983,p. 496 et s.

وأنظر ترجمة لنصوص تقنين المرافعات المدنية الفرنسية المتعلقة بالتحكيم فى موسوعة التحكيم للدكتور عبدالحميد الأحدب ، دار المعارف ، ١٩٩٨م، الجزء الثانى، التحكيم الدولى ، ص ٤٤٣ .

(٢) وقد جاء النص كالتالى:

" L'arbitrage est un procédé privé de réglement de certaines catégories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les juger en vertu d'une convention d'arbitrage'."

راجع:

Loi No. 93-42 du 26 avril 1993, portant promulgation du code de l'arbitrage. Reuve de l'arbitrage, 1993, 4, document, p. 721 et s.

(٣) نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية فى ٢١ أبريل سنة ١٩٩٤م، العدد(١٦) تابع، وقد عدل هذا القانون بقانون رقم(٩) لسنة ١٩٩٧م فى شأن تعديل بعض أحكام قانون التحكيم الدولى، حيث أضيفت فقرة جديدة (الفقرة الثانية) للمادة (١٠) من قانون التحكيم.

وتنص المادة الأولى من نظام التحكيم السعودى لسنة ١٤٠٣هـ ، على أنه " يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم فى أى نزاع يقوم نتيجة تنفيذ هذا العقد".(١)

ونصت المادة(٢/١) من الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١م على أنه يقصد باتفاق التحكيم" إما شرط التحكيم السابق على قيام النزاع الذى يدرج فى عقد (المقصود العقد الأصلي)، وإما اتفاق التحكيم اللاحق لوقوع النزاع الذى يوقعه أطراف النزاع، أو الذى يرد فى مراسلات أو برقيات أو اتصالات بطريق التلكس.." (٢)

ونصت المادة(١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتى رقم(٣٨) لسنة ١٩٨٠م على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين.

وتنص المادة (٧) من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولي(للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، حسب الصياغة المعتمدة من اللجنة المذكورة فى ٢١ يونية سنة ١٩٨١م) على أنه يقصد باتفاق التحكيم " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التى نشأت أو قد تنشأ بينهما، بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية (كالفعل الضار والإثراء بلا سبب). ويجوز أن يكون شرط التحكيم فى صورة شرط تحكيم وارد فى عقد، أو فى صورة اتفاق منفصل".(٣)

ثالثا: التعريف القضائى للتحكيم:

قضت محكمة النقض المصرية أن اتفاق التحُكيم هو " اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والتزود على حكمهم ولا تتضمن تكليفاً للخصوم بالحضور أمام هيئة

---

(١) أنظر: د. عمر بن أبو خشب، المفاهيم القانونية لنظام التحكيم السعودى لتسوية المنازعات التجارية على المستويين المحلى والدولى، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، جدة، المجلد(١٤)، العدد(١)، ١٤٢١هـ ، بحث ، ص ١٥١ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، دراسة فى قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، بند(١٣٥).

(٣) أنظر: د. محمود مختار بريرى، التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الثانية، ١٩٩٩م، ص٤٢٨ .

التحكيم[١] وبمقتضى التحكيم" تنصرف إرادة الأطراف عن عدم الإلتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للأطراف".[٢]

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى القول بأن التحكيم يتمثل فى سلطة القرار التى يعترف بها لطرف ثالث، والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم.

" L'arbitrage se caractérise par le pouvoir de décision reconnu au tiers"[٣] , et " il reconnait un caractére juridictionnel à la décision de l'arbitre".[٤]

وعرفت المحكمة الإدارية العليا فى مصر التحكيم بأنه "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة".[٥]

وعرفت المحكمة الدستورية العليا فى مصر التحكيم بأنه " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم فى ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالاة، مجرداً من التحايل، وقاطعاً لدابر الخصومة فى جوانبها التى أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظرة تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية... وأنه وسيلة فنية لها طبيعة قضائية ، غايتها الفصل فى نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالى باسناد من الدولة." .[٦]

---

(١) محكمة النقض فى جلسة ١٠ يونية سنة ١٩٨٠م فى الطعن رقم (٩٣٥) لسنة (٤٤) قضائية، المجموعة، السنة (٣١)، ص ١٧٠٧ .

(٢) راجع فى التعليق على ذلك : د. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق، ص ١٥ .

(٣) أنظر:

C.C. 19 Mai 1893, ville d'Aix- les Bains, Rec. Leb. P.442, C.C. 22 Janvier 1904, Ducataing, Rec. Leb. P. 45.

(٤) انظر:

C.C. 21avril 1943,sté des ateliers de construction du nord de la france, Rec. Leb.p. 107; C.C. ass. 4 janvier, 1957, lamborot, A.J.D.A. 1957, p. 108.

(٥) راجع: المحكمة الإدارية العليا فى جلسة ١٨ يناير سنة ١٩٩٤م فى الطعن رقم (٨٨٦) لسنة (٣٠) قضائية.

(٦) المحكمة الدستورية العليا فى جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤م فى القضية رقم(١٣) لسنة (١٥) =

رأينا فى الموضوع:

رغم تعدد وتنوع التعريفات، فإننا نجد أن التعريفات التى ذكرها الفقه للتحكيم لا تختلف كثيراً عن تلك التى جاءت بالقوانين والأنظمة الوضعية أو تلك التى وردت بأحكام القضاء، **فجميعها تدور حول جوهر واحد وتعبر عن مضمون ومعنى واحد وهو أن التحكيم هو** " ذلك الاتفاق أو التعهد بين طرفين أو أكثر فى عقد أو علاقة قانونية، والذى يعبر عن إرادتهم الواضحة بإخضاع كل أو بعض منازعاتهم المستقبلية (شرط التحكيم) للتحكيم بواسطة هيئة تحكيم يتم تعيينها بواسطتهم عند نشوء النزاع، دون القضاء العام المختص بالدولة والمختص أصلاً بنظر النزاع، مالم يوجد نص قانونى يقضى بخلاف ذلك. وقد يتم الاتفاق الخاص بالتحكيم(مشارطه التحكيم) بمقتضى اتفاق يتعهد فيه أطراف العقد(عقد معين) على تسوية المنازعات التى تنشأ بينهم بشأن هذا العقد عن طريق محكم أو أكثر".

وبناء عليه يتضمن تعريف التحكيم عنصرين: **الأول** وهو أن اللجوء للتحكيم وليد تراضي أطراف النزاع علي حسمه بواسطة شخص أو أشخاص يتولى أطراف النزاع اختيارهم، وليس بواسطة قضاء الدولة، **والثاني** هو الطابع الإلزامي للحل الذى يقرره المحكمون. وإذا كان المشرع فى بعض الأنظمة قد نظم بعض أنواع التحكيم الإجباري فى بعض صور المنازعات، فإن هذا الأسلوب يظل استثناء على الأصل العام فى التحكيم، والذى يستند كقاعدة عامة، إلى إرادة أطراف النزاع.

وستتضح هذه العناصر بصورة أكثر دقة فى شرح أنواع التحكيم، وتحديد طبيعته.

= قضائية " دستورية ، الجريدة الرسمية فى ١٢ يناير سنة ١٩٩٥ م، العدد(٢) ، وفى جلسة ٣ يوليو سنة ١٩٩٩م فى القضية رقم(١٠٤) لسنة (٢٠) قضائية " دستورية " ، الجريدة الرسمية فى ١٥ يوليو سنة ١٩٩٩م، العدد(٢٨) ، وفى جلسة ٦ يناير سنة ٢٠٠١ م، فى القضية رقم(٦٥) لسنة ١٨ قضائية " دستورية"، الجريدة الرسمية فى ١٨ يناير سنة ٢٠٠١م، العدد (٣) .

المبحث الثانى

أنواع التحكيم

تمهيد:

يقسم الفقه التحكيم إلى عدة تقسيمات حسب الزاوية أو المعيار الذى يؤخذ به كأساس للتقسيم: فمن زاوية انتماء الأطراف يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم خارجي، ومن زاوية نطاق التحكيم وموضوعه يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم تجارى وتحكيم مصرفي وتحكيم مدني وتحكيم عمالي وتحكيم إداري وتحكيم ضريبي وتحكيم جمركي .. الخ

وإذا أخذنا زاوية وقت الاتفاق على التحكيم يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم سابق على نشوء الخلاف أو النزاع (شرط التحكيم)، وتحكيم لاحق لنشوء الخلاف أو النزاع (مشارطه التحكيم).

وسنقوم بمعالجة أهم هذه التقسيمات وفقاً للتفصيل التالي:

المطلب الأول : التحكيم الداخلي(المحلى) والتحكيم الخارجي (الدولي).

المطلب الثاني : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجبارى.

المطلب الثالث : التحكيم البسيط والتحكيم مع التفويض بالصلح.

المطلب الرابع : التحكيم السابق (شرط التحكيم) والتحكيم اللاحق(مشارطه التحكيم).

وسنقوم بعرض هذه التقسيمات تباعاً كالآتى.

المطلب الأول

التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي

تبنى المشرع الفرنسي التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ، إذ نظم التحكيم الداخلي فى المواد من (١٤٤٢) إلى (١٤٩١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، ونظم التحكيم الدولي فى المواد من (١٤٩٢) إلى (١٥٠٧) من ذات القانون، وعرفت المادة(١٤٩٢) التحكيم الدولي بأنه كل تحكيم يضع فى الميزان مصالح التجارة الدولية، وذلك بصرف النظر عن مكان صدور حكم التحكيم.(١)

وقد ألزم المشرع الفرنسي هيئة التحكيم بتطبيق القانون الفرنسي إذا كان التحكيم داخلياً، ولم تكن هذه الهيئة مفوضة بالصلح (المادة" ١٤٧٤" من قانون المرافعات المدنية)، ولكنه أجاز لطرفي التحكيم الدولي إختيار القانون الذى يريدان تطبيقه على النزاع، سواء صدر حكم التحكيم فى فرنسا أو فى الخارج (المادة " ١٤٩٦" من قانون المرافعات). (٢)

وقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م على سريان القانون على التحكيم الذى يجرى فى مصر، وقد فسر الفقه هذه العبارة بأنها تعنى صدور حكم التحكيم فى مصر، حتى ولو تمت بعض إجراءات التحكيم خارج مصر.(٣)

ويعتبر التحكيم داخلياً وفقاً لأحكام قانون التحكيم المصرى حتى ولو كان تحكيماً تجارياً دولياً طالما صدر حكم التحكيم فى مصر. ويعتبر التحكيم تجارياً دولياً ذلك التحكيم

---

(١) وقد جاء النص كالتالى:

" Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international".

(٢) وقد نصت المادة(١٤٧٤) من قانون المرافعات الفرنسى على:

" L'arbitre tranche le litige conformément aux régles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur ".

وقد نصت المادة(١٤٩٦) من القانون ذاته على أن:

" L'arbitre tranche le litige conformément aux régles de droit que les parties ont choisies, à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées ..".

(٣) أنظر : د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، المرجع السابق، ص ٩٢٧ .

الذى يحسم نزاعاً ناشئاً عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، ويكون موضوعه متعلقاً بالتجارة الدولية أو الخارجية، وذلك بشرط توافر إحدى الحالات الآتية التى نص عليها القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى شأن التحكيم، وهى:

- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام إتفاق التحكيم ٠ فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر إرتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم٠ وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد٠
- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل مصر أو خارجها٠
- إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة٠
- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى الدولة ذاتها وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة٠

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه٠

ب- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين٠

ج- المكان الأكثر أرتباطاً بموضوع النزاع٠

أما التحكيم الخارجى فهو الذى يصدر فيه حكم التحكيم خارج مصر ٠ وهذا النوع من التحكيم لا يخضع للقانون المصرى٠ ولكن التحكيم التجارى الدولى، أى المتعلق بالتجارة الدولية، يمكن أن يخضع لقانون التحكيم المصرى إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لهذا القانون (المادة الأولى من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى شأن التحكيم)٠

هذا وقد أجاز المشرع المصرى، فى القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، لطرفى اتفاق التحكيم إختيار القانون الموضوعى والقانون الإجرائى اللذين سوف يطبقان على عملية التحكيم ٠ وبناء عليه يمكن تطبيق قانون التحكيم المصرى على تحكيم يتم فى الخارج، والعكس صحيح أي يتم تطبيق قانونى تحكيم أجنبي على تحكيم يتم داخل الدولة حسب إرادة

طرفى التحكيم ، شريطة ألا تخالف القواعد التى تطبقها هيئة التحكيم لقواعد النظام العام الداخلى إذا أريد تنفيذ حكم التحكيم داخل مصر (المواد (٣٩) و (٥٨) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م).[١]

(١) راجع : د. محمود مختار بريرى، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٣١ .

المطلب الثاني

التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

ينقسم التحكيم من حيث مبدأ اللجوء إليه إلى تحكيم اختياري (Arbitrage facultative)، حيث يكون اللجوء إليه مستنداً لإرادة الأطراف، ومن ثم يستمد وجوده من اتفاق الأطراف عليه، ويخضع فى تقدير تلك الإرادة للقواعد العامة فى النظرية العامة للعقد بصفة عامة ، فضلاً عن القواعد الخاصة المنصوص عليها فى قوانين المرافعات المدنية والتجارية أو أنظمة التحكيم.(١)

وبناء علية فالتحكيم الاختياري لا يكون مفروضاً على الأطراف، واللجوء إليه يتم بمحض إرادة الخصوم أطراف المنازعة أو المنازعات المراد حلها وتسويتها بطريق التحكيم، بدلاً من اللجوء لقضاء الدولة، **ويعد التحكيم الاختياري هو المبدأ والأصل العام فى التحكيم.(٢)**

ولكن ، وعلى الرغم من أن الأصل فى التحكيم هو الاختيارية، فقد لجأت بعض الأنظمة القانونية إلى أسلوب التحكيم الإجباري (Arbitrage forceé)، أى يصبح التحكيم أمراً مفروضاً لا يملك معه الأطراف رفع هذه المنازعة أو المنازعات إلى قضاء الدولة ، وإنما يتعين على الأفراد أطراف هذه المنازعات إن أرادوا، حسم النزاع حولها، الإلتجاء إلى التحكيم، ولا يوجد خيار آخر أمامهم لحسم المنازعات إلا باللجوء إلى التحكيم، ولذلك يطلق عليه التحكيم الإجبارى.(٣)

---

(١) راجع:

René David, l'arbitrage commercial international, p. 72 et s.

وراجع أيضاً: د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٣٦ ومابعدها.

(٢) راجع: د. محمد عبدالخالق عمر، النظام القضائي المدنى، ص ٩٩ وما بعدها، د. إبراهيم على حسن، التحكيم فى منازعات شركات القطاع العام، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال مؤتمر العريش فى سبتمبر سنة ١٩٨٧م حول التحكيم فى القانون الداخلي والقانون الدولى، ص ٢٣٧ وما بعدها.

(٣) راجع فى شأن التحكيم الإجبارى:

Emile- Tyan, le droit de l'arbitrage, 1972, p. 235,et s.

وراجع أيضاً: د. محمود سمير الشرقاوى، التحكيم الإجبارى فى مصر، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم التجارى الدولى والمنعقدة بالقاهرة فى الفترة من ٢٨- ٣١ مارس سنة ١٩٨٨، ص ١٧ ومابعدها. =

وتعتبر البلاد الإشتراكية هى من أول من أخذ بالتحكيم الإجبارى كطريق قضائى للفصل فى المنازعات بين المشروعات العامة، وأمتد بعد ذلك للدول الأخرى، وقد شبه البعض نظام التحكيم الإجبارى بنظام القضاء الرسمى للدولة، إلا أن الفقه أثبت وجود عدة فروق أساسية بينهم تجعل هناك فرقاً شاسعاً بين كل منهما[1] ، وسنقوم ببيان نظام التحكيم الإجبارى فى بعض الأنظمه القانونية لكى نبين ملامحه ونطاقه، وذلك وفقاً للتفصيل التالى:

أولا: التحكيم الإجبارى فى فرنسا:

نظمت بعض القوانين الفرنسية تحكيماً إجبارياً فى بعض المنازعات، بحيث أن

= د٠ إبراهيم على حسن، المرجع السابق، ص٢٣٧ وما بعدها، د٠ شمس مرغنى على ، التحكيم فى منازعات المشروع العام، رسالة، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، عالم الكتب، ١٩٧٣م، ص ٧ ومابعدها، د٠ حسنى المصرى، نظرية المشروع العام، دار النهضة العربية، ١٩٧٩م، ص ٢٧١ وما بعدها، د٠ محمد محمد يحيى، التحكيم الإجبارى فى القانون المصرى، محاضرة فى مؤتمر التحكيم الذى نظمة مجمع تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط فى القاهرة فى الفترة ما بين ٧ – ١٢ يناير سنة ١٩٨٩م حول المشكلات الأساسية فى التحكيم الدولى من منظور التطوير، د٠ أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختيارى والتحكيم الإجبارى، المرجع السابق، ص ٣٣١ وما بعدها، د٠ محمود السيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده فى قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، طبعة ١٩٩٥م، ص ٢٥٧ وما بعدها٠

(١) راجع فى التفرقة بين التحكيم الإجبار ى والقضاء الرسمى للدولة: د٠ محمود سمير الشرقاوى، المرجع السابق، ص ١٧ وما بعدها، د٠ إبراهيم على حسن ، المرجع السابق، ص ٢٣٧ وما بعدها، د٠ فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، المرجع السابق،طبعة ١٩٩٣م، ص ٥٣١ ومابعدها٠ د٠ زكى محمد النجار، الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص ٢٧٢ وما بعدها وقد ميز الفقه بين التحكيم الإجبارى والقضاء الرسمى للدولة فى النقاط التالية:

١- أن القضاء الرسمى للدولة يختص بالنظر فى جميع المنازعات أيا كانت طبيعة المسائل المتعلقة بها فى حدود قواعد الاختصاص، فى حين أن نظام التحكيم الإجبارى لا ينعقد إلا بنص خاص يقرره، ولا يجوز بصفة عامة أن يتم فى المسائل التى تتعلق بالنظام العام أو بالحالة المدنية أو الشخصية للفرد٠

٢- أن القضاء الرسمى للدولة سواء العادى أو الإستثنائى يتكون من أشخاص دائمين، فى حين أن هيئات التحكيم تشكل بمناسبة نشوء المنازعات٠

٣- أن أعضاء القضاء الرسمى لا يتم اختيارهم عن طريق أطراف النزاع أو الخصومة، ولايملكون عزلهم أو تنحيتهم إلا عن طريق رد القضاه أو مخاصمة القضاه، فى حين أن أعضاء هيئات التحكيم يختارون أو يحددون، أو يختار بعضهم على الأقل من قبل أطراف الخصومة٠

٤- أن أحكام القضاء الرسمى تكون لها حجية مطلقة أو عامة يحتج بها أمام الكافة فى حين أن قرارات المحكمين لا تكون لها قوة إلزامية إلا فى مواجهة أطراف النزاع٠

٥- أن قرارات هيئات التحكيم يكون الأصل فيها أنها لا تحوز القوة التنفيذية إلا إذا كانت شاملة لأمر التنفيذ، فى حين أن قرارات وأحكام القضاء الرسمى (سواء العادى أو الاستثنائى) تحوز بذاتها القوة التنفيذية٠

الدولة كانت تجعل من التحكيم، فى هذه المنازعات، أمرا واجباً، لا يملك معه الأطراف فى هذه المنازعات رفعها إلى قضاء الدولة، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد. ولكن المشرع الفرنسي عاد وإبتداء من عام ١٩٥٠م وقرر الأخذ بنظام التحكيم الإختيارى فى معظم المنازعات التى تطبق فيها، بإستثناء بعض منازعات العمل الفردية التى جعل نظام التحكيم الإجبارى فيها فى بعض الحالات.(١)

ومن هذه التطبيقات، والتى ألغيت لاحقاً، القوانين التالية:

- ما ورد فى التقنين التجارى الفرنسي فى المواد (٥١) وما بعدها من النص على تحكيم إجبارى فى المنازعات التى تقع بين الشركاء بسبب شركة تجارية، وقد ألغيت هذه المواد بواسطة قانون ١٧ يوليو سنة ١٨٥٦م، وعندما صدر قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥م، قرر حلول التحكيم الاختياري فى هذا النوع من المنازعات.(٢)
- تطبيق التحكيم الإجبارى فى منازعات العمل الجماعية فى فترات محددة، وفى ظل ظروف إستثنائية، إلا أنه سريعاً ما تم العودة عنه وتم الأخذ بالتحكيم الإختيارى فى تلك المنازعات كنظام سائد لديها إبتداء من سنة ١٩٥٠م.(٣)

ثانياً: التحكيم الإجبارى فى مصر:

أخذت مصر بتطبيقات عديدة للتحكيم الإجبارى فى الفصل فى بعض المنازعات، وذلك وفقاً للتفصيل التالى:

١) أخذت مصر ولأول مرة بالتحكيم الإجبارى بموجب قرار مجلس الوزراء فى ١٠ يناير سنة ١٩٦٦م والذى أنشأ هيئات تحكيم إجبارى لحسم المنازعات التى تقع بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام. ثم صدر قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم(٣٢) لسنة ١٩٦٦م وتضمن قواعد التحكيم الإجبارى فى المواد من (٦٦)

---

(١) راجع فى ذلك:

G.H. camerlynck, droit du travail, Dalloz, 1984, 12 e éd. No. 992 et s; Jean Robert, l'arbitrage de conflits du travail, Gaz, 1980, p.268.

(٢) راجع فى ذلك:

G. Hamonic, l'arbitrage en droit commercial, L.G.D.J., 1950, No. 17 et s.

(٣) راجع فى تطور هذه التشريعات: د. عبدالقادر الطورة، قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية، رسالة، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٨٨م، ص ١٠٩ وما بعدها، وص ١١٣ ومابعدها.

إلى(٧٦) والتى حلت محلها المواد من (٦٠) إلى (٧٢) من القانون رقم(٦٠) لسنة ١٩٧١م من قانون الهيئات العامة، ثم صدر القانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣م فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته، منظماً التحكيم الإجبارى لمنازعات المشروعات العامة فى المواد من(٥٦) إلى (٦٩) والذى حل محل القانون رقم(٦٠) لسنة ١٩٧١م.[١]

وبصدور قانون ١٩ يوليو سنة ١٩٩١م رقم(٢٠٣) لسنة ١٩٩١م بشأن شركات قطاع الأعمال العام. خرجت الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون من نظام التحكيم الإجبارى، حيث نصت المادة(٤٠) من هذا القانون على أنه " يجوز الاتفاق على التحكيم فى المنازعات التى تقع بين الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو بينها وبين الأشخاص الإعتبارية العامة أو الأشخاص الإعتبارية من القطاع الخاص أو الأفراد وطنيين كانوا أو أجانب، وتنطبق فى هذا الشأن أحكام الباب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية" (نصوص التحكيم المصري الملغاة بقانون التحكيم التُجارى المصرى الجديد رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م).[٢]

---

(١) راجع فى ذلك : د. محسن شفيق، الموجز فى القانون التجارى، الجزء الأول، ١٩٦٧م، دار النهضة العربية، ص ٥٠٣ وما بعدها، د. محمود سمير الشرقاوى، القانون التجارى، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٧٨م، ص ٤٦٣ وما بعدها، د. أبوزيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، ١٩٧٦م، دار النهضة العربية، ص ٢٥٣ وما بعدها، د. شمس مرغنى على، المرجع السابق ص ٥ وما بعدها، د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، الطبعة الثالثة، ١٩٩٣م، ص ٥٣١ ومابعدها.

وقد ذكر الفقه أن التحكيم الإجبارى فى منازعات القطاع العام أستند إلى عدة أسس منها، أن هذه المنازعات لا تعتبر منازعات حقيقية بين مصالح متعارضة، لأن الأمر فى النهاية يعود إلى الدولة صاحبة جميع شركات القطاع العام، وأن حسم المنازعات بهذه الوسلية من شأنه توفير الوقت والجهد والنفقات والبعد عن بطء الإجراءات، ويؤدى إلى تخفيف العبء عن كاهل المحاكم القضائية.

إلا أن بعض الفقه أنتقد هذا النظام، راجع فى ذلك: د. محمد عبدالخالق عمر، نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام، المرجع السابق، ص ٢١٠ وما بعدها.

(٢) هذا وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن نظام التحكيم الذى نص عليه القانون المنظم لشركات القطاع العام يتفق ونصوص الدستور، وذلك فى حيثيات حكمها الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤ م، والذى قضت فيه بعدم دستورية نظام التحكيم الإجبارى فى قانون بنك فيصل الإسلامى، وذكرت المحكمة فى هذا الشأن أنه " وإن كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الصادر بالقانون رقم(٦٠) لسنة ١٩٧١م قد نظم صوراً بذاتها كان التحكيم فيها إجبارياً، هى تلك التى تقوم بين الدولة وبين وحداتها الإقتصادية، إلا أن النزاع بين هذه الجهات لا يثور بين أشخاص اعتبارية تتناقض مصالحها أو تتعارض توجهاتها، إذ تعمل جميعها باعتبار أن ثمار نشاطها عائد – فى منتهاها – إلى المرافق العامة التى تقوم الدولة على تسييرها، وتكفل إنتظامها وتطويرها لضمان وفائها بالأغراض التى ترمى إلى إشباعها، =

٢) التحكيم الذى كانت تنظمه المادة(١٨) من القانون رقم(٤٨) لسنة ١٩٧٧م فى شأن إنشاء بنك فيصل الإسلامى، والتى كانت تنص على أن يفصل مجلس إدارة البنك بأغلبية أعضائه باعتباره محكماً فى المنازعات التى تنشأ بين المساهمين فى البنك سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أم أشخاصاً اعتبارية٠ أما إذا كان النزاع بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد فأنه يعرض على هيئة تحكيم مشكلة من ٠٠٠" ٠

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية التحكيم الإجباري لمخالفته لنص المادة(٦٨) من الدستور الصادر فى عام ١٩٧١م والتى تنص على أن" التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضية الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضيين وسرعة الفصل فى القضايا٠ ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء"٠

وبذلك أرست المحكمة الدستورية العليا مبدأ أساسياً يجب بمقتضاه أن يكون التحكيم اختياريا لكي يتفق وأحكام الدستور، ويجب أن يستند على الإرادة الحرة لطرفي النزاع ورغبتهما المشتركة فى حسمه بواسطة التحكيم٠[1]

وأسست المحكمة الدستورية قضاءها بعدم دستورية التحكيم الإجباري، على الأسانيد التالية:

أولا: إن الطبيعة الرضائية للتحكيم تبلور تطوراً تاريخياً ظل التحكيم على امتداده عملاً إرادياً، فقد كان الأصل فى التحكيم أن يكون تالياً لنزاع بين طرفين يلجأن إليه إما لأن المحكم محل ثقتهما،أو لأن السلطة التى يمثلها قبلهما كانت توفر لنزاعهما حلاً ملائماً،

= وكذلك الأمر إذا كان أحد الأشخاص الطبيعيين طرفاً فى ذلك النزاع، إذ لايجوز أن يدخل هذا النوع من التحكيم – وعلى ما كان ينص عليه هذا القانون ذاته- إلا بقبوله٠٠٠"، فى القضية رقم(١٣) للسنة (١٥) قضائية" دستورية"، الجريدة الرسمية فى ١٢ يناير سنة ١٩٩٥م، العدد(٢)٠

(١) المحكمة الدستورية العليا فى جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤م فى القضية رقم(١٣) للسنة (١٥) قضائية" دستورية"، سبق الإشارة إلية ٠

وكان ينظر إلى المحكم باعتباره صديقاً موثوقاً فيه، أو رجلاً حكيماً أو مهيباً، بيد أن هذه الصورة التقليدية – ومع احتفاظها بأهميتها حتى يومنا هذا – جاوزها التطور الراهـــن فى العلائق التجارية والصناعية، لتقوم إلى جانبها صورة مختلفة عنها تستقل بذاتيتها، ذلك أن التحكيم اليوم – فى الأكثر شيوعاً – لا يعود إلى اتفاق بين طرفين قام بينهما نزاع حول موضوع محدد، ولكنه يتمثل فى شرط بالتحكيم يقبل الطرفان بمقتضاه الركون إليه لمواجهة نزاع محتمل قد يثور بينهما. ولم يعد المحكم فى إطار هذا التطور ، مجرد شخص تم اختياره لعلائق يرتبط بها مع الطرفين المتنازعين. وإنما غدا التحكيم تنظيماً مهنياً تقوم عليه أحياناً جهة تحكيم دائمة تكون أقدر على تقديم خدماتها إلى رجال الصناعة والتجارة. بل أن نطاق المسائل التى يشملها التحكيم بات متبايناً ومعقداً، ولم يعد مقصوراً على تفسير العقود أو الفصل فيما إذا كان تنفيذها متراخياً أو مشوباً بسوء النية أو مخالفاً – من أوجه أخرى – للقانون، وغير ذلك من المسائل الخلافية ذات الطبيعة القانونية البحتة، بل توخى التحكيم إلى جانبها – وعلى نحو متزايد – إنماء التجارة الدولية عن طريق مواجهة نوع من المسائل التى لا يمكن عرضها على القضاء، أو التى يكون طرحها غير ملائم، كتلك التى تتناولها فى موضوعها ملء فراغ فى عقد غير مكتمل، أو تعديل أحكام تضمنها العقد أصلاً لتطويعها على ضوء الظروف الجديدة التى لا بستها، وإن ظل الاتفاق دائماً، وباعتباره تصرفاً قانونياً وليد الإرادة ناشئاً عنها منبسطاً على أعمال التحكيم، سواء فى صورتها التقليدية أو فى أبعادها الجديدة ليكون مدخلاً إليها وطريقاً وحيداً لها".

ثانيا: إن الشريعة العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية، وفقاً لأحكام قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، والتى يفصح عنها كذلك ما جاء بمضبطة الجلسة الحادية والخمسين لمجلس الشعب المعقودة فى ٢٠ يناير سنة ١٩٩٤م – إبان دور الانعقاد العادى الرابع للفصل التشريعي السادس – **قوامها أن التحكيم فى المسائل التى يجوز فيها الصلح وليد الاتفاق**،سواء أكان تحكيماً داخلياً، أم دولياً، مدنياً، أم تجارياً، وأن المحتكمين يجوز أن يكونوا من أشخاص القانون الخاص أم العام، كذلك يؤكد هذا القانون أن التراضي على التحكيم والقبول به، هو المدخل إليه...

ثالثا: أن الأحكام التى آتى بها قانون التحكيم سالف البيان لا ينافيها التنظيم المقارن، بل يظاهرها ويقوم إلى جوارها، ولا سيما بالنسبة إلى ما كان من صوره دولياً ...[1]

رابعاً: أن قانون المرافعات المدنية الفرنسي وقانون الإجراءات المدنية والتجارية فى رومانيا وكثير من القوانين الأجنبية تؤكد جميعها أن التحكيم وفقاً لأحكامها لا يكون إلا عملاً إرادياً وأن الطرفين المتنازعين إذ يبرمان فيما بينهما اتفاق تحكيم، ويركنان برضائهما إليه لحل خلافاتهما...

خامسا: أن ما قصد إليه الدستور بنص المادة (١٦٧) منه التى فوض بها المشرع فى تحديد الهيئات القضائية وتقرير اختصاصاتها، هو أن يعهد إليه دون غيره، بأمر تنظيم شؤون العدالة من خلال توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التى يعينها، تحديداً لقسط كل منها أو لينصبها فيها، بما يحول دون تنازعها فيما بينها أو إقحام إحداها فيما تتولاه غيرها من المهام، وبما يكفل دوماً عدم عزلها جميعها عن نظر المسائل التى يتناولها إستثناء من خضوعها أصلاً لها، وعلى أساس أن المحكمين يستندون عند الفصل فيها إلى هذا الاتفاق باعتباره مصدراً لها، وكذلك ليس فى القواعد التى تضمنها الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات قبل إبدالها بقانون التحكيم الصادر بالقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، ولا فيما قرره هذا القانون من قواعد، ما يدل على أن التحكيم يمكن أن يكون إجبارياً، بل تفصح جميعها على أن قبول المحتكمين للتحكيم شرط لجوازه باعتباره طريقاً استثنائياً لفض النزاع بين طرفين بغير اتباع طرق التقاضى المعتادة، ودون تقيد بكامل ضماناتها.

سادسا: أن التحكيم الإجبارى يعتبر مخالفاً للدستور فقط إذا فرضه المشرع على الأشخاص الطبيعيين، أما إذا فرض المشرع على الدولة والشركات التابعة لها حل المنازعات التى تثور بينهم بأسلوب التحكيم فإن هذا النظام لا يتنافى مع الدستور ...[2]

---

(١) وقد أستندت المحكمة الدستورية العليا فى مبدأ الرضائية فى التنظيم المقارن إلى القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى الذى أعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى فى ٢١ يونية سنة ١٩٨٥م، والاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى فى ٢١ أبريل سنة ١٩٦١م، واتفاقية نيويورك فى ١٠ يوليو سنة ١٩٥٨م التى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى، والاتفاقية المبرمه فيما بين الدول الأعضاء فى منظمة الدول الأمريكية فى ٣٠ يناير سنة ١٩٧٥م، والاتفاقية المبرمة فى شأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى فى ١٧ مارس سنة ١٩٦٥م.

(٢) راجع ما سبق ذكره فى هذا الشأن فى دستورية التحكيم الإجبارى فى منازعات القطاع العام.

سابعاً: أن الدستور قد كفل لكل مواطن – بنص مادته الثامنة والستين – حق الإلتجاء إلى قاضية الطبيعي، مخولاً إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاضى يكون بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التى لا بستها، مهيئاً دون غيره للفصل فيها، وكان الأصل هو اختصاص جهة القضاء العام بنظر المنازعات جميعها إلا ما أستثنى منها بنص خاص، وكان من المقرر أن انتفاء اختصاص المحاكم بالفصل فى المسائل التى تناولها اتفاق التحكيم، مرده أن الاتفاق يمنعها من نظرها، فلا تكون لها ولاية بشأنها بعد أن حجبها عنها ذلك الاتفاق، وكان النص التشريعى المطعون عليه – بالتحديد السالف بيانه – يفرض التحكيم قسراً فى العلاقة القانونية القائمة بين طرفين لا يعدو أن يكون أحدهما مصرفاً يقوم – وفقاً لقانون إنشائه – بجميع الأعمال المصرفية والمالية والتجارية وأعمال الإستثمار، وثانيهما من يتعاملون معه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وكان هذا النوع من التحكيم منافياً للأصل باعتبار أن التحكيم لا يتولد عن الإرادة الحرة، ولا يتصور إجراؤه تسلطاً أو إكراهاً، فإن شأن التحكيم المقرر بالنص التشريعى المطعون فيه، شأن كل تحكيم أقيم دون اتفاق، أو بناء على اتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم – فى هذه الصور جميعها – أن يكون حملاً عليه، منعدماً وجوداً من زاوية دستورية، فلا تتعلق به بالتالى ولاية الفصل فى الأنزعة، أيا كان موضوعها، بما مؤداة أن اختصاص هيئة التحكيم التى أحدثها النص المطعون عليه بنظر المنازعات التى أدخلها جبراً فى ولايتها يكون منتحلاً ومنطوياً بالضرورة على حرمان المتداعين من اللجوء – فى واقعة النزاع الماثل – إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعي، فيقع – من ثم – مخالفاً لنص المادة (٦٨) من الدستور .

٣) نظم قانون الجمارك رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٣ فى عدد من نصوصه التحكيم الإجباري، أهمها نص المادة (٥٧) التى كانت تنص على أنه " إذا قام نزاع بين الجمارك وصاحب البضاعة حول نوعها أو منشئها أو قيمتها، أثبت هذا النزاع فى محضر يحال إلى محكمين يعين الجمرك أحدهما ويعين الآخر صاحب البضاعة أو من يمثله، وإذا أمتنع ذو الشأن عن تعيين الحكم الذى يختاره خلال ثمانية أيام من تاريخ المحضر اعتبر رأى الجمارك نهائياً . وفى حالة اتفاق الحكمين يكون قرارهما نهائياً . فإذا أختلفا 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...".

هذا وقد قررت المحكمة الدستورية العليا عدم دستورية النصوص التى تقضى بالتحكيم الإجبارى فى قانون الجمارك[1] على نفس الأسس والأسانيد التى قررتها فى شأن عدم دستورية التحكيم الإجبارى فى قانون بنك فيصل الإسلامى.

٤) نظم القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩١م بشأن الضريبة العامة على المبيعات فى عدد من مواده على نظام التحكيم الإجبارى، حيث نصت المادة(١٧) منه على أنه لمصلحة الضرائب على المبيعات تعديل الإقرار المقدم من الممول المسجل وتخطره بذلك، ولهذا الأخير أن يتظلم لرئيس المصلحة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه الإخطار، فإذا رفض التظلم أو لم يبت فيه خلال خمسة عشر يوماً، جاز للممول طلب إحالة النزاع إلى التحكيم خلال الخمسة عشر يوماً التالية، وإلا اعتبر تقدير المصلحة نهائياً.

وكذلك نصت المادة(٣٥) من ذات القانون على أنه إذا قام نزاع مع المصلحة حول قيمة السلعة أو الخدمة أو نوعها أو كميتها، أو مقدار الضريبة، وطلب صاحب الشأن إحالة النزاع إلى التحكيم فعلى رئيس المصلحة أن يحيل النزاع إلى حكمين تعين المصلحة أحدهما ويعين صاحب الشأن الآخر. فإذا لم يتم تعيين الحكمين أو أختلف الحكمان ولم يتفقا على حل للنزاع، رفع النزاع إلى لجنة مؤلفه من مفوض دائم يعينه وزير المالية وعضوية ممثل عن مصلحة الضرائب على المبيعات وصاحب الشأن ومندوب عن التنظيم النقابى الذى ينتمى إليه الممول ومندوب عن هيئة الرقابة الصناعية ، وتصدر اللجنة قرارها بأغلبية الأصوات.

هذا وقد قررت المحكمة الدستورية العليا عدم دستورية التحكيم فى قانون الضريبة العامة على المبيعات، على نفس الأسس والأسانيد التى سبق عرضها فى عدم دستورية

---

(١) المحكمة الدستورية العليا فى جلسة ٣ يوليو سنة ١٩٩٩م فى القضية رقم(١٠٤) لسنة (٢٠) قضائية "دستورية" ، الجريدة الرسمية فى ١٥ يوليو سنة ١٩٩٩م، العدد (٢٨) .

التحكيم الإجبارى.[1]

٥) نظم القانون رقم(٩٥) لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق رأس المال فى عدد من مواده نظام التحكيم الإجباري، ومنها نص المادة(١٠)، حيث قضت بضرورة عرض الطعون فى قرارات مجلس إدارة هيئة سوق المال الصادرة بوقف قرارات الجمعية العامة للشركة، والتى يقدر مجلس الإدارة أنها تستهدف صالح فئة معينة من المساهمين أو الإضرار بهم على هيئة تحكيم مشكلة بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء محكمة الاستئناف وعضوية محكم عن كل من طرفى النزاع. وكذلك نصت المادة (٥٢) من ذات القانون على ضرورة حل المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين فى مجال الأوراق المالية عن طريق اللجوء إلى هيئة التحكيم المشكلة فى إطار هذا القانون.

هذا وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية التحكيم الإجبارى الوارد فى هذا القانون على نفس الأسس والاعتبارات السابق عرضها.[2]

وبناء على ماسبق عرضه نجد أن التحكيم الإجبارى أصبح فى حكم غير المشروع إذا تم بين الأشخاص الطبيعية، والتحكيم الذى يكون متفقاً مع الدستور – طبقاً لأحكام القضاء الدستورى السابق عرضها – هو التحكيم الإختيارى الذى يقوم على الإرادة الحرة لطرفى النزاع وتراضيهما فى حسمه بواسطة التحكيم.

ثالثا: النموذج الكويتى والذى يجمع بين التحكيم الإختيارى والتحكيم الإجبارى:

تبنى المشرع الكويتى نظاماً جديداً للتحكيم أطلق عليه " التحكيم القضائى" بمقتضى القانون رقم(١١) لسنة ١٩٩٥م، حيث نص على تُشكيل هيئة التحكيم القضائى من خمسة أعضاء من رجال القضاء وأثنين من المحكمين يختارهما طرفا النزاع من بين القوائم المعدة لإدارة التحكيم بمحكمة الإستئناف أو من غيرهم دون أى قيد فى هذا الشأن.

---

(١) المحكمة الدستورية العليا فى جلسة ٦ يناير سنة ٢٠٠١م فى القضية رقم(٦٥) لسنة (١٨) قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية فى ١٨ يناير سنة ٢٠٠١م، العدد(٣) .

(٢) المحكمة الدستورية العليا فى جلسة ١٣ يناير سنة ٢٠٠٢م فى القضية رقم(٥٥) لسنة (٢٣) قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية فى ٢٤ يناير سنة ٢٠٠٢م، العدد(٤) تابع.

ونصت المادة الثانية من هذا القانون على اختصاص هيئة التحكيم القضائى بالمسائل الآتية :

١- الفصل فى المنازعات التى يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها، والفصل فى المنازعات الناشئة عن العقود التى تبرم بعد العمل بهذا القانون وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم، وذلك مالم ينص فى العقد أو فى نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك . **ويعتبر التحكيم فى هذه الحالة اختيارياً لطرفى النزاع.**

٢- الفصل، دون غيرها، فى المنازعات التى تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التى تملك الدولة رأس مالها بالكامل، أو فيما بين هذه الشركات . **ويعتبر اللجوء إلى التحكيم فى هذه الحالات إجبارياً للطرفين.**

٣- الفصل فى طلبات التحكيم التى يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة لحسم المنازعات التى تثور بينهم وبين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة. وتلتزم هذه الجهات العامة بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء. **والتحكيم هنا يعد يعتبر إجبارياً للدولة والجهات الحكومية وحدها، وإختيارياً بالنسبة للأشخاص الخاصة التى تكون طرفاً فى نزاع مع أحد الأشخاص القانونية العامة.**(١)

وبناء على ما سبق نجد أن النظام الكويتي قدم نظاماً يجمع بين كل من التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري فى ظل نظام واحد، إذ يأخذ بالتحكيم الاختياري إذا كان أطراف النزاع أشخاص قانونية خاصة، **ويأخذ بالتحكيم الإجباري** إذا كان أطراف النزاع الدولة أو أحد الأشخاص القانونية العامة، ويجمع بين **التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري** فى حالة كون طرفى النزاع أشخاص عامة وأشخاص اعتبارية خاصة، إذ يكون إجبارياً على الأولى واختياريا للثانية.

---

(١) راجع فى ذلك: د. يسرى العصار ، المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها.

المطلب الثالث

التحكيم البسيط والتحكيم مع التفويض بالصلح

ينقسم التحكيم بالنظر فى سلطة المحكم أو المحكمين عند قيامهم بالفصل فى المنازعة أو المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم للفصل فيها بقرار حاسم وملزم للأطراف المحتكمين، ومدى ما يتمتع به المحكم أو المحكمين من سلطات وما يرد عليها من قيود إلى نوعين هما" التحكيم العادي" وهو ما يطلق عليه فى مصر " التحكيم"، والتحكيم مع التفويض بالصلح.

والأصل فى التحكيم أن يكون تحكيماً بسيطاً أو بالقضاء يلتزم فيه المحكم أو المحكمون، شأنهم فى ذلك شأن القضاة، بإصدار حكم فى النزاع على ضوء قواعد القانون، ويقصد بالقانون فى هذا الصدد القانون بمعناه الواسع الذى يشمل جميع القواعد القانونية سواء كانت المكتوبة أم غير المكتوبة. وبناء عليه لا يوجد تحكيم مع التفويض بالصلح، إلا إذا وجد فى الاتفاق على التحكيم ما يشير إليه.(١)

هذا وقد نظم المشرع الفرنسي فى المادة(١٤٧٤) من قانون المرافعات (والسابق الإشارة إليها) التزام هيئة التحكيم، في إطار التحكيم الداخلي، بالفصل فى النزاع وفقاً للقواعد القانونية القائمة، وأجاز بمقتضى المادة(١٤٩٦) من القانون ذاته(والسابق الإشارة إليها) لطرفي النزاع الذى يتعلق بالتجارة الدولية، والذى يتم الاتفاق على حله بواسطة نظام التحكيم الدولي، اختيار القواعد القانونية التى يريدان تطبيقها على النزاع، ومنح هيئة التحكيم، فى حالة عدم اختيار طرفى النزاع قواعد قانونية معينة، حق اختيار القواعد التى تراها مناسبة مع ضرورة أخذ الأعراف التجارية فى اعتبارها.

وكذلك أجاز المشرع المصري فى المادة(١/٣٩) من قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م لطرفي النزاع اختيار القواعد القانونية التى يريدان تطبيقها على النزاع الخاضع

---

(١) راجع فى ذلك: د. فتحى والى ، مبادئ قانون القضاء المدنى، الطبعة الثانية، ١٩٧٥م، ص ٤٢، د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، المرجع السابق ، ص ١٨٣، د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٢٢ .

للتحكيم، سواء كان هذا التحكيم داخلياً أم دولياً، وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع فإن هيئة التحكيم تطبق القواعد القانونية التى ترى أنها الأكثر اتصالاً بالنزاع، وألزم هيئة التحكيم بمقتضى الفقرة(٣) بمراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية فى نوع المعاملة.

وبجانب الصورة السابقة من صور التحكيم وهى التحكيم بالقضاء أو التحكيم البسيط نظم المشرع الفرنسى نوعاً آخر من التحكيم أطلق عليه" التحكيم مع التفويض بالصلح والذى يقوم على اتفاق طرفى المنازعة على تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل فى موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام قانون معين. وقد نظم ذلك فى المواد(١٤٧٤) من قانون المرافعات حيث نصت على أن " يفصل المحكم فى النزاع طبقاً لقواعد القانون ما لم يخوله الأطراف فى اتفاق التحكيم مهمة الفصل كمحكم مصالح " Amiable compositeur " والمادة (١٤٩٧) والتى نصت على أن التحكيم يمكن أن يتم بالتفويض بالصلح إذا منحه اتفاق الأطراف هذه المهمة (السلطة) .

" L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission " [1]

وقد نص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى مادته (٢٥) على أنه " لطرفى التحكيم الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة" .

---

(١) راجع فى نظام التحكيم بالصلح:

E. Mezger, de la distinction entre l'arbitre dispenser d'observer les régles de la loi et l'arbitre statuant sans appel, Dalloz,1970, p. 154 et s; J. viatte, l' amiable composition en justice, Rec. gén. Lois et jurisprudence, 1974, p. 563.

وراجع أيضاً: د. أحمد أبوالوفا، التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح، الطبعة الأولى، ١٩٦٥م، منشأة المعارف بالأسكندرية، ولنفس المؤلف، التحكيم الاختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ١٧٨ وما بعدها د. عبدالحميد الأحدب، التحكيم بالصلح فى الشرع الإسلامى والقوانين الأوربية ، بحث مقدم من مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط بالقاهرة،١٩٨٩م .

كما نصت المادة (٤/٣٩) على أنه " يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصل فى موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

وبناء على ذلك فان الأصل فى التحكيم أن يكون تحكيما بالقضاء أو تحكيما بسيطا ، ولا يعتبر تحكيما مع التفويض بالصلح ، إلا إذا وجد الاتفاق على التحكيم ما يشير إلى هذا، وذلك لأن التحكيم بالصلح يعد استثناءا على الأصل العام وهو التحكيم العادي أو التحكيم بالقضاء ، ويترتب على هذا لزوما أن يكون منصوصا عليه فى الاتفاق على التحكيم صراحة ، وأن تدل عليه الإرادة الصريحة الواضحة للأطراف المحتكمين ، كما يجب الالتزام بالتفسير الضيق لهذا الاتفاق. (١)

وعلى الرغم من أن الاتفاق على التحكيم بالصلح يمنح المحكم سلطات أكبر من تلك الممنوحة للمحكم فى التحكيم القضائى أو التحكيم البسيط، إلا أن المحكم بالصلح أو التحكيم بالتفويض بالصلح يظل مقيداً بعدة قيود أهمها :

- على الرغم من أن أطراف التحكيم بالصلح يستطيعون الاتفاق معاً على الإجراءات التى تتبع أمام المحكم أو المحكمين، سواء تم هذا الاتفاق فى عقد التحكيم، أم فى اتفاق لا حق قبل بدء خصومة التحكيم أمام المحكم أو المحكمين، فأنه يجب دائماً عدم مخالفة الإجراءات المتفق عليها للمبادئ الأساسية للتقاضى، وعدم تضمنها إخلالاً بحقوق الدفاع أو مخالفة للقواعد المنصوص عليها فى قوانين التحكيم. (٢)
- ويلتزم المحكمون كذلك بالفصل فى النزاع المعروض عليهم وفقاً للقواعد القانونية الواجبة الاتباع، أو القواعد القانونية المتفق عليها بين الأطراف فى التحكيم مع

---

(١) راجع فى ذلك: د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٣٩، د. محمد عبدالخالق عمر، النظام القضائي المدنى، المرجع السابق، ص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) راجع فى ذلك: د. فتحى والى، مبادئ قانون القضاء المدنى، المرجع السابق، ص ٧٢٥ وما بعدها، د. أحمد أبوالوفا ، التحكيم الإختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ٤١٢، د. محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثرة على سلطة القضاء، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربى، ١٩٨٦م، ١٥١ .وراجع كذلك: محكمة النقض فى جلسة ١٦ فبراير سنة ١٩٧١م، المجموعة ، السنة الثانية والعشرون، ص ١٧٩ .

التفويض بالصلح إلا وهى الفصل فى النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون، إلا أنه وحتى فى هذه الحالة الأخيرة لا يستطيعون مخالفة قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام، ومنها عدم إهدار المبادئ الأساسية للتقاضى، وأهمها مبدأ المساواة بين الخصوم وما يقتضيه من احترام المواجهة بينهم فى الإجراءات، ومبدأ احترام حقوق الدفاع، ومبدأ عدم قضاء القاضي بعلمه الخاص، ومبدأ وجوب نظر النزاع واتخاذ إجراءات الإثبات بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم... إلخ.(١)

وبناء علية فإن المحكم المصالح وأن كان لا يتقيد بقواعد القانون، إلا أنه يتقيد بما يتعلق منها بالنظام العام، كما يتقيد بقواعد الإجراءات المتعلقة بالنظام العام، وهى القواعد التى لا يستطيع الأطراف الاتفاق على استبعادها، والتى لا تملك الإرادة الخاصة مخالفتها . والمحكم المصالح يتقيد بها مثل المحكم العادى والقضاء، وإلا تعرض حكمة للبطلان.(٢)

- يتقيد المحكمون بالتفويض بالصلح بالإجراءات والأوضاع والمواعيد المقررة فى باب التحكيم، والعلة من ذلك أن هذه الإجراءات تتعلق بضمانات أساسية لا يجوز الإسغناء عنها، ولا يعفى المحكمون المفوضون بالصلح إلا من التقيد بقواعد القانون الموضوعي، هذا فضلاً عن أنه لا يتقيد بأوضاع المرافعات ولا بالشكل العام المقرر

---

(١) راجع فى ضرورة التزام المحكم بالإجراءات المتعلقة بالنظام العام: د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الإختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ٢٤٥ وما بعدها، د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، الطبعة الثالثة، ١٩٩٣م، ص ٩٢٠ وما بعدها، د. محمد عبدالخالق عمر، النظام القضائى المدنى، ص ١٠٢ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د. فتحى والى، الوسيط فى القضاء المدنى، طبعة ١٩٩٣م، ص ٩٢٤ وما بعدها، د أحمد أبوالوفا، التحكيم الإختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ٢٤٥، د. محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء، ص ١٥٤ وما بعدها، د. وجدى راغب فهمى، بحث خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها.
وراجع أيضا:

Eric - Loquin, op. cit. p. 223 et s.

وراجع: محكمة النقض المصرية: نقض مدنى فى جلسة ٣٠ يونية سنة ١٩٦٠، المجموعة، السنة (١١) ص ٤٧٦، وفى جلسة ١٦ فبراير سنة ١٩٧٦ فى الطعن رقم(١٧٧) لسنة (٤٠) قضائية، المجموعة، السنة(٢٧)، ص ١٧٧٠، ونقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٨م فى الطعن رقم (٢٧٥)، المجموعة، السنة (٣٢)، ص ١٧٩ .

فـى قـانون المـرافعات المدنـية والـتجارية، ولا تسـرى علـى تصـرفاته الجـزاءات المقررة فى هذا القانون، إلا أنـه يعتد بالشكل الخاص الـوارد فى باب التحكـيم، وهـذا الشـكل يلزمه حتماً، ما لم ينص القانون على غير ذلك صراحة. (١)

وبناء على ذلك يختلف التحكيم بالتفويض بالصلح عن التحكيم العادى فى أنه فى النوع الأول لا يتقيد المحكم أو المحكمون بالقواعد القانونية الموضوعية، وإنما عليه أن يقرر الحل الملائم لمصلحة الطرفين، ولا يتقيد كذلك بالقواعد الإجرائية إذا أتفق الخصوم على خلافها، ولا يتقيد إلا بالإجراءات المتفق عليها كمبادئ أساسية للتقاضى، وكذلك لا يجوز أن يخالف القواعد والإجراءات التى ترتبط بالنظام العام، وتلك الواردة فى باب التحكيم، أما فى التحكيم العادى فإن المحكم(أو المحكمون) يفصل فى المنازعة محل الاتفاق على التحكيم ملتزمين بمراعاة قواعد القانون الموضوعية والإجرائية على حد سواء، وذلك إلا إذا أعفاهم الخصوم المحتكمين أطراف الاتفاق على التحكيم من التقيد بالقواعد الموضوعية الواردة فى القانون.

---

(١) راجع فى ذلك: د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٢٠٦ ومابعدها، د. فتحى والى، الوسيط فى القضاء المدنى، طبعة ١٩٩٣م، ص ٩٢٠ وما بعدها، د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الإختيارى والإجبارى، ص ١٧٩، د. عزمى عبدالفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٣م، ص ٦٠ وما بعدها، وص ٢٦١ وما بعدها.

وراجع أيضاً : محكمة النقض فى جلسة ١٨مايو سنة ١٩٦٧م، فى الطعن رقم(٢٤٩)، السنة (٣٣) قضائية، المجموعة، ص١٠٢ .

وراجع أيضاً :

Eric - Loquin, l'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence, Rev - Arb. 1976, p. 223 et s.

المطلب الرابع
شرط التحكيم ومشارطه التحكيم

تمهيد:

يقسم الفقه التحكيم من حيث وقت الاتفاق عليه ومدى ارتباطه بالاتفاق الأصلي إلى تحكيم سابق وهو ما يعرف بشرط التحكيم، وتحكيم لاحق أو المستقل أو المنفصل وهو ما يعرف بمشارطه التحكيم.

ويعرف قانون المرافعات الفرنسي الحالي كل من شرط التحكيم ومشارطه التحكيم. ففي الكتاب الرابع من هذا القانون بعنوان التحكيم L'arbitrage فى القسم الأول منه بعنوان اتفاقات التحكيم Les conventions d'arbitrage ، فى الباب الأول منه بعنوان شرط التحكيم La clause compromissoire تنص المادة (١٤٤٢) على أن شرط التحكيم هو عبارة عن اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف فى عقد معين بإخضاع المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن هذا العقد للتحكيم.

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

وفى الباب الثانى من ذات القسم بعنوان مشارطه التحكيم Le compromis تنص المادة (١٤٤٧) على أن مشارطة التحكيم هى عبارة عن اتفاق يخضع بمقتضاه الأطراف فى نزاع معين نشأ بالفعل لتحكيم شخص أو عدة أشخاص.

" Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui - ci à l'arbitrage d'une ou de plusieurs personnes " .

وقد عرف قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المصرى، الصادر بالقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، اتفاق التحكيم فى الباب الثانى منه فى المادة العاشرة فى فقراتها الثلاث . فعرف ماهية اتفاق التحكيم بصفة عامة فى الفقرة الأولى، وفى الفقرة

الثانية نص على جواز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان الاتفاق مستقلاً بذاته أو ورد فى عقد معين، كما يجوز أن يتم الاتفاق بعد قيام النزاع. ونص فى الفقرة الثالثة على اعتبار اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم وذلك إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. وعلى ذلك فإن صور التحكيم فى قانون التحكيم المصرى يمكن أن تندرج تحت الصور التالية : (١)

الصورة الأولى: ورود شرط التحكيم فى صورة بند أو شرط فى عقد من العقود، بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين. وفى هذه الحالة يقرر الطرفان فى اتفاقهما إلتزامهما باللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتهما المحتملة كلها أو بعضها – والناشئة عن تنفيذ أو تفسير هذا العقد (العقد الأصلى)، أى العقد المنظم لإلتزامات وحقوق الطرفين.

الصورة الثانية: ورود شرط التحكيم فى عقد مستقل عن العقد الأصلى، وفى تاريخ لاحق لتاريخ هذا العقد، ويشترط فى هذه الحالة أن يكون شرط التحكيم سابقاً على نشوء النزاع.

الصورة الثالثة: وهى ورود شرط التحكيم فى صورة النص فى العقد الأصلى على الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم. كأن يحيل العقد إلى عقد نموذجي معين، ويلزم " أن تتضمن الإحالة ما يفيد إعتبار شرط التحكيم، الذى تتضمنه هذه الوثيقة جزءاً من العقد الأصلى. فالإحالة العامة التى قد يُتضح منها عدم دراية أو علم أحد من الأطراف بوجود شرط التحكيم، ينتفى فيها إمكانية القول بوجود اتفاق وتراضى مكتوب

---

(١) راجع فى ذلك: د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، بند ٢٣٤، د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، بند ٢٩، د. عزمى عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتى، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ص ١٣٦ وما بعدها ، د. أحمد حسان الغندور، التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات، ١٩٩٨م، ص ٦٣ وما بعدها، د. حمد الله محمد حمد الله، النظام القانونى لشرط التحكيم فى المنازعات التجارية، دراسة مقارنه، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ١٩ وما بعدها.

على شرط التحكيم".[1]

وقد أكدت على هذا المعنى ما ورد فى نص المادة(٣/٣٠) من قانون التحكيم، حيث ذكرت بأنه" يعتبر أتفاقاً على التحكيم، كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة من إعتبار هذا الشرط، جزءاً من العقد" [2]

الصورة الرابعة: وهي الشرط المختلط La clause compromissoire Mixte ، وفى هذه الحالة ينص على حل النزاع إما بواسطة التوفيق Médiation أو بواسطة التحكيم، فى حالة عدم نجاح عملية التوفيق بين الطرفين لإنهاء النزاع بينهما. وبناء على ذلك يعتبر التحكيم حلاً احتياطياً للنزاع لعملية التوفيق الودى المتفق عليه.[3]

وجدير بالذكر أن نظام التحكيم السعودى، يقر بصحة النص على شرط التحكيم فى صلب العقد، وقبل حدوث الخلاف، أو بعد وقوع النزاع، فقد نص فى المادة الأولى من نظام لتحكيم الجديد الصادر عام ١٩٨٣م على أنه " يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين قائم كما يجوز الاتفاق على التحكيم فى أى نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين".[4]

---

(١) راجع: د. محمود مختار بريرى، المرجع السابق، بند ٢٨ .

(٢) وقد استقرت محكمة النقض المصرية على تأكيد هذا المعنى، حتى قبل صدور قانون سنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم، حيث ذكرت فى هذا الشأن بأنه لما " كان سند الشحن يمثل فى الأصل دليل الشاحن أو المرسل إليه قبل الناقل، فأنه يتعين أن يفرغ فيه كافة الشروط الخاصة بعملية النقل بحيث إذا ما أتفق بين طرفى عقد النقل على الإلتجاء إلى التحكيم عن شأن ما قد يثور من منازعات، **يتعين أن ينص عليه صراحة** فى ذلك السند، **ولا محل للإحالة المجهلة** فى أمره – بالنظر إلى خطورته – إلى مشارطة إيجار السفينة ... وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأعتد بالإحالة العامة المعماة الواردة فى سند الشحن إلى كافة شروط وبنود مشارطة إيجار السفينة والتى تضمنت فى البند العشرين منها الاتفاق على التحكيم، بأعتبارها مندمجة فى سند الشحن ..." ، وإنتهت المحكمة إلى أن الحكم المطعون فيه قد شابه القصور فى التسبيب، وجره ذلك إلى الخطأ فى تطبيق القانون مما يوجب نقضه.
نقض مدنى فى ١٣ يوليو سنة ١٩٩٢م فى الطعن رقم(٢٢٦٧)، السنة (٥٤) قضائية، ونقض مدنى فى ١٤ أبريل ١٩٧٠م فى الطعن رقم(٥١) لسنة (٣٦) قضائية، ونقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٥م فى الطعن رقم(٦٠) لسنة ٣٠ قضائية، ونقض مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٦٥م فى الطعن رقم (٤٠٦) لسنة ٣٠ قضائية. أنور طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة ١٩٣١م وحتى سنة ١٩٩٦م، الجزء السادس، البنود من ٢٢ – ٢٤ .

(٣) راجع فى ذلك: د. حمدالله محمد حمدالله، المرجع السابق، ص ٢٣، د. فهد بن حمود النايف الحقبانى، الاتجاهات التحكيمية الحديثة فى دول الخليج العربية، بحث مقدم لمركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، مارس ٢٠٠١م، ص ٢٣ وما بعدها.
وراجع أيضا:
B. oppetit, Arbitrage, Médiation et conciliation, Rev. Arb. 1984, Art.,307 et s.

(٤) راجع: د. عمر بن أبوبكر باخشب، البحث السابق الإشار إلية، ص ١٥٥ .

الفصل الثالث

الطبيعة القانونية للتحكيم

(La nature juridique de l'arbitrage)

يرى أغلب الفقه وبحق ضرورة تحديد طبيعة التحكيم القانونية قبل الخوض فى دراسة أحكامه التفصيلية، وذلك لما لهذا التحديد من أهمية بالغة تتجلي فيما يلى: (١)

أولا: أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم تمثل إلى حد كبير أساساً لتحديد صفة التحكيم أو المعيار المتبع لمعرفة الطبيعة القانونية للأعمال المرتبطة به .

ثانياً: أن الطبيعة القانونية للتحكيم هى التى ستحدد نوع المعاملة القانونية التى سيعامل بها الحكم الصادر من هيئة التحكيم، سواء فى الدولة التى صدر فيها أو خارجها.

ثالثا: وتظهر أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق فى مجال القانون الدولى الخاص، وبصفة خاصة فى مجال إجراءات التحكيم.

وفى سبيل تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، سنقوم بعرض موقف التشريعات المقارنة من تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، ثم نقوم بعرض موقف القضاء في تحديد تلك الطبيعة . ولكن قبل هذا وذلك سنقوم بعرض موقف الفقه من تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، والتي سار على ضوئها كل من المشرع والقضاء. وبناء على ذلك انقسمت الدراسة في هذا الفصل للمباحث التالية:

المبحث الأول : موقف الفقه من الطبيعة القانونيةُ للتحكيم.

المبحث الثانى : موقف التشريعات فى تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

المبحث الثالث : موقف القضاء من تحديد طبيعة التحكيم.

---

(١) راجع فى ذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص ، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص ٢٥ وما بعدها، د. عزت محمد على، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية " دراسة مقارنة"، رسالة، ١٩٩٦م، ص ١٥ ومابعدها.

وذلك على الرغم من أن البعض قد رأى أن الخوض فى هذه الدراسة يعد أمرا لا ضرورة له ، بصدد دراسة الموضوع فى مجال المنازعات ذات الطابع الدولى. راجع فى ذلك: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم،دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٦٩ .

المبحث الأول

موقف الفقه من الطبيعة القانونية للتحكيم

أختلف رأى الفقه الذى يتناول التحكيم بالدراسة والبحث حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم. فذهب البعض إلى تكييف التحكيم بأنه ذو طبيعة تعاقدية، وذهب البعض الآخر إلى القول بالطبيعة القضائية للتحكيم ، وحاول البعض الآخر الأخذ بموقف وسط عن طريق تبنى حل توفيقى مقتضاه اعتبار نظام التحكيم مزيجا بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية وبالتالى فإنه يتسم بطبيعة مختلفة، فى حين إنتهى رأى رابع وأخير إلى القول باستقلالية نظام التحكيم وأصالته فى حل المنازعات. وبناء عليه سنتناول كل رأى من هذه الآراء فى مطلب مستقل، ثم نختتم هذه الدراسة بعرض رأينا فى موضوع الطبيعة القانونية للتحكيم، وذلك على الوجة التالى:

المطلب الأول : النظرية التعاقدية الاتفاقية للتحكيم.

المطلب الثانى : النظرية القضائية فى تكييف التحكيم.

المطلب الثالث : نظرية الطبيعة المختلطة فى تكييف التحكيم.

المطلب الرابع : نظرية الطبيعة الخاصة للتحكيم (نظرية استقلال التحكيم).

المطلب الخامس: رأينا فى موضوع التكييف القانونى للتحكيم.

****

المطلب الأول

النظرية التعاقدية الاتفاقية للتحكيم

(Caractére contractuelle de l'arbitrage)

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التحكيم له طبيعة اتفاقية تعاقدية [1] وأن المحكمين ليسوا قضاه وليس لهم ولاية الحكم، إنما هم مجرد أفراد عاديين، وأن أحكام المحكمين ليست أحكاماً قضائية، وإنما تستمد هذه الأحكام آثارها من إرادة الأطراف المحتكمين الذين حكموهم وأتفقوا على الخضوع لقضائهم. وينتهى أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن مركز الثقل فى نظام التحكيم بكل تركيباته المعقدة، هو اتفاق أطراف الخصومة، كما أن مصدر قرارات التحكيم، هو اتفاق طرفى النزاع، ولا تجد قوتها التنفيذية إلا فى هذا الاتفاق الخاص. ومن ثم تنسحب طبيعة التحكيم التعاقدية على هذه القرارات، وتكون واتفاق التحكيم " كل لا يتجزأ" [2] .

وقد أستند أنصار هذا الرأى إلى الحجج والأسانيد الآتية: [3]

١) أن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف فى اتفاق اللجوء إليه. وبناء عليه فإن رغبة الأطراف فى وجود محكم يفصل فى النزاع القائم بينهم ورغبتهما فى الامتثال لقراره

---

(١) راجع:

Ibrahim Naguib saad, la sentence arbitrale, thése, paris, 1969, p. 503et s.

وراجع أيضاً د.وجدى راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي فى قانون المرافعات، طبعة ١٩٧١ م، ص١٢٠، وراجع فى عرض هذه الآراء: د. محمود السيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده، المرجع السابق، ص ١٧٤ وما بعدها .

(٢) أنظر: د. محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص ١٧٦، د. عزالدين عبدالله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، السنة(٦٩)، العدد(٣٧١)، يناير سنة ١٩٧٨م، ص١٨.

(٣) راجع فى عرض هذه الحجج والأسانيد: د. محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص ١٩٧ وما بعدها د. جورجى شفيق جورجى، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها، د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ١٥٢ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٢١٢ وما بعدها، د. عزالدين عبدالله، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها د. على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م،ص ٨٦ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٩ وما بعدها .

تمثل لب وأساس التحكيم، ومن ثم يستمد التحكيم طبيعته القانونية من هذه الإرادة الاتفاقية فى اللجوء إلية.

أن هناك اختلاف فى الهدف بين التحكيم والقضاء، وذلك لأن التحكيم يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف الاتفاق أو العقد، أما القضاء فيهدف إلى تحقيق مصلحة عامة هى إقامة العدل.

٢) أن القضاء له سلطة عامة تستمد ولايتها من الدستور والقوانين، بينما أن التحكيم يقوم على اتفاق ضمنى على تنازل أطرافه عن الدعوى القضائية، كما أن المحكم يستمد سلطاته وولايته من إرادة الأطراف واتفاقهم.

٣) أن الوظيفة القضائية لا يباشرها سوى وطنى، أى أن القاضى لابد وأن يكون مواطناً، على أساس أن القضاء فى الدولة وظيفة عامة لا يباشرها إلا المواطنون، بينما إن المحكم يمكن أن يكون وطنياً أو أجنبياً لأنه يستمد سلطته وولايته من اتفاق أطراف الاتفاق على التحكيم. ولذلك فلا تنطبق على المحكم قواعد إنكار العدالة Deni de justice التى تطبق على القضاة، ولا يخضع لقواعد مخاصمة القضاة التى يخضعون لها، ويترتب على ذلك أيضاً أنه يمكن رفع دعوى بطلان أصلية ضد الحكم الصادر فيه على خلاف حكم القضاء.

٤) أن المشرع المصرى قد أشار فى المذكرة الإيضاحية لمجموعة المرافعات المصرية صراحة إلى أن " حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً"[١].

٥) أن حكم المحكمين بذاته لا يتمتع بقوة تنفيذية، بل يلزم الأمر بتنفيذه من قبل قضاء الدولة، مما يدعم فكرة أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية وليس قضائية.

---

(١) وقد رأى جانب من الفقه أن ذلك يعد تأييداً من جانب المشرع المصري للطبيعة التعاقدية للتحكيم. راجع فى ذلك: د. قسمت الجداوي، التحكيم فى مواجهة الاختصاص القضائى الدولى، تنازع الاختصاص وتنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م، ص ٣٧ وما بعدها.

المطلب الثانى

النظرية القضائية فى تكييف التحكيم

(Caractére Juridictionnelle de l'arbitrage)

ذهب جانب كبير من الفقه إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة قضائية وليست اتفاقية أو تعاقدية،[1] ، وأن ما يصدر عن المحكم يعتبر حكماً بالمعنى الدقيق ويعتبر عملاً قضائياً، وأن الحكم قاضى خاص فى النزاع المطروح عليه.

وبناء عليه فأنه طبقاً لهذه النظرية يكون التحكيم نوعاً من أنواع القضاء، إلى جانب قضاء الدولة، شأنه فى ذلك شأن القضاء الأجنبي الذى يعترف القانون الداخلي بأحكامه.

وقد أستند أنصار هذه النظرية على الحجج والأسانيد التالية:

١) أن الدولة تعترف بالتحكيم كنوع من أنواع القضاء والفصل فى بعض المنازعات، وذلك لأنه وإن كان القضاء هو مظهر من مظاهر السيادة للدولة، فلا يتعين بالتالى أن يقوم به غير الدولة، إلا أن الدولة بما لها من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأشخاص بالقيام بهذه المهمة فى صورة التحكيم فى نطاق معين. [2]

٢) إن جوهر الأعمال القضائية هو الفصل فى نزاع معروض وتطبيق حكم القانون عليه ، وهذا الدور يمكن أن يتم عن طريق القضاء، وعن طريق التحكيم أيضاً.

---

(١) راجع فى ذلك:

Vincent et Guinchard, procédure civile, 2 e éd, 1981, No. 137 et s, De Boisséson et De juglart, op. cit. p.28, et s, chárles jarrosson, op. cit. p. 101 et s, Jacqueline Devichi Rubéllin, l'arbitrage Nature juridique, thése, paris, 1965, p. 15 et s; Jean Robert , op. cit. p. 170 et s.

ويؤيد هذا الاتجاه غالبية الفقه المصرى، راجع: د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ١٦٩ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم ، المرجع السابق، ص ٢١٥ وما بعدها، وص ٥٥ وما بعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها، د. فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص ٤٠ وما بعدها، د. عصام الدين القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، سنة ١٩٩٣م، ص ٢٠ وما بعدها،د. هدى عبدالرحمن، دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته،دار النهضة العربية،١٩٩٧م، ص ٤٠ ومابعدها.

(٢) أنظر: د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، المرجع السابق ، ص ٤١ .

٣) أن وجود بعض الفروق بين القضاء والتحكيم وتميز كل منهما ببعض القواعد الخاصة به لا يحول دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم، لأن ذلك لو صح فإن ذلك سيعنى أن الحكم الأجنبي أيضاً لا يعد قضاء لأنه ينطبق عليه نفس الحكم، وهو ما لم يقل به أحد.(١)

٤) إن القرار الصادر فى التحكيم والفاصل فى النزاع، يحوز حجية الأمر المقضي به L'autorité de la chose jugée ، ومن المعروف أن هذه الحجية لا تتمتع بها إلا القرارات القضائية.

ولذلك ينتهى أنصار هذا الرأى إلى القول بأن التحكيم يعتبر ذو طبيعة قضائية، وأن " حكم المحكمين يعتبر عملاً قضائياً. على أنه يلاحظ أننا إذا أعتبرنا حكم المحكمين عملاً قضائياً فإن هذا العمل القضائى لا تنطبق عليه جميع قواعد قضاء الدولة. وبعبارة أخرى، إذا كان حكم المحكمين حكماً فهو ليس كغيره من الأحكام، ذلك أنه لا يمكن عزله عن الاتفاق على التحكيم الذى كان سبباً له وهذا الاتفاق هو عقد من عقود القانون الخاص". (٢)

وقد ذكر الفقيه جان روبير Jean Robert فى هذا الشأن " أنه حتى فى ظل النصوص السابقة، ووقت أن كنا نستفيض فى الشرح حول الصفة القضائية أو التعاقدية أو المختلطة لقرار التحكيم، فإن الرأى كان قد أستقر تجاه الصفة القضائية لقرار التحكيم. واليوم تتأكد الصفة القضائية للقرار التحكيمى فى نصوص قانون المرافعات المدنية الجديد ...".(٣)

---

(١) أنظر: د. فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٤١ .

(٢) أنظر: د. فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٤٢ . وراجع فى نفس المعنى : د. أحمد أبوالوفا المرجع السابق، ص ١١٩ وما بعدها.

(٣) أنظر:

Jean Robert, op. cit. 6e éd. P. 170 et s.

وقد ذكر الفقيه جان روبير Jean Robert فى هذا الشأن :

" Sous l'empire de la legislation précédente, on a beaucoup épilogué sur le caractére juridictionnel, contractuel ou mixte de la sentence. Mais déjà l'opinion se faisait plutôt sur le caractére juridictionnel. =

المطلب الثالث

نظرية الطبيعة المختلطة فى تكييف التحكيم

(Le caractére mixte de l'arbitrage).

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة مختلطة ، فهو عقدى بالنظر إلى الوجود المنشئ للتحكيم والذى يقوم على العمل الإرادي للأطراف، وهو قضائى بالنظر إلى كون الحكم الذى ينتهى إليه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد القوة الملزمة للعقد.(١) وبناء علية فإن التحكيم يعد ذو طبيعة مزدوجة وأن كل من النظرية التعاقدية والنظرية القضائية قد أصابتا جزء من الحقيقة، وإن إطلاق الأخذ بأحدهما دون الآخر، يثير كثيراً من الصعاب، ولهذا كان من الأصوب الجمع بينهما، واعتبار التحكيم له طبيعة مزدوجة عقدية وقضائية.

والتحكيم من وجهة نظر أنصار هذه النظرية يختارون المحكمين، ويحددون سلطاتهم، ثم يتحول التحكيم بعد ذلك إلى قضاء عندما يأمر بتنفيذه من جانب قضاء الدولة، فيصبح حكم التحكيم حكماً قضائياً. ومن ثم فإنه تتعاقب عليه صفتان: **الأولى** وهى الصفة التعاقدية، والتى تبدو وتظهر فى اختيار الأطراف لقضاء التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم، وإختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع. غير أن هذه الصفة

= Aujourd' hui le caractére juridictionnel de la sentence s'affirme beaucoup plus largement dans le nouveau texte. D'une part, tranchant franchement la querelle, l'article 1476 dispose que la sentence a "dés qu élle est rendue" l'autorité de la chose jugée. D' autre part, la sentence doit expressément ètre délibérée (art.1469), ètre motivée (art. 1471) , ce qui est le propre d'une decision juridictionnelle. Ensuite, lorsque les parties ont réservée l'appel (art. 1482), celui -ci peut ètre portée directement devant la cour d'appel dés le prononcé de la sentence (et donc avant exequateur) (art . 1486). Enfin , elle est susceptible de tierce opposition devant la juridiction de droit commun (art . 1481 al.2)..".

(١) راجع فى عرض هذه النظرية:

Jean Robert, op. cit.p. 493 et s, et p. 260 et s, J. Arets, Réflexions sur la nature juridique de l'arbitrage, annales de la faculté de droit de Liége, 1962, p. 173 et s ; René David, op. cit. p.109 et s. =

تتحول إلى الطبيعة القضائية، بفضل تدخل الدولة عندما يلجأ إليه الأطراف لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية، وبأمر التنفيذ يتحول التحكيم **ثانيا** إلى عمل قضائي.[1]

وبناء عليه فإن هذه النظرية تجعل التحكيم يحتل موقعاً وسطاً بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية " فيتراخي الاعتراف بالطبيعة القضائية لحكم المحكم لما بعد صدور الأمر بتنفيذه، وذلك كنتيجة للربط بين حجية التحكيم وقوته التنفيذية، ومن ثم يتمتع التحكيم بطبيعة مزدوجة تبدأ تعاقدية وتنتهى قضائية عندما يصدر الأمر بتنفيذ الحكم".[2]

= وراجع أيضا: د. محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ١٠ وما بعدها، وص ٧٣ ، د. عزالدين عبدالله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص، بحث منشور فى مجلة مصر المعاصرة، يناير سنة ١٩٧٨م، ص ٢٠ وما بعدها، د. ساميه راشد، التحكيم فىالعلاقات الدولية الخاصة، ص ٧٠ وما بعدها ، د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٠ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم ، المرجع السابق، ص ٢١٦ وما بعدها، د. وجدى راغب فهمى ، المرجع السابق، ص ٢١، د. محمود السيد عمرالتحيوى، اتفاق التحكيم وقواعدة، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها .

(١) أنظر: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٧٣، د. ساميه راشد، المرجع السابق ص ٧٠ .

(٢) أنظر : د. هدى عبدالرحمن، المرجع السابق، ص ٣٥ .

المطلب الرابع

نظرية استقلال التحكيم (نظرية الطبيعة الخاصة)

(Le caractére autonome de l'arbitrage)

يقرر بعض الفقه أن التحكيم له طبيعة خاصة وذاتية ومستقلة، تختلف عن العقود، كما تختلف عن أحكام القضاء، ولذلك لا ينبغى الزج بالتحكيم فى أحضان أنظمة قانونية أخرى يتشابه معها فى أمور، ويختلف عنها فى أمور أخرى، فالتحكيم لدى أنصار هذه النظرية هو أداة قانونية لحل المنازعات مختلف عن العقد والقضاء، ويرمى إلى تحقيق نوع من العدالة مختلفة عن العدالة التى يحققها كل منهما. والتحكيم قد ظهر فى المجتمعات البدائية قبل القضاء، ونشأ نشأة مستقلة عنه واستمر قائماً بعد ظهور القضاء ، لأنه يشبع حاجة اجتماعية مختلفة لا يحققها القضاء، وهذا يقتضى تمييزه عن القضاء وخضوعه لنظام خاص، يحتفظ له بمرونته عن نظام القضاء، بضماناته الشكلية الكثيرة وقواعده الجامدة. وبناء عليه فإن لجوء الأفراد للتحكيم إنما يرمى إلى نوع من العدالة مختلف عن عدالة المحاكم.[1]

ويستند أنصار هذا الرأى إلى الحجج والأسانيد التالية:

١) إنه وأن كان الأصل فى التحكيم ، أنه طريق أختيارى يتم بناء على اتفاق بين أطراف النزاع، فإن هذا الإتفاق ليس هو جوهر التحكيم، بدليل أن القانون قد يستبعد فى بعض الحالات القضاء ويفرض على المتنازعين اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم وهو ما يعرف بالتحكيم الإجبارى. وفى هذه الحالة لا محل للعقد الذى يرى أنصار النظرية العقدية للتحكيم أنه جوهر وأساس نظام التحكيم.[2]

---

(١) راجع فى الفقه المؤيد لهذه النظرية: د. وجدى راغب فهمى، النظرية العامة للعمل القضائي فى قانون المرافعات، رسالة، جامعة عين شمس، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤م، ص ٣٨٥، ولنفس المؤلف، بحثه فى مفهوم التحكيم وطبيعتة ، ص ٢١ وما بعدها، حميد محمد على اللهبي، المحكم فى التحكيم التجاري الدولى، الطبعة الأولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ٧٩ وما بعدها، د. يحيي دكرورى، التحكيم والقضاء، الدورة العامة لإعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، فى الفترة من ٩ سبتمبر- ١٤ سبتمبر ٢٠٠٠م، ص ٣ .
وراجع أيضا:

René David, op. cit. p. 513 et s ; J. Devichi Rubellin, l'arbitrage, nature juridique, paris, 1965,p. 17 et s.

(٢) أنظر : د. وجدى راغب فهمي ، بحثه فى مفهوم التحكيم وطبيعته، المرجع السابق، ص ١٨ .

٢) أن التحكيم يتميز عن القضاء فى أن الأول أداة قانونية خاصة للفصل فى النزاع، أما الثانى فطريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية، والأول يتشكل فى كل حالة على حدة حسب مقتضيات النزاع، أما الثانى فتحكمه قواعد عامة مجردة موضوعة سلفاً لأية قضية.(١)

٣) أنه إذا كان التحكيم يقترب من القضاء فى بعض الصور، فإن هذا لانبغى أن يخفى الاختلاف الجوهرى بين وظيفة كل منهما، إذ بينما تكون وظيفة القاضى قانونية بحته تتمثل فى حماية الحقوق والمراكز القانونية بصرف النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده، وعن أثر حكمة على مستقبل النزاع فى حالة وجوده، فإن وظيفة المحكم الحقيقية هى وظيفة اجتماعية واقتصادية سليمة بحتة هى حل النزاع بالقانون أو بغير القانون، على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف هذا النزاع فى المستقبل.

٤) أن اعتبار المحكم قاضياً خاصاً أو عاماً تكذبه قواعد القانون الوضعي التى تخضع المحكم لنظام قانوني مغاير لذلك الذى يخضع له القاضي، من حيث صلاحيته ومسئوليته.

٥) أن التحكيم ظهر قبل القضاء ونشأ مستقلاً عنه واستمر قائماً بعد ظهوره لأنه يشبع حاجة اجتماعية مختلفة لا يحققها القضاء ، وهذا يقتضي تميزه عن القضاء وخضوعه لنظام خاص ، يحتفظ له بمرونته بعيداً عن نظام القضاء بضماناته الشكلية الكثيرة وقواعده الجامدة.(٢)

---

(١) أنظر : د. وجدى راغب فهمي ، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها .
(٢) أنظر : د. وجدى راغب فهمي ، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها .

المطلب الخامس

رأينا فى التكييف القانونى للتحكيم

قبل أن نعرض رأينا فى موضوع التكييف القانونى للتحكيم يجب أن نقيم الآراء السابقة، لكي نستخرج الرأي السليم فى ضوء تقدير وتقييم النظريات والآراء الفقهية السابقة، ولذلك سنقوم بعرض تقييم النظريات الفقهية السابقة، ثم نقوم بعرض رأينا فى الموضوع، وذلك وفقاً للتفصيل التالي:

أولا: تقييم النظريات السابقة:

تعرضت النظريات السابقة للعديد من أوجه النقد من جانب الفقه وذلك على الوجه التالي:

١- تقييم النظرية العقدية أو الاتفاقية:

أخذ على النظرية العقدية أو الاتفاقية العديد من المآخذ، وأهمها:

١- أخذ على النظرية العقدية المبالغة فى إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف فى تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم، حيث اعتبرت دور الخصوم " المحتكمين" أطراف الاتفاق على التحكيم هو الدور الرئيسي فى عملية التحكيم، وذلك على خلاف وظيفة أو مهمة التحكيم التى تعد أساساً مرتكزة عن الكشف عن إرادة القانون وتطبيقها على النزاع وليس الكشف عن إرادة المحتكمين.(١)

وإذا كان التحكيم " يبتدئ فى مرحلته الأولى بعمل إرادي، وهو شرط التحكيم أو مشارطه، فإن هذا العمل لا يعدو أن يكون مُجرد فتيل لوضع هذا النظام موضع الحركة التى تهيمن عليها طبيعة نظام التحكيم، ويتحرك بذاتيته الخاصة. وشأن هذا العمل الإرادي فى اختيار الخصوم للتحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم، شأن ذلك العمل الإرادي للخصوم فى الإلتجاء إلى قضاء الدولة، وإذا كان العمل الإرادي الأول يتجه نحو قضاء الدولة الخاصة، والثاني يتجه نحو قضاء الدولة أو العدالة العامة، فإن

---

(١) أنظر : د. فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٢١٨ .

جوهر النظامين واحد، ألا وهو إقرار المشرع فى الحالتين للإرادة الذاتية أو الفردية للمتقاضين أو المحتكمين. هذا بالإضافة إلى أن إرادة الخصوم لا تكفى وحدها لخلق نظام التحكيم، بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم ، بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة المشرع الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد، ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين، ما كانت إرادة الخصوم كافية لخلقه.(١)

٢- إنه وإن كان اتفاق التحكيم من العقود الرضائية، التى تخضع من حيث إبرامها وأثرها للقواعد التى تحكم العقود بصفة عامة ، كما تبطل بما تبطل به العقود، فإن الحكم الذى يصدر من المحكم يطعن فيه كما يطعن فى الأحكام، وينفذ كما تنفذ الأحكام، ولذلك فإن الطبيعة القضائية تظل ثابتة لعملية التحكيم، وإن أنصار النظرية العقدية قد خلطوا بين اتفاق التحكيم وعملية التحكيم.(٢)

٣- أن عدم تطبيق بعض القواعد والأحكام المطبقة على القضاه بخصوص المحكمين لا يضفي الطابع التعاقدي على التحكيم، وذلك لأن هذه الفروق تجد مصدرها فى طبيعة وظيفة كل منهم، وليس الهدف منها، وذلك لأن الثقة فى تقدير المحكم وحسن عدالته، هى فى الأصل مبعث الاتفاق على التحكيم، ومن ثم لا بد وأن يكون الخصوم المحتكمين قد راعوا فى اختيار قضاتهم ما يرغبونه من شروط، أما القضاه وتطبيق فهم موظفون عموميون، ومن ثم يأتى الاختلاف فى قواعد الصلاحية

---

(١) أنظر: د. محمود السيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده، المرجع السابق، ص ١٨٧ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ٢٧، د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الإختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ١٨، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

وقد ذكر الأستاذ الدكتور أحمد أبوالوفا فى هذا الشأن" إذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهى بحكم، وإذا كان يخضع لقواعد القانون المدنى من حيث إنعقادة، فإنه يخضع لقانون المرافعات وقواعده وأحكامه من حيث آثاره ونفاذه وإجراءاته، وإذا كان يبطل بما تبطل به العقود، فإن حكمه يطعن فيه ... وينفذ كما تنفذ الأحكام القضائية، أليس هذا خلط بين عقد التحكيم وعملية التحكيم ذاتها- ؟ ..."، المرجع السابق، ص ١٨

ويذكر الأستاذ الدكتور محمود محمد هاشم فى ذلك أن " اتفاق التحكيم يعتبر من العقود الرضائية، التى تخضع فى إبرامها وآثارها للقواعد التى تحكم العقود عامة...أما الذى تكون له الطبيعة القضائية، هو العمل الذى يصدر من المحكم أو المحكمين خاصاً بالمهمة التى اتفق على تحكميهم بصددها وقبلها المحكم والمحكمين..." ، المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

والتعيين قواعد المخاصمة وأداء اليمين وإنكار العدالة وغيرها من القواعد . الخ .[1]

٤- إن فقدان المحكم لسلطة الجبر التى يتمتع بها القاضي، لا يضفي الطابع التعاقدي على عملية التحكيم، ذلك أن المحكم يفتقد سلطة الأمر أو الجبر التى يملكها القاضي العادي فى الدولة لأنه يقوم بالقضاء الخاص بين الأفراد، فهو قاضى خاص بالخصوم الذين اتفقوا على تحكيمه فى منازعاتهم وتعترف به الدولة، محددة ما يجب على المحكم مراعاتة فى إصدارها، فالدولة تنظم قضاء التحكيم بجانب قضاء المحاكم، وما التحكيم إلا نوع من القضاء شأنه شأن القضاء الأجنبي الذى تعترف القوانين الوطنية بأحكامه، [2] ولم يقل أحد بأن الأحكام الأجنبية ليست بقضاء .[3]

٥- أن الطعن فى حكم المحكمين بالبطلان لا يؤثر على طبيعة التحكيم القضائية ولا يكون مبرراً لإخفاء الطابع التعاقدي للتحكيم، وذلك لأن بعض الأحكام القضائية العادية من الممكن أن يطعن فيها بالبطلان دون أن يعنى ذلك إنها لم تعد أحكاماً قضائية بالمعنى الصحيح .[4]

٦- ليس دليلاً على إضفاء الطابع التعاقدي للتحكيم القول بأن التحكيم يرمى إلى حماية مصالح خاصة، لأن هذا الهدف فى النهاية شأن قضاء الدولة، فضلاً عن أن الهدف فى الواقع يرمى كحكم القضاء إلى تطبيق القانون .[5]

---

(١) راجع فى ذلك: د. فتحى والى، الوسيط فى القضاء المدنى، المرجع السابق، بند ١١٤ وما بعده، د. أحمد السيد الصاوى، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٨٧م، ص ١٢٠ وما بعدها، د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ٢١٦ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٢٢٨ وما بعدها. وراجع أيضا:
Jean Robert, l'arbitrage civil et commercial, Droit interne, Droit international, 5e éd. 1983, Dalloz, p. 106 et s.

(٢) راجع فى ذلك: د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، المرجع السابق، ص ٥٦، د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٢١٥ وما بعدها .

(٣) راجع فى ذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، بحث فى تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، مجله الجمعية المصرية للقانون الدولى، المجلد السابع والثلاثون، سنة ١٩٨٠م، ص ٣٥ وما بعدها، د. ساميه راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ٥٠١ وما بعدها.

(٤) أنظر: د. محمد عبدالخالق عمر، النظام القضائى المدنى، الجزء الأول ، الطبعة الثانية، ١٩٧٨م، دار النهضة العربية، ص ١٠٨، د. أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ٣١٧ .

(٥) راجع فى ذلك : د. أسامة الشناوى، المحاكم الخاصة فى مصر، رسالة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٤٥٦ ومابعدها.

٧- أن الأخذ بما ورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري من أن حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً، يرد عليه بأن ما ورد بها ليس ملزماً، فضلاً عن أنها وإن صدقت فأنها ستظل قاصرة على الطبيعة القانونية للتحكيم فى القانون المصري وحده، ولا تعبر بأي حال من الأحوال عن وجهة نظر قاطعة بالنسبة للتحكيم في الأنظمة القانونية الأخرى.[١]

٢- تقييم النظرية المختلطة فى تكييف التحكيم:

أخذ على النظرية المختلطة إنها قد اختارت أسهل الحلول ولم تتصد لجوهر المشكلة ذاته، وذلك عن طريق ربطها بين حجية أحكام التحكيم وبين قوتها التنفيذية ربطاً غير دقيق " إذ أن الأمر بتنفيذ حكم المحكمين إنما يتعلق بقوة الحكم التنفيذية، ولا علاقة له بحيازة حكم التحكيم لحجيته أم لا ، وإذا قيل أن حكم المحكم وقبل الأمر بتنفيذه لا يعد حكماً قضائياً، وبالتالى لا يحوز حجيته – كما ذهب إلى ذلك أنصار النظرية المختلطة، ولا تكون له هذه الصفة إلا بعد الأمر بتنفيذه، من شأن هذا القول، إهدار كل قيمة لنظام التحكيم وتنظيمه، وهذا يتنافى مع مقصود المشرع."[٢]

هذا فضلاً عن أنه من الصعب – وكما ذكر البعض – التسليم بأن يكون للشيء طبيعيتان مختلفتان فى مراحله الزمنية المختلفة، ولذلك فإن التحكيم أما أن يكون ذا طبيعة تعاقدية أو ذا طبيعة قضائية؟.[٣]

٣- تقييم النظرية القائلة بالطبيعة الخاصة أو المستقلة للتحكيم:

ذهب جانب كبير من الفقه إلى القول وبحق أن النظرية المستقلة للتحكيم لا تختلف عن النظرية القضائية، بل تؤكدها، وإن كانت قد حرصت على بيان أصالة التحكيم وذاتيته، حتى تبرر ما يختلف فيه التحكيم عن قضاء الدولة، وما تختلف فيه أحكام المحكمين عن

---

(١) أنظر: د٠ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ٢٢٦ وما بعدها، د٠ محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص ٢٠٧ ٠

(٢) أنظر د٠ محمود السيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده، المرجع السابق، ص ١٧٢ وما بعدها وراجع أيضا:

Jean Robert, op. cit. p. 493 et s.

(٣) راجع فى ذلك:

Jean Robert, op. cit. p. 260 et s.

الأحكام القضائية من بعض الوجوه، سواء من حيث حجيتها، أو قوتها التنفيذية، أى من حيث الآثار القانونية المترتبة على كل منهما بصفة عامة.(١)

ويذكر البعض الآخر أن النظرية المستقلة للتحكيم بهذا الشكل" تتداخل فى النظرية المختلطة للتحكيم، ومن أجل ذلك يمكن أن يوجه لها ما تم توجيه من نقد هذه النظرية.(٢)

٤- تقييم النظرية القضائية فى تكييف التحكيم:

أستقر رأى غالبية الفقه وبحق على أن النظرية القضائية للتحكيم أصبحت هى المسيطرة والغالبة فى تكييف طبيعة التحكيم، وتركت بصماتها على نظام التحكيم فى الوقت الراهن، وأثرت تأثيراً كبيراً فى التشريعات الوضعية التى أصبحت تنظم التحكيم، وترتب عليها تطبيق قواعد المرافعات المنظمة للنشاط القضائي للمحاكم وآثاره على خصومة التحكيم وأحكام المحكمين، حيث لا توجد نصوص خاصة تحكمها، سواء فى التشريع أو فى اتفاق المحكمين، أو فى النظم الخاصة التى يحيل إليها الاتفاق، مع الأخذ فى الاعتبار الطبيعة الخاصة للتحكيم ، وهو أن المحكم غير مقيد بإجراءات المرافعات ، وإنما بالضمانات الأساسية للتقاضى.(٣)

وقد استقر الرأي الفقهي فى الوقت الراهن على أن التحكيم له طبيعة قضائية، واستقر أغلب الرأي الفقهي الحديث على ذلك، وذلك للحجج والأسانيد القوية التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه.(٤)

---

(١) أنظر: د٠ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ص ٢٢١، د٠ محمود السيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده، المرجع السابق، ص ١٦٨ ومابعدها.

(٢) أنظر: د٠ محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ١٦٩ .

(٣) أنظر: د٠ وجدى راغب فهمى، بحث مفهوم التحكيم وطبيعة، المرجع السابق، ص ٤ وما بعدها، وص ٢٠ .

(٤) راجع فى ذلك فى الفقه الفرنسى:

Charles Jarrosson, la notion d'arbitrage, op. cit. p. 101 et s; De boisséson et De Juglart, op. cit. p 28 et s, Vincent et Guinchard, procedure civile, 2 ^{e} éd. 1981, No.137 et s; De venichi Rubellin, la nature juridique de l'arbitrage, op. cit.p.321 et s; Jean Robert , op. cit. p. 200 et s.

ثانيا: رأينا فى طبيعة التحكيم:

نحن نرى مع غالبية الفقه، سواء فى فرنسا أو فى مصر، أن التحكيم يعد ذو طبيعة قضائية وذلك بالنظر إلى الناحية الموضوعية أو مضمونة وفحواه، ويجب التفرقة بين الاتفاق على التحكيم وعمل التحكيم ذاته.

فالاتفاق على التحكيم سواء ورد فى صورة شرط التحكيم فى العقد الأصلي بين أطراف النزاع أو فى صورة مشارطه التحكيم فى اتفاق منفصل ومستقل هو عقد بالمعنى الصحيح والدقيق وتنطبق عليه كافة القواعد المتعلقة بالعقود ، وذلك دون أدنى خلاف.

أما عمل التحكيم الذى يقوم به المحكم أو المحكمين، سواء من حيث كيفية نظر النزاع، أو الفصل فيه، فإن هذا العمل فى جوهرة يعد عملاً قضائياً، تتوافر فيه كل سمات العمل القضائي التى تتفق وطبيعة التحكيم ولا تتعارض معه، وذلك سواء من حيث نظر موضوع النزاع وإعمال أحكام القانون فيه، والبت فيه بقرار يحوز حجية الشيء المقضي به، وتتوافر فيه كافة خصائص العمل القضائي ماعدا تلك الخصائص المرتبطة بطبيعته الخاصة وهى صدوره من أفراد أو محكمين لا يمثلون القضاء الرسمي للدولة.

ولذلك فنحن نؤيد ما ذهب إلى بعض الفقه، عندما ذهب إلى القول بأنه لا فرق بين وظيفة القاضى ووظيفة المحكم، والفارق الوحيد هو الأصل أو المصدر، فالوظيفتان متطابقتان.

" La fonction de l'arbitre et celle du juge sont identiques. Seule différence réside dans son origine." (١)

= كما يؤيد هذه النظرية غالبية الفقه المصرى. راجع فى ذلك: د. أحمد أبو الوفا، ، التحكيم الاختياري والإجبارى، المرجع السابق، ص ١٦٩ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٢١٥ ومابعدها، د. أسامة الشناوى ، المحاكم الخاصة فى مصر، المرجع السابق، ٤٥٣ وما بعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده، المرجع السابق، ص ٢٤٦ ومابعدها، د. جورجى شفيق جورجى، المرجع السابق، ص ٤٤ وما بعدها ، ... إلخ

(١) أنظر:

= Charles Jarrosson, la notion d'arbitrage, L. G. D. J., 1987, p. 101.

وبناء عليه فإن أحكام المحكمين تعد أعمالاً قضائية بالمعنى الفنى وبصرف النظر عن اتفاق التحكيم، فالتحكيم من حيث الإجراءات والحكم على الأقل، يعتبر قضاءاً، وحكم المحكمين يعتبر عملاً قضائياً، وإن كان يعد قضاءاً خاصاً، بجانب القضاء الذى يعد القضاء العام فى الدولة.

ولذلك فقد عرف البعض التحكيم بأنه قضاء خاص ذى مصدر اتفاقى:
"Une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle" .
أنظر:
J. chardeau, concl. Sous C.C. Ass. 4 Janvier 1957, lamborot, A.J.D.A., 1957, p. 107.

المبحث الثانى
موقف التشريعات فى تحديد الطبيعة
القانونية للتحكيم

تبنى المشرع الفرنسى الرأى الفقهى القائل بالطبيعة القضائية للتحكيم

وذلك يبرز من خلال ما يلى:

- أطلق المشرع الفرنسي، فى قانون المرافعات المدنية الجديد، رقم (٨١/٥٠٠) والصادر فى ١٢ مايو لسنة ١٩٨١م على هيئة التحكيم وصف المحكمة التحكيمية Le tribunal arbitral وفى ذلك المواد ١٤٤٥، ١٤٥٢، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٧ .
- استخدم المشرع الفرنسى فى الباب الثانى من الكتاب الثانى من هذا التقنين (المخصص للتحكيم) عبارة الدعوى التحكيمية l'instance arbitrale وقرر فى المادة (١٤٦٠) تطبيق المبادئ الأساسية للدعوى القضائية على الدعوى التحكيمية.[1]
- وصف المشرع القرار الصادر من المحكمين، بأنه حكم يقبل التنفيذ الجبرى Exécution forcée بموجب أمر تنفيذ من قاضى التنفيذ فى محكمة الدرجة الأولى الذى صدر فى دائرتها الحكم التحكيمى(المادة ١٤٧٧) من تقنين المرافعات المدنية والتجارية). وقرر أيضاً أن القرار التحكيمى يحوز منذ صدوره حجية الشئ المقضي به L'autorité de la chose jugée (المادة ١٤٧٦ من تقنين المرافعات).[2]
- وقرر المشرع الفرنسى أيضاً أن القرار التحكيمى يتعين أن يتم المداولة عليه بشكل صريح وواضح La sentence doit expressément ètre délibérée

---

(١) وقد نصت المادة (١٤٦٠) على ما يلى:

" Les arbitres reglent la procedure arbitrale sans ètre tenus de suivre les régles établies pour les tribunaux... . Toutefois les principes directeurs du procés énonces aux articles 4 à 10, 11 (al. 1) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale..".

(٢) راجع فى هذا الشأن:

Jean Robert, op - cit .6e éd. P. 170 et s.

(المادة ١٤٦٩) ، ويجب أن يكون مسببا oit ètre motivée (المادة ١٤٧١).

- وأخيرا أجاز المشرع الفرنسي الطعن في هذا الحكم التحكيمي بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، وبطريق الاستئناف، وبطريق التماس إعادة النظر، بالإضافة إلى الطعن بالبطلان(المواد من(١٤٨١) إلى (١٤٩١) من تقنين المرافعات الفرنسى).

وقد تبنى المشرع المصرى أيضاً النظرية القضائيـــة فى شأن طبيعـة التحكيم،إذ استخدم مصطلح حكم التحكيم لوصف القرار الصادر عن المحكمين(المادة(١٧) فى القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم)، وألزم هيئة التحكيم بضرورة احترام الحق فى الدفاع، وقضى بعدم تنفيذ الحكم الصادر عنها إلا بعد الحصول على أمر تنفيذ من رئيس المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع (المادة (٥٦) من القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤) . وأجاز المشرع رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم أمام محكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع، فيما يختص بالتحكيم الداخلى، وأمام محكمة إستئناف القاهرة، فيما يتعلق بالتحكيم التجارى الدولى (المادة ٥٤)، وقرر أن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضى (المادة (٥٥) من القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م).

وقرر المشرع الكويتى أيضاً سبغ التحكيم بالطابع القضائى، إذ قرر القانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠م، بشأن المرافعات المدنية والتجارية، أن حكم المحكم هو حكم يصدر على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح، فهو لا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام (المادة ١٨٢)، ونص على ضرورة إيداع أصل هذا الحكم فى إدارة كتاب المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع (المادة ١٨٤)، وعلى تمتع هذا الحكم بحجية الأمر المقضى وتطبيق القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل عليه (المادة١٨٢)، وعلق تنفيذ حكم التحكيم على صدور أمر بالتنفيذ من رئيس المحكمة التى كانت مختصة أصلاً بالنزاع (المادة ١٨٥)، وأجاز الطعن فى حكم التحكيم بالإستئناف (المادة١٨٦)، وكذلك بالبطلان أمام المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع (المادة ١٨٧).

المبحث الثالث

موقف القضاء من تحديد طبيعة التحكيم

تحظى الطبيعة القضائية للتحكيم بتأييد واسع **فى أحكام القضاء الفرنسي** فى الوقت الراهن[١] حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أن " التحكيم يعتبر قضاءاً إستثنائياً يملك فيه المحكم سلطة ذاتية ومستقلة للفصل فى المنازعات التى يطرحها عليه الخصوم" ، وإن أطراف الخصومة بالتجائهم إلى التحكيم، إنما يعبرون عن إرادتهم فى إعطاء الغير " المحكم أو المحكمين" سلطة قضائية.[٢]

وقد **أقر مجلس الدولة الفرنسى** منذ فترة طويلة بالصفة القضائية لقرار المحكم، وذلك فى أحكامه الصادرة أعوام١٩٤٣ ،١٩٥٦م، وعام ١٩٥٧م.[٣]

---

(١) وذلك على الرغم من أن محكمة النقض الفرنسية قد تبنت فى العديد من أحكامها الأولى الطبيعة التعاقدية للتحكيم، حيث قررت أن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة، تتسحب عليها صفتها التعاقدية. راجع:

Cass. 27 juillet 1937, s. 1938, 1.25, D. 1938. 1. 25, Gaz. Pal. 1937. 1. 618.

إلا أن هذا الإتجاه لم يجد تأييد فى القضاء الصادر عن محكمة النقض إلا فى القليل من الأحكام، حيث عدلت المحكمة عن ذلك وقررت الطبيعة القضائية للتحكيم. راجع فى ذلك:

Jean Robert, l'arbitrage civil et commercial, op. cit. No. 411; Jacqueline Divichi, op. cit. p.10 et s.

وراجع فى التعليق على هذا القضاء: د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٥،د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٢) راجع فى شأن هذه الأحكام:

D. Rubellin, la nature juridique de l'arbitrage, op. cit.p.321, De Boisséson et de Juglart, op. cit No. 21 et s, 134 et s, 233 et s : charles Jarrosson, la notion d'arbitrage, op. cit. p. 101 et s.

وراجع أيضا: د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ٢٨، د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٣) راجع :

C.E.21 Avril 1943, sté des Ateliers de construction du Nord de la France, Rec. p. 107, C.E; 2 Mars 1956, sté électricité .., Rec. p. 102, C.E. Ass. 4 Janvier 1957, Lamborot, A.J.D.A., 1957, p. 107, concl. J. chardeau.

حيث جاء فى تعليق شاردو على هذا القضاء بأن المجلس يعترف بالصفة القضائية للقرار التحكيمى:

"Il reconnait un caractére juridictionnel à la decision de l'arbitre...,".

وقد أكدت **محكمة النقض المصرية كذلك** على أن اتفاق التحكيم يعد ذو طبيعة قضائية، وذلك فى حكمها الصادر فى ٦فبراير سنة ١٩٨٦م، والذى ذكرت فيه " إن كانت ولاية الفصل فى المنازعات معقودة فى الأصل للمحاكم إلا أن المشرع أجاز للخصوم ، خروجا على هذا الأصل، أن يتفقوا على إحالة ما بينهم من نزاع على محكمين يختارونهم **ليفصلوا فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم**،وإذا كان المحكمون يستمدون ولا يتهم فى الفصل فى النزاع من اتفاق الخصوم على اختيارهم للفصل فيه فإن ما يصدر من حكم بغير هذا الاتفاق لا يكون حكماً له المقومات الأساسية للأحكام . . ."[١]

وقد **قررت المحكمة الدستورية العليا فى مصر** إن التحكيم يعد " **وسيلة فنية لها طبيعة قضائية**، غايتها الفصل فى نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالى بأسناد من الدولة . . . ويتعين التمييز – فى نطاق التحكيم – بين مراحل ثلاث تتصل حلقاتها وتتكامل، بما مؤداه تضامنها فيما بينها، وعدم جواز فصلها عن بعضها البعض، وإلا كان التحكيم مجاوزاً إرادة الطرفين المتخاصمين متنكبا مقاصدهما، وذلك أن أولى مراحل التحكيم يمثلها الاتفاق عليه، وهى مدار وجوده وبدونها لا ينشأ أصلاً، ولا يتصور أن يتم مع تخلفها . . . فاتفاق التحكيم إذن هو الأصل فيه، والقاعدة التى يرتكز عليها . بيد أن هذا الاتفاق، وإن أحاط التحكيم فى مرحلته الأولى وكان مهيمناً عليها، إلا أن دور الإرادة يتضاءل ويرتد متراجعاً فى مرحلته الوسطى، **وهى مرحلة التداعى التى يدخل بها التحكيم فى عداد الأعمال القضائية**، والتى يبدو عمل المحكمين من خلالها مؤثراً فيها. ذلك أن بدايتها تتمثل

---

(١) نقض مدنى فى ٦ فبراير سنة ١٩٨٦م فى الطعن رقم (٢١٨٦) لسنة (٥٢) قضائية، منشور فى مجلة القضاة، السنة (٢١)، العدد الأول، يناير – يوليو سنة ١٩٨٨م، ص ٢٣٤ . وأنظر فى نفس المعنى: نقض فى ١٦ فبراير سنة ١٩٧١م، المجموعة، السنة (٢٢)، ص ١٧٩، وفى ١٦ فبراير سنة ١٩٧٦م، المجموعة ، السنة (٢٧)، ص ١٧٦٥ . .إلخ. وراجع لمزيد من التفاصيل : د. فتحى والى الوسيط فى قانون القضاء المدنى، الطبعة (٣)، لعام ١٩٩٣م، ص ٩٣٧ . وذلك على الرغم من أن محكمة النقض المصرية قررت فى بعض أحكامها بالطبيعة التعاقدية للتحكيم وذلك بصورة غير مباشرة وعكس الاتجاه الحديث الذى يقرر الطبيعة القضائية له . راجع فى ذلك: نقض مدني فى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٦م، مجموعة المكتب الفنى، السنة (١٧)، ص ١٢٢٤، وفى ١٦ فبراير سنة ١٩٧١م، المجموعة ، السنة (٢٢)، ص ١٧٩ . . .وراجع فى التعليق على هذا القضاء: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣١ .

فى تكوين هيئة التحكيم عن طريق اختيار أعضائها ... وحيث أن إصدار هيئة التحكيم لقرارها الفاصل فى النزاع .....إن كان منهياً لولايتها مانعا لها من العودة إلى نظر الموضوع الذى كان معروضاً عليها، إلا أن الطرفين المتنازعين لا يبلغان مارمياً إليه من التحكيم إلا بتنفيذ القرار الصادر فيه(وتلك مهمة لا شأن لإرادة هذين الطرفين بها، بل تتولاها أصلاً الدولة التى يقع التنفيذ فى إقليمها ... وتلك هى المرحلة الثالثة للتحكيم التى تتمثل فى إجتناء الفائدة المقصودة منه، والتى يتعلق بها الهدف من التحكيم ويدور حولها، وبدونها يكون عبثاً...[1]

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا فى مصر إلى القول بنفس الرأى، حيث قررت أن التحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، .... وأن الاتفاق على التحكيم لا يتضمن نزولاً من جانب المحتكمين عن حق اللجوء إلى القضاء، وإنما هو مجرد إحلال للمحكم محل المحكمة المختصة أصلاً بالفصل فى النزاع. ويترتب على هذا أن عدم تنفيذ اتفاق التحكيم يؤدى إلى إسترداد المحكمة المختصة لسلطتها فى الفصل فى النزاع، بناء على طلب من صاحب المصلحة.[2]

---

(١) المحكمة الدستورية العليا فى جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤م فى الطعن رقم(١٣) للسنة (١٥) قضائية " دستورية"، الجريدة الرسمية فى ١٢ يناير سنة ١٩٩٥م، العدد(٢).

(٢) المحكمة الإدارية العليا فى جلسة ١٨ يناير سنة ١٩٩٤م فى الطعن رقم(٨٨٦) للسنة(٣٠) قضائية. وقد أقرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى مصر بالطبيعة القضائية للعمل الذى تقوم به هيئة التحكيم، إذ قررت أن هيئة التحكيم تمارس" ولاية القضاء فيما حدده اتفاق الخصوم من مجالات الخصام فيما بينهم. والولاية هنا ولاية خاصة، لأن شرط صحتها أن تقوم باتفاق يتعين به الخصوم ويتحدد به مجال النزاع بينهم وموضوعة وما يرون من إجراءات وشروط لحسمه" . فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم(١٦٠) فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧م، ملف رقم (٣٣٩/١/٥٤) .

الفصل الرابع

تمييز التحكيم عن غيره من النظم المتشابهة

تمهيد :

أن التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات عن غير طريق القضاء العام فى الدولة، وذلك باتفاق الأفراد على اللجوء إليه، سواء عن طريق شرط ضمن عقد أصلى (شرط التحكيم) ،أو باتفاق مستقل قائم بذاته (مشارطة التحكيم)، وهو نظام وكما سبق ورأينا يتميز بقيام الأفراد المحتكمين على عرض النزاع على محكم أو محكمين يختارونهم للفصل فيه، وأنه نظام خاص متميز بقواعده وأحكامه عن بعض الوسائل القانونية المعروفة كالصلح، والذى يعد بدوره وسيلة لحل المنازعات . وكذلك يختلف التحكيم عن أعمال الخبرة، حيث أن المحكم لا يعد خبيراً فى المنازعة، وذلك لأن الخبير يقتصر دوره على تقديم تقرير فيها، أو مجرد إبداء رأيه بناء على خبرته الفنية فى الموضوع، ولا يكون لرأيه قوة قانونية ملزمة سواء للخصوم أو للقاضى. وكذلك يختلف التحكيم عن التوفيق والذى يعد أحد الوسائل القانونية لفض المنازعات، هذا فضلاً عن أن المحكم لا يعد وكيلاً عن المحتكمين على الرغم من أنه يتم اختياره (عادة) من الخصوم. ولذلك سنقوم فى هذا الفصل بدراسة أوجه الشبه والخلاف بين التحكيم والأنظمة المشابهة له وفقاً للتفصيل التالى:

المبحث الأول : التحكيم والصلح.

المبحث الثانى : التحكيم والخبرة .

المبحث الثالث : التحكيم والتوفيق.

المبحث الرابع : التحكيم والوكالة.

المبحث الأول

التحكـيم والصلــح

يعرف الصلح ، أو التسوية الودية ، بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، عن طريق نزول كل منهما، على وجه التقابل، عن جزء من إدعاءاته. وبناء عليه يفترض الصلح وجود نزاع فعلى أو احتمالي بين طرفين أو أكثر، ويهدف إلى إنهاء هذا النزاع عن طريق نزول كل طرف عن جزء من إدعائه.[1]

ويعد الصلح عقد من عقود التراضي الملزمة للجانبين، يتنازل بمقتضاه كل طرف على جزء من ادعاءاته بما يسمح بالتوصل إلى حل نزاع بينهما. والصلح لا ينشئ حقوقاً جديدة وإنما هو عقد كاشف لحقوق الطرفين التى كانت قائمة قبل إبرام اتفاق الصلح، ويجوز لطرفى النزاع إبرام عقد الصلح دون أن تكون هناك دعوى قائمة بينهما أمام القضاء، كما يجوز لهما إبرامه أثناء قيام دعوى قضائية بينهما.[2] ولا يجوز إثبات الصلح إلا بالكتابة.[3]

وبناء علي ما تقدم فإن الصلح يعد أحد الطرق لحل المنازعات دون لجوء للقضاء، سواء كانت المنازعة بين الأفراد أم بينهم وبين الدولة أو أحد الأشخاص القانونية العامة، وسواء كانت هذه المنازعة مدنية أو إدارية، وذلك بإستثناء المنازعات التى أستثناها المشرع

---

(١) راجع فى ذلك: المادة (٥٤٩) من القانون المدنى المصرى، والمادة (٢٠٤٤) من التقنين المدنى الفرنسى. وقد نصت المادة (٢٠٤٤) من التقنين المدنى الفرنسى على أن التسوية هى عبارة " عن عقد ينهى به الأطراف خلاف موجود أو يتداركوا به خلاف يمكن أن ينشأ"
"La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation neé, ou préviennent une contestation à naître" .

(٢) وفى هذه الحالة فإن المحكمة تثبت عقد الصلح فى حكمها، ولا يعتبر عمل القاضى فى هذه الحالة من قبيل العمل القضائى، وإنما هو من قبيل العمل الولائى، وذلك لأن دور القاضى يقتصر على إثبات الصلح، أما بالنسبة للدعوى القائمة أمام المحكمة فإنها تقضى فى موضوعها بإنتهاء الخصومة أو بإنقضائها. ويعتبر الحكم المبنى على الصلح حكماً نهائياً لا يجوز الطعن فيه بالإستئناف، وإذا جدد أحد الطرفين النزاع من جديد يجوز للطرف الآخر الدفع بوجود عقد الصلح، مما يعنى عدم جواز إثارة النزاع من جديد. راجع فى ذلك: د. أمينة مصطفى النمر، قانون المرافعات، المكتبة القانونية بالإسكندرية، ١٩٩٢م، ص ٢٣٣ .

(٣) تنص المادة (٥٥٢) من القانون المدنى المصرى على أن الصلح لا يثبت إلا بالكتابة أو بمحضر رسمى.

من نطاق الصلح، وهى المنازعات التى تثور بشأن مسائل تتعلق بالنظام العام.[1]

ومما سبق يتضح أن هناك أوجه شبه بين كل من الصلح La conciliation والتحكيم L'arbitrage ، وتتمثل فى الآتى:

١) أن كل من الصلح والتحكيم يعدان من طرق حسم المنازعات البديلة للقضاء.

٢) أن كل من الصلح والتحكيم يعدان من العقود الرضائية التى تستند إلى إرادة طرفى النزاع. [2]

٣) أن نطاق كل من الصلح والتحكيم فى حسم المنازعات يتحدد فى الموضوعات التى ترتب حقوقاً مالية، ولا تتعلق بالنظام العام، وتقبل بالتالى الصلح والتنازل.

وقد نصت المادة (١١) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م على عدم جواز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح، والصلح لا يجوز فى المسائل التى تتعلق بالنظام العام، حيث نصت المادة (٥٥١) من القانون المدنى [3] على أنه "

---

(١) وقد نصت المادة(٥٥١) من القانون المدنى المصرى، والمادة(٥٥٤) من القانون المدنى الكويتى على عدم جواز الصلح فى شأن المسائل التى تتعلق بالنظام العام.

(٢) وفى هذا الصدد قررت محكمة النقض المصرية، فى حكمها الصادر بالطعن رقم(٤٨٩) لسنة (٣٧) ق بالجلسة المنعقدة فى ١٩٧٣/١٢/٢٤م ،ص ٣٢١، أنه " إذا كانت مشارطه التحكيم موضوع الدعوى – المطلوب الحكم ببطلانها – هى عقد رضائى توافرت فيه عناصره من إيجاب وقبول صحيحين بين طرفيه وكان موضوع النزاع مما يجوز التحكيم فيه وقد وقع محكمان على المشارطه وأقر المحكم الثالث كتابة بقبول مهمة التحكيم فإن المشارطه تكون قد إنعقدت صحيحة ويكون طلب الحكم ببطلانها على غير أساس. ولا يغير من هذا النظر قول المطعون ضده الأول أنه بوفاة المحكم الذى لا يجوز تعيين غيره بواسطة المحكمة لأنه كان محكماً مفوضا بالصلح أضحى تنفيذ المشارطه مستحيلاً مما يعتبر معه أنها باطلة لأن ذلك مردود بأن المحكم توفى بعد نشوء المشارطه صحيحة فلا تكون هذه الوفاة إلا عقبة أستجدت فى سبيل تنفيذ المشارطه لا سبباً لبطلانها لأنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – متى كان المحكم مفوضاً بالصلح فلا يمكن تعيين غيره بغير اتفاق، ومؤدى ذلك أنه إذا حدث سبب بعد مشارطة التحكيم يمنع عن المحكم الحكم فلا ينفذ عقد التحكيم إلا باتفاق جديد بين الخصوم على شخص محكم آخر طبقاً للمادة(٨٢٤) من قانون المرافعات الواجبة التطبيق فى الدعوى والتى يعتبر حكمها من النظام العام وكل هذا لا يخل بشرط إنعقاد المشارطة موضوع النزاع التى توافرت قبل وفاة المحكم".

(٣) وقد نصت المادة(٢٠٦٠) من التقنين المدنى الفرنسى على ذات المبدأ الذى يقرر عدم جواز اللجوء إلى التحكيم فى المسائل المتعلقة بالنظام العام، وكذلك نصت المادة (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على نفس المبدأ ، وكذلك المادة(٥٥٤) من القانون المدنى الكويتى، حيث نصت الأولى على عدم جواز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح، بينما نصت الثانية على أن الصلح لا يجوز فى المسائل التى تتعلق بالنظام العام.

لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام. ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية، أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم".[1]

---

(١) وهذا مبدأ مستقر فى محكمة النقض المصرية: وقد كانت الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – تتحصل فى أن الطاعنين أقاما الدعوى رقم(٥٧٩) لسنة ١٩٨٤م مدنى الفيوم الإبتدائية ضد المطعون عليهما طالبين الحكم ببطلان حكم المحكمين الصادر فى ١٩٨٤/٤/١٢م والمودع بقلم كتاب محكمة الفيوم الأبتدائية تحت رقم (١٠) لسنة ١٩٨٤م، وقالا بياناً لها أن شقيق ثانيهما أتهم بقتل شقيق المطعون عليه الأول، وبناء على أوامر الشرطة وفى ديوان المركز أنعقد مجلس التحكيم والصلح بين الطرفين بتاريخ ١٩٨٤/٤/١٢م وإنتهى حكم المحكمين فيه إلى إلزامه بدفع مبلغ ٢٠٠٠٠ جنيه، وإذ صدر هذا الحكم باطلاً لفصله فى مسألة لا يجوز الصلح والتحكيم فيها وهى جريمة قتل شقيق المطعون عليه الأول، فضلاً عن أن عدد المحكمين لم يكن وتراً، فقد أقاما الدعوى بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٢٦م حكمت المحكمة برفض الدعوى. إستأنف الطاعنان هذا الحكم لدى محكمة إستئناف بنى سويف" مأمورية الفيوم" بالإستئناف رقم(٨) لسنة (٢٤) ق ، وبتاريخ ١/٨/ ١٩٩٠ م حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. وقد طعن الطاعنان فيه، وعرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظرة وفيها ألزمت النيابة برأيها. وحيث أن مما ينعاه الطاعنان على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والثابت بالأوراق والقصور في التسبيب وفى بيان ذلك يقولان إنهما تمسكا أمام محكمة الموضوع ببطلان حكم المحكمين لفصله فى مسألة جنائية وهى قتل شقيق ثانيهما شقيق المطعون عليه الأول عمداً وهى مما لا يجوز فيها الصلح أو التحكيم لتعلقها بالنظام العام، غير أن الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع الجوهرى وأيد الحكم الإبتدائى الذى أقام قضاءه على أن الصلح كان بصدد التعويض المدنى بالمخالفة للثابت بوثيقة التحكيم والأوراق وهو ما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى فى محله، ذلك أنه لما كانت المادة(٥٠١) من قانون المرافعات تنص فى فقرتها الرابعة على أنه : " ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح..." وفى المادة(٥٥١) من القانون المدنى – على أنه " لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ..." فإن مفاد ذلك – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجانى عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلاً لمخالفته للنظام العام. لما كان ذلك، وكان البين من محضر التحكيم والصلح المؤرخ١٩٨٤/٤/١٢م – محل التداعى – أنه فصل فى مسألة جنائية هى ما أسند إلى شقيق الطاعن الثانى من اتهام بقتل شقيق المطعون عليه الأول – منتهياً – إلى ثبوت هذا الإتهام فى حقه على ماقاله أنه تبين للمحكمين أن المتهم فتحى حسين علوانى(شقيق الطاعن الثانى) هو القاتل الحقيقى للمجنى عليه عطيه شعبان إبراهيم(شقيق المطعون عليه الثانى)، وأن باقى المتهمين وهم ... فلم يثبت لديهم إشتراكهم فى الجريمة إذ نفى للمطعون عليه بشرط ألا يرد هذا الإعتداء، بما مؤداة أن التحكيم انصب على جريمة القتل العمل ذاتها وأستهدف تحديد المتهم بالقتل وثبوت الإتهام فى حقه، وأنها كانت سبباً للإلتزام بالمبلغ المحكوم به على نحو ما أورده حكم المحكمين، وإذا كانت هذه المسألة تتعلق بالنظام العام لا يجوز أن يرد الصلح عليها بالتالى لا يصح أن تكون موضوعاً لتحكيم مما لازمه بطلان الإلتزام الذى تضمنه حكم المحكمين لعدم مشروعية سببه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأيد قضاء الحكم المستأنف الذى قضى برفض دعوى الطاعنين دون أن يعنى بإبداء دفاعهما فى هذا الخصوص أو الرد عليه مما يكون معيباً يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

وحيث أن الموضوع صالح للفصل فيه، ولما تقدم يتعين الحكم فى موضوع الإستئناف بإلغاء =

وعلى الرغم من أوجه التشابه السابقة إلا أن هناك فروقاً جوهرية بين كل من الصلح والتحكيم تكمن فى الآتى: (١)

١) إن الصلح نظام رضائى إتفاقى خالص من بداية إجراءاته إلى نهايتها، أما التحكيم فهو رضائى فقط فى أساسه، أى من حيث حرية اللجوء إليه أو عدم اللجوء إليه، ولكن الحكم الذى يصدر عن المحكم أو المحكمين فهو ملزم لطرفى النزاع.(٢)

٢) أن الصلح يتم أساساً بين طرفى النزاع وحدهما، أما التحكيم فيتولاه طرف ثالث يقومان بإختياره ويمكن أن يتم الصلح عن طريق وساطة شخص ثالث بين طرفى النزاع ، ولكنه يظل، فى جميع الأحوال، عقداً رضائياً من بداية الأمر لنهايته.(٣)

= الحكم المستأنف وببطلان حكم المحكمين المتقدم. لذلك نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وألزمت المطعون عليها المصاريف وثلاثين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة، وحكمت فى موضوع الإستئناف رقم (٦٨) لسنة (٢٤) ق مدنى بنى سويف " مأمورية الفيوم" بإلغاء الحكم المستأنف وببطلان حكم المحكمين الصادر فى ١٩٨٤/٤/١٢م المودع قلم كتاب محكمة الفيوم الإبتدائية تحت رقم(١٠) لسنة ١٩٨٤م وألزمت المستأنف عليهما الأول والثانى المصاريف عن الدرجتين ومبلغ عشرين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماه .

(١) راجع فى تمييز نظام التحكيم عن الصلح: د. محمد نور عبدالهادى شحاته، النشأة الاتفاقية لسلطات المحكمين، ١٩٩٣م، ص ٢٦ وما بعدها، د. عادل محمد خير، مقدمة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، ص ٣٣ ومابعدها، د. عبدالحميد الشواربى، التحكيم والتصالح فى ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٣٣ وما بعدها، د. مختار أحمد بريرى، التحكيم التجارى الدولى، دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، ص ١٦ ومابعدها، د. محمود السيد التحيوى، الصلح والتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعى، ٢٠٠٣ م، ص ٢٧ وما بعدها ، و ص ١٤٦ وما بعدها.

(٢) وذلك بمعنى أن نظام الصلح يقوم على الإرادة الخالصة فى جميع مراحل عملية الصلح، والحل الذى ينتهى إليه النزاع يعد من عمل الأطراف ذوو الشأن، حتى ولو كانوا قد فوضوا شخصاً من الغير فى إجراء هذا الصلح. أما التحكيم فإن دور الإرادة فيه يقتصر على إختيار الأطراف هيئة التحكيم التى تتولى الفصل فى النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم عن طريق إصدار حكم تحكيم فيه يكون ملزماً لهم. راجع فى ذلك: د. وجدى راغب فهمى، المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٢٧ .

(٣) وهذا الشخص لا يعتبر هيئة تحكيم، ولا يعدو أن يكون وسيطاً أو مصالحاً، والحل الذى ينتهى إليه ذلك الوسيط لايكون ملزماً لأطراف النزاع، إلا بقبولهم له. راجع فى ذلك:

De Boisseson et De Juglart, op. cit. p.201 et s ; Jean Robert, traité de l'arbitrage civile et commercial, V.1. Droit interne, 1961, R. David, l'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1981,p.5 et s ,et p.11 et s.

وقد ذكر جان مارى أوبى فى هذا الشأن:

"Dans l'arbitrage, le réglememnt du litige est le fait d'un tiers alors que dans la transaction il est l'oeuvre des parties elles mêmes". =

٣) ويختلف التحكيم عن الصلح من حيث الحكم الصادر فى كل منهما، فحكم المحكم قد يقبل الطعن عن طريق طرق الطعن المختلفة بحسب القواعد العامة، بينما فى عقد الصلح يلزم الحكم أطراف النزاع ويكون غير قابل للطعن بأى طريق مقرر لذلك وإن كان يقبل البطلان أو الفسخ بحسب القواعد المقررة فى القانون المدنى.(١)

٤) ويختلف التحكيم أيضاً عن التسوية فى مضمون الفصل فى النزاع ، ففى التحكيم يمكن أن يتم الفصل فى النزاع عن طريق التسليم بكل ادعاءات أو طلبات أحد الطرفين دون الطرف الآخر. أما فى اتفاق التسوية، فهى تتم عامة عن طريق تخلى كل طرف عن جزء من طلباته، أى عن طريق التنازلات المتبادلة. فلن يكون هناك اتفاق على التسوية إذا أصر كل طرف على موقفه وتمسك بكل طلباته دون تنازل.

وقد ذكر الفقه الفرنسى فى هذا الشأن:

"Il est généralement admis qu'il n'y a pas transaction sans un abandon réciproque des prétentions par les parties en cause, tandis qu' à l'inverse, la sentence arbitrale peut, comme toute decision juridictionnelle,consacrer, la totalité des prétentions de l'une des parties..."(٢)

٥) ويختلف التحكيم عن التسوية فى أن التحكيم ينهى النزاع بقرار تحكيمى أو بحكم تحكيمى Sentence arbitrale ، أما فى اتفاق التسوية فإن النزع ينتهى باتفاق بين الطرفين أى عن طريق عقد يتم بينهما. وقد ذكر فى ذلك:

= راجع فى ذلك:

J.M. Auby, l'arbitrage en matiére administrative, A.J.D.A., 1955, 1. Doctrine, p.81,Arnaud lyon- caen, sur la transaction en droit administratif, A.J.D.A,1997, No.1.,p.48.

(١) راجع: د. أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ٣١، د. محمود السيد التحيوى، الصلح والتحكيم، المرجع السابق، ١٥٠ وما بعدها . وراجع أيضاً:

Charles Jarrosson, la notion d'arbitrage, 1987, p. 208 et s.

(٢) راجع :

Jean Robert, op.cit. p. 9, charles Jarrosson, la notion d'arbitrage, L.G.D.J.1987, No. 398.

"L'essence de la distinction tient en effet à ce que,dans la transaction, la contestation est tranchée au moyen d'un contrat (art. 2044 c. civ.) tandis que dans l'arbitrage, elle l'est au moyen d'un acte de nature juridictionnelle ".(١)

وبناء على ذلك فالقرار التحكيمي أو الحكم التحكيمى يصدر مشمولاً بأمر التنفيذ، ويكون قابلاً للتنفيذ مباشرة. أما اتفاق التسوية فهو غير قابل للتنفيذ فى حد ذاته وإنما يحتاج إلى صدور حكم يقره ويأمر بتنفيذه .(٢)

والأحكام السابقة قد تضمنتها الشريعة الإسلامية، فوفقاً لها يتوافق التحكيم والصلح (٣) فى أن كلاهما يعتبر عقداً رضائياً يؤدى إلى إنهاء النزاع، وغالباً ما يؤدى التحكيم شأنه شأن الصلح إلى التصالح بين المتخاصمين وعودة المودة والمحبة بينهما مما يؤدى بدورة إلى إفشاء السلم الإجتماعى وإستقرار التعامل بين الأفراد.

بيد أن التحكيم يختلف عن الصلح فى أن الأول عقد الأصل فيه عدم اللزوم، فلكل من طرفيه نسخة وذلك بالرجوع عنه ما لم يصدر الحكم من المحكم أما إذا صدر الحكم أصبح العقد لازماً لهم.

أما عقد الصلح فهو عقد لازم إذا ما أنعقد صحيحاً مستوفياً لشروط صحته فلا يكون لأى من طرفيه الرجوع عنه إلا بتراضيهما معاً(٤)

كما أن الصلح يتضمن عادة التنازل عن بعض الحق ولذلك لا يقبل من الولى

---

(١) أنظر:

Jean Robert, op. cit. p. 9.

(٢) وقد ذكر جان روبير Jean Robert فى هذا الشأن :

"Les deux notions se distinguent enfin en ce que la transaction n'est pas exécutoire en elle- même sans faire l'objet d'une jugement qui la reconnaisse et en ordonne l'exécution. A l'inverse, la sentence arbitrale revêtue de l'exequateur est directement exécutoire..". op. cit. p. 10.

(٣) والصلح فى الشريعة الإسلامية – هو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما. أنظر فى ذلك مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا، مادة (١٠٢٦).

(٤) مختصر أحكام المعاملات الشرعيه للشيخ على الخفيف، ص ٢٤٩ .

أو الوصي أو المتولى صلح عن عائد الصغير أو القاصر أو لوقف على بدل أقل من قيمة هذه الحقوق لأن النقص فى قيمة البدل فى حكم التبرع وهؤلاء لا يملكون التبرع بشئ من أموال القاصرين أو أموال الأوقاف[1] لكن التحكيم لا يتضمن نزولاً عن الحق أو بعضه فهو يهدف إلى إيصال الحق إلى صاحبه بحكم ملزم.

(١) المدخل الفقهى العام للزرقانى، بند (٢٨٤).

المبحث الثانى

التحكيم والخبرة

يتم الإستعانة بالخبرة أو بالخبراء Le recours à l'expertise ou aux experts كإجراء ودى l'expertise amiable أو كإجراء قضائى l'expertise judiciaire .

وهناك فرق بين الخبرة الودية والخبرة القضائية، فالأولى يتفق عليها الأطراف ويختارون من يقوم بها. أما الثانية فهي إجراء قانونى يلجأ إليه القاضى ويقرره.

والخبير هو الشخص الذى تستعين به المحكمة فى بعض الأحيان لا يستيضاح أمر فنى معين (كاستدعاء المهندس الفنى عند وقوع حادث تصادم لمعاينة هذا التصادم) فى قضية معينة معروضة على هيئة المحكمة ، وبالمعنى العام هو الشخص الذى يطلب ليدلى برأيه الفنى باعتباره متخصصاً فى علم من العلوم أو فن من الفنون.

والخبير يقدم رأياً إستشارياً للمحكمة ولا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة فى قانون الإثبات، هذا فضلاً عن أن رأيه لا يلزم المحكمة ولا يلزم الخصوم فى الدعوى.(١)

أما المحكم فهو الشخص الذى يناط به حل نزاع معين وإصدار قرار فيه يفصل بين الخصوم ويكون قراره ملزما لهم حتى ولو كان مخالفاً لآرائهم.(٢)

---

(١) راجع فى ذلك: د. على الشحات الحديدى، دور الخبير الفنى فى الخصومة المدنية، رسالة، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٩١م، ص ٢٢٢ وما بعدها، وص ٢٣٦ وما بعدها، د. محمود جمال الدين زكى، الخبرة فى المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٣٦ وما بعدها. وراجع أيضا:

Alfred Bernard, l'arbitrage volontaire en droit privé, 1937, no. 22,23, De Boisseson et de juglart, le droit français de l'arbitrage, Éd. 1983,p. 128 et s.

(٢) راجع: د. ولاء رفعت، التحكيم التجارى الوطنى والدولى فى المملكة العربية السعودية، إصدار الغرفة التجارية الصناعية بجدة، لعام ١٤١٩هجرية، ص ٢١، د.محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، دروس لطلبة الدكتوراه بكلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٧٤م،ص ٢٥ (غير منشور). وقد أوضح مجلس الدولة الفرنسى منذ أمد بعيد بأن الخبير ليس حكما.

"L'expert n'est pas un arbitre".

وأكد أيضاً على أن إخضاع النزاع لرأى خبير لا يعد لجوء للتحكيم.

"Le faite de soumettre un litige à l'avis d'un expert ne constituait pas un recours à l'arbitrage".

وعلى الرغم من أنه يطبق على كل من التحكيم والخبرة بعض المبادئ المشتركة ، ومنها مبدأ المواجهة فى الإجراءات، والذى يتلخص مضمونه فى ضرورة العلم بكل عناصر القضية وإمكانية الرد والدفاع، وسماع القاضي للخصم، وضرورة أن يتم العلم فى وقت مناسب. ويقصد به بمعنى آخر ضرورة وضع الخصوم على قدم المساواة، وتمكين كل منهم من العلم بطلبات خصمه وادعاءاته وأوجه دفاعه ومستنداته.[1] ويطبق المبدأ أمام القاضي، وأمام المحكم[2] ، وكذلك يلتزم به الخبير فى تنفيذ مأموريته التى تعهد إليه، ويجب على الخبير أن يحافظ على تطبيق مبدأ المواجهة فى كل الأعمال التى يقوم بها.[3]

ويتشابه المحكم مع الخبير أيضاً فى أن كل منهما يعد فى حكم الموظف العام بالنسبة لجريمة الرشوة واختلاس الأموال العامة، حيث تنص المادة(١١١) من قانون العقوبات المصري فى فقرتها الثالثة، وهى تقابل المادة(١٧٧) من قانون العقوبات الفرنسي (الفقرة الثانية) على أن " يعد فى حكم الموظفين فى تطبيق نصوص هذا الفصل (باب الرشوة)... ٣- المحكمون والخبراء ووكلاء الديانة (السنديك) والمصفون والحراس القضائيون..."، وكذلك تم النص على نفس الحكم فيما يتعلق بجرائم اختلاس الأموال العامة والغدر (المادة(١١٩) من قانون العقوبات). وبناء على ما تقدم فإن المشرع ساوى بين المحكم والخبير والقاضى بالنسبة لجرائم الرشوة وإختلاس الأموال العامة والغدر. ويشترك كذلك المحكم والخبير فى ضرورة أن يتوافر فى كل منهم الموضوعية والحياد

= راجع:

C. E. 5 juillet 1929, ville de Béziers, Rec. p. 678 et s ; C.E. 6 Décembre 1935, Ville de Bergerac, D. 1936., 111.p. 49; C.E. 10 juillet 1936, Ville de Boulogne sur - Mer, Rec. p. 764 et s.

(١) راجع فى ذلك: د. عزمى عبدالفتاح، واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ، ص ٤٣ وما بعدها.

(٢) راجع فى ضرورة إلتزام المحكم بمبدأ المواجهة فى الإجراءات:

Jean Robert, l'arbitrage,droit interne, droit international privé, Dalloz, paris,6e éd. 1993,p. 173 et s, vizioz, Etudes de procedure, 1956, p. 417 et s.

(٣) راجع فى تطبيق مبدأ المواجهة على أعمال الخبرة: د. على الشحات الحديدى، المرجع السابق، ص ٢٦٣ وما بعدها.

والإستقلال فى أثناء مباشرة العمل وكذلك صلاحيته له . [1]

وعلى الرغم مما سبق فإنه من الخطأ بمكان وصف الخبرة بأنه تحكيم . [2] . وذلك لأنه توجد فوارق بين التحكيم والخبرة والتى تكمن وراء دور كل منهما وطبيعة عمل كل منهما، وذلك على الوجه التالى:[3]

فإذا كان المحكم قاضياً خاصاً "juge privé" مختاراً من الخصوم بإرادتهم، ليفصل فى منازعة متفق على تحكيمه فيها، أى أنه يقوم بوظيفة القضاء اختيارياً من جانب الخصوم فى خصوص المنازعة أو المنازعات المعروضة على التحكيم، ليفصل فيها بقرار ملزم للأطراف المحتكمين، ويحسم فى ذلك النزاع بين الخصوم، فأنه بذلك يختلف عن الخبير الذى يعد مساعداً أو معاوناً للقضاء، ويقتصر دوره على مجرد إبداء الرأى فى مسألة فنية، والذى يخضع للسلطة التقديرية للقاضى، ولا يكون لرأية أى قوة إلزامية، لا للخصوم، أو القاضى، فهو يستجلى جانب من الغموض فى مسألة معينة ولا يعدو أن يكون رأيه أستشارياً للقاضى أو المحكم، فلهم الأخذ به أو تركه . [4]

وقد أعتبر المشرع المصرى الخبير مساعداً للقاضى أو من أعوان القضاة، حيث

---

(١) راجع: د . محمود السيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده فى قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، طبعة ١٩٩٥م، ص ٣٦٣

(٢) ولذلك يذكر جان روبير Jean Robert فى ذلك

"C'est à tort que la mission d'expertise confiée à un expert est parfois qualifiée d'arbitrage..".

راجع:

Jean Robert, op. cit. p. 10 et s.

(٣) راجع فى ذلك:

David René, l'arbitrage dans le commerce international, 1982, Ed. Economica, p. 10 et s, Matthieu de Boisséson, et Michel de Juglart, le droit français de l'arbitrage, 1983, p. 91 et s.

وراجع أيضا: د . أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختيارى والإجبارى، االطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٢٨، د . محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربى، ١٩٩٠م، ص ٣٢ .

(٤) راجع فى ذلك:

David René, op. cit. p. 10 et s, Matthieu de poisséson et Michel de Juglart, op. cit. p. 91 et s.

وراجع أيضا: أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها، د . محمود محمد هاشم ، المرجع السابق ، ص ٣٢ وما بعدها

نصت المادة(١٣١) من قانون السلطة القضائية على أن " أعوان القضاة هم المحامون والخبراء..." ، وذكرت المادة (١٥٦) من قانون الإثبات المصرى على أن " رأى الخبير لا يقيد المحكمة "، كما نصت المادة(٢٤٦) من قانون المرافعات الفرنسى الحالى الصادر عام ١٩٧٥م على أن " لا يتقيد القاضى بالمعاينات والنتائج التى يقدمها الفنى ..." .

وبناء على ما تقدم فإن القاعدة التى يجرى عليها العمل تشريعياً فى كل من مصر وفرنسا، ويكاد يجمع عليها الفقه، هى أن رأى الخبير لا يقيد المحكمة ولا يلزم القاضى، أى أن المحكمة تستطيع أن توافق على التقرير المقدم من الخبير أو ترفضه، أو تستقى معلوماتها من أى مصدر آخر . (١)

وقد نظمت المادة (١٣١) من قانون السلطة القضائية رقم(٤٦) لسنة ١٩٧٢م الخبرة وعمل الخبراء باعتبارهم من أعوان القضاء ، ولقد أناطت المادة(١٣٤) منه بتنظيم عمل الخبرة أمام جهات القضاء، وتحديد حقوق وواجبات الخبراء وطريقة تأديبهم. وصدر القانون رقم(٩٦) لسنة ١٩٥٢م بتنظيم الخبرة أمام جهات القضاء. وقد رأى المشرع المصرى وضع القواعد الموضوعية والإجرائية للخبرة معاً فى تقنين مستقل، تيسيراً على القضاة والمتقاضيين، ونظم الخبرة فى قانون الإثبات الحالى(قانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م) فى المواد من (١٣٥) إلى المادة (١٦٢)، وذلك بالإضافة إلى القانون رقم(٩٦) لسنة ١٩٥٢م آنف الإشارة إلية. (٢)

وقد نظم المشرع الفرنسى الخبرة ضمن القواعد الإجرائية التى ينص عليها قانون

---

(١) راجع فى ذلك: د. عبدالحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر ، ١٩٢١م، ص ٢٣٤، د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م، ص ٢١٧ وما بعدها، د. على الشحات الحديدى، المرجع السابق، ص ٣٦٣ وما بعدها.

(٢) راجع فى شأن الخبرة كإجراء من إجراءات الإثبات فى الخصومه المدنية: د. محمود جمال الدين زكى، الخبرة فى المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، الطبعة الثالثة، ١٩٩٣م، ص ٥٦١ وما بعدها، د. على الشحات الحديدى، المرجع السابق، د. محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص ٣٤٢ وما بعدها، د. وجدى راغب فهمى ، بحث مفهوم التحكيم وطبيعته، كلية الحقوق – جامعة الكويت – الدورة التدريبية للتحكيم ١٩٩٢م- ١٩٩٣م.

المرافعات الفرنسى الجديد تحت عنوان "L'administration de la preuve " ، فى المواد من (٢٦٣) إلى (٢٨٤).[١]

ومما تقدم يتضح أن المحكم يصدر حكماً ويتقيد بالأوضاع والمواعيد والإجراءات المقررة فى باب التحكيم، ويصدر حكماً – وإن كان غير قابل للتنفيذ إلا بعد تذييله بالصيغة التنفيذية [٢] ، ويباشر المحكم سلطته بناء على اتفاق الخصوم، وليس بناء على حكم محكمة، ويباشر مهمته فى نزاع لم يرفع إلى القضاء، بل لن يرفع أبداً إلى القضاء، طالما أتفق الخصوم على الفصل فيه بطريق التحكيم، إلا عند عدم تنفيذ الاتفاق لأى سبب من الأسباب.[٣] كما أن المحكم يفصل فى النزاع من جميع جوانبه بحكم حاسم ، يكون ملزماً للخصوم والقضاء معاً، حيث يفصل فى المسائل الواقعية والقانونية معاً.[٤] والمحكم لا يحلف اليمين، لأن اختياره يتوقف على إرادة الأطراف المحتكمين فى اتفاق التحكيم، أو بمقتضى التنظيم الداخلي لهيئة التحكيم المعروض أمامها النزاع.[٥] كما أنه لا يجوز التحكيم فى المسائل الجنائية، على الرغم من أنه يصح التحكيم فى المسائل المالية المترتبة على الجرائم، مثل تعويض الضرر المترتب على الجريمة.[٦]

بينما نجد أن الخبير يكتب تقريراً، ولا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة فى قانون

---

(١) راجع:
M.Michel, Aspects nouveaux de l'expertise dans la réforme de la procédure civile, Gaz. Pal. 1971, doct. P. 160 et s .

(٢) أنظر :
Alfred Bernard, op.cit. no.22,23.
وراجع أيضاً: د٠ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٢٩ ٠

(٣) راجع: د٠ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٣١ ٠

(٤) راجع:
Charles Jarrosson, op. cit. p. 114 .

(٥) راجع: د٠ أبواليزيد على المتيت، بحث التحكيم البحري، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة التاسعة عشر، العدد الأول، يناير – مارس ١٩٧٥م، ص ٥٤ وما بعدها ٠

(٦) أنظر: د٠ محمد عبدالخالق عمر، النظام القضائي المدني، الجزء الأول ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٧٦م، ص ١٠١ وما بعدها، د٠ أحمد أبوالوفا ، المرجع السابق، ص ٧٤ ٠

الإثبات، ولا يباشر مهمته إلا فى إطار دعوى مرفوعة بالفعل أمام القضاء، بناء على حكم يصدر بندبه من المحكمة المرفـــوعة أمامها الدعـوى، من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب من ذوى الشأن [1] . وتقتصر سلطة الخبير فى الدعوى على مأموريته التى حددها الحكم الصادر بندبه، ولا يستطيع تجاوز هذه المأمورية وحدودها، وسلطته تقتصر على إبداء الرأي الفني فى المأمورية.[2] ولا يتعرض إلا للمسائل الواقعية فقط" الفنية أو العملية" ، ولا يجوز له التعرض للمسائل القانونية التى لا يجوز للقاضى النزول عنها .[3] ويجب على الخبير أن يحلف اليمين قبل القيام بأعباء وظيفته ، كالقاضى تماما . هذا بالإضافة إلى

---

(١) راجع Alfred Bernard,op. cit. no 22,23
وراجع أيضاً: د. أحمد أبوالوفا ، المرجع السابق، ص ٢٩ .

(٢) أنظر : د. على الشحات الحديدي، المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك:
Charles Jarrosson, op. 128 et s.
ويلاحظ أن مبدأ اقتصار عمل الخبير على العمل الفني حرصت تشريعات عديدة على النص عليه صراحة، ومنها التشريع الفرنسي، حيث نصت المادة(٢٣٢) من قانون المرافعات الفرنسي على أن " يمكن للقاضى أن يندب أى شخص من اختياره للقيام بالمعاينة أو المشورة أو الخبرة لإيضاح مسألة من مسائل الواقع التى تتطلب إيضاحاً من فنى ..." . كما نصت المادة(٣/٢٣٨) على أنه " يجب على الخبير ألا يتعرض مطلقاً لتقدير مسألة قانونية".
راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن : د. على الشحات الحديدي، المرجع السابق، ص ٢٢٢ وما بعدها، وص ٢٣٦ وما بعدها، د.محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها.
وعلى الرغم من أن القانون المصري لم يتضمن نصوص صريحة على هذا المبدأ، إلا أن الفقه المصري ذهب إلى القول بضرورة العمل بهذا المبدأ، حتى ولو لم يوجد نص صريح بذلك، ويجب ألا تمتد مهمة الخبير إلى التقدير القانونى، وذلك لأن هذا العمل يعد من صميم عمل القاضي دون غيره، وعليه وحدة أن يقوم به .
راجع فى ذلك: د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨١م، ص ٣٥٣، د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٥٦٠ وما بعدها، د. على الشحات الحديدي، المرجع السابق، ص ٢٣٢ وما بعدها.
وقد أيدت أحكام القضاء فى مصر هذا الاتجاه الفقهي، حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول بأنه" يجوز للقاضى أن يستعين بالخبراء فى المسائل التى تستلزم فيها استيعاب النقاط الفنية والتى لا تشملها معارفه والوقائع المادية التى قد يشق عليه الوصول إليها دون المسائل القانونية التى يفترض فيه العلم بها ...." . (نقض مدني، فى الطعن رقم(٥٨٨) ورقم(٥٩٩) لسنة(٤٠) قضائية فى جلسة ٢٤ مارس سنة ١٩٧٦م، السنة(٢٧)، ص ٧٥٢ .وراجع أيضاً حكمها الصادر فى جلسة ٢٢ أبريل ١٩٦٩م فى الطعن رقم (٨٤) لسنة (٣٥) قضائية، السنة (٢٠)، ص ٦٥٦، وفى جلسة ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٧٥م فى الطعن رقم(٥٩) لسنة (٤١) قضائية ، السنة (٢٦)، ص ٣٠٩ .

أن الخبرة يمكن أن تطبق فى المجالات المدنية والجنائية على حد سواء. [1]

وقد يدق الأمر فى بعض الأحيان فى تحديد أو تكييف حقيقة المقصود من المهمة الملقاة على الشخص ، وما إذا كانت مهمة تحكيم أو خبرة، ولذلك فقد ذهب الفقه إلى القول بأن العبرة فى تكييف الوضع بحقيقة المقصود من المهمة وليس بالألفاظ التى تطلق عليها، فيعتبر محكماً الشخص الذى يكلفه الخصوم بحسم النزاع بينهم ولو وصفه هؤلاء بكونه خبيراً أو مستشاراً، وعلى قاضى الموضوع استخلاص حقيقة المقصود من واقع الدعوى وظروف الحال. [2]

وتدق التفرقة أيضاً بين الخبرة الودية والتحكيم، والخبرة الودية هى التى يستعين فيها الخصوم بخبير لإبداء رأيه فى مسألة فنية، ويتفقون على أن رأيه يكون ملزماً بالنسبة لهم، ففي تلك الحالة لا نكون بصدد اتفاق على التحكيم وإنما بصدد اتفاق على تعيين خبير، والخبير فى هذه الحالة لا يمارس أى قضاء. [3] وقد ذهب الفقه والقضاء إلى معايير متعددة للتمييز بين الخبرة الودية والتحكيم ، بعضها ذهب إلى الأخذ بمعيار " وجود النزاع" ، فإذا لم يوجد نزاع كنا بصدد خبرة، وإذا كنا بصدد نزاع سابق فإننا نكون بصدد تحكيم. وذهب معيار ثان إلى القول بمعيار " قصد الخصوم" ، فإذا أراد الخصوم أن يمنحوا لتوسط الغير طابعاً إلزامياً، يقيدهم مستقبلاً نكون بصدد تحكيم، والعكس صحيح ، لو ظهر من تحليل إرادة الأطراف أنهم لا يكونون مقيدين بواسطة الحل الذى ينتهى إليه الغير، فإن ذلك يعد دليلاً على أننا بصدد خبرة . وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بالمعياريين معاً ، أى "

---

(١) راجع فيما يتعلق بالخبرة فى المسائل الجنائية: د. آمال عبدالرحيم عثمان، الخبرة فى المسائل الجنائية، رسالة، حقوق القاهرة، ١٩٧١م.

(٢) راجع: د. أحمد أبوالوفا، التحكيم..، المرجع السابق، ص ٢٩ وما بعدها ، د. ولاء رفعت، المرجع السابق، ٢١، د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق ، ص ٣٢ وما بعدها.

(٣) راجع : د. على الشحات الحديدي، المرجع السابق، ص ٢٤٤ وما بعدها.

وجود نزاع وقصد الخصوم" للتمييز بين التحكيم والخبرة الودية، ويؤيد جانب كبير من الفقه هذا الاتجاه القضائي .[1]

(١) راجع فى ذلك: د٠ على الشحات الحديدي، المرجع السابق، ص ٨ وما بعدها، وص ٢٤٤ وما بعدها، د٠ محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص ٣٦٧ وما بعدها٠ وراجع أيضا:

Charles Jarrosson, op. cit.p.148 et s.

وراجع من أحكام محكمة النقض الفرنسية:

Cass civ. 7 juin 1978, Rev. 1979, p. 343: cass. Civ . 26 oct. 1976, Gaz. Pal.,1976, 2. somm. 2744, cass. Civ. 25 avril 1972, Bull, civ ., 1.,p. 96.

المبحث الثالث

التحكيم والتوفيق

أستحدث المشرع المصري، بمقتضى القانون رقم(٧) لسنة ٢٠٠٠م، نظاماً جديداً لتسوية المنازعات التى تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها بدون لجوء للقضاء، حيث نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن " تنشأ فى كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة أو أكثر للتوفيق فى المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التى تنشأ بين هذه الجهات وبين العاملين بها أو بينها وبين الأفراد الأشخاص الاعتبارية الخاصة" .

وتشكل لجنة التوفيق بقرار من وزير العدل برئاسة أحد رجال القضاء أو أحد أعضاء الهيئات القضائية السابقين من درجة مستشار، ومن ممثل للجهة الإدارية، وينضم إليهما الطرف الآخر فى النزاع أو من ينوب عنه .

وتختص لجان التوفيق اختصاصا وجوبياً بنظر جميع أنواع المنازعات التى تكون جهات الإدارة طرفاً فيها ما عدا المنازعات التى تكون وزارة الدفاع طرفا فيها ، والمنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، والمنازعات التى تفردها القوانين بأنظمة خاصة ، أو يتفق على فضها عن طريق التحكيم.

ويجب تقديم الطلب إلى لجنة التوفيق فى المواعيد القضائية، أى قبل سقوط هذه المواعيد أو إنقضائها. ويملك الحق فى تقديم طلب تسوية النزاع أمام اللجنة كل من الجهة الإدارية والطرف الآخر فى النزاع . ويشترط سبق تقديم تظلم إدارى بالنسبة للطعون التى أوجب المشرع التظلم منها أولاً أمام الإدارة ، مثل طعون الموظفيين.

وتنظر اللجنة طلب التوفيق دون تقيد بالإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات إلا ما تعلق منها بالضمانات الأساسية للتقاضى وتصدر اللجنة قرارها، الذى يعتبر مجرد توصية، بأغلبية آراء أعضائها، وتلتزم بتسبيب هذه التوصية تسبيباً موجزاً.

ويجب على لجنة التوفيق إصدار قرارها بشأن النزاع خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق، ويعرض هذا القرار، خلال سبعة أيام من صدوره، على الجهة الإدارية وعلى الطرف الآخر فى النزاع، فإذا قبله الطرفان كتابة خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول العرض، قررت اللجنة إثبات الاتفاق فى محضر يوقع عليه الطرفين، وتكون له قوة السند التنفيذى. وإذا لم يقبل أحد طرفى النزاع توصية اللجنة ، أو انقضت مدة الخمسة عشر يوماً دون أن يوافق أحد الطرفين على التوصية، أو لم تصدر اللجنة توصيتها خلال الستين يوماً المحددة، يكون لكل طرف من طرفى النزاع اللجوء إلى المحكمة المختصة.

وبناء على ما تقدم يعتبر أسلوب التوفيق فى المنازعات، أسلوب إداري لفض المنازعات دون اللجوء للقضاء، إذ يقوم على تدخل جهة فى نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما وتسوية النزاع الذى ثار بينهما، وذلك عن طريق حل يستند إلى إرادة الطرفين، بحيث لا يمكن تنفيذ الحل الذى اقترحته اللجنة التى تولت عملية التوفيق.

وعلى الرغم من التشابه القائم بين التحكيم والتوفيق فى فض المنازعات وبصفة خاصة باعتباره أحد البدائل لحل المنازعات دون اللجوء للقضاء، **إلا أنه توجد عدة فروق جوهرية بين التحكيم والتوفيق كما جاء فى القانون رقم(٧) لسنة ٢٠٠٠م فى شأن فض المنازعات، ألا وهى: (١)**

١) **من حيث اللجوء للتحكيم أو التوفيق:** فاللجوء للتحكيم اختياري لأطراف النزاع، أما اللجوء إلى لجان التوفيق فهو وجوبي بالنسبة للمنازعات التى تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، وذلك نظراً لأنه لا يجوز اللجوء للقضاء إلا إذا كان النزاع قد تم عرضه أولاً على لجنة التوفيق المختصة ولم يصدر عن اللجنة قرار خلال المهلة التى حددها القانون، أو صدرت عنها توصيه ولم يوافق عليها أحد الطرفين، وإلا فإن القضاء يحكم بعدم قبول الدعوى.

---

(١) راجع: د. يسرى العصار، التحكيم فى المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص ٤٥ وما بعدها.

٢) **من حيث القوة الإلزامية:** يترتب على الحكم الذى يصدر عن هيئة التحكيم قوة إلزامية ذاتية، إذ يكون ملزماً لطرفي المنازعة، أما التوصية الصادرة عن لجنة التوفيق فإنها لا تصبح ملزمة إلا إذا وافق عليها كل من الجهة الإدارية والطرف الآخر فى النزاع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرضها عليها.

٣) **من حيث النطاق:** أن نطاق التحكيم أضيق من نطاق التوفيق، حيث يشمل نطاق التوفيق جميع المنازعات التى تكون الإدارة طرفاً فيها حتى ولو كانت خاصة بمسائل تتعلق بالنظام العام، وذلك ما عدا تلك التى استثناها المشرع بنص صريح من مجال التوفيق، أما التحكيم فإن اللجوء إليه يقتصر على المسائل التى يجوز فيها الصلح، وهى المسائل التى لا تتعلق بالنظام العام.

****

المبحث الرابع

التحكيم والوكالة

تعتبر الوكالة من العقود الرضائية التى تتم بإرادة الأطراف، فبمقتضاه يعهد أحد طرفيها (الموكل) بأمر من الأمور إلى الطرف الأخر (الوكيل) للقيام به نيابة عنه بحيث يكون للوكيل سلطة فى حدود ما وكل بالقيام به.[١]

وهذا ما نصت عليه المادة(٦٩٩) من القانون المدني المصري حيث قررت أن " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل" .

وفى هذا تشبه الوكالة التحكيم، كما يتشابهان أيضاً من حيث قدرة كل من الموكل وطرفي النزاع فى التحكيم على إنهاء الوكالة أو التحكيم.[٢]

فالموكل فى عقد الوكالة يستطيع عزل الوكيل أو إنهاء مهمته قبل إتمامها[٣] وهذا ما نصت عليه المادة ٥١٧ مدني فى فقرتها الأولى حيث نصت على أنه " يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ...".[٤] .

والحال كذلك فى التحكيم فيمكن لأطراف النزاع عزل المحكم وإنهاء عمله قبل إصدار الحكم في النزاع.[٥]

وبالرغم من اتفاق التحكيم والوكالة عن طريق هذه الأوجه إلا إنهما يختلفان فى

---

(١) راجع: د. طه عوض غازي محمد، النيابة التعاقدية ، دراسة مقارنة، رسالة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩١م، ص ٧٢ وما بعدها، وص ٢٧٣ وما بعدها،وراجع فى تفصيل الوكالة بالعمولة (الوكالات التجارية) أستاذتنا د. سميحة القليوبى، ص ٢٦ وما بعدها، العقود التجارية، ط ١٩٩٢م.

(٢) أنظر: د. ولاء رفعت، المرجع السابق، ص ٢٠ .

(٣) إلا إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل فى هذه الحالة أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه. وهذا ما قررته المادة المذكورة فى المتن فى فقرتها الثانية.

(٤) ويلاحظ أن هذه المادة قررت أيضاً أنه إذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.

(٥) وهذا مع مراعاة التحفظات والشروط الواردة فى المواد(١٨)،(١٩)،(٢٠)،(٢١) من قانون التحكيم. وللتفصيل وشرح هذه المواد أنظر: د. عبدالفتاح مراد، المرجع السابق، من ص ١٠٧ إلى ص ١١٣ .

بعض الأوجه الأخرى.[1]

ففي الوكالة يعمل الوكيل دائماً لمصلحة الموكل فى حين يعمل المحكم(عند تعيينه) مستقلاً عن طرفي النزاع ويكون فى مقام القاضي بتطبيق حكم القانون بينهما بغض النظر عن مصلحة أى منهما ويكون قراره (حكمه) نافذاً في مواجهتهما، وأيضاً حتى فى الحالات التى يكون لكل من الخصمين اختيار محكم عنه ثم يختار المحكمان حكماً ثالثاً يكون رئيساً لهيئة التحكيم – حتى فى هذه الحالة – فإن محكم الخصم يكون بمثابة مدافع عنه (وكيل بالخصومة) ومع ذلك تظل له من الناحية القانونية صفته كمحكم وليس كوكيل بالخصومة.[2]

كذلك أيضاً فى الوكالة ينبغي أن يكون الموكل أهلاً للتصرف الذى عهد به إلى الوكيل أى يملك أن يتصرف فى الأمر الذى وكل فيه" لأن فاقد الشيء لا يعطيه " ، أما فى مجال التحكيم فالخصمان لا يملكان إنهاء النزاع بينهما بطريق الحكم (وهو الفعل الموكل به إلى المحكم) وإن كان لهما ذلك بطريق آخر كالصلح أو ترك الخصومة.[3]

ولا تخرج الأحكام السابقة فى شأن التفرقة بين التحكيم والوكالة عن التى تقررها الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد، فالوكالة فى منظور الشريعة الإسلامية شأن التحكيم من العقود الرضائية وغير اللازمة، لكن يفترقان فى أن الوكيل لا يتصرف إلا بما هو فى مصلحة الموكل. كما أن الوكالة يشترط لصحتها أن يملك الموكل فعل ما وكل به بنفسه، فالصبي الذى لا يملك البيع أو الشراء لا يمكنه توكيل غيره بذلك، إذ أن فاقد الشئ

---

(١) راجع فى تمييز الوكالة عن التحكيم: د. وجدي راغب فهمي ، مفهوم التحكيم وطبيعته، المرجع السابق، ص ٧ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٢٠٦ وما بعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده، المرجع السابق، ٣٣٥وما بعدها وراجع أيضا:

De Boisséson et De Juglart, le droit français de l'arbitrage, 1983, p. 185 et s.

(٢) راجع: د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٣١، د. ولاء رفعت، المرجع السابق، ص ٢٠ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٩٠ .

(٣) أنظر: د. ولاء رفعت ، المرجع السابق، ص ٢١ . وقد أشار إلى هذا المعنى الدكتور: إسماعيل أحمد محمد الأسطل، التحكيم فى الشريعة الإسلامية" ، رسالة دكتوراه"،المرجع السابق، ص ٢٢ .

لا يعطيه، بيد أن المحتكمين لا يملكون إنهاء النزاع بينهما بطريق التحكيم، وهو الفعل الموكل به إلى المحتكم وأن كان لهم ذلك بطريق آخر كالصلح أو ترك الخصومة.[1]

(١) أنظر فى ذلك،: الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى، د. محمد يوسف موسى، ص ٢٩١، ط الأولى، ١٩٥٢م، والمرجع السابق للدكتور إسماعيل الأسطل، ص ٢١ وما بعدها .

الباب الأول

التنظيم القانونى لإتفاق التحكيم التجارى الدولى

تمهيد:

يعد الإتفاق على التحكيم المرحلة الأولى من المراحل التى تمر بها عملية التحكيم، إذ هي مرحلة تسبق مرحلة الإجراءات التى ينبغى اتباعها فى هذه العملية، وبناء عليه فالإتفاق على التحكيم يمثل نقطة الانطلاق فى عملية التحكيم، ومن هنا ركز المتخصصون على دراسته وأولوه عناية فائقة باعتباره حجر الأساس فى تكوين ونشأة التحكيم.

وبادئ ذى بدء، يخضع اتفاق التحكيم لبعض القواعد الذاتية الخاصة به، والتى ينفرد بها عن غيره من الأنظمة المشابهة، وذلك بالإضافة إلى خضوعه بالضرورة للقواعد العامة التى تحكم العقود، والتى تدرجها الدول المختلفة – فى الغالب الأعم – ضمن نصوص التقنينات المدنية، بالإضافة إلى ما قد تفرضه ذاتية التحكيم من قواعد خاصة به.

وانفراد إتفاق التحكيم بقواعد ذاتية خاصة أدت إلى انفراده بذاتية خاصة تجعله نظاماً متفرداً عن بقية أنواع الإتفاقات القانونية الأخرى، والذى يؤيد ذلك هو عناية معظم الدول فى الوقت الراهن بالتنظيم القانونى لاتفاق التحكيم وإخضاعه لقانون مستقل لينظم أحكامه الخاصة به ، كما هو الحال فى كل مصر والسعودية والكويت وسلطنة عمان وغيرها من الدول المختلفة، أو على الأقل إفراد بعض الدول باباً مستقلاً به ضمن قانون المرافعات الخاص بكل دولة من هذه الدول، وهذا هو الحال فى فرنسا على سبيل المثال، وهذه النظرة تتفق مع ما رجحناه من طبيعة التحكيم إذ أن التحكيم – فى نظرنا – ذو طبيعة قضائية.

وأيما كان الأمر، فإن اتفاق التحكيم يحتاج إلى تحديد قانون معين يضفى عليه قوته الملزمة، وينظم كيانه وأحكامه وآثاره القانونية، ثم أن هذا النوع من الإتفاق وإن كان فى جوهره إتفاقاً على حل نزاع معين عن طريق هيئة تحكيم معينة، إلا أنه قد يعقد بمناسبة قيام نزاع معين بين طرفين، وهذا ما يعرف بوثيقة التحكيم، وقد يكون الاتفاق مجرد شرط أو بند من بنود عقد منشئ لعلاقة قانونية لأجل الاحتياط لما قد يثور فى المستقبل من منازعات بشأن هذه العلاقة محل العقد الأصلى، وهذا ما يعرف بشرط التحكيم، وحينئذ يختلف مفهوم الإتفاق على التحكيم فى كل من هاتين الصورتين للاتفاق، وتجيز معظم التشريعات الوطنية اتفاق التحكيم وفقاً للصورتين سالفتى الذكر، بل وغالبية هيئات التحكيم الدولية.

وبناء على ذلك يلتزم أطراف التحكيم بالإتفاق الذى تم بينهم على حل النزاع الذى قد ينشأ بينهم أو ذلك الذى نشأ بالفعل – على حسب اتفاقهم – وعليه لا يجوز لأحدهم أن يرفض ذلك، وإلا جاز للطرف الآخر أن يطلب اتخاذ ما يلزم لحل النزاع بالتحكيم.

وجدير بالذكر أن إتفاق الطرفين على فض منازعتهم عن طريق التحكيم لا يعنى تنازلهما عن اللجوء إلى القضاء، بل إذا لم يتم التحكيم بسبب ما ، أو رفض تنفيذ حكم التحكيم من قبل الطرف الآخر، جاز للطرف الثانى أن يرفع الدعوى أمام القضاء، وحينئذ تكون السلطة القضائية هى المختصة بنظر النزاع.[1]

وبما أن إتفاق التحكيم عبارة عن عقد يتم بين طرفين فينبغى لصحته ونفاذه توافر شروط خاصة به، كالأهلية والرضا والمحل والسبب، كما سيتطرق حديثنا عن الآثار القانونية التى يرتبها إتفاق التحكيم إذا ما تم سليماً وفقاً لشروط صحته.

وعلى هذا النحو فسوف يدور البحث فى هذا الباب حول الفصول الآتية:

الفصل الأول: تحديد القانون الذى ينظم إتفاق التحكيم.

الفصل الثانى: مفهوم الإتفاق على التحكيم.

الفصل الثالث : شروط صحة إتفاق التحكيم.

الفصل الرابع: آثار الإتفلق على التحكيم.

---

[1]) راجع: د.أحمد أبوالوفا، عقد التحكيم وإجراءاته ، الطبعة الثانية، ١٩٧٤م، ص ١٧ .

الفصل الأول
تحديد القانون الذى ينظم إتفاق التحكيم

تمهيد:

يخضع إتفاق التحكيم ذاته من حيث تكوينه وصحته ونفاذه ولزومه لنظام قانونى محدد تحدده القواعد المنظمة لعملية التحكيم، وهو بذلك يختلف عن القانون الذى يلتزم المحكم أو هيئة التحكيم بتطبيقه على النزاع، سواء من حيث الإجراءات الواجب اتباعها فى التحكيم، أو من حيث القواعد الموضوعية التى يفصل فى النزاع وفقا لها. وإذا كان هناك من الفقهاء من نادى بوجوب استقلال إتفاق التحكيم عن كل قانون وإسناده بكليته إلى إرادة المتعاقدين، إلا أن ذلك – وكما ذكر أشد أنصار هذا الرأى – يعتبر من قبيل التمنى، لأن الإرادة، وإن كانت شريعة المتعاقدين، إلا إنها تحتاج بدورها إلى قانون يوجب احترامها وإلا أعتبرت مجرد تعبير لا فاعلية له. (١)

ولا مناص من ضرورة إرتباط إتفاق التحكيم بتشريع معين لينظم مسيرته، ويحدد مشروعيته ومدى إمكانية اللجوء إليه، وتتضح الصورة والأهمية أكثر عند غياب قاعدة الإسناد الموحدة – خاصة إذا ما كنا بصدد تحكيم تجارى دولى – ومن ثم فإن التنازع بين القوانين المختلفة يكون أمراً لا بديل عنه. وعندئذ يتعين تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ثم بيان مجال تطبيق هذا القانون. وبناء عليه سوف نتناول دراسة هذا الفصل فى المباحث التالية:

المبحث الأول: تحديد القانون الذى ينظم إتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من تحديد القانون الذى ينظم إتفاق التحكيم.

---

(١) أنظر: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها.

المبحث الأول
تحديد القانون الذى ينظم إتفاق التحكيم

من المسلم بـه أن العقد – أى عقد – يجب أن يستند إلـى قـانون معين يحكم شروط انعقاده، ويهيأ له الطرق لإجبار الطرفين على إحترام ما يتولد عن هذا العقد من إلتزامات معينة. ولا يخرج إتفاق التحكيم – كقاعدة عامة – فى هذا الصدد عن غيره من العقود ذات الطابع الدولى، إذ يحتاج بدوره إلى قانون ينظم مسيرته ويستمد منه قوته. ولذلك يثور التساؤل عن ماهية القانون الذى ينظم اتفاق التحكيم ؟

وفى الإجابة عن هذا التساؤل، تراوحت الدول المختلفة فى الأخذ بأساسيين لتحديد وتعيين القانون الواجب التطبيق فى تنظيم اتفاق التحكيم: الأساس الأول وهو قانون إرادة الأطراف، والأساس الثاني هو قانون محل التحكيم. وسنقوم فيما يلى ببيان هذين الأساسيين:

الأساس الأول: قانون إرادة الأطراف (Loi de la volonté) .

يسود الفقه والقضاء والقانون المقارن والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة مبدأ خضوع التحكيم لقانون الإرادة.[1]

ونقطه البداية فى هذا الاتجاه تقوم على أساس أن مسألة صحة إتفاق التحكيم يجب أن تخضع لقانون إرادة الأطراف، وهو القانون الذى تحدده إرادة الأطراف المعنية (إذا أتفقت إرادة الأطراف على ذلك). ومن ثم فللأطراف حق إختيار القانون الذى يخضع له إتفاق

---

(١) راجع فى هذا الشأن:

B. Moreau,et Th. Bernard, droit interne et droit international de l'arbitrage, 2e éd. 1985, p.95 et s; J. Beguin, l'arbitrage commercial international, Montreal, 1987, p. 150, No. 147 et s ; Jean Robert, l'arbitrage, droit interne, droit international privé, 6e éd- Dalloz, 1993, p. 259, No. 294; R.Bourdin, la convention d'arbitrage international en droit français depuis le décret du 12 mai 1981, fondation pour l'étude du droit, 1984, p.3 et s ; V.V. veeder, la nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, Rev. arb., 1997, p.9 et s. وراجع

أيضا: د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، ١٩٩٥م، ص ٩٥ وما بعدها، ويرى سيادته أن القضاء الأجنبى (لا سيما القضاء الفرنسى والإيطالى والسويسرى) قد أستقر على تفضيل قانون الإرادة . وراجع أيضا: د. محسن شفيق ، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق،ص ٢٩٥، د.إبراهيم العنانى، تطبيق القانون الداخلى على التحكيمات الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثانى، ١٩٩٦م، ص ٣٨ وما بعدها ، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، النظام العام والتحكيم =

التحكيم، حتى ولو كان اختيارهم قد وقع على قانون آخر غير الذى يحكم العلاقة الأصليه التى تولد عنها النزاع محل التحكيم، سواء كان هذا القانون هو قانون الدولة التى يجرى فيها التحكيم أم كان قانوناً آخر ٠(١)

وفى حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف على تحديد القانون الذى ينظم اتفاق التحكيم، ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأنه على المحكم أن يلجأ، فى هذه الحالة، إلى إعمال الضوابط الاحتياطية التى تنص عليها قواعد الإسناد الوطنية، كقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون الدولة التى تم فيها عقد إتفاق التحكيم، أو قانون دولة التنفيذ (وهو مكان إجراء التحكيم) ٠(٢)

وبناء عليه يعتبر قانون إرادة الأطراف الأساس والقاعدة الأصلية فى تحديد القانون الذى ينظم إتفاق التحكيم ، ولقد تبنته أغلب الدول والتشريعات والاتفاقيات الدولية٠ **ولقد تبنى المشرع المصرى هذه القاعدة فى تحديد القانون الذى ينظم إتفاق التحكيم**، حيث نص فى المادة (١٩) من القانون المدنى على أن " تخضع العقود للقانون الذى يتفق عليه الأطراف أو الذى يتبين من الظروف اتجاه إرادتهم إلى تطبيقه وإلا طبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسرى قانون محل إبرام العقد"٠

= فى العلاقات الدولية الخاصة، دراسة فى قضاء التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٩٦م، ص ٢١٨ وما بعدها، د٠ أبوالعلا على أبوالعلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية فى مجال التحكيم ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص ١٣ وما بعدها، د٠ جمال محمود الكردى، القانون الواجب التطبيق فى دعوى التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ٢٥ وما بعدها، وص ٧١ وما بعدها ٠

وقد تبنت العديد من الأنظمة القانونية الوضعية وكذلك الاتفاقيات الدولية مبدأ خضوع التحكيم لقانون الإرادة ، ومن أهمها:

- القانون الإنجليزى فى شأن التحكيم الصادر فى عام ١٩٩٦م فى المادة الأولى منه٠
- القانون المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى المادة(٢٥) منه٠
- المادة (٩) والمادة(٢/٤) بند (٣) من اتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجارى الدولى لسنة ١٩٦١م٠
- المادة(١٤٩٤) من قانون المرافعات المدنية الفرنسى الجديد لعام ١٩٨١م٠
- المادة(١٩) من القانون النموذجى الذى أقرته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى فى ٢١ يونية سنة ١٩٨٥م٠

(١) أنظر: د٠ محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢١٠ وما بعدها ، د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٦٦ومابعدها، د٠ مصطفى الجمال و د٠ عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٠٧ وما بعدها٠

(٢) راجع فى ذلك: د٠ مصطفى الجمال ود٠ عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٠٧، د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٦٤ وما بعدها٠

وإذا كان **نظام التحكيم السعودى الصادر سنة ١٩٨٣م** ولائحته التنفيذية سنة ١٩٨٥ م لم يفرق بين التحكيمات الداخلية والتحكيمات ذات الطابع الدولى ، إلا أنه لم يحظر على الأطراف المتحاكمه إجراء التحكيم فى الخارج، وإختيارهم قانون يحكم وينظم إتفاق التحكيم، ومن هنا يجوز للأطراف إجراء التحكيم خارج المملكة العربية السعودية واختيار القانون الذى ينظم هذا التحكيم.[١] **وبناء عليه فقد أخذ نظام التحكيم السعودى بقانون إرادة الأطراف كأساس لتنظيم إتفاق التحكيم.**

كما نصت بعض الإتفاقيات الدولية فى شأن التحكيم على هذا الأساس ومنها إتفاقية نيويورك فى شأن الأعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها والمبرمة فى ١٠ يونية سنة ١٩٥٨م.[٢] إذ تضمنت هذه الإتفاقية النص على نوعين من القواعد : قواعد موضوعية تتعلق بإتفاق التحكيم، ورد النص عليها فى المادة الثانية من هذه الاتفاقية، وقاعدة إسناد تتعلق بإتفاق التحكيم، ورد النص عليها فى المادة الخامسة فى فقرتها الأولى، حيث قضت بأنه إذا طلب من يراد تنفيذ الحكم ضده رفض الأعتراف بالحكم وتنفيذه فلا يجاب طلبه إلا إذا قدم للسلطة المختصة بالدولة المطلوب فيها التنفيذ الدليل على عدم صحة إتفاق التحكيم وفقاً لقانون إرادة الأطراف أو لقانون مكان صدور حكم التحكيم فى حالة عدم إتفاقهما على قانون يحكم الإتفاق.

كما حظرت المادة التاسعة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى المنعقدة فى جنيف فى ٢١ أبريل سنة ١٩٦١م على الدول المتعاقدة الامتناع عن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إستناداً إلي صدور حكم ببطلانه فى دولةٍ أخرى متعاقدة إلا إذا كان أحد أسباب بطلان الحكم تقوم على بطلان إتفاق التحكيم طبقاً لأحكام قانون الإرادة أو قانون الدولة التى صدر فيها التحكيم فى حالة عدم إتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق.[٣]

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم فى البلاد العربية، الجزء الأول، دار المعارف، ١٩٩٨م، ص ٣١٨ وما بعدها.

(٢) راجع فى تفصيل هذه الاتفاقية ونصوصها : د. ساميه راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، ١٩٨٤، ص ١٧٠ وما بعدها، د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولى ، الجزء الثانى، ١٩٩٩م، ص ٣٧٩وما بعدها.

(٣) راجع فى تفاصيل هذه الاتفاقيه وشرحها وأعمالها التحضيرية: =

وقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم التجارى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجرى فى الخارج وأتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

ويتضح مما تقدم، وطبقاً لهذا الأساس أن للأطراف حرية اختيار القانون الذى ينظم إتفاق التحكيم، حتى ولو لم تكن هناك أى صلة بين القانون المتفق عليه وبين القانون الذى ينظم العلاقة القانونية محل النزاع، **مع ملاحظة أن الإرادة المعتبرة فى هذا المجال هى الإرادة الصريحة الواضحة وليست الإرادة الضمنية** [1]، والتى ليس لها مجال للبحث أصلاً عند تخلف الإرادة الصريحة، إذ أنه يتعين حينئذ الإلتجاء مباشرة إلى قانون محل التحكيم، باعتباره ضابطاً احتياطياً للإسناد.

وقد ذكر الفقه أن الأساس المنطقى لإعلاء شأن إرادة الأطراف فى مجال التحكيم يكمن فى اعتبارين أساسيين وهما: أولاً: إن التحكيم يبدو كقضاء إتفاقى يعتمد فى الأساس

= Frederic – Edouard Klein, la convention Europeene sur l'arbitrage commercial international, Rev. critique, 1962, p.621 et s.

وراجع أيضاً: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولى، الجزء الثانى، المرجع السابق، ص ٣٨٣ وما بعدها.

(١) هذا وقد أستقر غالبية الفقه على اشتراط ضرورة أن تكون الإرادة صريحة وواضحة، وتعذر القول بإمكانية اللجوء إلى الإرادة الضمنية للخصوم. راجع فى ذلك:

J.Beguin , L'arbitrage commercial international, op. cit. p. 155.

وقد شبه الفقيه بيجوان Beguin الاعتماد على تطبيق قانون الإرادة الضمنية للأطراف فى مجال التحكيم بالأعمى الذى يبحث عن قبعة سوداء فى حجرة مظلمه، حيث لا يوجد مثل هذه القبعة. ولذلك يشترط دائماً أستقلالية الإرادة، والتى لا يمكن أن تتحقق إلا إذا كانت صريحة وواضحة وصافية. وقد ذكر فى هذا الشأن:

" C'est comme si un aveugle cherchait un chapeau noir dans une piece obscure ou ce chapeau ne se trouve pas....".

"L'autonomie de la volonté ne fonctionne qui si elle est expresse, Claire,limpide."; op. cit. p. 155 .

على إتفاق الخصوم سواء فى شرط فى العقد أو فى مشارطة مستقلة، وهو الأمر الذى يتعين معه إخضاع مسيرته للقانون الذى اختاره الطرفان. **وتكمن ثانيا** فى أن هيئة التحكيم لا تنتمى إلى الجهاز القضائى لدولة أو أخرى، ولا تستمد ولايتها من هذه الدولة أو تلك، وإنما هى هيئة مستقلة تستمد ولايتها من اتفاق طرفى النزاع وحدة، فيكون للقانون الذى حدده الاتفاق ما لقانون القاضى من سلطات. ولذلك، وكما ذكر البعض، فإنه من الواضح أن " مسايرة منطق هذا الاتجاه توصل فى الحقيقة إلى إعمال قواعد القانون الذى يختاره الطرفان بصفتها قواعد قانونية ترشد إليها قاعدة الإسناد فى مجال الإجراءات، وإنما بصفتها قواعد اتفاقية مادية صارت جزءاً من مضمون إتفاق التحكيم من خلال الإحالة إليها...."[1] .

الأساس الثانى: قانون مكان التحكيم:

يقصد بقانون مكان التحكيم قانون الدولة التى تم فيها الإتفاق على التحكيم أو قانون الدولة التى تتم فيها إجراءات التحكيم أو تنفيذ الإتفاق على التحكيم[2].

ويعد قانون مكان التحكيم **إستثناء ومعيار احتياطى وبديل على** الأصل العام وهو قانون إرادة الأطراف، فعند غياب هذا الأخير، لعدم وجود اتفاق بين الأطراف على تحديده، يتم اللجوء إلى قانون مقر التحكيم كضابط إسناد احتياطى أو استثنائى لقانون الإرادة. وهذا ما يستفاد من النصوص التشريعية الوطنية ونصوص بعض الاتفاقيات الدولية، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م من أنه " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجرى فى مصر،

---

(١) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، ص ٢١٣ ومابعدها.

(٢) راجع فى هذا الشأن: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٣٠ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٢م، ص ١٨٨ وما بعدها. وراجع أيضا:

René David, L'arbitrage dans la commerce international, 1992, op. cit.p.184 et s, ph. Fouchard, les institutions de l'arbitrage en france, 1991, op. cit. p. 62 et s.

أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجرى فى الخارج وأتفق أطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون " ٠ ويستفاد من هذا النص أن المشرع المصرى قرر سريان القانون المصرى فى حالتين:

الحالة الأولى: وهى الخاصة بحالة التحكيم الذى يجرى فى مصر سواء كان متعلقاً بنزاع ناشئ عن علاقة داخلية أو نزاع متعلق بعلاقة دولية٠

الحالة الثانية: وهى حالة التحكيم فى نزاع يتعلق بعلاقة قانونية دولية تجرى فى الخارج وأتفق أفراده أو أطرافه على إخضاعه لأحكام القانون المصرى ٠

ومن ثم يتبين لنا من خلال هذا النص تحديد المجال العملى لنطاق سريان أحكام القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى شأن التحكيم على إتفاق التحكيم، ولكن لمزيد من الإيضاح يمكن إبراز أهم الملاحظات التالية فى هذا الشأن:

(١) أن المادة الأولى قد أشترطت لتطبيق القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، كقانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم، وطبقاً لما ورد بها، ألا يخالف أحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى مصر ٠ وبناء عليه، فالأحكام الواردة فى شأن تطبيق القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م كقانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم (وكما ورد فى المادة الأولى) لا تؤثر على تطبيق القواعد الواردة فى الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى مصر ٠

وبناء عليه إذا كان حكم التحكيم المطلوب تنفيذه مما يخضع لأحكام اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م فى شأن التحكيم والسارية فى مصر، كان إتفاق التحكيم الصادر بناء عليه هذا الحكم خاضعاً للقانون الذى يختاره الطرفان، حتى ولو كان التحكيم يجرى فى مصر، فإن لم يكن هناك اختيار كان خاضعاً لقانون مكان التحكيم وهو حينئذ القانون المصرى.[١]

(٢) أن المادة الأولى من قانون التحكيم آنف الإشارة إليها تفرق فى شأن التحكيم فى العلاقات الداخلية بين فرضين: **الفرض الأول** وهو يتعلق بجريان التحكيم فى مصر، ويخضع إتفاق التحكيم فى هذه الحالة بالضرورة للأحكام الواردة فى قانون التحكيم

---

(١) راجع: د٠ مصطفى الجمال ود٠ عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣١٠ ومابعدها٠

المصرى الحالى، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة، ولعدم وجود تنازع قوانين، سواء فيما يتعلق بالعلاقة الأصلية محل النزاع أو فيما يتعلق باتفاق التحكيم ذاته. **أما الفرض الثانى**، فهو يتعلق بجريان التحكيم فى خارج مصر، وفى هذا الفرض لا يخضع إتفاق التحكيم للأحكام الواردة فى القانون المصرى، وذلك نظراً لوجود التنازع بين القانون الوطنى وبين قانون محل التحكيم على حكم إتفاق التحكيم، وهذا ما يبيح لطرفى النزاع إخضاع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الوطنى، كقانون مقر التحكيم أو محل التحكيم مثلاً.(١)

(٣) فرقت المادة الأولى أيضاً فى شأن التحكيم فى العلاقات الدولية بين فرضين: **الأول** وهو الخاص بالتحكيم الذى يجرى فى مصر، ويخضع فى هذه الحالة لقانون التحكيم المصرى باعتباره قانون محل التحكيم، وبذلك خرج المشرع المصرى فى هذا الفرض على حكم القواعد العامة التى تقضى بإعمال قانون الإرادة وتقديمه على قانون محل التحكيم. **أما الفرض الثانى** فهو يتعلق بالتحكيم الذى يجرى فى شأن علاقات ذات طابع دولى فى الخارج (خارج مصر)، ولا يخضع اتفاق التحكيم، فى هذا الفرض، لأحكام قانون التحكيم المصرى إلا إذا أتفق طرفا النزاع على إخضاعه له، وهذا ما يتفق مع حكم القواعد العامة فى شأن تنازع القوانين فى مسائل العقود.(٢)

(٤) أن إخضاع التحكيم الذى يجرى فى مصر لأحكام القانون المصرى لا يلغى سلطان إرادة الطرفين كلية، وذلك لأن المادة(٢٨) من قانون التحكيم المصرى لسنة ١٩٩٤م قد خولت لطرفى التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو فى الخارج ، إذ نصت على أنه " لطرفى التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد إتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها..."

---

(١) راجع: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣١٠ ومابعدها.
(٢) راجع: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣١١ ومابعدها.

وبناء على ما تقدم ، يتضح لنا، - وكما ذكر الفقه بحق – أن المشرع المصرى لا يلجأ فى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم على معيار محدد بدقة من الناحية الموضوعية، ولا يعتمد على إرادة الطرفين" إلا فى الحالة التى يخلو فيها إتفاق التحكيم من الإتفاق على تحديد مكان أو مقر التحكيم"[1] ، أو القانون الذى يحكم إتفاق التحكيم.

وقد قضت محكمة النقض المصرية، فى هذا الصدد، بأنه " لما كان الثابت أن شرط التحكيم المدرج فى سند الشحن قد نص على أن يحال أى نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة محكمين فى مرسيليا وكان المشرع قد أقر الإتفاق على إجراء التحكيم فى الخارج، ولم ير فى ذلك ما يمس النظام العام فإنه يرجع فى شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره إلى قواعد القانون الفرنسى باعتباره قانون البلد الذى أتفق على إجراء التحكيم فيه طبقاً لما تقضى به المادة (٢٢) من القانون المدنى – المصرى – بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام"[2] ، وقضت كذلك، فى هذا المعنى بأنه " كما كان شرط التحكيم قد نص على أن يسوى النزاع فى لندن طبقاً لقواعد التحكيم الإنجليزى لسنة ١٩٥٠م ، وكان المشرع أقر الإتفاق على إجراء التحكيم فى الخارج، ولم ير فى ذلك ما يمس النظام العام، فإنه يرجع فى تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره إلى قواعد القانون الإنجليزى باعتباره قانون البلد الذى أتفق على إجراء التحكيم فيه، وبشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام...".[3]

وإذا كانت محكمة النقض المصرية قد أكدت خضوع صحة شرط التحكيم لقانون البلد الذى أتفق على إجراء التحكيم فيه، إلا إنها قد أستحدثت الاستناد إلى نص المادة(٢٢) من القانون المدنى، والتى تقضى بأن يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى وتباشر فيه الإجراءات، وذلك لأنها اعتـــبرت

---

(١) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣١٢ ومابعدها.

(٢) محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٣ يونية سنة ١٩٨٣م فى الطعن رقم(١٢٥٩) لسنة (٤٩) قضائية، المجموعة، السنة (٣٤)، ص ١٤١٦ .

(٣) محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٨١م، المجموعة ، السنة (٣٢)، ص ٤٤٥ وما بعدها.

إتفاق التحكيم من مسائل الإجراءات التى تخضع لقانون مكان التحكيم.

ويتفق هذا الحل مع الاتجاه الفقهى الذى يخضع إتفاق التحكيم لقانون الدولة التى تقام فيها إجراءات التحكيم[1]، وهو الاتجاه الذى تأثر به الكثير من المحكمين، لا سيما فى قضايا التحكيم التى تم الفصل فيها فى إطار محكمة غرفة التجارة الدولية.[2]

بيد أن هناك من الفقه من ينتقد هذا الحل على أساس أن التحكيم وأن ترتب عليه تداعى إجراءات التحكيم إلا أنه يتعين عدم الخلط بين الإتفاق والإجراءات التى تترتب عليه كنتيجة له، هذا فضلاً عن أن المحكم لا يعد قاضياً وليس لديه قانون اختصاص، وبالتالى فى الأصل أنه مستقل عن الدولة التى يجرى فيها التحكيم ولا يخضع لسلطان قانون هذه الدولة كقاعدة عامة.[3]

وخلاصة ما تقدم، نجد أن المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى شأن التحكيم تقضى بسريان أحكامه على كل تحكيم... أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ... هذا وإذا كانت المادة(٢٥) من قانون التحكيم المصرى قد قررت مبدأ حرية اختيار الإجراءات من جانب الأطراف إلا أنها لم تشر إلى حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد السارية فى قانون أجنبى معين. إلا أنه يجب ملاحظة أن المادة(٢٨) من هذا القانون، تنص على أنه لطرفى النزاع الإتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو فى خارجها، وحرية الطرفين فى اختيار مكان التحكيم على هذا النحو تعنى بطريق غير مباشر حريتهما فى اختيار القانون الذى يخضع التحكيم لقواعده الإجرائية وفقاً لمبدأ خضوع التحكيم للإجراءات النافذة فى مكان

---

(١) راجع فى هذا الشأن:

Eti cloquim, les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumiére de l'evolution recente du droit de l'arbitrage international, clunet, 1983,p.298.

(٢) راجع:

J. Beguin, l'arbitrage commercial international, op. cit. p. 156 et s.

وراجع أيضا: د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .

(٣) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٧٣، د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها، و ص ١٥٧ وما بعدها.

التحكيم ذاته.[1]

وبناء على ذلك فإن المشرع المصرى قد تبنى نزعة تحررية فى تنظيم التحكيم، إذ يمكن للأطراف إخضاع التحكيم للقواعد الإجرائية السارية فى قانون أجنبى معين بالرغم من إجراء التحكيم فى مصر. وهذا لا يحول دون خضوع التحكيم لأحكام القانون المصرى إعمالاً لحكم المادة الأولى منه. ومن ثم فإن فائدة اختيار هذا القانون الأجنبى تنحصر فى حكم المسائل التى أورد لها القانون المصرى أحكاماً مكملة متروك أمر تطبيقها لاختيار الطرفين بالإضافة إلى المسائل التى لا يكون هذا القانون قد تناولها بالتنظيم أصلاً.[2]

وأيما كان الأمر فأنه يجدر الإشارة إلى أن المشرع المصرى قد أتى بنص خاص بشأن مكان التحكيم، بل وبتحديد القانون الواجب التطبيق فى خصوص المنازعات الناشئة عن عقد نقل التكنولوجيا.[3] إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (٨٧) من قانون التجارة المصرى الجديد رقم(١٧) لسنة١٩٩٩ م على أن " تختص المحاكم المصرية بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه فى المادة(٧٣) من هذا القانون، ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجرى فى مصر وفقاً لأحكام القانون المصرى" . وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه" وفى جميع الأحوال يكون الفصل فى موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصرى. وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً.

---

(١) راجع: د. أبوالعلا على أبوالعلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية فى مجال التحكيم، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها.

(٢) راجع: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها، د. أبوالعلا على أبوالعلا النمر، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها .

(٣) ويقصد بالتكنولوجيا التطبيق العملى للأبحاث والنظريات العلمية، أو بمعنى أبسط المعرفة الفنية، ويقصد بنقل التكنولوجيا بصفة عامة نقلها من المجتمعات النامية المتقدمة إلى المجتمعات التى فى طريقها إلى النمو فى مجالاتها الاقتصادية والاجتماعية وغيرها. وقد حدد المشرع المصرى تعريف عقد نقل التكنولوجيا فى المادة(٧٣) من قانون التجارة المصرى رقم(١٧) لسنة ١٩٩٩م بأنه " عقد نقل التكنولوجيا إتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لا ستخدامها فى طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل=

وقد قررت المادة (٧٢) من القانون آنف الذكر بأنه " تسرى أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل التكنولوجيا لاستخدامها فى جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دولياً يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخلياً. ولا عبرة فى الحالتين لجنسية أطراف الإتفاق أو لمحال إقامتهم" ، وقررت الفقرة الثانية من ذات المادة بأن " تسرى أحكام هذا الفصل على كل إتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل ضمن عقد آخر".

هذا وقد اعتبر المشرع المصرى الأحكام السابقة من النظام العام، حيث قرر فى نهاية المادة(٨٧) آنف الإشارة إليها عبارة " وكل إتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً). ومن ثم لايجوز لأطراف التحكيم الإتفاق على اختيار مكان آخر للتحكيم أو قانون آخر غير القانون المصرى يفصل فى النزاع طالما كان موضوع النزاع ناشئ عن عقد نقل التكنولوجيا مستخدم فى مصر، بغض النظر عما إذا كان هذا النقل دولياً يقع عبر الحدود المصرية أم داخلياً، وبغض النظر أيضاً عن جنسية أطراف الإتفاق أو محل إقامتهم.

وبناء على ما تقدم، تعتبر النصوص آنفة الذكر فى شأن عقد نقل التكنولوجيا لها الأفضلية فى التطبيق على النصوص الواردة بقانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤ م، والتى تقضى بحرية طرفى التحكيم فى الإتفاق على اختيار مكان التحكيم فى مصر أو خارجها على نحو ما أوضحته المادة(٢٨) سالفة الذكر، وكذلك فى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وفقاً لنص المادة(٣٩) من القانون المذكور، وذلك على أساس

= آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع و شراء أو إستئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا أو كان مرتبطاً به " . راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. سميحه القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم(١٧) لسنة ١٩٩٩م(العقود التجارية وعمليات البنوك)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٠م، ص ٣٠٩ وما بعدها، ولنفس المؤلف راجع أيضاً: مدى جدوى تطبيق القانون الوطنى على منازعات التحكيم فى عقود نقل التكنولوجيا، بحث مقدم للمؤتمر السادس للتحكيم التجارى المنعقد بفندق النيل هيلتون فى الفترة ما بين ٢١ و ٢٢ إبريل ١٩٩٩م. ص ٣ وما بعدها.

أن نص المادة(٨٧) من قانون التجارة لسنة ١٩٩٩م نصاً خاصاً فى شأن أحكام التحكيم فينبغى إعماله أولاً تطبيقاً لقاعدة" الخاص يقيد العام".[١]

ونخلص مما تقدم ان أغلبية الفقه والنظم الوضعية والوثائق الدولية التى عالجت أو نظمت القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم فى وقتنا المعاصر **قد قررت مبدأ سلطان الإرادة فى أقصى حدوده**، بمعنى أن الأطراف يمكنهم أن ينظموا إتفاق التحكيم والإحالة إلى القانون الواجب التطبيق عليه. وقد نتج عن إطلاق حرية إرادة الأطراف فى مجال التحكيم إلى حد التحرر من كل القواعد الوطنية اعتماداً على إرادتهم فى صياغة هذه القواعد لدرجة أن أطلق عليه البعض بأن التحكيم أصبح تحكيم بلا قانون L'arbitrage sans loi أو تحكيم طليق أو حر أو تحكيم دولى محض Purement international ، **وهذه المصطلحات إن دلت على شئ فإنما تدل على بيان حقيقة معينة ألا وهى أن التحكيم المعاصر أصبح يتحرر من الخضوع لأى قانون وطنى echappe à tout juridique etatique ، وأصبح حسم الأنزعه عن طريق التحكيم يتم وفقاً لقواعد معيارية لا تستمد من تشريعات وطنية بذاتها بقدر ما تستمد من عادات وأعراف التجارة الدولية.**[٢]

وقد تخوف البعض من إطلاق الحرية للخصوم بالإتفاق على التحكيم وتنظيم إجراءاته – وذلك على الرغم من كون هذا الأمر فى ذاته أمراً مرغوباً فيه لصالح التجارة الدولية – وذلك إذا أسئ استعمال تلك الحرية، إذ أن الطرف الأقوى فى العقد قد يفرض على خصمه شروطاً مرهقة، كإجراء التحكيم فى مكان قصى، أو اختيار محكم غير مرغوب فيه، أو منح المحكم اختصاصات خارقة، أو تجريد إجراءات التحكيم من الضمانات

---

(١) راجع: د. سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة المصرى رقم(١٧) لسنة ١٩٩٩م، المرجع السابق، ص ٣٠٩ وما بعدها، والبحث المقدم للمؤتمر السادس للتحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص٣ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك:

J. Beguin, l'arbitrage commercial international, op. cit. p. 156 et s;Patrice level, la procedure arbitrale, foundation pour l'étude du droit, 1984, p. 54 et s; R. Bourdin, la convention d'arbitrage international en droit français depuis le décret du 12 mai 1981, p. 32 et s.

وراجع أيضا: د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ٥٧ وما بعدها، د. أحمد شرف الدين، دراسات فى التحكيم فى منازعات العقود الدولية، ١٩٩٣م، ص ٣٠ ومابعدها.

التى تكفل حسن سير العدالة.[1]

إلا أن الجانب الغالب فى الفقه يرى وبحق ان التخوف من حرية الأطراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم أمر مبالغ فيه[2]، **وذلك للأسباب التالية**:

(١) أن التحكيم المؤسس الذى تتولاه منظمات ومراكز التحكيم الدائمة ذاع صيته وزاد انتشاره مقارنة بأنواع التحكيم الأخرى. ولا شك أن هذه المنظمات والمراكز لديها من الخبرة الكافية والاحترام اللازم لمراعاة القواعد الإجرائية الأساسية التى تضمن حقوق الدفاع للخصوم.

(٢) أن الرقابة الوطنية على إجراءات التحكيم وحسن سيرها مازالت قائمة، حتى فى ظل مبدأ سلطان الإرادة ، وهى رقابة فعالة تتمثل فى وضع قيود على إرادة الأطراف والمحكمين تتمثل فى ضرورة المحافظة على النظام العام الإجرائى الداخلى أو الدولى، وهو يشمل القواعد الجوهرية الإجرائية فى دولة محل تنفيذ الحكم، وبمقتضى هذا السلاح يمكن رفض تنفيذ الحكم، وكذلك القواعد الجوهرية الآمرة فى دولة مقر التحكيم، حيث يمكن رفع دعوى بطلان التحكيم حال مخالفة هذه القواعد فى هذه الدولة.[3]

---

(١) راجع فى ذلك:

Ph. Fouchard, E. Goillard, B. Golman, le traité de l'arbitrage commercial international, 1996, p. 666 et s.

وراجع أيضا: د. ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص ٤٨ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك:

Ph. Fouchard, E. Goillard, B. Golman,op.cit. p. 666 et s, J. Beguin, op. cit.p. 158 et s; serge Guinchard, l'arbitrage et le respect du principe du contradictoire, Rev. arb. 1997, p. 185 et s.

وراجع أيضا: د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها، د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٩٤ وما بعدها، د. أبوالعلا على أبوالعلا النمر، المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها.

(٣) أنظر:

Ph. Fouchard, E. Goillard, B. Golman,op.cit. p. 662 et s

وراجع أيضا: د أشرف عبدالعليم الرفاعى، النظام العام والتحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص ١٢ وما بعدها، وص ٤٤ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا الشأن بأنه" لما كان الثابت أن شرط التحكيم الوارد =

ولذلك فإن حرية الأطراف يظل عليها قيود أو حدود ينبغى ألا تتجاوزها، والتى تتحدد فى ضرورة احترام الأطراف للمبادئ الضرورية لحسن أداء العدالة.

"respect des principes essentiels à l'administration d'une bonne justice"[1]

ومن أمثلة هذه المبادئ: ضرورة احترام مبدأ المساواة "Le principe d'égalité "، ومبدأ المواجهة بين الخصوم" Le principe du contradictoire" ، ومبدأ المحافظة على حقوق الدفاع الرئيسية "Les droits de la defense " .[2]

وبناء عليه نجد أن المشرع الوطنى وكذلك المعاهدات الدولية قد قررت عدم التعسف فى استعمال مبدأ سلطان الإرادة فى مجال تحديد القانون الواجب التطبيق فى مجال التحكيم، عن طريق تقدير ضرورة المحافظة على النظام العام الإجرائى والقواعد الجوهرية الأساسية. ولذلك، فإن المشرع الوطنى، وكما ذكر الفقيه بيجوان J. Beguin فى هذا

= بمشارطة الإيجار موضوع الدعوى قد نص على إحالة كل ما ينشأ عنها من نزاع إلى التحكيم فى لندن، وكان المشرع قد أقر الإتفاق على إجراء التحكيم فى الخارج ولم ير فى ذلك ما يمس النظام العام فإنه يرجع فى تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الإنجليزى باعتباره قانون البلد الذى إتفق على إجراء التحكيم فيه... ولا محل للقول باستبعاد أحكام القانون الإنجليزى لمخالفتها لنص المادة (٣/٥٠٢) مرافعات – على فرض صحة ذلك – **إذ أن مناط استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق وفق المادة(٢٨) مدنى هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام فى مصر**، أى متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية والخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع بما لايكفى معه أن تتعارض مع نص قانونى آخر، وإذا كانت المادة (٣/٥٠٢) مرافعات بما اشترطته من وجوب بيان أسماء المحكمين فى مشارطة التحكيم أو فى إتفاق مستقل لا تتعلق بالنظام العام على النحو السالف بيانه فإن مخالفتها لا تنهض مبرراً لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبى الواجب التطبيق..." محكمة النقض فى ٢٦ إبريل سنة ١٩٨٢م، فى الطعن رقم(٧١٤) لسنة (٤٧) قضائية، مجموعة أحكام النقض، السنة (٣٢)، ص ٤٢٢ . وراجع أيضاً فى نفس الاتجاه حكم محكمة النقض الصادر فى جلسة ١٣ يونية سنة ١٩٨٣م فى الطعن رقم(١٢٥٩) لسنة(٤٩) قضائية، المجموعة، السنة (٣٤)، ص ١٤١٦ .وراجع فى التعليق على هذا القضاء: د.هشام صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين،١٩٨٧م، ص ٧٦ ومابعدها،د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص ١٩٨٦م، ص ٧٧ وما بعدها، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، النظام العام والتحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٣٢ ومابعدها.

(١) أنظر:

Ph. Fouchard, E. Goillard, B. Golman,op.cit. p. 667 et s

(٢) راجع :

J.Beguin, op. cit. p. 158 et s, ph. Fouchard, E.Goillard, B.Golman, op. cit. p. 666 et s.

المجال، يبدو وكأنه يسحب بيد ما أعطاه باليد الأخرى:

" Il retire d'une main ce qui la donne de l'autre...". (١)

وخلاصة القول فى تحديد القانون الذى ينظم إتفاق التحكيم أنه يخضع – كقاعدة عامة – للقانون الذى يتفق عليه الأطراف بإرادتهم، وهو ما يسمى بقانون الإرادة، واستثناء من هذه القاعدة يخضع الإتفاق لقانون مقر الإتفاق على التحكيم، وهو فى الغالب قانون الدولة التى ينفذ فيها هذا الإتفاق. ويتبقى لنا الآن تحديد موقف الشريعة الإسلامية من القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، وهذا سيمثل محور المبحث التالى.

---

(١) أنظر:

J.Beguin,op.cit.158 et s.

المبحث الثانى
موقف الشريعة الإسلامية من تحديد القانون المنظم لإتفاق التحكيم

لاستجلاء موقف الشريعة الإسلامية الغراء من تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يجب التفرقة بين أمرين:

الأمر الأول: إحتكام غير المسلمين إلى محاكم إسلامية، والأمر الثانى: إحتكام المسلمين إلى محاكم غير إسلامية فى دار الحرب [1]. وسنقوم بتناول كل أمر من هذين الأمرين كما يلى:

أولاً: احتكام غير المسلمين إلى محاكم إسلامية:

يقتضى بحث هذا الأمر التطرق إلى مسألتين: الأولى تتعلق بمدى امتداد ولاية القاضى (المحكم) المسلم على غير المسلمين. أما المسألة الثانية فهى خاصة بتحديد القانون الذى يحكم به القاضى المسلم إذا امتدت ولايته على غير المسلمين. وفيما يلى بيان لهاتين المسألتين: [2]

المسألة الأولى: مدى ولاية القاضى المسلم على قضايا غير المسلمين: تخضع هذه الولاية لقاعدتين أساسيتين: القاعدة الأولى هى قاعدة فقهية عامه وتتمثل فى قول الفقهاء" لهم ما لنا وعليهم ما علينا " ، أما القاعدة الثانية فهى قاعدة فقهية خاصة وتتمثل فى قول الفقهاء أمرنا بتركهم وما يدينون".

فأما بالنسبة للقاعدة الأولى والتى مفادها (لهم ما لنا وعليهم ما علينا) فتقضى أن يلتزم غير المسلم بأحكام وقوانين وتقاليد البلد الذى يعيش فيه، وبالتالى يخضع لقضاء هذا البلد سواء كان جنائياً أو مدنياً ومثله فى ذلك مثل المسلم سواء بسواء. و على هذا جرى

---

(١) يقصد بدار الحرب كل بقعة من الأرض تكون فيها أحكام الكفر ظاهرة وغالبة. وهى تختلف عن دار العهد وهى التى بينها وبين دار الإسلام ميثاق أو عهد . أنظر فى ذلك: المفتى لابن قدامه، ج ٩، ص٢٣١ وما بعدها.

(٢) راجع فى هذا الشأن: د. محمد جبر الألفى، التحكيم فى الفقه الإسلامى، بحث منشور فى مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد التاسع، ج٤،سنة ١٩٩٦م. ص ١٩٦، ومابعدها.

العمل فى الصدر الأول من الإسلام[1]، كما تقتضى ثبوت التمتع بالمرافق العامة التى يتمتع بها المسلمون فى هذا البلد.

وأما بالنسبة للقاعدة الثانية والتى مؤداها (أمرنا بتركهم وما يدينون) فتقتضى ألا يكلف غير المسلم بالأمور الدينية أو التعبدية الخاصة بالمسلمين، كالصلاة أو الصوم أو الزكاة أو الحج أو الجهاد أو ما إلى ذلك من الأمور الشرعية الخاصة بملة الإسلام. وليس للحاكم المسلم أن يمنعهم مما أباحه لهم دينهم، حتى ولو حرمه الإسلام، مثل شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، وأيضاً لا يتدخل فيما يعتقدون حله من الأمور الخاصة بأحوالهم الشخصية، كأمور الزواج والطلاق والميراث والوصية وغير ذلك. فكل هذه الأمور التى أباحتها لهم شريعتهم والخاصة بهم دون المسلمين إنما يخضع الاحتكام فيها إلى رؤسائهم الروحيين ليحكموا فيها بمقتضى الأحكام التابعة لشرائعهم الدينية. وهذا ما كان يحدث بالفعل فى الأندلس، فقد كان النصارى يفصلون فى خصوماتهم بأنفسهم ولا يلجأون للقاضى المسلم إلا فى مسائل القتل.[2]

وقد جاء فى الأحكام السلطانية للماوردى [3] عدم جواز تقليد الكافر القضاء على المسلمين ولا على الكافر، وقال أبو حنيفة يجوز تقليد الكافر القضاء بين أهل ملته. وإذا كان يجرى الآن فى بعض الدول الإسلامية تقليد غير المسلم للقضاء فهو تقليد زعامة ورئاسة لا تقليد حكم وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم لا للزومه لهم، ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم، وإذا أمتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه، وكان حكم الإسلام عليهم نافذ.[4]

ولكن ما الحكم لو تراقع غير المسلمين إلى محاكم إسلامية فى الأمور الخاصة بهم (أحوالهم الشخصية)؟

---

(١) أنظر فى ذلك: بدائع الصنائع للكسانى، ج ٧ ،ص ١٣٤ وما بعدها، مواهب الجليل للحطاب، ج ٣ ، ص ٣٥٥ وما بعدها، المهذب للشيرازى، ج٢، ص ٣٥٨ ومابعدها، المغنى لابن قدامه، ج ١٠، ص٤٣٩ .

(٢) راجع: د. يوسف القرضاوى، غير المسلمين فى المجتمع الإسلامى، مكتبة وهبة القاهرة، ص٤٠ وما بعدها.

(٣) أنظر : الأحكام السلطانية للماوردى، ص ٦٥ومابعدها.

(٤) أنظر : الأحكام السلطانية للماوردى، ص ٦٦ .

يفرق الفقهاء فى هذه المسألة بين الذميين(رعايا الدولة الإسلامية) وبين المستأنسين (الأجانب الذين يدخلون دار الإسلام بعقد أمان مؤقت)٠

فأما بالنسبة للذميين فقد أشترط أبو حنيفة لذلك رضاء الطرفين برفع الدعوى أمام القاضى المسلم وخالف فى ذلك أبو يوسف ومحمد فلم يشترطا هذا التراضى٠[١]

وقال المالكية لا بد من توافر رضاء الطرفين باللجوء إلى القاضى المسلم وهو مخير بعد ذلك بين الحكم أو الأعراض عنهما٠[٢]

وعند الشافعية يشترط البعض منهم رضاء الطرفين، ويشترط البعض الآخر توافر رضا واحد من الطرفين إذا أستعدى على خصمه، فإن كان الذميان متفقين فى الملة – كنصرانيين مثلاً – فإن على القاضى المسلم الحكم بينهما – فى الأظهر – لأنه يجب على الإمام منع الظلم عن أهل الذمة وهو مخير فى ذلك٠ أما إذا أختلفا فى الملة – كأن كان النزاع بين يهودى ونصرانى ففى هذه الحالة يجب على القاضى المسلم أن يحكم بينهما جزماً٠[٣]

وعند الحنابلة القاضى مخير سواء رضى الخصمان به أو رضى واحد منهما فقط وسواء اتفقت ملتهما أو اختلفت٠[٤]

المسألة الثانية: القانون الواجب التطبيق على غير المسلمين:

اتفق الفقهاء فى هذا الصدد على أن القانون الذى يجب الحكم بمقتضاه على غير المسلمين إذا ترافعوا إلى القاضى المسلم هو القانون الإسلامى (أحكام الشريعة الإسلامية) لقوله تعالى"وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ"[٥]

وقوله تعالى"وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ

---

(١) أنظر فتح القدير لابن الهمام، ج٢، ص ٥٠٤ وما بعدها، وأحكام القرآن للجصاص، ج٢، ص ٤٣٥ وما بعدها٠

(٢) أنظر: المدونة الكبرى، ج٤، ص ١٦١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى،ج ٦، ص ١٨٥ ٠

(٣) أنظر: مغنى المحتاج للشربينى، ج ٣، ص ١٩٥ ٠

(٤) أنظر: المغنى لابن قدامه، ج ١٠، ص ٦٢٤، الشرح الكبير، ج ١٠، ص ٦٣١ ٠

(٥) الآية (٤٨) من سورة المائدة٠

مَا أنزلَ اللهُ إليْكَ"[1].

واستثناءً من ذلك يراعى القاضى فى تطبيقة لأحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين القواعد والأحكام التى نص عليها الفقهاء تطبيقاً لقاعدة" أمرنا بتركهم وما يدينون"، باعتبارها قواعد موضوعية فى الشريعة الإسلامية وليست قواعد إسناد تحيل إلى شريعتهم أو إلى قانون آخر غير الشريعة الإسلامية.[2] ومن ثم فالقاضى المسلم يحكم بمقتضى شرائعهم المختلفة إذا كان النزاع يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، أو كان يتعلق ببعض المعاملات المالية التى حرمتها الشريعة الإسلامية على المسلمين كالتعامل فى الخمر أو الخنزير إذ أن هذه المعاملات مباحة لهم محرمة على المسلمين.

ولذلك قال الأحناف أن أحكام الإسلام تجرى على غير المسلمين فيما عدا الأنكحة ونفى المهر وتمليك الخمر والخنزير.[3] وقد فصل الفقهاء لذلك قواعد موضوعية يمكن الرجوع إليها من خلال كتابات هؤلاء الفقهاء.[4]

ثانياً: إحتكام المسلمين إلى محاكم غير إسلامية فى دار الحرب:

إن هذا الأمر وكما يقول أحد الفقهاء المحدثين [5] من الأمور التى عمت بها البلوى فى الوقت الراهن، لأن أغلب البلاد الإسلامية واقعة الآن تحت تأثير خارجى يمنعها من تطبيق الشريعة الإسلامية، والقضاة الذين يحكمون على المسلمين منهم المسلم وغير المسلم، والقانون الذى يطبق على هؤلاء المسلمين خليط من قواعد إسلاميه وغير إسلامية. والدول الإسلامية – فى هذا الوقت – ترتبط بمواثيق ومعاهدات دولية، وتقدر بعض المصادر الإسلامية عدد المسلمين الذين يقيمون فى دول غير إسلامية – سواء كانوا ينتمون بجنسيتهم إلى تلك الدول أو إلى دول أخرى أو كانوا من رعايا الدول الإسلامية – بحوالى ٢٣٠مليون

---

(١) الآية (٤٩) من سورة المائدة.
(٢) أنظر: د. عبدالكريم زيدان، نظام القضاء فى الشريعة الإسلامية، بغداد ١٩٨٤م، ص ٢٨ .
(٣) أنظر: المبسوط للسرخى، ج٥، ص ١٣٩، الفتاوى الهندية، ج(١) ، ص ٣٣٧ .
(٤) أنظر على سبيل المثال: فتح القدير لابن الهمام، ج٢ ، ص ٤٩٠، المدونة الكبرى للإمام مالك، ج٤، ص ١٦٢، الأم للشافعى ج٤، ص ١٣١، المغنى لابن قدامه، ج ١٠،ص ١٦٥ .
(٥) أنظر:د. محمد جبر الألفى، المرجع السابق، ص ١٩٨ وما بعدها.

مسلم، ويعتقد بعض الباحثين أن هذا العدد قد يصل إلى نحو ثلث مليار نسمة.[1]

وإزاء هذا الوضع يصعب الأخذ بالحلول التقليدية التى وضعها الفقهاء إبان وحدة العالم الإسلامى وعزته، كوجوب الهجرة على من يقدر عليها، وإقامة الحدود، ، أو التعامل بالربا فى دار الحرب، وما إلى ذلك من الأمور التى فصلها الفقهاء والتى تنظم تصرفات المسلم فى دار الحرب[2]. ولذلك ينبغى تأييد ومساندة الهيئات والمنظمات الإسلامية والإنسانية التى تهتم بأوضاع الشعوب الإسلامية التى لم تستقل بعد، والتى تعمل على تقرير حق التمتع للأقليات المسلمة بحقوقها السياسية والدينية والإجتماعية.

وإذا تقرر ذلك فإن إحتكام المسلم إلى محاكم غير إسلامية يكون من باب الضرورة التى تقدر بقدرها، وحينئذ يرخص للمسلم فى الإحتكام إلى محاكم غير إسلامية بإعتباره نوعاً من التحكيم الفاسد الذى ينفذ لموافقة الحكم وقواعد القانون الطبيعى ومبادئ العدالة.[3]

لكن ينبغى أن تتقيد هذه الضرورة التى لا تندرج تحت طائلة الأحوال الشخصية للمسلمين، لأنه من غير المعقول أن يخضع زواج المسلم أو طلاقه لامرأته أو تنظيم ميراثه لمحاكم غير إسلامية، إذ أن القاضى أو المحكم غير المسلم لا يكون ملماً، بل لا يكون دقيقاً فى تطبيق الأحكام الشرعية المستنبطة من الأدلة التفصيلية كالقرآن الكريم والسنة النبوية. لذا فإن مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين ينبغى الترافع بشأنها إلى القاضى أو المحكم المسلم لأنه الأصلح و الأولى بالاختصاص بالمنازعات التى تثور بين المسلمين وبعضهم حتى ولو كانت الزوجة – فى عقد الزواج – غير مسلمة، لأن العبرة هنا بتطبيق قانون الزوج كقاعدة إسناد معمول بها فى كافة الدول الإسلامية، وهو حينئذ القانون الإسلامى (لأحكام الشريعة الإسلامية) والذى ينظم أحكام الزواج والطلاق والنسب والمحرمات من النساء وعدة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها وتوزيع التركات ومسائل الحضانة للولد ونحو ذلك من الأمور التى ثبتت بنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية وكان

---

(١) أنظر: د. عبدالله الأشعل، أصول التنظيم الإسلامى الدولى، ١٩٨٨م، ص ٣٣٠ .
(٢) أنظر: نهاية المحتاج للرملى، ج٨، ص ٨٥، الإنصاف للماوردى ، ج ٤ ،ص ١٢١ .
(٣) أنظر: د. محمد جبر الألفى، المرجع السابق، ص ٢٠٠ .

اجتهاد الفقهاء فيها محدود، فهى أقرب اتصالاً بالعقيدة والفصل فيما ينشأ عنها من نزاع يقتضى الخشية والحذر والاحتياط.

ولقد ذكر أحد الفقهاء[1] فى هذا الصدد أن المسلمون الذين يتوطنون فى بلاد غير إسلامية على ضربين:

الضرب الأول: أقليات إسلامية تتمتع بقدر من الاستقلال الداخلى أو الحكم الذاتى بمقتضى معاهدة أو بحكم الأمر الواقع. وهؤلاء يجب عليهم إقامة نظام قضائى شرعى يحكم وينظم منازعاتهم التى تتصل بمسائل الأحوال الشخصية ويكون تعيين قضاتهم إما بالتولية من كبيرهم (شيخ الإسلام، أمير الجماعة، الحاكم) وإما بتولية مباشرة من رئيس الدولة – غير المسلم – وإما باتفاق من الجالية الإسلامية على شخص تتوافر فيه صفات القاضى ليحكم بينهم.

وقد قرر الفقهاء صحة هذه التولية فقد جاء فى تبصرة الحكام[2]" القضاء ينعقد بأحد وجهين أحدهما عقد أمير المؤمنين، والثانى عقد ذوى الرأى وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء للضرورة الداعية إلى ذلك".

وجاء فى فتح القدير[3]" إذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه – كما هو فى بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار أقروا المسلمين عندهم... يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولى قاضياً ليقضى بينهم أو يكون هو الذى يقضى بينهم".

الضرب الثانى: أقليات إسلامية يتوطنون فى بلاد لا يسمح نظامها بغير قضاء هذه البلاد. وهؤلاء لا يكون أمامهم إلا الإلتجاء إلى التحكيم فيختارون مسلماً عدلاً عالماً بأحكام الشرع ليفصل فى منازعاتهم المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين، وبعد صدور الحكم من المحتكم إليه فأما أن ينفذه الأطراف من تلقاء أنفسهم بدافع من الإيمان أو بتأثير من الجماعة

---

(١) أنظر: د. محمد جبر الألفى، المرجع السابق، ص ٢٠٠ وما بعدها .
(٢) أنظر: تبصرة الحكام لابن فرحون، ج١، ص ١٥ وما بعدها.
(٣) أنظر: فتح القدير لابن الهمام، ج٥، ص ٤٦٠ .

وإما أن يرفع الحكم إلى القضاء ليأخذ صيغة تنفيذية.[1]

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بأن القانون الذى ينظم التحكيم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية يرتبط تحديده بالموضوع الذى يراد التحكيم فيه من ناحية، ومن ناحية أخرى يرتبط بأطراف التحكيم، فإذا كان موضوع النزاع الذى يراد الفصل فيه عن طريق التحكيم يرتبط بإحدى المسائل التى تندرج تحت طائلة الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين، كالزواج أو الطلاق مثلاً، ففى هذه الحالة يكون القانون الواجب التطبيق هو أحكام الشريعة الإسلامية دون غيرها، وذلك لارتباط مثل هذا النزاع بمسائل الأحوال الشخصية من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن أطراف هذا النزاع من المسلمين الذين يلتزمون حتماً بتحكيم الشريعة الغراء فيما نشب بينهم من نزاع بنص الشرع لقوله تعالى " وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ".

وعلى العكس من ذلك إذا كان أطراف النزاع جميعاً من غير المسلمين وكان موضوع النزاع يخص أحوالهم الشخصية، أو كان ضمن المعاملات المالية الخاصة بهؤلاء والمحرمة على المسلمين كالتعامل فى الخمر والخنزير، فحينئذ يكون القانون الواجب التطبيق على مثل هذه المنازعات هو قانون ديانة هؤلاء – غير المسلمين – تطبيقاً للقاعدة الفقهية التى قررها الفقهاء وهى" أمرنا بتركهم وما يدينون".

أما إذا كان أحد أطراف هذه العلاقة مسلماً والآخر غير مسلم فإن القانون الإسلامى هو الذى يحكم هذه العلاقة، وذلك لغلبة الدين الإسلامى على غيره بدليل قول الله تعالى"ومن يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلاَمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ ".[2]

ومن ثم يبدو التفاوت بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، حيث أن الأخير يحدد هذا القانون إما عن طريق إرادة الأطراف كأصل عام، وأما عن طريق مقر التحكيم كاستثناء على هذا الأصل أو كضابط إسناد احتياطى.

---

(١) أنظر: د. محمد الألفى، المرجع السابق، ص ٢٠١ .
(٢) الآية(٨٥) من سورة آل عمران .

الفصل الثانى
مفهوم الإتفاق على التحكيم
(La convention arbitrale)

نستطيع تناول مفهوم الإتفاق على التحكيم إنطلاقاً من نص المادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، وذلك لأنها تمثل النموذج لما ورد من مفاهيم تشريعية وفقهية حديثة لمفهوم إتفاق التحكيم. وقد نصت فى فقرتها الأولى على أن " إتفاق التحكيم هو إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

كما نصت فى فقرتها الثانية على أنه " يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين. وفى هذه الحالة يجب أن يحدد مُوضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة(٣٠) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية. وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم".

ونصت المادة العاشرة فى فقرتها الثالثة على أنه " ويعتبر إتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبارها هذا الشرط جزء من العقد".

ومن خلال هذا النص، ومن خلال تعريفنُا السابق للتحكيم، والذى ذكرنا فيه أن التحكيم هو " ذلك الإتفاق أو التعهد بين طرفين أو أكثر فى عقد أو علاقة قانونية، والذى يعبر عن إرادتهم الواضحة باخضاع كل أو بعض منازعاتهم المستقبلية(شرط التحكيم) للتحكيم بواسطة هيئة تحكيم يتم تعينها بواسطتهم عند نشوء النزاع، دون القضاء العام المختص بالدولة والمختص أصلاً بنظر النزاع، مالم يوجد نص قانونى يقضى بخلاف ذلك . وقد يتم الإتفاق الخاص بالتحكيم(مشارطة التحكيم) بمقتضى إتفاق يتعهد فيه أطراف

العقد (عقد معين) على تسوية المنازعات التى تنشأ بينهم بشأن هذا العقد عن طريق محكم أو أكثر " ، يتضح لنا أن الإتفاق على التحكيم يفترض :

أولا: أن ينصب هذا الإتفاق على تسوية نزاع معين بين طرفين عن طريق التحكيم، وأن يكون هذا النزاع ناشئ عن علاقة قانونية محددة، ويفترض **ثانياً** احتمال أن يواجه إتفاق التحكيم تسوية منازعات غير محققة بالفعل وإنما يمكن أن تنشأ فى المستقبل، وهذا ما يعرف" بشرط التحكيم" ٠ ويفترض **ثالثاً** وأخيراً جواز إبرام إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع بين الأطراف المعنية، وهذا ما يعرف " بمشارطة التحكيم أو وثيقة التحكيم"

وبناء على ذلك ينبغى علينا ترجمة هذه الافتراضات وتفصيلها حتى يتضح لنا المقصود بمفهوم الإتفاق على التحكيم، وهذا ما يستلزم تقسيم دراسة هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول : مفهوم الإتفاق على تسوية النزاع عن طريق التحكيم٠

المبحث الثانى: مفهوم شرط التحكيم٠

المبحث الثالث: مفهوم وثيقة التحكيم٠

****

المبحث الأول
مفهوم الإتفاق على تسوية النزاع
عن طريق التحكيم

من المألوف أنه عند إبرام أى عقد من العقود المالية – لا سيما فى مجال التجارة الدولية – عادة ما تثور مسألة كيفية مواجهة ما قد يثيره العقد من منازعات يحتمل توقعها بين الأطراف المعنية. ولذلك ظهر إتفاق التحكيم كأسلوب يوضح اتجاه إرادة الأطراف إلى اختياره كوسيلة لتسوية المنازعات الناتجة عن المعاملات القانونية، وبصفة خاصة العقود بمختلف أنواعها. ولذلك أصبح من الطبيعى أن نرى أطراف العقود يقومون بتضمين عقدهم بنداً يلخصون فيه اتجاه إرادتهم إلى حل المنازعات التى يمكن أن تثور بينهم عن طريق التحكيم، ويسمى مثل هذا البند " شرط التحكيم "، كما قد يلجأ الأطراف أن يبرموا عقداً مستقلاً – بالإضافة إلى العقد الأصلى المبرم بينهم – يتضمن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بينهم، ويسمى هذا الإتفاق " مشارطة التحكيم".

وبناء على ذلك يمكن القول بأن تعبير " الإتفاق على التحكيم " يشمل الصورتين آنفتى الذكر وهما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم. وفى الواقع أنه لا فرق جوهرى بين هاتين الصورتين[1] فيما عدا أن شرط التحكيم لا يتصور أن يتم الإتفاق عليه بعد وقوع النزاع بين الطرفين، إذ أنه لا بد وأن يكون سابقاً على وقوع النزاع.

---

(١) جرى الفقة المصرى على تسمية الإتفاق السابق على النزاع " شرط التحكيم " والإتفاق اللاحق على النزاع " مشارطة التحكيم "، وإن عبارة شرط التحكيم تعنى الإتفاق الذى يرد عادة كشرط فى العقد الأصلى. وتجمع بين الصورتين عبارة " إتفاق التحكيم ".

وقد بدأ الاتجاه العالمى – إبتداء من اتفاقية نيويورك التى أبرمت عام ١٩٥٨م- يتجه إلى الذهاب بأنه لاداعى للتفرقة بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم، لأن شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ليسا فى الواقع سوى إتفاق تحكيم، وأن طبيعتهما القانونية واحدة. ولذلك كان قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى الصادر فى سنة ١٩٦٨م (والذى إلغى بالقانون الجديد للتحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤) الذى نظم التحكيم فى المواد من (٥٠١) إلى (٥١٣) منه موفقاً عندما لم يتحدث إلا عن إتفاق التحكيم. ولقد كان لهذه النصوص السبق فى أنها جمعت بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم معاً. راجع فى ذلك: د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨م، ص١٥ ومابعدها، د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، المرجع السابق، ص ٧٧ ومابعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم فىالمواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ١٠٣ وما بعدها،=

وهذا أمر طبيعى، حيث أن الإتفاق على ذلك يرد ضمن بنود العقد الأصلى المبرم بينهما، أما مشارطة التحكيم فكما يمكن إبرامها قبل وقوع النزاع فإنه يمكن أيضاً إبرامها بعد وقوعة.(١)

وينبغى فى جميع الأحوال التوقيع على إتفاق التحكيم، سواء تم فى صورة شرط أو مشارطه، ولا يلزم أن يوقع الأطراف توقيعاً خاصاً بجوار شرط التحكيم إذا ورد كبنداً من بنود العقد الأصلى، فيكفى التوقيع على هذا العقد، أو ينصرف هذا التوقيع إلى كافة البنود التى يتضمنها العقد.

ولاشك أن إتفاق التحكيم يمثل حجر الزاوية فى عملية التحكيم ذاتها" لأنه الأساس الذى يظهر إرادة الأطراف فى اللجوء إلى التحكيم، وهو الذى يضفى عليه صفته الخاصة ومداه، وهو الأساس الأول الذى ترتكز عليه هيئة التحكيم فى عملها، فهو الذى يضفى عليها الشرعية".(٢)

وقد تعرضت مختلف التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم لهاتين الصوريتين للإتفاق على التحكيم، ومن الأمثلة على ذلك:

- نصت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى الحالى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م على أنه " يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد فى عقد معين ... كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع...".
- كما عالجها المشرع الإمارتى فى المادة(٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية الجديد، حيث نصت على أنه " يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترط فى العقد الأساسى

= د.ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص ٤٥ وما بعدها، د. محمود السيد عمرالتحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، ١٩٩٩م، ص ٦٦ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، ١٩٩٢م، ص ١١١ ومابعدها.

(١) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها. ويذهب الأستاذ الدكتور مختار بريرى عكس هذا الاتجاه، إذ يرى أن مشارطة التحكيم هى محرر يمكن أن يتم الاتفاق عليه بعد قيام النزاع وليس قبله. راجع فى ذلك، المرجع السابق، ص٤٢ .

(٢) أنظر: د. ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٤، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ١٩٧ .

أو باتفاق لا حق عرض ما قد ينشأ من نزاع .. على محكم أو أكثر ..."[1].

- كما عالجها المشرع السعودى فى المادة الأولى من نظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣م، حيث نصت على أنه " يجوز الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين قائم، كما يجوز الإتفاق مسبقاً على التحكيم فى أى نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين".
- وقد أورد القانون النموذجى، الذى وضعته لجنة القانون التجارى الدولى، فى الفقرة الأولى من المادة السابعة، وتحت عنوان تعريف إتفاق التحكيم وشكله، ما يفهم منه النص على هاتين الصورتين، إذا نصت على أن " إتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التى نشأت أو تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم فى صورة شرط تحكيم وارد فى عقد أو صورة إتفاق منفصل".

وهكذا نجد أن إتفاق التحكيم هو تعبير يشمل كلتا الصورتين سالفتى الذكر فى معظم التشريعات والمنظمات التى تأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين الأفراد إذ أن النص تقليدى فى كافة قوانين التحكيم المناظرة.

هذا ويذكر البعض أن مشارطة التحكيم تتميز عن شرط التحكيم فى أنها تتضمن الكثير من التفصيلات التى لا يمكن أن يشتمل عليها شرط التحكيم، والذى لا يعدو أن يكون بنداً من بنود العقد.[2]

بيد أن زيادة إضغام شرط التحكيم يمكن أن يترتب عليه استحالة حل النزاع بالتحكيم مالم يبرم الأطراف مشارطة تحكيم تتضمن التفاصيل التى تمكن من وضع التحكيم موضع التطبيق، وهذا ما سيتضح لنا من خلال القضية الآتية:

---

(١) صدر قانون التحكيم الاتحادى الإماراتى ضمن قانون المرافعات المدنية الجديد، وجاء التحكيم فى الباب الثالث من القانون الجديد فى المواد من (٢٠٣) إلى المادة (٢١٨). راجع: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم فى البلاد العربية، الجزء الأول، ١٩٩٨م، دار المعارف، ص ١٢٠ ومابعدها.

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٨٦ .

قررت محكمة النقض المصرية فى شأن نزاع حول عقد توريد شحنة من القمح الألمانى إلى مدنية الأسكندرية تضمن شرط تحكيم أنه يتعين لإعمال شرط التحكيم أن يكون إجرائه ممكناً، أما مجرد الإتفاق على إجراء التحكيم فى انجلترا فإنه يجعل تنفيذ شرط التحكيم متعذراً، ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن منع المحاكم من نظر نزاع لسبق إتفاق طرفيه على حله بطريق التحكيم لا يكون إلا إذا كان تنفيذ التحكيم ممكناً، حتى لا يحرم الخصوم من عرض منازعاتهم على جهة يلجأون إليها للمطالبة بحقوقهم[1]. وقضت كذلك بأنه " إذا استحال عرض النزاع على التحكيم فإن شرطه يزول ويصبح كأن لم يكن".[2]

وبناء عليه فإن عدم الحرص عند صياغة شرط التحكيم يمكن أن يؤدى إلى الإطاحة بالإتفاق على التحكيم، ولا يبقى أمام الأطراف إلا عرض نزاعهم على القضاء رغم سبق إتفاقهم على فض نزاعهم عن طريق التحكيم.

ويتبقى لنا لتحديد ماهية الإتفاق على التحكيم توضيح المسائل التالية:

أولا: مدى جوهرية اختيار هيئة التحكيم أو الإتفاق على كيفية اختيارها:

الأصل أن الأطراف، عندما تتجه إرادتهم إلى اللجوء إلى التحكيم، لايكتفون بتعبير سلبى مؤداه إخراج النزاع عن سلطة القضاء الوطنى، بل يتجاوزون ذلك إلى الإفصاح عن عزمهم إخضاعه لسلطة قضاء خاص يحتكمون إليه[3]. وبالتالى يتعين على الأقل أن يشيروا فى إتفاقهم إلى هيئة التحكيم التى سيسندون إليها مهمة الفصل فى النزاع سواء بتسمية المحكمين بأشخاصهم أو بصفاتهم أو عن طريق الإحالة إلى نظام هيئة تحكيم دائمة يتم فى إطارها تعيين المحكمين عندما يلزم الأمر ذلك.

بيد أن جوهرية الإفصاح عن الإرادة فى اختيار هيئة التحكيم أو تعيين كيفية اختيارها يختلف حسب القانون أو النظام الذى يخضع له إتفاق التحكيم الذى نحن بصدده:

---

(١) محكمة النقض فى جلسة ٥ مارس سنة ١٩٧٩م فى الطعن رقم(٥٨٣) لسنة(٤٦) قضائية .

(٢) محكمة النقض فى جلسة ٥ مارس سنة ١٩٧٥م فى الطعن رقم(٤٥) لسنة (٤٠) قضائية، مجموعة المكتب الفنى، السنة(٢٦)، ص ٥٣٥ .

(٣) راجع: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ٣٥٦ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال ،المرجع السابق، ص ٣٣٠ وما بعدها.

فنجد المادة(٢/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية تنص على أنه " يجب أن يشتمل إتفاق التحكيم على تعيين المحكمين أو بيان بعددهم وطريقة تعيينهم ... "، هذا بالنسبة لمشارطة التحكيم. أما بالنسبة لشرط التحكيم فقد خولت المادة (١٤٤٤) من المجموعة ذاتها رئيس المحكمة الكلية، أو رئيس المحكمة الكلية التجارية سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم، بناء على طلب، إذا ما نشأ النزاع بالفعل، ولم يكن شرط التحكيم قد تضمن بطبيعة الحال أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم، أو بيانا بطريقة تعيينهم. وتنص المادة(١٤٥٣) على أنه تشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردى".[١]

وفيما يتعلق بالتحكيم الذى يجرى فى إطار معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨م يبدو أن الإفصاح عن إرادة الإلتجاء إلى التحكيم ذاته يتطلب على الأقل الإتفاق على الكيفية التى يتم بها تعيين المحكمين (هيئة التحكيم) إذا لم يتم الإتفاق عليهم بالأسم أو الصفة.[٢]

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن إتفاق التحكيم لا يعد مكتمل العناصر ولا ينتج أثره إلا إذا تضمن بياناً بكيفية تشكيل هيئة التحكيم التى يمكنها مستقبلاً الفصل فى النزاع الذى قد ينشأ بين الطرفين. بيد أنه لايلزم لذلك أن يقوم الأطراف أنفسهم بتسمية المحكمين بأشخاصهم فى إتفاق التحكيم ذاته وإنما يكفى بيان الأسلوب الذى يمكن أن يؤدى إلى هذه التسمية، كأن يعهد الطرفان بذلك إلى جهة معينة تكون فى أغلب الأحوال هيئة دائمة تقوم

---

(١) راجع فى ذلك:

Jean Robert, arbitrage civil et commercial en droit interne, 3e éd .T. 1., op. cit.p.174 et s, De Boisseson et De Juglart, op. cit. N° 96 et s.

وراجع أيضا: د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٦٧٠ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

(٢) وقد ذكرت الأستاذة الدكتورة سامية راشد فى هذا المقام أن المادة(٢) من إتفاقية نيويورك – التى صارت جزء لا يتجزأ من النظام القانونى المصرى – لم تتطلب أن يقوم الأطراف أنفسهم باختيار المحكمين، حيث يكفى ثبوت اتجاه نيتهم لإختيار التحكيم فى حد ذاته كوسيلة لحل منازعاتهم. المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها. وراجع فى نفس المعنى: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٣١ .

بإدارة التحكيم وفقاً للوائحها الداخلية المعلومة سلفاً للمتعاملين معها.[1]

ولكن إذا كانت هذه الحلول تتفق مع مفهوم اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، فهل

---

(١) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٣٣ .

وقد أكد القضاء الإيطالى هذا المعنى فى قضية تتلخص وقائعها فى أن مجموعة شركات أبرمت أتفاق تعاون فى صورة كونسوريتوم فيما بينهم (يتكون من شركتين فرنسيتين وشركتين ألمانيتين وشركتين بريطانيتين وشركتين إيطاليتين) لتقديم عطاء مشترك للهيئة العامة للتصنيع فى مصر بالنسبة لمناقصة بناء خط سوميد لنقل البترول، وعندما تم إخطار المجموعة بأن العطاء قدرسى على آخرين، تبين أن إحدى الشركات الداخلة فى إتفاق التعاون قد حصلت على عقد مقاولة من الباطن من المجموعة التى رسى عليها العطاء بالمخالفة لتعهداتها الناشئة عن إتفاق التعاون الذى ألتزمت به المجموعة الأولى، فقررت الأطراف الأخرى فى إتفاق التعاون المذكور(الكونسورتيوم) توقيع غرامة عليها، جزاءً لإخلالها بالتزاماتها فيه، وتصفية مستحقات كل طرف من أطرافه. وعندئذ لجأت الشركة إلى القضاء الإيطالى طالبة إعفاءها من الغرامة. وعندما طرح الأمر على محكمة ميلانو فى يونية سنة ١٩٧٥م تمسكت الشركات المدعى عليها بعدم اختصاص القضاء الإيطالى بنظر النزاع لوجود شرط تحكيم فى اتفاق التعاون، حيث نصت المادة(١٨) منه على أن " أى نزاع قد ينشأ عن الإتفاق سيخضع للتحكيم" . وقد قضت محكمة ميلانو فى حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ مارس بأن إتفاق الأطراف كما ورد فى المادة(١٨) منه ليس محدداً على النحو الكافى بحيث يبرر الإحالة إلى التحكيم وسلب ولاية القضاء الوطنى، حيث لم يتضمن أى إشارة إلى ماهية هيئة التحكيم التى يحال إليها النزاع، وهذا مالا يتحقق إلا بالإفصاح عن كيفية تحديد هيئة التحكيم التى ستتولى الفصل فى النزاع، إذ أنه فى هذه الحالة فقط يمكن التأكد من أن إخراج النزاع عن ولاية القضاء الوطنى قد صار قابلاً للتطبيق من الناحية العملية.

راجع فى التعليق على هذا القضاء: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ٣٥٧ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٣١ وما بعدها، وص ١٨٤ وما بعدها.

وقد عرضت على غرفة التجارة الدولية بباريس قضية أخرى تتلخص وقائعها فى أن شركة تونسية قد أتفقت مع شركة فرنسية فى يونية سنة ١٩٧٨م على إقامة مصنع للطوب فى تونس بمعدات توردها الشركة الفرنسية. وقد تضمن الإتفاق شرط تحكيم غامض ينص على أنه فى المنازعات التى تنشأ بين الطرفين تجرى تسويتها ودياً، فإذا أستمر الخلاف أمكن الإلتجاء إلى الغرفة الدولية فى لاهاى . وعلى أثر قيام نزاع بين الطرفين على سداد باقى ثمن المعدات التى وردتها الشركة الفرنسية، قامت هذه الأخيرة بتقديم طلب أمام غرفة التجارة الدولية بباريس. هذا وقد دفعت الشركة التونسية بأن شرط التحكيم غير محدد، وأنه لا ينطبق على الغرفة التجارية الدولية بباريس، وأن الاختصاص منعقد فى ذلك للقضاء التونسى. وقد أنتهى المحكمون إلى أنه رغم غموض شرط التحكيم نتيجة لصياغته المعيبة، إلا أنه واضح الدلالة فى إبعاد علاقة الطرفين عن متناول القضاء الوطنى ، والفصل فيها عن طريق التحكيم الدولى. ونظراً لأنه ليس هناك محكمة دولية فى لاهاى تفصل فى المنازعات الخاصة الدولية، فإن مقصود الطرفين يكون هو أن تفصل فى النزاع غرفة للتجارة الدولية على أن تعقد هيئة التحكيم جلستها فى لاهاى. وهذا ما حققه التجاء الشركة الفرنسية إلى غرفة التجارة الدولية،وتشكيل هيئة التحكيم من رئيس وعضو هولنديين وعضو ثالث فرنسى تم اختياره بواسطة الشركة التونسية ذاتها.

راجع فى التعليق على تلك القضية: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٣٢ وما بعدها، د. محيى الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء=

تجد قبولاً فى ظل قانون التحكيم المصرى الجديد رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م ؟

فى الواقع، يستفاد من نصوص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م أنه لايكفى لوجود إتفاق تحكيم مجرد إتفاق الطرفان على عدم طرح نزاعهما على القضاء، بل ينبغى لذلك الإتفاق صراحة على تسوية هذا النزاع عن طريق التحكيم، وإلا كان الإتفاق معدوم الأثر ولا يترتب عليه منع الطرفين من اللجوء إلى القضاء للفصل فى النزاع٠ لكن إذا ما أتفق الطرفان على تسوية النزاع عن طريق التحكيم صراحة، فلا يلزم حينئذ تعيين هيئة التحكيم بالأسم أو الصفة أو حتى الإتفاق على كيفية تعيينها، إذ أن المحكمة المختصة بمقتضى نص المادة(٩) من القانون آنف الذكر مخولة بتعيين هيئة التحكيم فى هذه الحالة بجميع فروضها٠ وقد **جاء قانون التحكيم المصرى الجديد رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م** ليضع اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م فى هذا المجال موضع التطبيق٠ إذ نصت المادة(١٧) منه على أنه" لطرفى التحكيم الإتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت إختيارهم، فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتى:[١]

(أ) إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها فى المادة(٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين٠

(ب) فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة(٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين٠ ويكون للمحكم الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين٠

= الأول، ١٩٨٦م، ص ١١٠ وما بعدها، د٠ فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، ١٩٩٢م، المرجع السابق، ص ١٤٣ وما بعدها٠

(١) هذا مع ملاحظة أن المادة(١٥) من ذات القانون قد نصت على أنه" ١- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفق على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة٠ ٢- إذ تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً"٠

(جـ) وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التى اتفقا عليها، أو لم يتفق المحكمان على أمر ما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد إليه فى هذا الشأن، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة(٩) من هذا القانون، بناء على طلب أحد الطرفين، القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب مالم ينص فى الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل".

وتقابل هذه الأحكام السابقة ما تضمنته المادة(١٠) من النظام السعودى الحالى لسنة ١٩٨٣م، حيث نصت على أنه " إذا لم يعين الخصوم المحكمين ، أو أمتنع أحد الطرفين عن تعيين المحكم، أو المحكمين الذين ينفرد باختيارهم، أو أمتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو أعتزله، أو قام به مانع من مباشرة التحكيم، أو عزل عنه ولم يكن بين الخصوم شرط خاص، عينت الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بناء على طلب من يهمه التعجيل من الخصوم، ويكون ذلك بحضور الخصم الآخر أو فى غيبته بعد عودته إلى جلسة تعقد لهذا الغرض، ويجب أن يكون عدد من يعينون مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملاً له ويكون القرار فى هذا الشأن نهائياً"[1].

وتبين لنا مما سبق أن كل من النظام الفرنسى والنظام المصرى والنظام السعودى فى شأن التحكيم، وكذلك الاتفاقات الدولية المعاصرة، لم تجعل من تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم شرطاً كان أم مشارطة شرطاً لصحته، بحيث يبطل إذا أنتفى الشرط. فيكون صحيحاً، ولو جاء خالياً من هذا التعيين ، شريطة أن يتضمن طريقة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم. وعندئذ يتولى القضاء العام فى الدولة تعيينهم، بناء على طلب أحد من ذوى الشأن.

---

(١) وقد تضمنت الأنظمة العربية فى شأن التحكيم نصوصاً لا تختلف فى جوهرها عن هذا النص. مع ملاحظة إستثناء بعض النظم، إذ تضمنت المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتى النص على أنه " لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح ، ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم فى الإتفاق على التحكيم" . وقد تضمنت المادة(٢٠٥) من قانون المرافعات المدنية الإماراتى الجديد حكماً مماثلاً.

ثانياً : مدى جواز الإلتجاء إلى القضاء لمراجعة حكم التحكيم: (١)

إن الإتفاق على التحكيم يفترض تخويل هيئة التحكيم، سواء كانت معينة إتفاقاً أو قضاءً، سلطة الفصل فى النزاع وقبول طرفيه لحكمها. ومن ثم يثور تساؤل خاص بفكرة هل يؤثر على إتفاق التحكيم وصفته إتفاق الأطراف على الاحتفاظ بحقهم فى الإلتجاء إلى القضاء إذا لم يقبلوا قرار هيئة التحكيم؟ إذ يكون دورهم فى مثل هذه الحالة أقرب إلى التوفيق منه إلى التحكيم. (٢)

وقد طرحت هذه المسألة بالفعل على هذا النحو فى ظل اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م بمناسبة علاقة عقدية كانت قد نشأت بين شركة ألمانية وأخرى هولندية، وتضمنت شرطاً يخول الإلتجاء إلى هيئة تحكيم، أضيف إليه النص على أنه " فى حالة عدم قبول أحد الأطراف لحكم هيئة التحكيم يجوز له الإلتجاء إلى القضاء". وعندما نشب نزاع بين الطرفين، قامت الشركة الألمانية برفع الأمر مباشرة إلى القضاء الألمانى، فى حين تمسكت الشركة الهولندية بعدم جواز ذلك باعتبار أنه يجب أولاً الفصل فى النزاع بواسطة هيئة التحكيم. وقد أستندت الشركة الألمانية فى رفضها اللجوء إبتداءً للتحكيم إلى أن مناط ذلك وجود إتفاق تحكيم يكون صحيحاً من مفهوم إتفاقية نيويورك، وهو إتفاق التحكيم الذى يخرج النزاع بصفة مطلقة من اختصاص القضاء العادى. وقد قررت محكمة هيدلبرج وجهة النظر هذه فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ أكتوبر عام ١٩٧٢م، حيث حرصت فى أسباب حكمها على تأكيد أن الإتفاق الذى يحتفظ فيه الأطراف بالحق فى اللجوء إلى القضاء لا يعد إتفاق تحكيم وفقاً لنص المادة الثانية من إتفاقية نيويورك. (٣)

---

(١) راجع فى ذلك: د. على بركات، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والمقارن، رسالة ، حقوق القاهرة،١٩٩٦م، ص ٦٣ وما بعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٥٩٩ وما بعدها، و ٧٠٩ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ١٨٣ وما بعدها. وراجع أيضا:

René David, L'arbitrage commercial international, op. cit. p. 308 et s, De Boisseson et De juglart, op. cit. p. 10 et s, et p. 179 et s.

(٢) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص٣٥٨ ومابعدها، وص ٣٦٩ وما بعدها، د. هشام على صادق ، مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية، ١٩٨٧م، الإسكندرية، ص ١٢١ ومابعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٣٦ وما بعدها.

(٣) راجع فى التعليق على هذا القضاء: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص٣٩٦ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٣٦ وما بعدها.

ويعتقد البعض أن النظرة التى انتهى إليها القضاء الألمانى فى القضاء السابق، والمستلهمة من التنظيم السائد فى ظل اتفاقية نيويورك تتفق مع التنظيم الوارد فى ظل قانون التحكيم المصرى الحالى، وذلك لأنه وكما ذكرت الأستاذة الدكتورة سامية راشد " أن مفهوم التحكيم وجوهرة كما سلفت الإشارة هو إسناد وظيفة الفصل فى النزاع لمحكم فرد أو لعدد من المحكمين على نحو حاسم ودون مشاركة من جانب أية جهة أخرى. ومن ثم، يتخلف وجود تحكيم بالمعنى الصحيح إذا اتفق الأطراف على الاحتفاظ بحقهم فى الإلتجاء إلى القضاء إذا لم يقبلوا قرار هيئة التحكيم، إذ يكون دورهم فى هذه الصورة أقرب إلى التوفيق منه إلى التحكيم". [1]

ثالثاً: تحديد العلاقة موضوع النزاع:

يفترض لقيام إتفاق التحكيم أن يكون النزاع المتفق على التحكيم فيه ناشئاً عن علاقة محددة ، ذلك أن هذا المفترض يهدف إلى إستبعاد الصورة التى يتفق فيها الأطراف على أن كافة المنازعات التى قد تنشأ فيما بينهم بصفة عامة تخضع للتحكيم. [2]

والعلة من تحديد النزاع المحتمل، وغير المحدد، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم، هو الرغبة فى ألا ينزل الأطراف المحتكمون عن ولاية القضاء العام فى الدولة إلا فى نزاع محدد.

وقد رتبت بعض التشريعات ، كالتشريع المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى شأن التحكيم ، بطلان إتفاق التحكيم الذى يبرم بعد إثارة النزاع، إذا لم يتضمن تحديد للمسائل التى يشملها التحكيم[3].

---

(١) راجع : د. سامية راشد، المرجع السابق، ٣٧١، وص ٣٥٥وما بعدها،وراجع أيضاً: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٣٧ وما بعدها،د. هشام على صادق، المرجع السابق ، ص ١٢١ ومابعدها.

(٢) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٣٨ وما بعدها. وراجع فى بيان كيفية تحديد الاتفاق على التحكيم وأثر تخلفة: د. عبدالحميد المنشاوى، التحكيم الدولى والداخلى، المرجع السابق، ص ٨٤ وما بعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٣٤١ وما بعدها، د. محمد نور عبدالهادى شحاته، المنشأة الاتفاقية لسلطات المحكمين، المرجع السابق، ص ١١٣ ومابعدها.

(٣) وذلك وفقاً لنص المادة العاشرة/ فقرة(٢) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م.

كما أن إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م قد تضمنت مثل هذا الحكم السابق، حيث أن الأعمال التحضيرية التى صاحبت وضع هذه الاتفاقية قاطعة فى أن الإتفاق على التحكيم يجب أن يكون له نطاق معين يتناول علاقة قانونية قائمة، بحيث لا يتصور أن يتفق على التحكيم بالنسبة لعلاقات لم تنشأ بعد، إتفاقاً صحيحاً.(١)

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن" التحكيم باعتباره طريقاً إستثنائياً لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وما تكفله من ضمانات. ومن ثم، فهو يكون مقصوراً حتماً على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، ويجب أن يتضمن مشارطة التحكيم تعييناً لموضوع النزاع، حتى تتحدد ولاية المحكمين، ويتسنى رقابة مدى إلتزامهم حدود ولايتهم...".(٢)

بيد أن هذا القيد لا يتنافى مع إمكانية شمول إتفاق التحكيم لعدة عقود تغطى فى مجموعها عملية واحدة متكاملة : مثل إقامة مصنع على أساس ما يعرف بتسليم المفتاح، أو على أساس الوصول إلى الإنتاج المتفق عليه مع ما يقتضيه ذلك من بيع بضائع ونقل تكنولوجيا وتقديم خدمات وتدريب وإدارة وتراخيص صناعية وما إلى ذلك.

كما أنه من المتصور أن يتفق الشركاء على اللجوء إلى التحكيم لحل كافة الخلافات التى قد تنشأ بينهم طوال مدة الشركة. وقد قضت محكمة الإستئناف البريطانية – فى هذا الصدد – فى حكمها الصادر فى ٨ إبريل سنة ١٩٧٦م برفض الإدعاء بأن الخلاف الذى ينشأ عن علاقة الشركة بين الأطراف لا يعد متعلقاً بعلاقة قانونية محددة.(٣)

وقد قررت المادة(١/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧)لسنة ١٩٩٤م،

---

(١) أنظر: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٣٨٩ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص٨٧ ومابعدها.

(٢) محكمة النقض، نقض مدنى، فى جلسة ٣ يناير سنة ١٩٥٢م فى الطعن رقم(١٤٩) لسنة(١٩) قضائية، مجموعة حسن الفكهانى، الإصدار المدنى، الجزء الرابع، ص ٥٥٠ .وراجع فى نفس المعنى: حكمها الصادر فى جلسة ١٦ فبراير سنة ١٩٧١م فى الطعن رقم(٢٧٥) لسنة (٣٦) قضائية، مجموعة المبادئ، السنة(٢٢)، ص ١٧٩، وفى جلسة ٣٠ مارس سنة ١٩٨٨م فى الطعن رقم(١٠٥٣) لسنة(٥١) قضائية، مجموعة حسن الفكهانى، ص ١٠١٨ .

(٣) راجع فى التعليق على هذا القضاء: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٣٩٠ وما بعدها.

والمادة(١/٢) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، استبعاد أية شبهة ممكنة حول مفهوم العلاقة القانونية الناشئ عنها الخلاف. فالعلاقة المعنية والتى يتفق بمناسبتها على التحكيم يمكن أن تكون علاقة عقدية أو غير عقدية، فإذا كان المألوف أن يرد الإتفاق على التحكيم بمناسبة عقد يبرمه الأطراف، فإن نطاق العلاقات التى يمكن أن يشملها التحكيم من الأتساع بحيث يمكن أن تضم صور المسئولية غير العقدية الناشئة عن عمل غير مشروع، أو عن إثراء بلا سبب، بما فى ذلك المنافسة غير المشروعة، والتصادم البحرى، والإنقاذ البحرى، والمسئولية عن حوادث النقل البرى والنهرى والجوى ، والتلوث بجميع أنواعه، وما إلى ذلك من مجالات حديثة يلعب فى شأنها التحكيم دوراً هاماً.[١]

ثم إن وجود علاقة قانونية محددة وقائمة فعلاً أمراً متميز عن الخلاف الذى يثور بصدد هذه العلاقة، بمعنى أنه إذا كان يلزم لقيام الإتفاق على التحكيم قيام العلاقة التى يثور بمناسبتها النزاع المحكم فيه، فإنه لا يلزم لذلك أن يكون هذا النزاع قائماً بالفعل وقت الإتفاق على التحكيم، ذلك أنه من المقرر وفقاً لصريح نص المادة(١/٢) من إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م ، ونص المادة (١/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، أن الأطراف يمكنهم الاتفاق على التحكيم بالنسبة للخلافات التى تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل.[٢]

---

(١) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٣٩ وما بعدها ،د. سامية راشد، المرجع السابق، ص٣٨٩ وما بعدها.

(٢) ومن التطبيقات العملية لهذا التوسع ما عرض له القضاء الإنجليزى فى صدد القضية التى أقامتها شركة Lonrho وشركة خط أنابيب Mocombique لما كان يطلق عليها سابقاً روديسيا (زيمبابوى حالياً) ضد شركة Shell للبترول وشركة Bp و ٢٧ شركة بترولية أخرى بمناسبة نكولهم عن إستخدام خط الأنابيب المذكور، بناء على ما وصفه المدعون بأنه من قبيل العمل غير المشروع الناتج عن تآمر، فقد لجأت الشركة البترولية إلى التمسك بضرورة إحالة النزاع إلى التحكيم إستناداً إلى نص البند(٢٢) من الاتفاقية المعروفة باسم (Shippers Agreement) الذى يتضمن اتفاقاً على اللجوء إلى التحكيم، وإنتهت المحكمة إلى قبول وجهة النظر هذه بعد أن تأكدت من أن صياغة اتفاق التحكيم تسمح بإدخال المطالبات الناشئة عن العمل غير المشروع فى إطاره.

وجدير بالذكر أن هذا الوضع يعد نتيجة حتمية لكون إتفاق التحكيم يشمل إلى جانب " مشارطة التحكيم" الصورة الأخرى التى أصبحت أكثر شيوعاً وهى" شرط التحكيم". راجع فى التعليق على هذا القضاء: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٣٩١ وما بعدها.

هذا وقد حرص واضعوا إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م على إبراز إمكانية الإتفاق على التحكيم فى شأن منازعات لم تنشأ بعد لمواجهة الوضع الذى كان سائداً فى بعض الدول فى ذلك الوقت، مثل النرويج، والذى لا يعترف إلا بالصورة الأولى فقط لحل نزاع قائم فعلاً.[١]

وقد نصت المادة(١/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية،الصادرة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الثانى عشر من مايو سنة ١٩٨١م(فى شأن تعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا) على أنه " يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع والا وقعت باطلة"[٢].

ونصت المادة(٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه"٠٠٠٠٠، ٢- يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، سواء قام مستقلاً بذاته، أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى المادة(٣٠) من هذا القانون٠ كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان باطلاً٠٠٠٠"[٣]

وتتفق الشريعة الإسلامية - فى هذا الصدد - مع النظم الوضعية المعاصرة، إذ يجب لقيام إتفاق التحكيم صحيحاً تحديد العلاقة(النزاع) محل التحكيم، وذلك عن طريق تحديد الواقعة القانونية التى نشأت عنها هذه العلاقةُ أو ذلك النزاع المتفق على التحكيم فيه٠

---

(١) راجع: د٠ سامية راشد، المرجع السابق، ص ٣٩٢ وما بعدها٠

(٢) راجع فى ذلك:

De Boisseson et De Juglart, le droit français de l'arbitrage, op. cit. p.100 et s, et p.119 et s.

(٣) وقد كانت المادة(٣/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨م(والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م) تنص على أنه" يجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم، أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمين مفوضين بالصلح، وإلا كان التحكيم باطلاً"٠

وهذا الأمر يقتضى أن يبين الخصوم للمحكم " هيئة التحكيم" الأمر المتنازع فيه، كأن يذكر المحتكمون للمحكم الحكم بينهم فى العقار دون المنقول. وقد تكون العلاقة أساساً فى هـــذه الحالة التنازع فى بيع هذا العقار أو استئجاره أو رهنه أو ما إلى ذلك من العلاقات القانونية.(١)

وبناء على ذلك، إذا قيد الخصوم هيئة التحكيم بنظر نزاع معين فليس لهذه الهيئة أن تفصل فى غيره، حتى ولو كان مرتبطاً به، بمعنى أن هيئة التحكيم مقيدة بما حدده الخصوم، اللهم إلا إذا كان إتفاق التحكيم ذاته متضمناً عدة علاقات تغطى فى مجموعها عملية متكاملة، لأن ذلك لا يتنافى مع النطاق المحدد لإتفاق التحكيم، إذ أن الأمر الذى يتنافى مع ذلك النطاق – تحديد العلاقة محل النزاع – هو الإتفاق على التحكيم بالنسبة لعلاقات لم توجد بعد.(٢)

وعلى ذلك يتضح لنا أن إتفاق الأحكام المعمول بها فى التشريعات الوضعية فى هذا الصدد يتفق مع ما جرى عليه العمل بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية.

رابعا: تسوية النزاع عن طريق التحكيم فى الشريعة الإسلامية:

عالجت الشريعة الغراء مسألة تسوية المنازعات التى تقع بين الأفراد عن طريق نظام التحكيم، ذلك أنها تقرر لصحة العقود – سواء كانت مالية أو غير مالية- توافر مبدأ الرضائية، ومن ثم إذا تراضى الأطراف المتنازعة على تعيين حكماً يحكم بينهم فيما نشب بينهم من نزاع كان لهم ذلك، بل أن مجرد ترافع الأطراف إلى أحد من الناس يحكم بينهم يعد تعييناً له طالما كان هذا الشخص معلوماً لهم وليس مجهولاً، وهذا المعنى واضح الدلالة من خلال تعريف التحكيم فى منظور الشريعة الإسلامية والذى سبق وتناولناه فى بحثنا، حيث بينا أن التحكيم هو " تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما".(٣)

ومن ثم يجوز للطرفين الاتفاق على تسوية ما نشب بينهما من نـــزاع عـن طـريق

---

(١) أنظر فى ذلك: تبيين الحقائق، الجزء الرابع، ص ١٩٤، الفتاوى لابن تيميه ، الجزء ٣٥، ص ٣٦٠، البحر الرائق، الجزء السابع، ص ٢٧ .

(٢) أنظر فى ذلك: شرح المجلة العدلية، لعلى حيدر، الجزء الرابع، ص ٦٤١ .

(٣) أنظر فى ذلك: البحر الرائق فى شرح كنز الرقائق، الجزء(٧)،ص ٢٤، المختار على الدر المختار، الجزء (٤)، ص ٤٢٨ .

التحكيم، سواء كان هذا الإتفاق فى عقد التحكيم ذاته أو كان فى اتفاق مستقل. كما يجوز أن يتم الإتفاق على شخص المحكم (هيئة التحكيم) فى العقد الأصلى أو فى عقد مستقل سابق أو لاحق للعقد الأصلى. وبناء على ذلك فإن الشريعة الإسلامية الغراء تعرف إتفاق التحكيم فى صورتيه (الشرط والمشارطة) واللتان يجرى العمل بهما فى مختلف التشريعات الوضعية على نحو ما سبق بيانه. (١)

والتحكيم فى الشريعة الإسلامية شأنه شأن سائر العقود، فلا بد فيه من احترام شروط المتعاقدين، ولم يتطرق الفقه الإسلامى بصورة مباشرة لشرط التحكيم الوارد فى العقد، ولكن يمكن تأسيسه على ضوء آراء الفقة الإسلامى للشروط المقترنة بالعقد. (٢)

ويفرق الفقهاء بين فئتين من الشروط المقترنه بالعقد وهما : الفئة الأولى هى شرط مشروع ويجب أن يكون شرطا يقتضيه العقد ويلائمه، ويتعين لصحته ألا يكون محل العقد مجهولاً أو يخفى مقاصده أو غرراً ، وألا تكون فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد وألا يكون شرطاً يخفى ربا فيصبح الشرط فاسداً، وأن يكون شرطاً جرى به تعامل بين الناس. (٣)

والفئة الثانية هى الشرط الفاسد، وهو شرط فاسد يسقط ويبقى العقد صحيحاً، وهو الشرط الذى لا يحقق منفعة لأحد الأطراف، ولا يمكن المطالبة بتنفيذه ، وشرط فاسد يؤدى إلى فساد العقد بكاملة. (٤)

وبناء على ما تقدم فإن شرط التحكيم لا يقع " ضمن دائرة الشروط الفاسدة المقترنة بالعقد، بل يعتبر شرطاً صحيحاً، لأنه يلائم العقد، وخاصة فى عقود التجارة الدولية، حيث أصبح شرط التحكيم فيها من أهم الشروط وأكثرها شُيوعاً . . ."(٥)

---

(١) أنظر فى ذلك: البدائع للكسانى، الجزء(٩)،ص ٣٢٣ وما بعدها.
(٢) راجع فى ذلك: د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٩٦ .
(٣) راجع: د. خالد الكاديكى، شرط التحكيم فى الشريعة الإسلامية وفى القانون الوضعى العربى، منشور بملحق نشرة هيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية، مايو ١٩٩٢م، المجلد (٣) رقم(١)، ص ٣٤ وما بعدها د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٩٦ .
(٤) راجع: د. خالد الكاديكى، المرجع السابق، ص ٣٤ وما بعدها .
(٥) أنظر: د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٩٦ وما بعدها.

وإتفاق التحكيم يعتبر من العقود الصحيحة وفقاً للشريعة الإسلامية، وذلك تطبيقاً لما جاء به القرآن الكريم والسنة الشريفة وأقوال الصحابة وإجتهاد الفقة، وذلك كما أسلفنا فى الباب التمهيدى فى الرسالة، وعقد التحكيم ملزم لأطرافه إلا إذا تضمن موضوعاً حرمه الله أو إذا كان مخالفاً للنظام العام.[1] وقد ذكر أبن تيميه فى ذلك " أن الأصل فى العقود الجواز والصحة ولا يحرم منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس....".[2]

ويذكر الأستاذ الفقيه المرحوم الدكتور السنهورى- فى هذا الشأن – أن هناك " قاعدة فقهية تفرض على المسلمين احترام إلتزامتهم التعاقدية، وإن كل عقد يتضمن أى شرط مقبول بموجب الشرع الإسلامى هو عقد قانونى وبالتالى عقد إلزامى، وذلك إستناداً لما ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال" المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق ذلك"، وفى رواية أخرى " المسلمون عند شوطهم ما وافق الحق من ذلك ... فاتفاق التحكيم يعتبر عقداً صحيحاً وإلزاميا بين أطرافه ، وإن كان لا يعتبر عقداً من العقود المسماة التى درسها وفصلها فقهاء الشريعة الإسلامية، لأن العقود التى ذكرتها كتب الفقه الإسلامي إنما هى التى كانت يغلب التعامل فيها فى زمنهم ولا شئ يمنع من إضافة عقود جديدة إليها كلما تطلبت حاجة التعامل والتطور ذلك".[3]

وإذا كان الأصل فى عقد التحكيم فى الشريعة الإسلامية تعيين هيئة التحكيم بالاسم، فإن تحديدهم بالصفة لا يحول دون صحة التحكيم فى منظور الشريعة طالما أنه يكشف عن اختيار المحتكمين لشخص محدد لا تنطبق أوصافه على غيره كاختيار إمام مسجد معين أو مفتى المدينة مثلاً. فإذا لم يتفق الطرفان على شخصية المحكم مع اتفاقهما على التحكيم فإنه يجوز لأى منهما أن يرفع الأمر إلى القاضى ليحدد من يتولى الفصل بينهما، إذ أن ذلك لا يعدو أن يكون منازعة من المنازعات التى يختص بها القاضى بحكم ولايته العامة، وهو

---

(١) أنظر: فتاوى أبن تيميه، الجزء الثالث، ص ٣٣٦ .وراجع أيضا: د. خالد الكاديكى، المرجع السابق، المجلد الثالث، رقم(١) .

(٢) أنظر: فتاوى أبن تيميه، الجزء الثالث، ص ٣٣٦ .

(٣) أنظر: د. عبدالرازق السنهورى، مصادر الحق فى الفقة الإسلامى، المجمع العربى الإسلامى، منشورات دار محمد الداية، بيروت، الجزء الأول، ص ٨٠ .

يملك وضع الحل المناسب لها طالما بقى الطرفان مصرين على خوض طريق التحكيم، وذلك بتعيين المحكم الذى يتفق مع إرادتهما المشتركة وفق ما يكشف عنه اتفاقهما صراحة أو ضمناً. وفى هذه الحالة لا يصح القول بأن تدخل القضاء ينزع عن التحكيم طابعة الرضائى ويتعارض مع الفكرة الأساسية فى نظام التحكيم ذاته، وهى توافر ثقة الخصوم فى المحكمين بفرض شخصية المحكم فرضاً من القضاء[1]، ذلك لأن فى استطاعة المحتكمين، إذا لم يريدا ذلك، أن يجعلا من تعيين هيئة التحكيم فى شرط التحكيم أو مشارطة شرطاً لصحتة، بحيث يبطل إذا أنتفى هذا الشرط، لكن إذا سكتا وظلا على رغبتهما فى التحكيم، فحينئذ لا مناص من تدخل القضاء إذا ترافع إليه أحدهما فذلك واجبة وتلك وظيفته[2]، لاسيما إذا كان النظام الذى يستظلان به ينص على حق تدخل القضاء فى ذلك، وهذا هو الحال فى النظام السعودى لسنة ١٩٨٣م، إذ تنص المادة العاشرة منه على أنه " إذا لم يعين الخصوم المحكمين أو أمتنع أحد الطرفين عن تعيين المحكم أو المحكمين الذين ينفرد باختيارهم أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو أعتزله أو قام به مانع من مباشرة التحكيم أو عزل عنه ولم يكن الخصوم قد حددوا ذلك بشرط خاص عينت الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بناء على طلب من يهمه التعجيل من الخصوم...."[3].

ويجوز وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تعدد المحكمين، ويستوى أن يكون عددهم زوجاً أو وتراً، فقد نص الله تبارك وتعالى على هذا التعدد فى آية الشقاق بين الزوجين، وقال تعالى (ابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا)[4] ، وقوله تعالى (يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ)[5] ، كما حكم عمر بن الخطاب رضى الله عنه عشرة رجال من الأنصار فى سواد

---

(١) ويرى بعض الشافعية أن تعيين القاضى للحكم يدخل فى باب الإنابة، ولا يأخذ حكم المحكم المختار مباشرة من الطرفين. راجع: روض الطالبين، الجزء(١١)، ص ١٢١ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١١٧ وما بعدها، د. آمال أحمد العزايرى، دور قضاء الدولة فى تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣م، ص ٢١٨ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٩٩٤ .

(٤) الآية (٣٥) من سورة النساء.

(٥) الآية (٩٥) من سورة المائدة .

العراق[1]. وهذا على خلاف الحال فى القضاء فى الإسلام، لأن الأصل فيه عدم التعدد[2] ، بمعنى أنه لا يجوز تولية أكثر من قاض لنظر نزاع معين قائم بين الخصوم أنفسهم لينفذ ما اتفقا عليه بشأنها، لما فى ذلك من تعطيل للقضاء، إذ أن القاضى مأمور بأن يقضى بما يفضى إليه اجتهاده، وهذا يؤدى إلى اختلاف الرأى حال التعدد، وعدم اجتماعهم على الحكم مما يؤدى إلى تعطيل الأحكام، فتفوت المصلحة من القضاء. كما لا يمكن استبدالهما لعدم اجتماعهم على الحكم بخلاف المحكمين إذ يمكن تحكيم غيرهما عند عدم اجتماعهما على الحكم فلا تفوت المصلحة منه.[3]

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن الأحكام المعمول بها فى ظل التشريعات الوضعية تتفق مع ما تقرره الشريعة الإسلامية بشأن تسوية أو فض النزاع عن طريق إتفاق التحكيم سواء كان هذا الإتفاق فى صورة شرط أو مشارطه تحكيم.

بيد أنه لا يشترط وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء ما تشترطه معظم القوانين الوضعية من أن يكون عدد المحكمين وتراً، كنص الفقرة الثانية من المادة(١٥) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، حيث جاء بها " إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً" ، وكذلك نص المادة الرابعة من نظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣م، حيث جاء فيها"٠٠ وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً"٠

ونحن نرى أن هذا الخلاف فى اشتراط عدد هيئة التحكيم هو خلاف تنظيمى وليس بجوهرى، بمعنى أنه لا يخالف حكم شرعى منصوص عليه، والشريعة الإسلامية لا تأباه، لا سيما وإذا كان المحكم الفردى الذى يصبح العدد به وتراً معينا لتقوية وترجيح كفة الحكم، وهو ما يطلق عليه بالمحكم المرجح فى النظم الوضعية.

---

(١) وهؤلاء العشرة كان خمسة منهم من كبار الأوس ومثلهم من كبار الخزرج. راجع: الخراج لأبى يوسف، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. إبراهيم عبدالحميد، نظام القضاء فى الإسلام، ص ٦٣ وما بعدها، د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٠٣ .

(٣) أنظر: إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٠٣ وما بعدها.

المبحث الثانى
مفهوم شرط التحكيم
(La clause compromissoire)

سبق أن ذكرنا أن الإتفاق على التحكيم يجوز ان يكون سابقاً على قيام النزاع، سواء قام مستقلاً بذاته أم ورد فى عقد معين، كما يجوز أن يعقد إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع.

والمقصود بشرط التحكيم إتفاق التحكيم الذى يواجه منازعات احتمالية غير قائمة بالفعل، وإنما يمكن أن تنشأ فى المستقبل، وقد أستمد هذا الإتفاق تلك التسمية من أنه يأخذ فى الواقع العملى صورة شرط من شروط عقد أصلى توقعاً لاحتمال قيام نزاع بشأن تنفيذه أو تفسيره.(١)

وبناء على ذلك فإن شرط التحكيم قد يكون قائماً بذاته، ومنفصلاً عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه(مصدر الرابطة القانونية)، ولا يؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطاً للتحكيم، ما دام الإتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين، وقد يكون أحد بنود أو شروط العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية(سواء كان عقداً مدنياً، أم تجارياً، أم إدارياً)، ومضمونه إتفاق أطراف العقد على حل ما يمكن أن ينشأ بينهم فى المستقبل من منازعات(بمناسبة تفسيره أو تنفيذه) يتم الفصل فيها بواسطة هيئة تحكيم.(٢) والتعرف على التنظيم القانونى لشرط التحكيم يقتضى دراسة مسألتين أساسيتين وهما: بيان المفهوم القانونى

---

(١) راجع فى ذلك: د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الاختيارى والاجبارى، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨م،المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها،د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٢٩ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٣١ وما بعدها،د. عبدالحميد المنشاوى، التحكيم الدولى والداخلى، المرجع السابق، ص٢٧ وما بعدها، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ١٠٣ وما بعدها.

(٢) راجع لمزيد من التفاصيل فى شرط التحكيم:

Gaston grech, précis de l'arbitrage, traité pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales, 1964, Hervé chassery, la clause compromisso- ire en droit interne, these, Montpellier, 1975, R. Morel, la clause compromiss- oire commercial, L.G.D.J., 1950.

وراجع أيضاً: د. محمد رضا إبراهيم عبيد، شرط التحكيم فى عقد النقل البحرى، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق – جامعة أسيوط، العدد(٦)، يونية ١٩٨٤م، ص ١٩٥ وما بعدها.

لهذا الشرط، ومدى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى الذى يدرج ضمن بنوده. وبناء عليه تم تقسيم دراسة المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول: المقصود بشرط التحكيم .

المطلب الثانى: استقلال شرط التحكيم.

المطلب الأول
المقصود بشرط التحكيم

لقد أحدث هذا النوع من الإتفاق على التحكيم جدلاً فقهيا كبيراً حول تكييفه وحقيقته، لا سيما فى الفقه المصرى، وذلك بالرغم من صراحة نص المادة(٥٠١) من قانون المرافعات المصرى رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨م، والتى ألغيت بمقتضى قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م[١] ، حيث جاء هذا القانون الأخير ليضع حداً لهذا الخلاف حول حقيقة شرط التحكيم، إذ نصت المادة العاشرة منه، فى فقرتها الثانية، على أنه " يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى تنشأ بين الطرفين وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة(٣٠) من هذا القانون...".

وأكثر من ذلك، فلقد ظل قضاء بعض الدول يرفض الاعتراف بصحة شرط التحكيم وحتى وقت حديث نسبياً، ومن ذلك القضاء الفرنسى الذى ظل محجماً عن إعمال هذا الشرط لفترة طويلة، جرياً وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكم شهير لها أصدرته فى العاشر من يوليو سنة ١٨٤٣م والذى **أجاز فقط** الإتفاق الذى يبرمه الأطراف بعد نشوء النزاع للجوء إلىالتحكيم.[٢] وترتب على هذا القضاء، أن مقتضى

---

(١) لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن راجع: د. مصطفى الجمال ود . عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٤٧وما بعدها .

(٢) راجع:

Cass. Civ. 10 juillet, 1843,1 . 343, s. 1843,1. 651.

وراجع فى التعليق على هذا القضاء: د. ساميه راشد، المرجع السابق، ص ٧٥ وما بعدها،د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها.

تضمين العقد شرط تحكيم كان من شأنه اعتبار أن هناك وعداً باللجوء إلى التحكيم يحتاج إلى القيام بتوقيع" مشارطة تحكيم" بين الأطراف بعد أن يكون النزاع قد نشب بينهم. وكل ما يترتب على النكول عن احترام الوعد بواسطة أحد الأطراف هو مجرد إمكان الحكم عليه بالتعويض على أساس إخلاله بالتزام عقدى دون أن يتمكن الطرف الآخر فى الكثير من الحالات، أن يجبره على إبرام مشارطة تحكيم.(١)

وبناء على هذا الوضع استقر الفقه الفرنسى على معالجة" شرط التحكيم" فى العلاقات الوطنية البحتة على أساس أنه لا يعدو أن يكون مجرد مرحلة تمهيدية سابقة على إبرام مشارطة التحكيم.(٢)

على أنه تجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسى قد عدل نهائياً عن ذلك الموقف بمقتضى تشريع ١٢ مايو سنة ١٩٨١م، والمعمول به حالياً، والذى أضاف كتاباً جديداً إلى قانون المرافعات الفرنسى يتناول موضوع التحكيم، وذلك من خلال المواد(١٤٤٢) إلى (١٤٩١). وقد عالج المشرع الفرنسى فى الباب الأول اتفاقات التحكيم، وبين أن شرط التحكيم- شأنه شأن مشارطة التحكيم- قد أصبح يشكل التزاماً مستقلاً عن مشارطة التحكيم، وجعلهما على قدم المساوة، من حيث الأثر القانونى المترتب على كل منهما.(٣)

وقد جرت كافة قوانين التحكيم فى دول العالم المختلفة على الاعتراف بصحة شرط

---

(١) راجع:

Rubellin – Devichi, l'arbitrage, nature juridique, L.G.D.J., 1965, p. 19 et s, et p. 259 et s.

وراجع أيضا: د. ساميه راشد، المرجع السابق، ص ٧٥ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك:

Ph. Fouchard, op. cit. p.700 et s, Jean Robert, op. cit.p.134 et s, Rubellin Devichi, op. cit p. 259 et s.

وراجع أيضا: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها، د. فوزى سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٥٠ ما بعدها،د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٤٣ وما بعدها.

(٣) راجع فى التعليق على تشريع (مرسوم) مايو سنة ١٩٨١م فى شأن تعديل قواعد التحكيم فى النظام الفرنسى:

G. Cornu, presentation de la reforme, Rev. arb. 1981, p. 583 et s.

وراجع أيضا: د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها، وص ١٢٤ وما بعدها .

التحكيم، نظراً لضرورة إعماله من الناحية العملية وثبات نجاحه فى فض الكثير من المنازعات، وسيظهر لنا هذا بشكل جلى عند التعرض لقضية" أرامكو" الشهيرة، والتى كان لها الأثر الكبير على نظام التحكيم ذاته فى المملكة العربية السعودية.

وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م- فى صدد بيان مفهوم هذا الشرط – لصورتين من صور شرط التحكيم : فالأصل أن يرد هذا الشرط فى عقد من العقود كشرط فيه أو بند من بنوده يقرر إتفاق طرفيه على الإلتجاء إلى التحكيم لفض المنازعات التى تنشأ عن هذا العقد كلها أو بعضها، ولكنه، من ناحية أخرى، قد يرد فى عقد مستقل بذاته يتم التوصل إليه بين الطرفين بعد إبرام العقد الأصلى وقبل نشوء منازعات بشأنه.

وقد أضافت الفقرة الثالثة من المادة العاشرة إلى هاتين الصورتين صورة ثالثة نصها" ويعتبر إتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءً من العقد". ففى هذه الحالة لا يكون شرط التحكيم مدرجاً ضمن بنود العقد، وإنما يكون فى وثيقة أخرى يحيل إليها هذا العقد، كعقد نموذجى، أو عقد آخر متصل بهذا العقد، كما لو تعلق الأمر مثلاً بعقد كفالة يشار فيه إلى عقد القرض المكفول، أو عقد مقاولة من الباطن يشار فيه إلى عقد المقاولة الأصلى.[1]

هذا ولم يستلزم المشرع المصرى فى شرط التحكيم بيانات إلزامية إضافية بخلاف مشارطة التحكيم التى استلزم لها تحديد موضوع النزاع، إذ الغرض أن المشارطة هى إتفاق تحكيم لاحق على قيام النزاع، لذا كان من الضرورى تحديد المسائل المختلف عليها والمراد طرحها على التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كانت مشارطة التحكيم باطلة.[2]

وعادة ما يتضمن شرط التحكيم الإشارة إلى سريان التحكيم وفق قانون معين، كالقانون المصرى أو السعودى أو الفرنسى مثلاً، وكذلك تحديد عدد المحكمين وكيفية

---

(١) راجع: د. حسنى المصرى، شرط التحكيم التجارى، المرجع السابق، ص ١٦٣ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص٣٤٨ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٤٨ وما بعدها، د. حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ١٦٣ وما بعدها.

م الإتفاق عليه، كما لو تقاعس أحد الأطراف فى
قد نص على ذلك. وقد يحدد الأطراف للمحكم
ها أو تفويضه للحكم وفقا لقواعد العدالة، بل وقد
، على تسوية المنازعات التى قد تثور بينهم وفقا
للوائح المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى
بباريس مثلا.(١)

فى دولة الإمارات العربية المتحدة(والوارد
ط التحكيم، وذلك بمقتضى المادة(٢٠٣) منه، إذ
امة أن يشترطوا فى العقد الأساسى أو باتفاق
ى تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز
خاصة . . . "(٢)، غير أن الشرط التحكيمى الذى
م بالقانون، ومقيدا فى التحكيم بالصلح بضرورة
ر- فى القانون المصرى للتحكيم رقم(٢٧) لسنة
و ملزم فى شرط التحكيم، بينما يعتبر المشرع
قانون لا يخضع إلا لضمير المحكم، ويشترط أن
م أو فى إتفاق لاحق للنزاع، وهذا ما نصت عليه
سر ذلك مثل شرط التحكيم، بل والإتفاق اللاحق

نة العربية السعودية والصادر سنة ١٩٨٣م
م التحكيم السعودى والاعتراف بصحته وقوته
نه" يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين

٤٣ وما بعدها.
حكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع
حكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع

قائم، كما يجوز الإتفاق مسبقاً على التحكيم فى أى نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين".[1]

وقد ثار تساؤل فى هذا الصدد فى النظام السعودى وهو خاص بضرورة اقتران إجراءات التحكيم المطلوبة لعقد إتفاق التحكيم فى شأن شرط التحكيم، وهل هناك ضرورة لإنعقاد إتفاق تحكيم بعد شرط التحكيم فى نظام التحكيم السعودى؟

قرر الفقه فى الإجابة على هذا التساؤل، بأن إدراج الشرط التحكيمى هو أمر ملزم للأطراف دون حاجة إلى إجراء إتفاق تحكيم جديد تصادق عليه الجهة المختصة، ويستند ذلك على نص المادة السابعة من نظام التحكيم السعودى الذى يجعل الإتفاق على التحكيم السابق للنزاع بمنزلة القرار باعتماد وثيقة التحكيم فى نزاع معين، إذ تنص على أنه" إذا كان الخصوم قد أتفقوا على التحكيم قبل قيام النزاع أو إذا صدر قرار باعتماد وثيقة التحكيم فى نزاع معين قائم فلا يجوز النظر فى موضوع النزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام".[2]

ويرى الفقه أنه باستعمال المشرع كلمة" أو" فى صياغة نص المادة السابقة يكون قد فرق وساوى فى نفس الوقت بين الشرط التحكيمى من جهة والقرار الصادر عن المحكمة من جهة أخرى باعتماد الإتفاق اللاحق للنزاع، وكلاهما ينزعان اختصاص المحاكم المختصة ويوليان التحكيم الاختصاص بنظر المنازعات القائمة آن ذاك. وبذلك يكون المشرع السعودى قد أعترف بالشرط التحكيمى وحرره من الشكليات التى يتقيد بها الإتفاق اللاحق للتحكيم وحده.[3]

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٩٩٣ .

(٢) د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٣٤ وما بعدها،وص ٩٩٤ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك: د. محمد جابر نادر، التوفيق والتحكيم فى المملكة العربية السعودية، ص ٩ وما بعدها، ولنفس المؤلف، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبى بالمملكة العربية السعودية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجارى الدولى، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، القاهرة فى ١٢-١٣ أكتوبر ١٩٩٢م ،د. معتمد محرم عبدالغنى، التطورات الجديدة فى التشريع السعودى بشأن التحكيم التجارى الدولى، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى وتجارب الدول المختلفة التى أعتمدت القانون النموذجى، نظمة مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالإشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة، القاهرة فى ١٢- ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤م.

وإذا كان التفسير المطبق فى المملكة العربية السعودية يلزم الأطراف بالحصول على قرار من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع لأجل اعتماد الشرط التحكيمى، إلا أن هذا القرار ليس لازماً إلا فى حالة تخلف أحد الطرفين عن الالتزام بالإتفاق التحكيمى السابق للنزاع فهنا يصبح الحصول على قرار الجهة المحتصة أصلاً بنظر النزاع أمراً ضرورياً.[1]

وتجدر الإشارة فى نهاية الأمر إلى أن المحاكم السعودية ترفض مصادقة أى إتفاق تحكيمى (سواء كان شرطاً أو مشارطة) لا يتضمن أسماء المحكمين[2]. وبهذا يظهر الفارق بين النظام السعودى فى شأن التحكيم – فى هذا الصدد – وبين كل من القانونين المصرى والإماراتى، حيث أن هذين الأخيران لا يشترطان أى إجراء أو أى بيانات ملزمة فى شرط التحكيم إلا اذا كان التحكيم بالصلح على نحو ما سبق فى هذا الشأن.

وهكذا جاءت التشريعات العربية الوضعية المعاصرة مقررة لمبدأ شرعية شرط التحكيم الوارد فى العقد، حيث أفردت أغلب قوانين المرافعات المدنية والتجارية نصوصاً خاصة بشرط التحكيم المرتبط بالعقد، والأمثلة على ذلك، بجانب ما ذكرناه، عديدة.[3]

ولعله من المفيد فى هذا الصدد أن نعرض لقضية أرامكو الشهيرة والتى كان لها الأثر الهائل على نظام التحكيم فى المملكة العربية السعودية. وقد أثارت هذه القضية اهتمام العديد من الفقه، ونالت اهتمام العديد من الدراسات[4]، وكان لها شأن كبير فى إيضاح العديد

---

(١) أنظر: د. محمد جابر نادر، التوفيق والتحكيم فى المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص ٤ وما بعدها، وص ١٧ .

(٢) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٣٣٥ وما بعدها.

(٣) ومنها الفقرة الثانية من المادة(١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، وتقابلها المادة (٥٠١) مرافعات مصرى ملغى، والمادة(٧٦٢) مرافعات لبنانى، والمادة(٥٠٦) مرافعات سورى، والمادة (٢٥٢) مرافعات عراقى، والمادة(١/٧٣٩) مرافعات ليبى، والمادة(٣/٤٤٤) مرافعات جزائرى، والمادة(٣) من مجلة التحكيم التونسية، والمادة(٢٣٦) مرافعات بحرينى(ملغى) والمادة(٧) نموذجى حالى.

(٤) راجع فى شأن قضية أرامكو: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص٣١٩ وما بعدها، د. أحمد عبدالحميد عشوش، النظام القانونى للإتفاقات البترولية فى البلاد العربية، رسالة دكتوراه، ١٩٧٥م، د. حامد سلطان، القانون الدولى العام فى وقت السلم،١٩٦٧م، د. حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها، د. أبو العلا على أبو العلا النمر، القانون =

من المسائل المطروحة فى مجال التحكيم. ولذا سنقوم بدراسة أساس هذه القضية، وكيف فصلت هيئة التحكيم فيها، وذلك على التفصيل التالى:

أولاً: أساس قضية أرامكو(Aramco) :

يرجع أساس هذه القضية إلى النزاع الذى نشب بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو (Aramco) بسبب خلافهما على تنفيذ شروط عقد الامتياز – المبرم بينهما – للتنقيب والاستثمار وتسويق البترول، والذى تضمن شرطاً تحكيمياً يحيل على التحكيم أى نزاع يقع بين الطرفين فى كل ما يتعلق بهذا العقد.

ومضمون هذا النزاع يقوم عندما طلبت المملكة العربية السعودية من شركة أرامكو العمل على تنفيذ المرسوم الملكى (الصادر فى ٩ إبريل ١٩٥٤م برقم ٥٧٣٧) الذى تمت بمقتضاه الموافقة على إتفاق أوناسيس "Onassis Agreement" ، ومنح هذا الإتفاق قوة القانون، وقد أبرم لمدة ثلاثين عاماً، ومنح أوناسيس الحق فى أن يؤسس فى السعودية شركة خاصة تحمل إسم " شركة ناقلات البترول السعودية" (ساتكو). وتضمن هذا الإتفاق التزامات متبادلة، فأوجب على ساتكو الاحتفاظ بناقلات بترول تحمل العلم السعودى ذات حمولة حدها الأدنى ٥٠٠,٠٠٠ طن، وأن تسجل هذه الناقلات فى المملكة العربية السعودية (وفقاً للمادة ١٤ من الإتفاق)، كما ألزم الإتفاق المملكة بإصدار قانون بحرى(وفقا للمادة(٥) من الإتفاق)، على أن تتعهد ساتكو بإنشاء مدرسة بحرية فى جدة، وباستخدام خريجى هذه المدرسة على ناقلاتها، وتمنح موظفى ومستخدمى السعودية الأفضلية فى العمل على هذه الناقلات، كما تتعهد ساتكو أن تحمل على نقالاتها للحكومة السعودية ٥٠,٠٠٠ طن من البترول ومنتجاته دون مقابل من موانئ السعودية فى الخليج العربى لأى من موانيها فى البحر الأحمر، كما التزمت ساتكو بأن تدفع للحكومة السعودية(شلناً وستة بنسات) عن كل

= الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية فى مجال التحكيم، المرجع السابق، ص ٦١ وما بعدها، د. عصام القصبى، خصوصية التحكيم فى مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية،١٩٩٣م،ص ١١٦ وما بعدها،د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٣٧ وما بعدها، وراجع أيضا:

S. Bastid, le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco, Annuaire français de droit international, 1961,p.300 et s; H. Batiffol, la sentence Aramco et le droit international privé, Rev. crit.1964, p.647 et s.

طن يشحن للخارج على ناقلات هذه الشركة، فضلاً عن دفع كافة الرسوم التى تقررها موانئ السعودية.

والسبب المباشر للنزاع بين الطرفين يدور حول المادة الرابعة من إتفاق أوناسيس والتى تنص على أنه " تخول الشركة (ساتكو) حق الأفضلية فى شحن البترول ومنتجاته المصدر عن طريق البحر من السعودية إلى الدول الأجنبية سواء تم الشحن من موانئ السعودية أو من نهاية خط الأنابيب خارج إقليمها وسواء تم الشحن بواسطة الشركة صاحبة الامتياز ذاتها أو الشركات التى تملك أصولها أو المشترين منها(البترول ومنتجاته).

ولما طالبت السعودية شركة أرامكو بأن تلتزم بما جاء باتفاق أوناسيس رفضت الشركة ذلك على أساس أن الامتياز الممنوح لها سنة ١٩٣٣م يخولها الحق المطلق والإنفرادى فى إختيار وسائل النقل الضرورية، بما فى ذلك النقل على ناقلات بترول أجنبية.

لذلك اقترحت السعودية تقديم النزاع للتحكيم وبعد موافقة أرامكو أبرم إتفاق التحكيم فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٥م وقد نص فى مادته الرابعة على أنه" تفصل محكمة التحكيم فى النزاع":

أ- طبقاً للقانون السعودى[١] وفقاً للإتفاق المبرم بين الطرفين: ما دامت المسائل التى تدخل فى اختصاص السعودية هى المعنية.

ب- طبقاً للقانون الذى ترى محكمة التحكيم وجوب تطبيقة، ما دامت المسائل التى تخرج عن اختصاص السعودية هى المعنية.

ويوضح هذا النص أنه على الرغم من إتفاقُ الأطراف على تطبيق قانون السعودية، فقد اختلفا بالنسبة للمسائل التى تدخل فى مجال تطبيق هذا القانون، وتلك التى تخرج عن هذا المجال، فضلاً عن أنه عند النظر فى النزاع تمسكت أرامكو بأن عقد الإمتياز المبرم بينها وبين السعودية فى عام ١٩٣٣م هو قانون الأطراف، وذهبت للقول بأن حيث يجب تطبيق قواعد أخرى فإن المبادئ العامة للقانون المعترف بها فى الدول المتقدمة، كما عرفتها المادة

---

(١) وهو الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل.

(٣٨) من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية، تغدو واجبة التطبيق، وأساس ذلك أن عقد الامتياز المعنى عقد دولى.

كما أضافت شركة أرامكو أنه نظراً للطبيعة الدولية للعقد فإن قانون السعودية يطبق على المسائل ذات الطبيعة المحلية.

وكان موقف السعودية متمثل فى أنها لا تطلب تعديل أو حرمان أرامكو من أى حق لها منصوص عليه فى عقد الامتياز المذكور، بل أن مرسومها الملكى – سالف الذكر – هو مجرد تنظيم مناسب للنقل الخارجى للبترول وهذا التنظيم يتفق مع عقد الامتياز المبرم سنة ١٩٣٣م والقانون الإسلامى والمبادئ العامة للقانون المعترف بها فى الدول المتمدنه وكذا القانون الدولى.

ثانيا: كيف فصلت هيئة التحكيم فى هذه القضية(فى ٢٣ أغسطس سنة ١٩٥٨م):

انتهت هيئة التحكيم[١] إلى أن القانون الذى يجب تطبيقه على عقد الامتياز هو القانون السعودى، (أى الشريعة الإسلامية)، ولكن عند تطبيق هذا القانون لاحظت هيئة التحكيم:
"أن النظام القانونى للامتيازات المعدنية وبالتالى للامتيازات البترولية بقى فى حالة وصفها بأنها" طرية العود" عند فقهاء الشريعة الإسلامية، ومجموع آراء هؤلاء الفقهاء تكفى إذا جمعت وتوحدت لإرساء نظام قانونى للبترول، بيد أن هذه المهمة التشريعية تخرج عن صلاحية هيئة التحكيم التى لها دور قضائى وليس دور تشريعى، ذلك أن المدرسة الفقهية للإمام أحمد بن حنبل الإسلامية المطبقة فى السعودية لا تتضمن قاعدة محددة تعرف الامتيازات المعدنية إجمالاً والبترولية بنوع خاص".

---

(١) ولقد كانت هذه الهيئة التى نظرت هذه القضية مكونة من: د. حلمى بهجة بدوى(مصرى) الذى عينته حكومة المملكة العربية السعودية، وقد توفى خلال النظر فى الدعوى وحل محله محمود حسين(سفير مصر)، وسمت أرامكو سابا حبشى (مصرى)، وعين رئيس محكمة العدل الدولية المستر جورج سوزر هول (سويسرى). وكان محامى المملكة فى الدعوى الدكتور حامد سلطان(مصرى)، والذى عاون المستر ليونيلد هيلد وزير العدل الإنكليزى السابق، وكان محامى أرامكو المستر رلى. أنظر ذلك فى د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٢١ وما بعدها.

وهكذا اعتبرت هيئة التحكيم أن القانون المطبق(أى القانون السعودى) غير كاف ويجب إكماله بمصادر قانونية مكملة.

" Que la loi applicable, c'est – à- dire. la loi saoudienne, n'était pas suffisante et qu'elle devait être completée par d'autres sources de droit".

وأن الملك الذى يملك حق تشريع القوانين اللازمة لحماية الصالح العام قد أرسى نظاماً لإمتيازات المعادن وبنوع خاص الامتيازات البترولية التى قامت على عقود الامتياز بما لا يتنافى مع الشرع الإسلامى.

هكذا عرف القرار التحكيمى عقد الامتياز الموقع فى ٢٩ مايو سنة ١٩٣٣ م مع شركة أرامكو بأنه جزء من النظام القانونى للملكة العربية السعودية، وأعتبر أنه عند اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون وإلى الأعراف الدولية فى صناعة البترول لإتمام وتفسير القانون السعودى الذى هو فقه مدرسة الإمام أحمد بن حنبل، ولتعريف حقوق وواجبات الأطراف، فإن اللجوء إلى القوانين المطبقة يتم وفقاً للأولويات الآتية:

(١) القانون السعودى وفقاً للمذهب الحنبلى.

(٢) ولإتمامه إذا احتاج الأمر: للعرف الدولى لصناعة البترول ثم المبادئ القانونية العامة.

(٣) وأخيراً: القانون الدولى ثم الفقه والإجتهاد الدوليين.(١)

وأعتبر قرار التحكيم أن شركة أرامكو تتمتع بحقوق مكتسبة فى عقد الامتياز البترولى، وأن الحكومة السعودية لا يمكنها أن تنزع هذه الحقوق التى أكتسبتها هذه الشركة لتمنحها على شكل امتياز لشخص ثالث. فالحقوق المكتسبة مبدأ أساسى فى النظام القانونى الدولى والوطنى لأكثر البلدان المتحضرة، ولهذا قررت أن: " الحكومة لا يمكنها إزالة حقوق

---

(١) أن هيئة التحكيم اعتبرت أن عقد الامتياز يعد جزءً من النظام القانونى للملكة العربية السعودية، ولمعرفة حقوق والتزامات الأطراف فإنه يتعين الرجوع إلى المصادر التالية:

a) En premier lieu, la loi saoudienne selon la doctrine de l'Amam Ibn Hanbal.

b)Pour le completer, en cas de besoin: =

أكتسبت من عقد امتياز سابق يمنح الحقوق نفسها أو جزءً منها فى عقد إمتياز لاحق" [1].

هكذا كانت قضية أرامكو المشهورة وقد تضمنت نموذجاً عملياً لشرط التحكيم فى المملكة العربية السعودية.

بقى أن نشير إلى أن شرط التحكيم يمكن أن يثير الصعوبة عند وروده فى عقد غير صحيح أو باطل أو منعدم، لذلك يقال" إن مشارطة التحكيم لم يحكم بخطورتها مثل شرط التحكيم"[2]، وهذا ما أدى بكثير من الدول فى الماضى إلى رفض الاعتراف بشرط التحكيم واستلزم إبرام مشارطة تحكيم بعد قيام النزاع، ومن هذه الدول فرنسا على نحو ما سبق تفصيله. بيد أن الحاجة إلى السرعة في التعاقد والرغبة فى تشجيع التحكيم، وإحتياج الكثيرين له فى حل منازعات التجارة الدولية، أدى بمختلف الدول، منذ إبرام بروتوكول جنيف فى سنة ١٩٢٣، إلى الاتجاه نحو إعمال شرط التحكيم والاعتراف له بنفس القوة القانونية لإتفاق التحكيم.[3]

ولما كان بطلان شرط التحكيم بالتبعية لبطلان العقد الأصلى بين الأطراف يمكن أن يكون من شأنه تحجيم نظام التحكيم، لذلك ظهر الاتجاه قوياً نحو إنفاذ نظام التحكيم عن طريق الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم، وهو ما سنتعرض له من خلال المطلب التالى.

= Les usages internationaux relatifs à l' industrie du petrole puis les principes généraux du droit.

c) Enfin, le droit international, la doctrine et la jurisprudence internationales.

(١) أنظر :د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٣) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٨٨ وما بعدها.

المطلب الثانى
مبدأ استقلال شرط التحكيم
(L'autonomie de la clause compromissoire)

عرفنا من خلال ما سبق أن شرط التحكيم يعنى إتفاق الأطراف على فض المنازعات التى قد تنشأ مستقبلاً فيما بينهم عن طريق التحكيم، سواء ورد هذا الإتفاق ضمن بنود العقد الأصلى أم كان مستقلاً بذاته٠

وبناء عليه فإن شرط التحكيم يكون مرتبطاً بالعقد الأصلى، ولذلك فقد ثار فى المعاملات تساؤل خاص بمدى تأثير أو تأثر شرط التحكيم إذا ورد فى عقد باطل أو قابل للإبطال، أو بمعنى آخر مدى تأصيل مبدأ" استقلالية شرط التحكيم" ! وهل يتوقف مصير شرط التحكيم على مصير العقد، وبالتالى يفضى بطلان العقد إلى بطلان كل شروطه، بما فيها شرط التحكيم، الذى يعتبر جزء لا يتجزأ من العقد، أم أنه منفصل عنه ويتمتع بكيان قائم بذاته؟[١]

تعنى استقلالية شرط التحكيم أن يعتبر شرط التحكيم الوارد ضمن بنود عقد معين عقداً قائماً بذاته، رغم أنه ليس إلا جزءً من هذا العقد أو أحد بنوده٠ ويترتب على هذا المبدأ تقرير للاستقلال القانونى لشرط التحكيم عن العقد الأصلى، بحيث يمكن إخضاع كل منهما لقانون يختلف عن القانون الذى يحكم الآخر، كما يترتب على ذلك ألا يؤثر بطلان أيا منهما على الآخر٠

---

(١) راجع فى شأن مبدأ استقلال شرط التحكيم:

F.E.Klein, du caractére autonomie de la clause compromissoire, notamment en matiére d'arbitrage international, Rev. critique de droit international privé, 1961,p. 439 ets, Ph. Fouchard, l'arbitrage commercial international, op. cit.p.69 et s, Jean Robert, l'arbitrage civil et commercial en droit interne et international privé, Dalloz, 4e éd. 1990,p.134 ets ; Buzghala, le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage, thése, Nice, 1980.

وراجع أيضا: د٠ مصطفى الجمال ود٠عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص٣٤٩ وما بعدها، د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها، د٠ ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها، د٠ سامية راشد، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها، د٠ مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها، د٠ فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، ١٩٩٢م، المرجع السابق، ص ٢٠٧ ومابعدها٠

وعلى ذلك يبدو أن استقلال شرط التحكيم- وكما ذكر بعض الفقه – أمراً يتعارض مع المبادئ العامة التى تقضى بأن " الجزء يتبع الكل"، وأن " ما بنى على باطل فهو باطل"[١]، وهذا الاستقلال كان من مقتضيات التجارة الدولية، وحاجات التطور لاتجاه التحكيم وتطوره٠

هذا وقد تساءل البعض عن إمكانية فصل إجراءات التحكيم عن أى قانون وطنى كنتيجة منطقية لمبدأ استقلال شرط التحكيم؟[٢]

وتأتى الإجابة عن ذلك، وكما ذهب الفقة، بضرورة الخروج على القواعد العامة التى تجعل شرط التحكيم لا يدور وجوداً وعدماً مع العقد الذى ورد فيه لتلبية اعتبارات التجارة الدولية[٣]، وقد بذلت الكثير من الجهود الدولية لدعم شرط التحكيم تشجيعا لنظام التحكيم ككل[٤]، منذ عصبة الأمم، وتوجت هذه الجهود عام ١٩٢٣م بتوقيع بروتوكول جنيف فى شأن شرط التحكيم، **مما استتبع اتجاه الكثير من الدول إلى الاعتراف باستقلال شرط التحكيم** عن العقد الأصلى٠ **كما أن القضاء الفرنسى** قد أتجه أيضاً إلى دعم شرط

---

(١) أنظر: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٨٧ وما بعدها٠
ولذلك ولهذا السبب ذهب القضاء الإنجليزى فى بداية الأمر لرفض مبدأ استقلال شرط التحكيم وهو ما تأثرت به بعض الدول الأنجلوسكسونية مثل استراليا وكندا والهند وباكستان٠ بيد أن القضاء الإنجليزى سريعاً ما عدل عن ذلك متأثراً بالاتجاه نحو الاستقلال الذى ظهر فى الدول الأخرى، فبدأ يجيز بقاء شرط التحكيم حتى ولو فسخ العقد الأصلى أو انقض أو شابه بطلان نسبى أو نزاع حول تفسير إرادة أطرافه، بينما يأخذ التحكيم حكم العقد الأصلى إذا لم يكن له وجود قانونى من الأصل ، كما لو كان باطلاً بطلاناً مطلقاً أو لم يكن قد انعقد من البداية٠ راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٨٨ وما بعدها٠

(٢) راجع:
Patrice Level, la procedure arbitrale, droit et pratique de l'arbitrage international en France, 1984, p. 56 et s.

(٣) أنظر: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها٠

(٤) وذلك نظراً لأن ارتباط شرط التحكيم وجوداً وعدماً بالعقد الأصلى الذى يتضمنه يترتب عليه عدم إمكان السير فى إجراءات التحكيم حتى يفصل القضاء الوطنى فى المنازعات المتصلة باختصاص هيئة التحكيم أو بانعدام ولايتها، وبعبارة أخرى يؤدى ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلى إلى رفع يد المحكم عن التحكيم، بمجرد أن يطرح أى طرف عدم صحة العقد الأساسى ، ويصبح المحكم عندئذ ملزماً باعلان عدم صلاحيته ٠ بينما الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى الذى يتضمنه يؤدى إلى عدم تأثر شرط التحكيم بمصير العقد الأصلى، بحيث يعتبر التحكيم ملزماً ومرتباً لآثاره من حيث عدم اختصاص قضاء الدولة٠ وبناء عليه يحقق استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى فىالمعاملات الداخلية والخارجية على السواء اقتصاداً فى الوقت والإجراءات معاً٠ راجع فى ذلك: =

التحكيم على الصعيد الدولى، وقررت محكمة النقض الفرنسية التفرقة بصدد شرط التحكيم بين المجالين الداخلى والدولى، وقررت عدم ضرورة توافر الشروط التى يتطلبها القانون الفرنسى بمقتضى نص المادة(١٠٠٦) من قانون المرافعات لصحة شرط التحكيم متى ورد فى عقد متعلق بالتجارة الدولية .[١] وأكدت محكمة النقض الفرنسية دعمها لاستقلال شرط التحكيم على صعيد التحكيم الدولى فى قضية Hecht سنة ١٩٧٢م، وفى أحكامها الحديثة الصادرة عام ١٩٩٣م فى قضية Dalico .[٢] وقد عالج المشرع الفرنسى أثر بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلى المدرج فيه شرط التحكيم مقرراً أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد الأصلى الذى تضمن شرط التحكيم، إذ نصت المادة(١٤٤٦) من قانون المرافعات الفرنسى على أنه "إذا كان شرط التحكيم باطلاً فإنه يعد غير مكتوب".[٣] ونصت المادة (١٤٦٦) من نفس القانون على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث قضت بأنه " إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم فى أساس أو مدى سلطته، أو نطاق اختصاصه، فيكون لهذا الأخير الفصل فى صحة الإتفاق على التحكيم، أو حدود اختصاصه".[٤]

هذا ولقد أخذت معظم الدول العربية فى تشريعاتها فى شأن التحكيم بمبدأ استقلال شرط التحكيم،ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة(٢٣) **من قانون التحكيم المصرى** رقم

= د٠ ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٣١ ومابعدها،د٠ سامية راشد، المرجع السابق، ص٧٨ وما بعدها، د٠ إبراهيم أحمدإبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها، د٠ مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٤٩ ومابعدها٠ وراجع لمزيد من التفاصيل فى شأن مبدأ استقلال شرط التحكيم:
Ph.Fouchard, l'arbitrage commercial international,op.cit. p.69 et s, Jean Robert, op.cit.p.134 et s; F.E.Klein, op. cit.p.499 et s.

(١) أنظر:
Cass.civ.19 Fév. 1930, et 27 jan. 1931, Rev. critique,1931, p. 514 et s.
وراجع فى التعليق على هذا القضاء: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها٠

(٢) أنظر: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها٠وراجع أيضا:
Cass. Civ.20 dec. 1993,Rev. critique, 1994,p. 663 et s.

(٣) وقد جاء النص الآتى:
" Lorsqu' elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite".

(٤) هذا وقد جاء النص كالتالى:
" si ,devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre,il appartient à celui –ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture".
راجع فى التعليق على ذلك:
Jean Robert, arbitrage civil et commercial,op. cit.p.134 et s.

(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، حيث قضت بأن " يعتبر شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً فى ذاته".[١]

وبناء عليه اتخذ المشرع المصرى موقفاً صريحاً أكد به تأييده لمبدأ استقلال شرط التحكيم بجميع أبعاده، حيث أكد أصالة واستقلاليه شرط التحكيم عن العقد ذاته، وهذا المبدأ يعد من أهم المبادئ التى احتواها القانون المصرى فى شأن التحكيم، إذ نص على استقلال شرط التحكيم وعدم تأثره بأى بطلان يطرأ على العقد الأصلى الوارد فيه هذا الشرط. كما أن المشرع صرح بأن فسخ العقد أو إنهائه لا يؤثر على شرط التحكيم الوارد فى هذا العقد، ولم يفرق المشرع فى شأن تطبيق هذا المبدأ بين التحكيم فى المنازعات الوطنية والتحكيم فى المنازعات الدولية، وبناء عليه يسرى المبدأ فى كلا النوعين المذكورين.[٢]

ونحن نؤيد هذا الاتجاه الذى يأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم والذى أخذ به المشرع المصرى، وذلك لأن حاجة الأطراف إلى التحكيم – سواء على المستوى المحلى أو الدولى – تزيد فى حالة عدم صحة إتفاقهم أو فى حالة وجود سبب من أسباب بطلان هذا الإتفاق، كما أن فى استقلال شرط التحكيم ما يساعد الأطراف على الوصول إلى حل سريع فى منازعاتهم المختلفة، هذا بالإضافة إلى أن شرط التحكيم يختلف عن إتفاق التحكيم ذاته من عدة وجوه: فموضوع الشرط التحكيمى هو تسوية المنازعات التى يحتمل أن تنشأ من العلاقة الأصلية بين الأطراف(العقد الأصلى) وسببه هو الالتزام المتبادل بين الأطراف بانتزاع هذه المنازعات من ولاية المحاكم وإحالتها إلى التحكيم، ولا يخفى أن موضوع وسبب الإتفاق الأصلى يختلف عن ذلك، لذا فلا مناص من استقلالية شرط التحكيم.

---

(١) هذا وقد ثار خلاف فى الفقه المصرى قبل صدور قانون التحكيم الحالى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، حول مدى استقلال شرط التحكيم فى المنازعات الوطنية. راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها، د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، ١٩٨٠م، ص ٩٢٧ ومابعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٩٤ وما بعدها، د. سامية راشد، المرجع السابق، ١١٠ وما بعدها، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٣١٨ ومابعدها.

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص٩١ وما بعدها.

وبذلك نجد أن المشرع المصرى قد حسم، فى قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، مسألة استقلالية شرط التحكيم فى علاقته بالعقد الأصلى، وأصبح شرط التحكيم مستقلاً تماماً عن العقد الوارد به الشرط، وبناء عليه فإن بطلان العقد الأصلى أو فسخه أو انفساخه لا يكون له أى أثر على شرط التحكيم، الذى يبقى قائماً ويجب إعماله ما دام أن الشرط ذاته صحيح، ولا يؤدى كذلك بطلان شرط التحكيم إلى بطلان العقد الأصلى الذى ورد به الشرط. هذا وقد أتت صياغة المبدأ على نحو يعطيه طابعاً ذاتياً مطلقاً مؤداه الاعتراف بصحة شرط التحكيم بغض النظر عن الأسباب التى تؤدى إلى بطلانه.[١]

وبناء على ما سبق فقد ساير المشرع المصرى الاتجاهات الدولية والتشريعية الحديثة بخصوص الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلى، سواء فى المعاملات الداخلية والدولية، نظراً لما يحققه هذا الشرط من اقتصاد فى الوقت والإجراءات، وبدلاً من أن يوقف المحكم نظر النزاع حتى يفصل القضاء العادى فى صحة العقد، فإن المحكم يتولى بنفسه الفصل فى هذه المسألة، وهو مايعرف اصطلاحاً " الاختصاص بالاختصاص" : "Compétence de la competence".[٢]

ومن هنا فنحن نهيب بمشرعى بعض الدول العربية إلى ضرورة عدم إغفال مبدأ استقلال شرط التحكيم، للحفاظ على الحقوق، واستقرار المعاملات الدولية فى مجال التجارة الدولية، والتى تعد الآن عصب الحياة الاجتماعية والاقتصادية بل والسياسية فى المجتمع الدولى. ذلك أن المشرع الإماراتى ومثله المشرع السعودى – على سبيل المثال – لم يتعرضا إلى مسألة استقلالية شرط التحكيم، وإن كان المشرع الإماراتى قد اعترف بالتحكيم النظامى الذى يفتح باباً لاستقلالية شرط التحكيم والعمل بمقتضاه ولعدم مفاجأة الأطراف بأى مشكلة فى هذا الصدد. ولذلك ذهب البعض إلى القول بضرورة قيام الأطراف على التأكيد على الشرط التحكيمى وعلى استقلاليته مع باقى شروط العقد، وذلك عن طريق التوقيع على هامش هذا الشرط، لكى يصبح إتفاق فى حد ذاته ضمن الإتفاقية الأصلية المبرمة بين هؤلاء

---

(١) راجع فى هذا الشأن: د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ٣٢٦ وما بعدها.
(٢) راجع فى ذلك: د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص٣٢٧ وما بعدها.

الأطراف.[1]

وإذا كانت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م لم تتعرض لمبدأ استقلال شرط التحكيم ومختلف نتائجه القانونية، إلا أنها قد أعطته، كما يذكر بعض الفقه، قوة لم تكن له من قبل وذلك بمقتضى نص المادة الثانية من الاتفاقية.[2]

ولقد أعتمد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي " Model Law " الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥م[3]، وذلك بنص المادة(١٦) فقرات(١، ٢، ٣)، والتي تقرر أنه ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزء من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

---

١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم في البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٣٦ وما بعدها.

٢) أنظر لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص١٠٨ وما بعدها، وص ١١٧ وما بعدها، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٣١٥ وما بعدها. وراجع عكس هذا الرأي: د. مختار بريري، المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها.

٣) ليس القانون النموذجي اتفاقية دولية ملزمة لأي دولة، وليس قانونا بالمعنى الفني الدقيق لهذا المصطلح، وإنما هو في حقيقة الأمر "مشروع قانون موحد" للتحكيم التجاري الدولي، تم إعداده وإقراره من لجنة دولية تابعة للأمم المتحدة، هي لجنة قانون التجارة الدولية. وهذا القانون النموذجي هو دعوة من الأمم المتحدة لدول العالم لتتبناه إذا ما أرادت ذلك.

وقد أخذ المشرع المصري معظم نصوص قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م من القانون النموذجي. وتأثرت بالقانون النموذجي العديد من التشريعات الوطنية الحديثة في شأن التحكيم، منها تونس بمجلة التحكيم رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٣م، ومرسوم التحكيم البحريني رقم(٩) لسنة ١٩٩٤م، وكندا وقبرص، ومعظم دول أفريقيا وأمريكا اللاتينية. راجع لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن: د. حمزة حداد، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الدولي في القاهرة من ٢٦ – ٢٧ مارس ١٩٩٥م، القاهرة، الأستاذ الحبيب مالوش، التطورات التشريعية الخاصة بالتحكيم في تونس، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري وتجارب الدول المختلفة التي أعتمدت القانون النموذجي، مركز القاهرة للتحكيم التجاري في الفترة من ١٢-١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤م، د. عبدالحميد الاحدب، بحث مقدم إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالتعاون مع الهيئة العربية للتحكيم الدولي، لمشروع المصري لقانون التحكيم التجاري الدولي في الفترة من ١٠- ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٢م، ص ١ وما بعدها، وراجع أيضا مجموعة الأبحاث المقدمة إلى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري وتجارب الدول المختلفة التي أعتمدت القانون النموذجي، الذي نظمه مركز القاهرة بالإشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة (الأنسترال uncitral) ، القاهرة ١٢- ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤م، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٥٠٤ وما بعدها.

وهذا ما نصت عليه المادة(٢/٢١) من قواعد Uncitral والتى تقضى بأن يعامل شرط التحكيم الذى يكون جزءاً من عقد، وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه إتفاقاً مستقلا عن شروط العقد الأخرى. وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم.[١]

ويجرى المحكمون الدوليون فى حل منازعات التجارة الدولية على الإقرار بمبدأ استقلال شرط التحكيم وتأكيد اختصاص المحكم بتحديد اختصاصه. ومن ذلك. ما جرى التحكيم عليه فى إطار غرفة التجارة الدولية فى شأن نزاع بين شركة إيطالية وأخرى سويسرية، حيث أعترفت هيئة التحكيم بأن الفقرة الرابعة من المادة الثامنة من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية تقرر أن بطلان العقد أو انعدامه لا ينفى اختصاص المحكم إذا إرتأى صحة اتفاق التحكيم، طالما لم يوجد اتفاق على غير ذلك،هذا بالإضافة إلى أنه وحتى فى حالة انعدام العقد أو بطلانه، فإن الغرفة يقرر أن المُحكم يظل مختصاً فى تحديد حقوق كلا الطرفين و الفصل فى ادعاءاتهما وطلباتهما.[٢]

وبناء على ما تقدم، يمكن القول بأن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى الذى ورد فيه، يترتب عليه النتائج التالية :[٣]

(١) أن مصير العقد الأصلى ليس له أثر على شرط التحكيم الوارد ضمن بنوده، فيبقى هذا الشرط صحيحاً منتجاً لآثارة القانونية بغض النظر عن زوال العقد الأصلى، مالم يكن هذا الأخير باطلاً لسبب آخر خاص به ، كما لو كان هذا العقد قد أبرم من شخص ليس أهلاً للتعاقد، وفى هذه الحالة تكـــون ولاية

---

(١) أنظر ترجمة لقواعد التحكيم التى أقرتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (uncitral) فى ملحق لمؤلف د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٥١٥ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك:

Yves Derains, cour d'arbitrage de la chambre de commerce international, clunet, 1977, p. 936 et s.

وراجع فى التعليق على هذا القضاء: د.إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٩٥ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٥٦ وما بعدها، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٣٢٩ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، ١٩٩٢م، المرجع السابق، ص ٢٠٨ ومابعدها.

الفصل فى هذا النزاع ثابتة لهيئة التحكيم وحدها.

(٢) أن زوال شرط التحكيم ببطلانه، لأى سبب، لا يؤثر على بقاء العقد الأصلى، فيظل هذا العقد منتجاً لآثارة القانونية، ويظل الاختصاص فى فض النزاع الذى ينشئ عنه ثابتاً للقضاء، فهو صاحب الولاية فى مثل هذه الحالة.

(٣) أحقية هيئة التحكيم دون غيرها بنظر المسائل المتعلقة بعدم اختصاصها، وهذا يستفاد من نص المادة(١/٢٢) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه " تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع". وهذا ما يعرف اصطلاحاً باسم" الاختصاص بالاختصاص":

(١) "Compétence de la compétene".

---

(١) راجع لمزيد من التفاصيل فى عرض وشرح ونتائج مبدأ " الاختصاص بالاختصاص" : د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٣٣٢ وما بعدها.

المبحث الثالث
مفهوم وثيقة التحكيم

عرفنا من خلال ما سبق مفهوم إتفاق التحكيم المبرم قبل قيام النزاع تحت مسمى (شرط التحكيم)، ويتبقى لنا فى هذا الصدد أن نبين المقصود بمشارطة التحكيم، أو بما يسمى بوثيقة التحكيم، وهو الإتفاق الذى يتم بعد قيام النزاع.

هذا وقد جاءت كافة التشريعات الدولية والعربية متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد، إذ أقرت أغلبها شرعية عقد التحكيم، أو وثيقة التحكيم، اللاحق للنزاع، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، والمادة (٢/٤) مرافعات أردنى، والمادة (٤٤٤) مرافعات جزائرى، والمادة(٧) من القانون النموذجى البحرينى، والمادة(٢/٥٠٦) مرافعات سورى، والمادة(٧٣٩) مرافعات ليبى، والمادة(٢) من مجلة التحكيم التونسية لعام ١٩٩٣م، والمادة(٢٥١) مرافعات عراقى، والمادة الأولى من نظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣م، والمادة(١٧٣) مرافعات كويتى.[١]

وحتى يتضح لنا مفهوم وثيقة التحكيم فى إطار البحث القائم قسمنا دراسة هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول: خصائص وثيقة التحكيم.

المطلب الثانى: التكوين المتتابع لعقد التحكيم.

---

(١) راجع فى ذلك: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق.

المطلب الأول
خصائص وثيقة التحكيم

سبق القول أن المقصود بوثيقة التحكيم هو الإتفاق الذى يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع بينهم والذى يهدف إلى حل هذا النزاع عن طريق التحكيم، ويسمى هذا الإتفاق" بمشارطة التحكيم" (Le compromis)، إذ أن المشارطة تختلف عن شرط التحكيم باعتبارها إتفاق يبرمه الأطراف منفصل عن العقد الأصلى بصدد نزاع قائم بالفعل. أما الشرط فيكون ضمن بنود العقد الأصلى أو بعقد مستقل لكن يجب أن يبرم قبل قيام النزاع بالفعل، إذ لا يتصور أن يتم الإتفاق على هذا الشرط بعد إثارة النزاع، فهو لا بد وأن يكون سابقاً على النزاع، أما مشارطة التحكيم فكما يمكن إبرامها قبل إثارة النزاع يمكن أيضاً إبرامها بعد إثارة النزاع.(١)

كما تتميز مشارطة التحكيم أو وثيقة التحكيم عن شرط التحكيم بشمولها الكثير من التفصيلات التى لا يمكن أن يشتمل عليها الشرط الذى لا يعدو أن يكون بنداً من بنود العقد الأصلى، إذ أن هذه التفصيلات تأتى واضحة من واقع قيام أو وجود النزاع بالفعل . ولذلك يقرر بعض الفقه أن زيادة إضغام شرط التحكيم يمكن أن يترتب عليه استحالة حل النزاع بالتحكيم مالم يبرم الأطراف مشارطة تحكيم تتضمن التفاصيل التى تمكن من وضع التحكيم موضع التطبيق.(٢)

وقد تكون وثيقة التحكيم مسبوقة بشرط تحكيمى أو غير مسبوقة بذلك، وأيا ما كان الأمر فإن الهدف منها يكون دائماً هدف آلى متمثل فى تحريك إجراءات التحكيم، ولذلك فهى تفترض قيام النزاع بين الطرفين بالفعل، ومن ثم فإن سبب وثيقة التحكيم هو قيام النزاع المتفق على فضه عن طريق التحكيم.(٣)

---

(١) أنظر عكس هذه الاتجاه: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٤٢، حيث يقرر إمكانية قيام المشارطة بعد قيام النزاع.

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٨٧ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك: د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨م، المرجع السابق، ص١٥ وما بعدها، د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق=

وقد عالج المشرع المصرى أحكام مشارطة التحكيم أو وثيقة التحكيم فى الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه " يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع٠٠٠ كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية٠ وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم"٠

وتظهر أهمية هذا النص فى حالة عدم وجود تحكيم متفق عليه سلفاً، إذ فى هذه الحالة تكون الدعوى القضائية بشأن النزاع مقبولة لكن نظرها لا يمنع من الإتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم، فإذا ما تم الإتفاق على حل هذا النزاع بالتحكيم كان على المحكمة أن توقف الدعوى لحين الفصل فى النزاع من قبل هيئة التحكيم أو إنتهاء التحكيم بغير حكم فى موضوعة٠[١]

وإذا ما زال النزاع بحكم نهائى فإنه يمتنع على الطرفين الإتفاق على التحكيم٠ وبناءً على ذلك فلا يجوز إبرام وثيقة تحكيم بشأن نزاع تم حسمه أمام القضاء بحكم نهائى، أو تم حسمه بحكم تحكيم بناء على وثيقة تحكيم سابقة للسبب نفسه، وهو إنتفاء سبب الإتفاق على التحكيم٠[٢]

ومن المتصور أن الطرفان قد لا يتفقا على التحكيم إلا بعد أن تكون الدعوى قد قطعت شوطاً بعيداً أمام القضاء، وصدرت فيها أحكام بين الطرفين، كما لو كانت المحكمة قد حسمت مبدأ المسئولية، ولم يبق سوى تقدير التعويض المترتب عليها، أو تكون قد حسمت الطلب الأصلى ولم يبق إلا حسم الطلب المقابل، ففىُ مثل هذه الحالات تظل هذه الأحكام التى صدرت قائمة لتمتعها بحجية الحكم المقضى، بشرط ألا يكون الطرفين قد

= ص ٧٧ وما بعدها، د٠ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها، د٠ محمود السيد عمر التحيوى، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٦٥ وما بعدها، د٠ أشرف عبدالعليم الرفاعى، التحكيم والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ١٠٣ وما بعدها٠

(١) أنظر: د٠ مصطفى الجمال ود٠عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ٣٦٠ ٠

(٢) راجع: د٠ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ١٣٥ وما بعدها٠

تنازلا عنها عند إتفاقهما على التحكيم. ومعلوم أن هذا الحكم يسرى على الأحكام التى صدرت فى موضوع الدعوى، أما الأحكام المتعلقة بالإثبات والتى تصدرها المحكمة فلا تكون ملزمة لهيئة التحكيم.[1]

كما يفيد النص السابق للفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى وجوب تحديد المسائل التى يشملها التحكيم وذلك فى وثيقة التحكيم وإلا كانت باطلة. ويستفاد من ذلك الآتى : [2]

(١) أن موضوع – أو محل – وثيقة التحكيم هو نزاع قائم بالفعل يبتغى الطرفان إخراجه من ولاية القضاء وتفويض الفصل فيه لهيئة تحكيم يتفقان عليها أو على كيفية تعيينها أو يتركان أمر تعيينها للمحكمة المختصة. ومن ثم يجب تحديد المسائل التى يشملها التحكيم فى وثيقة التحكيم وإلا كانت باطلة.

(٢) أن وثيقة التحكيم قد تنعقد نفاذاً لشرط تحكيم سابق، وحينئذ تكون المسائل التى يشملها التحكيم هى المنازعات الناشئة عن العقد الذى أدرج فيه شرط التحكيم، ما لم يكن الشرط قد قصر التحكيم فى بعضها دون الآخر. ومن ثم يكون المقصود بتحديد المسائل التى يشملها التحكيم فى وثيقة التحكيم هو تحديد المسائل التى ثار بشأنها النزاع بالفعل والتى يوكل بها لهيئة التحكيم للفصل فيها.

وإذا قيل فى هذه الحالة أن وثيقة التحكيم تصبح باطلة لعدم تحديدها المسائل التى يشملها النزاع، فإن هذا القول يكون عديم الجدوى، ولذلك ينبغى تفصيل القول بأن بطلان وثيقة التحكيم الذى تقرره الفقرة الثانية من المادة العاشرة سالفة الذكر ينصرف إلى حالة عدم تحديد الوثيقة للمسائل التى يشملها التحكيم والتى لا تكون مسبوقة بشرط تحكيم، أو التى يكون فيها شرط التحكيم باطلاً لأى سبب من أسباب البطلان، بينما لا ينصرف هذا البطلان إلى الحالة التى تكون فيها وثيقة التحكيم مسبوقة بشرط تحكيم صحيح.

---

(١) وقد عرضت على القضاء الإيطالى بصدد هذه المسألة الكثير من القضايا والأحكام. راجع فى ذلك: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٣٨٦ ومابعدها.

(٢) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٢ وما بعدها.

(٣) إن بطلان وثيقة التحكيم لعدم تحديدها للمسائل التى يشملها التحكيم لا يحول دون تحديد هذه المسائل باتفاق لاحق يضم إليها، ويكون أثره هو تصحيح الوثيقة بإزالة ما لحق بها من سبب للبطلان، وهذا ما يفيد أن وثيقة التحكيم الباطلة لهذا السبب لا تخلو من كل قيمة قانونية،الأمر الذى يوجب البحث عن وصف لها يتوافق مع هذا الأمر.[١]

وفى دولة الإمارات العربية المتحدة تناول قانون المرافعات الجديد – والمشار إليه سلفاً – تنظيم هذه الوثيقة، وذلك بمقتضى نص المادة(٢٠٣) من هذا القانون، حيث نصت فى فقرتها الأولى على أنه " يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا فى العقد الأساسى أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع.".

ثم أوجبت هذه المادة ضرورة تحديد المسائل التى تشملها وثيقة التحكيم، وذلك فى فقرتها الثالثة حيث نصت على أنه" يجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم أو أثناء نظر الدعوى...".

وهنا يشير الأستاذ الدكتور عبدالحميد الأحدب إلى عدم دقة التعابير – أو المصطلحات المستعملة فى القانون المذكور مما يؤدى معه إلى وجود تناقض وغموض فى بعض نصوصه،[٢] ولأهمية هذا النقد وما يترتب عليه من نتائج وجدت من المفيد أن نستعرض هذا النقد، إذ يذكر أنه يبدو من أول وهلة أن المشرع يستعمل عبارة" وثيقة التحكيم"للإشارة إلى الإتفاق التحكيمى اللاحق للنزاع، بيد أنه فيما بعد أن المشرع أستعمل هذه العبارة ليشير إلى العقد التحكيمى بصورتية، أى سواء كان شرطاً أو مشارطة، ومعلوم أن اختيار واحد من هذين التفسيرين يؤدى إلى تناقضات ومفارقات لا يمكن تجاوزها،

---

(١) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٤ وما بعدها، حيث يقرران فى هذا الصدد أنه" يمكن البحث عن هذا الوصف المطلوب من خلال بحث ظاهرة أعم هى ظاهرة تكوين العقد على مراحل يشكل كل منها إتفاقاً بين أطرافه تكملة المراحل الأخرى وصولاً إلى العقد المطلوب فى صيغته الكاملة".

(٢) راجع : د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٢٣ وما بعدها.

ولذلك ينبغى إعطاء هذه العبارة المعنى المناسب بحسب استعمالها فى النص.[1] ويترتب على ذلك اختلاف النتائج المترتبة على كل تفسير على نحو ما يلى:

ففى نص المادة(٣/٢٠٣) سالفة الذكر يصعب إعتماد أحد التفسيرين، فهل عبارة" وثيقة التحكيم" تعنى الإتفاق التحكيمى اللاحق للنزاع، أو العقد التحكيمى اللاحق للنزاع، أو العقد التحكيمى، فالغموض واضح فى الحالتين.

ويرجع هذا الغموض الى استعمال عبارة " أو أثناء نظر الدعوى" ، وهى عبارة مطردة فى الكثير من قوانين التحكيم العربية، لا سيما السعودية ومصر وسوريا والكويت وليبيا والعراق، وهذه العبارة تبدو غير ضرورية بل أنها غير منطقية، لأن تحديد موضوع النزاع أثناء نظر الدعوى هو أمر بديهى ولا يحتاج إلى نص يقرره.[2]

وباعتراف قانون الإمارات الجديد بالشرط التحكيمى، الذى لا يحتاج لصحته إلى تحديد موضوع النزاع لإبرامه قبل وقوع النزاع على نحو ما سلف بيانه، فبهذا الاعتراف أوجد المشرع الإماراتى حلاً للشرط التحكيمى، إذ أظهر أن قاعدة تحديد موضوع النزاع ما زالت سارية المفعول، ولكنها لم تعد مشروطة لصحة وثيقة التحكيم، بل أصبح بالإمكان الأدلاء بها أثناء نظر الدعوى. وبذلك يكون المشرع الإمارتى قد أوجد مخرجاً لبقاً لمسألة إيراد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم.[3]

ومن ثم تصبح عبارة" أثناء نظر الدعوى" ضرورية لأنها تؤكد بطريقة غير مباشرة صحة الشرط التحكيمى، ولذا تجد تفسيرها فى نص القانون الإماراتى السابق.

---

(١) أنظر : د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ١٢٣ وما بعدها.

(٢) لأن الدعوى المرفوعة يجب أن تتضمن بالضرورة موضوعاً محدداً وإلا لم يكن هناك منازعة ولا دعوى. ويبدو أن هذه العبارة قد ورثها القانون الجديد من الماضى، فقد كانت القاعدة المتبعة قبل تكريس شرعية الشرط التحكيمى أن العقد التحكيمى لا يكون نافذاً إلا إذا حدد موضوع النزاع. د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ١٢٤ .

(٣) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق ، ص ١٢٤ وما بعدها. حيث يشير إلى أنه بالرغم من أن المشرع الإمارتى قد أوجد حلاً لنص المادة(٢٠٣) المذكورة إلا أنه عاد فطرح مشكلة فى المادة(٢١٦). أنظر فى ذلك: المرجع السابق، ص ١٢٤ .

هذا ولا يثبت الإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة، وفقاً لنص الفقرة الثانيـة من المادة (٢٠٣) من قانون التحكيم الإماراتى المذكور، وعلى ذلك لا يمكن إثباته بالإقرار أو الشهود أو اليمين، لصراحة النص المذكور على اشتراط الكتابة لإثبات الإتفاق على التحكيم.

وفى المملكة العربية السعودية نص المشرع على ضرورة تحديد النزاع فى وثيقة التحكيم، وأن تشتمل على بيانات أخرى كبيان أسماء الخصوم والمحكمين وغير ذلك من البيانات اللازمة.[1] ثم بين الإجراءات اللازمة لهذه الوثيقة فنص فى المادة الخامسة من نظام التحكيم لسنة ١٩٨٣م على أنه " 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 المستندات الخاصة بالنزاع ".

ثم قيد المشرع السعودى قبول هذه الوثيقة باعتمادها من الجهة المختصة، وذلك بنص المادة السادسة من نفس القانون، حيث نصت على أنه: " تتولى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع قيد طلبات التحكيم المقدمة إليها وتصدر قراراً باعتماد وثيقة التحكيم".

وبهذا يتضح لنا خصائص أو ذاتيات وثيقة التحكيم فى كل من القانون المصرى والإماراتى والسعودى، وقد تبين لنا إتفاق هذه القوانين فى الأحكام القانونية المقررة بصدد هذه الوثيقة، وإن كان بعض هذه القوانين يحيطه الغموض، كالقانون الإماراتى، وهذا راجع إلى عدم دقة إنتقاء وإختيار الألفاظ والمصطلحات الدقيقة التى تستعمل فى صياغة النصوص.

---

(١) فى بيان الآثار القانونية المترتبة على الإتفاقية التحكيمية أنظر:د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٣٧ وما بعدها.

المطلب الثانى
التكوين المتتابع لعقد التحكيم

يقصد بظاهرة التكوين المتتابع لعقد التحكيم تلك المراحل التى يمكن أن تتابع منذ لحظة إبرام العقد الأصلى الذى ينشأ عنه النزاع إلى حين عرض النزاع على هيئة التحكيم التى تتولى الفصل فيه. فلقد سبق القول أن النتيجة العملية التى يسعى إليها إتفاق التحكيم هى إعطاء الحق لصاحبه عن طريق صدور حكم تحكيمى تصدره هيئة التحكيم المعينة من قبل الأطراف أو القضاء.[1] ويتطلب لتحقيق ذلك وجود إتفاق شامل يقبل فيه الطرفان مبدأ التحكيم، ويختاران الهيئة التى تفصل فيه، ويحددان الإجراءات التى تسير عليها، والقواعد الموضوعية التى تلتزم الهيئة بتطبيقها. بيد أن هذا الإتفاق كثيراً ما لا يتحقق – من الناحية العملية – دفعة احدة، بل يتحقق على مراحل معينة متتابعة.[2] فقد يلحق بالعقد الأصلى شرط بقبول التحكيم فى المنازعات الناشئة عنه، وقد يرد هذا الشرط فى إتفاق لاحق وقبل قيام النزاع (شرط تحكيم) .فإذا ما قام النزاع بالفعل، كان هناك محل لإبرام إتفاق آخر يعرف بوثيقة التحكيم أو(مشارطة تحكيم) يكون من شأنه وضع هذا الشرط أو ذاك موضع التنفيذ بتعيين هيئة التحكيم وتحديد الإجراءات الواجب إتباعها والقواعد الموضوعية الواجب تطبيقها على النزاع المعروض، بل وقد تتوزع محتويات هذا الإتفاق الأخير على عدة إتفاقيات يعين كل منها جانباً من هذه الجوانب، وكل هذه الإتفاقيات – المراحل – المتوالية تهدف فى النهاية إلى تحقيق نتيجة واحدة هى تحقيق الفصل فى النزاع المعروض عن طريق هيئة تحكيم خاصة لا تنتمى إلى الجهاز القضائى، ولذلك تعتبر بمثابة كيان عقدى واحد تتوالى عناصره فى الزمان على نحو يقدم تطبيقاً حياً يمكن أن يساعد على دراسة ظاهرة امتداد تكوين العقد فى الزمان.[3]

ونظراً لأهمية هذه الظاهرة فقد حظيت بعناية كبيرة من الفقه، فراح يعدد مظاهرها ويحدد آثارها، وقد سجل الفقه فى هذا الصدد مجموعة من الظواهر بعضها ينتمى إلى

---

(١) سنقوم ببيان التنظيم القانونى لحكم محكمة التحكيم فى الباب الثانى من هذه الرسالة.
(٢) أنظر: مصطفى الجمال و د. عكاشة عبدالعال، ص ٣٦٥ وما بعدها.
(٣) أنظر: د. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٥ وما بعدها.

مرحلة الإعداد للتعاقد كالإتفاقات التحضيرية، والإتفاقات المؤقتة، والإتفاقات الجزئية[1]، وبعضها الآخر ينتمى إلى مرحلة إبرام العقد ذاتها، كما هو الحال – على سبيل المثال – فى صورة الوعد بالتعاقد، وفى صورة العقد المقترن بشرط العدول، وصورة العقود التى لا يكفى الرضا لإنعقادها كالعقود العينية والشكلية.

بيد أن الذى يعيننا فى هذا المقام بصفة خاصة هو صورة الإتفاقات الجزئية التى نصادفها فى مرحلة الإعداد للتعاقد، وتكثر تطبيقات هذه الصورة عادة فى مجال العقود شديدة التركيز (كعقود التجارة) والتى تستلزم – من الأطراف – مناقشة كل عنصر من عناصرها والإتفاق عليه.

وقد كشفت دراسة هذه الإتفاقات عن أوضاع ثلاثة متميزة، فقد يعلق الطرفان فعالية الإتفاق الجزئى على تمام الإتفاق على كافة المسائل الآخرى، وقد يقبل الطرفان فصل العنصر الذى تم الإتفاق عليه دون التعليق على الإتفاق بشأن العناصر الأخرى. وقد يعول الطرفان على الجزء المتفق عليه باعتباره العنصر الأساسى فى العقد ويعهدان إلى طرف ثالث بحسم النزاع على الجزء المتبقى فى حالة عدم التوصل إلى إتفاق بصدده.

والجدير بالعناية والأهمية فى كل ذلك أن مرحلة الإعداد للتعاقد كثيراً ما تتمخض عن إتفاقات منشئة لعلاقات قانونية يعدها البعض من قبيل العقد الإبتدائى، أو (من قبيل الوعد بالتعاقد). ويفضل البعض الآخر عدها من قبل العقود غير المسماه، أخذاً فى الاعتبار أنها لا توصل بالضرورة إلى إبرام العقد النهائى المقصود خلافاً للوعد بالتعاقد.[2]

ومن خلال هذا العرض العام لتلك الظاهرة – ظاهرة التكوين المتتابع للعقد- نجد أن شرط التحكيم ما هو إلا إتفاق جزئى سابق على عقد التحكيم، وليس هو عقد التحكيم ذاته، فهو إتفاق يتناول مبدأ التحكيم فى المنازعات الناشئة عن العقد الأصلى باعتباره أهم المسائل التى يتناولها عقد التحكيم، ويفتح الباب أمام الإتفاق على بقية المسائل كإختيار هيئة التحكيم وتحديدالإجراءات والقواعد الموضوعية واجبة التطبيق على

(١) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٦ .
(٢) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٧ وما بعدها .

النزاع. ويلاحظ هنا أن عدم الإتفاق على هذه المسائل لا يحول دون انعقاد عقد التحكيم ذاته عند قيام النزاع بالفعل، بيد أنه من المتصور بالطبع أن يتفق الطرفان فى شرط التحكيم على تعليق أثر شرط التحكيم على اتفاقهما على أمر ما من الأمور المعلقة، وهنا يمتنع على المحكمة استكمال العناصر اللازمة لإتمام عقد التحكيم، وحينئذ يقتصر أثر الشرط على إلزام الطرف المتخلف عن المشاركة فى اتمام الإتفاق المطلوب بالتعويض عن إخلاله بالتزامه إن كان هناك محل لذلك، وذلك وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤، حيث نصت هذه الفقرة على أنه " وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التى إتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم إتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه فى هذا الشأن تولت المحكمة المشار إليها فى المادة(٩) من هذا القانون [1] بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص فى الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل". وهذا فيما يتعلق بشرط التحكيم.

أما بالنسبة لوثيقة التحكيم، فالأصل أنها تمثل عقد التحكيم ذاته، وتحتوى على كافة العناصر اللازمة لتحقيق الغرض منه. ولكنها قد لا تتضمن هذه العناصر جميعاً خلافاً للأصل. ويبدو أن المشرع المصرى يفرق فى هذه الصورة بين تحديد المسائل التى يشملها التحكيم وبين غيرها من المسائل الأخرى، ففى الحالة الأولى يترتب على عدم تحديدها بطلان العقد. أما فى الحالة الثانية فيمكن استكمالها باتفاق لاحق. وفى حالة عدم الإتفاق تطبق فى شأنها أحكام القانون.

ويرد فى هذا الصدد سؤالاً مؤداه ما المقصود بالمسائل التى يجب أن يشملها التحكيم والتى يتعين تحديدها فى وثيقة التحكيم وإلا كانت باطلة؟

---

(١) وقد نصت المادة(٩) فى فقرتها الأولى على أنه" يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يجعلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى فى مصر أو فى الخارج فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر".

الإجابة عن هذا التساؤل تحمل اختلاف بين تصورين،[1] وقد عرض لهما بايجاز كافى وعرض وافى كل من الأستاذين الدكتور مصطفى الجمال والأستاذ الدكتور عكاشة عبدالعال، وذلك على الوجه التالى:[2] فمن المتصور أن يكون المقصود بهذه المسائل مجرد تعيين العلاقة القانونية التى يكون النزاع الناشئ حولها محلاً للتحكيم، بحيث يكون تحديدها بذاته كافياً لاعتبار الوثيقة صحيحة، حتى وإن لم تتضمن بياناً للنزاع الذى قام بالفعل بشأنها، ووفقاً لهذا التصور يكون معنى الوثيقة هو قبول مبدأ التحكيم فى كل المنازعات الناشئة عن العلاقة الموضحة فيها، ومن بينها النزاع القائم بالفعل، ومن ثم يكون لصاحب المصلحة تحريك دعوى التحكيم، على أن يضمن بيان الدعوى المنصوص عليه فى المادة(١/٣٠) موضوع النزاع المطروح على التحكيم طرحاً آنياً.[3]

ومن المتصور أيضاً أن يكون المقصود بتحديد المسائل التى يشملها التحكيم، تحديد موضوع النزاع المطروح على التحكيم، وليس مجرد تحديد العلاقة القانونية التى ينشأ عنها النزاع. وفى هذا التصور تكون وثيقة التحكيم باطلة إذا لم تتضمن هذا البيان الأخير. بيد أن هذا البطلان لا يعيب وثيقة التحكيم، إلا إذا اعتبرت عقد تحكيم مستقل بذاته وتظل قائمة باعتبارها مجرد إتفاق جزئى على مبدأ التحكيم يتفق فى آثاره مع شرط التحكيم، نظراً لأنها تتضمن كافة العناصر اللازمة لصحة هذا الاتفاق الأخير. وليس هذا إلا تطبيقاً لفكرة تحول العقد التى نصت عليه المادة (١٤٤) من القانون المدنى المصرى.[4]

وبناء على ذلك يلتقى فى النهاية كل من التصورين بالآخر، مما يوصل إلى نتيجة واحدة أن وثيقة التحكيم التى تتضمن بياناً للعلاقة التى نشأ عنها النزاعُ المعروض على التحكيم ولا تتضمن بياناً لموضوع النزاع على وجه التحديد، تعتبر بمثابة إتفاق جزئى سابق على عقد التحكيم بمعناه الكامل. وهو إتفاق يفتح الباب أمام استكمال العنصر

---

(١) أنظرفى ذلك:د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٧ومابعدها.
(٢) أنظر:د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٧ومابعدها.
(٣) أنظر:د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٨ومابعدها.
(٤) أنظر:د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٨ومابعدها.

المتخلف – وهو تحديد النزاع المطروح للتحكيم – بإتفاق لاحق. وعند الضرورة يسمح بتحديده من قبل أحد الطرفين فى بيان دعوى التحكيم. ولذلك يقرر بعض الفقه[1] أنه كان الأجدر بالمشرع المصرى أن ينص على عدم نفاذ الوثيقة فى هذه الحالة ، أو على تعليق نفاذها على تحديد العنصر المتخلف بواسطة الطرفين بدلاً من الحكم عليها بالبطلان.

وبهذا القدر نكون قد عرفنا المقصود بوثيقة التحكيم، وأحكامها القانونية وفقاً لبعض التشريعات الوطنية.

هذا وإذا كانت هذه الوثيقة هى عبارة عن إتفاق لاحق للنزاع، والشرط التحكيمى هو إتفاق سابق على النزاع، ويجمعهما العقد الأصلى أو الإتفاق الأصلى على التحكيم، باعتبارهما كلتا صورتيه، فهل يتم هذا الإتفاق دون توافر أركانه؟ وبمعنى آخر، ما هى شروط صحة إتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف لحل نزاع معين عن طريق هيئة تحكيمية وليست قضائية؟

الإجابة عن هذا التساؤل ستكون هى موضوع الفصل التالى.

---

(١) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٩ .

الفصل الثالث
شروط صحة الإتفاق على التحكيم

تمهيد:

سبق أن عرفنا مفهوم الإتفاق على التحكيم وصوره فى ظل التنظيم القانونى الداخلى والدولى، ونتناول فى هذا الفصل شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، باعتباره تصرف إرادى ينصب على محل معين لإحداث أثر قانونى محدد. وتتنوع هذه الشروط الواجب توافرها لصحة إتفاق التحكيم بتنوع أركان التحكيم ذاته، والتى تظهر لنا من خلال تعريف التحكيم، حيث سبق أن عرفناه بأنه " إتفاق بين طرفين على تولية طرف ثالث ليحكم بينهما فيما شجر بينهما من منازعات" . ويتضح من خلال هذا التعريف أن التحكيم يشتمل على أربعة أركان هى: المحتكمين، والمحكم، والمحكوم فيه، والحكم.

فالمحتكمين هم الخصوم المتنازعين، والمحكم هو الشخص الذى اختاره الخصوم ليحكم بينهم فيما تنازعوا فيه، ويمكن أن يتعدد المحكم – بحسب التفصيل الوارد فى تشريعات الدول المختلفة – ويطلق عليهم " هيئة التحكيم"، وبالجملة يطلق على هؤلاء الأشخاص جميعاً، سواء كانوا محتكمين أو محكمين" أطراف التحكيم أو أشخاصة". والمحكوم فيه هو الحق موضوع الخصومة أو محل النزاع، والحكم هو القرار الذى يصدر من هيئة التحكيم، والذى يفصل نهائياً فى النزاع محل التحكيم. ولكل من هذه الأركان شروطه الخاصة به، بحيث تمثل جميعها شروط صحة الإتفاق على التحكيم، إذ بدونها لا تقوم قائمة لهذا الإتفاق ولا يعتد به .

وبناء على هذا يدور البحث فى هذا الصدد عن بيان هذه الشروط وفقاً للتشريعات المختلفة، متبعين فى ذلك أسلوب المقارنة بين تلك التشريعات الوضعية، وبينها وبين الشريعة الإسلامية. وسينصب بحثنا عن بيان الشروط الواجب توافرها فى أطراف التحكيم(المحتكمين – المحكمين)، وتلك الخاصة بموضوع التحكيم(محل التحكيم)، أى أننا سنقتصر على دراسة شروط الأركان الثلاثة الأولى للتحكيم، وسنرجئ دراسة الركن الرابع، وهو الحكم، عند دراسة شروط الحكم وصحته ومدى لزومه وحجيته.

وعلى هذا سنقسم دراستنا فى هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول : الشروط المتعلقة بأطراف التحكيم.

المبحث الثانى : الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم.

****

المبحث الأول
الشروط المتعلقة بأطراف التحكيم

يقصد بأطراف التحكيم الخصوم المحتكمين، بالإضافة إلى المحكمين الذين يمثلون هيئة التحكيم. ولذلك سنتناول دراسة هذا المبحث فى مطلبين متتاليين على النحو التالى:

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها فى المحتكمين.

المطلب الثانى: الشروط الواجب توافرها فى المحكمين

المطلب الأول
الشروط الواجب توافرها فى المحتكمين

تبين لنا مما سبق أن المحتكمين هم أطراف العقد الأصلى الذى يتعلق به النزاع محل التحكيم، أوهم أطراف الإتفاق على التحكيم، سواء تم هذا الإتفاق قبل نشوء النزاع أو بعده. وحتى ينعقد هذا الإتفاق صحيحاً يجب أن يتوافر فى أطرافه (المحتكمين) شرطان، وهما : الأهلية والتراضى، وسنقوم بدراستهما على النحو التالى:

أولا: الشرط الأول: الأهلية (La Capacité) :

يشترط فى المحتكمين – لصحة الإتفاق على التحكيم – توافر الأهلية اللازمة فى كل منهم، وهى أهلية التصرف(La capacité d'exercice) والتى تختلف عن أهلية الوجوب (La capacité de puissance) والأولى تعنى قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية، ولذلك يطلق عليها أهلية الآداء، أما الثانية (أهلية الوجوب) فتعنى صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق و التحمل بالالتزامات، وهى تثبت للشخص منذ الميلاد. وذلك بمعنى أن الشخص تثبت له الشخصية القانونية لحظة ميلاده، هذا بينما أهلية التصرف التى نحن بصددها لا تثبت للشخص إلا ببلوغ سن معينة – تختلف حسب التشريعات المختلفة – وبتوافر شروط معينة، وخلوها من العوارض كالجنون والعته والسفه والغفلة،

وما إلى ذلك من عوارض الأهلية التى تنقصها أو تعدمها.[1]

وتختلف أهلية الأداء عن أهلية الوجوب أيضاً من ناحية مجال القانون الواجب التطبيق على كل منهما، فأهلية الوجوب لا تخضع – على الرأى الراجح فى الفقه – لقانون واحد، بل يسرى فى شأنها القانون المختص بحكم الحق الذى يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به من عدمه: فعلى سبيل المثال أن حق الشخص فى أن يمتلك يخضع للقانون الذى يحكم الملكية، وهو فى الغالب قانون موقع المال، وحق الشخص فى أن يرث ويخضع لقاعدة الإسناد التى تحكم الميراث والتى تقتضى تطبيق قانون جنسية المورث، وهى قاعدة مطردة فى معظم التشريعات الوضعية المختلفة. أما أهلية التصرف فهى تخضع – وفقاً لما هو مستقر عليه فى قواعد القانون الدولى الخاص فى مختلف دول العالم- للقانون الشخصى للطرف المتعاقد.[2]

وبناء على ذلك، فإن الأهلية المشترطة لإتفاق التحكيم لا تخضع للقانون الذى يحكم هذا الإتفاق، وإنما للقانون الشخصى(الذى هو فى الغالب والراجح فى الفقه قانون جنسية الشخص).وعلى ذلك نصت المادة(١١) من القانون المدنى المصرى بقولها" أن الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم"[3]. وعلى هذا يجرى العمل فى كافة الدول العربية، ومنها دولة الإمارات العربية المتحدة، والمملكة العربية السعودية.

وقد أكدت إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م قاعدة إخضاع أهلية أطراف إتفاق التحكيم

---

(١) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن : د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، ١٩٧٤م، دار النهضة العربية، ص ١٤٧ وما بعدها، د. عبدالرازق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، المجلد الأول، ١٩٨١م، ص ٣٤٢ وما بعدها.

(٢) ويختلف الفقه فى تفسير القانون الشخصى، فالدول الأنجلوأمريكية تفسره على أنه قانون موطن الشخص،بينما الاتجاه الغالب فى مختلف تشريعات الدول تفسره على أنه قانون جنسية الشخص. راجع فى ذلك: د. هشام على صادق و د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولى الخاص، ١٩٩٩م، ص ٣٠٥ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٠٩ وما بعدها، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٣١ وما بعدها، وص ٢٣٥ وما بعدها

(٣) أنظر: د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢١٧ وما بعدها، وص ٢٣١ وما بعدها.

للقانون الشخصى للأطراف، وعبرت عنه بعبارة" القانون واجب التطبيق عليهم" حينما تطلبت إكتمال أهلية أطراف إتفاق التحكيم، وذلك وفقاً للفقرة الأولى من المادة الخامسة من الإتفاقية.

وينتقد البعض – وبحق – هذا النص، حيث لم يوضح حقيقة المقصود بالقانون الشخصى، فى ظل انقسام دول العالم إلى مجموعتين أساسيتين، دول تعتبر قانون الجنسية هو القانون الشخصى، ودول أخرى تعتبره قانون الموطن. ومن ثم فقد تركت إتفاقية نيويورك، بمقتضى النص السابق، للقاضى الذى يطرح عليه الأمر تحديد وبيان ما هو القانون الشخصى الذى يحكم أهلية الأطراف المعنية. فعلى سبيل المثال، إذا كان النزاع مطروحاً على قاضى فرنسى أو مصرى أو سعودى يأخذ نظامه القانونى بقانون الجنسية، وجب تحديد مدى توافر أو عدم توافر أهلية الشخص وفقاً لقانون جنسيته. أما إذا طرح النزاع على قاضى أمريكى أو بريطانى يأخذ نظامه القانونى بقانون الموطن، فإن المناط عندئذ لتقرير مدى توافر أو عدم أهلية الشخص يكون بالقواعد الموضوعية فى قانون موطن الشخص.(١)

والذى يؤكد عدم صلاحية الحل الذى أخذت به اتفاقية نيويورك، أنه لم يعالج الفرض الغالب، وهو كون مسألة الأهلية مطروحة على هيئة التحكيم فى صدد المنازعة التى تنظرها، وذلك لأن هيئة التحكيم لا تملك قواعد إسناد خاصة بها لكى توضح ما إذا كان القانون الشخصى هو قانون الجنسية أم قانون الموطن. ومن ثم فلا يوجد حل موحد يعطى حلولاً مرضية فى مختلف الحالات، وإزاء ذلك العجز اتجه الرأى إلى إستلهام الحل من المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص، كما تستخلصها هيئات التحكيم فى أحكامها.(٢)

بيد أنه من المؤكد أن هذا الاتجاه يعكس شعوراً عاماً لدى المحكمين بأنه من غير المألوف أو المستحب أن يبرم الشخص إتفاق تحكيم ثم يفاجأ من غريمه بالأدعاء، خلال

---

(١) أنظر:د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٣٣٢ وما بعدها،د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها.

(٢) أنظر:د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٣٣٣ وما بعدها،د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها.

مراحل التحكيم أو بعد صدور الحكم، بأن إتفاق التحكيم كان منذ البداية باطلاً لسبب يرجع إلى إنعدام أو نقص أهلية الطرف الآخر الذى أبرم معه الإتفاق، وهذا ما حدث بالفعل فى قضية شهيرة عرضت على محكمة النقض الفرنسية تسمى بقضية ليزاردى Lizardi .(١) ولذلك أخذ القضاء بأن هناك قرينة مقتضاها أن الأصل فى المتعاملين دولياً أنهم يملكون أهلية كاملة فى إبرام كافة التصرفات الداخلة فى نطاق معاملاتهم، والإتفاق على التحكيم صار لذلك من الأمور المألوفة عالمياً. (٢)

وقد قررت إتفاقية جنيف للتحكيم التجارى الدولى لسنة ١٩٦١م تمتع الأشخاص الإعتبارية العامة بأهلية إبرام إتفاقات تحكيم، وذلك بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة الثانية، إذ أجازت للدول عند الإنضمام للإتفاقية أو التوقيع أو التصديق عليها تقيد هذه الأهلية بالشروط التى تحددها.(٣)

تلك هى الأحكام التى تتعلق بأهلية المحتكمين فى مجال قواعد الإسناد بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وقد تبين خضوعها لقانون جنسية الشخص وفقاً للرأى الراجح، ونحن نؤيد ذلك لثبات ووضوح قانون الجنسية عن قانون الموطن.

وقد نصت قوانين التحكيم فى مختلف الدول على اشتراط الأهلية فى المحتكمين لصحة إتفاق التحكيم: فقد نص قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى المادة

---

(١) ولذلك فقد أحسن بعض المشرعين صنعاً عند تداركهم لخطورة هذه المفاجأة الضارة بالطرف حسن النية الذى يتعاقد مع ناقص الأهلية لسبب خافى عليه . ولذلك نص المشرع المصرى فى المادة(١١) من القانون المدنى على أنه"..... ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته.." . أنظر فى ذلك:د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٠٩ وما بعدها. وراجع فى دراسة تفصيلية للأهلية اللازمة للإتفاق على التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى:

Jean Vincent et serge Guinchard, procedure civile, 22e éd.Dalloz, 1991,p. 750 et s, De Boisseson et De juglard, le droit français de l'arbitage, 1990,p. 147 et s,René David, l'arbitrage dans le commerce international, 1982, Economica, p. 339 et s, philippe Fouchard, l'arbitrage commercial international, op. cit. p. 160 et s.

(٢) أنظر: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٣٣٤ .

(٣) أنظر:د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٠١، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٣٥ وما بعدها.

(١١) منه على أنه" لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى الذى يملك التصرف فى حقوقه. ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح".[١]

ونص القانون الإماراتى فى الفقرة الرابعة من المادة (٢٠٣) على أنه" لا يصح الإتفاق على التحكيم إلا من له أهلية تصرف فى الحق محل النزاع". ومن ثم لا يكفى لتوقيع عقد التحكيم أهلية الإلتجاء إلى القضاء، بل لابد من أهلية التصرف فى الحقوق. وبذلك يكون المشرع الإماراتى قد كرس للتحكيم مفهوماً على أنه قضاء استثنائى، وهذا ينعكس على الشخص المعنوى الذى أصبح مديره يحتاج لأن تكون له سلطة لإبرام الصلح، الأمر الذى يستتبع أن يكون مدير الشخص المعنوى حائزاً بمقتضى نظام الشركة أو بقرار من هيئتها المختصة سلطة إبرام عقد مصالحة حتى يكون إتفاق التحكيم الذى يوقعه قانوناً.[٢]

ويشترط قانون الشركات الاتحادى الإماراتى رقم(٨) لسنة ١٩٨٤م فى الشركة المساهمة ضرورة أن يحصل مجلس الإدارة على موافقة الجمعية العمومية قبل توقيع الصلح، وبالتالى عقد التحكيم، أما مدير الشركة المحدودة المسئولية فيملك إبرام عقد الصلح ومن ثم عقد أو إتفاق التحكيم. هذا ولم يتطرق القانون الإماراتى لأهلية المصالح الحكومية، ولكن المطبق من الناحية العملية هو أن الدولة الإتحادية والمصالح الحكومية تقبل التحكيم الداخلى (المحلى) بطريقة متشددة، فى حين تذهب إلى التحكيم الدولى دون مشاكل.[٣]

ونص نظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣م فى مادته الثانية على أنه" لا يقبل التحكيم

---

(١) راجع فى ذلك:د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٠٩ وما بعدها، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص٢٣٢ وما بعدها، د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، ١٩٨٨، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها، د. مختار أحمد بريرى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، النظام العام والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ١١٥ وما بعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٢٣١ وما بعدها، وص ٢٥٨ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٢٥ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٢٥ وما بعدها.

فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح و لايصح الإتفاق على التحكيم إلا من له أهلية التصرف" . ونصت اللائحة التنفيذية لهذا النظام فى مادتها الثانية أنه " لا يصح الإتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف الكاملة، ولا يجوز للوصى على القاصر أو الولى المقام أو ناظر الوقف اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن ما ذوناً له بذلك من المحكمة المختصة". وقد نصت المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودى على أنه " لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم".(١)

ويتضح مما تقدم أن الأهلية المطلوبة لصحة الإتفاق على التحكيم فى الأنظمة المختلفة هى أهلية التصرف،وهى لا تثبت بحسب الأصل إلا لمن بلغ سن الرشد ولم يكن محجوراً عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة، كما أتضح لنا أن أهلية التصرف(أهلية الإتفاق على التحكيم) لا تثبت – وفقاً للنصوص السابقة لبعض التشريعات – للقاصر ومن

---

(١) أنظر: د. عبدالحميدالأحدب ، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٢٣ وما بعدها، وص ٣٤١ وما بعدها.

وقد كان ينظم ذلك، قبل نظام سنة ١٩٨٣م، القرار رقم(٥٨) الصادر فى ٢٥ يونية سنة ١٩٦٣م، والذى أصدره مجلس الوزراء السعودى يمنع بمقتضاه اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات حين تكون الحكومة السعودية أو وزارة أو إدارة أو وكالة تابعة لها طرفاً من جهة ويكون الطرف الآخر شخصاً طبيعياً أو شركة أو مؤسسة خاصة. وقد كان هذا القرار بمثابة السد المنيع فى وجه التحكيم فى المملكة العربية السعودية، ولا شك أنه قد جاء كرد فعل للقرار التحكيمى الصادر فى قضية أرامكو... وبالرغم من ذلك فقد قرر هذا القرار عدة إستثناءات على قاعدة الحظر سالفة الذكر، وأجاز إحالتها إلى التحكيم، ومن هذه الإستثناءات:

١- عقد الإمتياز الذى يضمن مصلحة كبرى: وهذه العقود تستطيع المصالح الحكومية أن تقبل التحكيم فيها بتوافر شرطان: الأول أن يشكل العقد مصلحة حيوية للدولة، والثانى أن يتعلق بالإمتيازات .أى أن يكون عقداً إدارياً تتعهد الإدارة بمقتضاه إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادى لاستغلالة لمدة محددة.

٢- الخلافات الفنية: حيث أجيز التحكيم فى شأنها ، وتكون المحكمة الإدارية (ديوان المظالم) هى المختصة بتسمية المحكم الثالث عند عدم الإتفاق عليه من الطرفان- والقرار التحكيمى فى هذا الشأن(الخلافات الفنية) يقبل الاستئناف أمام المحكمة الإدارية، وتملك المحكمة صلاحية إعادة النظر بالقرار التحكيمى شكلاً وموضوعاً.

هذا وبعدانضمام المملكة العربية السعودية لبعض الإتفاقات الدولية، أصبح نطاق الحظر محدوداً فى حدود ضيقة للغاية حتى أصبح يقال الآن أن الحظر هو الإستثناء وإباحة التحكيم بالنسبة للمصالح الحكومية هى الأصل . راجع د.عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق،ص٣٤١ وما بعدها.

فى حكمه. بيد أن أهلية التصرف قد تثبت للقاصر – وفقاً للتشريع المصرى – فى أحوال خاصة، نص عليها قانون الولاية على المال، حيث نصت المادة(٦١) من المرسوم بقانون رقم(١١٩) لسنة ١٩٥٢م على أنه للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له، أو يوضع تحت تصرفه لأغراض نفقته، ويصح التزامه بهذا المال وفى حدوده. كما أن المادة (٦٣) من ذات المرسوم بقانون تجعل للقاصر، الذى يبلغ السادسة عشر من عمره، أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجرة أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى التزامه حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته. وإذا كان للقاصر سلطة التصرف فى هاتين الحالتين على النحو السابق بيانه، فإنه يكون له الإتفاق على التحكيم فيهما، ويسرى هذا الحكم على السفيه وذو الغفلة إعمالاً لنص المادة(٤٦) من القانون المدنى المصرى.[١]

هذا وقد اختلف رأى الفقه فى شأن القاصر ومن فى حكمه المأذون له بإدارة أمواله أو المأذون له بالاتجار فيها، فذهب رأى إلى القول بأنه بالرغم من هذا الأذن الذى يمنح من الولى أو من المحكمة يخول المأذون له القيام بكافة أعمال الإدارة إلا ما استثنى منها بنص خاص. غير أن صافى دخله الناتج عن الإدارة لا يجوز له التصرف فيه إلا بالقدر اللازم لسداد نفقته قانونا، وذلك إعمالاً لنص المواد(٥٤، ٥٥، ٥٦) من القانون المدنى المصرى، وبالرغم أيضاً من الإذن الممنوح للقاصر بالإتجار وفقاً لنص المادة (٥٧) من هذا القانون[٢]، سواء كان عاماً لكافة أنواع التجارة أو خاصاً بنوع محدد ، فبالرغم من ذلك كله، إلا أن هذا الرأى لا يسلم بأهلية الإتفاق على التحكيم بشأن هذه التصرفات، ومرجع ذلك فى تقدير أصحاب هذا الرأى أن المشرع يتطلب أهلية خاصة لإتفاق التحكيم (وهى أهلية التصرف)، فلا يكتفى فى صحة ذلك بتوافر أهلية التقاضى.[٣]

---

(١) راجع فى ذلك:د. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(٢) نصت المادة(٥٧) على أنه" لايجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً".

(٣) راجع فى ذلك: د.أحمد الوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ٥٥ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ١١٢ومابعدها،.د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص٢٣٢ وما بعدها.

وقد ذهب رأى ثان إلى القول بأن المأذون له بالإدارة أو التجارة يستطيع الإتفاق على التحكيم فى شأن كل ما يتعلق بالعقود التى يكون أهلاً لإبرامها، وفقاً للإذن الممنوح له ، وفى حدود الإذن دون سواها .[١]

وبناء على ما سبق يتضح لنا أن معظم التشريعات الوضعية تشترط لصحة إتفاق التحكيم توافر الأهلية فى المحتكم، بمعنى كونه أهلاً للتصرف وإلا كان هذا الإتفاق باطلاً على نحو التفصيل السالف بيانه .

وتتفق التشريعات المذكورة فى الأحكام الخاصة بأهلية التصرف الواجب توافرها لصحة الإتفاق على التحكيم، وهذا ما تبين لنا من خلال النصوص القانونية سالفة الذكر فى كل من القانون المصرى والقانون الإتحادى الإماراتى والنظام السعودى، وكذلك القانون الفرنسى .

والشريعة الإسلامية توجب أيضاً اشتراط توافر أهلية التصرف فى المحتكم وإلا وقع باطلاً، ومن ثم ينبغى أن يكون المحتكم بالغاً عاقلاً، وعليه فلا يصح تحكيم الصبى غير المميز، والمجنون،لإنعدام أهلية التصرف فى كل منهما . ولذلك جاء النص فى مجلة الأحكام العدلية على أنه من ضمن شروط التحكيم" أن يكون الخصمان عاقلين"[٢] . وبناء على ذلك يقع باطلاً كل تصرف، بما فيه الإتفاق على التحكيم إذا وقعه غير المميز أو المجنون .[٣]

أما الصبى المميز فيجوز إحتكامه إذا كان مأذوناً له بذلك قياساً على صحة صلحة، وتكون هذه الإجازة فى حدود ما أذن له به، وإلا كان تصرفه باطلاً . فإذا أبرم إتفاق تحكيم مع غيره ولم يكن مأذوناً له بإبرام هذا الإتفاق وقع هذا الإتفاق باطلاً وانعدم أثره .[٤]

---

(١) راجع: د . مصطفى الجمال ود . عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤١٣ ومابعدها،د . نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلى، التحكيم فى القانون اليمنى، دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية، رسالة، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٩٢ وما بعدها . وراجع أيضا:
Patrice Level,op. cit. p.160 et s.

(٢) أنظر: شرح المجلة العدلية لسليم رستم باز، الطبعة الثالثة، الاستانه ١٣٠٥هـ، الجزء(٢)، ص١١٩٤ .

(٣) أنظر: د . يوسف موسى: الأحوال ونظيرة العقد، ص ٣٢٢ وما بعدها .

(٤) أنظر: مختصر القدورى مع الجوهرة النيرة، ج٢، ص ٢٤٥ .حيث يذكر فى هذا المجال أنه" ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الزامى والمحدود فى القذف والفاسق والصبى" .

بيد أن الإمام أبوحنيفة جعل صحة إحتكام الصبى المميز غير المأذون له بذلك موقوفاً على إذن وليه، فإذا أجازه صح الإتفاق على التحكيم الذى وقعه من عليه الولاية ونفذ حكم المحكم فى حقه.[1]

ولا شك فى أن هذه الأحكام التى قررتها الشريعة الإسلامية بشأن اشتراط أهلية التصرف فى المحتكمين هى ذاتها التى تسرى عليها الآن القوانين الوضعية، وبذلك تتفق هذه الأخيره مع الشريعة الغراء فى كون الأهلية شرطاً لصحة إتفاق التحكيم، ولذلك كانت هذه الشريعة الإلهية- بالرغم من تقريرها قبل أربعة عشرة قرناً من الزمان – صالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان.

ثانيا: الشرط الثانى : التراضى:(Le consentement)

يشترط أيضاً لصحة إتفاق التحكيم تحقق وقوع التراضى من المحتكمين، ويتحقق هذا التراضى بتطابق إرادتهما على إحداث أثر قانونى معين، بمعنى أن يقصد الطرفان من هذا الإتفاق إختيار التحكيم إختياراً حراً كوسيلة لحسم المنازعات التى تثور بشأن العلاقة الأصلية. ولذلك يجب ألا يشوب إرادة الطرفين أى عيب من عيوب الإرادة.[2] لاسيما وأن الإتفاق على التحكيم يعد من العقود الرضائية التى تستلزم من كل من الطرفين أن يعقل معنى التصرف الذى يقصده، وهو ما يوجب أن يكون كل منهما مدركاً لماهيته وحقوقه، ومن ثم فلا يعتد القانون برضاء الصبى غير المميز، وزائل العقل كالمجنون، والسكران الذى لا يقوى على الإدراك، وكذا المنوم تنويماً مغناطيسياً ومن فى حكمهم.[3]

وإتفاق التحكيم ليست له خصوصية فى هذا الصدد، اللهم إلا فى صورة شرط التحكيم

---

(١) أنظر: د. عبدالرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى، رسالة دكتوراه، عام ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م،ص٣٠٦ وما بعدها.

(٢) أنظر: فى هذا المعنى: د. مختار بريرى ، المرجع السابق، ص ٣٦، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢١٨ ومابعدها د. محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص١٣٥ ومابعدها.وأنظر فى عيوب الإدارة:د. مصطفى الجمال،د. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص٤٠٣ ومابعدها .

(٣) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص٣٨٧ ومابعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق ،١٣ وما بعدها، و ص١٤٣ وما بعدها.

المدرج ضمن بنود العقد الأصلى، ومرد ذلك ما يقرره المشرع المصرى فى المادة (٢٣) من قانون التحكيم من استقلال شرط التحكيم عن العقد حيث نصت على أنه" يعتبر شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً فى ذاته"، ذلك أن إنعدام التمييز فى أحد المحتكمين لابد وأن ينصرف ذلك إلى العقد الأصلى، واتفاق التحكيم المرتبط به بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر فى هذا الشأن٠ وبناء على ذلك إذا دفع أحد طرفى التحكيم ببطلان العقد لإنعدام إرادته عند التوقيع عليه فإن هذا البطلان يسرى على العقد الأصلى واتفاق التحكيم معاً دون أن يقتصر على أحدهما دون الآخر، وفى هذه الحالة يكون بطلان إتفاق التحكيم راجع لعيب ذاتى فيه، وليس لمجرد ارتباطه بالعقد الأصلى، ولذلك لا ينتفى استقلال شرط التحكيم على نحو تظل النتائج المترتبه على مبدأ الاستقلال قائمة لا سيما اختصاص هيئة التحكيم بالفصل فى مسألة وجود إتفاق التحكيم وبطلانه إعمالاً لحكم المادة (٢٣) ٠[١]

وينبغى لتوافر الرضا بالمعنى القانونى المقصود أن يقصد الأطراف من التصرف إحداث الآثار القانونية التى يرتبها، وإلا لم يكن هناك رضا كما هو الحال فى التصرفات الصورية، أو التى تكون مقترنه بتحفظ ذهنى، إذ أن هذه التصرفات لا يتحقق فيها التراضى بالمعنى المعين، ولذا لا يتولد عنها إحداث آثار قانونية٠[٢]

وبناء على ماسبق يمكن القول بأنه إذا تعلق الأمر بشرط تحكيم فيكون مناط الأمر فى التحقق من تطابق إرادة الأطراف بأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة تحكيم فسيكون التحكيم هو محل هذا الإتفاق، وليس مجرد بند أو شرط فى

---

(١) أنظر: د٠ مصطفى الجمال ود٠ عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص٣٨٧ ومابعدها، وأنظر فى هذا المعنى: د٠ مختار بريرى، المرجع السابق ص ٣٦ ٠وراجع ما سبق ذكره فى هذا المجال فى مبدأ استقلال شرط التحكيم٠

(٢) راجع فى ذلك: د٠ مصطفى الجمال ود٠عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص٣٨٨ ومابعدها، د٠ فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ١٢٣ ومابعدها، د٠ محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وصحته، المرجع السابق، ١٣٧ وما بعدها، وص ١٤١ ومابعدها، د٠ أحمد السيد صاوى، التحكيم، طبقاً للقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢م،ص ٣٢ وما بعدها٠

العقد الأصلى.[1]

وبمعنى آخر إذا كان الإتفاق على التحكيم يأخذ صيغة شرط فى العقد، فإن المفاوضات بشأنه تتم عند مناقشة تفاصيل العقد، وبموجب الشرط يصار إلى فض المنازعات التى تنشأ عن العقد المذكور مستقبلاً بالتحكيم، أى أن الرضا المتبادل بين الأطراف يشمل العقد الأصلى وشرط التحكيم معاً، ومن ثم لا يحتاج شرط التحكيم إلى رضا خاص به ، أما إذا كان الإتفاق على التحكيم يتم وفقاً لإتفاق خاص بين الطرفين (مشارطة التحكيم) خارج عن العقد الذى أنشأ العلاقة القانونية الخاصة بتعاملها التجارى، فحينئذ يصار إلى عقد إتفاق خاص بالتحكيم.[2]

وينبغى أيضاً أن يصدر التراضى بشأن إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، وذلك لأن هذا الإتفاق يعد من الإتفاقات الشكلية التى يشترط فيها الكتابة، ولذلك نصت المادة(١٢) من قانون التحكيم التجارى المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م على أنه "يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة". وواضح من النص أن الكتابة فى مصر أصبحت مطلوبة لوجود عقد التحكيم لا لمجرد إثباته، وبذلك حاول المشرع المصرى التوحيد بين ما جاء به فى هذا الشأن وما جاء فى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م.[3]

ونصت المادة(١٤٤٣) مرافعات فرنسى على بطلان شرط التحكيم إذا لم يكن مكتوبا، إما فى ورقة العقد الأصلى، وإما فى ورقة أخرى يشير إليها هذا العقد". أما بالنسبة

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها، د. محمود السيد عُمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق ، ص١٤٢ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ١٢٣ .

(٣) راجع فى ذلك: د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ١١٣ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٧٩ وما بعدها، د. ناريمان عبدالقادر ،المرجع السابق، ص ٢٦٣ وما بعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ١٨٣ وما بعدها، وص ٢٢٣ ومابعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ١٠٦ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢م، ص ٤٤ وما بعدها.

لوثيقة التحكيم، فقد نصت المادة(١٤٤٩) من قانون المرافعات بعد تعديله سنة ١٩٨١م على أن " إثبات مشارطة التحكيم تكون بالكتابة، كما يمكن أن تتم فى محضر موقع عليه من الأطراف المحتكمين والمحكمين". وبذلك صار إتفاق التحكيم إتفاقاً شكلياً تلزم الكتابة لوجوده، ولم يعد من الجائز إثباته بغير الكتابة، هذا بالنسبة لشرط التحكيم، أما مشارطة التحكيم اللاحقة على النزاع أو وثيقة التحكيم فهو إتفاق رضائى، وليست الكتابة شرطاً لإبرامه، وإنما مجرد وسيلة تطلبها المشرع لإثباته، فيحق إثباته فى حالة تخلفها بوسيلة أخرى.(١)

وجاءت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م مقررة فى مادتها الثانية ما يلى"١- تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذى يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كافة أو أية خلافات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم. ٢- وتعبير إتفاق مكتوب يشمل شرط التحكيم الوارد فى عقد أو إتفاق تحكيم، موقع عليه من الأطراف أو متضمن فى تبادل للخطابات أو البرقيات". ومفاد ذلك، أن الكتابة تعد ركناً أساسياً يجب توافره لإمكان القول بوجود إتفاق تحكيم فى مفهوم اتفاقية نيويورك، وبناء عليه تعد شرط صحة وليس مجرد إثبات.(٢)

هذا وقد نصت بعض التشريعات العربية على الكتابة كوسيلة إثبات، مثل المادة (٢/١٧٣) من قانون المرافعات الكويتى، والمادة(٢/٢٠٣) من قانون المرافعات الإمارتى، والمادة(٥) من نظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣م، حيث نصت على أنه" يودع أطراف النزاع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويجب أن تكون هذه

---

(١) راجع فى ذلك:

Jean Robert, op. cit. p.67 et s, et.p.89 et s, Jean Vincent, procedure civile, 19e éd. Dalloz, 1978, p. 1038 et s; René David, op. cit. p. 273 et s.

وراجع أيضا: د.مصطفى الجمال ود.عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٧٣ وما بعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها، وص ١٩٦ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٢٣٤ ومابعدها، د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها، د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٧٧ وما بعدها.

الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ....."[1]

ويتطلب التراضى بين طرفى إتفاق التحكيم تطابق إرادتهما،بمعنى أن يطابق قبول القابل إيجاب الموجب منهما، وبديهى أن التحقق من هذا التقابل لا يحتاج كثير عناء، لأن اتفاق التحكيم بصوريته(شرط أو مشارطه تحكيم) يكون محرراً بين أطرافه، لذا يكون التطابق متحققا بالضرورة على ما تم تدوينه فى هذا الإتفاق.[2]

وأيما كان الأمر فينبغى التأكد أن التراضى بين الطرفين قد تم بالفعل، وذلك لتجنب أى ضغط أو محاولة لفرض إتفاق التحكيم على الطرف الثانى لا سيما فى مجال التجارة الدولية.[3]

وإذا لم يتوفر الرضا أيا كانت صورته فى الإتفاق على التحكيم كان الإتفاق باطلاً. ولذلك ذهبت المحكمة الدستورية العليا فى مصر – فى أكثر من حكم – إلى تقرير عدم دستورية إجبار أحد الطرفين على اللجوء للتحكيم . وبناء عليه قضت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامى المصرى، والتى توجب عرض كافة المنازعات التى تنشأ بين البنك وعملائه على التحكيم، مؤكدة أنه لا يجوز للمشرع أن يفرض التحكيم قصراً على أشخاص لا يسعون إليه، ومن ثم فإن كل تحكيم حمل عليه أطراف الخصومة ينبغى أن يعامل باعتباره تحكيماً تم دون إتفاق أو بناء على إتفاق لا يستنهض ولاية المحكمين.[4] كما قضت لنفس المبررات، بعدم دستورية المادة(٥٧) من

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٩٩٣ .

(٢) راجع فى ذلك: د. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٩٥ وما بعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص ١٤٦ وما بعدها.

(٣) أنظر فى ذلك:

P. Alive, problemes specifiques de L'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, 1980, No.2. p.350 et s.

(٤) المحكمة الدستورية العليا فى جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤م فى القضية رقم(١٣) لسنة (١٥) قضائية"دستورية"، سبق الإشارة إليه.

قانون الجمارك رقم(٦٦) لسنة ١٩٦٣م وسقوط المادة(٥٨) منه.[١]

وفى الشريعة الإسلامية يعتبر التراضى شرطاً من شروط صحة إتفاق التحكيم، ولذلك ينبغى أن يصدر الرضا من أطراف هذا الإتفاق، بل أن هذا الرضا فى نظر الشرع الإسلامى هو المثبت لولاية المحكم (هيئة التحكيم)، ولذلك أوجبت هذه الشريعة الغراء توافر أهلية التصرف فى أطراف التحكيم حتى يعتد شرعاً بالتصرف الذى يعقدونه فيما بينهم، ومن بينها الإتفاق على التحكيم كوسيلة لفض نزاع معين نشأ بينهم.

وفيما يتعلق بشكلية هذا الإتفاق فليست هناك شكلية محددة تلزم القاضى لكى يتحقق من توافر التراضى بين الطرفين على التحكيم. ومن ثم فليست الكتابة مطلوبة لذلك، بيد أن إثبات هذا الإتفاق قد يوجب فى بعض الحالات اشتراط الكتابة ، كما فى حالة إنكار أحد الطرفين رضائه بالتحكيم – أو ينكر صدور الحكم إنكاراً كلياً أو جزئياً-، ولذلك يكون الإشهاد على العقد أو الإتفاق مفيداً فى إثبات التحكيم، وإثبات الحكم، خاصة وأن قول المحكم لا يقبل فى إثبات رضاء الطرفين فى تحكيمه بينهما، لأن قوله فى هذه الحالة ينطوى على إدعاء ولاية لنفسه على المحتكمين فإذا أنكرها أو أنكر أحدهما فلا يكفى قول المحكم فى إثباتها.[٢]

وبناء على ذلك يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية توجب ضرورة توافر التراضى بين أطراف العقد – أيا كان – وذلك بمقتضى قوله تعالى" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ " [٣]، وقول النبى صلى الله عليه وسلم" لا يحل مال أمرئ مسلم إلا بطيب نفس منه".

وإذا كانت الكتابة ليست شرطاً للانعقاد وفقاً للتفصيل السابق إلا أنها تعد شرطاً لإثبات العقد أو الإتفاق ، والذى يؤيد ذلك أن الله تعالى بعدما أنزل قوله تعالى" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

---

(١) المحكمة الدستورية العليا فى جلسة ٣ يوليو سنة ١٩٩٩م فى القضية رقم(١٠٤) لسنة(٢٠) قضائية" دستورية"، سبق الإشارة إليه.

(٢) أنظر: المبسوط لسرخسى، ج(١١)، ص ٦٣ وما بعدها، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، ج (٣)، ص ١٣٤ وما بعدها.

(٣) الآية رقم(٢٩) من سورة النساء.

آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ "[1]،أنزل قوله تعالى" فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ "[2]. وهذا يدل على أن الكتابة ليست شرط وجوب بل شرط صحة.

وبذلك تتفق بعض التشريعات الوضعية مع الشريعة الإسلامية فى اشتراط تراضى المحتكمين لصحة إتفاق التحكيم، وأيضاً فى كون هذا الإتفاق شكلياً، فيشترط إفراغه فى محرر مكتوب على اعتبار الكتابة شرط إثبات وليست شرط انعقاد، فى حين يختلف البعض الآخر من هذه التشريعات الوضعية والتى لم تشترط مطلقاً الكتابة فى إتفاق التحكيم.

تلك هى الشروط الواجب توافرها فى المحتكمين لصحة الإتفاق على التحكيم، وننتقل الآن للشروط الواجبة والتى ينبغى توافرها فى المحكمين، وذلك من خلال المطلب التالى.

المطلب الثانى

الشروط الواجب توافرها فى المحكمين

ينبغى أيضاً لصحة الإتفاق على التحكيم توافر شروط معينة فى المحكمين، وهم الأشخاص الذين يعينون من قبل أطراف النزاع، أو من قبل المحكمة المختصة، ليتولوا مهمة الفصل فى النزاع الذى عينوا من أجله عن طريق صدور حكم فيه، ويطلق عليهم بالتعبير القانونى الحديث (هيئة التحكيم) حتى ولو كان شخصاً واحداً. ولما كان هؤلاء المحكمون(هيئة التحكيم) يعتبرون بمثابة القضاة، لذا وجب توافر شروط كثيرة بشأنهم حتى يكونوا أهلاً للتصدى للتحكيم، ومن ثم فقد نصت غالبية التشريعات الوضعية على هذه الشروط، والتى تتلخص فى مجملها فى الآتى : [3]

---

(١) الآية رقم(٢٨٢) من سورة البقرة .

(٢) الآية رقم(٢٨٣) سورة البقرة .

(٣) يناقش الفقه عادة فى هذا المجال الشروط التى تتطلبها التشريعات فى المحكمين، أو تحديد الصفات التى تتطلبها القوانين فى هذا الشأن، ولكن يلاحظ أن التشريعات والقوانين الوضعية عادة ما تترك للأطراف المحتكمين حرية تقدير شروط أخرى يمكن تحديدها فى المحكمين. راجع فى ذلك: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٦٠٤ وما بعدها، وص ٦١١ وما بعدها،د. محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق،٦٠٤ وما بعدها، د. أحمد أبوالوفا، المرجع =

(١) الشرط الأول: الأهلية:

ويقصد بها هنا أهلية التصرف، وهى تخضع فى تنظيمها، وفقاً للقواعد العامة فى العقود أو التصرفات، وفقاً للقانون الشخصى للطرف المعنى فى هذا الصدد على نحو التفصيل سالف البيان عن الحديث عند أهلية المحتكمين. وعلى ذلك فيجب أن تتوافر هذه الأهلية فيمن يعين كمحكماً وفق قانون جنسيته وإلا كان حكمه باطلاً.

وإذا كانت بعض قوانين التحكيم قد خلت من النص على ذلك صراحة، إلا أن الأنظمة القانونية تجمع – بصفة عامة – على اشتراط أن يكون المحكم كامل الأهلية المدنية: [١]

فنص قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى الفقرة الأولى من المادة (١٦) منه على أنه " لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه فى جناية أو جنحه مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه إعتباره" .

ونص قانون التحكيم الإماراتى فى الفقرة الأولى من المادة(١/٢٠٦) منه على أنه " لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً ما لم يرد إليه إعتباره"[٢] .

ونص نظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣م فى المادة الرابعة منه على أنه" يشترط فى المحكم أن يكون من ذوى الخبرة حسن السيرة والسلوك كامل الأهلية ...".

كما نصت المادة (٣٧) من نظام القضاء السعودى على أنه " يشترط فيمن يتولى

= السابق، ص ١٥٤ وما بعدها، د. محمودمحمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ١٧٦ وما بعدها، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ٢٣٢ ومابعدها.

(١) راجع فى ذلك:

Jean Robrt, op. cit. p.94 et s ,Jacquelin Rubellin Devichi, procedure civile, Op. cit.p.1024, De Boisseson et De Juglart, op. cit. N.199 et s, René David, op. Cit. p. 341 et s.

وراجع أيضا: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٦٠٦ وما بعدها، د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ١٦٠ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ١٥٤ وما بعدها. .

(٢) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٩٣٠ .

القضاء أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة ..."[1]

ونص قانون المرافعات الفرنسى بعد تعديله فى ١٢ مايو سنة ١٩٨١م فى المادة (١٤٥١) – على أنه " لا تعهد مهمة المحكم إلا لشخص طبيعى له الأهلية الكاملة لممارسة حقوقه المدنية".[2]

وبناء على هذه النصوص السابقة يجب أن يكون المحكمون (هيئة التحكيم) متمتعون بالأهلية اللازمة لذلك دون إصابتها بأى عارض يؤدى إلى نقصانها أو إنعدامها، ولذلك لا يجوز تحكيم المحجور عليه لسفه أو غفلة، وأيضاً المجنون والسكران ومن فى حكمهم، ومن ثم يقع باطلاً كل إتفاق تحكيم يتولى الفصل فى محلة محكم – أو محكمين – ناقص أو عديم الأهلية، و كذلك الحكم الصادر منه، لأن ما بنى على باطل فهو باطل، ولذلك تتفق غالبية التشريعات الوضعية – إن لم يكن جميعها – فى إشتراط أهلية المحكم الذى يتولى الفصل فى النزاع.

(٢) الشرط الثانى: حسن السير والسلوك:

كذلك يشترط فى المحكمين – لصحة الإتفاق على التحكيم – أن يكون المحكم حسن السير والسلوك، وهذا يعنى ألا يكون قد حكم عليه بحد أو تعزير فى جرم مخل بالشرف، أو صدر فى حقه قرار تأديبى بالفصل من وظيفته، أو حكم بشهر إفلاسه. وعلى ذلك إذا كان المحكم قد أدين بمثل هذه الأحكام فإن ذلك يجعل الإتفاق على التحكيم باطلاً، وبالتالى تبطل

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٩٩٣ .

وتجمع القوانين الوضعية العربية على أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم كاملى الأهلية المدنية. ومن أمثلة هذه القوانين: المادة(١/١٧٤) من قانون المرافعات الكويتى، والمادة(٥٠٨) من القانون السورى،.....الخ . راجع لمزيد من التفاصيل: موسوعة التحكيم للدكتور عبدالحميد الأحدب، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق.

(٢) هذا وقد جاء النص كالتالى:

" La mission d'arbitre ne peut ètre confiée qu ' a une personne physique ; celle-ci doit avoir le plein exercice de ses droits civils...".

وراجع فى التعليق على ذلك:

Ph. Fouchard, op. cit. p.618 et s.

جميع الأحكام التى يصدرها المحكم الذى ثبت أنه لا يتمتع بحسن السير والسلوك، اللهم إلا إذا رد إليه اعتباره وبرئ من ذلك.

وعلى ذلك نصت قوانين الدول المختلفة، كما هو الحال فى المادة(١/١٦) مصرى، والمادة(١/٦) من القانون الإماراتى، وكذلك المادة الرابعة من نظام التحكيم السعودى، كما أنه يفهم ذلك عن طريق مفهوم المخالفة لنص **المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودى** الحالى، حيث نصت على أنه" لا يجوز أن يكون محكماً من كانت له مصلحة فى النزاع، ومن حكم عليه بحد أو تعزير فى جرم مخل بالشرف أو صدر بحقه قرار تأديبى بالفصل من وظيفة عامة أو حكم بشهر إفلاسه ما لم يكن قد رد إليه اعتباره".[١] ويرد فى هذا الصدد سؤالاً مؤداه هل هناك قرينة على حسن السير والسلوك حتى ثبوت العكس، أم أنه يجب البدء بإثبات حسن السير والسلوك؟

درجت المحاكم على اعتبار حسن السير والسلوك متوافراً فى المحكم حتى يثبت عكس ذلك، وذلك قياساً على الشاهد الذى يفترض فيه ذلك حتى ثبوت العكس.[٢]

(٣) الشرط الثالث: الخبرة:

أشترطت بعض الأنظمة أن يكون المحكم من ذوى الخبرة فى مجال المنازعة المعروضة على التحكيم، لكن أغلبها قد سكتت عن هذا الشرط. ومن ثم يرى الفقه أن الأمر عندئذ " أصبح متروك لتقدير طرفى التحكيم نفسيهما عند الإتفاق على التحكيم. وقد يكون من الأوفق أن يختار – الطرفان محكما من ذوى الخبرة فى مجال النزاع، أو من ذوى الخبرة القانونية، على نحو يغنى عن الإستعانة بالخبراء، ويؤدى إلى سرعة الفصل فى النزاع. أما أن يكون المحكم جاهلاً بقواعد القانون التى تحكم النزاع ومنعدم الخبرة بشأنه، فهو أمر يبدو غير مقبول".[٣]

---

(١) أنظر د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٩٩٦ .

(٢) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٤٤ .

(٣) أنظر : د. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٦١٣، وراجع أيضا فى هذا =

وهى تعنى دراية المحكم بالقواعد القانونية والأنظمة التجارية وقواعد العرف الدولى، فيجب لصحة الإتفاق على التحكيم أن يكون المحكم من ذوى الخبرة حتى يتمكن من الوصول إلى حكم عادل فى النزاع المعروض عليه، وإلا فلا ، لأن فاقد الشئ لا يعطيه. وهذا الشرط واضح فى نص المادة الرابعة سالفة الذكر من نظام التحكيم السعودى.

ويذكر أحد الفقهاء[1] - فى هذا الصدد – أن اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودى قد ألقت الضوء حول مفهوم الخبرة المشترط توافره فى المحكم، إذ نصت المادة الثالثة منها على أنه" يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم، ويجوز أن يكون من بين موظفى الدولة بعد موافقة الجهة التى يتبعها الموظف، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية فى المملكة".

ويستفاد من هذا النص أن القانون السعودى يكون قد نوه على ذلك المفهوم للخبرة دون أن يلزم بأمرين فى خبرة الحكم:

الأمر الأول: أصحاب المهن الحرة: وهم رجال القانون، وأصحاب الخبرة والدراية، والذين يقدمون لرجال القانون خبرتهم بحيث يمكن أن يوجد فى هيئة التحكيم محام أو مهندس مثلاً، وبالرغم من أن القانون السعودى قد أشار إلى ذلك فى النص السابق، إلا أنه لم يلزم به بعبارة (أو غيرهم).

الأمر الثانى: الدراية بالقواعد الشرعيه والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية فى المملكة، والقانون السعودى لم يلزم بذلك أيضاً، وهذا واضح فى النص سالف الذكر بعبارة" وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دارية بـ ...".

ولكن هل يؤثر تخلف هذا الشرط(أن يكون المحكم من ذوى الخبرة) على قرار المحكمة

= المعنى: د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ١٨٣، د. نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلى، المرجع السابق، ص ٢٥٩ وما بعدها، د.أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ١٥٤،د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ٢٣٢ وما بعدها، د. محمود السيد عمرالتحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٦٣٥ وما بعدها.

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٤٣ .

المختصة بالمصادقة على اتفاق التحكيم؟

الواقع أن عدم توافر هذا الشرط لا يؤثر على قوة القرار التحكيمى، وذلك لأن أطراف النزاع هم أدرى من المحكمة بتوافر هذا الشرط فى المحكم من عدمه، فإذا لم يثر أى منهم هذه الخبرة قبل مباشرة التحكيم، فليس من حقه بعد ذلك أن يطعن فى قرار المحكمة المختصة بالمصادقة على إتفاق التحكيم لعدم توافر الخبرة فى المحكم، ومن ثم فإن قرار المصادقة يغطى ما فى وثيقة التحكيم من عيوب.[1]

(٤) الشرط الرابع: إنتفاء المصلحة فى النزاع:

لايجوز – كما يؤكد الفقه – أن يكون للمحكم أية مصلحة فى النزاع، لأنه مثلة مثل القاضى، يشترط ألا يكون له مصلحة فى النزاع المطروح أمامه، ولا يجوز بالتالى أن يكون الشخص خصماً وحكماً فى آن واحد.[2]

وبناء على ذلك قضت المادة(٣/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م بأنه " يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته" ، كما نصت المادة(١/١٨) من القانون آنف الذكر على أنه " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيدته أو استقلاله".[3]

وهذا أيضاً ما نصت عليه المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودى الحالى، كما أن المادة(١٢) من هذا النظام قد نصت على أنه " يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التى يرد بها القاضى..."، وهذه الأسباب- وفقاً للنظام القضائى – هى المنفعة المادية أو جلب النفع للقاضى أو لزوجته أو لأصوله أو لفروعة.[4] وعلى ذلك ينبغى ألاتكون هناك مصلحة

---

(١) أنظر : د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٤٣ .
(٢) راجع فى ذلك: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٦٠٧ وما بعدها.
(٣) راجع فى التعليق على ذلك: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٦٠٧ وما بعدها.
(٤) وهذا ما قضت به المادة (٣١) من نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعى الصادر بالمرسوم(١٠٩) فى ١٣٧٢/١/٢٤ هـ.

مادية للمحكم أو لأصوله أو لفروعة من النزاع الذى ينظره للفصل فيه، وإلا كان إتفاق التحكيم باطلاً وبالتالى يجوز للطرف الآخر (المتضرر) طلب رد هذا المحكم.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن العرف قد جرى فى المملكة العربية السعودية على أن يعين كل خصم محاميه محكماً، وإذا كان ذلك كذلك فإن هذا الأمر لايقدم فى مخالفة النص المذكور، لأن نفس العرف يقضى بأن لا يكون فى نفس الوقت للمحكم الثالث(المرجح) أى علاقة بالأطراف ولا أى مصلحة بالنزاع، ولا أى منفعه مالية فى القضية له أو لأصوله أو لفروعه، وإلا كان الإتفاق على التحكيم بل وحكمه باطلا.(١)

٥) الشرط الخامس: وترية العدد عند التعدد .

ويقصد بالوترية هنا كون العدد الذى تشكل منه هيئة التحكيم عدداً غير زوجى، أى عدداً فردياً يفيد الوتر، كثلاثة أو خمسة أو سبعة أو ما إلى ذلك من الأعداد الفردية، والتى يطلق عليها مصطلح " الوتر".

ولذلك كان من البديهى أن تشترط الوترية فى عدد المحكمين عند تعددهم، وإلا كان التحكيم باطلاً. وعلى هذا نصت بعض القوانين الوضعية، حيث نصت المادة(٢/١٥) من قانون التحكيم المصرى على أنه" تشكل هيئة التحكيم بإتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة" . وقررت فقرتها الثانية أنه " إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلا كان التحكيم باطلاً".

ونصت المادة(٢/٢٠٦) من القانون الإماراتي على أنه " إذا تعدد المحكمون وجب فى جميع الأحوال أن يكون عددهم وتراً" .(٢)

ونصت المادة الرابعة من نظام التحكيم السعودى على أنه " يشترط فى المحكم أن ... وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً".(٣)

---

(١) راجع: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، الجزء الأول، ص ٣٤٣ وما بعدها.
(٢) راجع فى هذا الشأن: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٩٣٠ .
(٣) راجع فى هذا الشأن: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٩٩٣ .

وقد عالج المشرع الفرنسى ذلك فى المادة (١٤٥٤) من قانون المرافعات الفرنسى، حيث قضت بأنه فى حالة تحديد عدد زوجى فلمحكمة التحكيم أن تختار محكماً سواء اتفق الأطراف على ذلك أو يتولى الأمر المحكمون الذين تم اختيارهم، وإذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية".

وبناءً على النصوص المذكورة يشترط لصحة الإتفاق على التحكيم أن يكون العدد المشكلة منه هيئة المحكمة عدداً وترياً وإلا كان التحكيم باطلاً.(١)

وهنا تجدر الإشارة إلى أن هذه الشروط الخمسة المتقدمة والتى ينبغى توافرها فى المحكمين لصحة الإتفاق على التحكيم هى شروط تكاد تكون محل إتفاق بين التشريعات الوضعية المختلفة، وهذا على عكس الحال فى الشرط السادس التالى.

٦) الشرط السادس: وطنية المحكم.

ويقصد بذلك أن يكون المحكم من الوطنيين وليس من الأجانب، والوطنى هو من يحمل جنسية الدولة، أما الأجنبى فهو الذى يحمل جنسية دولة أخرى غير الأولى، وتختلف التشريعات فى مدى توافر هذا الشرط فى المحكم لصحة الإتفاق على التحكيم.

فتذهب غالبية التشريعات الوضعية إلى عدم اشتراط أن يكون المحكم(هيئة التحكيم) من الوطنيين، بل يمكن أن يتولى الفصل فى النزاع شخصاً أجنبياً. ومن هذه التشريعات، على سبيل المثال، التشريع المصرى، حيث لا يشترط وطنية المحكم بمقتضى نص المادة (٢/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه" لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك".

---

(١) راجع فى ذلك:

Ph. Fouchard, op. cit. p. 628 et s, Jean Robert, op. cit. Ed. 1993, p. 107 et s, G. cornu, op. cit.p.627.

ويتفق الفقه على أن البطلان المقرر لمخالفة قاعدة أو شرط الوترية يتعلق بالنظام العام، ويجوز لكل من الطرفين وغيرهما من أصحاب المصلحة التمسك به. راجع: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥٧٨ ومابعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص ٦٥٩ وما بعدها، وص ٦٦١ ، د. أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ١٦٠ وما بعدها.

وكذلك نجد أن المشرع الإماراتى لم ينص على اشتراط ذلك، حيث جاءت المادة(٢٠٦) من قانون التحكيم الإماراتى، والتى حددت الشروط الواجب توافرها فى المحكم، خالياً من شرط كون المحكم من الوطنيين.(١)

وهذا ما جرى النص عليه فى القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى الذى وضعته لجنة القانون التجارى الدولى التابعة للأمم المتحدة لعام ١٩٨٥م، حيث جاء فى الفقرة الأولى من المادة(١١) أنه" لا يمنع أى شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". وبناء على هذه النصوص يجوز أن يكون المحكمين – كمبدأ عام – من الأجانب ما لم يتفق أطراف التحكيم على غير ذلك.(٢)

وأبعد من ذلك، فقد أشترطت بعض الاتفاقات والقواعد الدولية أن يكون المحكمين من غير الوطنيين الذين يحملون جنسية أخرى غير التى يتمتع بها أطراف النزاع، وذلك عندما يتم تعيينهم من قبل سلطة التعيين. وهذا ما نصت عليه المادة(٤/١٨) من الإتفاقية العربية للتحكيم التجارى لعام ١٩٨٧م، حيث جاء فيها أنه" لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من مواطنى أحد الأطراف".(٣)

وأيضا هذا ما قررته المادة(٣٨) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م، والخاصة بحل المنازعات المتعلقة بالإستثمارات، فقد جاء فيها عندما يقوم رئيس مجلس إدارة مركز تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بتعيين المحكم أو المحكمين يجب ألا يكونوا من مواطنى دولة أحد أطراف النزاع.(٤)

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٩٣٠ .

(٢) راجع فى ذلك: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ١٥٧ .

(٣) راجع فى ذلك: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٨٦ وما بعدها، و ص ١٤٩ وما بعدها. د. حمزه أحمد الحداد، الإتفاقيات العربية المتعلقة بالتحكيم، بحث مقدم فى المؤتمر الثالث للتحكيم العربى الأوربى فى عمان فى الفترة من ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٨٩م.

(٤) راجع فى ذلك: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٥٩ وما بعدها، و ص ١٥٧ .وراجع أيضا:

R. David, op. cit. p. 223 et s .

ومثل هذا الحكم أيضاً نجده فى القواعد الدولية الخاصة بالتحكيم، مثل (المادة٦/٢) من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، والمادة(٤/٦) من قواعد التحكيمالتى وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى سالفة الذكر.[١]

ووفقاً لهذه النصوص الواردة فى الإتفاقات والقواعد الدولية المذكورة يجب أن يكون المحكمين من الأجانب وليسوا من الوطنيين الذين يحملون جنسية أطراف النزاع.

أما التشريع السعودى فالبرغم من أنه أباح أن يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب بمقتضى نص المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الحالى لسنة ١٩٨٣م والتى سبق بيانها، إلا أنه اشترط فى الأجانب الذين يتولون التحيكم شرط الإسلام، أى ضرورة كون المحكم الأجنبى من المسلمين، ولذا استهل المشرع السعودى نص المادة الثالثة المذكورة بقوله" يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين..."، أى كون المحكم سعودى أو غير سعودى لكن مسلماً.

وشرط الإسلام فى المحكم الأجنبى وفقاً للقانون السعودى ليس بمستغرب، ولا يعد تعصباً، وذلك لأن الشريعة الإسلامية هى المطبقة فى المملكة العربية السعودية ، فكان من الطبيعى أن ينص المشرع السعودى على اشتراط الإسلام فى المحكم الأجنبى الذى تقضى به الشريعة الغراء على الرأى الراجح بين الفقهاء فى هذا الصدد[٢]، وذلك لأن المسلم هو أقدر من غيره على فهم ومعرفة أحكام الشريعة الإسلامية [٣].

٧) الشروط الواجب توافرها فى المحكمين وفقاً للشريعة الإسلامية:

توجب الشريعة الغراء لصحة الإتفاق على التحكيم توافر شروط معينة فى المحكم:

---

(١) راجع فى ذلك: د. محمد فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ١٤٣ وما بعدها .

(٢) وذلك لأن هناك بعض الفقهاء كالإمام أبو حنيفه لم يشترط الإسلام فى المحكم، فيجوز عنده أن يتولى التحكيم ذمياً، وذلك على نحو ما سنرى عند بحث الشروط الواجب توافرها فى المحكمين وفقاً للشريعة الإسلامية.

(٣) راجع فى ذلك: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٩٩٧ وما بعدها .

فتشترط البلوغ والتكليف (الأهلية)، ولذلك لا يجوز تحكيم الصبى غير المميز أو المجنون، لأن هؤلاء لا يستطيعون التمييز، وهم غير مكلفين ، بالحديث الذى رواه الإمام البخارى فى صحيحة عن على رضى الله عنه أنه قال لعمر بن الخطاب" أما علمت أن القلم رفع عن ثلاث عن المجنون حتى يفيق وعن الصبى حتى يدرك وعن النائم حتى يستيقظ"، وبناء على ذلك إذا تولى التحكيم صبياً أو مختل العقل فإن التحكيم يكون باطلاً.

ولا يكتفى بالعقل المشترط فى التكليف بل لابد أن يكون المحكم صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة يتوصل بخبرته وذكائه إلى حل ما أشكل وفصل ما أعضل.(١)

وقد أجاز بعض الفقهاء تحكيم الصبى المميز، فرب غلام لم يبلغ له علم بالسنة والقضاء، وأساس هذا القول أن التحكيم يعتبر من باب الوكالة لا الولاية.(٢)

وفى هذا الشرط تتفق التشريعات الوضعية سالفة الذكر مع أحكام الشريعة الغراء، فقد رأينا أن هذه التشريعات تشترط فى المحكم توافر أهلية معينه تقتضى البلوغ والتكليف، كما رأينا فى ذلك أيضاً اشتراط الخبرة، والشريعة أيضاً توجب أن يكون المحكم فطناً بعيداً عن السهو والغفلة يتوصل بخبرته ودرايته إلى المقصود فى هذا الصدد.

كما تشترط الشريعة فى المحكم أن يكون مسلماً، ومن ثم فلا يجوز أن يتولى الفصل فى منازعات المسلمين شخصاً كافراً، وذلك لأن الكافر لا تصح شهادته على المسلم، ومن لا تجوز شهادته لا تصح ولايته، وذلك بمقتضى قول الله تعالى" لَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً".(٣)

وعلى ذلك يقع باطلاً تولية الكافر التحكيم بين المسلمين، وإذا حكم فإن حكمه يكون باطلاً أيضا،لأن الإسلام- باتفاق الفقهاء – شرط فى صحة التولية، وصحة الحكم فى منازعات

---

(١) أنظر فى ذلك: تبصره الحكام لابن فرحون، ج(١)، ص ١٧ ومابعدها، أدب القاضى للماوردى، ج(١)، ص ٦٢٠ .

(٢) أنظر: المنتقى للباجى، ج(٥)، ص ٢٢٥ وما بعدها.

(٣) الآية(١٤١) سورة النساء.

المسلمين.[1]

أما إذا كان أحد أطراف المنازعة شخصاً غير مسلماً فالجمهور من الفقهاء يرى أنه لا يصح تحكيم غير المسلم للحكم بينهما، فينبغى فى المحكم توافر شرط الإسلام أيضاً. وخالف فى ذلك الحنفية فهم على جواز تحكيم الكافر فى حق الكافر، لأنه من أهل الشهادة فى حقه، وبغض النظر عن اتحاد ملتهم أو اختلافها لأن الكفر ملة واحدة.[2]

وفى هذا الشرط يختلف ما عليه الحال فى التشريعات الوضعية التى لا تشترط الإسلام فى المحكم مع ما تقرره الشريعة الغراء فى هذا الصدد، ولكن يمكن تعويل هذه التشريعات – كالتشريع المصرى والإماراتى وغيرهما – على رأى الأحناف الذين أجازو تحكيم غير المسلم، بيد أنه ينبغى تقييد هذه الإجازة بالأمور الخاصة بغير المسلمين، كأحوالهم الشخصية، أو بأمور المسلمين غير المندرجة تحت مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم لا يجوز مطلقاً تحكيم غير المسلم فى شقاق الزوجين المسلمين مثلاً، أو فيما يخص الأحوال الشخصية للمسلمين.

وبهذا يكون التشريع السعودى هو الذى يتفق مع ما تمليه الشريعة الغراء فى هذا الصدد من أحكام، حيث رأينا أن المشرع السعودى قد نص صراحة على ضرورة توافر شرط الإسلام فى المحكم، وذلك فى المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر.

---

(١) أنظر فى ذلك: شرح الدر المختار للحصكفى، ج٢، ص ١٥٠، بدائع الصنائع للكسانى، ج٧، ص ٣، المغنى لأبن قدامه، ج١٠، ص ٢٢٧، شرح الخرشى على مختصر خليل، ج٧، ص ١٤٦.

(٢) أنظر: أدب القاضى للخصاف شرح الحصاص، ص ٥٨٦، معين الحكام للطرابلسى، ص ٢٥.
وأنظر تفصيل هذا الخلاف فى: د. اسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها. حيث يذكر سيادته أيضاً فى هذا الموطن خلاف الفقهاء فى حكم تولى المرأة التحكيم، فذهب الجمهور على عدم جواز تولية المرأة التحكيم، وذهب أبن جرير الطبرى وأبن حزم إلى جواز ذلك. وقد أشار فى ذلك إلى المهذب لشيرازى، ج٢، ص ٣٠٧، وأدب القاضى للماوردى، ج١، ص ٦٢٦، والمغنى لابن قدامه، ج٩، ص ٣٩، والمحلى لابن حزم الظاهرى، ج٩، ص ٤٩٠.
ويذهب الرأى الغالب فى الفقه الإسلامى إلى عدم جواز تحكيم المرأة، تأسيساً على أنه لا يجوز لها تولى القضاء. غير أن الحنفية قد ذهبوا مع ذلك إلى إجازة توليها القضاء، لأنهم قد ربطوا القضاء بالشهادة فأجازوا قضاء المرأة فيما تصح فيه شهادتها. راجع فى ذلك لمزيد من التفاصيل: نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلى، الرسالة السابق الإشارة إليها، ص ٢٤٩ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ١٨٠ ومابعدها.

كما تشترط الشريعة الإسلامية فى المحكم أيضاً سلامة الحواس،بمعنى أن يكون المحكم – شأنه شأن القاضى فى ذلك- ناطقاً سميعاً بصيراً، وذلك حتى يتسنى له النطق بالحكم، ويعلم الناس بحكمة، وحتى يستطيع سماع حجج الخصوم وشهادة الشهود، وحتى يمكنه تمييز المدعى من المدعى عليه، وتمييز الشاهد من المشهود له أو ضده. وبالرغم من ذلك فقد أجاز بعض الفقهاء تحكيم الأعمى طالما أنه يدرك ويستطيع التعبير عن رأية، لأن ذلك هو المقصود واللازم فى التحكيم.(١)

وإذا كان هذا الشرط(سلامة الحواس) قد أنفردت به الشريعة الإسلامية، حيث لم نجد نصاً فى التشريعات الوضعية سالفة الذكر يفيد إشتراط هذا الشرط فى المحكم، فإن ذلك ليس معناه أن هذه التشريعات لا تشترط أن يكون المحكم سليم الحواس، بل أن هذا الشرط وإن لم ينص عليه فإنه يفهم بداهة، فمن غير المعقول أن يتولى التحكيم شخصاً أصم أو أخرس لما فى ذلك من إعاقة عملية التحكيم.

وإذا كانت التشريعات الوضعية تشترط إنتفاء مصلحة المحكم من النزاع المعروض، والوترية فى حالة التعدد، فإن الشريعة الغراء لا تنكر ذلك، بل أنها توجب إنتفاء المصلحة، وتبيح التعدد فى عددالمحكمين على نحو ما تقدم بيانه.

تلك كانت الشروط الواجب توافرها فى المحكمين، والتى ينبغى توافرها لصحة الإتفاق على التحكيم، ولا تتم هذه الصحة لهذا الإتفاق إلا بتوافر شروط معينة فى موضوع النزاع، وهى التى ستكون محل المبحث التالى.

---

(١) راجع: نهاية المحتاج للرملى، ج٢، ص ٢٤٢، أسنى المطالب، ج٤، ص ٢٠٨، الكافى فى فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج٣، ص ٢٧٤، والمغنى والشرح الكبير، ج١٠، ص ٥٤٤، والبدائع للكسانى، ج٧، ص٥، د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٩٥ وما بعدها.

المبحث الثانى
الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم
(المجال الذى يجوز فيه التحكيم)

بعد أن عرفنا من خلال المبحث السابق الشروط المتعلقة بأطراف التحكيم والواجب توافرها لصحة الإتفاق على التحكيم، نتناول هنا تحديد محل إتفاق التحكيم، أو موضوع المنازعات التى يمكن أن يشملها إتفاق التحكيم (L'objet de l'arbitrage) ٠

ويقصد بموضوع النزاع محل المنازعة – أو المنازعات- التى تم الإتفاق على حلها عن طريق التحكيم بموجب الإتفاق على التحكيم(سواء كان فى صورة شرط أو مشارطه تحكيم)٠

وتشترط القوانين الوطنية والإتفاقات الدولية – لصحة الإتفاق على التحكيم والاعتراف به فى صورتيه – أن يكون محل النزاع أو موضوعه من المسائل التى يجوز فيها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلاً، لا سيما إذا أخذ هذا الإتفاق صورة مشارطة تحكيم[1]. ولقد حددت التشريعات الوطنية النطاق الموضوعى لإتفاق التحكيم، بموجب نصوص وردت فى قوانين التحكيم، وأخرى وردت فى قوانين خاصة.[2]

فنص المشرع المصرى فى المادة(١١) من قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م على أنه " لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه، ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح"٠

ونص المشرع الإماراتى فى قانون التحكيم الإماراتى سالف الذكر فى المادة

---

(١) لأن مشارطة التحكيم – كما عرفنا سلفاً – تتم بعد نشوء الخلاف، ولذلك يكون من السهل معرفة النزاع، ويمكن تحديدة بدقة، ولذلك تنص القوانين على ضرورة تحديد موضوع النزاع فى هذه الحالة بموجب هذه المشارطة وإلا كان الإتفاق باطلاً، كما هو الحال فى القانون الفرنسى بمقتضى نص المادة(١٤٤٨) من قانون المرافعات الفرنسى٠ راجع فى ذلك:

Ph.Fouchard, op. cit.p.650 et s.

(٢) فقد استبعدت هذه التشريعات بعض المنازعات من نطاق التحكيم بموجب قوانين خاصة سنذكرها فيما بعد٠

(٤/٢٠٣) على أنه " لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح".[١]

ونص المشرع السعودى فى اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الحالى لسنة ١٩٨٣م فى المادة الأولى منها على أنه "لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين وكل ما هو متعلق بالنظام العام".[٢]

ويتضح من هذه النصوص التى وردت فى قوانين التحكيم أنها تتفق على اشتراط أن يكون موضوع المنازعة التى يتفق الأطراف على فضه عن طريق التحكيم متعلق بمسألة لا يجوز فيها الصلح.[٣]

والمسائل التى لا يجوز فيها الصلح هى التى تتعلق بشخصية الإنسان دون الحقوق المالية التى تترتب على هذه المسائل. ومن ثم لا يجوز الإتفاق على التحكيم فى الموضوعات المتصلة بالأحوال الشخصية، كالبنوة والزواج والطلاق والميراث والحضانة وثبوت النسب والحجر، وإن كان يجوز التحكيم فى المسائل المالية المترتبة على مسائل الأحوال الشخصية كتحديد مقدار المهر أو النفقة أو التعويض عن العدول عن الخطبه.[٤]

كم أنه لا يجوز التحكيم- وكذلك الصلح – فى المسائل المتصلة بالنظام العام، كالجرائم الجنائية، وإن كان يجوز التحكيم فى تحديد مقدار التعويض الناجم عن المسئولية الجنائية للمجنى عليه، وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا الصدد بأن" تحديد مسئولية الجانى عن الجريمة تتعلق بالنظام العام، ولا يصح أن تكون محلا لصلح

---

(١) راجع: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٢٥ .

(٢) راجع: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٤٠ .

(٣) راجع فى ذلك: د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٤١ وما بعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص٤٣٠ وما بعدها، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ١٦٠ وما بعدها، د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الإختيارى والإجبارى ، المرجع السابق، ص ٧٢ ومابعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١٤٥ وما بعدها.

(٤) راجع أيضا: د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٤١ وما بعدها.

أو تحكيم".[1]

كما لا يجوز التحكيم بصدد نزاع محله دين قمار، أو يتصل بنزع الملكية للمنفعة العامة،أو باكتساب الجنسية أو بصدد إجراءات التنفيذ الجبرى، وما إلى ذلك من المسائل التى لا يجوز فيها الصلح.

ولقد عددت المادة(٢٠٦٠) من القانون الفرنسى سالف الذكر بعض الحالات التى تعتبر من النظام العام(L'ordre pulic) وبالتالى منع فيها التحكيم كما يمنع فيها الصلح، ومن هذه الحالات المسائل المتعلقة بالأهلية، والأمور المتعلقة بالطلاق أو التفريق الجسمانى، والمنازعات الخاصة بالمؤسسات العامة.[2]

وإذا كان من الصعب تحديد المسائل التى تتعلق بالنظام العام على الصعيد الدولى، إلا أنه توجد حالات قليلة يمكن القول بصددها أنها تعتبر متعلقة بالنظام العام الدولى، وهذه الحالات قد كشفت عنها الوثائق الدولية فى مجال التحكيم، ومنها الإتفاقات الخاصة بتهريب المخدرات، والإتفاقات التى تتعلق ببيع الأسلحة دون موافقة الدولة المعنية، أو التوسط فى نظير عمولة للحصول على عقد من العقود، أو الحصول على اعتماد مصرفى على صعيد التعامل التجارى الدولى.[3] ولا تخلو القوانين الوضعية من النص فى تشريعاتها على حظر هذه الأفعال والمعاقبة عليها لمخالفتها للنظام العام.

كما أن التشريعات الوطنية قد أخرجت من نطاق التحكيم بعض المنازعات الخاصة- نظراً لأهميتها وخطورتها – وذلك بمقتضى نصوص قانونية خاصة . ومن هذه النظم كل

---

(١) محكمة النقد فى جلسة ٢ديسمبر ١٩٨٠م، فى الطعن رقم (٥٦٢) لسنة (٤٧) ق، المجموعة، السنة (٢١)،ص ١٩٨٩ .

(٢) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن:

R.David, op. cit. p. 259 et s, p. Lalive, problemes spécifiques de l'arbitrage International, Rev. de l'arlitrage, 1980,p. 350 et s.

وراجع أيضا: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ١٣١ وما بعدها.

(٣) أنظر فى ذلك قرار تحكيم الغرفة التجارية الدولية فى القضية رقم(٢٤٣٠) المنشور فى:

Journal de droit international 1984. p.914 .

وراجع أيضا: د. فوزى سامى، المرجع السابق، ص ١٣١ وما بعدها.

من مصر والإمارات والسعودية، وسنقوم بتفصيل كل نظام منها على الوجه التالى:

أولا: المنازعات التى لايسرى عليها قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤ م فى ج٠م٠ع:

يخرج من نطاق تطبيق قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م بعض المنازعات، ومنها على سبيل المثال :[١]

١) **المنازعات الخاصة بالعمل:** نصت المادة (٩٣) من قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) قبل تعديله، لسنة ١٩٨١م، على نظام التحكيم فى منازعات العمل، وهو تحكيماً خاصاً يخرج عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، وبالتالى لا يسرى أحكام هذا الأخير على منازعات العمل.

٢) **التحكيم الجمركى:** تضمن القانون رقم(٦٦) لسنة ١٩٦٣م فى شأن الجمارك تنظيماً خاصاً للتحكيم الجمركى، حيث أخرج المنازعات االخاصة بهذا النوع من المنازعات عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م.

٣) **المنازعات التى تختص بها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة:** تضمنت المادة(٦٦) بند(د) من القانون رقم(٤٧) لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة النص على اختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بإصدار قرار مسبب فى صورة رأى ملزم فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات والمصالح العامة، أو بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة، أو بين الهيئات المحلية، أو بين هذه الجهات وبعضها. ومن ثم لا يسرى قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م على تلك المنازعات.

٤) **المنازعات المتعلقة بالضريبة العامة على المُبيعات:** تضمن قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم(١١) لسنة ١٩٩١م نظاماً خاصاً للتحكيم بين الممولين ومصلحة الضرائب على المبيعات، ومن ثم لا يسرى قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة

---

(١) راجع فى ذلك:د٠ ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، المرجع السابق، ص ٢٤٠ وما بعدها، وص ١٥٢ وما بعدها، د٠ محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها، د٠ عبدالحميد المنشاوى، التحكيم الدولى والداخلى، المرجع السابق، ص ١٥ وما بعدها، د٠ عبدالحميد الشواربى، التحكيم والتصالح فى ضوء الفقه والقضاء والتشريع، ١٩٩٦م، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية، ص ٢٧ وما بعدها، وص ٢٨٥ وما بعدها.

١٩٩٤م على هذه المنازعات الخاصة بالضريبة العامة على المبيعات.

٥) **المنازعات الخاصة ببورصة البضاعة الحاضرة:** نص القانون رقم(١٤١) لسنة ١٩٩٤م الصادر بشأن إنشاء بورصة البضاعة الحاضرة للأقطان على أن تنتخب لجنة البورصة بالاقتراع السرى فى أول اجتماع لها بعد انتخاب الرئيس وخمسة من أعضاء البورصة تتكون منهم لجنة تحكيم القطن. وتنتخب اللجنة كذلك عدداً مماثلاً كأعضاء احتياطيين يحلون عند اللزوم محل الأعضاء الأصليين المتغيبين، أو الذين لهم مصلحة فى النزاع المعروض. وتختص لجنة التحكيم المذكورة – باعتبارها مفوضة فى الصلح – بالفصل فى جميع المنازعات التى تقع بين أعضاء البورصة، والمتعلقة بتعاملاتهم داخل البورصة، شراءاً أو بيعاً أو تسليماً للقطن، وفقاً للقواعد المنصوص عليها فى هذا القانون ولائحته التنفيذية.

ويصبح قرار لجنة التحكيم نهائياً وملزماً للطرفين، ويكون واجب النفاذ بمجرد أعلامه إلى طرفى النزاع، فإذا أمتنع الطرف المحكوم ضده عن تنفيذ هذا القرار بعد إنذاره وعدم قيامه بالتنفيذ فى المدة المحددة لذلك أحالته اللجنة إلى مجلس التأديب.

تلك بعض الأمثلة لحالات التحكيم الخاص وفقاً للقانون المصرى والتى تخرج عن نطاق قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فلا يسرى عليها، وإنما تخضع هذه الحالات لأحكام القوانين الصادرة بشأنها.

هذا وتجدر الإشارة هنا إلى أن هناك بعض المنازعات لا يجوز الإتفاق على فصلها عن طريق التحكيم إلا بعد الحصول على موافقة بعض الجهات المختصة كالحصول على موافقة الوزير المختص أو من ينوب عنه وهذا بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة فى منازعات العقودالإدارية.[١]

وهذا ما أوضحته الفقرة الثانية(المضافة بالقانون رقم(٩) لسنة ١٩٩٧م) من المادة

---

(١) أنظر المبادئ التى أرساها مجلس الدولة المصرى بشأن التحكيم فى تلك العقود. فى المبادئ القضائية فى التحكيم التجارى الدولى للمستشار/ محمد شتا أبو سعد، لسنة ٢٠٠٠م، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٧٧ ومابعدها.

الأولى من القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م.[١] حيث جاء فيها " وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض فى ذلك".

وتقر معظم الدول العربية هذا الموقف الذى سلكه المشرع المصرى بشأن التحكيم فى مجال العقود الإدارية، ومن هذه الدول المملكة العربية السعودية التى تجيز التحكيم فى جميع منازعات العقودالإدارية،كما هو الحال فى التشريع المصرى، مع الإختلاف فى السلطة المختصة بالموافقة على لجوء الإدارة إلى التحكيم.[٢]

ثانيا: المنازعات التى لايسرى عليها قانون التحكيم وفقاً للتشريع الإماراتى:

---

(١) فقد أضيفت هذه الفقرة بالقانون المذكور بشأن تعديل بعض أحكام قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م – الجريدة الرسمية العدد العشرون فى ١٥/٥/١٩٩٧م. وقد جاء فى مناقشات مجلس الشعب بشأن هذا التعديل أن مشروع قانون بتعديل أحكام قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، واقتراح بمشروع قانون بتفسير المادة مقدم من الدكتور إدوارد غالى الذهبى، حيث أشارت اللجنة فى تقريرها إلى أنه فى الفترة السابقة على صدور القانون المذكور كانت مسألة جواز الإتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية محل خلاف فى الرأى، وصدرت فى خصوصها أحكام قضائية. وقد تباينت الآراء فى ذلك، فقد أجازت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة التحكيم فى العقود الإدارية، بينما لم تجز المحكمة الإدارية العليا التحكيم فى هذه العقود، واستمرت المناقشة حول هذا الموضوع وقبل قفل بابها وافق المجلس على مشروع القانون الذى يقضى بجواز الإتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية وتعتمد الجهة الإدارية الإتفاق وضبطه تحقيقا للصالح العام بهدف تشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية لكى تحقق أهدافها. راجع فى شأن التحكيم فى العقود الإدارية فى جمهورية مصر العربية:د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ١٤٨ وما بعدها، محمد كمال منير، مدى جواز الإتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختيارى فى العقود الإدارية، مقالة منشورة فى مجلة العلوم الإدارية، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول، يونية سنة ١٩٩١م، ص ٣٣٩ ومابعدها،د. أحمد شرف الدين، التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، ١٩٩٣م، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ١٨١ وما بعدها، د.محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص ٥٢٤ ومابعدها،د. حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها، وص ١٨ ومابعدها،د. جورجى شفيق جورجى، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات فى مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٥ م وما بعدها، د. يسرى العصار، التحكيم فى المنازعات الإدارية ا لعقدية والمنازعات الإدارية غير العقدية، المرجع السابق، ص ٦٥ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى،لسنة ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية، ص ١٥٧ إلى ص ٢٠٧ – حيث يورد فى هذا الصدد اختلاف الفقه، وتباين أحكام القضاء، وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى حول مدى جواز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، كما أورد أيضا التشريعات العربية التى =

يخرج من نطاق قانون التحكيم الإتحادى لدولة الإمارات العربية رقم(١١) لسنة ١٩٩٢م (والتى تدخل ضمن قانون المرافعات الإماراتى)، فضلاً عن المسائل التى لا يجوز فيها التحكيم، حالات خاصة لا يسرى عليها قانون التحكيم المذكور، فتخرج من اختصاصه، وتجعل الاختصاص بها حتماً للقضاء الوطنى، ومن أهم هذه الحالات المسائل الخاصة بالوكالات التجارية، [١] فقد أخرجها المشرع الإماراتى من دائرة التحكيم إلى لجان قضائية يشكلها وزير الاقتصاد والتجارة، وذلك بمقتضى قانون تنظيم الوكالات التجارية الصادر بالقانون الإتحادى رقم(١٨) لسنة ١٩٨١م.[٢]

ولقد أصدر القضاء الإماراتى حكمين هامين – أحدهما من محكمة النقض الاتحادية، والآخر من محكمة تمييز دبى – حول التحكيم فى قضايا الوكالات التجارية، وفيما يلى تفصيل هذين الحكمين:

الحكم الأول: والصادر من محكمة النقض الإتحادية بتاريخ ١٤ فبراير سنة ١٩٩٥م: [٣]

صدر هذا الحكم عن دائرة النقض المدنية فى المحكمة الإتحادية العليا بصدد دعوى ما بين الشركة العالمية لخدمات حقول البترول وشركة توتال العالمية للتوزيع. وتتلخص وقائعها فى أن الشركة المدعية كانت قد وقعت على عقد تمثيل تجارى مع الشركة

= أجازت التحكيم فقط فى منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولى، وذلك على سبيل الاستثناء ومن هذه التشريعات: التشريع الليبى الصادر فى ١٩٨٦/١١/٢٠م، والتشريع الجزائرى الصادر فى ١٩٩٣/٤/٢٣م، والتشريع التونسى الصادر فى ١٩٩٣/٤/٢٦و التشريع اللبنانى الصادر فى عام ١٩٨٣م.
وراجع أيضا: د. أحمد صالح على مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه من حقوق القاهرة لعام ٢٠٠٠م، حيث يبين موقف القضاءالمصرى من إتفاق التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى، وذلك من خلال الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٩٦/١/٢٨م برفض دعوى وزارة الأشغال العامة ببطلان قرار هيئة التحكيم باختصاصها بالفصل فى النزاع الناشئ عن عقد إدارى، والحكم الصادر من محكمة إستئناف القاهرة بتاريخ ١٩٩٧/٣/١٩م برفض دعوى بطلان حكم تحكيم صادر فى نزاع يتعلق بعقد إدارى. أنظر ص ٣٦١ وما بعدها.

(١) راجع : فى التنظيم القانونى للوكالات التجارية، من حيث المقصود بها والشروط الواجبة لمزاولتها، والإجراءات المتبعه لقيدها، والجزاء المترتب على مخالفة هذه الإجراءات: د. سميحة القليوبى: العقود التجارية، ١٩٩٢م، دار النهضة العربية، ص ١٦٠ وما بعدها.

(٢) راجع: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٢٥ ومابعدها.

(٣) راجع: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٢٥ ومابعدها.

المدعى عليها يجعل منها وكيلاً حصرياً لاستيراد زيوت التزليق وشراء الزيوت الأساسية المنتجة من قبل الشركة المدعية، وتم تسجيل هذه الوكالة لدى وزارة الاقتصاد والتجارة، ولكن الشركة المدعى عليها قامت بتوجية فاكس بتاريخ ٢٥ فبراير ١٩٨٩م إلى الشركة المدعية تعلمها فيه بإنهاء الإتفاق المبرم بينهما بدون مبررات سائغة.

هذا وقد رفضت الشركة المدعية هذا الإنهاء، واعتبرت الإتفاق قائماً ونافذاً، وأقامت دعوى ضد الشركة المدعى عليها طالبت فيها المدعية بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن إلغاء العقد، وما يستتبع ذلك من إلغاء تسجيلها فى وزارة الاقتصاد والتجارة، وأجابت الشركة المدعى عليها بدفع عدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم فى البند السادس من الإتفاق المبرم بين الشركتين.

وفى تاريخ ٨ يناير عام ١٩٩٢م حكمت المحكمة الابتدائية بعدم قبول الدعوى. ولكن الشركة المدعية أستأنفت هذا الحكم، حيث حكمت محكمة الإستئناف فى ٢٩ أبريل عام ١٩٩٢م برفض الإستئناف، فطعنت الشركة المدعية بطريق النقض فى هذا القرار الصادر من محكمة الإستئناف، فقررت المحكمة العليا فى ٢٠ مارس ١٩٩٤م نقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف أبو ظبى للفصل فيها.

وفى تاريخ ٢٨ يونية ١٩٩٤م قضت المحكمة الأخيرة برفض الإستئناف، وأيدت الحكم المستأنف، وقضت المحكمة الإتحادية العليا بنقض الحكم المطعون، وإعادة الدعوى إلى المحكمة الإتحادية العليا بنقض الحكم المطعون، وإعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فيها. واعتبرت هذه المحكمة" أنَ القانون رقم(١٤) لسنة ١٩٨٨م أناط بمحاكم الدولة الفصل فى كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد الوكالة التجارية بين الوكيل والموكل، وإبطال كل إتفاق يخالف ذلك، متى كانت الوكالة مسجلة فىُ سجل الوكلاء التجاريين".

ولما كان الطرفان قد اتفقا على التحكيم، باتفاقية التحكيم الموقعة بتاريخ١٩٨٨/٦/١. ولما كانت الدعوى قد رفعت بعد نفاذ القانون رقم(١٤) لسنة ١٩٨٨م، وعليه فإن القانون

يجعل سريان شرط التحكيم بأثر فورى، باعتباره متعلقاً بالنظام العام، ومن ثم فلا يعتد بشرط التحكيم، وينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة بنظر النزاع الناشئ بين الشركتين عند تنفيذ عقد الوكالة التجارية.

أما الحكم الثانى والصادر من محكمة تمييز دبى بتاريخ ١٩٩١/١١/١٠م.[١] فيتعلق أيضاً بموضوع عقود تمثيل الوكالات التجارية، وذلك فى النزاع الذى نشب بين شركة مدعية كانت قد وقعت مع الشركة المدعى عليها عقد تمثيل تجارى لبيع السيارات، وقد تضمن هذا العقد شرطاً تحكيمياً يتضمن إحالة النزاع الذى يمكن أن ينشأ بينهما إلى التحكيم.

وقد أقامت الشركة المدعية دعوى أمام محكمة دبى الإبتدائية طالبت فيها فسخ العقد المبرم مع الشركة الأخرى لعدم تنفيذ هذه الأخيرة كافة واجباتها، وتمسكت الشركة المدعى عليها بالتحكيم وطالبت بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم . وقضت المحكمة الإبتدائية بعدم قبول الدعوى. فاستأنفت الشركة المدعية هذا الحكم، حيث رفضت محكمة الإستئناف ذلك وأيدت الحكم المستأنف.

طعنت الشركة أمام محكمة تمييز دبى فى الحكم الصادر من محكمة الإستئناف، وادعت فى تمييزها أن الحكم المطعون فيه يخالف القانون، وقالت أن تمسك الدولة بحق قضائها فى النظر فى المنازعات التى تدخل فى صلاحية هذا القضاء يعتبر من أعمال السيادة التى تتعلق بالنظام العام.

وقد ردت محكمة النقض هذا الإدعاء بقولها" أن الإتفاق على التحكيم الذى يجرى فى الخارج على يد محكمين أجانب لا يمس النظام العام. وأيدت بذلك الحكم المستأنف إلى أن المادة (٣٢) من قانون العقود الدبوى قد حرص على تأكيد كفالة الحق فى الالتجاء إلى القضاء باعتباره الطريق العادى و الأصلى لحسم المنازعات وفضها فى نفس الوقت، وقد حرص المشرع الدبوى على إجازة الإتفاق على التحكيم لحسم نزاع معين، بما مؤداه أن الإتفاق على التحكيم فى ذاته ليس فيه ما يمس النظام العام ولا يخالفه.

---

(١) محكمة تمييز دبى فى الطعن رقم(٢٩٣) لسنة ١٩٩١م مشار إليه فى: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

ولما كان ذلك وكانت عبارة الفض بجواز اللجوء إلى التحكيم قد جاءت فى صيغة عامة مطلقة، ومن ثم فلا محل لتقييدها بقصرها على التحكيم داخل الدولة دون التحكيم خارجها، وبالتالى فإن شرط التحكيم الوارد بعقد التمثيل التجارى محل الدعوى والمتضمن إجراء التحكيم بالخارج بمحكمين أجانب ليس فيه ما يخالف النظام العام.

ثالثا: المنازعات التى لا يسرى عليها قانون التحكيم وفقاً للتشريع السعودى:

فضلاً عن الحظر الذى بينه نص المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودى الحالى رقم(٤٦) لسنة ١٩٨٣م، والذى بمقتضاه لا يسرى التحكيم على المسائل التى لا يجوز فيها الصلح، كالحدود واللعان بين الزوجين وكل ما يتعلق بالنظام العام. فإن المشرع السعودى أخرج حالات أخرى من نطاق نظام التحكيم المذكور، وذلك بموجب نصوص خاصة، أو نتيجة لبعض الممارسات الإدارية، **ومن هذه الحالات أو المنازعات ما يلى:**

(١) المنازعات التى تقع بين الشركاء والشركة أوبين الشركاء وبعضهم: فقد أصدر وزير التجارة مذكرة وزارية بتاريخ ١٩٨١/١٠/٣١م إلى سجل التجارة يمنع فيها قيد أو تسجيل أى شركة يتضمن نظامها شرطاً تحكيمياً يقضى بإحالة المنازعات التى تقع بين الشركاء أو بينهم وبين الشركة على تحكيم يجرى خارج السعودية، إلا إذا حصلت الشركة على ترخيص أو أذن بذلك من الوزير المختص.[١]

(٢) المنازعات المتعلقة بعقد التمثيل التجارى: [٢] وهو العقد الذى نظمه المشرع السعودى لحماية الوكيل التجارى السعودى، لذلك أوجب المشرع السعودى لصحة هذا العقد شكلية خاصة به تتمثل فى تسجيلة فى سجل التجارة السعودى. وتنفيذاً لنظام الوكالات التجارية أصدر وزير التجارة مذكرة وزارية تضع شروطاً ونطاقاً لعقد التمثيل التجارى، وما يجب أن يتضمنه هذا العقد.

---

(١) راجع: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص٣٤٠ وما بعدها.

(٢) وذلك بمقتضى المرسوم الملكى رقم(١١) بتاريخ ١٣٨٢/٢/٢٠هـ بشأن نظام الوكالات التجارية. وقد صدر القرار الوزارى رقم(١٨٩٧) بتاريخ ١٤٠١/٥/٢٤هـ بوضع اللائحة التنفيذية له.

وبيد أن هذه المذكرة المتضمنه صراحة النص على حظر تضمين عقد الوكالة شرطاً تحكيمياً، وأيضاً لم تتضمن حظراً على السجل المعد للوكلاء التجاريين بقيد عقد التمثيل التجارى يتضمن شرطاً تحكيمياً. لكن الواقع غير ذلك، فقد وضعت الإدارة عقداً نموذجياً للتمثيل التجارى يتضمن شرطاً يقضى بأن أى نزاع يحدث فى ذلك يحال على " هيئة حسم المنازعات التجارية"، واعتمدت إدارة السجل الخاص بالوكالاء التجاريين هذا النموذج، وهى ترفض تسجيل كل عقد لا يتقيد بهذا النموذج أو ذلك الشكل المذكور.[1]

٣)المنازعات بين المقاول الأجنبى ووكيلة السعودى: وقد خرجت هذه المنازعات من نطاق نظام التحكيم السعودى بمقتضى الممارسات الإدارية، حيث نصت المادة (١١) من نظام العلاقة بين المقاول الأجنبى ووكيلة السعودى بأنه مع عدم الإخلال بما تقضى به الأنظمة الأخرى تكون هيئة حسم المنازعات التجارية صالحة للنظر فى أى نزاع يمكن أن ينشأ فى العلاقات ما بين المقاول الأجنبى ووكيلة السعودى.[2] ولكن ممارسة التحكيم الدولى أدت إلى اعتبار النصوص القانونية الداخلية لنظام قانونى معين، والتى تحدد جهات الاختصاص الداخلية للنظر بنزاعات معينة، لا يمكن الأخذ بها كنصوص تتعلق بالنظام العام الدولى، تحدد قابلية هذه المنازعات للتحكيم.[3]

رابعا: موقف الشريعة الإسلامية من الشروط المتعلقة بموضوع النزاع:

بعد استقراء الآراء المختلفة فى الفقه الإسلامى، يمكن القول بأن الفقهاء قد أشترطوا

---

١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٤٠ ،حيث يشير فى هذا الموطن إلى أن وزارة التجارة تقبل منذ مدة الشرط التحكيمى الذى يحيل إلى تحكيم يجرى خارج السعودية، بشرط أن يكون القانون السعودى مطبقاً فى تفسير العقد. وفى التعريف بالتمثيل التجارى وتحديد العلاقة بين الممثل التجارى والمفوض أنظر: د. سميحة القليوبى، العقود التجارية، المرجع السابق، ص ١٥٠ ومابعدها.

(٢) فقد وافق مجلس الوزراء السعودى على النظام فى قراره رقم(١٢٦) فى تاريخ ١٣٩٨/١/١٥هـ، وتوج بالمرسوم الملكى رقم(م/٢) بتاريخ ١٣٩٨/١/٢١هـ، ونشر فى الجريدة الرسمية" أم القرى" فى العدد(٢٧٠٨) فى ١١ صفر ١٣٩٨هـ الموافق ٢٠ يناير سنة ١٩٧٨م.

(٣) أنظر القرار التحكيمى الدولى الصادر فى نزاع بين شركة أجنبية ووكيلها السعودى، والمنشور فى:=

لصحة الإتفاق على التحكيم أن يكون الحق موضوع هذا الإتفاق مما يصح أن يكون موضوعاً للتحكيم، بيد أنهم أختلفوا فى تحديد هذا الحق الذى يجوز فيه التحكيم.

ولتحديد هذا الخلاف فى الحق الذى نحن بصدده ينبغى: **أولاً** أن نبين أقسام الحقوق – وفقاً للشريعة الإسلامية - باعتبار من يضاف إليه الحق، ثم نبين **ثانيا** آراء الفقهاء فى تحديد الحق الذى يصلح أن يكون موضوعاً للتحكم.

أولاً: أقسام الحقوق باعتبار من يضاف إليه الحق:

قسم الفقهاء الحقوق باعتبار ذلك إلى ثلاثة أقسام، وهى:(١)

١) حق خالص لله تعالى:

وهو الحق الذى يتعلق بالنفع العام من غير اختصاص بأحد، كحد الجلد أو الرجم فى الزنا، وحد القطع فى السرقة، وحد القتل فى العمد، وحرمان القاتل من الميراث، وخمس المغانم، والعشور على الراضى، وغير ذلك من الحقوق التى تعود بالنفع العام لكافة الناس. وهذه الحقوق يطلق عليها فى القانون الوضعى الأمور المتعلقة بالنظام العام.(٢)

٢) حقوق خالصة للعبد:

وهى الحقوق التى تتعلق بمصلحة دنيوية خاصة بالفرد دون الكافة. وهذه الحقوق أكثر من أن تحصى، كالديون، والأثمان، وحق الشفعة، وحق الإرتفاق، وحق كل من الزوجين على الآخر، وحق الأبناء على الآباء والعكس، وما إلى ذلك من الحقوق التى شرعت لمصلحة دنيوية خاصة.

= Chamy Edouard, l'arbitrage international dans les pays arabes, Thése, paris1,l'arabie, saoudite. p. 299, et s.

وراجع أيضاً: عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٤١ ومابعدها.

(١) أنظر فى تقسيمات الحقوق: الفروق للقرافى، ج١، الفرق رقم ٢٢، مرآة الأصول، شرح مرفاة الوصول لميلاد خسرو، مباحث الحكم عن الأصوليين، د. محمد سلام مدكور، ص ٢٠٥.

(٢) ويذكر البعض أن حقوق الله تعالى أوسع نطاقاً، نظراً لأنها تنظم علاقات أوسع من تلك التى ينظمها القانون الوضعى كالمتعلقة بالعبادات. أنظر فى ذلك:د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٣٢.

٣) حقوق مشتركة بين الله وبين العبد:

وهى على نوعان : ما أجتمع فيه الحقان وحق الله غالب، كحد القذف[١]، وما أجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب، كالقصاص.

وتظهر أهمية تقسيم الحقوق على النحو السابق فى أن حقوق الله تعالى لا يجوز فيها الصلح، وإنما يكون فيها الصلح بين العبد وربه فى إقامتها وليس فى إهمالها، كما أنها حقوق لا تسقط بالاسقاط، ولا تقبل المعاوضة عليها بالمال، ولا يجرى فيها الإرث.[٢]

وبناء على هذا لا يملك الإنسان أو المجتمع كله إسقاط حق من الحقوق الخالصة لله تعالى، والتى ذكرناها فى القسم الأول، والدليل على ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم لمن جاءه يشفع فى حد من حدود الله:" والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها". فعفو المسروق عن السارق بعد رفع الأمر إلى الحاكم لا أثر له، وكذلك رضى المجنى عليه بالقتل أو الجرح، أو إباحة الفرد أو الجماعة الربا أو شرب الخمر لا أثر له فى تحريم ذلك.

وهذا بخلاف حقوق العبد الموضحة فى القسم الثانى، فيجرى فيها الصلح والإسقاط، وتقبل المعاوضة عليها بالمال، ويجرى فيها الإرث. ففى حد القصاص يجوز لولى المقتول التصالح عليه وقبول الدية بدلاً منه، وله أن يعفو عن القاتل بلا مقابل، قال تعالى" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ "[٣]. وفى حق الدين إذا توفى صاحبه كان لورثته استيفاء هذا الحق من المدين. وفى حد القذف لورثة المقذوف المطالبة به عند من يرى أن حق العبد فيه غالب وهم الأحناف كما سبق القول. وقد ذهب الأحناف إلى أن ما أجتمع فيه الحقان (حق الله وحق العبد) إذا أستوفى أحدهما سقط الآخر، فإذا أستوفى القصاص فى

---

(١) وهذا مذهب الشافعية، وقد خالف فى ذلك الحنفية، فقد ذهبوا إلى أن هذا الحق المذكور يغلب فيه حق العبد، فيجرى فيه العقود والإبراء والإرث، ولا يجرى فيه التداخل، فلو قذف شخص جماعة كان لكل واحد منهم أن يستوفى الحد كاملا. أنظر فى ذلك: الأحكام السلطانية للماوردى، ص ٢٢٩ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطى، ص ٤٧٣ .

(٢) أنظر: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٣٣ وما بعدها، هامش رقم(٣).

(٣) الآية(١٧٨) من سورة البقرة.

القتل العمد سقطت الديه والعكس، وإذا أستوفى المهر سقط الحد فى الزنا.[1]

ثانيا: آراء الفقهاء فى تحديد الحقوق التى يجوز فيها التحكيم:

أختلفت أقوال الفقهاء فى ذلك، ويمكن إجمال هذا الخلاف فى اتجاهين على النحو التالى:

الإتجاه الأول: وذهب إلى أن التحكيم يجوز فى الأموال والجراحات، ويمتنع فى الحدود والقصاص واللعان والولاء والنسب والطلاق والعتق والفسخ والنكاح ونحوه، وكل ما يتعلق بصحة العقد وفساده، وذلك لتعلق الحق فى هذه المسائل بغير الخصمين، فلا يجوز أن تكون موضوعاً للإتفاق على التحكيم، بخلاف الأموال (المعاملات) لاختصاص الفرد بالحق فيها. وإلى هذا القول ذهب الحنفية وبعض المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة.[2]

ويبدو أن هذا الاتجاه قد غلب فى التحكيم جانبه الرضائى المستمد من إرادة أطرافه، فلا يجوز التحكيم – فى نظرهم – فيما لا تملكه هذه الإرادة، لأن التحكيم بمنزله الصلح، حيث جاء فى معين الحكام" يصح التحكيم فيما يملكان فعل ذلك بأنفسهما"..، وجاء أيضاً... لأن حكم المحكم بمنزله الصلح فكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه ومالا فلا" [3]، وجاء فى الشرح الصغير: قال بن عرفه" ظاهر الروايات أنه يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه".[4] وقد أيد مجمع الفقه الإسلامى هذا الرأى فقرر فى البند الثالث" لا يجوز التحكيم فى كل ما هو حق لله تعالى، كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه ثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين ممن لا ولاية للحكم عليه، كاللعان لتعلق حق الولد به،

---

(١) أنظر فى ذلك: مباحث الحكم عند الأصوليين، د. محمد سلام مدكور، ص ٢٠٦ .

(٢) أنظر فى ذلك: بدائع الصنائع للكاسانى، ج(٧) ص ٣، البحر الرائق لابن نجيم، ج(٧) ص ٢٦، تبصرة الحكام لابن فرجون، ج(١) ص ٤٣، الشرح الصغير للدردير، ج(٤) ص ١٩٩،مغنى المحتاج للشربينى، ج(٤)، ص ٣٨٠، المغنى لابن قدامه الحنبلى، ج(١١)، ص ٤٨٥ ومابعدها.

(٣) أنظر: معين الحكام للطرابلسى، ص ٢٧ وما بعدها.

(٤) أنظر: الشرح الصغير للدردير، ج(٤)، ص ١٩٨ وما بعدها.

ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه".[1]

الاتجاه الثانى: وقد ذهب إلى أن التحكيم يجوز فى جميع المسائل، فيجوز الإتفاق على التحكيم فى المال، والقصاص والنكاح، واللعان، وحد القذف.

ويظهر هذا الاتجاه بوضوح فى المذهب الحنبلى، حيث يعتبر أن المحكم يعتبر حاكم وحكمه نافذ فى كل ما ينفذ فيه حكم من ولاة، سواء كان إمامَ أو نائبه، حتى فى الدماء والحدود والنكاح واللعان وغيرها، حتى مع وجود قاضى فى هذا الوقت الذى صدر فيه حكم المحكم.[2]

ويبرر بعض المالكية هذا القول بأن حكم المحكم فى الأمور التى لا يجوز له الحكم فيها يمضى ولا ينقضى حتى كان حكمة صواباً لأن هذا الحكم يرفع الخلاف بين المتخاصمين.[3]

ويبرر بعض الشافعية هذا القول بقولهم" لأن من صح حكمه فى مال صح فىغيره، كالقاضى من جهة الإمام.[4]

ويبدو أن هذا الرأى يغلب فى التحكيم جانب السلطة القضائية التى يستمدها المحكم من إتفاق التحكيم وصلاحيته للقضاء، ولذا أجاز هذا الإتجاه الإتفاق على التحكيم فى جميع المسائل والمنازعات، لأن المحكم – فى نظرهم – كالقاضى المولى الذى يجوز له النظر فى جميع المنازعات دون إستثناء.

هذا وبعد عرض آراء الفقهاء فى بيان الحق الذى يمكن أن يكون محلاً للتحكيم نرى أنه لا خلاف بينهم فى إعتبار الأموال وما يجرى مجراها محل للتحكيم، فالجميع يجيز

---

(١) أنظر فى ذلك: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامى من الدورة الثانية إلى العاشرة، القرار رقم٩١(٩/٨)، منشور بمجلة المجمع، العدد التاسع، ج(٤)، ص ٥، البند الثالث من القرار، وهذه الدورات نظمت من عام ١٩٨٥ – ١٩٩٧م.

(٢) أنظر فى ذلك: المغنى لابن قدامه، ج(١١)، ص ٤٨٤ وما بعدها، مطالب أولى النهى للرحيبانى، ج(٦) ص ٤٧٠ وما بعدها.

(٣) أنظر: الشرح الصغير للدردير، ج(٤)، ص ١٩٩ وما بعدها.

(٤) أنظر: مغنى المحتاج للشربينى، ج(٤)، ص ٣٧٩ وما بعدها.

الإتفاق على التحكيم إذا كان محله أو موضوعه مسألة تتعلق بالمعاملات المالية، كالبيوع والتجارة والإيجارة والرهن وما إلى ذلك. وفى هذا تتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية ، حيث يجرى العمل فى ظلها على جواز التحكيم فى المسائل المتعلقة بالمعاملات المالية إلا ما استثنى منها بنص قانونى، على نحو ما رأينا هذه المسائل المستثناه، والتى لا يسرى عليها أحكام قانون التحكيم وفقاً للقانون المصرى والإماراتى والسعودى.

بيد أن الفقهاء قد أختلفوا فيما عدا هذه المسائل المالية، كحدود الله وما يتعلق بها من حق مالى، فذهب الجمهور إلى أن هذه المسائل لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم، لأنها ليس لها طالب معين أو لأن الشارع استلزم فيمن يباشر النظر فيها أن يكون صاحب ولاية عامة لحظرها، ولأن الضرر منها يعود على المجتمع ككل وليس على شخص بعينه.

ولا تخرج عن ذلك الأحكام المقررة فى القوانين الوضعية، حيث قررت معظمها عدم إمكانية الإتفاق على التحكيم إذا تعلقت بالمسائل التى تخص شخصية الإنسان، أو التى تتعلق بالصالح العام،لأن هذه المسائل تتعلق بسيادة الدولة، ومخالفتها تعد إعتداء على هذه السيادة، ولذلك لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، وإلا كان إتفاقهم باطلاً لتعلق مثل هذه المسائل بالنظام العام للدولة، وقد أحسن المشرع السعودى صنعاً عندما نص على ذلك صراحة فى المادة الأولى من المذكرة الإيضاحية لنظام التحكيم(رقم م/٤٦) لسنة ١٩٨٣م، حيث نصت هذه المادة الأولى على أنه " لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين وكل ما هو متعلق بالنظام العام".

وهكذا نجد التشريعات الوطنية، فضلاً عنْ الحالات والمنازعات التى لايسرى عليها قوانين التحكيم، تحدد أيضاً حالات أخرى لا يجوز أن تكون موضوعاً للإتفاق على حلها عن طريق التحكيم، بل تخضع للقضاء الأصلى أو لنظام تحكيمى خاص ، بمُقتضى قوانين، أو نتيجة للممارسات الإدارية على الصعيد الدولى، على نحو ما رأينا، ومن ثم فلكل دولة الحق فى وضع حظر على مسائل معينة، بحيث لا يجوز فض المنازعات الناجمة عنها عن طريق التحكيم، وبالتالى يمتنع على الأفراد الإتفاق على حل منازعاتهم بصدد هذه المسائل عن طريق التحكيم .

ونحن نرى أن تقرير هذا الحق للدولة – الحق فى أن تمنع الأفراد من الإتفاق على التحكيم فى منازعات معينة – يعود أما لأن هذه المنازعات تتعلق بالأحوال الشخصية، وهى بلا شك مستمده من شريعة أو ديانة، وإما تتعلق بالنظام العام للدولة، والخروج عليها يعد إعتداء على سيادة الدولة، وخاصة وأن عملية التحكيم تستمد من إرادة الدولة عندما تنعقد على إجازة ما يتم الإتفاق عليه من الأطراف إذا رأوا الإلتجاء إلى التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء الأصلى الذى يعد إحدى السلطات الرئيسية فى الدولة.

ومسألة النظام العام هى فكرة مرنة، تختلف من دولة إلى أخرى، بل يختلف مضمونها من النطاق المحلى إلى النطاق الدولى، وقد ساهم القضاء الفرنسى فى تقرير الحالات التى تعد من النظام العام.[1]

كما نص القانون المدنى الفرنسى فى المادة السادسة منه على أنه " لا يجوز باتفاقات خاصة مخالفة القوانين التى تخص النظام العام والآداب الحسنة".كما عددت المادة(٢٠٦٠) من ذات القانون بعض الحالات التى تعد كذلك، ومنها المسائل المتعلقة بالأهلية والأمور المتعلقة بالطلاق والتفريق الجسمانى والمنازعات الخاصة بالمؤسسات العامة وما إلى ذلك من الأمور التى تتعلق بالنظام العام والآداب الحسنة للدولة [2].

---

(١) راجع فى هذا الشأن:

P.cortault et G. Flecheux, la notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la cour de cassation française, Rev. arb. 1978, p. 341et s; J.Delvolvé, l'arbitrage et ordre public dans les pays en developement,Rev. arb. 1976, p.95 et s; René David, op. cit. p. 259 et s ; De Boisseson et De juglart, op. cit. p. 40 et s.

وراجع أيضا: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ١٣٠ وما بعدها، وص ١٧٩ وما بعدها، د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ٦٢ ومابعدها، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها، وص ٢٥٢ ومابعدها، د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٤١٩ وما بعدها، وص ٤٢٤ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ٤١ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك"

R.David,op. cit. p. 259, De Boisseson et De juglart, op. cit. p. 40 et s, =

ولما كان الأمر كذلك، فإن الإتفاقات الدولية قد حرصت على النص على هذه المسألة، فنجد بروتوكول جنيف لعام١٩٢٣م لا يلزم الدول بالاعتراف بصحة إتفاق التحكيم، إلا إذا كان يتعلق بمسائل يمكن حلها بالتحكيم، كما أعطى البروتوكول الحق للدولة بأن تجعل إلتزامها يقتصر على أحكام التحكيم فى المسائل التجارية فقط، وهذا ما قررته المادة الثانية من البروتوكول المذكور.(١)

كما نجد إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م نصت على عدم إمكانية الاعتراف بإتفاقات التحكيم إلا إذا كان موضوع تلك الإتفاقات منازعات يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

كذلك جاء فى إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائى لعام ١٩٨٣م النص على ذلك، حيث نصت المادة(٣٧) منها على عدم إمكانية قيام الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم إلا فى الحالات الآتية:

١) إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.

٢) إذا كان فى حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.(٢)

وبناء على هذا نكون قد عرفنا ما يشترط فى محل أو موضوع النزاع وما يتعلق به من أحكام وقد تبين لنا أن كل ما يشترط فى موضوع النزاع هو ألا يكون هذا النزاع فى مسألة لا يجوز حلها بالصلح، بمعنى ألا تكون من مسائل الأحوال الشخصية، أو تكون من المسائل التى تمس كيان الدولة بما يعدها مخالفة للنظام العام للدولة، وذلك فى نظر التشريعات الوضعية.(٣)

=Rubellin Devichi, nature juridique, op. cit. N. 42 et s, et N.55 et s.
وراجع أيضا: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص١٣٠ ومابعدها.

(١) راجع فى ذلك: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ١٣٢ .

(٢) راجع فى ذلك: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ١٣٣ .

(٣) وبناء على ذلك فنحن نؤيد الاتجاه الفهى الذى يرى أن الأصل هو جواز التحكيم والاستثناء هو =

وبناء على هذا يمكن القول بأن نطاق التحكيم فى مجال الشريعة الإسلامية أوسع مما عليه الحال فى القوانين الوضعية، وما يدل على ذلك قول القاضى أبى يعلى الفراء من الحنابلة" أن حكم المحكم ينفذ فى كل شئ إلا فى أربعة أشياء النكاح واللعان والقذف والقصاص"، فإن هذه الأمور تكون من اختصاص القضاء ولا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم٠

وعلى ما تقدم يكون وقد وضح لنا أهمية وكيفية تحديد الحقوق التى يمكن أن تكون موضوعاً للتحكيم فى منظور الشريعة الغراء والقوانين الوضعية، بما فيها النصوص القانونية لبعض الإتفاقات الدولية، وبهذا نكون وقد انتهينا من بيان الشروط الواجب توافرها لصحة الإتفاق على التحكيم والتى تتعلق بموضوع هذا الإتفاق أو محله٠

وفيما يلى نتناول بحث ودراسة آثار هذا الإتفاق والذى تم صحيحاً وفقاً لشروطه القانونية وذلك من خلال الفصل التالى٠

= عدم القابلية للتحكيم فى الأنظمه التحكيمية الوضعية والشرعية السابقة، وأية ذلك أن رفض التحكيم أو الدفع بعدم قبول التحكيم يجب أن يستند إلى نص صريح يقرر ذلك٠ ويترتب على ذلك، أن عبء اثبات عدم القابلية للتحكيم يقع على عاتق الطرف الذى يسعى لاستبعاد التحكيم أو إبطاله، ولا يجوز التوسع فى تفسير المسائل التى لا يجوز فيها التحكيم، ويجب أن يتم تفسير فكرة النظام العام على نحو مقيد وليس على أساس التوسع فى التفسير٠ راجع فى الفقه المؤيد لتلك النظرة: د٠ ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٤٤ مابعدها، د٠ قسمت الجداوى، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى و تجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجى ، مركز القاهرة الأقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى الفترة من ١٢ – ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤م، القاهرة٠

الفصل الرابع

آثار الإتفاق على التحكيم وإنقضاؤه

إذا إنعقد الإتفاق على التحكيم صحيحاً، وفقاً لشروطه السابق عرضها، سواء الواجب توافرها فى أطرافه، أو فى موضوعه، ترتب على ذلك آثاراً قانونية هامه، ذلك أن الإتفاق على التحكيم، شأنه فى ذلك شأن أى تصرف قانونى، يجب أن تتصرف إرادة طرفية إلىإحداث أثر قانونى معين ٠

بيد أن الإتفاق على التحكيم يتسم بخصوصية فى بعض الآثار المترتبه على إنعقاده، والتى تختلف عن تلك التى ترتبها العقود الأخرى، وهذا ما حدى بالدول المختلفة إلى تنظيم هذه الآثار التى يترتبها الإتفاق على التحكيم بنصوص خاصة ، على نحو ما سنرى من خلال دراستنا فى هذا الفصل٠ وتتخلص هذه الآثار القانونية، التى تقررها التشريعات المختلفة ، والتى تقع على عاتق أطراف هذا الإتفاق، سواء المحتكمين أو المحكمين " هيئة التحكيم" ، وتظل هذه الإلتزامات قائمة حتى إنقضاء الإتفاق على التحكيم، والذى ينبغى لتحققه توافر أسباب معينة تكفى أحدها لإنقضاء هذا الإتفاق٠

وحتى تتضح لنا آثار الإتفاق على التحكيم، وبيان الأطراف الذين ينصرف إليهم هذه الآثار ، والأسباب التى تؤدى إلى إنقضاء الإتفاق، سنقوم بدراسة هذا الفصل فى ثلاثة مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول: آثار الإتفاق على التحكيم بالنسبة للمحكم٠

المبحث الثانى: آثار الإتفاق على التحكيم بالنسبة لأطراف التحكيم ٠

المبحث الثالث : إنقضاء الإتفاق على التحكيم٠

المبحث الأول

آثار الإتفاق على التحكيم بالنسبة إلى المحكم

يترتب على صحة الإتفاق على التحكيم سلب الاختصاص من القضاء العادى وتقريره إلىهيئة التحكيم ، سواء كان هذا الإتفاق سابقاً على وقوع النزاع أم كان لاحقاً عليه٠

بيد أن هذا لايعنى أن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع تغل يدها كلية عن عملية التحكيم، إذ تظل تقدم له الخدمات اللازمه لسير الإجراءات المطلوبه له، وتلك التى تلزم لفاعلية حكم التحكيم، كالحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أمامها، أو يمتنع عن الإجابة، بالجزاء المنصوص عليه قانوناً، والأمر بالإنتدابات القضائية، وإيداع قرار التحكيم بقلم الكتاب، والأمر بوضع صيغة التنفيذ عليه إذا كان القانون الوطنى يستلزم ذلك ٠٠٠٠[1]

وقد نصت التشريعات المختلفة، وكذلك الإتفاقات الدولية، على هذا الأثر السلبى المترتب على إتفاق التحكيم، وفى ذلك ما نصت عليه **المادة(١/١٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م**، عندما قضت بأنه " يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى" ٠ وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه " لا يحول رفع الدعوى المشار إليها فى الفقرة السابقة دون البدء فى إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم" ٠[2]

ونص قانون التحكيم الإماراتى فى المادة (٥/٢٠٣) منه على أنه " إذا إتفق الخصوم على التحكيم فى نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء٠ ومع ذلك إذا لجأ أحد

---

(١) راجع فى ذلك: د٠ محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٩٨ وما بعدها، د٠ مصطفى الجمال و د٠ عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥١١ وما بعدها، د٠ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها، د٠ أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ١٢٩، هامش رقم(١) ، د٠ ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٨٦، د٠ أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، المرجع السابق، ص ٦٣ وما بعدها٠

(٢) وهذا ما جرى عليه العمل فى قضاء محكمة النقض المصرية، وقبل النص عليه فى قانون التحكيم، إذ قررت فى هذا الشأن بأن " التحكيم هو طريق إستثنائى، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام٠٠٠ ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه =

الطرفين إلى رفع الدعوى به أمام القضاء دون الإعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الأخر فى الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغيا". (١)

ونص نظام التحكيم السعودى فى المادة السابعة منه على أنه " إذا كان الخصوم قد أتفقوا على التحكيم قبل قيام النزاع، أو إذا صدر قرار بإعتماد وثيقة التحكيم فى نزاع معين قائم، فلا يجوز النظر فى موضوع النزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام " . (٢)

ويستفاد من النصوص السابقة أن الإتفاق على التحكيم يترتب عليه تنازل الخصم عن الإلتجاء إلى القضاء، ومن ثم فيمتنع على المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع نظر الدعوى أو الإستمرار فى نظرها ، وحينئذ تحكم هذه المحكمة بعدم قبول الدعوى . غير أن هذا الحكم لا تصدره المحكمة من تلقاء نفسها، حتى لو تبين لها وجود إتفاق تحكيم، ومعنى ذلك أن إلتجاء أحد الأطراف إلى القضاء يعنى تخليه عن هذا الإتفاق ورغبته فى العودة للقضاء المختص أصلاً، فإذا حضر الطرف الآخر وساير خصمه فى هذا فإن مفاد ذلك تخلية هو أيضاً عن إتفاق التحكيم ، وحينئذ يجب على القاضى التصدى للفصل فى موضوع النزاع، ولا يحكم بعدم قبول الدعوى، أما إذا تمسك الطرف الآخر بإتفاق التحكيم، فهنا فقط

= لو أثير متأخراً بعد الكلام فى الموضوع، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به ....." . نقض مدنى ، فى جلسة ٦ يناير سنة ١٩٧٦م فى الطعن رقم(٩) لسنة (٤٢) ق، المجموعة، السنة (٢٧)، ص ١٣٨، وفى جلسة ٢٦ فبراير سنة ١٩٨١م فى الطعن رقم(٦٩٨) لسنة(٤٧)ق. وراجع فى هذا المعنى وفى هذا الشأن: د. ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٨٢ . وراجع فى شأن التعليق على ما جاء بشأن المادة(١٣) من قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م: د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٦٣ وما بعدها، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٩٢ ومابعدها.

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ١٢٨ وما بعدها.

(٢) ويذكر د. عبدالحميد الأحدب فى هذا الصدد أن" نظام التحكيم السعودى قد سكت عن بيان مدى تعلق العقد التحكيمي بالنظام العام ، ولكن هذا السكوت يفسر على أنه يمكن الإدلاء بالعقد التحكيمى (سابقا كان أو لاحقا للنزاع) فى أى مرحلة من مراحل المحاكمه، إذا لم يرد نص يلزم بالإدلاء به فى الجلسة الأولى ، وكذلك إذا لم يرد نص يلزم المحكمة بإشارة الإتفاق على التحكيم عفواً من تلقاء نفسها . ففى غياب هذا النص لا يمكن إعتبار الإتفاق على التحكيم من النظام العام، وبالتالى فالمحكمة القضائية غير ملزمة بإثارته عفواً ، وإذا تنازل الأطراف عن إثارته فإن ذلك جائز، ولكن ضمن القاعدة الواردة فى الشرع الإسلامى، وهى قاعدة عدم التعسف فى إستعمال الحق " . موسوعة التحكيم ، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية ، المرجع السابق، ص ٣٣٨ .

يجب على القاضى أن يحكم بعدم قبول الدعوى، وإلا لفتح الباب على مصراعيه للتحلل والتخلص من إتفاقات التحكيم وإهدار قيمتها.[1]

وينتج أيضاً مما سبق أن إلتجاء أحد الأطراف للقضاء لا يمنع الطرف الآخر من بدء إجراءات التحكيم، وإذا كانت هذه الإجراءات قد بدأت فإن رفع الدعوى القضائية لا يمنع استمرار هيئة التحكيم فى النظر فى موضوع النزاع وإصدار حكم فيه بعد تمكين الطرف الغائب (المدعى عليه) من إبداء دفوعة وإخطاره بتقديمه خلال المدة المحددة لذلك بالإتفاق. فإذا لم يفعل المدعى عليه ذلك كان لهيئة التحكيم الفصل فى النزاع على ضوء ما توفر تحت يدها من مستندات، أما إذا كان المدعى لم يقدم لمحكمة التحكيم بياناً بدعواه خلال الميعاد المتفق عليه فأنها تأمر بإنهاء الإجراءات، وهذا يعنى أن الطرف الذى طلب التحكيم (المدعى) يستطيع تجاهل هذا الطلب والتوجه للقضاء بعد فوات الميعاد المحدد له لتقديم طلباته وهو مطمئن إلى أن هيئة التحكيم ستأمر بإنهاء الإجراءات، ولذلك خول القانون المدعى عليه إمكانية طلب استمرار الإجراءات والفصل فى النزاع إذا ترك المدعى خصومه التحكيم، ويكون للمدعى عليه الحق فى التمسك بإتفاق التحكيم أمام القضاء، ويتحتم على المحكمة، فى هذه الحالة ، الحكم بعدم قبول الدعوى [2].

ولا تخرج هذه الأحكام السابقة عما جاء بقانون المرافعات الفرنسى الحالى، حيث نصت المادة (١٤٥٨) منه على أنه " إذا رفع أمام قضاء الدولة نزاع اتصلت به محكمة تحكيم بمقتضى إتفاق تحكيم، فيجب على هذا القضاء إعلان عدم اختصاصه. أما إذا كان النزاع لم يتصل بعد بهيئة تحكيم، فعلى القضاء إعلان عدم اختصاصه طالما أن إتفاق

---

(١) راجع فى ذلك: د. مختار بريرى ، المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال ، المرجع السابق، ص ٥١٤ وما بعدها، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ٢٥٠، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٦٤ وما بعدها.

(٢) وهذا ما يستفاد من نصوص المواد (٣٠، ٣٤، ٤٨أ،ب) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م.
راجع فى ذلك : د. مختار بريرى، المرجع السابق ، ص ٤٦، هامش رقم(٧٢).

التحكيم ليس واضحاً بطلانه....."[1].

وقد قررت إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م نفس الأحكام، حيث نصت المادة(٣/٢) منها على أنه " وعلى محكمة الدول المتعاقدة عندما تطرح أمامها دعوى فى أمر قام الأطراف فى صدده بإبرام إتفاق، وفقاً للمعنى الوارد بهذه المادة، أن تقوم، بناء على طلب أحد الأطراف، بإحالتهم إلى التحكيم...." . وينتج عن هذا النص أنه يجب على الدول المنضمة إلى الاتفاقية الالتزام بما يلى. [2]

(أ) فرض إلتزام مباشر على كاهل محاكم الدولة من شأنه ضرورة التخلى عن نظر المنازعات التى يكون موضوعها داخلاً فى نطاق إتفاق التحكيم متى توافرت فيه الشروط التى تتطلبها الفقرتين(١،٢) من المادة الثانية.

(ب) أن يكون مناط التخلى الوجوبى عن نظر المنازعات والوارد فى الفقرة السابقة مجرد الطلب من جانب أحد الأطراف ، فالتمسك باتفاق التحكيم بواسطة أحد الأطراف يؤدى إلزامياً إلى التخلى عن نظر الدعوى القضائية المطروحة أمام القضاء الوطنى.

(جـ) ويجب على القاضى الوطنى – تنفيذاً لهذا الإلتزام الدولى – أن يقضى بالإحالة إلى التحكيم.

هذا وتمتد آثار الإتفاق على التحكيم لتشمل التزامات المحكم (أو هيئة التحكيم)

---

(١) وقد جاء النص كالتالى:

Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle – ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiçtion doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle....".

وراجع فى التعليق على هذا النص : د. أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص ٦٤ .

(٢) راجع فى ذلك: د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٤٣٤ ومابعدها ، وص ٤٦٢ وما بعدها ، د. ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٢٨ وما بعدها، وص ٢٩٥ وما بعدها، ص د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٦٣ وما بعدها، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٤٧ ومابعدها.

بالعديد من الإلتزامات، ومن أهمها:[1]

- يلتزم المحكم بالنظر فى النزاع وإصدار حكم نهائى بشأنه، وتشترط بعض التشريعات الوطنية ، وكذلك القواعد الدولية ، أن يتم إصدار هذا الحكم خلال مدة معينة ، على نحو ما سنرى عند دراسة التنظيم القانونى لحكم التحكيم، وقد يرد مثل هذا الشرط فى عقد التحكيم ذاته، أو يلزم بموجب القانون الواجب التطبيق على الإجراءات اللازمة للتحكيم.
- كما يلتزم المحكم أن يصدر هذا الحكم وفقاً للصيغة التى يتطلبها القانون، بحيث يمكن تنفيذ هذا الحكم فيما بعد من الجهات المختصة.
- كما ينبغى على المحكم – عند إختياره لهذه المهمة – أن يوضح الظروف والملابسات التى من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيدته واستقلاله، وأن يخبر طرفى النزاع بها، وعلى هذا نصت التشريعات الوضعية، وبعض الإتفاقات الدولية، وسيتضح لنا ذلك بصورة أكثر تفصيلاً عند بحث رد وعزل المحكم، حيث أن هذا الإلتزام يعد الإخلال به سبباً من أسباب رد هيئة التحكيم.
- ويلتزم المحكم بمعاملة أطراف النزاع معاملة متساوية، والحفاظ على سرية الوثائق والمعلومات التى يطلع عليها وعدم إفشائها.
- ويلتزم المحكم أيضاً بتوقيع القرار. أما تسبيب القرار فيترك أمره إلى تقديره إذا لم يكن هناك إتفاق بين الأطراف على هذه المسألة، أو إذا لم يكن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات يتطلب تسبيب القرار.

وفى مقابل هذه الإلتزامات هناك حقوق للمحكم، والتى تعد من آثار الإتفاق على التحكيم، تقع على عاتق أطراف النزاع، ومن أهمها: [2]

---

(١) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٣٩ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية ، المرجع السابق، ص ٩٤ وما بعدها . وراجع أيضاً:
Alexandre Ditchev, le contrat d'arbitrage, Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitre, Rev. arb. 1981, No. 3, p. 395 et p. 399 et s.

(٢) راجع فى ذلك: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٤٠ وما بعدها.

- منح المحكم سلطة إتخاذ القرار لحسم النزاع بالتحكيم، فيكون من حقه القيام بهذه المهمة دون أن يفوض غيره ليحل محله فى حسم النزاع، كما يكون من حقه تحديد القواعد الإجرائية التى يطبقها لسير عملية التحكيم فى حالة عدم إتفاق طرفى النزاع على القانون الخاص بذلك.
- ويحق للمحكم كذلك أن يطلب من أطراف النزاع تزويده بالوثائق والمعلومات التى لها صلة بموضوع النزاع، كما له الحق فى المطالبة بالمصاريف التى أنفقها على عملية التحكيم، كنفقات السفر والإقامة والطباعة والترجمة، وما إلى ذلك من المصاريف اللازمة لعملية التحكيم.
- وأخيراً للمحكم المطالبة بالأجر مقابل العمل الذى قام به فى الفصل فى النزاع، وعادة يتم الإتفاق على هذا الأجر بين المحكم والأطراف المتنازعة أو بينه وبين المؤسسة التحكيمية التى تم التحكيم بواسطتها، وتنص بعض التشريعات أحياناً على هذا الأمر.

ويمكن معرفة أجر المحكم(هيئة التحكيم) بسهولة فى حالة إجراء التحكيم عن طريق إحدى المؤسسات التحكيمية ، حيث يوجد بها قائمة بالأجور حسب جدول معد مسبقاً.[1] وفى جميع الأحوال، فإن أتعاب وأجور المحكمين يجب أن تمثل تعويضاً عادلاً لما يبذلونه من عناء بصدد الفصل فى النزاع المعروض عليهم، وتتناسب عادة مع المدة التى استغرقتها عملية التحكيم، وقيمة الدعوى، ومركز المحكمين العلمى والإجتماعى، مالم يكن قرار التحكيم قد أبطل لسبب يرجع إلى إهمال هيئة التحكيم، وحينئذ لا يستحقون الأجور، وذلك لأنهم يكونوا قد تسببوا فى ضياع وقت وجهود الخصوم دون نتيجة، ولا تخرج مسئولية المحكم هنا عن مسئولية القاضى، وفقاً للقانون المدنى الفرنسى، والتى قد تجد لها أساساً فى نص المادة (١١٤٢) منه.[2]

---

(١) راجع لمزيد من التفاصيل فى شأن أجور المحكم وكيفية تحديدها: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٤١ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥٩٧ وما بعدها. وراجع أيضاً:

Alexandre Ditchev,op. cit. p. 402 et s .

(٢) أنظر فى ذلك:

Jean Robert, l'arbitrage, droit interne, droit international privé Op.cit. p. 131 et s.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن آثار الإتفاق على التحكيم – وفقاً لمبدأ نسبية الاتفاقات – لا تمتد إلى أطراف أو أشخاص لم يوقعوا على الإتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم، وذلك بمعنى عدم إمتداد أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، وذلك على النحو الذى سنتناوله فى المبحث التالى.

****

المبحث الثانى

آثار الإتفاق على التحكيم بالنسبة لأطراف التحكيم

من الأصول العامة خضوع إتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشارطه لمبدأ نسبية العقود، ولذا لا يجوز الإحتجاج بشرط التحكيم وأثره إلا فى مواجهة الطرف الذى إرتضاه. ومن ثم فإن إتفاق التحكيم لا يلزم إلا الأطراف الذين أنشأوا هذا الإتفاق بإرادتهم، أى كان عددهم، ولذلك لا يعد طرفاً فى الإتفاق من ورد ذكر إسمه فيه أو من وقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة، ومن هنا فإن إتفاق التحكيم يعد نسبياً من حيث قوته الملزمه، لأن أثره لا ينصرف إلى غير أطرافه.(١)

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا الشأن بأن " آثار العقد، وفقاً لنص المادة (١٤٥) من القانون المدنى،(٢) لا تنصرف إلى الغير الذى لم يكن طرف فيه ولم تربطه صلة من أى من طرفيه، سواء كانت هذه الآثار حقاً أم إلتزاماً، ورتبت على ذلك أن الشركة الناقلة التى لم تكن طرفاً فى عقد البيع تتحدد حقوقها وإلتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين البائع، وأن شرط التحكيم الوارد فى عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة، ولا يجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيره وبين الطاعنه(المشترية)، وذلك تطبيقاً لمبدأ القوه الملزمه للعقود . . ."(٣).

---

(١) راجع فى ذلك: د. مصطفى الجمال و د.عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٤٩ وما بعدها، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها، د. ساميه راشد، المرجع السابق، ص ٢٣٧ومابعدها،د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمه بين الدول والأشخاص الأجنبية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، دار النهضة العربية، ص ٣٠٥ ومابعدها، د. ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٧٩ ومابعدها، د. أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها .

(٢) نصت المادة(١٤٥) من القانون المدنى المصرى رقم(١٣١)لسنة ١٩٤٨م والقوانين المعدله له على أن" 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".

(٣) محكمة النقض المصرية فى جلسة ٢٠ يناير سنة ١٩٧١م فى الطعن رقم (٥١٠) لسنة(٣٥) ق ، المجموعة، لسنة (٢١)، ص ١٤٦، وفى جلسة ١١يناير سنة ١٩٦٦م فى الطعن رقم(٢٨٩) لسنة (٣٠) ق، المجموعة، السنة(١٧)، ص ٦٥، وفى جلسة الأول من فبراير سنة ١٩٨٣م، نقض مدنى، المجموعة، السنة (٣٤)، ص ٣٧٥ .

وراجع فى التعليق على هذا القضاء: د. محمد نور شحاته، مفهوم الغير فى التحكيم، ١٩٩٦م، =

بيد أن المبدأ العام المقرر بشأن نسبية أثر التحكيم يرد عليه بعض الإستثناءات، بحيث ينصرف أثر الإتفاق بشأنها إلى غير أطرافه الأصليين ٠ وبناء عليه فإن أثر الإتفاق على التحكيم، فى هذه الحالات، لا ينصرف إلى المتعاقد فحسب، وإنما يمتد أثره أيضاً إلى خلفه العام، كما ينصرف إلى الخلف الخاص بشروط معينة، [1] **وفيما يلى بيان ذلك:**

أولاً : الخلف العام ، وهو كل من يخلف الشخص فى ذمته المالية كلهاأو فى جزء منها،كالوارث، والموصى له بجزء من التركة، وكالشخص المعنوى الذى يندمج فيه شخص آخر ٠**وينصرف أثر الإتفاق على التحكيم إلى هؤلاء بإعتبارهم من الخلف العام للطرف الأصلى فى هذا الإتفاق** ٠ وقد ذكرت محكمة النقض المصرية فى هذا الصدد" أنه يترتب على إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف فى شأن هذا العقد٠٠٠٠"[2].

وهذا المبدأ معمول به فى إطار تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية ، ففى حالة إندماج الشركات نجد أن الشركة الدامجه تحل محل الشركة المندمجه فى كل ما لها من حقوق وعليها من إلتزامات بقوة القانون، وقد ذكرت محكمة النقض المصرية فى هذا الصدد أن " إندماج الشركة فى شركة أخرى مؤداه زوال شخصية الشركة المندمجة وخلافة الشركة الدامجه لها خلافة عامه فيما لها من حقوق وما عليها من إلتزامات، وتكون الشركة

= دار النهضة العربية، ص ٣٤ وما بعدها، د٠ محمد القليوبى، نظم التحكيم المقارنة فى منازعات العلاقات الإقتصادية الدولية الخاصة ، الطبعة الثانية، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، ص ٢٣ ومابعدها٠

(١) ويلاحظ أن الخلف، سواء كان عاماً أو خاصاً، لايعتبر من الغير فى إتفاق التحكيم ولذا ينصرف إليه أثره٠ أنظر فى ذلك: د٠ على سيد قاسم، نسبية إتفاق التحكيم، دراسة فى أحكام القضاء وقرارات المحكمين ، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية، ص ٨ ومابعدها، د٠ مصطفى الجمال و٠ عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٦٨ ومابعدها، وص ٤٩٢ وما بعدها، د٠ ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٨٠، د٠ أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٥٣ وما بعدها٠

(٢) محكمة النقض فى جلسة ١١ مايو سنة ١٩٧٢م، المجموعة، للسنة ٢٣، ص ٨٥٢ ٠

ويلاحظ أن إنتقال الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد إلى الخلف العام ليس إلا أصلاً عاماً يقبل الإستثناء، والإستثناء يرجع إلى طبيعة التعامل، وقد يكون مصدره إتفاق طرفى العقد، وقد يكون مصدره القانون٠ وإذا قام هذا الإستثناء كان الخلف العام حينئذ بمثابة الغير٠ وعلى ذلك يمكن القول بأن قاعدة إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام(والتى قررتها المادة(١٤٥) مدنى مصرى) ليست من النظام العام٠ راجع فى ذلك: د٠ مصطفى الجمال ود٠ عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٦٨ ومابعدها، د٠ ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٨٠ ٠

الدامجة وحدها هى الجهة التى تختصم فى خصوص هذه الحقوق والإلتزامات، لأن الشركة المندمجة التى زالت شخصيتها قد إنقضت بالإندماج..."[1].

ويقر ر القضاء الفرنسى مثل هذا القضاء، إذ يترتب على إندماج شركة فى شركة أخرى إنتقال شرط التحكيم من الشركة المندمجه إلى الشركة الدامجه.[2]

وبناء على ما تقدم نخلص إلى أن أثر الإتفاق على التحكيم ينصرف إلى الخلف العام للمتعاقد الأصلى ، وهذا ما نصت عليه المادة(١٤٥) من القانون المدنى المصرى، كما قضت به محكمة النقض المصرية، كما سبق وبينا. **ولكن وبالرغم من ذلك**، فقد لا ينصرف أثر الإتفاق على التحكيم إلى الخلف العام، وذلك لأن إنصراف أثر الإتفاق على التحكيم إلى الخلف العام لا يتعلق بالنظام العام، وذلك قد يرجع إلى طبيعة العقد، كما لوكان لشخصية المتعاقد محل إعتبار فى العقد كصاحب مهنة حره، وقد يرجع إلى إتفاق الأطراف على عدم إمتداد أثر العقد إلى الخلف العام، وبالتالى ينتهى العقد بوفاة أحد الأطراف، وقد يرجع عدم إنصراف أثر التحكيم إلى الخلف العام أيضاً إلى نصوص القانون، كما هو الحال فى عقد الإيجارة والمزارعه والوكالة .

ثانياً: الخلف الخاص، وهو كل من يخلف الشخص فى شئ معين أو فى حق عينى عليه،كالمشترى الذى يخلف البائع فى البيع، وكالموصى له الذى يخلف الموصى فى جزء من التركة، وكالمحال له بالحق الشخصى ، فالمتنازل له عن الإيجار كخلف خاص للمستأجر الأصلى لأنه تلقى منه حقاً شخصياً.[3]

وينصرف أثر العقد الذى أبرمه السلف إلى كل هؤلاء بإعتبارهم خلفاً خاصاً له ، وينبغى لذلك توافر شروط معينة تتمثل فى :

---

(١) محكمة النقض المصرية فى جلسة ١٣ مايو سنة ١٩٧٣م، المجموعة، لسنة(٢٣) ، ص ٩٠٥ وراجع فى التعليق على هذا القضاء: د. على سيد قاسم، المرجع السابق، ص ١٨ .

(٢) أنظر فى ذلك: د. على سيد قاسم، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها.

(٣) أنظر فى ذلك: د. عبدالرازق السنهورى، الوسيط فى القانون المدنى، ص ٣٥٠ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٧١ وما بعدها.

١) أن تكون الحقوق التى يرتبها العقد من مستلزمات الشئ الذى إنتقل إلى الخلف الخاص ٠

٢) أن يكون الخلف الخاص عالماً بتلك الحقوق وقت إنتقال الحق أو الشئ إليه ٠[١]

وعلى ذلك ينصرف أثر شرط التحكيم إلى الخلف الخاص للمتعاقد،كالمتنازل إليه، والمحال له، مالم ينص الإتفاق على خلاف ذلك ٠ ولذلك قضى بأن شرط التحكيم المدرج فى عقد إلتزام دولى صحيح ينتج أثره فى مواجهة الشركة وكيلة التسويق الذى إنتقلت إليه حقوق مانح الإمتياز ، ومن ثم يجوز للمحال عليه الإحتجاج على المحال له بشرط التحكيم الثابت فى العقد الذى تولد منه الحق المطالب به ٠[٢]

هذا وقد قضت محكمة إستئناف باريس، فى نزاع تعلق بعقد مبرم بين شركة من بوركينا فاسو وشركة تشيكية وتضمن شرط تحكيم، وقامت الشركة التشيكية بتحويل حقوقها الناشئة عن هذا العقد إلى شركة أخرى من ساحل العاج، بموجب حكمها الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٩٨م، بعدم إنتقال شرط التحكيم إلى المحال إليه طالما أن شخص المحيل لم يكن محل إعتبار عند إدراج هذا الشرط ٠[٣]

ثالثا: الغير، وهو كل شخص لا تتوافر فيه صفة المتعاقد أو صفة الخلف (سواء كان عاماً أو خاصا) ٠ والغير بهذه الكيفية لا ينصرف إليه أى أثر متولد عن العقد، سواء كان حقاً أو التزاماً، وذلك باعتباره أجنبياً عن العقد ٠ وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا الشأن بأن " شرط التحكيم الوارد فى عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة التى لم تكن طرفاً فيه، ولا يجوز من ثم التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيره وبين المشترية، تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمه للعقد" ٠[٤] وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمثل هذا القضاء بشأن

---

(١) وتختلف أهمية هذا الشرط بحسب ما إذا كان المنتقل للخلف الخاص حقاً أم إلتزاماً، حيث يفقد الشرط(علم الخلف الخاص بالشئ) إذا كان المنتقل إلى الخلف الخاص حقاً، أم إذا كان الشئ المنتقل إلتزاماً فحينئذ يكون لعلم الخلف الخاص أهمية كبرى ٠

(٢) راجع فى ذلك: د ٠ على سيد قاسم، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها ٠

(٣) أنظر:

Paris, 17 Nov.1998, R. T.D. comm. 1999, p. 377 et s.

(٤) محكمة النقض المصرية، نقض مدنى، فى جلسة ٢٠ يناير سنة ١٩٧٠م فى الطعن رقم(٥١٠) لسنة =

عقد تجارى بين ثلاثة شركات .[1]

بيد أن الغير قد تربطه صلة بأحد أطراف العقد يظهر بسببها التعارض بين مصالحه وبين مصالح الأطراف، ولذا اتجه البعض إلى مد أثر العقد (وأثر الإتفاق على التحكيم) إلى الغير، درءاً لهذا التعارض، وذلك على الرغم من أن هذا الغير لم يوقع أصلاً على العقد ولم يكن خلفاً لأحد المتعاقدين، بل وتدخل المشرع ، وذهبت أحكام القضاء ، أيضاً إلى تقدير الحماية للغير فى هذه الحالات ، مخالفا فى ذلك القواعد العامة التى يمثلها مبدأ " نسبية آثار العقد" ، بحيث اعتبر الغير – فى هذه الحالات - طرفا فى العقد . **ولإعتبار الغير طرفاً فى العقد حالات أربعة رئيسية وهى:** حالة العقد الجماعى، وحالة المجموع العقدى، وحالة العقود التى يبرمها من يظهر بمظهر صاحب الحق، وحالة المرسل إليه فى عقد النقل . **وفيما يلى توضيح لتلك الحالات :** [2]

١) **العقد الجماعى: وهو كل عقد يوقع بين مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية وبين فرد أو مجموع من الأفراد**، و مثال هذا العقد عقد العمل الذى يوقع بين نقابة للعمال وبين صاحب العمل، وعقد تأجير المال الشائع . **ومثل هذه العقود ينصرف أثرها ليس فقط إلى من إشترك فى إبرامه من أفراد المجموعة بل إلى سائر أفرادها**، حتى لمن لم يشترك منهم فى إبرامه، طالما كان هذا العقد إنعقد من الأغلبية التى يتطلبها القانون .

وعلى ذلك فإذا تضمن هذا العقد شرط تحكيم فإن هذا الشرط يكون ملزماً لكافة

= (٣٥)، المجموعة، السنة(٢١)، ص ١٤٦ وما بعدها . وراجع فى التعليق على هذا القضاء: د . مصطفى الجمال و د . عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٨١ ومابعدها، فوزى محمد سامى ، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٢٥ وما بعدها .

(١) وقد قضت فى هذا الشأن بأنه" إذا ما كانت شركتان شركاء فى شركة ثالثة، وكان هناك عقد بين أولى هاتين الشركتين والشركة الثالثة متفق على التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عنه، فإن هذا الشرط لا يلزم الشركة الثانية فى رجوعها على الشركة الأولى بالتعويض عما أصابها من ضرر من جراء تنفيذ العقد المبرم بين الشركة الثانية والثالثة باعتبارها من الغير بالنسبة لهذا العقد . . ". راجع:
Cassation commercial, 15 Nov. 1978, Rev, Arb. 1980, p.69 et s.

(٢) أنظر لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د . مصطفى الجمال و د . عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٩٢ وما بعدها، د . على سيد قاسم، المرجع السابق، ص ٣٨ ومابعدها، د . محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٧٧ ومابعدها . وراجع أيضاً:
Jean Robert, op.cit.p.241et s.

الجماعة، سواء من اشترك منهم فى إبرام العقد أو من لم يشترك، وأيضاً يسرى هذا الإلتزام إذا ما أبرمت الأغلبية المذكورة إتفاق تحكيم مستقل. وبهذا قضت محكمة التحكيم المنعقده فى جنيف ١٩٧٥م، حيث قررت" أن شرط التحكيم المدرج فى عقد بناء مصنع أبرم بين شركة وطنية وشركة أجنبية عضو فى مجموعة صناعية متعددة الجنسيات يلزم سائر شركات المجموعة إستناداً إلى طبيعة العملية وإلى الإرادة المشتركة بين الأطراف..".[١]

٢) **المجموع العقدى : وهو عبارة عن مجموعة من العقود تقوم أما على فكرة وحدة المحل، أو على فكرة وحدة السبب** ، بحيث تشكل فى النهاية وحدة إقتصادية واحدة. [٢] ومثال ذلك الشركات التى تنظمها مجموعة واحده، وعندما تبرم هذه الشركات عقوداً مع الغير تتعلق جميعها بعملية اقتصادية واحدة، وهذا ما يعرف بالعقود المتوالية أو سلسة العقود.

وكثيراً ما يتضمن مثل هذه العقود على شرط تحكيم، ويقع الخلاف بين الغير وبين أفراد المجموعة حول إمتداد أثر هذا الشرط إلى العقود التى تربطهما، بالرغم من خلو هذه العقود من هذا الشرط. **ولكن القضاء (قضاء التحكيم الدولى) حسم هذه المسألة وقرر إنصراف أثر شرط التحكيم إلى بقية العقود الأخرى**، وذلك على أساس قانونى متمثل فى أن هؤلاء الأفراد (أطراف العقد) تجمعهم رابطة واحدة، وأن العقود التى أبرموها تتضافر جميعاً على تحقيق هدف اقتصادى واحد. [٣]

وقد أيدت محكمة إستئناف باريس هذا القضاء، وذلك فى حكمها الصادر فى ١٤ فبراير سنة ١٩٨٩م، حيث قضت بأن شرط التحكيم المدرج فى عقد دولى يتمتع بالصحة، تقتضى طبيعة التصرف مد تطبيقة إلى الأطراف المعنية بتنفيذ العقد وفى المنازعات التى تتأتى عنه، متى تبين أن مركزهم التعاقدى ونشاطهم يفترض قبولهم لشرط التحكيم الذى

---

(١) راجع فى التعليق على هذا القضاء: د. على سيد قاسم، المرجع السابق، ص ٤٠ ، هامش رقم(١).
(٢) راجع فى ذلك: د. على سيد قاسم، المرجع السابق، ص ٥٣ ومابعدها، د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٩٤ وما بعدها .
(٣) راجع: د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٧٧، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٩٧ وما بعدها.

يعلمون بوجوده وبمداه على الرغم من عدم توقيعهم على العقد الذى تضمنه.[1]

هذا وقد أخذ التشريع المصرى بنظرية المجموع العقدى،وذلك حينما أجاز المشرع للمؤجر حق الرجوع مباشرة على المستأجرين من الباطن، كما قرر للمقاول من الباطن الحق فى الرجوع مباشرة على رب العمل، وهذا ما نصت علية المادة(٦٦٢) مدنى مصرى.

٣) **الإتفاق المبرم مع من يظهر بمظهر صاحب الصفة:** وهذا ما يعرف بفكرة المظهر ، وهى نظرية قضائية من صنع القضاء الفرنسى، وإنتقلت منه إلى الفقه، والذى حاول أن يجد لها سنداً تشريعياً فى بعض نصوص القانون المتعلقة بالنيابة الظاهرة، والصورية، والوفاء للدائن الظاهر.[2] والغرض فى هذه الفكرة أن يدعى شخص مركزاً قانونياً معيناً يوحى الظاهر بوجوده حال أنه فى الواقع غير موجود، فيقدم شخص آخر على التعاقد معه بحسن نيه، بناء على الوضع الظاهر، وفى هذه الحالة ينبغى حماية الثقة المشروعه للغير حسن النية الذى كان معذوراً فى جهله بحقيقة الواقع.[3]

ومن هنا فقد **اقتضت الضرورة انصراف آثار العقد إلى هذا الغير خروجاً على مبدأ نسبية العقود، ومن ثم انصراف أثر الإتفاق على التحكيم أيضاً بشرط أن يتعامل صاحب المركز الظاهر مع الغير بصفته نائباً، أو** بصفته صاحب الحق.[4] وبناء على ذلك ينصرف أثر العقد(أو أثر شرط التحكيم) إلى الأصل الذى يعتبر فى الأصل أجنبيا عن العقد.

---

(١) راجع:

T.paris, 14 feb.1989, rev. arb. 1989,p.691 et s.

وراجع فى التعليق عليه: د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٧٧، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٩٨ وما بعدها.

(٢) أنظر فى تفاصيل ذلك: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥٠٣ وما بعدها، د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٤٨ ومابعدها.

(٣) راجع فى ذلك: د. سلامه فارس عرب، دروس فى قانون التجارة الدولية، ٢٠٠٠م، ص ١٦٧ وما بعدها.

(٤) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥٠٣ وما بعدها، د .محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٤٨ ومابعدها.

٤) **المرسل إليه فى عقد النقل:** وتفترض هذه الحالة أن يتضمن عقد إيجار السفينة شرط تحكيم مدرج فى سند الشحن الذى يصدره مالك السفينة للمستأجر، وقد يكون النقل من الأصل بموجب سند شحن، ويتضمن هذا السند شرط تحكيم. **وفى هذه الحالة يثور التساؤل عن مدى انصراف أثر شرط التحكيم فى حق المرسل إليه؟**

من المسلم به أن سند الشحن فى ذاته ينتج أثره فى حق المرسل إليه، بغض النظر عن الخلاف حول الأساس الذى يستند إليه هذا الحكم ، لكن التساؤل يثور أيضاً حول ما إذا كان هذا الحكم المسلم به يمتد إلى شرط التحكيم المضاف إلى سند الشحن، بحيث ينتج هذا الشرط بدوره أثره فى حق المرسل إليه؟

اختلف الفقه فى الإجابة عن ذلك،[١] **فذهب اتجاه أول** إلى القول بأن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى يحول دون امتداد شرط التحكيم المضاف إلى سند الشحن إلى المرسل إليه. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه فى حكمها الصادر فى ٢٠ يونية سنة ١٩٩٥م، حيث قررت أن شرط التحكيم المدرج فى سند الشحن لا يلزم المرسل إليه، إلا إذا كان قد علم به ثم قبله صراحه أو ضمناً بتسلمه البضاعة المرسلة إليه.[٢] **وذهب اتجاه آخر** إلى القول بعكس ذلك، إذ قرر أن شرط التحكيم المضاف إلى سند الشحن ينتج أثره فى حق المرسل إليه على أساس أن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى لا ينفى بالطبع الارتباط بينهما، على اعتبار أن محل شرط التحكيم هو المنازعات الناشئة عن العقد الأصلى، ومن ثم يمتد آثار سند الشحن إلى المرسل إليه. وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه فى حكمها الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٨١م، حيث قضت بأن" قانون التجارة البحرية يجعل من المرسل إليه طرفاً ذا شأن فى سند الشحن يتكافأ مركزه، حينما يطالب

---

(١) أنظر فى تفاصيل ذلك: د. محمد نور شحاته، المرجع السابق،ص ٥٧ وما بعدها، د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبدالعال ، المرجع السابق، ٥٠٦ وما بعدها.

(٢) راجع:

Cassation commercial, 20 juin 1995, Rev. arb. 1995, p. 622 et s.

وراجع فى التعليق على هذا القضاء: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥٠٧ .

بتنفيذ عقد النقل، ومركز الشاحن، بحيث يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن . . "[1]. وبناء على ذلك يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد فى سند الشحن، طالما كان هذا السند واضحاً وغير مشوباً بغموض.[2]

وبناء على ما تقدم اتضح لنا تحديد الأطراف الذين ينصرف إليهم شرط التحكيم، وأثره، وقد تبين لنا أن هؤلاء الأطراف قد يكونوا هم الأطراف الأصليين الذين أبرموا العقد الأصلى، أو شرط التحكيم، وقد يكونوا من الخلف العام أو الخلف الخاص، أو الغير، على التفصيل سالف الذكر. ولكن متى ينقضى الإتفاق على التحكيم؟ الإجابة عن هذا التساؤل تمثل موضوع ومحور المبحث التالى.

---

(١) محكمة النقض فى جلسة ٩ فبراير سنة ١٩٨١م فى الطعن رقم(٤٥٣) لسنة (٤٢) ق ، المجموعة، السنة(٣٢)، ص ٤٤٥، وفى جلسة ٥ مارس سنة ١٩٧٥م فى الطعن رقم(٤٥٠) لسنة (٤٠) ق ، المجموعة، السنة (٢٦)، الجزء(١) ، ص ٥٣٥ .

(٢) فقد يكون سند الشحن غامضاً وغير واضح، وحينئذ ينبغى إعمال قواعد معينة لإزالة هذا الغموض، وهى قواعد استقرت عليها أحكام المحاكم والمحكمين فى تفسير سند الشحن. أنظر فى هذه القواعد: د. رضا عبيد، شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى، بحث مقدم للمؤتمر السادس للتحكيم التجارى الدولى المنعقد فى الفترة ٢١- ٢٢ إبريل ١٩٩٩م، ص ١١ وما بعدها.

المبحث الثالث

انقضاء الإتفاق على التحكيم

ينقضى الإتفاق على التحكيم، ويصبح كأن لم يكن بين أطرافه، سواء كانوا المحكمين أو المحتكمين، بتتحقق أحد **الأسباب الآتية:** [1]

١) السبب الأول: إنجاز المهمة الموكلة إلى هيئة التحكيم:

أن الإتفاق على التحكيم ينقضى ويزول بالانتهاء من الإجراءات الخاصة بنظر النزاع وحسمه بصدور قرار فيه بالشكل الذى يتطلبه القانون أو القواعد الإجرائية.

وتجدر الإشارة فى هذا المجال أن هيئة التحكيم بعد قبولها القيام بمهمة التحكيم عليها أن تستمر فيها لحين إتمامها، ومن ثم لا يجوز لها التنحى عن مهمتها دون سبب مشروع وإلا التزمت بالتعويض لمصلحة الخصوم عن الضرر الذى قد يصيبهم بسبب تنحى هذه الهيئة عن الحكم فى النزاع فى وقت غير مناسب وبدون عذر مقبول.[2]

وقد نصت التشريعات المختلفة على هذا الأصل العام، إذ نص قانون المرافعات المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م فى المادة(٥٠٣) الملغاه بمقتضى قانون التحكيم المصرى الحالى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م على عدم إمكانية تنحى المحكم بعد قبوله التحكيم بغير سبب جدى، والإ جاز الحكم عليه للخصوم بالتعويض.

---

(١) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن:
Alexandre Ditchev, op. cit. p. 403 et s, René David, op. cit. p.366 et s ; ph. Fouchard, op.cit. p. 690 et s.
وراجع أيضاً: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٤٥ وما بعدها، د. أحمد أبوالوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف بالأسكندرية ، الطبعة الثانية، ١٩٧٤م،ص٢٣٢ وما بعدها، ولنفس المؤلف،التحكيم الاختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ١٧١ وما بعدها، د. عزمى عبدالفتاح، إجراءات رد المحكمين فى قانون المرافعات الكويتى، المجلة العربية للفقه والقضاء، المغرب، العدد الثالث، إبريل سنة ١٩٨٦م، ص ٤٤٦ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥٥٧ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٩٤ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٢٤٥ ومابعدها، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ١٠٥ وما بعدها.

كما نص قانون التحكيم الإماراتى فى المادة(٢٠٧) فى الفقرتين الأولى والثانية على أنه " يجب أن يكون قبول المحكم بالكتابة أو باثبات قبوله فى محضر الجلسة. فإذا تنحى المحكم بغير سبب جدى عن القيام بعمله بعد قبوله التحكيم جاز الحكم عليه بالتعويضات".(١) كما أوجبت المادة (١٤٦٢) **من قانون المرافعات الفرنسى** الحالى على" المحكم الاستمرار فى مهمته حتى نهايتها" وإلا يحكم عليه بالتعويض.(٢)

وقد عالجت القواعد الدولية المعروفه هذه المسألة، إذ نصت المادة(١٣) **من قواعد التحكيم الـ (uncitral)** فى فقرتها الثانية على أنه " فى حالة عدم قيام أحد المحكمين بمهمته أو فى حالة وجود استحالة قانونية أو فعلية تحول دونه والقيام بالمهمة تطبق الإجراءات المنصوص عليها فى المواد السابقة بشأن رد المحكمين وتبديلهم". **وعالج القانون النموذجى للتحكيم** المسألة بطريقة أكثر وضوحا وتفصيلاً، فى حالة تنحى المحكم عن القيام بمهمته، أو إذا أصبح غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء وظائفه ، أو تخلف عن القيام بمهمته، وذلك بمقتضى نص المواد(١٤، ١٥) منه ، حيث نصت المادة (١٤) منه على ما يلى:

١- إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء وظائفه أو تخلف عن القيام بمهمته، تنتهى ولايته إذا هو تنحى عن وظيفته، أو إذا اتفق الطرفان على إنهاء مهمته. أما إذا ظل هناك خلاف حول أى من هذه الأسباب فيجوز لأى من الطرفين أن يطلب إلى المحكمة أو إلى السلطة الأخرى المسماه فى المادة(٦) أن تفصل فى موضوع إنهاء ولاية المحكم وقرارها فى ذلك يكون نهائيا.

٢- إذا تنحى محكم عن وظيفته، أو إذا وافق أحد الطرفين على إنهاء مهمة المحكم وفقا لهذه المادة أو للفقرة(٢) من المادة(١٣)، فإن هذا لا يغير إقرار بصحة أى من

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٣١ وما بعدها.

(٢) أنظر:

Ph. Fouchard, op. cit.p.690 et s.

وقد جاء النص كالتالى:

" Tout arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle – ci...".

الأسباب المشار إليها فى هذه المادة أو فى الفقرة (٢) من المادة(١٣) ٠

ونصت المادة(١٥) من القانون النموذجى آنف الذكر على أنه " عندما تنتهى ولاية أحد المحكمين وفقاً للمادة (١٣)أو المادة(١٤)أو بسبب تنحية عن وظيفته لأى سبب آخر ٠ أو بسبب إلغاء ولايته بإتفاق الطرفين أو فى أى حالة أخرى من حالات إنهاء الولاية ٠ يعين محكم بديل وفقاً للقواعد التى كانت واجبة التطبيق على تعيين المحكم الجارى تبديلة"[١] ٠

وبذلك يتضح أن المبدأ العام فى مختلف التشريعات الوطنية والنظم الدولية عدم إمكانية تنحية المحكم عن مهمته دون سبب جدى أو دون عذر مشروع، ومن أمثلة العذر المشروع: المرض المانع من الاستمرار فى العمل، أو موت المحكم، أو فقدانه لأهليته ٠٠٠ الخ[٢] ٠

٢) السبب الثانى: عزل المحكم:

ينقضى الإتفاق على التحكيم أيضاً عندما يتفق الخصوم على عزل المحكم، وهذه خصوصية يتسم بها عقد التحكيم، كما هو الحال فى عقد الوكالة، وإن كان المحكم ليس بوكيل ٠

ولا يترتب على إنهاء العقد من جانب واحد – أى من قبل الأطراف المتنازعة – أية آثار سوى دفع الأجر إلى المحكم بشكل يتناسب والجهد الذى بذله حتى وقت عزله ٠[٣]

وعزل المحكم يمكن أن يكون فى أى مرحلة من مراحل التحكيم حتى وإن كان ذلك بعد صدور الحكم فى شق معين من موضوع النزاع الذى ينظره المحكم ٠[٤] وكذلك يقع

---

(١) راجع فى التعليق على تلك الأنظمة الدولية: د٠ فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٤٦ ومابعدها ٠

(٢) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د٠ فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٤٥ ومابعدها ٠

(٣) راجع فى ذلك:

Alexandre Ditchev, op. cit.p.403.

(٤) أنظر: د٠أحمد أبوالوفا، التحكيم الإختيارى والإجبارى، المرجع السابق، ص ١٧١،د٠ فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٢٤٨، د٠ أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ١٠٢ وما بعدها ٠

عزل المحكم من جميع الخصوم وإن كان قد تم تعيينه من قبل المحكمة أو من قبل سلطة التعيين.

وقد قررت المادة(٣/٢٠٧) من قانون التحكيم الإماراتيفي هذا الشأن أنه" لا يجوز عزل المحكم إلا بموافقة الخصوم جميعاً، غير أنه يجوز للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وبناء على طلب أحد الخصوم، إقالة المحكم والأمر بتعيين بديل عنه بالطريقة التى جرى تعيينه بها إبتداء، وذلك فى حال ثبوت أن المحكم أهمل قصداً العمل بمقتضى إتفاق التحكيم رغم لفت نظره خطياً إلى ذلك".(١)

وبناء على ذلك يكون قانون التحكيم الإماراتى قد إنفرد فى تحميل المحكم مسئولية التقيد بإتفاق التحكيم تحت طائلة العزل، حرصاً على حسن سير عملية التحكيم، والعزل يتم بواسطة القضاء، وبالتالى فالقضاء يعد رقيب على تنفيذ المحكم لإلتزاماته، وذلك بإتفاق الطرفين على الإتفاق التحكيمى. (٢)

كما أن نظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣م قد نص فى المادة(١١) على أنه" لا يجوز عزل المحكم إلا بتراضى الخصوم، ويجوز للمحكم المعزول المطالبة بالتعويض إذا كان قد شرع فى مهمته قبل عزله ولم يكن العزل بسبب منه..." . والجهة المختصة أصلا بنظر النزاع لا تتدخل – وفقاً لنظام التحكيم فى المملكة العربية السعودية – فى تعيين المحكمين إلا عند مصادقتها على إتفاق التحكيم اللاحق للنزاع، أو عندما يمتنع أحد الفرقاء عن تسمية محكمة.

والمشرع السعودى لم يسمح لفريق بمفرده أن يعزل المحكم، بل اشترط لذلك ضرورة موافقة بقية الخصوم، وبذلك يختلف المحكم عن حالة الوكيل الذى يكون قابلاً للعزل من قبل الجهة التى عينته. وعليه فإن الطبيعة القانونية لدور المحكم ليست مماثلة لدور

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٣١ .

(٢) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٣١ .حيث يذكر فى هذا الصدد أن عزل المحكم الذى يتم من القضاء ينبغى له توافر شرطان : الأول أن يسبق العزل كتاب خطى إلى المحكم يلفت نظره إلى الإهمال المقصود، والثانى أن يكون الإهمال مقصودا من المحكم وليس إهمالاً عن غير قصد.

الوكيل ، لأن حق العزل ليس مقرراً هنا إلا فى حالة إتفاق الخصوم عليه، وإذا كان هناك تعسف فى استعمال حق العزل كان للمحكم المعزول الحق فى المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار نتيجة التعسف فى العزل.[1]

٣) السبب الثالث: رد المحكم :

وينقضى الإتفاق على التحكيم كذلك بطلب رد المحكم وصدور قرار به. وحق رد المحكم مقرر لأى طرف من أطراف المنازعه، عندما تكون لديه أسباب تجعله لا يطمئن إلى حيدته وعدالته. هذا وقد نصت التشريعات المختلفة على رد المحكم، وقررت الحق فيه إذا ما توافرت نفس الأسباب الخاصة برد القضاه، وقد نصت المادة (١٨) **من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م**على أنه "١- لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيدته أو استقلاله. ٢- ولا يجوز لأى من طرفى التحكيم رد المحكم الذى عينه أو اشترك فى تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين.

وتطابق أحكام رد المحكم التى نظمها المشرع المصرى مع تلك التى قررها القانون النموذجى الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى، بيد أن المشرع المصرى قد زاد عليها أن من سبق له من الأطراف تقديم طلب الرد لا يجوز له إعادة تقديم طلب رد نفس المحكم فى ذات التحكيم، وذلك تطبيقاً للمادة(٢/١٩) من قانون التحكيم، حيث جاء فيها" ولا يقبل الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه فى ذات التحكيم".

وقد نظم المشرع المصرى إجراءات رد المحكم فى الفقرة الأولى من المادة(١٩)، حيث قضت بأن" يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبرره للرد. فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده فصلت هيئة التحكيم فى الطلب".[2]

---

(١) راجع فى ذلك: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم ، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٤٨ ومابعدها.

(٢) راجع لمزيد من التفاصيل فى شأن رد المحكم: د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٧٦٤ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٢٤٨ ومابعدها، د. أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ١٦٣ ومابعدها، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٩٧ ومابعدها.

وكذلك قضت المادة(٤/٢٠٧) من قانون التحكيم الإماراتى بأنه لا يجوز رد المحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد تعيينه ويطلب الرد لذات أسباب رد القاضى، أى القرابة أو المصاهرة أو الخصومة أو المصلحة. فإذا كانت هذه الأسباب معلومة قبل تعيين المحكم لا يجوز طلب رده بناء عليها، لأن طالب الرد على أساس هذه الأسباب كان موافقاً على تعيين المحكم رغم هذه الأسباب، وبالتالى لا يجوز له الرجوع عن موافقته. أما إذا طرأت هذه الأسباب بعد تعيين المحكم فإن لطالب الرد مهلة خمسة أيام من تاريخ علمه بتعيين المحكم إذا كان عالماً بها أو من تاريخ حدوث سبب الرد أو علمه به إذا كان تالياً لإجباره بتعيين المحكم . وفى جميع الأحوال، فإن صدور الحكم التحكيمىأو إنتهاء المحاكمه بعد قفل باب المرافعة يقفل نهائياً باب أى مراجعة لرد المحكم.(١)

كما قضت المادة (١٢) من نظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣م بأنه " يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها والتى يرد بها القاضى ويرفع طلب الرد إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم أو من يوم ظهور أو حدوث سبب من أسباب الرد ويحكم فى طلب الرد بعد دعوة الخصوم والمحكم المطلوب رده إلى جلسة تعقد لهذا الغرض".(٢)

كما قضت المادة(٣١) من نظام تركيز مسئولايات القضاء الشرعى السعودى، الصادر برقم (١٠٩) فى ١٣٧٢/١/٢٤هـ (الموافق ١٩٥٢)، بأنه" إذا كان لأحد أعضاء الهيئة حكم معروض للتدقيق أو لأصله أو لفرعه أو زوجته أو كان الحكم يجلب نفعاً له كمستحق فى وقف وما شاكل ذلك فلا يشترك فى تدُقيقه ولا يحضر الجلسات فيه وليس له الإطلاع على ما يقرر فى ذلك".

ثم زادت المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣م

---

(١) راجع: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم ، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٣١ ومابعدها.

(٢) هذاوقد نصت المادة(١١) من ذات النظام على أنه" ... كما لا يجوز رد المحكم عن الحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد إيداع وثيقة التحكيم".

أسباباً أخرى لرد المحكم، إذ قضت بأنه " لا يجوز أن يكون محكماً من كانت له مصلحة فى النزاع ومن حكم عليه بحد أو تعزير فى جرم مخل بالشرف أو صدر بحقه قرار تأديبى بالفصل من وظيفة عامة أو حكم بشهر إفلاسه ما لم يكن قد رد إليه اعتباره" .

وبناء على هذه النصوص يمكن حصر أسباب رد المحكم فى المملكة العربية السعودية فى عشرة، وهى:[1]

(١) إذا كان بين المحكم و أحد أطراف النزاع خصومه رفع الأمر بها إلى القضاء.

(٢) إذا كانت هناك منفعة مالية للمحكم تعود عليه من النزاع المعروض.

(٣) إذا كان المحكم وأحد الأطراف (المتداعين) شركاء فى شركة ما.

(٤) إذا كان المحكم قد سبق له أن شهد فى النزاع أمام هيئة تحكيمية أو قضائية.

(٥) إذا كان بين المحكم وأحد الأطراف عداوة أو قرابه تمنع قبول الشهادة.

(٦) إذا كان بين المحكم وأحد الأطراف علاقة أصول أو فروع أو زواج.

(٧) إذا كان الحكم التحكيمى يجلب للمحكم نفعاً.

(٨) إذا كان حكم على المحكم بعقوبة فى جريمة مخلة بالشرف.

(٩) إذا صدر بشأن المحكم قرار تأديبى يقضى بفصله من وظيفته.

(١٠) إذا استمر إفلاس المحكم ولم يرد إليه اعتباره.

وبذلك يكون المشرع السعودى قد كرس فى رد المحكم القاعدتين الآتيتين:[2]

القاعدة الأولى: أن رد المحكم لأى سبب من الأسباب العشرة المذكورة يكون جائزاً بالنسبة للتحكيم الخاضع لإيداع وثيقة التحكيم لدى المحكمة وهو التحكيم النابع من الإتفاق اللاحق للنزاع(مشارطة التحكيم) وذلك خلال خمسة أيام من ظهور أو حدوث سبب الرد. أما إذا كان هذا السبب قائماً قبل ذلك واتفق الطرفان – بالرغم من ذلك – على اختيار المحكم فى وثيقة التحكيم وصادقت المحكمة على اختيارهما فإن هذا السبب لا يعد مبرراً لرد المحكم.

القاعدة الثانية: أنه فى حالة التحكيم النابع من الإتفاق السابق على النزاع (شرط التحكيم)

---

(١) أنظر: د.عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٥٠ وما بعدها .

(٢) أنظر : د.عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٥٠ وما بعدها .

فإنه يمكن رد المحكم فى خلال خمسة أيام من تعيين المحكم، أما إذا لم يظهر سبب الرد إلا متأخراً فيكون رد المحكم فى خلال الخمسة أيام التالية على ظهور أو حدوث السبب الذى يجيز رده المحكم.

وعلى ما تقدم يتضح لنا التشابه الكبير بين نصوص التشريعات المختلفة والتى تنظم مسألة رد المحكمين (هيئة التحكيم)، ولذلك يمكن القول بأن هذه النصوص المختلفة تتفق وبعضها فى هذا الصدد، بإستثناء المدة المحددة لطلب رد المحكم، حيث يحددها المشرع المصرى بخمسة عشرة يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم، ويحددها المشرع الإماراتى والمشرع السعودى بخمسة أيام على نحو التفصيل سالف الذكر.

وعلى صعيد النصوص الدولية للتحكيم فقد نصت المادة(١/١٠) من قواعد تحكيم الأونسترال (Uncitral) أن المحكم يكون معرضاً للرد إذا كانت هناك ظروف تثير شكوكاً حول حيدته أو استقلاليته. كما أضافت الفقرة الثانية من المادة المذكورة بأن أياً من الأطراف لا يمكنه رد المحكم الذى سبق وأن اختاره إلا لأسباب علم بها بعد إتمام تعيين المحكم المذكور.[1]

كما أوجبت المادة التاسعة من القواعد المذكورة على المحكم أن يكشف، إلى الطرف الذى سيختاره محكماً، عن الظروف التى قد تثير شكوكاً حول حيدته أو استقلاليته، وعليه أيضاً عند تعيينه أن يكشف، عن تلك الظروف للأطراف المتنازعه إلا إذا كان قد سبق إبلاغهم بها.[2]

---

(١) وتتفق هذه الأحكام مع ماتقرره نصوص قانون التحكيم المصرى فى هذا الصدد.

(٢) هذا وقد عالجت المادة (١١) من قواعد الأونسترال الإجراءات المتبعه فى رد المحكم، كما عينت المادة(١٢) منها كيفية البت فى طلب الرد وتحديد الجهة المختصة التى تقرر ذلك فى حالة عدم موافقة الطرف الأخر على الرد أو على تنحى المحكم. وقريب من هذا المعنى ما نصت عليه المادة(١٤٥٢)من قانون المرافعات الفرنسى.

راجع فى ذلك: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٢٤٨ ومابعدها، د. عزمى عبدالفتاح، إجراءات رد المحكمين فى قانون المرافعات الكويتى، المرجع السابق، ص ٤٤٧ وما بعدها.

وراجع أيضا:

Ph. Fouchard, op. cit.p. 511 et s.

كما قضت المادة (٧/٢) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية (icc) بأنه فى حالة طلب رد المحكم من قبل أحد الأطراف أن تفصل المحكمة بذلك حسب تقديرها بقرار غير قابل للطعن"٠ وهذا يعنى أن محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية يكون لها سلطة تقديرية فى إصدار قرار رد المحكم من عدمه، وليس هناك أى سلطة أخرى يمكن اللجوء إليها من قبل الطرف الذى قد لا يقتنع بقرار المحكمة المذكورة٠ هذا ومن الطبيعى عندما يتقرر رد المحكم عليه أن يتنحى عن مهمته وبذلك ينقضى الإتفاق على التحكيم٠[١]

ويترتب على تحقق أى سبب من الأسباب السابقة تقدير الحق للطرف الذى يكون الرد مقرر لمصلحته برفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة بذلك، والتى تتولى الفصل فى قبول طلب الرد، وفى صحة المبررات والأسباب التى يقوم عليها، وذلك بعد تمكين الأطراف والمحكم المطلوب رده، وباقى المحكمين إن وجدوا، من تقديم ملاحظتهم كتابة خلال مدة أو مهلة معقولة، ويكون قرار المحكمة فى هذا الشأن نهائياً، مع مراعاة إمكانية خضوع الحكم فى مسألة رد المحكم للطعن، وذلك وفقاً لقانون الدولة التى صدر فيها الحكم٠[٢]

وقد أثير النزاع بصدد هذه المسألة أمام هيئة تحكيم شكلت فى إطار غرفة التجارة الدولية ، وإنعقدت فى جنيف، وعرض الطعن فى حكمها أمام القضاء السويسرى، وكان النزاع يتعلق بقضية الهيئة العربية للتصنيع٠[٣]

وكانت هذه الهيئة قد أنشئت بإتفاق بين أربعة دول عربية هى مصر والسعودية والإمارات وقطر، إلا أن الدول العربية الثلاث (السعودية والإمارات وقطر) إنسحبت من الهيئة ، بسبب مقاطعة الدول العربية لمصر لإتفاقها مع إسرائيل على عملية السلام، وطلبت تصفية الهيئة بتشكيل لجنة رباعية لهذا الغرض ، إلا أن مصر قررت الإبقاء على الهيئة

---

(١) راجع فى ذلك: د٠ فوزى محمد سامى ، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص٢٤٨ وما بعدها، د٠ عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٤٤٧ وما بعدها٠
وراجع أيضا:
René David, op.cit. p.366 et s, Jean Robert, op. cit.p.122 et s.

(٢) أنظر: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٥١ ومابعدها٠

(٣) أنظر فى تفاصيل تلك القضية : د٠ يحيى الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء الأول، ١٩٨٦م، المرجع السابق، ص ٦١ ومابعدها٠

وإدارتها.

وكانت شركة الطائرات الهليكوبتر الإنجليزية (وستلاند) قد اتفقت مع الدول الأطراف فى الهيئة المذكورة على إنشاء شركة مصرية مشتركة بإعتبارها شركة عربية بريطانية لصناعة الطائرات الهليكوبتر على أن تملك الهيئة العربية ٧٠% من رأسمالها وتملك الشركة الإنجليزية ٣٠%، ونتيجة لفشل هذا المشروع تقدمت شركة وستلاند بطلب تحكيم لدى غرفة التجارة الدولية للمطالبة بالتعويض ضد الهيئة العربية للتصنيع والدول الأربعة الأطراف بها والشركة المشتركة العربية البريطانية للهيلكوبتر. وشكلت هيئة تحكيم ثلاثية فى إطار غرفة التجارة الدولية لنظر النزاع، فرفضت شركة وستلاند أن تحل الهيئة المصرية العربية للتصنيع محل الهيئة العربية للتصنيع لأنها اختصمت الهيئة العربية تحت التصفية التى أنشئت بإتفاق ١٩٧٥/٤/٢٩م بين الدول الأربعة المذكورة. وقد استجاب رئيس هيئة التحكيم لوجهة نظر الشركة الإنجليزية، وأصدر فى ٨ يونية عام ١٩٨٢م قراراً بعدم اعتبار الهيئة المصرية العربية طرفاً فى الدعوى.

طعن المدعى عليه فى هذا القرار أمام محكمة العدل الدولية لمقاطعة جنيف، والتى إستجابت لإلغاء قرار رئيس الهيئة باعتباره حكماً باطلاً، لعدم تسبيبه ولعدم توقيعه من جانب المحكمين الأخرين بهيئة التحكيم، وإعادة القضية لهيئة التحكيم لإستئناف نظرها بعد إغفال قرار رئيس الهيئة الباطل. فطعنت شركة وستلاند فى هذا الحكم أمام محكمة سويسرا الفيدرالية والتى أيدت الحكم المطعون فيه.

ولما إستأنفت هيئة التحكيم نظر القضية طلبُ الأطراف الثلاثة (المدعى عليهم) من المحكمين الثلاثة التنحى عن نظر القضية، فرئيس المحكمة أصدر القرار الباطل الذى أيد القضاء السويسرى بطلانه، كما شارك المحكمان الأطراف فى إجراءات إصداره. إلا أن المحكمين الثلاثة رفضوا التنحى، فطعن المدعى عليهم الثلاثة فى قرارها أمام محكمة جنيف باعتبارها المحكمة المختصة فى الدولة التى يجرى فيها التحكيم، فقضت فى ٧ فبراير سنة ١٩٨٥م بعدم الاختصاص.

وأيدت محكمة العدل بمقاطعة جنيف هذا الحكم فى ١٨ أبريل عام ١٩٨٥م ، فطعن

المدعى عليهم الثلاثة فى الحكم أمام محكمة سويسرا الفيدرالية طالبين أصلياً برد المحكمين الثلاثة، واحتياطياً بإعادة القضية إلى محكمة العدل بمقاطعة جنيف لتقضى بردهم. فاستجابت المحكمة الفيدرالية لهذا الطعن وقضت فى ١٠ سبتمبر ١٩٨٥م بإلغاء الحكم المطعون فيه وإعادة الدعوى لمحكمة العدل بمقاطعة جنيف لعدم دخول رد المحكمين فى اختصاصها. واستندت المحكمة فى قضائها إلى أن رد المحكمين يعتبر وفقاً للقانون السويسرى متعلقاً بالنظام العام، وهو من المسائل الجوهرية التى يقوم عليها نظام التقاضى.

ويذكر بعض الفقه أن الأمر مثار النزاع فى هذه القضية عباره عن اختلاف بين الأطراف والمحكمين حول طلب رد المحكمين مما يدخل فى اختصاص المحاكم السويسرية، فقبول الأطراف نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لا يفقدهم الحق فى الإلتجاء للقضاء السويسرى لتعلق هذا الحق بالنظام العام، مما يوجب عدم الإعتداد بحكم الفقرة الثامنة من المادة الثانية من نظام غرفة التجارة الدولية والذى يجعل الفصل فى طلب الرد مقصوراً على محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية.[1]

٤) السبب الرابع : عدم توصل هيئة التحكيم إلى إتخاذ قرار لحسم النزاع:

ينقضى الإتفاق على التحكيم أيضاً إذا فشلت هيئة التحكيم فى إصدار حكم لحسم النزاع المعروض عليها. ويحدث هذا عندما تكون هذه الهيئة مكونه من ثلاثة محكمين أو أكثر وإنقسمت آراءهم دون تحقق الأغلبية المطلوبه لرأى معين، ففى هذه الحالة عليهم إخبار الخصوم بذلك ولا يبقى أمامهم إلا إنهاء عقد التحكيم. ولقد عالجت بعض القواعد الخاصة بالتحكيم مثل هذه الحالة، وسوف نتعرض لها عند الحديث عن التنظيم القانونى لحكم التحكيم.

٥) السبب الخامس: وفاة المحكم أو وجود سبب قانونى أو فعلى يحول دون القيام بمهمته:

ينقضى الإتفاق على التحكيم – وفقاً للقواعد العامة للعقود – بوفاة المحكم، أو بفقد أهليته، أو إصابته بمرض عضال يمنعه من الاستمرار فى العمل، أو حدوث قوة قاهرة تحول دون

---

(١) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٥٤ وما بعدها.

قيام المحكم بمهمته التى كلف بها بموجب هذا الإتفاق.[1]

هكذا جاءت أسباب انقضاء الإتفاق على التحكيم وفقاً للتشريعات الوطنية والقواعد الدولية الحديثة،وقد جاءت الشريعة الإسلامية مقررة القواعد السابقة فى شأن إنقضاء الإتفاق على التحكيم، وذلك وفقاً للتفصيل التالى:

ينقضى الإتفاق على التحكيم(عقد التحكيم) بعزل المحكمين، ذلك أن التحكيم، وفقاً للشريعه الغراء، يعد من العقود غير اللازمة، لذلك يجوز لأى من المحتكمين الإتفاق على عزل المحكم، ولكن بشرط ألا يكون قد أصدر الحكم، فإذا قضى بعد العزل فإن قضاءه يعد باطلاً ولا يعتد به.

كما أن المحكم يملك عزل نفسه، قبل صدور الحكم، وفى أى وقت، ويشترط لذلك أيضاً علم المحتكمين بعزله، كالوكيل إذا عزل نفسه فإنه لا ينعزل حتى يعلم الموكل بعزله. ولذلك جاء فى البحر الرائق" ولكل واحد من المحكَمين أن يرجع قبل حكمه لأنه تقلد من جهتهما فكان لكل منهما عزله، وهو من الأمور الجائزة فينفرد أحدهما بنقضه كالمضاربه والشركة والوكالة"[2]، وهذا الأمر متفق عليه ولاخلاف فى شأنه بين الفقهاء.

وقد اختلف الفقهاء فى شأنه مسألة مدى قدرة الإرادة المنفرده لأحد الخصوم فى عزل المحكم بعد الإتفاق على التحكيم[3]، والراجح من هذه الآراء هو الرأى القائل بتقرير حق المحتكم فى الرجوع بإرادته المنفردة قبل صدور الحكم، أما بعد صدور الحكم فلا عبرة برجوع أحدهما أو كليهما. ولا شك أن هذا الرأى يتفق مع طبيعة التحكيم، باعتبارة عقداً الأصل فيه الجواز وعدم اللزوم، شأنه شأن العقود غير اللازمة، كعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد المضاربة. كما أن التحكيم ليس بأعلى مرتبة من ولاية القضاء – وإن كان أسبق فى نشأته عن القضاء على نحو ما عرفنا عند دراسة تاريخ نشأة التحكيم – فكما أن للولى عزل القاضى فمن باب أولى يجوز للمحتكم عزل المحكم قبل صدور الحكم وهذا هو ماذهب إليه

---

(١) راجع فى ذلك:د. فوزى محمد سامى ، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص٢٥٣ ومابعدها.

(٢) أنظر فى ذلك: البحر الرائق، الجزء (٧) ، ص ٢٥ وما بعدها.

(٣) أنظر فى تفاصيل ذلك: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٠٦ وما بعدها.

جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية وبعض المالكية [1].

كما ينقضى الآتفاق على التحكيم فى منظور الشريعة الإسلامية بإنتهاء المهمة التى وكل بها المحكم(هيئة التحكيم)، وتنتهى هذه المهمة إما بصدور حكم ينهى النزاع، أو بمرور الوقت المحدد للتحكيم إذا كان مؤقتاً. فإذا أصدر المحكم حكمه فى التحكيم – على نحو التفصيل الذى سيأتى بيانه – إنتهت مهمته وانقضى الإتفاق على التحكيم، ويصبح كأن لم يكن، كما إذا حكم الخصوم محكماً على أن يقضى بينهم فى شهر كذا ولم يصدر الحكم فى خلال هذه المدة انقضى بذلك الإتفاق على التحكيم، وتنتهى ولاية المحكم الذى اسندت إليه هذه المهمة ولا يكون له الحق فى نظر النزاع إلا بإتفاق – أو تولية – جديد.[2]

وأخيراً تقرر الشريعة الغراء انقضاء الإتفاق على التحكيم بانتهاء ولاية المحكم الذى سقطت أهليته للحكم، بمعنى إذا تخلف أحد شروط صلاحيته لإصدار الحكم التحكيمى، فإذا أرتد المحكم أو عمى أو جن انعزل، فإن أسلم بعد ردته أو أبصر أو زال عنه الجنون وحكم فى النزاع لا يصح حكمه إلا بتجديد الاتفاق على التحكيم.[3]

هكذا جاءت أحكام إنقضاء الإتفاق على التحكيم فى منظور الشريعة الإسلامية وهى المعمول بها الآن فى مجال التشريعات الوضعية والقواعد الدولية الحديثة. وهذا إن دل فإنه يدل على أن الدين الإسلامى ديناً صالحاً للتطبيق فى كل زمان ومكان، ولا غرابة فى ذلك لأنه دين إلهى لا يعتريه الخطأ والنقصان.

وبهذا القدر نكون قد انتهينا من بيان التنظيم القانونى للإتفاق على التحكيم كمرحلة أولى من المراحل التى تمر بها عملية التحكيم، والآن ننتقل إلى بيان مرحلة أخرى لتلك

---

(١) أنظر فى ذلك: تبين الحقائق للزيلعى، ج٤، ص ١٩٥ وما بعدها، أدب القاضى للخصاف وشرح الحصاص، ص ٥٨٥ وما بعدها، مغنى المحتاج، ج٤، ص ٣٧٧ وما بعدها، التبصرة لابن فرجون، ج ١،ص ٤٥ .

(٢) أنظر: تبين الحقائق للزيلعى، ج٤، ص ١٩٥ وما بعدها ، شرح المجلة العدلية، لعلى حيدر، ج٤ ،٦٤٤ .

(٣) راجع: الفتاوى الهندية، ج٣، ص ٣٩٨، تبين الحقائق للزيلعى، ج٤، ص ١٩٥، د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١١٢ وما بعدها.

العملية، والتى تتمثل فى حكم التحكيم باعتبار هذه المرحلة هى النتيجة المتوخاه من التحكيم.
و لذلك سنتناول دراسة وبحث التنظيم القانونى لهذه المرحلة من خلال الباب التالى.

****

الباب الثاني

التنظيم التشريعى لحكم التحكيم التجارى الدولى وتنفيـــذه

تمهيد وتقسيم:

إن الإعتراف بوجود الحكم التحكيمى الدولى يقتضى منا أن نبسط البحث لتحديد المقصود بهذا الحكم، والمغزى من الإعتراف له بصفة الدولية، ذلك أن هناك فارق جوهرى وأساسى بين التحكيم الدولى وحكم التحكيم الدولى ، فالهدف من الإعتراف بالصفة الدولية للتحكيم هو أن يكون لإرادة الأطراف اليد العليا فى تنظيم كيفية ممارسة هذا الأسلوب لفض منازعاتهم، ومن ثم فلا مفر من الاعتراف لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" فى هذا المجال بكامل قوتها وفاعليتها، وهذا ما يترتب عليه بدوره الاعتراف أيضاً بحق هؤلاء المتنازعين فى عدم الإرتباط فى إجراء هذا التحكيم بأى قانون وطنى محدد.

أما الاعتراف لحكم التحكيم بالصفة الدولية فالهدف منه أن يتحقق لهذا الحكم قوة نفاذ دولية، إن لم تكن قوة نفاذ تعلو الدول قادرة على تحريره من أى رقابة دولية، سواء من ناحية إعفاء الطرف الذى صدر الحكم التحكيمى لصالحة من ضرورة الحصول على أمر بالتنفيذ، أو من ناحية تحصين هذا الحكم من طرق الطعن التى قد تمارس فى مواجهة أحكام التحكيم الوطنية .[1]

ولاشك فى أن حكم التحكيم يعتبر من أهم العناصر التى تمر بها عملية التحكيم، ذلك أن المجرى العادى لهذه العملية ينتهى بصدور حكم يفصل فى موضوع النزاع، والحصول على حكم التحكيم هو غاية المتنازعين المحتكمين، إذ بواسطته يتم الفصل فى النزاع ويحصل كل ذى حق على حقه.[2]

ومع ذلك فإننا نرى أن معايير الدولية فى كل من عناصر التحكيم مختلفة، فالتحكيم الذى يتم طبقاً لأحكام القانون الإنجليزى مثلاً هو تحكيم وطنى من وجهة نظر هذه الدولة، ومع ذلك يعد الحكم الصادر نتاجاً له حكماً دولياً إذا ما صدر فى إطار إتفاقية دولية تخول هذا الحكم قوة نفاذ دولية، وعلى العكس من ذلك فقد يكون الحكم فرنسياً لصدوره بالتطبيق لقانون الإجراءات المدنية الفرنسى، فى حين أن التحكيم ذاته يعد دولياً لتعلقه بمصالح

---

(١) أنظر: د. عصام الدين القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، ١٩٩٣م، دار النهضة العربية، ص ٦٠ .
(٢) أنظر: د. مختار أحمد بريرى، التحكيم التجارى الدولى، دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، ١٩٩٥م، دار النهضة العربية، ص ١٢٩ .

التجارة الدولية.

والملاحظ فى هذا الصدد أن بعض التشريعات العربية قد ذهبت إلى تسمية حكم التحكيم بالقرار، ومنها على سبيل المثال دولة الإمارات العربية ، حيث نصت المادة(٩٠) من القانون الخاص بالإجراءات المدنية بأنه " على المحكمين أن يرفعوا قرارهم إلى المحكمة ..." . بيد أن غالبية التشريعات العربية تحبذ استعمال مصطلح " الحكم" بدلاً من القرار، ومنها على سبيل المثال المملكة العربية السعودية، حيث نص على ذلك نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكى رقم(٤٦) لسنة ١٩٨٣م، وجمهورية مصر العربية فى المادة (٤٢) من القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م ، وغيرها من الدول.(١)

ويبدو لنا أن الإتجاه الأخير هو الأولى بالإعتبار، وذلك لدلالة لفظ الحكم على المعنى الحقيقى، وأيضاً لاشتقاقه من قولة تعالى" يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأرض فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ " (٢)، وحتى لايختلط حكم التحكيم بما يمكن أن تبدية هيئة التحكيم للمتنازعين من إقتراحات ، أو ما تعده من مشروع قرار على سبيل المثال، أو ما تصدره من أوامر لأحد الخصوم بأتخاذ تدابير مؤقته أو تحفظية بناء على طلب أحد الخصوم(٣).

وإيما كانت التسمية " الحكم" أو القرار" فإن الثمرة المرجوه من ذلك هى حسم النزاع فيما بين الأطراف المتنازعة. وبالرغم من ذلك فإن المادة(٤٢) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م تجيز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية أو فى جزء من الطالبات، وذلك قبل إصدار الحكم النهائى والذى به تنقضى الخصومة كلها، ومن ثم تنفتح طرق محاولة إلغاء هذا الحكم أو معارضتُه أو الطعن فيه بالبطلان أمام من

---

(١) كالقانون السورى فى المادة(٥٢٧)، و القانون البحرينى فى المادة(٢٣٩)، و القانون اللبنانى فى المادة (٧٩٠)، والقانون الليبى فى المادة (٧٥٦). كما يلاحظ أن بعض التشريعات تستعمل مصطلح الحكم تارة ومصطلح القرار تارة أخرى ، ومنها القانون الأردنى فى المواد(١٢ –١٧). راجع : د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم،الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية ، المرجع السابق.

(٢) الآية (٢٦) سورة " ص".

(٣) مع ملاحظة أن المادة(٢٤) من قانون التحكيم المصرى تشترط لذلك إتفاق طرفى التحكيم على تخويل هيئة التحكيم هذه السلطة، ولها أن تطلب ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير. أنظر فى تمييز حكم التحكيم هذه الإقتراحات أو الأوامر أو الإجراءات.

Ph.Fouchard, et autres, op. cit. 1996, p.750 et s.

صدر الحكم ضده.

وعلى ذلك سنبحث فى هذا الباب حكم التحكيم من ناحية النظر إلى مضمون الحكم ذاته شكلاً ومضموناً وكيفية معاملته عند صدوره، وشروط صحته، وكيفية تنفيذه، على أننا سوف نبحث الموضوع بطريقة مقارنه ، حيث نستعرض من ناحية مواقف بعض التشريعات الوطنية المختلفة إلى جانب إستعراض ما تجرى عليه هيئات التحكيم التجارى الدولية، وما أحتوته الإتفاقيات الدولية ذات الصلة بالتحكيم التجارى الدولى كلما أمكن ذلك، ونبين من ناحية أخرى موقف الشريعة الإسلامية من النقاط محل البحث، ليتضح لنا مدى إتفاق وإختلاف هذه التشريعات الوطنية مع الشريعة الغراء.

وحتى يتسنى لنا بيان ذلك على وجه مفصل سنقوم بتقسيم دراستنا فى هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو التالى:

الفصل الأول : ما هية حكم التحكيم الدولى وأنواعه.

الفصل الثانى : كيفية صدور حكم التحكيم الدولى وشروط صحته وآثاره.

الفصل الثالث : تنفيذ أحكام التحكيم الدولى.

****

الفصل الأول

ماهية حكم التحكيم الدولى وأنواعه

تمهيد:

على الرغم من أن التشريعات القانونية المعاصرة، وأيضاً المعاهدات الدولية، تقرر خضوع حكم التحكيم الدولى إلى إمكانية الطعن عليه بالبطلان، إلا أن أى منها لم يعنى بتحديد ما هو المقصود بالحكم التحكيمى الدولى الذى يخضع للبطلان، ولا يخفى أهمية تلك المسألة، لأنه من المعروف أن لمحكمة التحكيم أن تصدر العديد من الأحكام، وذلك منذ بداية مهمتها وحتى انتهائها، ولذلك يجب تحديد حكم التحكيم على وجه التحديد، وعلى سبيل المثال فرق النظام السعودى للتحكيم بين أنواع الحكم حين أشار فى المادة (١٨) منه إلى أن " جميع الأحكام الصادرة من المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من إجراءات التحقيق يجب إيداعها ٠٠٠٠"[١] ، وكذلك نصت المادة(٤٢) من القانون المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م بأنه " يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو فى جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها"٠ وهذا ما أشارت إليه أيضاً لائحة التحكيم التى أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، ولذا فلمحكمة التحكيم أن تصدر ليس فقط الأحكام القطعية المنهية للخصومة، ولكن لها أيضاً أن تصدر الأحكام الوقتية والأحكام التمهيدية والأحكام الجزئية٠

وهنا يرد سؤال مؤداه هل هذه الأنواع جميعها يمكن أن تكون محلاً للطعن عليها بالبطلان أم لا ؟ وهل يشترط فى الحكم التحكيمى ـ محل الطعن ـ أوصافاً محددة بحيث يخرج عن نطاق الطعن؟ لذلك يتعين فى هذا الصدد أن نعرض أولاً لتحديد ما هية حكم التحكيم الدولى الذى يمكن الطعن عليه بالبطلان[٢] ، ثم بيان أنواعه لنصل من خلال ذلك

---

(١) أنظر: د٠ عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٣٧٠ وما بعدها٠

(٢) فتعريف الشئ يهدف أولاً إلى بيان الذات والحقيقة التصورية التى تنظم مفردات المعرف بحيث تتكون له فى الذهن صورة واضحة ومنضبطة، كما يهدف ثانياً ـ وتبعاً لذلك ـ إلى تمييز المعرف عن غيره مما يشتبه به لإشتراكه معه فى بعض الصفات ٠ راجع: د٠ مصطفى محمد الجمال =

إلى تحديد ما هو المقصود بحكم التحكيم الدولى من جميع جوانبه وزواياه. وحتى يتضح لنا ذلك سنقسم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول : ما هية حكم التحكيم الدولى.

المبحث الثانى : أنواع حكم التحكيم الدولى.

= بحث بعنوان " فى سبيل نظرية عامة موحدة للقانون فى العالم العربى والإسلامى" ، منشور بمجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة العين بالإمارات العربية المتحدة، العدد السادس، سنة ١٩٩٢م، ص ٣٤١ وما بعدها.

المبحث الأول

ماهية حكم التحكيم الدولى

لقد اختلف الرأى حول تحديد طبيعة حكم التحكيم، وانقسم الفقه والقضاء فى هذا الصدد إلى مذاهب شتى، **فقد ذهب رأى** إلى القول بأن حكم المحكم – سواء فى التحكيم بالقضاء أو فى التحكيم بالصلح – يعتبر نتيجة مباشرة للاتفاق على التحكيم ومن ثم تكون له طبيعة تعاقدية [١]. **وذهب رأى ثان** إلى القول بأن حكم المحكم وإن كان مجرد إتفاق إلا أنه يتميز بقابليته للتنفيذ الجبرى. **وذهب فريق ثالث** إلى القول بأن حكم التحكيم له طبيعة خاصة. **وذكر البعض** أنه يعد بمثابة حكم القضاء تماماً فيما عدا ما اتصل بقابليته – فى ذاته – للتنفيذ الجبرى ، ويستند هذا الرأى فيما ذهب إليه إلى نصوص قانون المرافعات، سواء فى مصر أو فى فرنسا أو فى بلجيكا، لأنها جميعاً تعتبر قرار المحكم بمثابة حكم. [٢]

ومن الشراح من يعتبر قرار المحكم بمثابة حكم فى الوقت الذى يصدر فيه الأمر بتنفيذه، أما قبل هذا الوقت فإنه يكون مجرداً من هذه الصفة، أى تكون له طبيعة تعاقدية. [٣] هذا بينما ذهب البعض أنه يتعين إستبعاد تحديد الأساس القانونى لحكم التحكيم وعقد التحكيم على أساس إنهما عقد وحكم من نوع خاص ، فهو حكم وليست له صفة تعاقدية وبالتالى ينفذ

---

(١) أنظر:

F.E. Klein, considérations sur l'arbitrage en droit international privé, 1955,p. 223 et s.

وراجع ما سبق ذكره فى طبيعة التحكيم فى الباب التمهيدى.

(٢) أنظر تفاصيل ذلك فى: د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى،المرجع السابق، ص ٢٦٠ وما بعدها، د. منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولى والداخلى، ٢٠٠٠م، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص٣٦٢ وما بعدها، د. خالد محمد القاضى، موسوعة التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، دار الشروق، ص٢٣٤ وما بعدها، وراجع ايضا:

E.Bartin, principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française, 1930, p. 160 et s,Ch. N. Fragistas, arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé, Rev. crit. De D.i.p., 1960 p.3 et s.

(٣) راجع فى ذلك:

A..Bernard, l'arbitrage volontaire en droit privé, 1937, p. 281 et s.

جبراً، فى حين أن العقد لا ينفذ جبراً إلا إذا حصل صاحب المصلحة على حكم قابل للتنفيذ بشأنها.[١]

ونحن نرى من جانبنا، مع الرأى الغالب فى الفقه، أن قرار المحكم يعتبر بمثابة حكم بقوة القانون، فقانون المرافعات هو الذى منحه هذا الوصف فى باب التحكيم، وكذلك القوانين الخاصة بالتحكيم فى الأنظمة المختلفة. وبمعنى آخر أن عقد التحكيم لا يكفى وحده حتى يكون أساساً لتحديد طبيعة ووظيفة المحكم" حكم التحكيم"، لأنه لا يعتد بأى أثر من آثاره إلا لأن المشرع يجيز التحكيم، ويحدد من الإجراءات الآمرة ما لا يمكن بأى حال من الأحوال الإتفاق على مخالفتها.[٢]

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من الدول المنظمة للتحكيم التجارى الدولى لم تضع ضمن تشريعاتها القانونية تعريفاً لماهية حكم التحكيم، وكذلك القانون النموذجى للتحكيم، والذى أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، لم يضع أيضاً تعريفاً محدداً لحكم التحكيم[٣]، وذلك بالرغم من أن تعريف هذا الحكم قد أثير ضمن موضوعات هذا القانون وأثناء وضعة ، وقد تم أنذاك اقتراح التعريف الآتى " أن الحكم التحكيمى يقصد به كل حكم قطعى يفصل فى جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم، وكذلك كل قرار آخر صادر عن محكمة التحكيم يفصل بشكل نهائى فى أى مسألة تتعلق بموضوع النزاع، أو يفصل فى مسألة اختصاص محكمة التحكيم أو أى مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات".[٤]

ولقد كان هذا التعريف محلاً لخلافات عديدة، خاصة بشـــأن معـرفة ما إذا كانت

---

(١) راجع : د. أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ٢٦١ .وراجع أيضا :
A.Bernard, op. cit.p.483 et s.

(٢) راجع: د. أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ٢٦١ .وراجع أيضا:
Motulsky,études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, paris, 1974, p. 6 et s.
وراجع ما سبق ذكرة فى الباب التمهيدى فى طبيعة التحكيم.

(٣) أنظر: د. خالد محمد القاضى، موسوعة التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، دار الشروق، ص٢٣٢ وما بعدها.
وقد ذكر سيادته فى ذلك الشأن أن "غياب التعريف فى الإتفاقيات الدولية يرجع إلى عدم وجود مضمون محدد لماهية حكم التحكيم يمكن الوصول إليه بسهولة من خلال القواعد الخاصة بالإعتراف والتنفيذ المنصوص عليها فى القانون الدولى الإتفاقى ....." ، ص ٢٣٣ .

(٤) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية، ١٩٩٧، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ص ١٦ .

القرارات الصادرة من المحكمين بشأن الفصل فى موضوع اختصاصهم، أو تلك المنصبة على الإجراءات التى يتعين تكييفها بأنها أحكام تحكيمية، وبسبب هذا فإن الأمر انتهى بواضعى القانون النموذجى للتحكيم إلى ترك مسألة وضع تعريف محدد لفكرة الحكم التحكيمى.(١)

وعلى غرار القانون النموذجى – باعتباره أحدث الوثائق الدولية بشأن التحكيم التجارى الدولى والذى لم يضع تعريفاً محدداً لفكرة الحكم التحكيمى(٢) – فإن المعاهدات الدولية السابقة عليه لم تضع بدورها تعريفاً لحكم التحكيم. **فمعاهدة نيويورك الموقعه فى ١٠ يونية سنة ١٩٥٨م** فى شأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، تشير إلى أن " المقصود بأحكام التحكيم ليس فقط أحكام التحكيم الصادرة من المحكمين المعينين للفصل فى حالات محددة، ولكن أيضاً يشمل هذا اللفظ أحكام التحكيم الصادرة عن أجهزة التحكيم الدائمة التى يخضع لها الأطراف"(٣).

ولا تتضمن لوائح التحكيم الأساسية كذلك أى تعريف لفكرة الحكم التحكيمى، وأكتفت فقط بتحديد كيفية صدور حكم التحكيم وما يتضمنه من أوصاف.(٤)

والسؤال المطروح فى هذا الصدد هو معرفة مدى أهمية تحديد ماهية حكم التحكيم؟ وتبدو الإجابة على هذا التساؤل من ناحية معرفة الآثار المترتبة على وصف القرار الصادر عن المحكمة بأنه " حكم تحكيمى" أم لا (٥) ، إذ يترتب على الإجابة عن هذا

---

(١)أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٦ وما بعدها.

(٢) ويلاحظ أنه قد تم تناول مسألة تحديد مفهوم الحكم أثناء إعداد هذا القانون، وقد تم حينئذ اقتراح هذا التعريف" إن كلمة قرار يجب أن تفهم على أنها قرار نهائى لحسم كل المسائل المعروضة على المحكمة التحكيمية وتعبر أيضاً عن كل قرار للمحكمة التحكيمية من شأنه تسوية النزاع بصورة نهائية" . راجع:

Ph.Fouchard et autres, op. cit. p. 749 et s.

(٣) وقد جاء نص المادة الأولى فقرة (٢) من المعاهدة كالآتى:

" On entend par sentences arbitrales non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas determines, mais également celles qui sont rendues par des organs d'arbitrage permanent auxquelles les parties se sont soumises".

(٤) أنظر : د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦ .

(٥) أنظر لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن:

Ph. Fouchard et autres, op. cit. p.788 et s.

التساؤل تحديد الأحكام التحكيمية والتى تسرى عليها وحدها دون غيرها قواعد المعاهدات الدولية بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، وكذلك يترتب على وصف قرار المحكم بهذا الوصف ترتيب آثاراً أخرى متنوعة ترتبط بنصوص وقواعد التحكيم، ومنها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة(٢١) من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس من أن مشروعات الأحكام التحكيمية يجب أن تخضع لفحص أولى من قبل محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس.

والذى يعنينا على وجه الخصوص فى هذا الصدد يبرز فى أهمية تحديد حكم التحكيم لأنه وحدة من ضمن القرارات الصادرة عن المحكم التى تكون قابلة للطعن عليها بالطرق القانونية، ومن أهمها الطعن فى حكم التحكيم بالبطلان، كما أنه وحده الذى يخضع للمدة المقررة قانوناً لممارسة هذا الحق فى الطعن.[1]

هذا وقد انقسم الفقه فى تعريفه لحكم التحكيم بالمعنى الفنى الدقيق إلى رأيين هما:

رأى أول عرف الحكم التحكيمى بأنه " القرار الصادر عن المحكم والذى يفصل بشكل قطعى على نحو كلى أو جزئى فى المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلق القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات وأدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة".[2] وقد رتب البعض بعض النتائج التى يمكن أن تترتب على هذا

---

(١) أنظر:

Ph.Fouchard et autres, op. cit .p. 788 et s.

هذا ويلاحظ أنه وفقاً للمبادئ التى تحكم النظرية العامة للتصرفات القانونية فإن تكييف القرار الصادر عن المحكمة على اعتبار أنه حكم تحكيمى مسألة لا تتوقف على الألفاظ المستخدمة من قبل المحكم فى هذا الشأن، وإنما تعتمد فى المقام الأول على مضمون القرار وليس بالوصف الذى يخلعه الأطراف أو المحكم عليها. راجع:د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها.

(٢) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١١٩ وما بعدها، د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٩ وما بعدها، د. عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها.

وراجع أيضاً:

Ph. Fouchard et autres, op. cit. p.751 et s

وقد أخذت محكمة استئناف باريس بهذا المعنى فى بعض أحكامها. راجع فى ذلك:

Rev. d'arbitrage, 1988, p. 649, note E. Mezger.

الرأى، وأهمها[1]:

— لا تعتبر أحكاماً تحكيمية القرارات التى تصدر عن مؤسسات التحكيم، والتى يعمل المحكم تحت سيطرتها، وبناء عليه لا يعتبر القرار الصادر عن محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس برفض طلب رد المحكم من قبيل الأحكام التحكيمية التى يمكن الطعن فيها بالبطلان [2] .

— إن الإجراءات التى يتخذها المحكم، والتى لا تهدف إلى الفصل فى المنازعة على نحو كلى أو جزئى، لا تعتبر أيضاً من قبيل الأحكام التحكيمية التى يمكن الطعن فيها بالبطلان، ومن أمثلة ذلك إجراءات التحقيق فى الدعوى والتى لا تعدو أن تكون مجرد إجراءات إدارية ذات طابع قضائى ولا يمكن الطعن فيها بالبطلان [3] .

— إن القرارات التى يصدرها المحكم ، والتى لا تفرض على الأطراف إلا بناء على قبولهم الصريح لها ، لا تعتبر أحكاماً تحكيمية . وبناءاً عليه فإن مشروع قرار التحكيم والذى لا يتحول إلى حكم تحكيمى إلا إذا إرتضاه الأطراف لا يمكن أن يكون محلاً للطعن فيه بالبطلان . [4]

— إن القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم المتعلقة بالفصل فى اختصاص المحكمة أو

---

(١) راجع فى هذا الشأن: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٠ وما بعدها، د. عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها. وراجع أيضاً:

Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 751 et s.

(٢) راجع فى ذلك: الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف بباريس فى ١٥ يناير سنة ١٩٨٥م ومحكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٨٧ . راجع:

Rev. d'arbitrage, 1987, note E. Mezger, Rev.d'arbitrage,1994,p. 391, note ch- Jarrason, ph. Fouchard et autres, op. cit. p.751 et s.

(٣) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٠، د. عصام الدين القصبى ، المرجع السابق، ص٧٩ .وقد قضت محكمة إستئناف باريس فى العديد من أحكامها بهذا المعنى. راجع فى ذلك:

Rev. d'arbitrage, 1988, p.649, note E. Mezger.

(٤) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية(فى حكمها الصادر فى الأول من يوليو سنة ١٩٨٧م) بهذا المعنى، حيث قررت:

"Etablit un projet de sentence qui n'est transforme en sentence que s'il est accepté par les parties...,ne pourrait faire l'objet d'un recours en annulation immédiate ...", Rev. D'arbitrage, 1994, note ch. Jarrasson, p.391 et s, ph.Fouchard, et autres, op.cit.p.751 et s.

بتحديد القانون الواجب التطبيق أو بصحة العقد أو بتقرير مسئوليه أحد الأطراف تعد من قبيل الأحكام التحكيمية الحقيقية حتى ولو لم تفصل فى المسائل المتنازع بشأنها على نحو كلى، ولا يمكن ترجمتها فى صورة التزام مالى مباشر.(١)

وقد ذهب رأى ثان إلى القول بأن القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم ، بما فيها القرارات المتصلة بموضوع المنازعة، والتى لا تفصل فى طلب معين، لا تعتبر من قبيل الأحكام التحكيمية التى يسرى عليها أحكام الطعن بالبطلان، ولا تعتبر كذلك إلا إذا إنتهت منازعة التحكيم بشكل كلى أو جزئى. وبناء عليه لا تعد القرارات التى تفصل فى المسائل المتصلة بالموضوع، كصحة العقد الأصلى للتحكيم، ومبدأ المسئولية بالمقابلة بمبلغ التعويض ، أحكاماً تحكيمية، ولاتعدو كونها مجرد أحكاما تحضيرية أولية، وبالتالى لا يمكن أن تكون هذه الأحكام محلاً للطعن عليها بالبطلان.(٢)

ويرى الأستاذ جي يار E. Gaillard أن هذا الرأى يستند إلى مفهوم ضيق لفكرة الطلب، والتى تهدف على سبيل المثال إلى الحصول على التعويض والفوائد وليس على التقرير المبدئى لإنتهاك العقد كسبب للمسئولية (٣) .كما يرى جانب من الفقه الفرنسى أن هذه النظرة الضيقة لفكرة الطلب أمام المحاكم لا يمكن الأخذ بها على لأقل بالنسبة للقانون الفرنسى.(٤) فالقرار الصادر من المحكم بشأن الاختصاص، أو بتقرير أو عدم تقرير المسئولية ، أو بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق، يفصل فى جزء من المنازعه وهو بهذه المثابة يتعين اعتباره من الأحكام التحكيمية الحقيقية، ويكون بذلك صالحاً لأن يكون محلاً للطعن عليه بالبطلان مباشرة.

---

(١) راجع :د.حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ص ٢١ . وراجع أيضاً
E. Gaillard, arbitrage commercial international,op.cit.No 55 et s.

(٢) راجع فى عرض هذا الرأى: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٢ .وراجع أيضاً:
E. Gaillard, op. cit. No 55 et s.

(٣) أنظر:
E. Gaillard, op. cit. No 55 et s.

(٤) أنظر:
Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 752 et s.
وراجع أيضاً: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص ٢٢ .

وعلى الرغم من أن الإتفاقيات الدولية جاءت خالية من أى إشارة تتعلق بتعريف حكم التحكيم إلا أن ذلك لا يحول دون الاعتراف بأن هذه الإتفاقيات قد تضمنت معطيات كافية لتحديد مضمون هذا الحكم، وأن غياب هذا التعريف فى هذه الإتفاقيات الدولية مرجعه الأساسى وجود مضمون محدد لماهية حكم التحكيم متفق عليه ومسلم به ويمكن استخلاصه بسهولة من القواعد الخاصة بالاعتراف والتنفيذ المنصوص عليها فى القانون الدولى الإتفاقى.[1] **فاتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧ م** قد لجأت، عند بيانها لمقومات حكم التحكيم ، لأسلوب تقليدى أحالت بمقتضاه هذه المهمة إلى قانون دولة حكم التحكيم الأصلية، وهى الدولة التى صدر فيها هذا الحكم. وكذلك الحال فى شأن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م حيث ركزت على حماية التحكيم التنظيمى فقط فى مواجهة التشريعات الوطنية التى لا تعترف إلا بالتحكيم الذى يجرى لفض نزاع معين، ولذا فقد حرصت على النص فى الفقرة الثانية من المادة الأولى على ذكر أن المقصود بأحكام لتحكيم ليست فقط الأحكام الصادرة بواسطة محكمين معينون لتحكيم منازعات معينة ولكن أيضاً الأحكام الصادرة من قبل أجهزة تحكيم دائمة يكون أطراف النزاع قد خضعوا لها من قبل.[2]

وعلى ذلك فإن القواعد المنصوص عليها فى هذه الإتفاقيات تدور حول مفهوم محدد لحكم التحكيم، وهو عبارة عن "صك" - علاوة على توفر شكل لحكم فيه – يصدر من شخص أو أكثر – ثم تعيينه بطريق مباشر أو غير مباشر من قبل أطراف النزاع – يتضمن بناءً على المهمة الموكولة إليه فصلاً بين إلتزامات الأطراف المتنازع عليها، وهى تلك المهمة التى كان من الواجب أن تدخل أصلاً فى اختصاص القضاء العادى لولا تدخل الأطراف واتفاقهم على التحكيم".

ويضيف جانب من الفقه [3] إلى المقدمات الأساسية السابقة فى حكم التحكيم ضرورة أن يكون الحكم قابلاً لأن يرتب آثاراً مماثله لتلك الخاصة بالأحكام القضائية (كحجية الشيئ

---

(١) أنظر: د. عصام الدين القصبى ، المرجع السابق، ص ٢٣ .
(٢) أنظر: د. عصام الدين القصبى ، المرجع السابق، ص ٢٣ .
(٣) راجع:

Antonio Remero Brotons, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangéres, Recueil des cours de l'academie de droit international, 1984,T.I.,p.74 et s.

المقضى فيه والقوة التنفيذية ....).

وفى الواقع أن هذه السمة الأخيرة تعد أثراً لإكتمال مقومات حكم التحكيم وتبرز أهميتها بصوره واضحة فى مجال النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، حيث تحرص الإتفاقيات الدولية المعنية على التأكيد على أن هذه الأحكام لن يترتب على إجتيازها من دوله إلى أخرى أن تفقد قيمتها وفاعليتها التى كانت تتمتع بها فى دولتها الأصلية ، وبالرغم من ذلك فإنه ينبغى الاعتراف بأن هذا الحكم لن تكون له من قيمة خارج الحدود تفوق ما كانت له فى تلك الدولة التى صدر فيها.(١)

واستلهاماً لما تقدم فإننا نرى مع بعض الفقه (٢) أن أحكام التحكيم تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم، والتى تفصل بشكل قطعى فى النزاع المعروض، سواء كانت هذه الأحكام كلية تفصل فى موضوع النزاع ككل، أم كانت جزئية تفصل فى جزء منه، وسواء تعلقت هذه القرارات بموضوع النزاع ذاته أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى إصدار حكم بإنهاء الخصومة .(٣)

وترتيباً على ذلك لا تعد من قبيل الأحكام التحكيمية، بالمعنى الفنى الدقيق لهذا المصطلح ، القرارات التى تصدر من محكمة التحكيم فى غير خصومة، كالقرارات التى تصدرها المحكمة والتى تتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد محكمة التحكيم أو تأجيل نظر الدعوى للإطلاع والاستعداد، والقرارات التى تهدف إلى إعداد الخصومة للفصل فيها، مثل

---

(١) أنظر: د. عصام الدين القصبى ، المرجع السابق، ص ٢٤ .

(٢) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٤ .

(٣) وقد ذهبت محكمة إستناف باريس إلى هذا المعنى، ومنها حكمها الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٩٤م وقد ذكرت فى ذلك:

"Seules peuvent faire l'objet de recours en annulation les véritables sentences arbitrales, c'est - a- dire les actes des arbitres qui tranchent de maniére definitive, en tout ou partie, le litige qui leur a été soumis que ce soit sur un moyen de procédure qui les conduit a mettre fin a l'instance., les decisions qui ne rpondent pas a ces critéres, quelles que soient leurs denominations, participent seulement de l'instruction du litige sans prejuger de son reglement, elles peuvent être modifieés aprés débat, par les arbitres eux-mêmes et ne peuvent faire l'objet d'un recours distinct de celui exercé contre la sentence" .

وراجع فى هذا الشأن:

Rev. d'arbitrage, 1994, p. 391, note ch. Jarrosson, Rev. crit. De d.i.p.,1995,p.821.

القرار بندب خبيراً أو بمعاينة مكان أو سماع شهود. فكل هذه القرارات لا تعد من قبيل الأحكام التحكيمية، ومن ثم فإن محكمة التحكيم لا تستنفذ بها ولايتها.

وبعد استعراض ما تقدم بشأن تحديد الآراء الخاصة بتعريف حكم التحكيم وتحديد ماهيته، سنقوم بعرض دراستنا كالآتى:

المطلب الأول : تحديد المقصود بحكم التحكيم الدولى.

المطلب الثانى: أثر دولية التحكيم على حكم التحكيم.

المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من دولية حكم التحكيم.

المطلب الأول

تحديد المقصود بحكم التحكيم الدولى

ترتبط أهمية تحديد المقصود بحكم التحكيم الدولي بمسألة أخرى أكثر عمومية منها وهى مسألة التفرقة بين التحكيم الوطني (المحلى) والتحكيم غير الوطني (الأجنبي أو الدولي)، وهى تفرقة تنعكس بدورها على تحديد طبيعة حكم التحكيم، فقد يحدث اضطراب شديد يؤدى إلى اللبس في استخدام الأوصاف التي قد تلحق بالتحكيم أو بحكمه، فيوصف بأنه وطني أو محلى كما قد يوصف بأنه أجنبي، وقد يراه البعض مرادفا للتحكيم الدولي بينما يرى البعض الآخر عدم وجود علاقة طردية بين الوصفين [1] .

وتبدو أهمية التفرقة الأخيرة من حيث أن التحكيم الدولي وحده دون التحكيم الوطني أو الداخلي هو الذي يثير جميع المشاكل أو الصعوبات المعروفة في نطاق القانون الدولي ، وخاصة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ذاته هذا من ناحية [2]، ومن ناحية أخرى (وهى التي تعيننا بقدر كبير في هذا الصدد) فإن طرق الطعن على حكم

---

(١) انظر : د. مختار احمد بريرى ، المرجع السابق، ص ١٩ .
(٢) انظر : د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص٤١ .

التحكيم الداخلي أو المحلى تختلف، في بعض الأنظمة، عن تلك التي تستخدم في الطعن على حكم التحكيم الدولي ، على نحو ما سنرى فيما بعد ، والذى يهمنا فى هذا المجال أيضا هو بيان المعايير التى تعد ضابطاً للتفرقة بين التحكيم الوطنى والأجنبى والدولى، ثم بيان المعيار الحديث لهذه التفرقة، وذلك حتى يتسنى لنا تحديد معنى التحكيم التجارى الدولى.

وبناء عليه سنقوم بتقسم دراسة هذا المطلب إلى فرعين كالآتى:

الفرع الأول : معيار التفرقة بين حكم التحكيم الوطنى والأجنبى والدولى.

الفرع الثانى : المعيار الحديث لدولية حكم التحكيم.

الفرع الأول

معيار التفرقة بين حكم التحكيم الوطنى والأجنبى والدولى

هناك العديد من المعايير التى استخدمت فى تحديد دولية حكم التحكيم، بل وفى دولية التحكيم ذاته: [1]

---

(١) راجع فى ذلك: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ٧٠ وما بعدها، د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ١٩ وما بعدها، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٤١ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها، وص ١٠٠ وما بعدها، د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٥ وما بعدها، ولنفس المؤلف، التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦م ، ص ١٦٩ وما بعدها، د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ١٤٦ وما بعدها، د. أحمد عبدالكريم سلامه، نظرية العقد الدولى الطليق بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية ، دراسة تأصيلية انتقادية، ١٩٨٩م، دار النهضة العربية، ص ٢٥٣ وما بعدها، د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجارى الدولى والاختصاص التحكيمى، ٢٠٠٢م ، دار النهضة العربية، ص ١٧ وما بعدها، د. أبوزيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، ١٩٨١م، دار الفكر العربى، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٣ وما بعدها، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ١٠٣ وما بعدها،د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٤٣ وما بعدها، وص ٧٧٣ وما بعدها، د. السيد المراكبى، التحكيم فى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثره بسيادة الدولة، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، ص٣٧ وما بعدها، د. ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم، ١٩٩٦م، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها، د. أحمد شرف الدين، سلطة القاضى المصرى إزاء أحكام التحكيم (دعوى بطلان حكم التحكيم)، الطبعة الثانية، ١٩٩٧م، ص ١٧ ومابعدها. وراجع أيضاً:

Jean Robert,op.cit.Éd.1983,p.12 et s, ph. Fouchard, quand un arbitrage est-il international? Rev. d'arb.,1970,p.59 et s, ch.N.Fragistos, arbitrage etranger et arbitrage international en droit Privé ,Rev-crit.,1960,p.20 et s,Pierre Lalive, problemes relatifs à l'arbitrage international commercial, Recueil de cours de l'Academie de droit international ,1967, p.581 et s,et p.650 et s.

— **فقيل أولاً بأن معيار التفرقة هو القانون الواجب التطبيق بالنسبة للإجراءات الخاصة بالتحكيم وحكمه** [1]. وبناء على ذلك يتم معرفة صفة التحكيم أو حكم التحكيم عن طريق قانون الإجراءات الذى خضع له التحكيم، فإذا كان هذا القانون داخلياً فحينئذ يعتبر التحكيم تحكيماً وطنياً (Arbitrage national) ، أما إذا كانت قواعد الإجراءات الخاصة بالتحكيم مأخوذة من قانون أجنبى ففى هذه الحالة يعتبر التحكيم تحكيماً أجنبياً (Arbitrage etranger) ، وكذلك الحال إذا كانت هذه الإجراءات مستمدة من نصوص اتفاقيات دولية أو أجنبيه (Arbitrage international) [2].

ولقد تعرض هذا المعيار إلى انتقادات عديدة أهمها احتمال سير إجراءات التحكيم فى عدة دول وبمقتضى قوانين متعددة، فإذا قيل مثلاً الأخذ بالقواعد الإجرائية التى يقررها قانون البلد الذى صدر فيه حكم التحكيم فنجد هنا من الصعب فى بعض الحالات الأخذ بهذا المعيار، وذلك لأنه قد لا يتواجد المحكمون فى هذا البلد إلا لفترة محدودة وقد يكون وجودهم فى ذلك المكان مجرد تواجد لإعداد حكم التحكيم. كما أن هناك حالات لم يجتمع فيها المحكمون جميعاً لإصدار حكم التحكيم، بل يتم ذلك عن طريق المراسلة، ففى هذه الحالة يكون من الصعب جداً تحديد مكان صدور الحكم. وفضلاً عن ذلك، فإن من شأن الأخذ بهذا المعيار ترك الباب مفتوحاً للبحث عن تحديد القانون الواجب التطبيق منذ بداية التحكيم وحتى إصدار الحكم النهائى فى النزاع المعروض. [3]

— **وقيل ثانياً أن معيار التفرقة، لمعرفة صفة التحكيم وحكمه، هو مكان صدور الحكم**،فقد جاء نص المادة الأولى من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ م" أن أحكام

---

(١) راجع: د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ١٠٨وما بعدها، د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٢، د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ١٧ ومابعدها.

(٢) أنظر فى هذا المعنى: د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص ٤١ وما بعدها ، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٠ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها ، وص ١٠٠ وما بعدها. وراجع أيضا:

Ch. N. Fragistas, op. cit. p. 7 et s, et p. 20 et s, Mathieu de Boisseon, le droit français de l'arbitrage, paris, 1985, p. 224 et s.

الإتفاقية تطبق على قرارات المحكمين الصادرة فى إقليم دولة غير التى يطلب منها الاعتراف وتنفيذ الأحكام على إقليمها ....".(١)

بيد أنه يأخذ على هذا المعيار عدم الدقة ، وذلك لأن أطراف النزاع قد يحددوا مكاناً معيناً للتحكيم ويعينون قانوناً آخر غير قانون المكان الذى سيصدر فيه الحكم ليطبق على موضوع النزاع، وفى هذه الحالة يعتبر التحكيم أجنبياً بالنسبة للدولة التى جرى على إقليمها التحكيم.(٢)

- **وهناك معايير أخرى فى هذا الصدد**،كالمعيار القانونى، والمعيار الاقتصادي، ومعيار جنسية المحكم أو جنسية الخصوم، وكذلك المعيار الذى يستند إلى المكان الذى يوجد فيه المركز الرئيسى للمؤسسة أو الهيئة التى تقوم بالتحكيم، أو الذى يستند إلى الأخذ بمكان المحكمة المختصة أصلاً بالفصل فى موضوع النزاع محل التحكيم، والتى يتم استبعادها عن نظر الدعوى بسبب إتفاق الأطراف على حسم النزاع بينهم عن طريق التحكيم، فإذا جرى التحكيم أو صدر الحكم فى غير الدول التى توجد فيها تلك المحكمة كان التحكيم حينئذ دولياً .(٣)

هذا وقد اتخذ المشرع المصرى موقفاً صريحاً فى تحديد دولية التحكيم، حيث نص فى المادة الثالثة من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م على أنه " يكون التحكيم دولياً فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية ، وذلك فى الأحوال الآتية:

أولاً : إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت

---

(١) راجع فى ذلك: د٠ سامية راشد ، التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصرى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦م، ص ١٦٠ وما بعدها.

(٢) أنظر: د٠ أبوزيد رضوان، الضوابط العامة فى التحكيم التجارى الدولى، الجزء (٢)، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة (٢)، العدد(٢)، ص ٤٤، ولنفس المؤلف، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، ١٩٨١م، دار الفكر العربى ص ٥٠ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك: د٠ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها، د٠ مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ١٩ وما بعدها، د٠ فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها، وص ١٠٠ وما بعدها، د٠ محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، طبعة صادرة عن دار النهضة العربية سنة ١٩٩٧م، المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها.

إبرام اتفاق التحكيم، فإذا وجد لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر إرتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفى التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانيا: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثا: إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله إتفاق التحكيم يربط أكثر من دوله واحده.

رابعا: إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت إبرام إتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه إتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزمات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الطرفين.

(ج) المكان الأكثر إرتباطاً بموضوع النزاع."[1]

ويقرر الأستاذ الدكتور مختار بريرى أن معيار تعلق التحكيم بنزاع من منازعات

---

(١) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. محمود سمير الشرقاوى، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري وتجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجي، مفهوم الدولية والتجارية وفقا للقانون المصري الجديد للتحكيم، مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، القاهرة ١٢ – ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤م، وكذلك بحث الأستاذ الدكتور أكثم الخولى المقدم لنفس المؤتمر بعنوان " الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم الجديد، د. نار يمان عبد القادر، المرجع السابق، ص ١٩٤ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدا لعال، المرجع السابق، ص ٧٣ وما بعدها، د. عاطف شهاب، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها، د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ٢٩ وما بعدها، د. أشرف عبد العليم الرفاعى، المرجع السابق ص ١١١وما بعدها، د. محمُود السيد عمر التحيوى، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص ٤٣ وما بعدها، وص ٧٧٥ وما بعدها.

وقد أقتبس المشرع المصري معيار دولية التحكيم من القانون النموذجي للتحكيم الدولى، حيث حدد هذا الأخير أكثر من معيار لدولية التحكيم فى المادة(٣/١) منه. إذ يعتبر التحكيم دولياً فى حالات ثلاث:

الحالة الأولى: إذا كان مقر عمل طرفى الإتفاق على التحكيم وقت عقد ذلك الإتفاق واقعين فى دولتين مختلفتين.

الحالة الثانية : إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التى يقع فيها مقر عمل الطرفين.

(أ) مكان التحكيم، إذا كان محددا فى الإتفاق على التحكيم أو طبقا له.

(ب) أي مكان ينفذ فيه جزء هاما من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذى يكون لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم أوثق الصلة به.

الحالة الثالثة : إذا اتفق الطرفان المحتكمان صراحة على أن موضوع الإتفاق على التحكيم يكون متعلقا بأكثر من دولة واحده.

التجارة الدولية والذى قررته المادة الثالثة من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م يكون كاف لتوافر صفة الدولية فى التحكيم، أما الحالات التفصيلية الواردة فى النص فهى أقرب إلى العمل الفقهى منها إلى العمل التشريعى، ولذلك اكتفى المشرع الفرنسى لاعتبار دولية حكم التحكيم بتوافر المعيار العام المذكور، فنص فى المادة(١٤٩٢) من المرسوم الفرنسى الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٨١م بشأن التحكيم على أن " يعتبر دولياً التحكيم الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية". وبناء عليه فإن اتصال النزاع بعلاقة تجارية دولية يسبغ على التحكيم الصفة الدولية بغض النظر عن مكان التحكيم أو جنسية الأطراف أو القانون الواجب التطبيق.(١)

والأمر يختلف فى ظل نظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣م،إذ أنه لا يميز بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى ، وإن كان التطبيق العملى فى السعودية يفرق بينهما قبل هذا النظام فى شأن التحكيم. إذ أن عقد الإمتياز المبرم بين شركة Auxirap ومصلحة حكومية سعودية تضمن شرطاً تحكيمياً كان قد منح بموجب مرسوم ملكى فى عام ١٩٦٥م، فى حين كان التشريع السابق يحظر الشروط التحكيمية فى التحكيم الداخلى.

ومن خلال ندوة التحكيم التى عقدت فى القاهرة ، والتى نظمها المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى عام ١٩٨٦م، أشار Mr. S. Jar vin إلى حكم تحكيم صادر من غرفة التجارة الدولية بين طرفين أحدهما سعودى والآخر لبنانى قد جرى فى البحرين وأعتبر النزاع دولياً لأنه يتعلق بنزاع بين شركة سعودية وشركة لبنانية.(٢)

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٩ ومابعدها. وأنظر فى نفس المعنى: د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها.
هذا وقد جاء نص المادة(١٤٩٢) مرافعات فرنسى آنفة الذكر كالآتى:
"Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international " .

(٢) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق ، ص ٣١٨ وما بعدها.
وقد أضاف السيد جارفان فى هذا الصدد " صحيح أن نصوص نظام التحكيم الوارد فى المرسوم رقم (٤٦) لسنة ١٩٨٣م، هى نصوص عامة، ولا تفرق بأى شكل من الأشكال بين المنازعات الداخلية والمنازعات ذات الطابع الدولى، إلا أن نصوص هذا المرسوم رغم طابعها العام تقف عند المنازعات الداخلية الواقعة فى المملكة العربية السعودية ، بل أن هذا المرسوم أيضا=

وبناء على ذلك يبدو لنا أن نظام التحكيم السعودى لم يبين المعيار العام الذى أخذ به المشرع المصرى وواضعى القانون النموذجى كضباط للتفرقه بين التحكيم الوطنى والدولى، وذلك لأن الفقه السعودى أعتد بمعيار مكان التحكيم كضباط للتفرقة بين التحكيم الداخلى والدولى. والأمر لا يقف بنا عند هذا الحد، بل أن هناك اتجاهات حديثة فى تحديد دولية حكم التحكيم، وقد آثرنا أن تكون هذه الاتجاهات بعنوان مستقل يحدد لنا المعيار الحديث لدولية حكم التحكيم، وهو ما سوف نتناوله من خلال الفرع التالى.

الفرع الثانى

المعيار الحديث لدولية حكم التحكيم

وهو معيار تبناه الفقه الحديث، وأخذ به القضاء الفرنسى منذ فتره طويلة، وأكدته المادة (١٤٩٢) من قانون المرافعات الفرنسى الحالى، وهذا المعيار يتعلق بطبيعة النزاع (المعيار الاقتصادى)، ومن ثم يكون إسباغ الصبغة الدولية على التحكيم وحكمه مستنداً إلى الطبيعة الدولية لذلك النزاع [1] . وقد قررت المادة(١٤٩٢) آنفة الذكر أن النزاع يعد دولياً

= لا يتضمن أى نص يمنع التحكيم خارج المملكة ، ومن هنا يمكن للأطراف اللجوء إلى تحكيم يجرى فى خارج المملكة ويكون الحكم الصادر بشأنه قوة الحكم المقضى به، ومن ثم يكون المرسوم المذكور قد ترك باب التحكيم فى الداخل والخارج مفتوحين....." .

(١) صدر التعديل الخاص بقانون المرافعات الفرنسى بالمرسوم رقم(٨١/٥٠٠) فى ١٢ ما يو سنة ١٩٨١م، وقد أفرد المشرع الفرنسى فى هذا القانون الكتاب الرابع، وخصصت نصوصه لأحكام التحكيم، وخصصت الأبواب الأربعة فى هذا الكتاب للتحكيم الداخلى (المواد ١٤١٩ – ١٤٤٢) وشمل الباب الخامس القواعد الخاصة بالتحكيم الدولى، وخصص الباب السادس لتنفيذ الأحكام الأجنبية وطرق الطعن فيها (المواد ١٤٩٢ – ١٥٠٧) ، واستبعد المشرع الفرنسى العديد من القواعد المنظمة للتحكيم الداخلى فى نطاق التطبيق على التحكيم الأجنبى والدولى. وراجع فى هذا الشأن:

Mathieu de Boisseon, le droit français de l'arbitrage, op. cit p. 403 et s, B. Goldman, les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, Recueil des cours de l'academie de droit international, 1963, 11, p.362 et s ; philippe Fouchard, la reforme du droit de l'arbitrage international, Rev. d'arb., 1981,p.440 et s ; J.Beguin, l'arbitrage commercial international, 1987, op. cit.p.85 et s; Rocherie, la notion de contrat international, these, Rennes, 1962, p. 537 et s.

وراجع أيضاً: د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص٢٣ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص٣٨ وما بعدها، د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق، ص ٦٦ وما بعدها، د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصره بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٩ وما بعدها، د. منير عبدالمجيد، قضاء التحكيم فى منازعات التجاره الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٥م، الإسكندرية، ص ١٥ وما بعدها.

متى كان متعلقاً بمصالح التجارة الدولية.

"Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerc international".

وبناء على ذلك، إذا كان النزاع ناجماً عن المعاملات التجارية الدولية فهنا فقط يعتبر التحكيم دولياً، حتى و لو كان هذا التحكيم بين أطراف يحملون جنسية واحدة وأجرى فى هذا البلد(دولة جنسية الأطراف).

وتطبيقاً لذلك فلو حدث نزاع بين أثنين من المواطنين الفرنسيين، وكان موضوع هذا النزاع يتعلق بالتجارة الدولية، وحكم هذا النزاع فى فرنسا، فأنه فى مثل هذه الحالة يعد تحكيماً دولياً، حتى ولو كان المحكم فرنسياً، وذلك لأن نص المادة (١٤٩٢) سالفة الذكر يفيد الأخذ بالمعيار الاقتصادى فى نطاق التجاره الدولية. وبناء عليه، فلا أهمية لمعيار جنسية الأطراف المتنازعه، أو جنسية المحكمين، أو معيار مكان التحكيم، أو غير ذلك من المعايير.(١)

وبناء على ما سبق لن ينظر لإتفاق التحكيم على أنه دولى طالما كان النزاع محل إتفاق الأطراف لا يتعلق بالمصالح الدولية، بل وتذهب بعض الأحكام القضائية الفرنسية إلى تبنى مفهوم ضيق للنزاع ذو الطابع الاقتصادى الدولى، وترفض إضفاء الصفة الدولية على التحكيم بالرغم من وجوب ذلك فى بعض الأحوال.(٢)

ومن الصعب فى هذا الصدد أن نشير إلى جميع الأحكام القضائية الفرنسية التى توصلت – عن طريق التحليل الاقتصادى لموضوع النزاع – إلى أن التحكيم يعد متصلا بمصالح التجارة الدولية، وبالتالى تطبق عليه النصوص الواردة فى الفصل الخامس (المواد ١٤٩٢- ١٥٠٧) من قانون المرافعات المدنية الفرنسى، أو لا يعد كذلك ومن ثم

---

(١) راجع:

Mathieu de Boisseon, le droit français de l'arbitrage, op. cit. p. 403 et s.

(٢) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٦٩ وما بعدها. وراجع أيضا:

Ph. Fouchard, op. cit. No 109 et s.

تطبق قواعد التحكيم الداخلية. ولكن سنكتفى بالإشارة إلى بعض هذه الأحكام التى توضح لنا كيفية تطبيق القضاء لدولية التحكيم من عدمة، وذلك من خلال النظر إلى تعلقه بالتجارة الدولية من عدمة.(١)

ففى الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس، والتى كان عليها أن تفصل فى موضوع دولية التحكيم من أجل تحديد طرق الرجوع التى يمكن ممارساتها ضد حكم التحكيم ، وكذلك من أجل بحث مدى ملائمته مع النظام العام الدولى، وبعد أن ذكرت المحكمة التعريف الذى وضعته المادة (١٤٩٢) من قانون المرافعات الفرنسى سالف الذكر، أرتأت المحكمة أن التحكيم محل الواقعة يتصل بمصالح التجارة الدولية، وذلك على أساس أن موضوع العقود المبرمه بين الشركات المتنازعه تتصل بمصالح التجاره الدولية، إذ أنها تنظم عملية تمويل شركات قائمة فى دول أجنبية، وبالتالى نقل الأموال خارج فرنسا.(٢)

وإذا كان من الملاحظ أن هذا الحكم قد توسع فى تفسير صفة الدولية، إلا أن محكمة الإستئناف الفرنسية قد ضيقت من هذا المفهوم فى حكم آخر لها صادر فى ٢١ فبراير سنة ١٩٨٤م، حيث ذهبت إلى القول بأن إتفاق التحكيم يعد وطنياً بالرغم من أن أحد أطراف النزاع شركة ألمانية، وذلك على أساس أن التحكيم فى هذه الحالة لا يتعلق بنزاع يتصل بالتجارة الدولية، بل يهدف فقط إلى الفصل فى منازعة نشأت بصدد التنازل عن أغلبية الأسهم فى الشركة الفرنسية، وعلى وجه التحديد يهدف إلى مواجهة إدارة الشركة فى الفترة الانتقالية.(٣)

وقد بينت محكمة إستئناف باريس فى حكم آخر لها أن تحديد الطابع الدولى يتوقف بشكل أساسى على طبيعة المعاملة الاقتصادية التى تعتبر محلاً للتحكيم، ويكفى لاتصاف المعاملة بصفة

---

(١) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٦٩ وما بعدها، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها ،د. منير عبدالمجيد، قضاء التحكيم فى منازعات التجارة الدولية، طبعة ١٩٩٥م، المرجع السابق، ص ١٧ وما بعدها. وراجع أيضا:
P.Bellet et E. Mazger, l'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile, Rev. crit., 1981, p. 617 et s.

(٢) أنظر:
Rev. d'arb., 1983, p. 497 et s, note M. vaseeut.

(٣) أنظر:
Rev. d'arb., 1986, p. 65 et s, note ph. Fouchard.

الدولية أن تتضمن انتقال للأموال للخدمات أو بالوفاء عبر الدول، وذلك بغض النظر عن مكان انعقاد التحكيم أو الإجراءات المتبعة، أو جنسية الأطراف، فجميع هذه المعايير أو العناصر غير مؤثرة فى تحديد الطابع الدولى للمعاملة.(١)

وقد أكدت المحكمة فى حكم آخر لها صادر فى ١٩ إبريل سنة ١٩٩١م على أن الصفة الدولية للتحكيم تستلهم من خلال الواقع الاقتصادى للعلاقة المتفق علي فصل المنازعات الناشئة عنها عن طريق التحكيم.(٢)

وجدير بالذكر أن المعيار الاقتصادى قد أخذت به أيضاً الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى لعام ١٩٦١م،حيث نصت المادة الأولى منها على أن أحكام الإتفاقية تطبق على اتفاقيات التحكيم المنعقدة لفض المنازعات الناشئة عن العمليات التجارية الدولية.(٣) وأخذت اتفاقية تسوية المنازعات الخاصة بالإستثمارات ذات الطبيعة الدولية (والتى تسمى باتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م) بالمعيار الاقتصادى أيضاً.(٤)

ولايخالجنا شك فى أن هذا المعيار يتفق تماماً مع روح وحقيقة التعامل التجارى الدولى ، لا سيما فى الوقت الحاضر، ولذلك حظى هذا المعيار بعناية كبيرة ومكاناً فسيحا فى تشريعات الدول المختلفة وفى الفقه المعاصر(٥) ، ولعله من المفيد فى هذا الصدد الإشارة إلى المعيار الذى ورد فى القانون النموذجى، والذى يمثل إنعكاساً للمعيار الاقتصادى والذى تبنته أغلب الدول المعاصرة، حيث نصت المادة الأولى منه فى فقرتها الثالثة على أنه : " يكـــون التحكيم

---

(١) أنظر حكمها الصادر فى ٢٦ إبريل سنة ١٩٨٥م، راجع:

Rev. d'arb. 1985, p. 85 et s.

وراجع فى التعليق على هذا القضاء:د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص٧٣ .

(٢) راجع:

Rev. d'arbitrage, 1991, p. 673 et s..

(٣) راجع:

Ph. Fouchard, l'arbitrage commercial, op. cit. p. 551 et s.

(٤) أنظر: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ١٠٢ وما بعدها، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ١٠٦ وما بعدها.

(٥) وهذا الرأى يحظى بتأييد أغلبية الفقه المعاصر. راجع فى ذلك : د.فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ١٠٣ وما بعدها، د.مختار بريرى، المرجع السابق، ص٢٠ وما بعدها، د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق ص ٣٧ وما بعدها ، د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢ وما بعدها، د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، ١٩٨٤م، المرجع السابق، ص ١٧٩ وما بعدها، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

وبناء على ذلك فقد أعتمد غالبية الفقه المعيار الاقتصـــادى فـــى تعريف التحكيم الدولى، وبذلك وضع فى الميزان مصالح التجارة الدولية. راجع فى ذلك: =

دوليا":

(أ) إذا كان مقر عمل طرفى إتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الإتفاق واقعين فى دولتين مختلفتين ٠ أو

(ب) إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التى يقع فيها مقر عمل الطرفين:

١- مكان التحكيم إذا كان محدداً فى إتفاق التحكيم أو طبقاً له٠

٢- أى مكان ينفذ فيه جزء هام من الإلتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية أو المكان الذى يكون لموضوع النزاع أو شق منه صله به، أو

(ج) إذا أتفق الطرفان صراحه على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة٠[١]

وقد فرق المشرع فى دولة الإمارات العربية المتحدة بين حكم التحكيم الصادر فى الإمارات والحكم الصادر خارجها، حيث نصت المادة(٤/٢١٢) من قانون المرافعات الإماراتى على وجوب صدور الحكم التحكيمى فى دولة الإمارات ، فإذا صدر خارجها اتبعت فى شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبى٠[٢]

وهكذا نجد أن معيار دولية التحكيم وحكمه يختلف من تشريع لآخر، ولكن نؤكد مرة أخرى على **أن الرأى الراجح فى الفقه – وبحق – يرى صحة معيار** الدولية فى المعيار الاقتصادى، والذى نص عليه المشرع الفرنسى فى المادة(١٤٩٢) آنفة الذكر، وذلك نظراً لاتفاق هذا المعيار مع واقع التعامل الدولى وطبيعة النزاع الذى يجب أن تطبق عليه القواعد الخاصة بالتحكيم التجارى الدولى٠[٣]

Ph. Fouchard, quand un arbitrage est-il international? Rev. d'arb., 1970, op. cit.= p.59 et s.

ولنفس المؤلف:

La réforme du droit de d l'arbitrage international , Rev. D'arb., 1981, op. cit. p. 440 et s, J. Beguin, op. cit. p.85 et s.

(١) راجع فى هذا الشأن: د٠مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ٦٠، د٠ فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ١٠٥، د٠ عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجارى الدولى والاختصاص التحكيمى، المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها٠

(٢) أنظر: د٠ عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم ، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٤٢ ومابعدها٠

(٣) راجع: د٠ فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ١٠٦ ٠وراجع أيضا:

Mathieu De Boisseon, op. cit. p.224 et s, et p.403 et s

المطلب الثانى

أثر دولية التحكيم على حكم التحكيم

أن وصف حكم التحكيم بصفة الدولية تؤثر على وصف حكم التحكيم الصادر فيه وعلى المعامله الإجرائية التى يعامل بها هذا الحكم، ولتوضيح ذلك ينبغى إبراز مجموعة من الحقائق القانونية، وهى الملاحظات التى قررتها الأستاذه الدكتورة حفيظة الحداد، **وتتلخص هذه الحقائق القانونية فيما يلى :** (١)

أولا: من المعروف أن حكم التحكيم، سواء وطنياً أو دولياً، يتمتع بحجية الأمر المقضى فيه، وذلك بمجرد صدوره، حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه٠ وبالرغم من ذلك فإن التحكيم داخلياً أو دولياً لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بصدور أمر من جهة القضاء المختص بمنحه الصيغة التنفيذية ، وإذا كان كل من التحكيم الوطنى والدولى يتفقان فى هذه الحقيقة ، إلا إنهما يختلفان على نحو يقتضى ضرورة التمييز بينهما خاصة بسبب المعاملة الإجرائية لكل من هذين النوعين من الأحكام التحكيمية٠

---

(١) أنظر: د٠ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٨٧ وما بعدها٠

ويذكر كل من الأستاذ الدكتور مصطفى الجمال والأستاذ الدكتور عكاشة عبدالعال فى هذا الصدد أن أهمية التمييز والتفرقة بين التحكيم التجارى الدولى والتحكيم الداخلى تتضاءل فى قانون التحكيم المصرى الجديد الذى وضع للتحكيم تنظيماً واحداً، يوسع نطاق تطبيقة ويبسط مجال إعماله ٠٠٠٠ المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها، وص ١٠١ ومابعدها٠ ولذلك يقرران فى هذا الشأن أن " ضالة أهمية الفروق التشريعية بين التحكيم الدولى والتحكيم الداخلى فى ظل قانون التحكيم الجديد الذى يتصف باتساع نطاق تطبيقة٠ وهو ما يتجلى بوضوح فى أن القانون الجديد لم يوجد نظامين قانونيين منفصلين أحدهما للتحكيم الداخلى والآخر للتحكيم الدولى كما هوالحال فى القانون الفرنسى لسنة ١٩٨١م، والبلجيكى لسنة ١٩٨٥م، والسويسرى لسنة ١٩٨٩م، بل تنطبق أحكام القانون المصرى الجديد – مع فروق محدودة ومثيرة للجدل – على نوعى التحكيم الداخلى والدولى ٠ ولذلك يعتقد البعض أن الأولى بالمشرع أن يلغى التفرقه بين النوعين كلية مع توحيد المحكمة المختصة فى الصورتين ٠٠٠٠" ، المرجع السابق، ص١٠٥، وراجع أيضاً: د٠ أكثم الخولى، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى الدولى وتجارب الدول المختلفة التى أعتمدت القانون النموذجى بعنوان" الإتجاهات العامة فى قانون التحكيم الجديد"، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالإشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى، د٠ أحمد شرف الدين، ورقة مقدمة فى مؤتمر التحكيم التجارى الدولى ، القاهرة ٢٥-٢٧ مارس سنة ١٩٩٥م، بعنوان" التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى فى قانون التحكيم الجديد، معايير التمييز وأهميتها، ولنفس المؤلف، سلطة القاضى المصرى إزاء أحكام التحكيم، الطبعة الثانية، المرجع السابق، ص ٣٧ ومابعدها، د٠ منير عبدالمجيد ، قضاء التحكيم فى منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٣٣ ومابعدها٠

ثانيا: أنه إذا تم التحكيم فى مصر وطبق عليه القانون المصرى وكان لا يتصل بمصالح التجارة الدولية، فإن تقدير مدى صحة الحكم الصادر فيه يجرى وفقاً للقواعد المنصوص عليها فى قانون التحكيم الخاصة بأحكام التحكيم الداخلية أو الوطنية دون تلك المتعلقة بأحكام التحكيم الدولية أو الأجنبية.

ثالثا: إذا تم التحكيم فى الخارج فى منازعة تتصل بمصالح التجارة الدولية وطبق عليها قانون غير القانون المصرى فإنه يعتبر تحكيماً دولياً أجنبياً، وبالتالى فإن النظر فى مدى صحة حكم التحكيم لا تخضع لنفس القواعد التى يخضع لها التحكيم الداخلى، وإنما تسرى عليها الاتفاقيات الدولية التى يخضع حكم التحكيم لنطاق تطبيقها ، و لا سيما معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨م.(١)

ويلاحظ هنا أن اعتبار حكم التحكيم، فى الفرض الماثل، حكماً أجنبياً وفقاً لمفهوم معاهدة نيويورك يفيد اقتصار سلطة القاضى المصرى على بحث الأسباب التى تدعو إلى رفض الأمر بتنفيذه أو إلغاء الأمر الصادر من قبل بتنفيذه، ولكن ليس للقاضى المصرى أدنى سلطة لبحث هذا الحكم من حيث صحته وبطلانه، إذ أن المعاهدة سالفة الذكر نصت على الاختصاص بنظر هذه المسألة لمحاكم الدولة التى جرى فيها التحكيم، أو لمحاكم الدولة التى طبق قانونها على إجراءات التحكيم على نحو قاصر عليهما.

رابعاً: أنه إذا جرى التحكيم فى مصر فى منازعة تتصل بمصالح التجارة الدولية ، فإن حكم التحكيم يعد حكماً دولياً، وأيضاً يعد الحكم كذلك إذا كان التحكيم الدولى يجرى فى الخارج وأتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام القانون المصرى، ففى هاتين الحالتين يخضع حكم التحكيم الدولى- مع عدم الإخلال بالمعاهدات التى تكون مصر طرفا فيها – لأحكام القانون المصرى بشأن تحديد صحة حكم التحكيم ولقواعد البطلان المنصوص عليها فى هذا القانون. وهذا ما قررته المادة الأولى والمادة(٥٢) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م.(٢)

---

(١) وقد نصت المعاهدة على ذلك فى المادة الأولى منها، وذلك كما سنرى فيما بعد. راجع : د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

(٢) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن : د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٨٨ وما بعدها، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق ، ص١٠٢ وما بعدها.

وإذا كان وصف حكم التحكيم، الصادر فى مصر فى منازعة دولية، بالطابع الدولى، وخضوعه بالتالى لإمكانية الطعن عليه بالبطلان ، وفقاً للقواعد المنصوص عليها فى القانون سالف الذكر، من الحلول المقررة فى بعض التشريعات القانونية الأخرى، كالقانون الفرنسى – والذى يعتد بمكان صدور حكم التحكيم الدولى لإمكانية تقرير الاختصاص للقضاء الفرنسى بنظر الطعن بالبطلان عليه – فإن سريان القانون المصرى للتحكيم على حكم التحكيم الدولى والأجنبى فى ذات الوقت الذى يصدر فى الخارج والذى اتبع فى إصداره القانون المصرى، وإخضاع هذا الحكم لإمكانية الطعن عليه بالبطلان شأنه فى ذلك شأن حكم التحكيم الدولى الذى يصدر فى مصر حل غير مألوف فى الكثير من التشريعات القانونية المعاصرة، ومن بينها التشريع الفرنسى، إذ أن المحاكم المختصة بنظر دعاوى البطلان ضد حكم التحكيم الذى يصدر فى الخارج هى محاكم الدولة التى جرى التحكيم فيها، ولا يكون للقضاء الوطنى الفرنسى أو المصرى فى هذه الحالة سوى إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى ذو الطابع الدولى ، أو رفض إصدار هذا الأمر، دون التعرض لصحة حكم التحكيم أو بطلانه.

ولعل هذا الحل يتفق مع ما قررته معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨م والتى تنص على اختصاص كل من محاكم الدولة التى صدر حكم التحكيم على أرضها وأيضا محاكم الدولة التى تم تطبيق قانونها على إجراءات التحكيم بنظر دعاوى بطلان حكم التحكيم.

خامسا: يذكر كل من الأستاذ الدكتور مصطفى الجمال والأستاذ الدكتورعكاشة عبدالعال فارق آخر للتفرقة بين النوعين من التحكيم، وهو اختلاف مفهوم فكرة النظام العام فى كل من نوعى التحكيم، إذ أن مفهوم النظام العام فى القانون الداخلى يكون أكثر اتساعاً من مفهومه الدولى، ولا يخضع للمفهوم الداخلى إلا التحكيم الداخلى، أما فى التحكيم الدولى فالأمر مختلف لأنه لا يتقيد إلا بمفهوم النظام العام الدولى وحده.[1]

---

(١) أنظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبدالعال، المرجع السابق، ص ١٠٥ وما بعدها، وص ١٥٣ وما بعدها، وص ٢٨٤ وما بعدها، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها، وص ٢٢ وما بعدها. وراجع ما سبق ذكرة فى شأن فكرة النظام العام فى مجال التحكيم.

المطلب الثالث

موقف الشريعة الإسلامية من دولية حكم التحكيم

إن لفظ الحكم – بضم الحاء- يعد من الألفاظ المشتركة التى توضع لبيان حقيقتين مختلفتين، كلفظ العين فتدل بمعناها الحقيقى على العين الباصرة وعين الماء (البئر)، وعلى الجاسوس[١]، وبناء على ذلك يطلق لفظ الحكم على معان متعددة بأوضاع مختلفة: **فيطلق فى اللغة** على القضاء، وجمعه أحكام، وأصله المنع، يقال حكم على فلان بكذا إذ منع من خلافة[٢] ، ومنه سمى الحاكم حاكماً لأنه يمنع الظالم من ظلمه. ويقول أبن الفرس أن الحكم فى اللغة يعنى الفصل والبت والقطع على الإطلاق[٣]، ويطلق الحكم على العلم والفقه[٤]، ومنه قوله تعالى" وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا ".[٥]

كما يطلق الحكم على الحكومة السياسية، فنقول نظام الحكم المصرى، نظام الحكم السعودى، نظم الحكم الغربية، وهكذا.

والحكم عند الأصوليون هو: خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو التخيير أو الوضع [٦]. **وعند أهل القضاء يطلق الحكم على القرار** الذى يصدر من الحاكم سواء كان قاضيا أو محكماً – فى موضوع النزاع، وسواء كان لصالح المتهم أو ضده. وفى ذلك يقول القرافى: الحكم هو إنشاء أو إطلاق أو إلتزام فى مسائل الإجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا[٧]. ويقول أبن الفرس : الحكم هو الإلتزام فى الظاهر على

---

(١) وهذا المعنى يستخدمه علماء الأصول . راجع: د. يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، المرجع السابق، ص ٣٠١، د. عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص ١١ .

(٢) أنظر: المصباح المنير، مادة حكم، معجم مقاييس اللغة ، الجزء (٢) مادة حكم.

(٣) أنظر: فى الفواكه البدرية لعلى متن المجانى، ص ٧ .

(٤) أنظر: مختار الصحاح، ص ١٤٨، تهذيب اللغة للأزهرى، الجزء (٤)، ص ١١١ .

(٥) الآية (١٢) من سورة مريم.

(٦) وعلى ذلك يشمل الحكم بهذا المعنى ثلاثة أقسام : (أ) الحكم الإقتضانى وهو ما طلب الشارع فعله أو تركه، سواء كان على سبيل الجزم أم لا، ويشمل هذا القسم الواجب والحرام والمندوب. (ب) الحكم التخييرى وهو ما كان خطاب الشارع فيه بتخيير المكلف بين الفعل و الترك حسب رغبته. (ج) الحكم الوضعى هو خطاب الشارع الذى إقتضى وضع أمور ترتبط بأخرى على أنها سبق لها أو شرطاً أو وضعاً. راجع. د. يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ وما بعدها.

(٧) أنظر: فى الأحكام، ص ٣ وما بعدها.

صفة مختصة بأمر ظن لزومه شرعاً.[1]

ولم تغفل الشريعة الإسلامية الغراء التفرقة بين حكم التحكيم الوطنى أو الداخلى وحكم التحكيم الأجنبى أو الدولى. **ويعد حكم التحكيم دولياً فى منظور الشريعة الإسلامية إذا تعلق بنزاع دولى** ،وهو ذلك النزاع الذى يتطرق أحد عناصره صفة دولة، كأن يكون أحد طرفي العلاقة الأصلية شخصاً غير مسلم، أو أن تكون هذه العلاقة قد تم إبرامها فى خارج دار الإسلام، سواء كانت بين مسلمين فقط أو بينهم وبين غير المسلمين على نحو التفصيل السابق بيانه، أما إذا خلا النزاع من تلك الصفة الدولية، بحيث تكون جميع عناصره وطنية محضة، ففى هذه الحالة لا يتصف النزاع بالدولية.

وبناء على ذلك إذا تطرقت الصفة الدولية إلى عناصر التحكيم وصف التحكيم فى هذه الحالة بالتحكيم الدولى، ومن ثم فإن الحكم الصادر فى النزاع المتفق على حله عن طريق التحكيم يوصف بالحكم الدولى، وهذا هو المقصود بدولية حكم التحكيم فى منظور الشريعة الإسلامية.

ويرجع ذلك إلى أن الشريعة الإسلامية بطبيعتها شريعة عالمية وليست إقليمية، تطبق على الناس كافة فى جميع بقاع الأرض. بيد أنه نظراً لعدم ولاية دار الإسلام على غير إقليمها فقد تعذر تطبيقها فى خارج نطاقها ، وعلى ذلك يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية من حيث الناحية النظرية والعلمية تعد شريعة عالمية، ومن حيث الواقع والضرورات العملية تعتبر شريعة إقليميه.[2] وفى هذا يقول الإمام أبو يوسف(من الحنفية) " ولأن الأصل فى الشرائع هو العموم فى حق الناس كافة إلا أنه تعذر تنفيذها فى دار الحرب لعدم الولاية وأمكن فى دار الإسلام فلزم التنفيذ فيها".[3]

ومن هنا قرر الفقهاء القاعدة العامة التى تقضى بتطبيق الشريعة الإسلامية على العلاقات المالية وغيرها بغض النظر عن جنسية وديانة أطرافها، فتطبق هذه الشريعة

---

(١) أنظر : على متن المجانى الزهرية، المرجع السابق، ص ٨ .
(٢) أنظر: د. عبدالكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام، ص ١٧٩
(٣) أنظر : بدائع الصنائع للكيسانى، الجزء(٢) ، ص ٣١١ .

الغراء على المسلمين والذميين والمستأمنين طالما تمت هذه العلاقات – التى نشأت عنها بعض المنازعات – فى دار الإسلام، واستثناء من ذلك لا تخضع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين كأنكحتهم، وكذلك المنازعات المتعلقة ببعض العلاقات المالية المباحة لهم والمحرمه على المسلمين كالتعامل فى الخمر مثلاً ، فهذه وتلك لا تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، اللهم إلا إذا تراضو على تحكيم الشريعة الإسلامية، فحينئذ يقضى المحكم المسلم بينهم، وحينئذ يوصف هذا الحكم بالدولية نظراً لأن الأطراف عنصر أجنبى فى دار الإسلام، وعلى هذا لا يخفى البين فى معيار دولية حكم التحكيم فى منظور كل من القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية.

****

المبحث الثانى

أنواع حكم التحكيم الدولى

يملك المحكم، وهو بسبيل حسم خلافات الخصوم، إصدار مختلف أنواع الأحكام، فله سلطة إصدار إى حكم يتفق مع حقيقة مطالب هؤلاء الخصوم ويتمشى مع أسس المرافعات، خاصة بالنسبة للدول التى لا تعفى من إتباع قواعد المرافعات.(١)

ومن ثم فينبغي على المحكم تطبيق القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل إذا كان حكمه لا يقبل التنفيذ الجبرى بحكم القواعد العامة.(٢)

وعلى هذا يملك المحكم إصدار إحكام قطعية وغير قطعية ووقتيه وإتفاقية وإضافية وغير ذلك من أنواع أحكام التحكيم(٣) والتى سنعرفها بعد قليل.

وعلى سبيل المثال إذا تقدم إليه خصم بطلب وقتى كان للمحكم أن يصدر فيه حكماً وقتياً وإذا قدم إليه خصم بطلب فرعى كان له أن يصدر فيه حكمه بشرط أن يكون كل هذا متعلقاً بالنزاع محل التحكيم.

وهذه الأنواع والتى يمتاز بها حكم التحكيم تكاد تجمع عليها مختلف التشريعات المعاصره وكذلك الإتفاقيات الدولية .فعلى سبيل المثال فرق النظام السعودى الصادر بالمرسوم الملكى رقم(م/٤٦) بتاريخ ١٩٨٣/٤/٢٥م، فى المادة (١٨) منه، بين أنواع التحكيم إذا ستهلت هذه المادة بعبارة" أن جميع الأحكام الصادرة من المحكمين.."،وهذا

---

(١) ففى التشريعات التى توجب على المحكم تطبيق قواعد النفاذ المعجل على أحكامه يكون عليه مراعاة القواعد الخاصة به، سواء من حيث وجوب هذا النفاذ أو جوازه أو من حيث إشتراطها الكفالة أو عدم أشترطها، ما لم يكن التحكيم بالصلح، فحينئذ يكون الحكم غير قابل للطعن، وإنما يكون قابلاً لتنفيذ الجبرى بعد إصدار الأمر بتنفيذه.

وفى التشريعات الأجنبية التى تعفى المحكم من إتباع قواعد المرافعات لا تعفيه من ضرورة التقيد بنصوص قانون المرافعات فى صدد شمول حكمه بالنفاذ بكفالة أو بدونها، وذلك لأن إعفائه من هذا التقيد ليس معناه إعفائه من التقيد بالنصوص الخاصة الواردة فى أبواب التحكيم الخاصة بتلك التشريعات.

(٢) ويلاحظ هنا أن حكم المحكم لا يقبل الإستئناف طبقا للقانون المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، وإنما يقبل التنفيذ الجبرى.

(٣) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٥٣ .

يعنىأن المحكمة التحكيمية تستطيع إصدار أحكام جزئية فضلاً عن إصدارها أحكاماً كلية – فى الجزء الذى يقبل الحكم به من النزاع دون أن يكون له تأثير على باقى النزاع - ، كذلك يمكن لها إصدار قرارات إعدادية أو مؤقتة[1].

وأيضاً يفهم من نص المادة(٢٠) من نظام غرفة التجارة الدولية أن حكم التحكيم قد يكون نهائياً – وهذا هو الأصل – وقد يكون مؤقتاً أو جزئياً[2].

ونظراً لأهمية أنواع أحكام التحكيم لا سيما فى مجال تحديد الأحكام التحكيمية التى يسرى عليها أحكام الطعن بالبطلان[3]، فقد قسمت هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول : أحكام التحكيم الكلية.

المطلب الثانى : أحكام التحكيم الجزئية.

المطلب الثالث : أحكام التحكيم الإتفاقية.

المطلب الرابع : أحكام التحكيم الغيابية.

المطلب الخامس: أحكام التحكيم الإضافية.

المطلب السادس: أنواع التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

أحكام التحكيم الكلية

وهذا النوع من أحكام التحكيم يعرف بأنه الحكم الذى يحسم نزاع التحكيم وتنتهى به الخصومة. ويحدد – فضلاً عن الفصل فى موضوع النزاع – مصروفات التحكيم، والطرف الذى يتحملها، أو نسبة اقتسامها بين الأطراف". وهذا ما نصت عليه المادة(٢٠) من نظام غرفة التجارة الدولية".[4]

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٣٧٠ .

(٢) أنظر: مجلة الحقوقى، العدد الأول والثانى، السنة السابعة عشرة، ص ٩٩ لسنة ١٤١٣ هـ، ١٩٩٣م.

(٣) وسيتضح لنا هذه الأهمية بصورة مفصلة عند الحديث عن مدى قابلية أحكام التحكيم للطعن بالبطلان، وذلك فى الباب الثالث من هذه الرسالة إن شاء الله تعالى.

(٤) مشار إلى ذلك فى مجلة الحقوقى السابق الإشارة إليها، ص ٩٩ منها .

ويستخدم الفقه للتعريف بهذا النوع من أحكام التحكيم مصطلح الحكم التحكيمى النهائى فيستخدم للتعبير عن الحكم التحكيمى الذى يفصل فى كل المسائل المتنازع عليها والذى ينهى مهمة المحكم على نحو تام بحيث يؤدى إلى إستنفاذ ولايته.

ووفقاً لهذا المعنى يعد حكم التحكيم النهائى مقابلاً لأحكام التحكيم الوقتيه والتمهيدية أو الجزئية والتى لا تنهى مهمة المحكم .(١)

وقد إستخدمت الأعمال التحضيرية بشأن القانون النموذجى للتحكيم ، والذى أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، مصطلح الحكم التحكيمى القطعى للتعبير عن هذا النوع من أحكام التحكيم. (٢)

وبالرغم من هجر تحديد ما هو المقصود بحكم التحكيم القطعى أو النهائي فإنه توجد مع ذلك إشارة لهذه الفكرة فى القانون النموذجى للتحكيم نفسه، حيث نص فى المادة (٣٢) فقرة (٢) على أن :" حكم التحكيم النهائى هو الذى ينهى الإجراءات التحكمية" .(٣)

ويذكر الأستاذ الدكتور مختار بريرى فى هذا الصدد أن الفقه(يؤيده القضاء فى ذلك) كان مستقراً على أن اختصاص هيئة التحكيم يقتصر على الفصل فى موضوع النزاع ولا يمتد إلى إصدار أوامر مؤقته أو تحفظية ، كالأمر بتعيين حارس أو سماع شهادة مشرف على الموت، أو غير ذلك من الإجراءات التى يكون لها طابع التأمين أو التحفظ (٤) .

وقد اتخذ المشرع المصرى فى القانون الحالى للتحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤ م موقفاً مختلفاً، فنص فى المادة (٢٤) فقرة أولى على أنه " يجوز لطرفى التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم أن تأمر أياً منهما بإتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية

---

(١) راجع: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٦ .

(٢) ويذهب الأستاذ E. Gaillard على أن إستخدام هذا المصطلح فى هذا المعنى الذى دفع القائمين على وضع هذا القانون (القانون النموذجى) إلى ترك محاولة وضع تعريف لفكرة الحكم التحكيمى.

(٣) راجع: د. حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص ٢٦ . وراجع أيضاً:
E.Gaillard, op. cit. No 13.

(٤) راجع: د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق ، ص ١٥٣، حيث يشير سيادته إلى أن أطراف التحكيم الذين كان يعوزهم هذا الإقتصاد كانوا يلجأون إلى القضاء لطلب هذه التدابير المؤقته .

تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية التدبير الذى تأمر به".

ومؤدى هذا النص تخويل أطراف التحكيم إمكانية مد سلطة الهيئة وعدم قصرها على الفصل فى الموضوع، بحيث يتسنى لها الأمر بما تراه من تدابير مؤقته أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع.(١)

هذا وإلى جانب المعنى الأول المتقدم لمصطلح الحكم التحكيمى النهائى أو القطعى فإن هذا المصطلح إستخدام أيضاً للتعبير عن حكم التحكيم الذى يفصل فى المنازعه ككل أو فى جزء منها(٢).ووفقاً لهذا المعنى فإن مصطلح الحكم التحكيمى النهائى أو القطعى يقابلة الحكم التحكيمى التمهيدى أو المؤقت، مثل القرار الصادر عن المحكم بتعين حارس أو خبير وبهذه المثابة فإن الحكم التحكيمى النهائى لا يعتبر بالضرورة حكماً يتعلق بالمنازعه ككل، ومن ثم فالحكم الصادر والذى يفصل فى مسألة المسئولية على سبيل المثال يعد حكماً نهائياً، حتى وإن لم يكن هذا الحكم مصحوباً بإجراء تحقيق يهدف إلى تحديد المحكمين لمبلغ التعويض.(٣)

ويؤيد هذا المعنى الأستاذ E.Gaillard حيث يرى أن هذا المعنى لحكم التحكيم هو الذى يتعين خلعه على حكم التحكيم النهائى القطعى، فإذا كان يقصد بالحكم التحكيمى القرار الصادر عن المحكم والذى يفصل فى النزاع بشكل كلى فإنه يتعين القول بأنه يعد حكماً نهائياً ذلك الذى يفصل فى المسألة المطروحة عليه(٤). وبهذا يختلف هذا النوع من أحكام التحكيم عن أحكام التحكيم الجزئية والتى سنعرض لها من خلال المطلب القادم.

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٥٤ .

(٢) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٦ حيث تشير سيادتها فى هذا الصدد إلى أن جانب من الفقه الإنجليزى يستخدم تعبير(final) للدلالة على الحكم النهائى الذى ينهى إجراءات التحكيم.

(٣) راجع: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٧ .

(٤) أنظر:

E.Gaillard, op. cit. No 13, Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 753 et s.

وراجع أيضا: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٨ .

المطلب الثانى

أحكام التحكيم الجزئية

ويقصد بالحكم التحكيمى الجزئى ذلك الحكم الذى يصدر فى شأن بعض المسائل الأولية فى النزاع الأصلى المعروض على المحكم[1]. ويمكن لأطراف النزاع فى هذا الصدد تحديد سلطة المحكمين للفصل فى جزء من المنازعة، مثل الحكم الصادر باختصاص المحكم، أو كالحكم الذى يقرر مبدأ المسئولية ، أو ذلك الذى يحدد القانون الواجب التطبيق.

وتطبيقاً لذلك وعلى سبيل المثال قضى فى المنازعه الناجمه عن عقد البناء والقائمة بين طرف إيطالى وطرف ليبى والذى نص فى وثيقة التحكيم – فيما يتعلق بالقانون والإجراءات الواجبة الإتباع من قبل محكمة التحكيم – على أنه يتعين على المحكمة أن تفصل بحكم جزئى فى مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعه وأنه يسرى على إجراءات التحكيم اللائحة الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس، وفى الجلسة الأولى لا نعقاد محكمة التحكيم اتفقت الأطراف المتنازعه على تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث قررت محكمة التحكيم الحكم الجزئى التالى(بالقضية رقم (٤٧٦١) لسنة ١٩٨٤م)" بأن يطبق القانون الليبى كقاعدة عامة على جميع أوجه النزاع بما لا يتعارض مع النظام العام الدولى ولا مع مبادئ حسن النية"[2]

ويقرر البعض[3]، من أجل إزالة أى لبس أو غموض، إن هذا النوع من الحكم (الحكم الجزئى) يقابل أحكام التحكيم الكلية أو الشاملة لموضوع الدعوى، ولا يقابل أحكام التحكيم النهائية، وذلك لأن لفظ حكم التحكيم النهائى يشير إلى الأثر المترتب على حكم التحكيم حتى لو كان هذا الحكم جزئياً يفصل فى جزء من المنازعه محل التحكيم. أما فى حالة عدم إتفاق الأطراف على منح المحكم الاختصاص للسلطة السابقة فإن للمحكمين

---

(١) أنظر: مجلة الحقوقى السابق الإشارة إليها، ص ٩٩. وقد أخذ بذلك نص المادة (٢١) من لائحة غرفة التجارة الدولية.

(٢) راجع: د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٢٨ .

(٣) أنظر:

E.Gaillard, op. cit. No 14, Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 754 et s.

أنفسهم أن يقرروا ما إذا كان هناك ما يدعو إلى الفصل فى بعض المسائل الجزئية التى يقتضيها الحكم الكلى أو النهائى للمنازعة.

وفى هذا الشأن نصت المادة (٤٢) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م أنه " يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو فى جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها".

كما نصت المادة(٧) من نظام التحكيم السعودى رقم(م/٤٦) لسنة ١٩٨٣م على أنه إذا كان الخصوم قد أتفقوا قبل قيام النزاع أو إذا صدر قرار بإعتماد وثيقة التحكيم فى نزاع معين قائم فلا يجوز النظر فى موضوع النزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام.

وهكذا عنيت بعض القوانين الوضعية بالنص صراحة على منح المحكمين هذه الحرية، وإن كان البعض من هذه التشريعات يقيد هذه الحرية بقيود معينة [1].

وأيضاً عنيت بعض لوائح التحكيم بالنص على تخويل المحكم سلطة إصدار أحكام جزئية، فقد نصت على ذلك المادة(٢١) فقرة(١) من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس .

هذا ويؤكد جانب من الفقه على أهمية التفرقة بين أحكام التحكيم بالمعنى الفنى الدقيق والقرارات الأخرى التى يصدرها المحكم، فيذهب إلى القول بضرورة التفرقة بين أحكام التحكيم التمهيدية والجزئية والقرارات التمهيدية أو الجزئية، فالأحكام الجزئية شأنها فى ذلك شأن الأحكام النهائية تخضع لفحص من قبل محكمة التحكيم فى غرفة التجارة الدولية بباريس، أما القرارات التمهيدية فإنها تعد مجرد عمل إجرائى ومن ثم فلا تخضع لرقابة هذه المحكمة.

والأصل هنا تمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية فى إصدار الأحكام الجزئية من عدمه وفقاً لظروف كل منازعة على حدة، ولا يمكن تقييد هذه السلطة إلا بناءً على إرادة

---

(١) فيعترف القانون الإنجليزى للمحكمين بسلطة إصدار أحكام جزئية طالما لم يوجد اتفاق مخالف من قبل الأطراف، كما يرى جانب من الفقه الفرنسى تقرير هذه القاعدة وجواز سريانها بالنسبة للقانون للمحكمين سلطة إصدار الأحكام الجزئية. أنظر فى ذلك:

E Gaillard, op. cit. No 15.

الخصوم، ولذلك فإنه فى قضية Eurodif فإن وثيقة التحكيم وفقاً لتفسيرها من قبل محكمة استئناف باريس كانت تنص على جواز تخويل المحكمين الفصل فى المنازعة من خلال إصدار أحكام مستقلة للفصل فى مسألة الاختصاص وللفصل فى موضوع الدعوى. ولقد إستخلصت المحكمة أن هناك محلاً للقضاء ببطلان الحكم التحكيمى الذى أغفل النص السابق إعمالاً لنص المادة (٣/١٥٠٢) من قانون المرافعات الفرنسى – والذى سبقت الإشارة إليه- لتجاوز المحكم للمهمة المنوط بها[١].

بيد أن محكمة النقض الفرنسية قد الغت القضاء المتقدم لمحكمة الإستئناف، وذهبت إلى تقرير أن" وثيقة المهمة حددت المسائل المتنازع عليها والتى يتعين على محكمة التحكيم أن تفصل فيها وإذا كانت هذه الوثيقة قد أشارت إلى أن هناك بعض المسائل الأولية بالنسبة للمسائل الأخرى فإنها مع ذلك لم تتضمن شرطاً صريحاً ومحدداً يقتضى أن يتم الفصل فى المسائل المتعلقة بالاختصاص بمقتضى حكم مستقل يتم صدوره قبل الحكم المتعلق بموضوع المنازعه". [٢]

وبناءً على ما تقدم فإن جانب من الفقه الفرنسى[٣] يذهب إلى أنه إذا كانت شروط الأطراف فى هذا الشأن واضحة ومحددة فإنه يمكن الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمى الذى يهدر هذه الشروط ويفصل فى المنازعة المعروضة عليه بأحكام كلية على الرغم من إتجاه إرادة الأطراف إلى الفصل فى المنازعة بأحكام جزئية مستقلة تفصل بين القضاء فى الاختصاص والقضاء فى الموضوع. ويشير بعض الفقه المصرى[٤] إلى أن لائحة التحكيم التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى يبدو منها تشجيع إصدار أحكام تحكيمية جزئية بشأن الاختصاص.

وعلى النقيض من ذلك فإن لائحة التحكيم لمعهد التحكيم لغرفة التجارة باستوكهولم

---

(١) راجع:

Rev. d'arb., 1986, note E.Gaillard, Rev. d'arb., 1987,p.275 et s.

(٢) أنظر:

Cass. Civ, 8 mars 1988, Rev. d'arb.,1989, p. 480, note ch.Jarrosson.

(٣) أنظر:

E.Gaillard, op. cit. No 16.

وراجع أيضاً: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص٣١ وما بعدها.

(٤) أنظر فى هذا المعنى:د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٥٤وما بعدها، د. حفيظة السيد الحداد المرجع السابق، ص ٣٥ .

تبدو أكثر تحفظاً بشأن إمكانية إصدار أحكام تحكيم جزئية فى حالة عدم إتفاق الأطراف، إذ أنها توجـــب فى هذا الفـرض أن يذكر المحكمـون الأسباب الخـاصة التى تدفعهم إلى التصرف على هذا النحو(١).

وعلى هذا الأساس، فلا شك فى أن أحكام التحكيم الجزئية تلعب دوراً هاماً فى حل المنازعات المعقدة أو المركبة، والتى يترتب عليها العديد من المشاكل المستقلة بين أطراف النزاع، إذ أنه بصدور هذه الأحكام الجزئية ـ لا سيما من قبل هيئات التحكيم ذات الخبرة ـ قد يستفيد منها كل من طرفى المنازعة على المدى البعيد.(٢)

ولتوضيح هذه الميزة التى تتمتع بها الأحكام الجزئية فقد أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس حكماً أشتمل على خمسة عشر حكماً تحكيمياً جزئياً، وسمحت هذه الأحكام للطرف المتضرر تفادى هذه الأضرار التى لحقت به على نحو مباشر، وبمجرد سماع كل من طرفى المنازعة وإتباع المسلك المتقدم من قبل هيئة التحكيم سمح بالإستمرار فى عقد التشييد محل المنازعة، وذلك لأنه من المتعارف عليه إن تزويد المشروع بالأموال يعتبر عماد الحياة بالنسبة للمقاولين المكلفين بهذا البناء، وبدونه لا يمكن إنجاز ما تم الإتفاق عليه، ولقد تحقق هذا الإنجاز فى هذه الواقعة بفضل اللجوء إلى إصدار تلك الأحكام الجزئية.(٣)

وبهذا القدر نكون قد عرفنا النوع الثانى من أحكام التحكيم، وهو الأحكام التحكيمية الجزئية، والحديث لم ينتهى بذلك عن هذه الأنواع بل تشمل الأحكام التى تصدر من قبل المحكم أو من قبل هيئة التحكيم على ما يعرف بحكم التحكيم الغيابى، وهذا النوع هو الذى سنعرض له من خلال المطلب التالى.

---

(١) راجع:

E.Gaillard, op. cit. No 17.

(٢) أنظر فى هذا المعنى: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٥٤ وما بعدها، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٣) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٣٤ وما بعدها. وبالرغم من ذلك فلا يخلو الحكم المؤقت أو الجزئى من بعض العيوب، وذلك إذا ترتب عليه وقف فحص النزاع، لأن ذلك يؤدى بالطبع إلى التأخير فى الفصل النهائى فى النزاع المعروض. أنظر فى هذا مجلة الحقوقى السابق الإشارة إليها، ص ١٠٠.

المطلب الثالث

أحـكام التحكيـم الغيـابية

ويقصد بهذا النوع من أحكام التحكيم تلك الأحكام التى يصدرها المحكم أو هيئة التحكيم فى النزاع المعروض، والتى تصدر فى غيبة أحد الاطراف ٠ ومن ثم فإن غياب أحد الأطراف عن حضور جلسات التحكيم ليس من شأنه أن يؤدى الى عرقلة إجراءات التحكيم، إذ يكفى لتحقيق الإعتبارات الخاصة بإحترام مبدأ المساواة بين الأطراف وحقوق الدفاع أن يكون لكل طرف فرصه متساوية فى تقديم براهينه وحججه وأوجه دفاعه فى ظل ظروف متساوية ومتماثلة [١] ، وهذا ما أكدته محكمة إستئناف باريس فى حكمها الصادر فى ٢٤ مارس ١٩٩٥م ٠[٢]

ولقد عالجت بعض التشريعات العربية هذه الحالة، وذلك بالنص صراحة عليها فى قوانينها، وعلى سبيل المثال نص المشرع المصرى فى المادة(٣٥) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م على أنه "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الإستمرار فى إجراءات التحكيم وإصدار حكم فى النزاع إستناداً إلى عناصر الإثبات الموجوده أمامها"[٣].

وعلى ذلك فغياب أحد الخصوم لا يحول دون صدور الحكم التحكيمى، ويلاحظ أن حكم التحكيم الغيابى لا يتمتع بأى خصوصية بالمقابلة بالحكم التحكيمى الذى يصدر فى الفروض الأخرى التى يحرص فيها جميع الأطراف على المثول أمام المحكم، ففى كلتا الحالتين تكون الإجراءات المتبعة إجراءات Contradictoire ، أى روعى فيها إحترام مبدأ المواجهة ٠[٤]

---

(١) أنظر د٠ حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق، ص ٣٦ ، د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص ، ص ١٦٢ وما بعدها ، وص ١٦٦، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م٠

(٢) أنظر فى تفصيل هذا الحكم:

Ph.Fouchard, et autres, op. cit. p.756.

(٣) أنظر فى التعليق على ذلك: د٠ مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٣، و ص ٣٢٥ وما بعدها٠

(٤) أنظر: د٠ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٣٥ وما بعدها٠ وراجع أيضاً مقال الأستاذ=

ويبدو أن هذا النوع من الأحكام التحكيمية نادر الوقوع، وذلك لحرص أطراف النزاع على حضور جلسات حكم التحكيم ، ويوجد بجانب هذا النوع نوعاً أخر من أحكام التحكيم يعرف باسم أحكام التحكيم الاتفاقية، وهو موضوع دراسة المطلب التالي .

المطلب الرابع

أحكام التحكيم الإتفاقية

وهى تلك الأحكام التى يصدرها المحكم أثناء إجراءات التحكيم بناء على طلب الخصوم بعد إتفاقهم على الأمور التى تصدر بشأنها هذه الأحكام، وقد تؤدى هذه الأحكام إلي إنهاء الخصومة بين الأطراف المتنازعة ، وحينئذ توصف هذه الحالة بنوع من التسوية بين هؤلاء الأطراف .

ويستفاد هذا المعنى من نص المادة (٤١) من القانون المصري فى شأن التحكيم ، حيث نصت على أنه " إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهى النزاع كان لهما أن يطلبا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم التي يجب عليها فى هذه الحالة أن تصدر قرارا يتضمن شروط التسوية وينهى الإجراءات ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ".

ومن ثم فقد يحدث أثناء سير الإجراءات التحكيمية أن يتوصل الأطراف المتنازعة إلى نوع من التسوية، وفى مثل هذا الفرض يشترط المشرع لجوازه إفراغ ما توصل إليه الأطراف فى شكل عقد ، وأن يصدر بذلك قرار من المحكمين [1] ، وبهذا ينتهى التحكيم .

وأيضاً قد تتم هذه التسوية فى فرض آخر يسلكه الأطراف عندما يتم تتويج ما توصلوا إليه من إتفاق من خلال إصدار حكم تحكيمى يقرر الصلح بينهم ويطلق على هذا

= E.Gaillard بند ١٨، والسابق الإشارة إليه، حيث ذكر:

" Une sentence rendue a l'issue d'une procédure par defaut ne présente aucune specifiee par rapport a une sentence rendue dans une hypothése ou tout les parties ont comparu dans l'un et l'autre cas la procédure est contradictoire".

(١) راجع : د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٨٣ . حيث يقرر سيادته أن هذا القرار يعتبر حكم تحكيمى حكماً تمييزاً له عن حكم التحكيم الذى تصدره الهيئة بناء على تداول أعضائها .

فى هذا الشأن بحكم التحكيم الإتفاقى[١].

ولاشك فى أن هذا الإجراء يهدف إلى تمتع الإتفاق الذى تم بين الأطراف بالحجية والآثار المترتبة على الحكم التحكيمى، وهذا ما يستفاد من العبارة الأخيرة المذكورة فى نص المادة (٤١) من القانون المصرى سالفة الذكر.

ويرى الفقه الفرنسى [٢] فى هذا الصدد أنه إذا كان الإتفاق نفسه يخضع للقانون الفرنسى فإنه يتمتع بحجية الشيئ المقضى به شأنه فى ذلك شأن الحكم النهائى تماماً.

ويرد سؤال فى هذا الشأن مؤداه هل الأطراف مجبورين على طلب إثبات هذه التسوية وصدور قرار بها من هيئة التحكيم؟ وهل هذه الهيئة ملزمه بإصدار مثل هذه الأحكام الإتفاقية بمجرد أن تلتمس ذلك من هؤلاء الأطراف؟

يجيب الأستاذ الدكتور مختار بريرى عن هذا السؤال فى شقه الأول[٣] حيث يقرر" أن أطراف النزاع ليسوا مجبورين على طلب إثبات التسوية وصدور قرار بها من هيئة التحكيم ، فلهم الإكتفاء بما تم الإتفاق عليه وطلب إنهاء الإجراءات، وفى هذه الحالة لا يتمتع الإتفاق الذى تم التوصل إليه بصفة" حكم التحكيم" ولا يصلح كسند تنفيذى إلا إذا أستوفى الشروط اللازم توافرها فى هذه السندات وفقا لقواعد قانون المرافعات . ولكن الهيئة لا تملك الإكتفاء بإنهاء الإجراءات إذا طلب الأطراف إثبات شروط التسوية فى قراراها المنهى الإجراءات" . وإذا لم يتحقق الفرض السابق فإن الهيئة تواصل مداولاتها لإصدار الحكم المنهى للخصومة [٤].

---

(١) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها، وراجع أيضا:
Ph.Fouchard et autres, op. cit.p. 758.

(٢) يقرر الأستاذ E.Gaillard فى مقالته السابقة، بند ١٩ منها، أنه :
" L'avantage attendu d'un tel procédé est de faire beneficier la transaction de l'autorité et des effets d'une sentence. Sans doute,si elle est soumise au droit français , la transaction a elle- même l'autorité de la chose jugée en dernier ressort".

(٣) أنظر: د. مختار بريرى، التحكيم التجارى الدولى دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد" بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية"، ص ١٨٣ .

(٤) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٨٤ .

ويجيب عن الشق الثانى من التساؤل السابق جانب من الفقه الفرنسى[١]، حيث يقرر أن القانون الفرنسى للتحكيم الدولى القائم على إحترام إرادة الأطراف يميل إلى قبول مثل هذا الإلتزام(إلتزام المحكمون بإصدار الحكم الإتفاقى) الواقع على عاتق المحكمين.

وتؤيد بعض لوائح التحكيم هذا الإتجاه حيث توجب على المحكمين صراحة تقرير الإتفاق (التسوية) التى يتوصل إليها الإطراف. فتنص لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس فى المادة(١٧) على أنه" إذا إتفقت الأطراف وكان الملف موجوداً أمام المحكم فإن هذا الإتفاق تتم ترجمته من خلال إصدار حكم تحكيمى يكرس هذا الإتفاق"[٢].

وبالرغم من ذلك فقد جاء نظام التحكيم الذى وضعه المركز الدولى لفض المنازعات الناشئة عن الإستثمار إلى إعتبار أن إتفاق الأطراف لا يكون محلاً للتكريس بواسطة حكم تحكيمى، وإنما من خلال إصدار مجرد أمر Ordonnance[٣].

هذا وقد يثير هذا النوع من الأحكام التحكيمية تساؤلاً آخراً مؤداه ما مدى استفادة هذا النوع من الأحكام من المعاهدات المختلفة فى هذا الصدد، أو بمعنى آخر ما مدى تمتع هذا النوع بآليات الإعتراف والتنفيذ التى تسرى على أحكام التحكيم العادية؟

تجيب عن هذا التساؤل الأستاذة الدكتورة حفيظة الحداد[٤] حيث تقرر أن معاهدة نيويورك الموقعة فى ١٠ يونيه ١٩٥٨م وكذلك معاهدة جنيف الموقعة فى ٢١إبريل ١٩٦١م لم تتعرضا صراحة لهذا الموضوع[٥]، لكن هناك جانب من الفقه يذهب إلى القول بأن الفصل فى هذه المسألة محل البحث ومعرفة ما إذا كان هناك مجال لإعمال المعاهدات

---

(١) أنظر : الأستاذ E.Gaillard فى مقالته سالفة الذكر، بند ١٩ وما بعدها .

(٢) وقد نصت على مثل هذا الحكم كل من لائحة التحكيم الخاصة بمحكمة لندن للتحكيم الدولى ولائحة التحكيم الخاصة بمعهد التحكيم الخاص بغرفة التجارة فى استوكهولم ولائحة التحكيم لغرفة التجارة الأوربية العربية. راجع: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٣٨ .

(٣) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٣٨، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٦ .

(٤) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية، دراسة تحليلية وإنتقادية لأحكام القانون المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، المرجع السابق، ص٣٨ .

(٥) أنظر فى ذلك:

Ph. Fouchard et autres, op.cit. p.758.

يتم بتفسير نصوص هذه المعاهدات ذاتها وليس بالإشارة إلى المفهوم الذى تعتنقه دولة من الدول التى صدرت فيها أحكام التحكيم الإتفاقية . بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول مثل هذه الأحكام يمكنها أن تستفيد من معاهدة نيويورك إذا كانت تعد- وفقاً للدولة التى صدرت فيها – بمثابة أحكام تحكيمية.[1]

والواقع أنه على مقتضى التعريف المضيق للحكم التحكيمى والذى قال به الرأى الثانى السالف الذكر، وبإعتبار هذا الحكم بمثابة القرار الذى يفصل به المحكمون بشكل جزئى أو كلى فى النزاع المعروض عليهم، يؤدى إلى التشكيك فى إمكانية اعتبار القرار الصادر من المحكم والذى يقتصر دوره على تكريس ما توصل إليه إرادة الأطراف من إتفاق بمثابة حكم تحكيمى بالمعنى الضيق.

وبالرغم من هذه الحقيقة فإن القانون النموذجى للتحكيم، الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، يعد عاملاً حاسماً لصالح تطبيق النظام المعتاد الذى يسرى على أحكام التحكيم على تلك التى يقتصر دورها على تقرير إتفاق الأطراف . وعلى ذلك نصت المادة(٣٠) فقرة (٢) من هذا القانون على أن " أى قرار تحكيم بشروط متفق عليها يجب أن يصدر وفقاً لأحكام المادة (٣١) وينص فيه على أنه قرار تحكيم ويكون لهذا القرار نفس الصفة ونفس الأثر الذى يتمتع به أى قرار تحكيم آخر يصدر فى موضوع الدعوى".

ومن ثم فأن المسألة المطروحة محل البحث يتم الفصل فيها بتطبيق النصوص المعتادة التى يتم تطبيقها بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم العادية، وذلك بالنسبة للدول التى تبنت القانون النموذجي للتحكيم أو التى تأثرت به مثل مصر.[2]

وأخيراً يذهب جانب من الفقه الفرنسي [3] إلى القول بأن تبني القاعدة التى نصت

---

(١) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٣٩، حيث تذكر سيادتها أن وجود قضاء يحسم هذه المسألة المعروضه ويفسر التردد الذى يعانى منه الفقه فى إتخاذ موقفاً واضحاً بشأن هذه المسألة وراجع أيضاً:

E.Gaillard, op. cit.No21 .

(٢) أنظر د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص٣٩ ، ود. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولى الخاص ، المرجع السابق، ص٢١٥ وما بعدها.

(٣) أنظر: E.Gaillard فى مقالتة سالفة الذكر ، بند ٢٢ ، حيث ذكر:

عليه المادة(٢/٣٠) من القانون النموذجي للتحكيم يعبر عن وجود نوع من الرضا العام لصالح الحل المتقدم على نحو يمكن معه التمسك به بشأن تفسير المعاهدات الدولية الأخرى.

وبهذا القدر نكون قد عرفنا الأحكام التحكيمية الإتفاقية كنوع من أنواع أحكام التحكيم بصفة عامه، والآن ننتقل إلى دراسة نوع آخر من هذه الأحكام يسمى بالحكم الإضافى وذلك من خلال المطلب التالى.

المطلب الخامس

أحكام التحكيم الإضافية

ويقصد بهذه الأحكام تلك التى يصدرها المحكم (هيئة التحكيم) بناءً على طلب أحد الخصوم ، حتى ولو بعد إنتهاء ميعاد التحكيم [1] ، فى طلبات تكون قد قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم.

ويسمى هذا النوع من الأحكام بالأحكام التحكيمية الإضافية ، وقد نص عليه المشرع المصرى فى القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى المادة(١/٥١)، حيث نصت على أنه " يجوز لكل من طرفى التحكيم ولو بعد إنتهاء ميعاد التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم تحكيمى إضافى فى طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم، ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الأخر قبل تقديمة". كما نصت فى فقرتها الثانية على أنه" وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك".

وبالنظر لهذا النص يتبين أن المشرع قد قيد سلطة هيئة التحكيم أو المحكمون فى إصدار هذا النوع من الأحكام بعدة قيود ، ومنها :

="Il est toutefois permis de penser que la porteé du choix operé par la loi type pourrait être plus large. L'adoption de la régle de l'article 30,.alinea 2. manifeste en effet l'existence d'un consensus en faveur de cette conclusion, susceptible d'être invoquè à ce titre lors d'interprétation d'autres instruments internationaux" .

(١) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. أحمد بريرى، المرجع السابق، من ص ١٦٣ حتى ١٨٠، د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٣٤٤، وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٦ وما بعدها.

١- أنه لايجوز للمحكمون أن يتصدوا من تلقاء أنفسهم لإصدار حكم إضافى حتى لو تبين لهم أنهم أغفلوا بعض طلبات الخصوم عندما أصدروا الحكم، بل يجب لإصدار الحكم الإضافى أن يطلبه أحد الخصوم .

٢- يجب أن يتعلق حكم التحكيم الإضافى بطلبات الخصوم، فلا يجوز لهيئة التحكيم أو المحكمين التعرض لما لم يطلبه الخصوم أو يجاوز حدود سلطاتها.

٣- كما يجب أن يتعلق الأمر أو الحكم بطلبات قدمها الخصوم أثناء إجراءات التحكيم وقبل إصدار حكم التحكيم الذى فصل فى النزاع، ومن ثم فلا يجوز إصدار حكم تحكيمى إضافى فى شأن طلبات جديدة قدمها الأطراف أو أحدهم بعد صدور الحكم ولو لم تكن أمام نظر هيئة التحكيم أثناء إجراءات التحكيم وقبل صدور الحكم.(١)

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الحكمة من إجازة إصدار حكم تحكيمى إضافى هى إكمال القصور الذى يكون قد شاب الحكم نتيجة إغفال بعض طلبات الخصوم التى قدمت لهيئة التحكيم أثناء قيامها لحل النزاع.(٢)

وبالرغم من ذلك، وبالرغم أيضاً من عدم إفصاح المشرع المصرى عن بيان النظام القانونى الذى يسرى على هذا النوع من الأحكام – خاصة أنه بصدد طائفة أخرى من الأحكام التى تلحق بالأحكام الإضافية (وهى الأحكام الصادرة بالتفسير) – والتى يصدر كل منها بعد صدور الحكم المنهى للخصومة، فقد أعتبر صراحة أن الأحكام التفسيرية تعد متممة لحكم التحكيم الذى تفسره ، وتسرى عليه أحكامه. فقد نصت الماده(٤٩) فى فقرتها الثالثة من القانون المصرى سالف الذكر على أنه" ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذى يفسره وتسرى عليه أحكامه" . ومن ثم فإن ذات المبدأ يتعين إعماله بالنسبة للأحكام الإضافية، ومن ثم فتخضع للنظام الذى يسرى على أحكام التحكيم بصفة عامة ويمكن

---

(١) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، طبعة ١٩٩٧م ، المرجع السابق، ص٢١٦ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، طبعة ١٩٩٧م ، المرجع السابق ، ص٢١٦ وما بعدها.

أيضاً الطعن عليها بالبطلان[1].

تلك هى أنواع حكم التحكيم بصفة عامة، وقد عرضناها من خـــلال خمسة مطالب وقبل أن ننهى الحديث عنها تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان حكم التحكيم بالتحديد السابق بيانه هو وحده الذى يصلح لأن يكون محلاً للطعن عليه بالبطلان فإنه يشترط فضلاً على كون القرار الصادر عن المحكم حكماً تحكيمياً على التفصيل سالف الذكر فيشترط أيضاً لذلك كونه حكماً تحكيمياً دولياً.

المطلب السادس

أنواع حكم التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية

إن التطور القانونى الذى نتج عنه أنواع حكم التحكيم سالفة الذكر وفقاً للتشريعات الوضعية لا تأباه الشريعة الغراء، إذ أن الناظر في الوقائع والأحداث والمنازعات التى ظهرت فى صدر الإسلام الأول يمكن أن يستخلص منها هذه الأنواع والتى سلف بيانها.[2]

هذا فضلاً على أن الأحكام الدولية فى الشريعة الإسلامية تمتاز بالمرونة التى تسمح للإجتهاد أن يستنبط منها ما يوائم الأعراف الدولية السائدة الآن، أو يقوم اعوجاجها على هدى قواعد المصالح المرسلة والعرف. ولعلة من المفيد فى هذا الصدد أن نذكر بناءً على ذلك ألا تتقيد يد المحكمة التى تطبق قواعد الشريعة الإسلامية بالإسار الذى قيد محكمة العدل الدولية بسبب جهود نظامها الذى نقل حرفياً من النظام الأساسى للمحكمة الدائمة للعدل الذى وضع عام ١٩٢٠م، والذى قد نقل مشروع إنشاء محكمة تحكيم قضائية قدم إلى مؤتمر لاهاى الثانى عام ١٩٠٧م مما كان له أثره فى تجاهل التطورت العديدة التى لحقت بالمجتمع الدولى فى الوقت الراهن.

---

(١) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٢) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢١٧ وما بعدها.

الفصل الثانى

كيفية صدور حكم التحكيم الدولى وشروط صحته وآثارة

عرفنا من خلال ما سبق المقصود بحكم التحكيم الدولى وأنواعه المختلفة، ونبحث فى هذا الموطن كيفية صدور هذا الحكم، حيث يخضع هذا الحكم عند صدوره طبقاً لتشريعات غالبية الدول – إن لم تكن جميعها – إلى قواعد موضوعية وشكلية خاصة ، وإذا تيسر لنا – بعون الله وتوفيقة – الوقوف على كيفية صدور هذا الحكم طبقاً للشروط الواجب توافرها لصحته وفقاً لهذه التشريعات الحديثة، فينبغى علينا أن نبحث هذه الشروط فى منظور الشريعة الإسلامية حتى يتسنى لنا – من ناحية- الوقوف على مدى لزوم حكم التحكيم لأطرافه، ومن ناحية أخرى الكشف عن مدى إتفاق أو اختلاف التشريعات الحديثة وأحكام الشريعة الغراء فى هذا الصدد .

وسيكون البحث فى هذا الفصل من خلال أربعة مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول: كيفية صدور حكم التحكيم .

المبحث الثانى: شروط صحة حكم التحكيم .

المبحث الثالث: شروط صحة ولزوم حكم التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية .

المبحث الرابع: آثار صدور حكم التحكيم .

****

المبحث الأول

كيفية صدور حكم التحكيم الدولى

لقد أباح مشرعى بعض الدول لأطراف التحكيم الإتفاق على تخويل هيئة التحكيم فى إتخاذ ما تراه من التدابير المؤقته أو التحفظية والتى تقتضيها طبيعة النزاع. ومنها على سبيل المثال ما نص عليه المشرع المصرى فى المادة(٢٤/١) من قانون التحكيم سالف الذكر، حيث جاء بها أنه " يجوز لطرفى التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحدهما أن تأمر أياً منهما بإتخاذ ما تراه من تدابير مؤقته أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذى تأمر به".

ومؤدى هذا النص أنه يجوز لأطراف التحكيم مد سلطة هيئة التحكيم وعدم قصرها على الفصل فى موضوع النزاع، بحيث تستطيع أن تصدر ما تراه من تدابير مؤقته أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها. وترتيباً على ذلك يمكن لهذه الهيئة – بناء على تراضى الأطراف على منحها هذه السلطة – أن تصدر أمراً بتعيين حارس منقولات الشركة محل النزاع، وكذلك بإيداع البضائع المتنازع عليها فى يد أمين أو فى أحد المخازن العامة ... وإلى غير ذلك من الأوامر المؤقته.[١]

ويذكر الأستاذ الدكتور مختار بريرى فى هذا الصدد أنه نظراً لما قد ترتبه هذه الإجراءات من نفقات، كدفع أتعاب أو مقابل الإيداع فى أحد المخازن العامة، فقد أجاز المشرع لهيئة التحكيم أن تطلب تقديم ما يغطى هذه التكاليف، ومن البديهى أن يتحملها الطرف الطالب لاتخاذ هذه التدابير.[٢]

وأيضاً نظراً لأن هذه الهيئة لا تملك سلطة الإجبار التى يملكها القضاء فمن المحتمل أن يمتنع من صدر ضده الأمر عن التنفيذ، لذلك نصت المادة(٢٤) فى فقرتها الثانية على

---

(١) أنظر: د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ١٥٣ وما بعدها. حيث يشير سيادته فى هذا الصدد إلى أن هذه الإباحة لم تكن واردة فى نصوص قانون المرافعات وإنما وردت فى قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٥٤ .

أنه " إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن التنفيذ جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الأخير أن تأذن لهذا الطرف فى إتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف فى أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة(٩) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".[١]

وبناء على ذلك إذا تعلق الأمر بتحكيم غير دولى فيكون المختص هو رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا تعلق الأمر بتحكيم دولى فيكون المختص حينئذ رئيس محكمة استئناف القاهرة أو محكمة الاستئناف المتفق على اختصاصها بنظر النزاع.

وجدير بالإشارة هنا أن دور رئيس المحكمة يقتصر على إصدار الأمر بالتنفيذ فقط، فلا يراجع سلامة أو صحة الأمر الذى أصدرته الهيئة.[٢]

ويعادل الحكم السابق، والذى قررته نص المادة(٢٤) من القانون المصرى، ما جاء فى نص المادة(١٧) من القانون النموذجى، حيث تضمنت تخويل محكمة التحكيم سلطة إتخاذ التدابير المؤقته أو التحفظية التى تراها ضرورية فيما يتعلق بموضوع الخلاف وذلك بناء على طلب أحد الأطراف إلا إذا أتفق أطراف التحكيم على عكس ذلك.

كما يشابه ذلك أيضاً ما جاء فى نص المادة(٥/٨) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث نصت على أن " يستطيع الأطراف – قبل تسليم الملف إلى المحكم واستثنائياً بعد تسليمه – تقديم طلبات إلى أى سلطة قضائية لاتخاذ تدابير مؤقته أو تحفظية، دون أن يناقض ذلك إتفاق التحكيم الذى يربط بينهم ودون المساس بسلطات المحكم فى هذا الخصوص".[٣]

---

(١) وقد نصت المادة(٩) فى فقرتها الأولى على أن " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجاريا دولياً سواء جرى فى مصر أو فى الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر" . ونصت فى فقرتها الثانية على أن " وتظل المحكمة التى ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم".

(٢) أنظر: د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ١٥٤ وما بعدها.

(٣) أنظر فى ذلك قرار الغرفة التجارية المذكورة رقم(٤١٦٥ – ١٩٨٣)،مجموعة القرارات، ١٩٧٤م إلى ١٩٨٥م، ص ٥١٥ ومابعدها.

و أيضاً تضمنت قواعد اليونسترال المعمول بها فى المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة [1]، حكماً مماثلاً للحكم السابق، حيث نصت المادة(٢٦) من هذه القواعد على أن يكون لمحكمة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف إتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية التى تراها ضرورية تبعاً لطبيعة النزاع وعلى وجه الخصوص الإجراءات التحفظية المتعلقة بالبضائع موضوع النزاع مع إمكانية الأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع المعرض للتلف منها، كما أوضحت الفقرة الثالثة من هذه المادة أن تقدم أى طرف للقضاء بإتخاذ مثل هذه الإجراءات لا يعد تنازلاً عن التمسك بإتفاق التحكيم أو متعارضاً معه.[2]

وخلاصة ما سبق أنه فى ظل القانون المصرى إذا تضمن إتفاق التحكيم ما يخول الهيئة اختصاصاً مانعاً باتخاذ ما تراه من تدابير بناء على طلب أحد الأطراف إعمالاً لنص المادة(٢٤) سالفة الذكر فإن مثل هذا الإتفاق يرتب أثراً مانعاً شأنه شأن الأثر المانع من نظر الموضوع بشرط التمسك بالإتفاق، وإلا عد إغفال ذلك تنازلاً عن الشرط، مما يرد على القضاء سلطة اتخاذ التدابير التى يراها بناءً على طلب الأطراف، وذلك إعمالاً لنص المادة (١٤) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م. وجدير بالملاحظة أن هذه الأحكام تسرى على التحكيم الداخلى والدولى الذى يتم فى مصر أو فى الخارج إذا اتفق الأطراف على هذه الحالة الأخيرة. أما إذا خضع التحكيم لقواعد إحدى المراكز أو الهيئات الدائمة للتحكيم فيكون أمر اتخاذ التدابير المؤقته والتحفظية من اختصاص القاضى أو الهيئة وفقاً لما تقرره هذه اللوائح من تنظيم. هذا وقد أفادت المادة(٤٢) من القانون المصرى للتحكيم أن لهيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتيه أو فى جزء من الطلبات، حيث نصت على أنه" يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو فى جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهى لخصومة كلها". ويتضح من ذلك أن إصدار الأحكام الوقتية أو فى جزء من الطلبات متروك لتقدير هيئة التحكيم.

---

(١) المادة(١١) من قواعد المركز التى تنص على تطبيق قواعد اليونسترال وما تضمنته قواعد المركز من تعديلات. راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٥٩ .

(٢) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٦٠، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، طبعة ١٩٩٧م، ص ٢٠٠ .

وتطبيقاً لذلك إذا كان النزاع متعلقاً بطلب تعويض على أضرار لحقت بالبضاعة – كالتلف مثلاً – أثناء نقلها فللمحكمة أن تصدر حكماً بناء على طلب المضرور بدفع مبلغ مؤقت لحين إصدار الحكم النهائى: الذى يتوقف على تقدير الخبراء المنتدبين لتقدير هذا التعويض ، وغير ذلك من الأحكام الفرعية التى تصدر قبل صدور الحكم المنهى للخصومة كلها.[1] **وهنا يرد سؤال مؤداه ما الميعاد الذى يجب أن يصدر فيه الحكم ؟ أو بمعنى آخر هل تلتزم هيئة التحكيم بميعاد معين لإصدار الحكم الذى ينهى الخصومة كلها؟**

إن الإجابة عن هذا التساؤل تحمل فى طياتها عدم إتفاق بين التشريعات فى تحديد مدة إصدار الحكم النهائى: فوفقاً لقانون التحكيم المصرى ترك المشرع لأطراف النزاع تحديد ميعاد إصدار الحكم المنهى للخصومة، وإن كان قد عالج الأمر فى حالة عدم إتفاق الأطراف على تحديد هذا الميعاد. وهذا ما يستفاد من نص المادة(١/٤٥) من القانون المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه" على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال أثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك". كما نصت المادة السابقة فى فقرتها الثانية على أنه:" وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفقرة السابقة جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها".

ويتضح من النص السابق أن المشرع المصرى، وإن كان قد ترك الأمر لإرادة الأطراف فى تحديد ميعاد إصدار الحكم النهائى، إلا أنه قرر أن هيئة التحكيم قد تكون أقدر من غيرها على معرفة ظروف النزاع، لذلك استعمل بعض المرونة فى مد الميعاد الذى

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٦٣، حيث يذكر سيادته فى هذا الصدد أن هذه الأحكام الفرعية لا تكون محلاً لدعوى البطلان. وراجع أيضاً: د. فتحى والى، مبادئ قانون القضاء المدنى، سنة ١٩٧٥م، ص ٩٢٧ هامش رقم(٥).

حدده عند عدم إتفاق الأطراف. فبعد أن أوجب على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة خلال سنة من بدء إجراءات التحكيم أجاز لها مد الميعاد لمدة لا تجاوز ستة أشهر مالم يتفق الأطراف على مدة أطول.[1] ويتسم هذا الميعاد بالطول إذا قورن بالقانون الفرنسى، أو الميعاد الذى حددته نصوص قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس.[2] فقد عالج المشرع الفرنسى الميعاد الذى يجب أن يصدر فيه حكم التحكيم من خلال نص المادة" ١٤٥٦".[3] ووفقاً لنص هذه المادة يجب على المحكمين – عند عدم إتفاق الأطراف على تحديد ميعاد معين لصدور الحكم – أن ينهوا عملهم خلال ستة أشهر من تاريخ صدور آخر قبول للمهمة من المحكمين إذا اختلفت تواريخ قبولهم.

وبناءً على هذا النص تكون الأولوية فى تحديد ميعاد صدور الحكم لإرادة الأطراف وهم يستطيعون دائماً مد هذا الميعاد صراحة أو ضمناً ، وذلك مع مراعاة الشكل اللازم فى حالة المد الصريح، إذ تشترط فى هذه الحالة الكتابة كشرط صحة لمد التحكيم، بينما لا تعدو الكتابة أن تكون شرط إثبات فى حالة المشارطة. أما المد الضمنى فيفهم من استمرار الأطراف – بعد إنقضاء المدة التى حددتها المادة (١٤٥٦) فرنسى سالفة الذكر- فى عرض أسانيدهم والرد على خصومهم دون أن يبدى أى طرف تحفظاً أو اعتراضاً على استمرار التحكيم رغم إنقضاء الموعد المحدد لمهمة المحكمين.

وعلى ذلك يكون المشرع الفرنسى قد قصر إمكانية مد ميعاد التحكيم على إرادة الأطراف ولم يخول للمحكمين – كما فعل المشرع المصرى على نحو ما رأينا – إمكانية إصدار قرار بمد الميعاد، بالرغم من أن المشرع الفرنسى قد أجاز للمحكمين أن يسارعوا بتقديم طلب لرئيس المحكمة الإبتدائية المختصة لإصدار أمر بمد الميعاد، كما أجاز ذلك أيضاً للأطراف، وهنا يكون قرار رئيس المحكمة الصادر بمد الميعاد ملزماً للجميع –

---

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠١، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٦٤ .

(٢) وفى تفصيل تحديد مدة إصدار الحكم المنهى للخصومة فى ظل القانون الفرنسى أنظر: التحكيم التجارى الدولى
Philippe fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold goldman , 1996,p. 767 et s.
حيث يحددون هذه المدة بستة أشهر بناء على نص المادة(١٤٥٦) من قانون المرافعات الفرنسى. وراجع أيضا: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٧ وما بعدها، وص ١٧٩ وما بعدها.

(٣) أنظر:
Ph. Fouchard et autres, op. cit. p.711 et s.

الأطراف والمحكمين – شأنه فى ذلك شأن المد الصريح.[1] ويتضح من ذلك اختلاف منهج المشرع المصرى الذى أجاز لهيئة التحكيم اصدار قرار بالمد دون حاجة للالتجاء للقضاء ، عن منهج المشرع الفرنسى ، والذى أوجب على هيئة التحكيم ضرورة الحصول على أمر من رئيس المحكمة لأجل الاستمرار فى مهمتها، ومن هنا يتضح لنا الفارق الثانى حيث قصر المشرع المصرى إمكانية الطلب من رئيس المحكمة المختصة على الأطراف.[2]

كما يفتح المشرع الاماراتى الباب لاتفاق الأطراف على المدة التى يصدر فيها حكم التحكيم بشرط ألا تزيد عن ستة أشهر من تاريخ أول جلسة، وهذا ما قررته المادة(٢١٠) من قانون المرافعات الإماراتى سالف الذكر.

بينما توجب المادة(٩) من نظام التحكيم السعودى على المحكمين إصدار الحكم فى خلال تسعين يوما من تاريخ صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على مدة إصدار حكم التحكيم[3].

وهذا بالنسبة لمدة إصدار الحكم وفقا لتشريعات بعض الدول . أما بالنسبة لتحديد هذه المدة وفقا لقواعد بعض هيئات ومراكز التحكيم الدولية ، فلم تتضمن قواعد اليونسترال تحديدا لميعاد معين ينبغى أن يصدر فيه حكم التحكيم، وكذلك الحال أيضا فى نظام محكمة تحكيم لندن [4] ، واتفاقية واشنطن الخاصة بمنازعات الاستثمار.

أما الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية فى الدول العربية فقد نصت المادة الثانية فى فقرتها التاسعة من ملحق التوفيق والتحكيم على وجوب صدور حكم التحكيم خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ أول انعقاد للهيئة. ويمكن للأمين العام لجامعة

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ١٧٨ .

(٢) أنظر : د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٩ ، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

(٣) فقد نصت المادة(٩) على أنه " يجب الحكم فى النزاع فى الميعاد المحدد فى وثيقة التحكيم ما لم يتفق على تمديده وإذا لم يحدد الخصوم فى وثيقة التحكيم أجلا للحكم وجب على المحكمين أن يصدروا حكمهم خلال تسعين يوما من تاريخ صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم والا جاز لمن شاء من الخصوم رفع الأمر الى الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع لتقرر إما النظر فى الموضوع أو مد الميعاد لفترة أخرى".

(٤) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٨ .

الدول العربية بناءً على طلب مسبب من الهيئة أن يمد تلك المدة إذا رأى ضرورة لذلك لمرة واحدة وبما لا يجاوز ستة أشهر أخرى.

كما تضمنت قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس تحديداً لميعاد إصدار الحكم ، فنصت المادة (١٨) منها على وجوب صدور الحكم خلال ستة أشهر من تاريخ استكمال واستيفاء وثيقة الحكم وتوقيع المحكمين والأطراف عليها، وتكون العبرة هنا بأخر توقيع، أو يجرى احتساب المدة من تاريخ انقضاء المهلة المعطاة لأحد الأطراف المتخلفين عن التوقيع ، كما يمكن احتساب المدة من تاريخ إخطار السكرتير العام المحكم بتمام إيداع كامل قيمة الأمانة المطلوبة إذا وقع هذا الأخطار لاحقاً على المواعيد السابقة.

ويمكن لمحكمة تحكيم الغرفة مد هذه المهلة بناءً على طلب مسبب يقدمه المحكم، أو تمدها من تلقاء نفسها عند وجود ضرورة تقتضى مد المهلة، وفى حالة عدم إتمام المد تتولى المحكمة بيان الشروط التى يتم على أساسها حل النزاع، بعد التحقق من تطبيق الأحكام الخاصة باستبدال المحكم إذا وجد ما يلزم ذلك، وهذا وفقا للفقرة الحادية عشر من المادة(١٨) سالفة الذكر.

تلك هى المواعيد التى حددتها بعض التشريعات الوطنية وبعض هيئات ومراكز التحكيم، والتى يجب أن يصدر حكم التحكيم من خلالها ، وقد تبين لنا من خلال ذلك أنه توجد مرونة كبيرة فى تحديد ميعاد صدور الحكم، وقد كان الميعاد السائد فى ذلك هو فترة الستة أشهر أو أقل، سواء فى التشريعات الوطنية أو اللوائح الدولية للتحكيم ، وهذا ما يؤكد أن المدة التى حددها المشرع المصرى فى ذلك هى مدة طويلة نسبيا، حيث حددها بمدة سنة كاملة!! ولكن ما الحكم اذا لم يصدر حكم التحكيم فى خلال المدة المحددة قانونا؟ ذلك أنه من المتصور ألا يصدر حكم التحكيم رغم مضى فترة المد التى أتفق عليها الأطراف أو التى قررتها هيئة التحكيم ففى هذه الحالة وحتى تستمر هيئة التحكيم فى نظر النزاع أو لإنهاء التحكيم بدون إصدار – ووفقاً لقانون التحكيم المصرى- يتعين الإلتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو إلى رئيس محكمة إستئناف القاهرة أو محكمة الإستئناف التى يتفق الأطراف على اختصاصها. ومن المتصور أيضاً أن يتقدم أحد الأطراف بطلب الإستمرار فى التحكيم وتجديد مدة إضافية لقيام هيئة التحكيم بالفصل فى النزاع بينما يتقدم

الخصم بطلب إنهاء إجراءات التحكيم.[1]

ولا شك فى اختصاص رئيس المحكمة المشار إليها بتقدير أى من الأمرين، وفى حالة أمر رئيس المحكمة بإنهاء إجراءات التحكيم يكون لأى من الطرفين رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع.

وقد ذهب بعض الفقهاء[2] إلى القول بأن تمتع الطرف الذى طلب إنهاء الإجراءات الخاصة بالتحكيم، أو الذى لم يطلب استمرار هيئة التحكيم فى نظر النزاع، بالحق فى رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة حتى فى حالة صدور قرار من رئيس المحكمة بتحديد ميعاد إضافى لاستمرار هيئة التحكيم فى نظر النزاع.

فى حين يرى البعض الأخر[3] ضرورة التزام كلاً الطرفين بقرار رئيس المحكمة باعتبار هذا القرار ملزماً لكلاً الطرفين وليس اختيارياً لأيهما، فضلاً عن أنه من غير المستساغ إصدار الأمر لهيئة التحكيم بنظر النزاع وإباحة إثارة نفس النزاع – فى نفس الوقت – أمام المحكمة التى أمر رئيسها باستمرار هيئة التحكيم فى أداء عملها. كما أنه من يتعين على المحكمة إذا رفع إليها النزاع فى هذه الحالة، أن تحكم بعد قبول الدعوى إذا دفع المدعى علية بذلك وفقاً لنص المادة(١٣) من قانون التحكيم المصرى.[4]

وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد فإنه يتعين المداولة بين المحكمين قبل إصدار الحكم وفقاً لنص المادة (٤٠) من قانون التحكيم المصرى، حيث نصت على أنه " يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذى تحدده هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفاً التحكيم على غير ذلك".

---

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، طبعة ١٩٩٧م، ص ٢٠١ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٢ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

(٤) فقد نصت المادة (١٣) على أن:١- يجب على المحكمة التى يدفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبداءه أى طلب أو دفاع فى الدعوى.
٢- ولا يجوز رفع الدعوى المشار إليها فى الفقرة السابقة دون البدء فى إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم.

وبـ[illegible] هذا النص ينبغى إجراء المداولة بين هيئة التحكيم قبل صدور الحكم، ويذكر الأستاذ فوشارد ph. Fouchard فى هذا الصدد أنه " ليس هناك أى شكليات خاصة بهذه المداولة، فهى تستمد كلية من إتفاق الأطراف ومن قواعد التحكيم، بشرط ألا تخالف قواعد النظام العام الدولى – والتى تفرض مبدأ المداولة – كما تستند كذلك إلى أحكام قوانين الإجراءات التى اختارها الأطراف، ويفترض أن تجرى المداولة بين مجموعة المحكمين الذين يمثلون هيئة التحكيم التى تنظر النزاع.[1]

بيد أنه قد لا تتحقق المداولة بين جميع المحكمين مجتمعين، وذلك لصعوبة ذلك فى مجال التحكيم الدولى، فقد يعد الرئيس مشروعاً لحكم التحكيم وترسل نسخة منه إلى كل محكم فى البلد الذى يوجد فيه، ويقوم كل منهم بإبداء رأية بالمراسلة إلى أن يصل الأمر إلى الإتفاق على صيغة القرار من قبل أغلبية هيئة التحكيم أو بالإجماع.

وجدير بالذكر الإشارة إلى أنه يجب أن تكون المداولة سرية، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة(١٤٦٩) من قانون المرافعات الفرنسى، ومن ثم فلا يجوز إشراك شخص آخر مع المحكمين، كالخبراء أو المستشارين، وإلا أصبح ذلك سبباً فى الطعن فى حكم التحكيم، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الفرنسية[2]، حيث قررت أنه " لا توجد أى صيغة للمداولة بين المحكمين" وأضافت بأنه" يكفى أن يكون المحكم الذى يمثل الأقلية فى وضع يستطيع فيه أن يبدى جميع ملاحظاته حول مسودة القرار الذى أصبح فيما بعد قرار المحكم ....." . وهذا يعنى أن صدور القرار النهائى للتحكيم لا يستوجب أن تسبقة مداولة شفوية بين جميع المحكمين، ويكفى التعديل الذى يجرى بالمراسلة على المسودة التى تصبح القرار النهائى للتحكيم.[3]

ولقد ترك مشرعى بعض الدول لهيئة التحكيم تنظيم قواعد المداولة، مالم يتفق

---

(١) أنظر:

Ph.fouchard et autres.op.cit.p. 312 et s.

(٢) راجع:

Rev. d'arb.,1982, p. 425 et s.

(٣) أنظر فى التعليق على هذا القضاء: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٣١٣ وما بعدها.

الأطراف على تطبيق قانون معين، وذلك كما هو الحال فى القانون المصرى، وفقاً للمادة(٤٠) منه والتى سلف بيانها.

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن قانون التحكيم المصرى قد ربط سريان ميعاد صدور حكم التحكم من تاريخ بدء إجراءات التحكيم. وقد أستحسن بعض الفقهاء[١] موقف المشرع فى هذا الشأن، وذلك نظراً لما يثيرة ربط سريان الميعاد بتاريخ قبول المحكمين من صعوبات عملية أحياناً.

ويبدأ تحديد تاريخ بدء هذه الإجراءات وفقاً للمادة(٢٧) من القانون المصرى من اليوم الذى تسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى، حيث نصت على أنه " تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذى يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر."

وإذا بدأ الميعاد فى السريان – سواء كان محدداً بالإتفاق أو إعمالاً لنص المادة (١/٤٥) – ثم وقعت أسباب تؤدى إلى وقف سريانه، كوقوع إحدى الأسباب التى تؤدى إلى انقطاع الخصومة مثل وفاة أحد الخصوم أو فقد أهلية التقاضى[٢] وغير ذلك من الأسباب التى تقطع سير الخصومة تتبع حينئذ القواعد المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨م[٣]، وهذا ما يستفاد من نص المادة (٣٨) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه " ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم فى الأحوال، ووفقاً للشروط المقررة لذلك فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، ويترتب على إنقطاع سير الخصومة الآثار المقررة فى القانون المذكور".

ووفقاً لنص المادة(١٣٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، سالف الذكر،

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٦٤ وما بعدها.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٠٧، وص ١٢٢، وص ١٦٥ .

(٣) نصت المادة(١٣٠) من هذا القانون على أن : " ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من الناشئين إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها. ولا تنقطع الخصومة بوفاة وكيل الدعوى ولا بإنقضاء وكالته بالتنحى أو العزل وللمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للخصم الذى توفى وكيله أو انقضت وكالته إذا كان قد بادر فعين له وكيلاً جديداً خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانقضاء الوكالة الأولى".

يترتب على انقطاع الخصومة وقف جميع المواعيد التى كانت سارية فى حق الخصوم، ويبطل أى إجراء أو حكم يصدر أثناء فترة الانقطاع.

وفى هذا الصدد تقرر المادة(١٣) من النظام السعودى رقم(م٤٦) لسنة ١٩٨٣م أن عملية التحكيم لا تنقضى بموت أحد الخصوم وإنما يمتد الميعاد المحدد – وهو وفقاً للمادة (٩) بتسعين يوماً – للحكم ثلاثين يوماً ما لم يقرر المحكمون تمديده بأكثر من ذلك، وقد نصت على أنه " لاينقضى التحكيم بموت أحد الخصوم وإنما يمد الميعاد المحدد للحكم ثلاثين يوماً ما لم يقرر المحكمون تمديد المدة بأكثر من ذلك". كما تقرر أيضاً المادة(١٥) من ذات النظام مد ميعاد حكم التحكيم، لظروف تتعلق بموضوع النزاع، حيث نصت على أنه "يجوز للمحكمين بالأغلبية التى يصدر بها وبقرار مسبب مد الميعاد المحدد للحكم لظروف تتعلق بموضع النزاع".

ويقف سريان ميعاد حكم التحكيم أيضاً، إعمالاً لنص المادة(٤٦) من قانون التحكيم المصرى، فى حالة إذا ما عرضت أمام هيئة التحكيم مسألة تخرج عن ولايتها وقدرت أن الفصل فيها لازم لإصدار الحكم المنهى للخصومة[1]، حيث نصت على أنه:" إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير فى ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائى آخر، جاز لهيئة التحكيم الإستمرار فى نظر موضوع النزاع، إذا رأت أن الفصل فى هذه المسألة أو فى تزوير الورقة أو فى الفعل الجنائى الآخر ليس لازماً للفصل فى موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائى فى هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم".

كما يوقف سريان الميعاد، وفقاً للقواعد العامة، فى حالة القوة القاهرة التى تؤدى إلى منع سير إجراءات التحكيم، سواء فيما يتعلق بإمكان انعقادها أو إتخاذ إجراء لازم للفصل فى النزاع، كإجراء معاينة مثلاً فى ميناء الدولة التى توجد فيها البضائع لنشوب حرب

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٦٧، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

أهلية[1] ، وما إلى ذلك من الأمور التى تؤدى إلى منع سير إجراءات التحكيم.

هذا وفى كل الأحوال يستأنف سريان الميعاد بعد زوال عارض الانقطاع أو الوقف الذى أدى إلى انقطاع ميعاد حكم التحكيم أو وقفه. ونشير هنا إلى أن المشرع المصرى قد خول هيئة التحكيم سلطة فى مد ميعاد التحكيم فى جميع الأحوال، أى سواء كان هذا الميعاد محدد بإتفاق الأطراف أو بنص القانون، وهذا ما نصت عليه المادة(٤٥/١) من قانون التحكيم المصرى سالف الذكر.

ويذكر الأستاذ الدكتور مختار بريرى [2] فى هذا الصدد أن قواعد اليونسترال، وكذلك القانون النموذجى للتحكيم، لم تتضمن تحديداً لميعاد يتعين مراعاته لإصدار حكم التحكيم، ونفس الأمر أيضاً فى نظام محكمة تحكيم لندن، واتفاقية واشنطن الخاصة بمنازعات الاستثمار. **أما الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية فى الدول العربية** فقد نصت المادة(٩/٢) من ملحق التوفيق والتحكيم على وجوب صدور حكم التحكيم خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ انعقاد الهيئة، ويمكن للأمين العام لجامعة الدول العربية بناء على طلب مسبب من الهيئة أن يمد تلك المدة إذا رأى ضرورة لذلك لمرة احدة وبما لا يجاوز ستة أشهر أخرى. **ولقد تضمنت قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس أيضاً تحديداً** لميعاد إصدار الحكم، حيث نصت المادة (١٨) منها على وجوب صدور الحكم خلال ستة أشهر من تاريخ استكمال واستيفاء وثيقة التحكيم وتوقيع المحكمين والأطراف عليها، والعبرة بأخر توقيع – أو يجرى إحتساب المدة من تاريخ إنقضاء المهلة المعطاه لأحد الأطراف المتخلفين عن التوقيع، كما يمكن احتساب المدة من تاريخ إخطار السكرتير العام، ويمكن لمحكمة تحكيم الغرفة مد هذه المهلة بناء على طلب مسبب يقدمه المحكم، أو من تلقاء نفسها إذا رأت أمر المد ضرورياً. وإذا لم يتم المد تتولى هذه المحكمة بيان الشروط

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٦٧ وما بعدها. حيث يشير سيادته فى هذا الصدد إلى لتفرقة بين ميعاد إصدار حكم التحكيم وميعاد إتفاق التحكيم، فيقرر أن الأول يتعلق بإتفاق تحكيم بدء تنفيذه وأنعقدت هيئة التحكيم واتصلت بالنزاع، والمطروح تحديد الميعاد الذى يتعين عليه إحترامه لإصدار حكمها المنهى للخصومة، أما الثانى فيفترض أن إتفاق التحكيم قد حدد له الأطراف ميعاداً يجب أن يتم خلاله تنفيذ الإتفاق، أى بدء الإلتجاء للتحكيم، وبإنقضاء هذا الميعاد يسقط الإتفاق ويسترد الأطراف حريتهم فى الإلتجاء إلى القضاء.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٩ وما بعدها.

التى يتم على أساسها حل النزاع بعد التحقق من تطبيق الأحكام الخاصة باستبدال المحكم إذا وجدت حاجة لذلك، وهذا ما يستفاد من نص المادة(١١/٢) من قواعد غرفة التجارة الدولية سالفة الذكر.

وواضح مما سبق أنه فى مجال التحكيم التجارى الدولى توجد مرونة كبيره فى تحديد ميعاد إصدار حكم التحكيم ، كما أن هناك إمكانية متاحه فى مد هذا الميعاد، وإن كان ذلك يختلف من قانون دولة لأخرى، وقد وجدنا إن القانون المصرى كان متساهلاً فى تطويل مدة الميعاد التى يصدر فيها الحكم، حيث أن الميعاد السائد هو ستة أشهر، سواء فى القوانين الوضعية أو اللوائح ذات الطابع الدولى، أما القانون المصرى فقد حددها كما رأينا بأثنى عشر شهراً أى بمدة عام كامل.

ويرد فى هذا الصدد سؤالاً مؤداه ما الأثر المترتب على عدم صدور حكم التحكيم فى الميعاد المحدد قانوناً أو إتفاقاً؟.

لقد أجاب عن ذلك المشرع المصرى، حيث نص فى المادة(٢/٤٥) من قانون التحكيم الحالى[١] على أنه" إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفقرة السابقة جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة(٩) من هذا القانون أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها".

ويذكر الأستاذ الدكتور مختار بريرى [٢] أن الأحكام التى تضمنتها هذه الفقرة تستوعب كل الحالات التى تشملها الفقرة الأولى من المادة(٤٥) مصرى سالف الذكر[٣]، بمعنى أنها

---

(١) وهو نهج جديد من المشرع المصرى سار عليه فى قانون التحكيم الحالى، وهو بالتالى يختلف عما كان عليه الحال من قبل فقد كانت المادة(٥٠٥) الملغاه من قانون المرافعات المصرى رقم(١٣) لسنة ١٩٨٦م تفتح الباب أمام الأطراف للالتجاء للقضاء بمضى شهرين، وهى مدة قانونية ينبغى أن يصدر فيها حكم التحكيم، وهذا فى حالة عدم تصدى الأطراف لتحديد ميعاد اتفاقى.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى ، المرجع السابق، ص ١٧١ .

(٣) وقد تقضى مواعيد إصدار الحكم ويستمر الطرفان فى عرض طلباتهم ودفوعهم وتقديم مستنداتهم دون احتجاج أو اعتراض أحدهم بانقضاء المواعيد المحدده لإصدار الحكم، مما ينم عن إتفاقهم على مد ميعاد إصدار الحكم مداً ضمنياً وهو مالا غبار عليه، وإذا ثار نزاع وعرض الأمر على القضاء فإن للقاضى مطلق التقدير فى استخلاص المؤشرات التى تدل على اتجاه إرادة الأطراف إلى المد=

تشمل حالات تجاوز ميعاد إصدار الحكم المحدد إتفاقاً أو قانوناً، وكذلك تشمل تجاوز حالة المد لفترة ستة أشهر أو لمدة أطول بإتفاق الأطراف، ووفقاً للنهج الجديد الذى سلكه المشرع المصرى لم يعد فوات المواعيد المذكورة مؤدياً بذاته إلى حق الأطراف فى الإلتجاء إلى القضاء، بل أصبح من الجائز لأى طرف أن يتقدم لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بالنظر فى النزاع وهذا إذا تعلق الأمر بتحكيم غير دولى، أو أن يتقدم لرئيس محكمة استئناف القاهرة أو أى محكمة استئناف أخرى يكون قد أتفق عليها الأطراف، وذلك إذا تعلق الأمر بتحكيم دولى، وكل ذلك من أجل طلب تحديد ميعاد إضافى يتم فيه إصدار حكم التحكيم أو إنهاء إجراءات التحكيم، ولا يتعلق الأمر هنا بمد الميعاد الأصلى، لأنه يخضع للحد الأقصى الوارد فى نص الفقرة الأولى من المادة(٤٥) مصرى سالفة الذكر، وإنما يتعلق الأمر بميعاد يتمتع رئيس المحكمة بسلطة تقديرية فى تحديده وله أيضاً أن يأمر بإنهاء الإجراءات وينقضى بذلك التحكيم.

والأمر لا يثير صعوبة إذا إتفق الأطراف على طلب الميعاد الإضافى لأنهم يملكون أصلاً الإتفاق على المد دون حاجة لأمر. بيد أنه قد يتقدم طرف بطلب ميعاد إضافى بينما يتقدم الآخر بطلب إنهاء إجراءات التحكيم، أو يتخذ موقفاً سلبياً، أو يتوجه بدعواه مباشرة للقضاء بعد فوات الميعاد[1]، وفى هذه الحالة ما الحكم إذا استجاب رئيس المحكمة لطلب الميعاد الإضافى وأصدر أمراً بذلك وهل يملك الطرف الآخر تجاهل هذا الأمر ويرفع دعواه أمام القضاء بعد الفشل فى إلغاء هذا الأمر؟

أختلف الفقه فى الإجابة على هذا التساؤل[2] فذهب البعض إلى أن حق الأطراف

= الضمنى لأجل إصدار الحكم.راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٢ هامش رقم(٢٢٨)، حيث يذكر سيادته هنا أنه لا خلاص لطلب إنهاء الإجراءات من رئيس المحكمة إذا أتفق الأطراف على ذلك، لأن المادة (٢/٤٨/أ) تنص على أن للهيئة أن تصدر قرار بإنهاء الإجراءات إذا اتفق الأطراف على إنهائها.

(١) فقد نصت المادة(١/٤٥) على أنه" على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان فإذا لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال أثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم. وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك".

(٢) راجع لمزيد من التفاصيل: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ١٧٢ .

فى الإلتجاء للقضاء يكون مقصوراً على حالة صدور الأمر بإنهاء الإجراءات[1]، **بينما ذهب البعض الأخر** إلى أن الإلتجاء إلى القضاء يشمل الحالتين، أى حالة صدور الأمر بميعاد ضافىأو صدور الأمر بإنهاء الإجراءات، وهذا ما عبر عنه بوضوح تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الإقتصادية.

والرأى الراجح من وجهة نظرنا هو القول الذى يؤدى إلى نشوء إمكانية إتاحة الفرصة لأى من الطرفين فى الإلتجاء إلى القضاء، سواء كان لأجل طلب الحصول على ميعاد إضافى، أو لإنهاء الإجراءات، ومن ثم لا يجوز سلب إمكانية إلتجاء الأطراف إلى القضاء إذا كان الأمر متعلق بإنهاء الإجراءات ، لأن هذا القول- كما يذكر أحد الفقهاء – [2] لا يستقيم والطبيعة الإتفاقية للتحكيم من ناحية، وطبيعتة الإستثنائية من ناحية أخرى، لا سيما وأن المشرع المصرى قد أتاح ذلك صراحة بنص المادة(٤٦) من قانون التحكيم سالف الذكر.

المداولة ومدى ضرورتها قبل إصدار الحكم النهائى للتحكيم:

تنص معظم التشريعات على وجوب إجراء المداولة بين المحكمين قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة، وذلك إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، وهذا ما نصت عليه المادة(٤٠) من قانون التحكيم المصرى، كما يفهم ذلك أيضاً من نص المادة (١٤٩٦) من قانون المرافعات الفرنسى.

ويشترط قانون التحكيم المصرى أن يكون عدد المحكمين وتراً عند التعدد، وإلا كان التحكيم باطلاً، حيث نصت المادة (١٥) منه على أن :

"١- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

---

(١) أنظر: د. أحمد شرف الدين – محاضرة بعنوان" التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى"، مركز الدراسات القانونية، ص ٢٤، د. مختار بريرى، المرجع السابق ،ص ١٧٢، هامش رقم(٢٢٩).
(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٧.

٢- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلا كان التحكيم باطلاً".

كما يشترط ذلك أيضاً نظام التحكيم السعودى رقم(م٤٦/١٩٨٣م) حيث نصت المادة الرابعة منه على أن : " يشترط فى المحكم أن يكون من ذوى الخبرة حسن السيرة والسلوك كامل الأهلية ، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً".

ومبدأ المداولة الذى يتطلبه صدور الحكم النهائى ليس له أى شكليات خاصة كما سبق القول، فهو يستمد كلية من إتفاق الأطراف، ومن قواعد التحكيم، ويستند أيضاً إلى أحكام قوانين الإجراءات التى اختارها الطرفان، ويفترض أن تجرى المداولة بين عدد المحكمين الذين نظروا النزاع.

وقد ترك بعض مشرعى الدول – ومنها على سبيل المثال مصر والسعودية والإمارات العربية – لهيئة التحكيم تحديد كيفية التداول، فقد يتم ذلك بإجتماع يحضره الجميع، أو عن طريق المراسلة أو الاتصالات بأى وسيلة من وسائل الاتصال المكتوبة، وذلك ما لم يتفق الأطراف على استلزام شكل محدد تتم به المداولة بين المحكمين.

هذا ويوجب المشرع الفرنسى ضرورة قيام مداولة بطريقة غير مباشرة، وذلك ضمن سردة لأسباب البطلان المقررة فى المادة(١٥٠٢) من قانون المرافعات الفرنسى، حيث يعبر عن ذلك بعبارة(مراقبة احترام المواجهة).[١]

ويذهب معظم الفقهاء[٢] إلى القول بضرورة أن تتم هذه المداولة سرية، وإن كانت بعض التشريعات لم تنص على السرية والتى تطلبها المداولة التى تتم بين هيئة التحكيم لإصدار الحكم. ويبرر بعض الفقهاء[٣] هذه الضرورة لكفالة قدر من الحرية للمحكمين فى

---

(١) راجع:

Ph.Fouchard et autres, op. cit.p.760 et s.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٨١ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، طبعة ١٩٩٧م، ص ٢٠٤، د. عزمى عبدالفتاح عطيه، تكوين حكم المحكمين، ص ٤، المؤتمر الرابع للتحكيم التجارى الدولى ، المنعقد بالقاهرة فى الرابع والخامس من نوفمبر ١٩٩٦م، د . وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى الكويتى، ص ٤٢٩، د. فتحى والى، المرجع السابق، ص ٩٢٢، د . أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق، ص ١٧٣ وما بعدها.

(٣) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٨٣، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٤ ، حيث يذكر سيادته فى هذا الصدد أنه من الممكن من الناحية العملية أن تتكشف السرية بذلك عن توقيع المحكمين على الحكم.

إبداء الرأى والتشاور دون الوقوع فى الحرج الذى قد يتعرضون له فى حالة السماح للأطراف أو ممثليهم بالحضور أثناء المداولة.

وقد سلف القول بأن المادة(١٤٦٩) من قانون المرافعات الفرنسى الحالى قد تضمنت النص على سرية المداولة بين هيئة التحكيم، ويرى بعض الفقه[١] أن عقوبة تجاهل هذه السرية لا تتمثل فى عدم فاعلية القرار(الحكم) وإنما يتمثل فى وقوع المسئولية على المحكمين الذين تجاهلوا هذه السرية.

وعلى أى الأحوال – سواء نص على سرية المداولة أو لم ينص عليها – فنرى مع البعض[٢] إمكانية ترتيب البطلان على حكم التحكيم إذا تمت المداولة بطريقة علنية، وأيضاً إذا تضمن إتفاق التحكيم ما يستلزم ذلك، أو كان التحكيم دولياً واتفق الأطراف على تطبيق قانون يتضمن نصاً آمراً يستلزم سرية المداولة.

هذا وإذا كان المجرى الطبيعى أن ينتهى التحكيم بصدور حكم يصدره المحكمون، فقد توقع المشرع المصرى إمكانية أن يتوصل أطراف النزاع بعد سير عملية التحكيم إلى تسوية تنهى النزاع القائم بينهم، وهذا ما يستفاد من نص المادة(٤١) مصرى، حيث نصت على أنه: " إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهى النزاع كان لهما أن يطلبا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم التى يجب عليها فى هذه الحالة أن تصدر قراراً يتضمن شروط التسوية وينهى الإجراءات، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ".

ويلاحظ هنا أن القرار الذى تصدره هيئة التحكيم يعتبر" حكم تحكيم" حكماً تمييزاً له عن حكم التحكيم – محل البحث – والذى تصدره الهيئة بناء على تداول أعضائها. كما يلاحظ أيضاً أن أطراف النزاع ليسوا مرغمين على طلب إثبات التسوية وصدور قرار بها من الهيئة، فلهم الإكتفاء بما تم الإتفاق عليه وطلب إنهاء الإجراءات، وهنا لا يعتبر هذا

---

(١) أنظر:

Ph.Fouchard et autres, op. cit.p.764 et s.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٨٢.

الإتفاق حكم تحكيم، وبالتالى لا يصلح كسند تنفيذى إلا إذا أستوفى الشروط اللازم توافرها فى هذه السندات وفقاً لنصوص قانون المرافعات المصرى سالف الذكر.[1]

على أن هيئة التحكيم يجب عليها – عند عدم تحقق الفرض السابق – مواصلة مداولاتها من أجل إصدار الحكم المنهى للخصومة، ولا صعوبة فى ذلك إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد، أما عند التعدد فقد قررت المادة(٤٠) من قانون التحكيم المصرى وجوب صدور الحكم النهائى بأغلبية الآراء بعد المداولة التى تتم على الوجه الذى تحدده الهيئة، ما لم يتفق أطراف التحكيم على غير ذلك.[2] وبناءً على ذلك يلزم تحقق الأغلبية، اللهم إلا إذا اتفق الأطراف على إمكانية صدور الحكم وفقاً لرأى رئيس الهيئة عند عدم تحقق الأغلبية المنصوص عليها فى المادة(٤٠) سالفة الذكر.

ولكن يصعب القول بترجيح رأى رئيس الهيئة لأن عدول المشرع عن تبنى النص المقدم من الحكومة فى هذا الصدد[3]، والذى كان يهدف إلى ترجيح رأى رئيس الهيئة عند عدم توافر الأغلبية، وكذلك الإصرار على ضرورة توافر الأغلبية يجعل العودة إلى هذا الترجيح مخالفاً للنص الحالى.

ومن ثم يرى البعض[4] أنه لا ملجأ ولا مخرج من هذا سوى رجوع الهيئة للأطراف والحصول على إصدار الحكم وفقاً للرأى الذى يرجحه رئيس هيئة التحكيم، كما يرى أنه ليس هناك مانع يحول دون إتفاقهم على عدم إستلزام الأغلبية، لأن نص المادة(٤٠) السابق ليس آمراً، فللأطراف الإتفاق على مخالفته، ووضع ما يرونه ملائماً لإمكان صدور الحكم، وعند تعذر ذلك فلا بديل عن إصدار الهيئة قراراً ينهى معه إجراءات التحكيم، وذلك

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٨٣، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٤، د. عبدالحميد لأحدب ، المرجع السابق، ص ٧٦٢ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ١٨٤ حيث يذكر سيادته فى هذا الصدد أنه كان من الأفضل أن يتبنى المشرع النص المقدم من الحكومة، والذى يفيد ترجيح رأى رئيس هيئة التحكيم عند عدم توافر الأغلبية، ولأن خلو النص الحالى من هذا الحكم قد يصل بالتحكيم إلى طريق مسدود عند عدم توصل الهيئة لقرار يحظى بموافقة الأغلبية.

(٣) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٨٤ .

(٤) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٨٤، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠١ وما بعدها.

لعدم جدوى الاستمرار ، وهذا ما يستفاد من نص المادة(٤٨) فقره(جـ) مصرى حيث نصت على أن " (١) تنتهى إجراءات التحكيم بـ٠٠٠(جـ) إذا رأت هيئة التحكيم لأى سبب آخر عدم جدوى إستمرار إجراءات التحكيم أو إستحالة"[١]٠ولذا كان من الأفضل تبنى النص الذى عدل عنه المشرع المصرى، والذى يسمح بإصدار الحكم – عند عدم تحقق الأغلبية – وفقاً لرأى رئيس هيئة التحكيم، وهذا ما نراه صواباً مع بعض الفقه[٢] ٠كما أن هذا النهج هو الذى تبنته قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولى[٣]، حيث نصت المادة(٣/١٦) منها على أن: " يصدر الحكم بالأغلبية فى حالة الإختلاف، فإذا لم تتحقق الأغلبية يصدر الرئيس الحكم كما لو كان محكماً وحيداً"٠

كما تضمنت ذلك أيضاً غرفة التجارة الدولية السارية اعتبارا من الأول من يناير ١٩٨٨م، حيث نصت المادة (١٩) منها على أنه :" إذا عين ثلاثة محكمين صدر الحكم بالأغلبية ، فإذا لم تتوافر أصدر رئيس المحكمة الحكم بمفرده" ٠

ولا شك فى أن هذا الحل هو الأمثل ، والكفيل بعدم وصول عملية التحكيم إلى طريق مسدود لا تحمد عواقبه، لان من شأن ذلك فشل عملية التحكيم لعدم التوصل إلى الحكم المنهي للخصومة٠

ولكن هل يستلزم القانون أن يكون الحكم النهائي أو المنهي للخصومة كلها صادرا فى شكل معين أو طريقة معينة؟ وبمعنى آخر ما هى الشروط الواجب توافرها فى حكم التحكيم النهائي؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل ستكون محل دراسة المبحث الثانى٠

---

(١) السارية من ١٩٨٨/١/١م٠ وأنظر فى الوقوف على كيفية إصدار حكم التحكيم فى ظل التنظيمات والقواعد ذات الطابع الدولى د٠ مختار بريرى، المرجع السابق، من ص ١٨٨ إلى ص ١٩٠ ٠

(٢) أنظر: د٠مختار بريرى، المرجع السابق، من ص ١٨٤ إلى ص ١٩٠ ٠

(٣) أنظر: د٠مختار بريرى، المرجع السابق، من ص ١٨٤ إلى ص ١٩٠ ٠

المبحث الثانى

شروط صحة حكم التحكيم الدولى

تبين لنا من خلال ما سبق كيفية صدور الحكم النهائى (المنهى للخصومة كلها) ، ولكن حتى يكون هذا الحكم صحيحا ونافذا وحائزا لحجية الأمر المقضى به ينبغى توافر شروط معينة تتنوع الى شروط موضوعية وأخرى شكلية ، وهى موضوع البحث فى هذا الموطن.

كما يرد الاستفسار هنا عن مدى سلطة هيئة التحكيم بعد صدور هذا الحكم المنهى للخصومة ، بمعنى هل تنتهى مهمة هذه الهيئة بمجرد صدور هذا الحكم أم تظل الهيئة متمتعة بسلطتها بعد صدوره؟

ولتوضيح هذه الفرعيات من البحث فقد أفردت هذا المبحث فى ثلاثة مطالب على النحو التالى :

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لحكم التحكيم.

المطلب الثانى: الشروط الشكلية لحكم التحكيم .

المطلب الثالث: مدى سلطة هيئة التحكيم بعد صدور الحكم.

المطلب الأول

الشروط الموضوعية لحكم التحكيم الدولى

ينبغي لصحة حكم التحكيم توافر شروط موضوعية تتمثل فى شرطين على النحو التالى:

الشرط الأول: يجب أن يكون حكم التحكيم ذو أثر حاسم فى إتفاق التحكيم، وهذا يعنى أن يكون حكم التحكيم الصادر فى موضوع النزاع من شأنه حسم دابر النزاع،ذلك أن الغاية التى يهدف إليها أطراف التحكيم هى حسم ما نشب بينهم أو ما قد ينشب بينهم من منازعات وذلك عن طريق المحكمين الذين عهدوا إليهم بهذه المهمة، ولذا وجب أن يصدر حكمهم بشكل فاصل وحاسم فى موضوع النزاع الذى عينوا من أجله، ومن ثم فلا يعد من قبيل

أحكام التحكيم النهائية مجرد حث الأطراف أو توجيههم إلى إنتهاج أسلوب معين فى تنفيذ إلتزامهم.[1]

وكما أشرنا من قبل أنه لا يعد من قبيل الحكم التحكيمى ما تصدره هيئة التحكيم من قرارات أو أحكام وقتيه أثناء نظر النزاع، وبالتالى فلا ينسحب عليها الأثر الحاسم لإتفاق التحكيم، اللهم إلا إذا وردت فى هذا الإتفاق عبارات صريحة قاطعة تدل على إتجاه إرادة الأطراف إلى استئثار هيئة التحكيم بإصدار القرارات وحجب القضاء عنها.[2]

وبناء على ذلك فإن حكم التحكيم الذى يكتسب هذا الوصف هو الحكم الصادر على نحو قاطع وبات فى النزاع المعروض. وإذا كان حكم التحكيم بهذا المعنى يطابق معنى الحكم القضائى فإن عمل المحكم يختلف عن عمل القاضى، حيث أن الأول يستمد سلطته من إتفاق الأطراف بينما يستمد القاضى سلطته من الدولة، ويترتب على ذلك أن المحكم لا ينطبق عليه قاعدة" أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع" ، لأنه لا يجوز له أن يفصل إلا فيما طرح عليه، ولذلك قضى بأنه إذا كان المعروض على التحكيم كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد الشركة فإن هيئة التحكيم لا شأن لها فى بطلان أو صحة العقد[3]، ومن ثم يعتبر تجاوز المحكم حدود مهمته أو التصدى لما لم يتفق الأطراف على عرضه على التحكيم سبباً من الأسباب التى

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٩١ ، حيث يشير سيادته فى هذا الصدد إلى حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٦٤/١٢/١٦م بالطعن رقم (٦٩) لسنة ٣٠ق ، المجموعة، لسنة (١٥)، ص ١١٧٤، حيث قضى فى هذا الحكم بأنه" متى كانت هيئة التحكيم قد إنتهت فى قرارها... إلى إنها تهيب بالشركة أن تسهل على عمالها سكنى هذه المساكن على الوجه الملائم فإن هذا الذى إنتهى إليه القرار لا يخرج مخرج الإلزام ولا تتحسم به الخصومة وفى ذلك ما يعيبه".

(٢) وهذا ما تضمنه الحكم الذى أصدرته محكمة استئناف القاهرة(٦٣) تجارى فى ١٩٩٥/٥/٢٤م حيث ورد فيه أن شرط التحكيم لا يمنع من الإلتجاء للقضاء فى طلب الإجراءات الوقتية إلا إذا اتفق على ذلك وكانت الإجراءات الوقتية محلاً للتحكيم". وقد علق على هذا القضاء الأستاذ الدكتور مختار بريرى، المرجع السابق ، ص ١٦٢ هامش رقم(٢١٦)، حيث يذكر سيادته أن هذا الحكم يعنى بوضوح أن إتفاق الأطراف على أن تكون الإجراءات الوقتية داخله فى شرط التحكيم يعد مانعاً للقضاء من التصدى لطلب الأمر بإجراء وقتى.

(٣) وهذا ما يستفاد من حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٥٢/١/٣م بالطعن رقم(١٤٩-١٩) حيث جاء فيه أن " التحكيم طريق إستثنائى لفض المنازعات... فهو يكون مقصوراً حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين ولا يصح تبعاً لذلك إطلاق القول فى خصوصه بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أبطل هيئة التحكيم ببطلان عقد الشركة ... وذلك بناءاً على أن مشارطة التحكيم ... تقصر ولاية المحكمين على بحث المنازعات الخاصة بتنفيذ عقد الشركة.. فهذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شئ".

تبرر الطعن بالبطلان على الحكم، ولذا وجب على المحكم حينئذ أن يلتزم بما تضمنه إتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشارطه، إذ بذلك تتحدد نطاق مهمة المحكم.[1]

الشرط الثانى: يجب أن تصدر هيئة التحكيم حكمها وفقاً لقواعد القانون الذى اختاره الأطراف، سواء بالنسبة للإجراءات أو الموضوع.[2]

وقد تضمنت هذا الشرط الفقرة الأولى من المادة(٢٨) من القانون النموذجى المعد بواسطة اليونسترال بخصوص التحكيم التجارى الدولى، حيث نصت على أنه " تحسم محكمة التحكيم الخلاف وفقاً لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف بإعتبارها الواجبة التطبيق على موضوع الخلاف".

كما تضمنته أيضاً المادة(١/٣٩) من قانون التحكيم المصرى سالف الذكر، حيث نصت على أن: " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك".

وبناءً على ذلك تلتزم هيئة التحكيم عند إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها (الحكم النهائى للتحكيم) بما اتجهت إليه إرادة الأطراف فى هذا الشأن، ولذا يعتبر تجاهل المحكمين لهذه الإرادة وتطبيق قانون آخر غير المتفق علية سبباً يبرر معه الطعن بالبطلان فى الحكم الذى تصدره الهيئة فى هذا الخصوص، حتى لو كان هذا القانون هو الذى كان سيطبقه القاضى لو عرض عليه ذات النزاع.

وعلى هذا ينبغى لصحة ونفاذ حكم التحكيم النهائى توافر وتلازم الشرطين الموضوعين السابقين إذا بدونهما لا يصح الحكم.

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها.
(٢) راجع لمزيد من التفاصيل: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٣٢ وما بعدها، و ص ١٩٣، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٤ وما بعدها.

المطلب الثانى

الشروط الشكلية لحكم التحكيم الدولى

يشترط أيضاً لصحة حكم التحكيم – بجانب الشروط الموضوعية السابقة – توافر شروط شكلية معينة مترابطة ومتلازمة بحيث لا يغنى بعضها عن البعض الآخر.[1]

وقد أسهبت التشريعات المختلفة، بل والهيئات ذات الطابع الدولى، فى بسط هذه الشروط، وفيما يلى نبين هذه الشروط وفقاً لبعض التشريعات المختلفة:

الشرط الأول : أن يكون حكم التحكيم مكتوباً:

وقد نصت على هذا الشرط المادة(١/٤٣) **من قانون التحكيم المصرى** رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أن " يصدر حكم التحكيم كتابة ....".

ونصت عليه أيضاً المادة(٢/٢١٢) **من قانون المرافعات الإماراتى رقم** (١١) لسنة ١٩٩٢م، حيث جاء فيها " يجب أن يكون الحكم التحكيمى مكتوباً وأن يشمل بوجه خاص على ...". كما تضمن هذا القانون وجوب كتابة الحكم باللغة العربية، وإذا اتفق الأطراف على غير ذلك تعين إرفاق ترجمة رسمية بالحكم عند إيداعه. وبناءً على ذلك لا يجوز أن يصدر حكم التحكيم شفاهة وإلا جرد من وصفه كحكم تحكيم، وبالتالى لا تترتب عليه أى آثار ولا يكون واجب النفاذ. ومن ثم اشترطت كتابة الحكم لوجوده لا لإثباته. والحكمة من هذا الشرط ظاهرة إذ بدون كتابة الحكم لا يتسنى إمكان الحصول على التنفيذ الذى يستوجب تقديم أصل الحكم أو صورة موقعة منه.[2]

---

(١) ويذكر الأستاذ الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم " أنه بالرغم من ورود هذه الشروط (البيانات) على سبيل الحصر – فى المادة(٤٣) من القانون المصرى – إلا أن إغفال أحد هذه البيانات لا تؤدى تلقائياً إلى بطلان الحكم. وإنما يتعين تطبيق قواعد بطلان حكم التحكيم التى أوردها قانون التحكيم المصرى فى الباب السادس منه، ويشمل المواد ٥٢ ،٥٣ ، ٥٤، والقواعد العامة فى البطلان التى أوردها المشرع فى المواد من(١٩ إلى ٢٤) من قانون المرافعات المصرى رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨م" . المرجع السابق، طبعة ١٩٩٧م، ص ٢٠٧ .

(٢) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٩٣ وما بعدها، مجلة الحقوقى، المرجع السابق، ص ١٠١ .

الشرط الثانى: أن يكون الحكم موقعاً من هيئة التحكيم التى أصدرته:

وقد نصت على ذلك المادة(١/٤٣) من قانون التحكيم المصرى، حيث ذكرت أن " يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين، بشرط أن تثبت فى الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية".

كما تضمنت ذلك أيضاً المادة(١٧) من نظام التحكيم السعودى رقم(م/٤٦) الصادر فى ١٩٨٣م، حيث نصت على أنه: " يجب أن تشمل وثيقة الحكم بوجه خاص على وثيقة التحكيم وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم، وأسباب الحكم ومنطوقه، وتاريخ صدوره، وتوقيعات المحكمين، وإذا رفض واحد منهم أو أكثر التوقيع على الحكم أثبت ذلك فى وثيقة الحكم".

كما تضمنت المادة(٥/٢١٢) من القانون الإماراتى سالف الذكر ضرورة وجوب إصدار حكم التحكيم بالأكثرية، وإذا رفض واحد أو أكثر من المحكمين توقيع الحكم فيذكر ذلك، ويكون الحكم صحيحاً إذا وقعته أغلبية المحكمين.(١)

وقد قضت محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادرة فى ٥ يوليو سنة ١٩٩٠م بأنه" يعد كافياً بيان توقيع الحكم من الأغلبية، ويعد هذا بياناً كافياً لإثبات واقعة رفض الأقلية".(٢)

وتنص المادة(٣١) من القانون النموذجى لليونسترال على وجوب توقيع المحكمين الذين أصدوره مع بيان سبب عدم توقيع الأقلية.

وبناء عليه يتضح من خلال النصوص السابقة اشتراط ضرورة توقيع حكم التحكيم من المحكمين الذين أصدروه، وإلا كان الحكم غير صحيحاً. ويذكر الأستاذ الدكتور مختار

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم فى البلاد العربية، المرجع السابق، الجزء الأول، ص ١٣٧ . وقد جاءت هذه الأحكام فى المادة المذكورة فى البنود(ج) ، (و) .

(٢) أنظر:

Rev. d'arb.1991,p.359 et s . Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 784 et s.

وراجع فى التعليق على ذلك: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٠٠ .

بريرى[1] فى هذا الصدد أن المحكمون دائماً يكونوا من الأشخاص الطبيعيين حتى ولو أحال الأطراف على لائحة أو قواعد إحدى الهيئات أو مراكز التحكيم فإن هذا لا يعنى تولى هـذه الهيئة كشخص معنوى أمر التحكيم، وإنما يكون مفاد الإحالة أن تتولى هذه الهيئة تطبيـق قواعدها الخاصة بكيفية تشكيل هيئة المحكمين من الأشخاص الطبيعيين ، ولذلك لا يغنى وضع خاتم أو شعار إحدى مراكز أو هيئات التحكيم على الحكم عن توقيعه بواسطة أعضاء هيئة التحكيم الذين أصدروا الحكم ٠

هذا وقد بينت النصوص السابقة وجوب صدور حكم التحكيم – عند التعدد – بالأغلبية[2]، فيلزم على الأقل توقيع أغلبية المحكمين على الحكم إذا رفضت الأقلية التوقيع عليه، وإذا كانت النصوص السابقة اكتفت لصحة حكم التحكيم بتوقيع الأغلبية عليه، إلا إنها أوجبت فى نفس الوقت ضرورة تضمين الحكم بيان أسباب عدم توقيع الأقلية، وإلا تعرض الحكم للطعن فيه بالبطلان٠

وتبدو الحكمة من ضرورة تسبيب عدم توقيع الأقلية فى كونه قد يتضمن ما يؤيد طلب بطلان الحكم، كما لو أوضحت أسباب رفض الأقلية وقوع إخلال بحقوق الدفاع، أو تطبيق الأغلبية قانوناً آخر غير القانون الذى عينه الأطراف باتفاقهم، أو أن الهيئة تكون قد طبقت قانوناً لا يتصل بموضوع النزاع عند عدم إتفاق الأطراف على تحديد القانون الذى يحكم النزاع٠ ففى مثل هذه الحالات يجوز رفع دعوى البطلان على الحكم، هذا فضلاً عما سيقتضيه ذلك من الأغلبية مراعاة الحذر والحيطة فى الرد على هذه الأسباب الأمر الذى يضمن معه فى النهاية إلى حد كبير ضمان سلامة الحكم وعدم فتح المجال لوقوع إخلال بحقوق الأطراف٠[3]

---

(١) أنظر: د٠ مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٩٤ ٠وراجع أيضاً: مجلة الحقـوقى، العدد الأول والثانى للسنة السابعة عشرة، ص ١٠١ وما بعدها٠

(٢) وتنص المادة (١٦) من النظام السعودى سالف الذكر فى هذا الصدد على أن :" يصدر حكـم المحكمين بأغلبية الآراء وإذا كانوا مفوضين بالصلح يجب صدور الحكم بالإجماع"، وهذا يقتضى توقيع الحكم من الأغلبية فى حالة عدم تفويضهم بالصلح٠

(٣) راجع: د٠ مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٩٦، وأنظر له أيضا: محاضرات ملقاه على طلبه دبلوم الاستثمارات الدولية بعنوان: التحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٩٤م، ١٩٩٥م، ص ١٩ ٠

الشرط الثالث: أن يصدر الحكم مسبباً:

من الشروط الشكلية أيضاً والتى ينبغى توافرها لصحة حكم التحكيم، ضرورة صدور الحكم مسبباً، وفى الحقيقة أن موضوع تسبيب الأحكام التحكيمية موضوع عميق جداً ويحتاج إلى صفحات عديدة بحيث لا يتسع المجال هنا لتفصيله.(١) بيد أن يمكن إجمال ذلك- دون إخلال – فى أن النصوص القانونية سواء الوطنية أو الدولية أشترطت ضرورة تسبيب الأحكام.(٢)

ويبدو أن هناك تطوراً قد حدث فى إنجلترا بالنسبة لهذا الموضوع، حيث بدأت محاكم الدرجات العليا- منذ فترة قريبة – تسبب أحكامها كما ألزمت بعض المحاكم، كالمحاكم الإدارية، أن تسبب أحكامها، وذلك لتسهيل الرقابة التى تمارسها المحاكم العليا على تلك الأحكام(٣).فقد جاء القانون الإنجليزى للتحكيم لعام ١٩٧٩ بنص جديد – رغم أنه أبقى المبدأ العام، وهو عدم تسبيب الحكم التحكيمى (٤) – يقرر أنه " يجوز لكل طرف من أطراف النزاع أن يطلب قبل إصدار الحكم من المحكم أن يشتمل الحكم على الأسباب التى استند إليها، ويجوز للمحكمة أن تطلب بعد صدور الحكم من المحكم أن يبنى الأسباب التى استند إليها فى حكمه"(٥).

ويذكر الأستاذ الدكتور محسن شفيق (٦) فى هذا الصدد أنه" قد يحدث أحياناً فى إنجلترا أن يكتب المحكم أسباب القرار فى ورقة مستقلة دون أن يوقعها ويلحقها بالقرار أو

---

(١) راجع فى موضوع تسبيب الأحكام:
J.L.Delvolvé, Essai sur la motivation des sentences arbitrales, Revue de l'arbitrage,1989,No. 2, pp. 149 et s.

(٢) إلا أن الدول الأنجلوسكسونية لا تستلزم تسبيب الأحكام التحكيمية مثلها فى ذلك مثل الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم تلك الدول.

(٣) أنظر فى ذلك :
R. David, op. cit. p. 443 et s.

(٤) أنظر:
Ph. Gasta Mbide, la loi anglaise de 1979 sur l'arbitrage, Revue de l'arbitrage, 1979, No. 4, p. 451 et s .
وراجع: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٣٣ وما بعدها.

(٥) ويلاحظ هنا أن المادة(٢/١٨٩) من القانون السويسرى الجديد تستلزم – كما هو الحال فى فرنسا على نحو ما سنرى – تسبيب الأحكام، إلا إذا أتفق الأطراف على غير ذلك.

(٦) أنظر: د. محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ٤١٣ ومابعدها، و ص٢٥٧ وما بعدها.

يسلمها لمن يطلبها من الخصوم، والقضاء الإنجليزى ثابت على أن هذه الورقة وإن لحقت بالقرار لا تعتبر جزء منه ولا تكون لها أية حجية". ويشارك القانون الإنجليزى فى عدم إلزام المحكم بتسبيب الحكم كل من قوانين الولايات المتحده والنمسا والدول الإسكندنافية.

وتقرر غالبية القوانين ضرورة ذكر أسباب الأحكام، ومنها قوانين الدول العربية: فقد نص المشرع المصرى فى المادة(٢/٤٣) من قانون التحكيم الحالى على أنه" يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم".

ونص المشرع الإماراتى على ذلك أيضاً فى المادة(٢١٢/٥/ج) من قانون المرافعات الإمارتى ، حيث نصت على أنه " يجب أن يكون الحكم التحكيمى...(ج) مسبباً..."**.** **وكذلك أوجب المشرع السعودى** تسبيب حكم التحكيم، وذلك فى المادة (١٧) من نظام التحكيم السعودى الحالى ، حيث نصت على أنه" يجب أن تشمل وثيقة الحكم بوجه خاص على ... أسباب الحكم ومنطوقه ....".

ولم يخرج عن ذلك المشرع الفرنسى فنص أيضاً على ضرورة تسبيب الحكم، وذلك فى المادة (١٤٧١) من قانون المرافعات الفرنسى الحالى، حيث نصت على أن : " قرار التحكيم يجب أن يكون مسبباً".[١] وهذا النص يعد فى فرنسا بمثابة القاعدة العامة التى تطبق على جميع أنواع أحكام التحكيم، حتى على قرار التحكيم بالصلح. ولا يسمح القانون الفرنسى للأطراف إعفاء المحكمين من تسبيب الحُكم، ويعتبر خلو الحكم من الأسباب سبباً مسوغاً لبطلان الحكم ، مما يجعل الأمر متعلقاً بشرط يتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفته ، وهو ما كان عليه الحال حتى قبل استلزام التسبيب بنص صريح فى المادة (٢/١٤٧١) من القانون الفرنسى المذكور[٢].

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك:

Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 711 et s .

(٢) أنظر فى هذا المعنى: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٠٢ . وراجع أيضا:

Jean Robert, op. Cit. p. 299 et s.

وتظهر أهمية تسبيب الحكم فى ظل القانون الفرنسى فى المراقبة الفعالة لمحكمة الاستئناف على الأحكام التحكيمية، إذ أن القانون المذكور يسمح باستئناف حكم التحكيم٠ولا تعنى ضرورة التسبيب إلزام المحكمين بتعقيب كل ما أبداه الأطراف أو قدموه من أسانيد وحجج، بل يكفى أن يكون عرض أسباب الحكم كافياً لإرشاد المحكمين إلى النتائج التى وردت فى مضمون الحكم، ولاشك أن هذا يختلف بإختلاف طبيعة النزاع المعروض[١]٠

وجدير بالذكر أن القضاء الفرنسى قد ذهب إلى تقرير أن عدم ضرورة التسبيب فى حكم التحكيم الدولى لا يعد مخالفاً للنظام العام الدولى، إذا كان القانون أو القواعد الإجرائية للتحكيم لا تستلزم أن يكون الحكم مسبباً[٢]، إذ أن هذه الضرورة تقتضيها الأحكام التحكيمية الداخلية وفقاً لنص المادة (١٤٧١) من القانون الفرنسى، بحيث تكون هذه الأحكام معرضة للبطلان فى حالة عدم تسبيبها٠

وعلى ما تقدم يتضح لنا أن تسبيب الحكم يمكن أن يكون شرطاً أساسياً فى صحة حكم التحكيم، كما يمكن ألا يكون كذلك فى نظر التشريعات التى تجيز للأطراف الإتفاق على عدم تسبيب الحكم، ولذا ينبغى التفرقة بين حالتين:[٣]

الحالة الأولى: ضرورة تسبيب حكم التحكيم:

وهذا هو الأصل، وتتحقق هذه الحالة عند عدم إتفاق الأطراف- صراحة أو ضمناً على عدم تسبيب الحكم، فكلما سكت الأطراف عن هذا الإتفاق وجب تسبيب الحكم طالما كان القانون الواجب التطبيق على الحكم يوجب ذلك[٤]، مثل القانون المصرى والإماراتى والسعودى على نحو ما سلف البيان٠

وتقتضى هذه الحالة أن تكون أسباب حكم التحكيم كافية و متعلقة بموضوع النزاع

---

(١) أنظر: د٠ مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٠٠ وما بعدها، د٠ فوزى سامى ، المرجع السابق، ص٣٣٤وما بعدها٠

(٢) أنظر فى ذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى مارس ١٩٨٨م، والمنشور فى مجلة التحكيم راجع:

Rev. D' arb. 1989, p. 83 et s , et. P. 96 et s.

(٣) راجع :د٠ محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٥٧ ومابعدها٠

(٤)هذا ما تقضى به أيضاً المادة(٤٥٨) مكرر(١٣) من القانون الجزائرى الصادر عام ١٩٩٣م٠ أنظر تفصيل ذلك فى : د٠ مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٠٠ وما بعدها، د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم٠ المرجع السابق، ص ٢٠٦ ٠

وغير متناقضة، ومن ثم يمكن بطلان الحكم لقصور فى هذا التسبيب، أو لغموض الأسباب، أو لعدم كفايتها، أو لعدم التسبيب أصلاً، أو لتناقض الأسباب بما يؤدى إلى تهاترها فلا يبقى ما يحمل الحكم إلا على ضرورة التسبيب، وهنا لا تلتزم هيئة التحكيم بالرد تفصيلاً على كافة حجج الخصوم، بل يجب الرد على وسائل الدفاع التى أبدوها.

الحالة الثانية: عدم ضرورة تسبيب حكم التحكيم:

ويعتبر ذلك إستثناء من الأصل السابق الذى يوجب التسبيب وتتحقق هذه الحالة بإرادة الأطراف، سواء كانت هذه الإرادة صريحة أو ضمنية ، فيجب احترام هذه الإرادة بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على التحكيم، سواء كان يستلزم ضرورة التسبيب أم لا، وبغض النظر أيضاً عن صفة التحكيم، سواء أكان التحكيم داخلياً أو دولياً.(١)

وتكون الإرادة صريحة بالنص صراحة فى إتفاق التحكيم على عدم ضرورة تسبيب الحكم ، وتكون ضمنية إذا اتجهت إرادة الأطراف على عدم تسبيب الحكم ضمنياً، وذلك بالإتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم لقانون لا يوجب ولا يشترط ذكر أسباب الحكم ، وان كان ذلك نادراً فى الوقت الحالى.(٢)

أما القانون النموذجى للتحكيم الذى أعدته الأونسترال فقد تطرق أيضاً إلى تسبيب الأحكام التحكيمية، فنص فى المادة(٢٣١) منه على أنه " يبين فى قرار التحكيم الأسباب التى بني عليها القرار، ما لم يكن الطرفان قد أتفقا على عدم بيان الأسباب، أو ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى نص المادة(٣٠) من هذا القانون"، علماً بأن هذه المادة تتعلق بالقرار التحكيمى الذى يصدر بناءً على تسوية النزاع فيما بين الطرفين، ففى هذه الحالة يصدر حكم التحكيم بناءً على طلب الطرفين وبموجب التسوية التى اتفق عليها

---

(١) أنظر فى هذا المعنى: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٥ وما بعدها، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٣٦ وما بعدها.

(٢) راجع : د. ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٥ وما بعدها، ، حيث يذكر سيادته فى هذا الموطن أن ورود حكم تحكيم غير مسبب يرجع إلى النظام القانونى الأنجلوسكسونى وإلى الـ Common law ، إلا أن هذا الأسلوب بدأ ينحسر حالياً، فالفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون التحكيم الأنجليزى الصادر فى ١٩٧٩م تجيز للأطراف وللمحكمة العليا أن تطلب من المحكمة تسبيب الحكم.

الطرفان، ولذلك فليس بلازم تسبيب حكم التحكيم لأن سبب القرار هو التسوية التى تمت باتفاق الطرفين والتى تم تدوينها فى القرار التحكيمى.

أما قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية فإنه لم يرد فى نصوصها ما يفيد إشتراط تسبيب الأحكام التحكيمية .

بيد أن اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م، والخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطنى الدول الأخرى، قد أشارت إلى تسبيب حكم التحكيم، وذلك من خلال نص المادة(٤٨) منها، والتى عالجت كيفية صدور حكم التحكيم والأمور التى يجب أن يتضمنها الحكم المذكور، وقد نصت هذه المادة صراحة، فى فقرتها الثالثة، على أن قرار التحكيم يجب أن يكون مسبباً.

كما أن المادة(١٦) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولى قد نصت صراحه على وجوب كتابة الحكم مسبباً.

وإذا كانت النصوص السابقة واضحة فى ضرورة تسبيب الحكم التحكيمى إلا أن **الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٦١م** كانت أكثر وضوحاً وتفصيلاً من النصوص السابقة، حيث جاء فى المادة الثامنة منها ما يلى:" يفترض أن الطرفين قد أعلنا صراحة على عدم تسبيب القرار إلا إذا:

(أ) كان الطرفان قد أعلنا صراحة عدم تسبيب القرار. أو

(ب) إذا كان الطرفان قد أخضعا أنفسهما لإجراءات تحكيمية لا يصار بموجبها إلى تسبيب قرار التحكيم. وفى هذه الحالة يجب ألا يكون الطرفان أو أحدهما قد طلب صراحة تسبيب القرار وذلك قبل انتهاء المرافعة أو قبل كتابة القرار فى حالة عدم إجراء المرافعة.[1]

وفى النهاية نود أن نشير إلى أن الاتفاقية العربية للتحكيم التجارى لعام ١٩٨٧م قد نصت أيضاً على ضرورة تسبيب الحكم التحكيمى وذلك فى المادة(١٣٢).

وخلاصة ما تقدم أن غالبية القوانين الوطنية والقواعد التحكيمية الدولية تستوجب

---

(١) راجع: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٣٧ وما بعدها.

تسبيب الأحكام التحكيمية، وإن كان بعض هذه القوانين تستوجب ذلك فى الحكم التحكيمى الذى يصدر وفقاً لنصوصها الداخلية، إلا أن تلك القوانين لا تمانع من عدم التسبيب فى التحكيم التجارى الدولى فى حالة ما إذا كانت القواعد الإجرائية لا تستدعى تسبيب الحكم، أو إذا كان أطراف النزاع قد أتفقوا على عدم إلزام هيئة التحكيم بتسبيب الحكم.وذلك لأن تسبيب حكم التحكيم لا يعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم يجوز الإتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من تسبيبه، وهذا ما أشارت إليه المادة(٤٢) من القانون المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م. ومؤدى هذا أن التمسك ببطلان حكم التحكيم لخلوه من الأسباب عدم جواز إثارته لأول مره أمام محكمة النقض، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر بجلسة ١١ يوليو ١٩٩٨م،[1] حيث جاء فيه: " أنه إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن حضر بشخصه جلسة ١٥ يناير عام ١٩٩٦م أمام محكمة الاستئناف وخلا محضر تلك الجلسة مما يفيد تمسك الطاعن بما يثيره فى سبب النعى (من تمسكة أمام محكمة الاستئناف ببطلان حكم التحكيم، لخلوه من الأسباب بالمخالفة لأحكام المادتين(٢/٤٣، ٣) ،(٥٣) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، وخلو الأوراق من إتفاق طرفى التحكيم على عدم التسبيب). كما لم تتضمن واجهة حافظة المستندات المقدمة منه بذات الجلسة أو الأوراق المرفقة بها الإشارة إلى هذا الدفاع، وكان خلو حكم التحكيم من الأسباب لا يعد متصلاً بالنظام العام، إذ أجازت المادة(٤٣) من القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الإتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من تسبيب الحكم الصادر منها ومن ثم فإنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

الشرط الرابع: أن يتضمن حكم التحكيم البيانات اللازمة له:

يشترط لصحة ونفاذ حكم التحكيم النهائى توافر بيانات معينة، وقد نصت على هذه البيانات معظم التشريعات إن لم يكن جميعها، وكذا معظم هيئات التحكيم الدولية، وذلك كما

---

(١) محكمة النقض فى الطعن رقم (٥٥٣٩) لسنة (٦٦) ق . أنظر موسوعة المراجع القانونية (أحدث أحكام النقض) للأستاذ/ محمد أحمد يوسف المحامى، ص ٥٨ .بيد أن عدم تسبيب حكم التحكيم قد يثير بعض المشاكل عند تنفيذه. أنظر ذلك فى : مفهوم التجارة الدولية فى قانون التحكيم المصرى الجديد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه مقدمة من د/ على السعيد على سرحان، ط ٢٠٠١م، من ص ٣١٠ إلى ص ٣٢٨ .

سيظهر لنا من خلال تقسيم هذه البيانات إلى شكلية وأخرى موضوعية، وذلك على النحو التالى:

أولا: البيانات الشكلية:

يجب أن يتضمن حكم التحكيم بيانات شكلية معينة، وهى كالآتى:

(١) أسماء الخصوم والمحكمين:

يجب أن يتضمن الحكم البيانات المتعلقة بالخصوم والمحكمين، كالأسماء والصفات والوظائف والعناوين والجنسيات، وذلك لمراقبة تطابق هذه الأسماء مع التى تضمنها إتفاق التحكيم، إذ يلزم تسمية المحكمين فى شرط التحكيم أو بيان طريقة تعيينهم. كما يفيد ذلك فى التأكد من إستيفاء المحكمين للشروط التى تنص عليها بعض التشريعات، كالمادة (١١) من القانون المصرى التى لا تجيز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه . كما أن المادة (١٦) من ذات القانون لا تجيز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية، حيث نصت فى فقرتها الأولى على أن : " لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه فى جناية أو جنحة مخله بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره".[١]

ويجب فضلاً عن ذلك بيان أسماء المحامين وأسماء أى أشخاص قاموا بتمثيل الأطراف أو مساعدتهم، وذلك حتى يتسنى الاحتجاج بالحكم على من لم يحضر أو لم يشارك إلا من خلال ممثليه.[٢]

(٢) تاريخ ومكان صدور الحكم:

الشائع أن معظم التشريعات والقواعد الدولية التحكيمية تنص على وجوب ذكر تاريخ ومكان صدور الحكم فى الحكم، وذلك لأهمية هذا التاريخ وذلك المكان اللذان صدرا فيها الحكم عند إتخاذ الإجراءات اللازمة للاعتراف بهذا الحكم

---

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ٢٠٨ .

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

وتنفيذه.[1] فتبدو أهمية بيان التاريخ فى معرفة ما إذا كان الحكم قد صدر خلال المدة المحددة من عدمة. وقد وجدنا عند بحثنا للميعاد الذى يجب أن يصدر خلاله الحكم أن إجراءات التحكيم يمكن أن تنتهى فى حالة تجاوز هذا الميعاد دون الحصول على تمديدها من قبل الأطراف أو هيئة التحكيم أو من قبل المحكمة . وهذا يعنى أن النزاع يبقى دون أن يحسم مما يرتب معه اللجوء إلى إجـــــراءات جديدة للتحكيم.[2]

وتاريخ الإصدار هذا يكون منذ اليوم الأول الذى وقع فيه المحكمون على حكم التحكيم. ومن المتصور اختلاف التواريخ التى وقع فيها المحكمون عند تعددهم، ولكن لا عبرة بهذا الاختلاف طالما تم توقيع الأغلبية فى الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً لإصدار الحكم. ونرى فى هذا الصدد أن حكم التحكيم يعتبر قد صدر فى التاريخ الذى حصل فيه آخر توقيع، وهذا ما تنص عليه بعض التشريعات. وإيما كان الأمر فإن تحديد تاريخ صدور الحكم ضرورى لتحديد مدة مهمة المحكمين، حيث أن هذه المدة تضع نهاية لخصومة التحكيم كما سلف البيان، وهذا ما يؤكده نص المادة(١٤٦٤) من قانون المرافعات الفرنسى سالف الذكر، حيث نصت على أن يصبح استئناف الحكم ممكناً من تاريخ صدوره، بشرط أن يتم خلال الشهر التالى لإعلان الحكم بعد اكتسابه الصفة التنفيذية والأمر نفسه بالنسبة لدعوى البطلان.[3]

وتبدو أهمية تحديد المكان الذى صدر فيه الحكم من عدة وجوه، منها ما نصت عليه اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م فى المادة الأولى، والتى نصت علي اتخاذ المكان الذى صدر فيه الحكم معياراً لمعرفة حكم التحكيم الأجنبى، وكذلك فإن أغلبية التشريعات العربية تعتبر الحكم(القرار) أجنبياً إذا صدر خارج حدودها، كما أن تحديد مكان صدور الحكم يتحدد على أساسة المحكمة المختصة بطلب تنفيذه، ويتحدد هذا المكان فى الغالب أو المعتاد بالمكان الذى جرت فيه إجراءات التحكيم،

---

(١) راجع: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٤٥ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، طبعة ١٩٩٧م، ص ٢٠٨وما بعدها .

(٢) راجع: د. فوزى سامى، المرجع السابق، ص ٣٤٥، د. مختار بريرى، المرجع السابق ص ٢٠٨ وما بعدها، د . إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٨وما بعدها .

(٣) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٠٣، د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.

أى أن مكان التحكيم هو مكان صدور الحكم، وهذا ما يستفاد من الفقرة الرابعة من المادة(١٦) من قواعد التحكيم للاونسترال، حيث نصت على أن" يصدر قرار التحكيم فى مكان إجراءات التحكيم.

وقد تضمن القانون النموذجى نفس المعنى فى الفقرة الرابعة من المادة(٢١) منه، حيث جاء فيها" يجب أن يبين القرار تاريخ صدوره ومكان التحكيم المحدد وفقا للفقرة(١) من المادة(٢٠)، ويعتبر قرار التحكيم صادراً فى ذلك المكان.[١]

ويبدو أن هذا المبدأ قد أستقر فى المجال الدولى وعلى مقتضاه يعتبر مكان التحكيم هو مكان صدور الحكم، حتى وإن جرت المداولات بين المحكمين فى أماكن مختلفة. وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أنه فى المملكة العربية السعودية إذا كان التحكيم داخلياً فإن النظام الحالى للتحكيم لسنة ١٩٨٣م يلزم الأطراف باختيار مكان معين يجرى فيه التحكيم. أما إذا كان التحكيم دولياً فحينئذ تطبق القواعد المقررة فى النظام السابق (نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكى رقم (٣٢) الصادر فى ١٥ محرم ١٣٥٠هـ /١٩٣١/٦/١[٢]، حيث تقضى هذه القواعد بحظر إجراء التحكيم خارج المملكة العربية السعودية، فوزارة التجارة لا تقبل تسجيل شركة مساهمة أو عقد تمثيل تجارى يتضمن شرطاً تحكيمياً يقضى بإجراء التحكيم خارج السعودية.[٣]

وعلى ذلك يمكن القول بأن عدم ذكر التاريخ الذى صدر فيه الحكم يؤدى إلى بطلان هذا الحكم، أما عدم ذكر مكان صدور الحكم فلا يستوجب البطلان، وذلك لإمكان معرفة مكان الصدور عن طريق القرينة التى أشرنا إليها، والتى نصت عليها بعض المواد السابقة

---

(١) راجع: د.فوزى سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٤٦، وأنظر له أيضاً: التحكيم التجارى الدولى وموقف التشريعات العربية، بحث مقدم فى المؤتمر الثالث للتحكيم العربى الأوربى فى عمان(الأردن)، فى الفترة ٢٣ – ١٩٩٨/١٠/٢٥م، والمنشور فى مجلة الحقوقى العربى/ الأعداد ١٣، ١٤، ١٥، ١٦ (يناير و يوليو) ١٩٩٠، ص ١٠٢.

(٢) وقد ألغيت المواد الخاصة بالتحكيم بموجب نظام التحكيم الحالى الصادر بالمرسوم الملكى رقم(٤٦) بتاريخ ١٤٠٣/٣/١٢ هـ.

(٣) وإن كان يرد على ذلك استثناء مؤداه إجازة إجراء التحكيم خارج المملكة، وذلك حين يكون الأطراف لا يحملون الجنسية السعودية فحينئذ يكون منح هذه الإجازة سهلاً ولا تكون كذلك إذا كان أطراف النزاع وطنيين(سعوديين) .. أنظر ذلك فى: موسوعة د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٣٥٥.

وهى(أن مكان التحكيم يعتبر هو مكان صدور الحكم).[1]

هذا ويعتبر البيان الوارد فى الحكم صحيحاً ولا يجوز إثبات عدم صحته إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، إذا يعتبر الحكم – فى ظل بعض التشريعات كالقانون المصرى – ورقة رسمية شأنها شأن أحكام القضاء.[2]

(٣) صورة من إتفاق التحكيم:

كذلك من البيانات الشكلية التى يتطلبها حكم التحكيم إرفاق صورة من إتفاق التحكيم بالحكم، وتوجب ذلك بعض التشريعات كالقانون المصرى فى المادة(٣/٤٣)، والقانون الإماراتى فى المادة(٥/٢١٢(ب)) ، والنظام السعودى فى المادة(١٧) ، ..... إلخ.

ونحن نرى مع البعض [3] ضرورة الإشارة إلى إتفاق التحكيم فى الحكم، سواء كان الإتفاق قد ورد فى صيغة شرط ضمن العقد الذى تم بين الطرفين، أو بصيغة إتفاق لاحق (مشارطة) لنشوء النزاع، ولا سيما فى الأحكام التحكيمية الدولية، حيث يقال على سبيل المثال: وبناء على شرط التحكيم الوارد فى الإتفاقية الموقع بين المدعى ... والمدعى عليه... بتاريخ ... ومفاده حسم جميع المنازعات التى ستنشأ عن تفسير أو تنفيذ هذا الإتفاق بالطرق الودية، وفى حالة عدم التوصل إلى ذلك يصار إلى البت فى النزاع عن طريق التحكيم بواسطة ثلاثة محكمين يختار كل طرف محكم واحد ويختار الطرف الآخر المحكم الثانى، ويجتمع المحكمان ويتم التحكيم وفقاً للقانون... إلخ. وبهذا يكون الإتفاق الخاص بالتحكيم قد ورد فى القرار حيث يوضع مثل هذا الإتفاق التفاصيل التى تم الإتفاق عليها حول كيفية إجراء التحكيم[4].

ويمكن هنا أن يثور التساؤل عن حالة الإكتفاء بمجرد إرفاق صورة من إتفاق التحكيم بأصل الحكم أم لا بد من إدراج هذا الإتفاق فى صلب الحكم ذاته؟

---

(١) راجع: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٤٧ .

(٢) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق ، ص ١٩٨ .

(٣) أنظر: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٢١، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ .

(٤) أنظر: د.فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٣١ وما بعدها.

يجيب البعض[1] على ذلك بأن حالة الاكتفاء بمجرد إرفاق صورة من إتفاق التحكيم بأصل الحكم يعتبر أن الحكم قد تخلف بشأنه أحد البيانات الأساسية التى تطلبها المشرع المصرى فى هذا الصدد حيث أن صراحة نص الفقرة الثالثة من المادة(٤٣) مصرى تدل على ضرورة تضمين الإتفاق فى صلب الحكم ذاته، حيث أنها توجب أن يشتمل الحكم على صورة من إتفاق الحكم ، باعتباره شرطاً شكلياً.

تلك هى البيانات الشكلية التى يتطلبها الحكم التحكيمى وفيما يلى نبين البيانات الموضوعية[2].

ثانيا: البيانات الموضوعية:

أيضاً يستوجب الحكم التحكيمى المنهى للخصومة كلها بيانات موضوعية، وهى:

(١) منطوق الحكم:

ويقصد بذلك النتيجة النهائية التى إنتهت إليها هيئة التحكيم والتى تمثل رأيها النهائى الذى توصلت إليه لحسم النزاع بالفصل فى طلبات الخصوم[3]. فيجب أن يتضمن حكم التحكيم هذه النتيجة التى ترى هيئة التحكيم حسم النزاع وفقاً لها. وقد نصت على ذلك المادة(٣/٤٣) من قانون التحكيم المصرى، كما نصت على ذلك أيضاً المادة(١٧) من النظام السعودى رقم (م٤٦/١٩٨٣م) حيث جاء فيها" يجب أن تشمل وثيقة الحكم بوجه خاص على وثيقة التحكيم وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه وتاريخ صدوره وتوقيعات المحكمين...."[4]، وكذلك المادة(٢١٢) من القانون الإماراتى سالف الذكر.

وينبغى ألا يخرج منطوق الحكم عن موضوع النزاع وإلا كان ذلك سبباً فى رفع دعوى البطلان.ومن المتصور أن تتعدد المسائل المتنازع عليها بين الأطراف، وفى هذه الحالة يجب

---

(١) أنظر:د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٠٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض فى ذلك بأن النص فى الفقرة الثالثة من المادة(٤٣) من قانون التحكيم" إنما يدل على أن هدف المشرع من إيجاب إثبات هذا البيان فى الحكم هو التحقق من صدور حكم المحكمين فى حدود سلطاتهم المستمدة من إتفاق التحكيم رعاية لصالح الخصوم. فهى على هذا النحو بيان جوهرى لازم لصحة الحكم يترتب على إغفاله عدم تحقيق الغاية التى من أجلها أوجب المشرع إثباته بالحكم بما يؤدى إلى البطلان .....", نقض مدنى فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٧م فى الطعن رقم(٤٦٢٣) لسنة (٦٦) ق، وفى ١٩ مايو سنة ١٩٩٣م فى الطعن رقم(١٤٢٤) لسنة (٥٦) قضائية.

(٣) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٩٨ .

(٤) وتعتبر الأمور الواردة فى هذه المادة هى البيانات التى يستلزمها حكم التحكيم، وفقاً لنظام المملكة العربية السعودية رقم(٤٦/١٩٨٣م) والمعمول به الآن.

تجزئة منطوق الحكم بحيث يفصل كل جزء من كل منازعه على حده.

ومن المتصور أيضاً أن يرد البطلان على بعض أجزاء الحكم دون البعض الآخر، كما فى حالة تجاوز هيئة التحكيم إتفاق التحكيم فى حكمها، وحينئذ يقتصر البطلان على أجزاء الحكم التى تجاوزحدود الاتفاق[1].

(٢) طلبات الخصوم ومستنداتهم:

أوجبت بعض التشريعات تضمين الحكم طلبات الخصوم ومستنداتهم، ومنها على سبيل المثال ما تنص عليه المادة (٥/٢١٢) من قانون الإمارات العربية، حيث نصت على أنه: " يجب أن يكون الحكم التحكيمى مكتوباً وأن يشمل بوجه خاص على:

(أ) صورة من اتفاق التحكيم.

(ب) ملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم.

(جـ)أن يكون مسبباً.

(د) متضمناً الفقرة التحكيمية.

(هـ) تاريخ صدوره.

(ز) المكان الذى صدر فيه.

(ح) توقيع المحكمين.

ويصدر الحكم بالأغلبية".[2]

كما تضمنت ذلك أيضاً المادة (٣/٤٣) مصرى، والمادة (١٧) سعودى سالفتى الذكر.

ومن خلال هذه النصوص لا يلزم تضمين كافة الطلبات والأقوال تفصيلياً، بل يكفى تلخيص أقوال الخصوم وطلباتهم، بيد أنه يجب أن يرد فى الحكم كافة الطلبات والأقوال والمستندات ، فتلخيص هذه الطلبات والأقوال لا يعنى إغفال بعضها، وإلا جاز للأطراف طلب إصدار حكم إضافى[3] .

ويرى البعض [4]أنه لايكفى أن يحيل الحكم إلى الأقوال والطلبات التى ذكرها

---

(١) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٠ وما بعدها.

(٢) وبذلك تكون المادة(٢١٢) قد حددت على سبيل الحصر البيانات التى يجب أن يتضمنها الحكم التحكيمى وفقاً لقانون المرافعات الإماراتى.

(٣) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٠ وما بعدها.

(٤) وقد رأى البعض الأخر عكس ذلك، حيث لا يبطل الحكم فى رأيه إذا لم يتضمن هذا الحكم فى صلبه هذه البيانات إكتفاء بالإحالة لإتفاق التحكيم أو الطلبات الختامية للخصوم، لعدم تعلق نص المادة(٤٣) بالنظام=

الخصوم فى إتفاق التحكيم، لأن المشرع المصرى قد أوجب إشتمال الحكم على هذا البيان، وهو يعنى ضرورة ذكره فى صلب الحكم.[1]

والقول بغير ذلك يتعارض مع حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٩١م[2] حيث أنتهت المحكمة فى هذا الحكم إلى اعتبار اشتمال الحكم لأقوال وطلبات الخصوم من البيانات الجوهرية اللازمة والتى يترتب على إغفالها عدم تحقق الغاية التى من أجلها أو جب المشرع إثباتها بالحكم بما يؤدى إلى البطلان، لأن الحكم يجب أن يكون دالاً بذاته على إستكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأى طريق آخر.

ونحن نؤيد هذا النهج الذى سلكته محكمة النقض المصرية لما فيه من توفير الرقابة على عمل المحكمين والتحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع ودفاع أطرافه، وبناء على ذلك لا تكفى الإحالة إلى إتفاق التحكيم أو الطلبات الختامية للخصوم – وهذا ما ذهب إليه البعض – بل ينبغى ذكر هذا البيان فى صلب الحكم، وهذا ما يتفق مع ما قررته نصوص التشريعات سالفة الذكر.

(٣) ذكر أسباب الحكم:

سبق الحديث عن تسبيب حكم التحكيم، وذلك عند بحث الشرط الثالث من الشروط الشكلية، ورأينا أن المشرع المصرى وغيره من مشرعى الدول الأخرى قد جعل الأصل هو ضرورة تسبيب الحكم، وحينئذ يجب أن يشتمل حكم التحكيم على ذكر الأسباب التى يقوم عليها الحكم، وقد جعل الإستثناء هو عدم ضرورة التسبيب، وذلك جائز عند إتفاق الأطراف على عدم تسبيب الحكم، أو فى حالة ما إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يوجب التسبيب، وحينئذ لا يلزم إشتمال الحكم على أسبابه. ومن ثم فمعظم التشريعات لا تستلزم أن يشمل حكم التحكيم على الأسباب أو البيانات إلا إذا كان

= العام، ويستند فى هذا إلى حكم محكمة إستئناف باريس الصادر فى ١٩٨٣/٣/٢٥م والمذكور بمجلةالتحكيم ١٩٨٢م، ص٤٦٧، بيد أن هذا الرأى يتعارض مع ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية المذكورة فى المتن، راجع : د.عزمى عبدالفتاح، تكوين حكم المحكمين، ص ٤١ وما بعدها.

(١) محكمة النقض المصرية بالطعن رقم(٩٠) لسنة (٥٨) قضائية جلسة ١٩٩١/٣/٢٤م لسنة (٤٢)، ج١، ص ٧٩٣ .

(٢) أنظر: د. عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٤١، د. أحمد السيد الصاوى، المرجع السابق، ص ١٨٢ .

ذكر هذه أو تلك واجباً.

والسؤال المطروح الآن هو هل تنتهي بتحقق الشروط الشكلية والشروط الموضوعية مهمة هيئة التحكيم ومن ثم الحكم في النزاع؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المطلب التالي.

المطلب الثالث

مدى سلطة هيئة التحكيم بعد صدور الحكم

ينبغي – قبل الحديث عن مدى سلطة هذه الهيئة – الإشارة إلى إجراء هام تقوم به هيئة التحكيم بعد صدور الحكم مباشرة وهو تسليم الحكم وإيداعه، وسنقوم بعد ذلك بالحديث عن مدى سلطة هيئة التحكيم بعد صدور الحكم، وذلك وفقاً للترتيب التالي:

أولا: تسليم الحكم وإيداعه:

توجب التشريعات المختلفة على هيئة التحكيم بعد إصدارها لحكم المنهي للخصومة تسليم صورة من هذا الحكم شاملة لجميع توقيعات المحكمين (أو أغلبيتهم)، على التفصيل سالف الذكر لكل من طرفي التحكيم، كما توجب أيضاً على من صدر لصالحه الحكم إيداع أصل الحكم أو صورة منه في قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر النزاع أو المتفق عليها وذلك كله خلال مدة معينة. وتختلف هذه المدة من دولة لأخرى وفقاً للتنظيم الداخلي لكل دولة، وذلك وفقاً للتفصيل التالي:

١- مدة تسليم صورة الحكم:

حدد المشرع المصري المدة التي تلتزم خلالها الهيئة بتسليم صورة من الحكم إلى من يهمه الأمر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم، وهذا ما تضمنته المادة(١/٤٤) من قانون التحكيم المصري، حيث جاء فيها" تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ

صدورة".[1]

أما المشرع الإماراتى فقد فرق عند تحديد هذه المدة بين نوعين من التحكيم وهما:

(١) التحكيم الذى يتم بين الخصوم خارج المحكمة (وهو التحكيم الذى احترم فيه الطرفان إتفاق التحكيم وسارا على هديه إلى آخر الطريق)٠

(٢) التحكيم الذى يتم عن طريق المحكمة (وهو التحكيم الذى امتنع أحد طرفيه عن تنفيذ الإتفاق التحكيمى فأضطر الطرف الثانى لأن يتوجه إلى المحكمة القضائية لإلزامه بالسير بإجراء التحكيم إبتداء من تعيين المحكم)٠

فبالنسبة لهذا النوع الأخير أوجب المشرع الإماراتى على المحكمين – وفقاً للمادة(٢١٣ /٣) من قانون المرافعات المدنية الإماراتى – إيداع صورة من الحكم قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى لتسليمها إلى كل طرف، وذلك خلال خمسة أيام من تاريخ الحكم٠

وأما بالنسبة للنوع الأول(التحكيم الذى يتم بين الخصوم خارج المحكمة) فقد أوجب المشرع على المحكمين – وفقاً للمادة (٢/٢١٣) من ذات القانون – تسليم صورة الحكم إلى كل طرف خلال خمسة أيام من صدوره، وتنظر المحكمة فى تصديق الحكم أو إبطاله بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى٠[2]

هذا ولم يتضمن النظام السعودى الحالى مدة لتسليم صورة من الحكم ، وان كان قد تضمن تحديد مدة معينة يتم خلالها ايداع الحكم لدى الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع ، وابلاغ الخصوم بصورة منها ، وهذا ما يتضح لنا من خلال الحديث عن تحديد مدة ايداع

---

(١) تنص الفقرة(٢) من المادة(٤٤) على أنه" لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفى التحكيم"، ويعلل ذلك الحكم الأستاذ الدكتور مختار بريرى بقوله:" وذلك تحقيقاً لإحدى المزايا الرئيسية التى تدفع الأطراف إلى الإلتجاء للتحكيم لتسوية خلافهم بعيداً عن ساحة القضاء٠٠٠٠إلخ"، المرجع السابق، ص ٢١١ ٠

(٢) أنظر: موسوعة د٠ عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ١٣٨، والفرق واضح بين هذين النوعين، ففى الثانى يجب على هيئة التحكيم إيداع صورة الحكم لقلم كتاب المحكمة المختصة وهى التى تقوم بتسليمها إلى أطراف النزاع، أما فى النوع الأول فيجب على الهيئة تسليم صورة الحكم مباشرة للأطراف مباشرة دون إيداعها قلم كتاب المحكمة ولذا اختلفت المدة فى كلا النوعين٠

أصل الحكم.

(٢) مدة ايداع أصل الحكم :

لم يتضمن القانون المصرى ميعادا لايداع أصل الحكم ، وان كان قد أوجب هذا الايداع فى قلم كتاب المحكمة على من صدر لصالحه الحكم، حيث نصت المادة (٤٧) من هذا القانون على أنه : "يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه ايداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التى صدر بها، أو ترجمته باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك فى قلم كتاب المحكمة المشار إليها فى المادة(٩) من هذا القانون"[١]،" ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع ويجوز لكل من طرفى التحكيم طلب الحصول على صورة من هذا المحضر".

ويعلل الأستاذ الدكتور مختار بريرى هذا النهج الذى سلكة المشرع المصرى، سواء من ناحية الملتزم بالإيداع أو محل الإيداع، لأن هذا التحكيم الذى يعالجة هذا القانون شاملاً لكافة أنواع التحكيم (داخلياً أو أجنبياً أو دولياً). كما أن هذا القانون أقتبس معظم أحكامه من القانون النموذجى الموضوع أصلاً لتنظيم التحكيم التجارى الدولى، ووفقاً لهذا النهج لم يكن الملتزم بالإيداع هم المحكمون وإنما يقع الالتزام بذلك على من صدر الحكم لصالحه، لأنه صاحب المصلحة فى إتخاذ هذا الإجراءات على وجه السرعة، تمهيداً لاتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم، ولذلك لم تتضمن المادة(٤٧) السابقة، والتى تعالج الايداع، تحديد المدة التى يتم خلالها الايداع، كما يذكر أنه لم يكن لفوات هذه المدة أى أثر سوى الرجوع على المحكمين الذين أهملوا الإيداع، أما وقد أصبح الملزم هو "صاحب المصلحة" فلم يعد هناك مبرر لوضع مدة زمنية.[٢]

---

(١) نصت المادة(٩) من قانون التحكيم المصرى على أن: (١) يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر.(٢) وتظل المحكمة التى ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم".

(٢) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢١٣، وأنظر أيضاً فى هذا المعنى: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها.

وعلى العكس من ذلك فقد حددت بعض التشريعات مدة معينة يجب إيداع الحكم خلالها، وإن كانت هذه التشريعات قد اختلفت فى تحديد هذه المدة. **فقد حددها المشرع السعودى** بخمسة أيام من تاريخ إبلاغ الخصوم بصورة الحكم، حيث نصت المادة(١٨) من النظام السعودى على أن " جميع الأحكام الصادرة من المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من إجراءات التحقيق يجب إيداعها خلال خمسة أيام لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع وإبلاغ الخصوم بصورة منها. ويجوز للخصوم تقديم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكمين إلى الجهة التى أودع لديها الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بأحكام المحكمين وإلا أصبحت نهائية".

وجدير بالذكر أن المشرع السعودى لم ينص فى النظام الحالى على جزاء مخالفة هذا الإجراء، فلم يحدد هل يفضى عدم إيداع الحكم خلال هذه المدة (الخمسة أيام) لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع إلى جزاء معين أم لا .

ويرى الفقه أن الحكمة هنا من قصر هذه المدة على الخمسة أيام فقط تكمن فى أن المشرع السعودى قد قصد من هذا تنظيم التحكيم، وبصفة خاصة التأكيد على سرعة انجاز إجراءاته وحماية أصحاب الحقوق فيه، وذلك عن طريق إخراج الحكم من يد المحكمين عند إنتهاء مدة التعاقد القانونية حتى يصبح بعيداً عن أى مخاطر من جهة، ويصبح مضمونه بعيداً عن أى تعديل من جهة أخرى.[1]

وقد حدد المشرع الإماراتى هذه المدة أيضا بخمسة عشر يوماً، تبدأ من تاريخ صدور الحكم وذلك بالنسبة للتحكيم الذى يتم عن طريق المحكمة، حيث أوجبت المادة(٢١٣ /١) من قانون المرافعات آنف الذكر على المحكمين إيداع أصل الحكم مع أصل وثيقة التحكيم والمحاضر والمستندات قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدور الحكم، كما أوجبت أيضاً على قلم كتاب المحكمة ضرورة تحرير محضر بهذا الإيداع ويعرضه على القاضى أو رئيس الدائرة لتحديد جلسة

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٣٧١ .

خلال خمسة عشر يوماً للتصديق على الحكم ويعلن الطرفان بها".[1]

وحدد المشرع الكويتى مدة الإيداع بخمسة أيام فقط، وذلك بمقتضى المادة(١٨٤) من قانون التحكيم القضائى فى المواد المدنية والتجارية رقم(١١) لسنة ١٩٩٥م[2]، حيث أوجبت أن يتم الإيداع خلال خمسة أيام تالية من صدور الحكم فى إدارة كتاب محكمة الاستئناف.

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن إلزام هيئة التحكيم بإيداع الحكم على نحو ما سلف ينصرف على حكم التحكيم المنهى للخصومة سواء كان كلياً أو جزئياً، أما الأحكام الصادرة بإجراء أو بأمر تحفظى أثناء سير عملية التحكيم فلا يستوعبها تعبير حكم التحكيم الذى يستلزم إيداعه بمقتضى النصوص سالفة الذكر.[3]

ذلك هو الإجراء الذى تقوم به هيئة التحكيم بعد صدور الحكم مباشرة . ولكن هل تنتهى مهمة(سلطة) هذه الهيئة عند هذا الحد؟ الإجابة عن هذا التساؤل ستكون موضوع الفقرة التالية.

ثانيا: مدى سلطة هيئة التحكيم بعد صدور الحكم:

تنص أغلب التشريعات الحديثة على أن تنتهى إجراءات التحكيم وكذلك مهمة هيئة التحكيم بإصدار الحكم المنهى لخصومة، ومن ثم لا يجوز لهذه الهيئة أن تباشر أى إجراء أو تتلقى أى طلبات جديده من أطراف النزاع حتى ولو كان ميعاد إصدار هذا الحكم ما زال باقياً، وذلك لأن مباشرة الهيئة لمثل هذا الإجراءات أو تلقى مثل هذه الطلبات يعد تجاوز لحدود المهمة التى أسندت لهذه الهيئة، **وهذا هو الأصل.**

بيد أنه يرد على هذا الأصل بعض الإستثناءات، والتى من شأنها أن تمتد سلطة هيئة التحكيم إلى ما بعد صدور الحكم، وتبقى صفتها قائمة كهيئة تحكيم ولكن فى حدود ضيقة

---

(١) ولم يحدد هذا القانون مدة إيداع للتحكيم الذى يتم بين الخصوم خارج المحكمة، وإنما نص على تحديد مدة يتم خلالها تسليم صورة من الحكم لكل طرف فى النزاع، وذلك على نحو ما سلف بيانه. أنظر فى ذلك موسوعة د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ١٣٨ .

(٢) المنشور بالجريدة الرسمية بدولة الكويت بتاريخ ٢٨ فبراير ١٩٩٥م، وتوجب المادة(١٨٤) من قانون المرافعات الكويتى أن يتم الإيداع خلال العشر الأيام التالية لصدور الحكم.

(٣) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢١٤ .

من أجل مواجهة بعض الحالات المحدودة[1]، والتى يقتضيها الحكم بعد صدوره، كتفسير الحكم أو تصحيحه أو إضافة ما أغفلته هيئة التحكيم منه. وقد نص على هذه الاستثناءات العديد من تشريعات الدول العربية وغيرها: **ففى الإمارات العربية المتحدة نصت** المادة (٢١٤) من القانون سالف الذكر على هذه الأستثناءات، فأجازت للمحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع أثناء النظر فى إعطاء الحكم التحكيمى صيغة التنفيذ أن تعيده للمحكمين، وذلك:

(أ) للنظر فيما أغفلوا الفصل فيه من مسائل التحكيم.

(ب) لتوضيح الحكم إذا كان غير محدد بالدرجة التى يمكن معها تنفيذه.

والمحكمة المختصة، آنفة الذكر، تقرر ذلك من تلقاء نفسها وبدون سماع الطرفين، لأن الحكم التحكيمى ما يزال فى مرحلة غير نهائية طالما أن هذه المحكمة لم تصادق عليه وعلى المحكمين فى هذه الحالة أن يعدلوا فى حكمهم التحكيمى وفقاً للقرار القضائى الصادر بهذا الشأن، وذلك خلال مدة ثلاثة أشهر أو خلال أى مدة أخرى تحددها المحكمة، ثم تقوم المحكمة بالتصديق على حكم المحكمين وإعطائه الصيغة التنفيذية إذا رأت أن تعديلهم يوافق ما طلبته منهم وإلا أبطلته وبطل التحكيم بكامله. ومن المتصور فى هذه الحالة أن تقع المماطلة من أحد أطراف النزاع، ولذا نص المشرع الإماراتى – تجنيباً لهذه المماطلة – على أن قرار المحكمة القضائية بإعادة الحكم للمحكمين لتعديلة لا يقبل الطعن إلا مع الحكم النهائى الصادر بتصديق الحكم أو إبطاله.[2]

وفى المملكة العربية السعودية نص المشرععلى هذه الاستثناءات، فأوجب تصحيح الحكم وتفسيره إذا أقتضى الأمر ذلك، وذلك بمقتضى المادة(٤٢) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودى الحالى رقم(م/٤٦) لسنة ١٩٨٣م، حيث نصت على أن " مع عدم الإخلال بأحكام المادتين(١٨و١٩) من نظام التحكيم تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع فى قرارها من أخطاء مادية بحته كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على

---

(١) أنظر فى هذا المعنى: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢١٤ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٢ وما بعدها.

(٢) أنظر: موسوعة د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ١٣٩ وما بعدها .

طلب أحد المحتكمين من غير مرافعة. ويجرى هذا التصحيح على نسخة القرار الأصلية ويوقعه المحكمون، ويجوز الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت فيه الهيئة حقها المنصوص عليه فى هذه المادة وذلك بطرق الطعن الجائزة فى القرارات موضوع التصحيح، أما القرار الذى يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على إستقلال".

وقد نص المشرع فى جمهورية مصر العربية أيضاً على هذه الاستثناءات، فبعد أن وضع قاعدة إنتهاء إجراءات التحكيم بصدور الحكم النهائى فى الفقرة الأولى من المادة (٤٨) من قانون التحكيم المصرى، قررفى الفقرة الثانية منها انتهاء مهمة هيئة التحكيم بانتهاء إجراءات التحكيم، ولكن مع مراعاة أحكام المواد (٤٩) و(٥٠) و (٥١). وقد عالجت المادة(٤٩) تفسير غموض الحكم (الاستثناء الأول)، وعالجت المادة(٥٠) تصحيح الأخطاء المادية (الاستثناء الثانى)، وعالجت المادة(٥١) إكمال ما أغفله المحكمين (الاستثناء الثالث)، أى أن هناك ثلاثة إستثناءات علىٰ الأصل الذى أشرنا إليه من قبل وهو إنتهاء مهمة – سلطة – هيئة التحكيم بإصدار الحكم.

وقد طبقت فرنسا هذه الأحكام السابقة، حيث نصت المادة(١/١٤٧٥) من قانون المرافعات الفرنسى على أن صدور حكم التحكيم يغل يد المحكم عن نظر الخلاف الذى فصل فيه" ، بينما قررت الفقرة الثانية من نفس المادة الاستثناء من هذا الأصل، حيث نصت على أن" للمحكم سلطة تفسير الحكم وتصحيح الأخطاء أو الإغفال المادى الذى من شأنه التأثير فى الحكم وتكملته فى حالة عدم الفصل فى طلب رئيسى، وتكون نصوص المواد (٤٦١ و ٤٦٢و ٤٦٣) واجبة التطبيق، وإذا تعذر انعقاد محكمة التحكيم من جديد فهذه الإمكانية تختص بها السلطة التى كان ينعقد لها الاختصاص فى حالة عدم وجود التحكيم"[١]

وعلى هذا الأساس يتضح لنا توافق جميع النصوص السابقة فى تقرير إجازة إمتداد سلطة هيئة التحكيم حتى بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها، وذلك فى حالات

---

(١) أنظر لمزيد من التفاصيل: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٢٠، حيث يناظر سيادته فى هذا الصدد بين التشريع الفرنسى والتشريعات الأخرى من حيث توافقها وإختلافها، وقد ذكر فى هذا الموطن أن المشرع الفرنسى لم يعامل أحكام التحكيم معاملة خاصة(كما هو حال التشريع المصرى والإماراتى والسعودى) وإنما أجرى عليه نصوص قانون المرافعات التى تنظم هذه الحالات بالنسبة للأحكام القضائية. راجع أيضا: د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

استثنائية ثلاث ، وهى: تفسير الحكم أو تصحيحة أو إغفال أمر مادى فى الحكم ، وفيما يلى تفصيل هذه الإستثناءات:

الإستثناء الأول: تفسير حكم التحكيم:

يرد هذا الإستثناء على الأصل العام، وهو انتهاء مهمة (سلطة) المحكمين بإصدار حكم التحكيم المنهى للخصومة ٠ والحكمة من هذا الإستثناء هى إزالة الغموض أو الإبهام الذى قد يصيب الحكم، ذلك أن الأحكام بأنواعها (قضائية أو تحكيمية) معرضة لأن يشوبها الغموض والإبهام لا سيما الأحكام التحكيمية والتى نحن بصددها٠[١] ولذلك نصت أغلب التشريعات الحديثة على إعمال هذا الاستثناء ، والذى بمقتضاه تمتد سلطة هيئة التحكيم إلى أن تنتهى من هذا التفسير بالرغم من صدور حكم التحكيم٠

فقد أعمله المشرع الإماراتى فى المادة(٢١٥) من قانون المرافعات، حيث قضت بإجراء تصحيح الحكم التحكيمى مرتين، الأولى تقوم بها المحكمة من تلقاء نفسها إذا وجدت خطأ وذلك عند المصادقة عليه(أى عند حيازته صيغة التنفيذ)، والمره الثانية تقوم بها المحكمة التى هى المحكمة المختصةأصلاً بحسم النزاع عندما تقوم بتصحيح الأخطاء المادية فى حكم المحكمين التى يطلبها الطرفين٠[٢]

كما أجاز المشرع السعودى للمحتكمين أن يطلبوا من الهيئة التى أصدرت الحكم تفسير ما وقع فى منطوقه من غموض أو إبهام٠،ويعتبر القرار الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه القرار الأصلى ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن، وهذا ما نصت عليه المادة(٤٣) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم رقم(٤٦) لسنة ١٩٨٣م٠[٣]

وقد عالج المشرع المصرى مسألة تفسير الحكم، وأناط ذلك لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد أطراف التحكيم، وذلك فى المادة (٤٩) من قانون التحكيم الحالى رقم(٢٧) لسنة

---

(١) أنظر: د٠ أحمد السيد الصاوى، المرجع السابق، ص١٩٦ وما بعدها ٠
(٢) أنظر: موسوعة د٠ عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ١٤٠ ٠
(٣) أنظر: د٠ عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٣٧٢ ٠

١٩٩٤م، حيث نصت فى فقرتها الأولى على أن : " يجوز لكل من طرفى التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم، خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع فى منطوقة من غموض، ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمة لهيئة التحكيم.....".

وواضح من هذا النص أن المشرع المصرى لم يترك الأمر مفتوحاً بدون تحديد زمنى، وإنما حدد هذا الطلب الخاص بالتفسير بثلاثين يوماً من تاريخ تسليم طلب التفسير من طالب التفسير للحكم، مع ضرورة إعلان الطرف الآخر بطلب التفسير قبل تقديمة لهيئة التحكيم.(١)

ويجب على هيئة التحكيم إصدار التفسير كتابة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ طلب التفسير، ويجوز للهيئة مد هذا الموعد لمدة مماثلة إذا رأت ضرورة لذلك، حيث نصت المادة(٤٩) فى فقرتها الثانية على أنه " يصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم. ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك".

ويقتصر عمل هيئة التحكيم هنا على كشف غموض الحكم، فلا يجوز لها أن تستخدم التفسير وسيلة للرجوع عن الحكم، أوتغيره أو تعدل مضمونه، وذلك لأن الحكم الصادر بالتفسير يعتبر متمماً لحكم التحكيم الذى يفسره ، وتسرى عليه أحكامه طبقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة(٤٩)، حيث نصت على أنه " ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذى يفسره وتسرى عليه أحكامه".(٢)

وعلى ذلك يمكن الطعن فى حكم التفسير تبعاً للطعن فى الحكم الأصلى، أو على

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢١٦، ويذكر سيادته فى هذا الموطن أن هذا الميعاد يعتبر ميعاداً تنظيمياً، فلا يترتب على فواته سقوط الحق فى طلب التفسير. وأنظر أيضاً: د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص ٢١٣ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

(٢) راجع : د. محمود على عبدالحافظ، مدى حجية أحكام المحكمين فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، ط ٢٠٠٠م، مطبعة الصفا بأسيوط، ص ٨٦ وما بعدها.

نحو مستقل إذا نتج عن التفسير تعديلاً فى الحكم، لأنه بصدور الحكم تغل يد المحكمين ولا تكون لهم صفة فى إجراء أى تعديلات، حتى ولو كان الحكم الأصلى مشوباً بما يبرر إبطاله، ومن ثم يصبح الطريق الوحيد فى هذه الحالة هو رفع دعوى البطلان كما سنعرف ذلك عند بحث بطلان الحكم.

ومن المتصور أن تثور صعوبة بصدد دعوة هيئة التحكيم للانعقاد بعد إصدار الحكم، كما فى حالة وجود مانع يحول بين أحد المحكمين والعمل مرة أخرى، أو فى حالة وفاة أحدهم، ولم يتعرض المشرع المصرى لحكم هذه الحالات المانعة، ولذا فنحن نؤيد الحل الذى قال به البعض [1] وهو اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالتفسير.

وقد تعرضت المادة(٥٠) من إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطنى الدول الأخرى لعام ١٩٦٥م لحالة تعذر انعقاد هيئة التحكيم للنظر فى تفسير الحكم ، حيث قضت الفقرة الثانية منها بأن طلب تفسير الحكم يعرض إن أمكن أمام المحكمة التى أصدرت حكمها من قبل، وفى حالة الإستحالة يجب تشكيل محكمة جديدة[2].

هذا وقد عالجت المادة(٤٦١) من قانون المرافعات الفرنسى الحالى مسألة أثر استئناف الحكم(إذا طعن فيه بذلك) على سلطة المحكم فى تفسير الحكم أو تصحيحه، حيث حظرت إمكانية طلب التفسير من المحكمة التى أصدرت الحكم منذ لحظة الطعن بالاستئناف.

الإستثناء الثانى : تصحيح حكم التحكيم:

يهدف هذا الاستثناء إلى تصحيح الأخطاء التى قد تقع من هيئة التحكيم، سواء كانت هذه الأخطاء مادية بحته أم كتابية أم حسابية، وذلك لأن حكم التحكيم – كأى عمل بشرى – يحتمل الخطأ والصواب.

وتجيز معظم التشريعات – إن لم يكن جميعها – هذا الإجراء، فقد أجازته المادة(٢١٥)

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢١٧ .وقد رأى سيادته فى هذا الصدد أنه كان من الأفضل أن يواجه المشرع المصرى هذا الفرض بنص صريح كما فعل المشرع الفرنسى، وراجع أيضا: د. عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٦٣، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٣ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٤، حيث يذكر سيادته فى ذلك أن هذا الحكم يسرى على أى دولة منضمة لإتفاقية واشنطن، ولذا يسرى هذا الحكم فى مصر.

من قانون المرافعات الإماراتى، كما أجازته أيضاً المادة(٤٢) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودى ، حيث قررت أن تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع فى قرارها من أخطاء مادية بحته كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد المحتكمين من غير مرافعة، ويجرى هذا التصحيح على نسخة القرار الأصلية ويوقعه المحكمون.(١)

وقد نص المشرع المصرى على هذا الاستثناء فى المادة(٥٠) من قانون التحكيم المصرى، وهى تشبه النص السعودى السابق فى المادة(٤٢)،إلا أن النص المصرى قد حدد مدة لهذا التصحيح، وهى ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم أو من تاريخ إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال، وللهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة(٥٠) مصرى على أن " يصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم ويعلن إلى الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها فى التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسرى عليها أحكام المادتين (٥٣) و (٥٤) من هذا القانون".

كما نصت على ذلك أيضاً المادة الثامنة من قانون التحكيم القضائى الكويتى لسنة ١٩٩٥م(٢).

ومن خلال هذا النصوص يتضح لنا قصر سلطة الهيئة على تصحيح ما يقع فى الحكم من أخطاء مادية بحته، سواء أكانت كتابية أو حسابية، ومن ثم فلا يجوز لهيئة التحكيم تصحيح الأخطاء التى وردت فى الحكم منْ حيث جوهر النزاع أو موضوعه، كما لا يجوز لها الرجوع فى الحكم الذى إنتهت إليه أو إدخال تعديل جوهرى على الحكم، وإلا جاز التمسك ببطلان قرارها عن طريق رفع دعوى بطلان كما سنرى فيما بعد. كما يتضح

---

(١) كما تضمنت المادة(٤٢) من اللائحة التنفيذية جواز الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت فيه الهيئة حقها المنصوص عليه فى هذه المادة وذلك بطرق الطعن الجائزة فى القرارات موضوع التصحيح، أما القرار الذى يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال . أنظر فى ذلك: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٣٧٢ .

(٢) كما نصت على ذلك أيضاً إتفاقية عمان للتحكيم التجارى لسنة ١٩٨٧م وفقاً لنص المادة(٢٣) منها.

لنا أن هذه النصوص تجيز لهيئة التحكيم أن تتصدى لتصحيح الأخطاء المادية فى الحكم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم[1].

هذا وقد تضمن قانون المرافعات الفرنسى مثل هذه الأحكام، حيث عالجت المادة (٤٦٢) طلب تصحيح الأخطاء المادية و ما وقع من سهو، ويكون الاختصاص للمحكمة التى أصدرت الحكم، وفى حالة التحكيم ينعقد الاختصاص لمحكمة التحكيم التى أصدرت الحكم، إلا إذا تعذر انعقادها فيكون الاختصاص للمحكمة الابتدائية التى صدر حكم التحكيم فى دائرة اختصاصها[2].

الإستثناء الثالث: إضافة ما أغفله المحكمون:

يرد على قاعدة استنفاد سلطة المحكم بإصدار الحكم جواز إضافة ما أغفله المحكمون فى معالجة ما شاب الحكم من قصور بسبب إغفال بعض طلبات الخصوم التى قدمت أثناء إجراءات التحكيم. وقد عالجت بعض التشريعات العربية وغير العربية، بل وبعض الهيئات الدولية للتحكيم، هذا الإغفال فقررت فى نصوصها إمتداد سلطة هيئة التحكيم بعد صدور الحكم حتى تتمكن من إصدار الأحكام الإضافية فى الطلبات التى قدمها الأطراف خلال الإجراءات وأغفلها الحكم الأصلى.

ففى مصر عالج المشرع هذه الحالة فى المادة(٥١) من قانون التحكيم حيث نصت فى فقرتها الأولى على أنه" يجوز لكل من طرفى التحكيم، ولو بعد إنتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم لتحكيم إصدار حكم تحكيمى إضافى فى طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمة" .ونصت فى فقرتها الثانية على أنه" وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك".

وواضح من هذا النص أن المشرع المصرى قد قيد سلطة الهيئة فى إصدار حكم

---

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٥ وما بعدها، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢١٧ ومابعدها.

(٢) راجع : د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٢١ .

إضافى من عدة وجوه منها: [1]

١) لا يجوز للهيئة أن تتصدى من تلقاء نفسها لإصدار حكم إضافى، حتى لو تبين لها أنها أغفلت بعض طلبات الخصوم عندما أصدرت الحكم.

٢) يجب أن يكون إصدار الحكم الإضافى بناءً على طلب أحد الخصوم وأن يتعلق هذا الحكم الإضافى بطلبات الخصوم، ولذا لا ينبغى للهيئة التعرض فى الحكم الإضافى لما لم يطلبه الخصوم أو لما يجاوز حدود اختصاصها.

٣) يجب أن يتعلق الأمر بطلبات قدمها الخصوم أثناء إجراءات التحكيم وقبل إصدار الحكم الأصلى، وبالتالى فلا يجوز حكم تحكيمى إضافى بشأن طلبات جديدة تقدم بهـا

الأطراف بعد صدور هذا الحكم.

٤) أنه وفقاً للفقرة الثانية من المادة(٥١) سالفة الذكر يجب على هيئة التحكيم إصدار الحكم الإضافى خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت الهيئة ضرورة لذلك[2]. ويذكر البعض[3] أن هذه المواعيد تعتبر مواعيد تنظيمية لا يترتب عليها أى ثر عند عدم مراعاتها، و أن هذا الحكم الإضافى – بالرغم من وجود نص يحكم ذلك – يلزم إيداعه، وتسرى عليه كافة الأحكام السارية على حكم التحكيم الأصلى والتى سبق بيانها.

وقد قرر المشرع فى فرنسا – وفقاً لنص المادة(١٤٥٥) من قانون المرافعات الفرنسى – للمحكم تفسير الحكم وتصحيح ما به من أخطاء وإكماله. كما قرر فى المادة (٤٦٣) مرافعات إمكانية قيام المحكمين بالتصدى للفصل فيما أغفلوا الفصل فيه[4]، كما يجب – وفقاً

---

(١) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٦، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص١٩٩ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٦د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢١٩ د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص١٩٩ وما بعدها.

(٣) أنظر: د.مختار بريرى ، المرجع السابق، ص ٢١٩ .

(٤) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٢١ ومابعدها. وقد أوضح سيادته فى هذا الصدد ما ذهب إليه البعض فى إثارة اللبس بين حالة إغفال الفصل وحالة تجاوز المحكمين لحدود مهمتهم والتى تمثل سبباً من أسباب البطلان وفقاً لنص المادة(٣/١٤٨٤) فرنسى.

لنص المادة(١٤٩٥) – تقديم طلب الحكم الإضافى خلال سنة من تاريخ اكتساب الحكم لقوة الشئ المقضى سواء تعلق الأمر بمحكمة التحكيم أو القضاء.

هذا ولم تغفل القوانين واللوائح الدولية معالجة الإستثناءات السابقة، وذلك نظراً لأهميتها ، سواء من ناحية تفسير غموض الحكم، أو من ناحية تصحيح أخطاء الحكم، أو من ناحية إضافة ما أغفلته هيئة التحكيم:فنصت المادة(٣٣) من القانون النموذجى لليونسترال أن يتقدم كلاهما أو أيهما بطلب للهيئة لتصحيح ما قد يصيب الحكم من أخطاء حسابية أو كتابية أو مطبعية أو ما شابه ذلك من أخطاء، بشرط إخطار الطرف الآخر بما يتضمنه هذا الطلب. وتصدر الهيئة – عند إقتناعها – قرار التصحيح أو التفسير خلال الثلاثين يوماً التالية لتلقى الطلب ويعتبر التفسير جزءً لا يتجزأ من القرار.

كما تضمنت المادة (٣٣) أيضاًأنه يجوز للهيئة بناء على طلب أحد الأطراف – وبشرط اعلان الطرف الاخر – أن يطلب خلال الثلاثين يوماً التالية لتسليم القرار إصدار قرارإضافى بشأن طلبات عرضت أثناء اجراءات التحكيم وأغفلها الحكم. على أن تقوم الهيئة باصدار الحكم الإضافى خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب.[١]

ويجوز للهيئة مد هذه المواعيد السابقة الخاصة بالتصحيح أو التفسير أو باضافة قرارات إضافية. وتخضع هذه القرارات سواء من حيث طريقة إصدارها أو من حيث ما تضمنته من بيانات للأحكام السارية على الحكم الأصلى.[٢]

كما عالجت قواعد اليونسترال التى يطبقها مركز القاهرة الاقليمى الأحكام الخاصة بهذا التعديل (التفسير والتصحيح والإضافة) ، فنصت على مايشبه الأحكام السابقة وذلك فى المواد(٣٥) و(٣٦) و(٣٧) ، حيث عالجت المادة (٣٥) الاحكام الخاصة بتفسير الحكم، وعالجت المادة(٣٦) الأحكام الخاصة بتصحيح الحكم،وعالجت المادة (٣٧) الأحكام الخاصة بإضافة بعض الأحكام الإضافية للحكم الأصلى والذى فصل فى النزاع .

---

(١) أنظر : د. مختار بريرى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ ، حيث يقيد ذلك كله بشرط عدم وجود إتفاق بين الأطراف يمنع ذلك.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤، د. أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق، ص٢٠٠ .

كما عالجت المادة(١٧) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولى هذا التعديل أيضاً، حيث أجازت لأى طرف خلال المدة المتفق عليها أو خلال ثلاثين يوماً من تسليم الحكم أن يقدم لمسجل المحكمة طلباً لتصحيح أى أخطاء(حسابية أو مادية أو مطبعية) أو أى أخطاء من طبيعة مماثلة إذا قدرت المحكمة أن الطلب مبرر . ويتم التصحيح خلال ثلاثين يوماً من تسليم الطلب ويعتبر جزءاً من الحكم، ويمكن للمحكمة التصدى من تلقاء نفسها لإجراء هذا التصحيح خلال ثلاثين يوماً من إصدار الحكم. كما أجازت للهيئة إصدار أحكاماً إضافية فى حالة عدم إتفاق الأطراف على حظر ذلك، ويتم تقديم الطلب خلال ثلاثين يوماً من تسلم الحكم بشرط أن ينصب الطلب على طلبات سبق إبداؤها أثناء إجراءات التحكيم وأغفلها الحكم، وتصدر المحكمة حكماً إضافياً خلال ستين يوماً إذا قدرت هذه المحكمة أن الطلب له ما يسوغه[١].

أما قواعد غرفة التجارة الدولية فلم تتضمن أحكاماً خاصة بهذا التعديل، سواء كان خاصاً بالتفسير أو التصحيح أو إصدار أحكام إضافية، ويبرر الأستاذ الدكتور مختار بريرى[٢] ذلك بأن حكم المحكمين يخضع للتدقيق والفحص من قبل المحكمة الدولية للغرفة، والتى تملك إدخال تعديلات شكلية فضلاً على إمكان لفت نظر المحكم لبعض المسائل الموضوعية ، ولا يجوز وفقاً لنص المادة (٢١) صدور أى حكم دون إقرار المحكمة من حيث الشكل ، فالمحكمون يقدمون مشروع قرار ولا يوقعونه إلا بعد العرض على المحكمة.

وبهذا القدرتكون قد عرفنا مدى سلطة هيئة التحكيم بعد صدور الحكم النهائى ، واتضح لنا أنه بالرغم من انتهاء مهمة هذه الهيئة بمجرد صدور هذا الحكم وفقاً لنصوص بعض التشريعات السابقة ، إلا أنه ومع ذلك يجوز امتداد هذه المهمة حتى تباشر الهيئة سلطتها فى إصدار القرارات (الأحكام) والتى يقتضيها تعديل الحكم النهائى على نحو ما سلف بيانه.

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى ، المرجع السابق، ص ٢٢٣ و ص ٢٢٥ .
(٢) أنظر: د. مختار بريرى ، المرجع السابق، ص ٢٢٥ و ص ٢٢٦ .

وحيث أن الحكم النهائى أجرى عليه هذا التعديل بأحكامه السابقة أصبح حكماً صحيحاً خالياً من الشوائب والعيوب التى تعوقه وبالتالى يكون منتجاً لأثاره٠

وقبل أن نوضح هذه الآثار التى تترتب على صدور الحكم التحكيمى المنهى للخصومة ينبغى أن نبحث شروط صحة ولزوم حكم التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية وذلك من خلال المبحث التالى٠

****

المبحث الثالث

شروط صحة ولزوم حكم التحكيم الدولى وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية

وسنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول : شروط صحة حكم التحكيم وفقاً للشريعةالاسلامية.

المطلب الثانى : مدى لزوم التحكيم . وفقاً للشريعة الاسلامية.

المطلب الأول

شروط صحة حكم التحكيم وفقاً للشريعة الاسلامية

لقد اشترط الفقه الاسلامى شروط معينة فى حكم المحكم حتى يصير الحكم صحيحا ونافذاً ، وفيما يلى بيان لهذه الشروط :

الشرط الأول : تراضى الطرفين :

ينبغى لصحة حكم التحكيم أن يقع رضاء الخصوم صحيحاً بالتحكيم إبتداء، وهذا الرضاء هو الأساس فى ولاية، المحكم فولايته تستمد من صحة رضاء المحتكمين إليه. ولكن هل يشترط دوام هذا الرضاء الى أن يصدر الحكم؟

اختلف الرأى حول ذلك : فذهب رأى – وهو لبعض المالكية- [1] الى القول بأنه لا يلزم استمرار توافر رضاء المحتكمين الى وقت صدور الحكم ، بل يكفى أن يكون هناك رضاء بالتحكيم وبشخص المحكم ابتداء .

وذهب رأى آخر – وهو رأى جمهور الفقهاء - [2] إلى أنه يشترط لصحة حكم التحكيم استمرار رضاء الخصوم إلى وقت صدور الحكم ، بحيث إذا زال الرضاء لأي سبب من الأسباب ، كرجوع أحد الخصوم عن التحكيم ، أو موته، فليس للمحكم أن يصدر حكمه وألا

---

(١) أنظر فى ذلك: تبصرة الحكم لابن فرحون ، ط ١ ، ص ٤٤ .

(٢) أنظر : أدب القاضى ، للماوردى ، ج ٢ ، ص ٣٧٩ ، مغنى المحتاج ، للخطيب الشربينى ، ج٤، ص٣٧٩ ، المغنى ، لابن قدامة، ج٩، ص١٠٨ وما بعدها ، وأنظر لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د.اسماعيل الأسطل ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ وما بعدها .

كان الحكم باطلاً ، وهذا هو الرأي الراجح من وجهة نظرنا .

الشرط الثانى : أن يصدر الحكم ممن له ولاية إصداره :

يجب لصحة حكم التحكيم أن يكون صادراً من المحكم – أو المحكمين – الذى أولاه الخصوم ولاية إصدار الحكم، وذلك برضاهم على منح هذا المحكم تلك الولاية ، وعليه فلا يصح الحكم إذا صدر من محكم لم تتوافر له هذه الولاية .

ومن المتصور أن تزول هذه الولاية للعديد من الأسباب ، كعزل المحكم بالإتفاق ، أو برجوع أحد الخصوم عن التحكيم ، أو بموت أحدهم . فاذا صدر الحكم ممن زالت عنه الولاية كان الحكم باطلا وغير نافذ .

ويقتضى هذا الشرط أنه فى حالة تعدد المحكمين يجب أن يصدر الحكم بالإجماع، وإلا كان الحكم غير صحيح، كما يقتضى هذا الشرط أيضاً ضرورة أن يصدر الحكم فى الموضوع الذى تحدد باتفاق التحكيم بين الخصوم وفى حدود السلطات التى منحت للمحكم بمقضى الإتفاق على التحكيم، وألا يجاوز المحكم فى حكمه حدود الشرع أو القيود التى وضعها السلطان، وبناء على ذلك إذا ثار نزاع بين شخصين فى دين وعين وارتضيا حكماً بينهما ليفصل فى الدين دون العين فليس للمحكم أن يقضى فيهما معاً، فإذا قضى فيها كان قضاؤه فى العين فضولياً ولا ينفذ حكمه فيها إلا برضاء الخصوم[1].

الشرط الثالث: أن تكون هناك خصومة حقيقية:

لا يعتبر حكم التحكيم صحيحاً اذا كانت الخصومة صورية ، بل يشترط ضرورة أن تكون هناك خصومة حقيقة وتنازع بين الخصوم فى ذات الحق المدعى به، إذ لا بد لصحة الحكم من صحة الدعوى [2] ، ومن ثم فيجب على المحكم عند صدور الحكم أن يتأكد من وجود خصومة حقيقية بالفعل بين الخصوم المحتكمين ، وإلا كان حكمه باطلاً ، ولا ينفذ لعدم تحقق الشرط المطلوب .

---

(١) وهذه مسألة خلافيه بين الفقهاء ، راجع: د. اسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص١٦٣ وما بعدها .
وفى اشتراط الشرط الذى نحن بصدده راجع: المنتقى فى شرح موطأ الإمام مالك، ج٥ ، ص ٢٢٧ ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، لعلى حيدر ، ج٤ ، ص ٦٤٢ .

(٢) انظر : الأصول القضائية ، لعلى قراعة ، ص٢٣٦ .

الشرط الرابع : أن يصدر الحكم فى مواجهة من يجوز أن يشهد المحكم له أو عليه:

والحكمة من اشتراط هذا الشرط لصحة حكم التحكيم تتجلى فى إنتفاء شبهة الميل مع الهوى والتحيز لأحدالخصمين فى النزاع، ومن ثم فلا يجوز تحكيم من لاتكون له ولاية الشهادة بالنسبة لأحد الخصوم، لأن هذا المحكم لا تكون له حينئذ ولاية القضاء أو التحكيم لهذا الشخص، سواء له أو عليه.

وبناءً على ذلك يكون حكم المحكم باطلاً إذا صدر الحكم منه لأحد أقاربه، سواء كان قرابة ولادة أو أخوة أو قرابة مصاهرة، وبمعنى عام لا يجوز لأن يحكم لأحد أصوله أو فروعه أو لزوجته، وهذا ما عليه غالبية المذاهب الفقهية.[1] وتجدر الإشارة هنا إلى أن عدم جواز قضاء المحكم ضد أصوله أو فروعه عند الفقهاء قياساًعلى عدم جواز شهادته، و نقل عن الشافعى – رحمة الله- عدم جواز شهادة الولد على والده فى الحدودوالقصاص[2]، ولا محل لها فى التحكيم لعدم جواز التحكيم فى هذه المسائل المذكورة.[3]

الشرط الخامس: ألا يكون الحكم مخالفاً لأصول الشرع:

لقد أشترط الأحناف لصحة حكم التحكيم أن يكون الحكم مستنداً إلى الأدلة الشرعية الثلاث وهى البينة والإقرار والنكول[4]. وقد ناقش الفقهاء مسألة مهمة فى هذا الصدد وهى: هل يجوز للمحكم أن يحكم بناء على علمه شخصياً بحقائق النزاع؟ أختلف الفقهاء فى هذه المسألةاختلافاً بيناً،[5] ويمكن القول بأن غالبية الفقهاء ذهبوا إلى القول بعدم جواز قضاء المحكم بعلمه الشخصى[6].وهذا الرأى هو الأولى بالاتباع،وذلك لكثرة منع وقوع الحيل والتحايل فى تقرير الحقوق.

وعلى ما تقدم يكون، وقد اتضح لنا شروط صحة حكم التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية،

---

(١) أنظر فى ذلك: تبيين الحقائق للزيلعى، ج ٤ ، ص١٩٤، أدب القاضى، للماوردى، ج٢، ص ٣٨٥ .
(٢) أنظر: جواهر العقود، للسيوطى، ج ٢ ، ص٤٤٣ .
(٣) راجع: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٦٩ وما بعدها.
(٤) أنظر : تبيين الحقائق ، للزيلعى، ج٢، ص ١٩٢
(٥) أنظر فى تفاصيل هذا الخلاف: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٦٨ وما بعدها.
(٦) أنظر على سبيل المثال: تبيين الحقائق ، للزيلعى، ج٧، ص ١٩٢، الفروق، للقرافى، ج٤، ص٨٤، المغنى، لأبن قدامه، ج١١، ص ٤٨٠ .وقد خالف فى ذلك بعض الشافعية ، أنظر: فى حاشية الرملى الكبير، مطبوع على هامش أسنى المطالب، ج٢، ص ٢٨٨ وما بعدها.

فإذا صدر حكم التحكيم وفقاً لهذه الشروط كان الحكم صحيحاً ونافذاً، وذلك لعدم مخالفته لقواعد لشرع الحنيف، ولكن ما مدى لزوميـــة هذا الحكم للخصوم؟

أو بمعنى آخر هل يلزم هذا الحكم من صدر ضده أم أن المحكوم ضده يستطيع أن يتحلل من هذا الحكم؟

إن الإجابة على هذا التساؤل ستكون محل المطلب التالى.

المطلب الثانى

مدى لزوم حكم التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية

سبقت الإشارة إلى أن حكم التحكيم يعد المرحلة الأخيرة فى عملية التحكيم، فهو النتيجة المرجوه من هذه العملية إذ بصدور الحكم تنتهى ولاية المحكم، ويصبح بعد صدورة شخص عادى ليست له أى ولاية فى نظر النزاع مرة أخرى أو فى تعديل الحكم أو نقضه، حتى ولو كان الحكم مخالفاً لقواعد الشرع، إذ فى هذه الحالة ينبغى نظر النزاع مرة ثانية بناءً على تجديد التحكيم.

وإذا كان المحكم لا يملك تعديل الحكم أو نقضه بعد صدوره لانتهاء ولايته، فليس أمام الخصوم إلا رفع الأمر إلى القضاء لتدارك ما شاب الحكم من خطأ أو مخالفة لقواعد الشرع.

وينبغى فى هذا الصدد التفرقة بين لزوم التحكيم ذاته، وهو العقد الذى أبرمه المحتكمون مع المحكم لمنح هذا الأخير صلاحية الفصل فى منازعاتهما، وبين لزوم الحكم الصادر فى تلك المنازعات: (١)

فأما بالنسبة لعقد التحكيم ذاته فيجوز لأى من الخصوم أو لهم جميعاً حق العدول عن التحكيم، كما يكون لهم أيضاً حق عزل المحكم قبل صدور الحكم، ففى هذه الحالة يكون التحكيم عقداً غير لازم، أما بعد صدور الحكم فلا يملك أحد الخصوم تلك الحقوق. ومن ثم

---

(١) راجع: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٧٤ وما بعدها، المستشار محمد بدر يوسف المنياوى، بحث بعنوان" مبدأ التحكيم فى الفقه الإسلامى"، منشور فى مجلة الفقة الإسلامى ، العدد التاسع، ج٤، ص ٦٤ وما بعدها، البحر الرائق، (٢٧/٧) ، الفتاوى الهندية (٢٧١/٣) ، الموسوعة الفقهية، ص ٢٤٤ .

يصبح التحكيم عقداً لازماً لأطرافه، إذا لا يتصور فى هذه الحالة وجود العقد بالنسبة لأحد أطرافه وعدم وجوده للطرف الآخر، أو صدور الحكم وعدم صدوره، فضلاً على أن الرابطة العقدية بعد صدور حكم المحكم لا يبقى لها وجود أصلاً. فعقد التحكيم ينتهى بصدور حكم المحكم. على أن انقضاء التحكيم بصدور الحكم لا يمنع ولى الأمر- فى تنظيمية للتحكيم – أن يمنح المحكم حق تصحيح ما وقع فى الحكم من أخطاء مادية بحته ، سواء كانت كتابية أو حسابية، أو يمنحه سلطة إصدار تفسير لما وقع فى منطوق الحكم من غموض أو إبهام، وهذا يتفق مع ما جُرى عليه، العمل فى القوانين الحديثة، كالقانون المصرى فى المواد(٥٠)، (٥١)، والقانون الإماراتى فى المادة (٢١٥)، والمواد(٤٢) ، (٤٣) من اللائحة التنفيذية للنظام السعودى.

أما بالنسبة للزوم الحكم فلا صعوبة من التحلل منه إذا صدر مخالفاً لقواعد الشرع، كأن يخالف نصاً أو إجماعاً. أما إذا صدر الحكم صحيحاً وفقاً للشروط الشرعية الواجب توافرها فيه لصحتة، والتى سبق الحديث عنها، ولم يخالف الحكم نصاً أو إجماعاً فقد أختلف الفقهاء فى مدى لزومه للخصوم إلى فريقين:

الفريق الأول، وهو رأى جمهور الفقهاء،وذهبوا إلى أن حكم المحكم يكون لازماً للمحتكمين طالما أنه صدر مستوفياً لشروطه الشرعيه، ومن ثم لا يجوز لأى منهم التحلل منه.[1]

وقد أستدل هذا الرأى إلىأن المحكم كالقاضى المولى الذى يكون حكمه نافذاً طالما أنه مستوفى لشروط صحته ، وأن المحكم له ولاية صحيحة ، فهو كالقاضى وكالوكيل ، الوكيل يكون تصرفه لازماً للموكل مادام هذا التصرف لم يخرج عن حدود الوكالة وما دام الموكل لم يعزل الوكيل.

كما استدلوا بأن الحكمة من مشروعية التحكيم تقتضى أن يكون الحكم لازماً للخصوم، وإلا ضاعت الحقوق، وأصبح التحلل من الحقوق أمراً سهلاً من جانب المحكوم ضده،

---

(١) أنظر: مغنى المحتاج، ج٤، ص ٣٧٩، المغنى والشرح الكبير، ج١١ ، ص ٣٩٢، تبصرة الحكام لابن فرحون، ج١ ، ص ٤٤، روضة الطالبين للنووى، ج١١، ص ١٢١، البحر الرائق(٢٧/٧) ، الفتاوى الهندية(٢٧٢/٣)، الموسوعة الفقهيه، ص ٢٤٤ .

ومن ثم يصبح التحكيم خالياً من أى معنى أو فائدة.

وأيضااستدلوا بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم فى تحكيم سعد بن معاذ فى بنى قريظه ، وقد أخذ الرسول صلى الله عليه وسلم بحكم سعد وجعله حكماً لازماً لبنى ريظة.

الفريق الثانى ، وهو للإمام الشافعى فى أحد قوليه ، وقد ذهب الى أن حكم المحكم لا يكون لازماً للمحتكمين إلا برضاهم به بعد صدوره ، ومن ثم لا يجوز لأى منهم التحلل من الحكم بعد صدوره[1].

وقد استدل هذا الرأى بأن الرضاء بالحكم واجب قبل صدوره ، وهذا يتحقق برضاء الخصوم إبتداء بالتحكيم والمحكمين ، كما أن الرضاء بالحكم واجب بعد صدوره ، لأن التحكيم لا يتساوى فى المرتبة مع القضاء ، إذ أن حكم القاضى ملزم بذاته أما حكم المحكم فلا يكون لازماً إلا برضاء الخصوم المحتكمين ، كما استدل بأن حكم المحكم بمثابة الفتوى، فهى لا تكون لازمة إلا إذا رضى بها طالبها فكذا حكم التحكيم.[2]

و يبدو مما سبق أن رأى الجمهور هو الأولى بالترجيح، لأن القول بلزوم حكم التحكيم بعد صدوره مستوفياً لشروط صحته هو قول يتفق مع المنطق والعدل ، هذا فضلاً على أن الأدلة التى أستند إليها الجمهور تتسق مع مقتضى الشرع والقانون، كما أن به تتحقق الحكمة من مشروعية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ، وبهذا الرأى يجرى العمل فى ظل القوانين الوضعية كما رأينا ذلك من خلال ما تقدم.

---

(١) انظر : أدب القاضى للماوردى، ج٢ ، ص ٣٨٢ .

(٢) ويذكر هنا الشيخ محمد حسين مخلوف " أن المستفتى الذى لا يعمل بما أفتى به وسعه أن يستفتى مفتياً آخر ويعمل بما يفتيه " ، أنظر المجلد السادس من الفتاوى الإسلامية ، من دار الإفتاء المصرية، ١٩٩٧م.

المبحث الرابع

الآثار المترتبة على صدور حكم التحكيم الدولى

سبقت الإشارة إلى أن إرادة الأطراف هى الأساس فى التحكيم ، بمعنى أن رغبتهم فى إيجاد حل لنزاعهم بعيداً عن القضاء هى التى جعلتهم يتفقون على حسم نزاعهم عن طريق التحكيم. وبصدور هذا الحكم مستوفياً للشروط الواجبة فيه على النحو السالف بيانه فإنه ينتج عنه نتائج (آثار) عديدة بالنسبة لهيئة التحكيم (المحكمين) وبالنسبة لأطراف النزاع (المحتكمين) ، وتجدر الإشارة قبل الحديث عن هذه الآثار إلى تحديد الوقت الذى ينتج فيه الحكم التحكيمى آثاره.

ونشير بداية أنه لم تتفق التشريعات والقواعد الدولية وكذلك آراء الفقه حول تحديد هذا الوقت، فمنها من حدد الوقت، الذى ينتج فيه الحكم آثاره بوقت صدور الحكم مباشرة ، ومنها من حدده بوقت اكتساب الحكم حجية الأمر المقضى ، ومنها من حدده بتاريخ إيداع القرار المحكمة المختصة.

ونحن نرى مع الرأى الراجح [1] أن حكم التحكيم يكون منتجاً لآثاره القانونية منذ صدوره، أى من التاريخ المذكور كتاريخ إصدار الحكم التحكيمى ، وهذا يتفق مع نظرة الشريعة الإسلامية وفقاً للرأى الراجح الذئ أيدناه بصدد لزوم حكم التحكيم لأطرافه منذ صدوره.

وبالرغم من أن غالبية التشريعات العربية لا تنص صراحة على الوقت الذى ينتج فيه الحكم التحكيمى آثاره القانونية، إلا أنه يمكن القول بأن هذا الحكم يكون منتجاً لآثاره منذ صدوره بشكل صحيح ، وذلك قياساً على الأحكام القضائية. هذا وتحدد المادة (١٤٧٦) من القانون الفرنسى وقت ترتب هذه الآثار بتاريخ تبليغ الأطراف بحكم التحكيم. [2]

وقد سبق القول أيضاً أن بعض التشريعات تنص على وجوب إيداع الحكم إلى المحكمة خلال مدة معينة [3] من وقت صدوره ، وتنص أيضاً على إلزام المحكمين أو أطـــــراف

---

(١) انظر : د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختيارى والإجبارى ، المرجع السابق، ص٢٦٥ وما بعدها .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك:

Ph.Fouchard et Autres,op.cit. p .788 et s.

(٣) وقد نصت على هذا الفقرة السابعة من المادة(٣٣) من قواعد التحكيم للاونسترال حيث جاء فيها " إذا =

النزاع بالقيام بهذا الواجب. ويذكر البعض [1] أن هذا الأمر ليس له علاقة بحجية حكم التحكيم ، وإنما هو أمر يراد منه ممارسة المحكمة مراقبتها على الأحكام التحكيمية أو إضفاء الصفة التنفيذية على هذه الأحكام أو الطعن فيها .

وبناء عليه سنقوم ببحث الآثار القانونية التى يرتبها حكم التحكيم الدولى من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول :آثار الحكم بالنسبة للمحتكمين .

المطلب الثانى : آثار الحكم بالنسبة للمحكمين.

المطلب الأول

آثار حكم التحكيم الدولى بالنسبة للمحتكمين

إن أثر الحكم التحكيمى بالنسبة لأطراف النزاع (الخصوم) كأثر الحكم القضائى، لذا يلتزم الأطراف بالتزامين باعتبارهما نتائج (آثار) لحكم التحكيم، وهما:

الإلتزام الأول : إلتزام الأطراف بتنفيذ الحكم:

وهذا يعنى أن المحتكمين يلتزمون بتنفيذ ما أوجبه حكم التحكيم بعد صدوره ، ويقع عبء هذا الإلتزام فى الغالب على الطرف الذى صدر ضده الحكم. وفى بعض الأحيان ينص الأطراف على هذا الإلتزام بشكل صريح فى إتفاق التحكيم المنعقد بينهم، حيث يذكرون فى هذا الإتفاق – بعد إبداء رغبتهم فى حل النزاع بطريق التحكيم – أن حكم التحكيم يعتبر ملزماً ونهائياً (Binding and final) .[2]

وتدل الإحصائيات أن الطرف المحكوم عليه (الخاسر) يقوم فى الغالب بتنفيذ حكم

= كان قانون التحكيم فى الدولة التى فيها قرار التحكيم يستلزم إيداع القرار أو تسجيله وجب أن تنفذ هيئة التحكيم هذا الإلتزام خلال المدة التى يحددها القانون " .

(١) أنظر: د. فوزى محمد سامى ، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق، ص ٣٥٨ .

(٢) ويلاحظ أن هذه الصيغة تستعمل بكثرة فى الدول الناطقة باللغة الإنجليزية . راجع فى ذلك: د. فوزى محمد سامى ، المرجع السابق ، ص٣٥٩ وما بعدها. وراجع أيضا :

René DAVID, l'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982, op. Cit. p . 491 et s.

التحكيم بإرادته ، حيث جاء بها أن ٩٠% من الأحكام التحكيمية الصادرة طبقاً لقواعد الغرفة التجارية تنفذ بشكل إرادى من قبل الشخص الذى صدر ضده قرار التحكيم.[١]

وقد عنت قواعد الغرفة التجارية الدولية بهذا التنفيذ الإرادى، حيث أشارت المادة (٢٤) منها إلى أن الطرفين عندما أخضعا نزاعهما التزما بتنفيذ القرار الذى يصدر دون تأخير وبالتنازل عن طرق الطعن التى يجوزلهما التنازل عنها.

وتعمل الهيئات التحكيمية لا سيما المنظمات المهنية التى تشرف على إجراءات التحكيم بين الأطراف الذين يطلبون منها تنظيم عملية التحكيم على دفع الطرفين أو تشجيعهما على الإسراع بتنفيذ حكم التحكيم طوعاً من قبل الطرف الخاسر .وتتبع فى ذلك عدة أساليب ، فقد نص نظام التحكيم لاتحاد الغرف التجارية العربية الأوربية على أن" تنفذ الأحكام الصادرة من قبل الأطراف بحسن نية ويقدم المجلس مساعيه الحميدة لتسهيل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة وفقاً لهذا النظام".[٢]

ونظراً لأن عدم تنفيذ هذه الأحكام سوف لايشجع على اللجوء إلى التحكيم ويضعف الثقة فى جدوى هذه الوسيلة، لذلك فقد ذكر البعض[٣] أن هناك عدة أنواع من الإجراءات التى تتبعها المنظمات المشار إليها ضد الأشخاص الذين يتقاعسون عن تنفيذ الأحكام التى صدرت ضدهم عن طريق هذه المنظمات. وأول هذه الإجراءات (النشر)، بمعنى نشر عدم قيام الشخص الذى ضده الحكم بتنفيذه، وبالتالى فإن مثل هذا الإجراء سوف يؤدى إلى تردد باقى الأشخاص فى التعامل مع هذا الشخص. ويتبع هذا الإجراء عدة منظمات مهنية فى هولندا وألمانيا وبلجيكا وإنجلترا. وثانى هذه الإجراءات (عدم الاستفادة) ، بمعنى عدم السماح للطرف الذى يمتنع عن تنفيذ الحكم من الاستفادة من التسهيلات التى تمنحها المنظمة التى ينتمى إليها فى إجراء التحكيم مستقبلا. وثالث هذه الإجراءات وهو أكثر خطورة

---

(١) انظر: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٥٩ .
(٢) انظر : د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص٣٦٠ .
(٣) راجع :
René David , op. cit . p. 492 et s , et p. 494 et s .

(الفصل) ، بمعنى فصل الطرف الممتنع عن التنفيذ من المنظمة المهنية التى ينتمى إليها والتى قامت بتنظيم عملية التحكيم.

ويضيف الأستاذ رينيه ديفيدR.DAVID أن هذه الإجراءات الثلاثة ، والتى تهدف إلى تشجيع تنفيذ الحكم التحكيمى من قبل الإطراف الذين صدر الحكم ضدهم ، قد تعرضت إلى انتقادات كثيرة ، وأثيرت الشكوك حول مشروعيتها ، فقد اتضح أن بعض هذه الأحكام التى أمتنع الأطراف عن تنفيذها لم تكن مبنية على وجود إتفاق صحيح، أو أن الإجراءات لم تكن سليمة ، ومن ثم فإن هذه العقوبات التى تقررها تلك الإجراءات الثلاثة لا يمكن تطبيق أحدها إلا فى حالة عدم التنفيذ الذى لا يمكن تبريره ، أى عندما تعترى التحكيم بعض العيوب التى تبرر عدم تنفيذ الحكم أو إبطاله [1].

الإلتزام الثانى: إمتناع الأطراف عن عرض النزاع مرة ثانية:

ويعنى هذا أن أطراف النزاع يلتزمون بعدم عرض هذا النزاع الذى صدر بشأنه الحكم مرة ثانية على القضاء أو هيئات التحكيم، وذلك لإكتساب الحكم حجية الأمر المقضى به منذ صدورة، وإن كان لهم الحق فى الطعن فيه بإحدى طرق الطعن القانونية.[2]

وقد أكدت هذا المبدأ محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ديسمبر ١٩٩٧م، حيث قضت بأن " التحكيم طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية ولئن كان فى الأصل وليد إرادة الخصوم إلا أن أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشئ المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقى الحكم قائماً ولم يقض ببطلانه"[3].

---

(١) راجع:

René David,op. cit .p.493 et s.

وراجع أيضاً فى هذا الشأن:

M. Monégier Du sorbier, l'execution de la sentence, Rev. de l'arbitrage, 1990, p. 465 et s.

(٢) ويتضمن القانون الفرنسى هذا الإلتزام حيث يذكر الأستاذ فيليب فوشار ومن معه" أن القضية طالما كانت بين نفس الأطراف فلا يمكن عرضها على المحاكم الفرنسية الأخرى وإلا جاز للأطراف الدفع بعدم الاختصاص".أنظر:

Ph.Fouchard et Autres, op cit. p. 792 et s .

(٣) محكمة النقض المصرية فى جلسة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٩٧م فى الطعن رقم(١٠٠٤) لسنة (٦١) قضائية.

وقد تضمنت هذا الحكم المادة(٥٥) من قانون التحكيم المصرى حيث نصت على أن " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضى وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون"٠

ويترتب على اكتساب الحكم التحكيمى لهذه الحجية انتهاء النزاع، وبالتالى فلا يجوز عرضه بعد ذلك على أى محكمة قضائية أو محكمة تحكيمية أخرى ، ومبدأ الحجية مبدأ مسلم به فى كافة التشريعات القانونية ٠

ويرد فى هذا الصدد سؤالا مؤداه هل يلزم لإكتساب الحكم التحكيمى لهذه الحجية أن يصدر الأمر بتنفيذه من المحكمة المختصة ؟

تجيب عن هذا التساؤل المادة (٢١) من نظام التحكيم السعودى ، حيث نصت على أن " يعتبر الحكم الصادر من المحكمين بعد إصدار الأمر بتنفيذه حسب المادة السابقة [1] فى قوة الحكم الصادر من الجهة التى أصدرت الأمر بالتنفيذ"٠

وهذا يعنى أن التحكيم السعودى يشترط إصدار الأمر التنفيذى حتى يكتسب القرار حجية الشئ المقضى فيه والأمر التنفيذى – وفقاً لهذا النظام – يصدر من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع بناء على طلب أحد ذوى الشأن بعد التأكد من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ الحكم شرعاً، وهذا ما يستفاد من نص المادة (٢٠) من نظام التحكيم السعودى٠

وجدير بالذكر فى هذا الصدد أنه قد صدر أخيراً المرسوم الملكى رقم (م/ ١١) الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٩٣ م بالموافقة على انضمام المملكة العربية السعودية إلى إتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية (إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ م) على أن تتضمن وثيقة انضمام المملكة إلى هذه الإتفاقية التى ستودع لدى الأمم المتحدة التصريح التالى:(تصرح المملكة على أساس المعاملة بالمثل إنها ستقصر تطبيق الإتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة متعاقدة)٠

---

(١) وهى المادة (٢٠) من نظام التحكيم السعودى رقم(٤٦/ ١٩٨٣م) حيث نصت على أن " يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً وذلك بأمر من الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع ويصدر هذا الأمر بناء على طلب أحد ذوى الشأن بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه شرعا "٠

وعلى ذلك فإن الوضع فى النظام السعودى أن حكم التحكيم الأجنبى يمكن تنفيذه عن طريق حكم صادر من ديوان المظالم – وهو الجهة القضائية المختصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية – بذلك التنفيذ بعد سماع أقوال طرفى النزاع بشرط المعاملة المماثلة وبشرط عدم تعارض حكم التحكيم الأجنبى مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأن يكون حكم التحكيم قد صدر على إقليم إحدى الدول المنضمة إلى إتفاقية نيويورك سالفة الذكر ٠

ويقرر هذا الحكم أيضاً قانون التحكيم المصرى، وذلك فى المادة (٥٦) منه ، حيث نصت على أن " يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أو من يندبه من قضائها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ٠٠٠"٠

وطبقاً لقانون المرافعات لدولة الإمارات العربية يعتبر الحكم التحكيمى واجب النفاذ بعد المصادقة عليه من المحكمة القضائية، وذلك بعد اطلاعها على الحكم٠ فإذا وجدت المحكمة فى الحكم ما يستوجب إعادة النظر فيه فتعيده إلى المحكمين لأجل تعديله٠ ومن ثم فإن المحكمة القضائية لا تعطى الحكم التحكيمى صيغة التنفيذ إلا بعد اطلاعها على وثيقة التحكيم وتأكدها من عدم مخالفته للنظام العام، وهذا ما يستفاد من نص المادة (٢١٥) من القانون الإماراتى سالف الإشارة٠[١]

وفى فرنسا كانت محاكمها تعتبر أن حكم التحكيم لا يكتسب هذه الحجية إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه، ثم عدلت عن ذلك بعد صدور قانون المرافعات الفرنسى الحالى الصادر فى عام ١٩٨٠ م، إذ نص صراحة فى المادة (١٤٧٦) منه على أن قرار التحكيم يجب اعتباره حائزاً لقوة الشىء المقضى فيه بمجرد إصداره وقبل أن يعلن تنفيذه من جانب المحكمة القضائية٠

وتجدر الإشارة هنا إلى أن إعمال هذه المادة السابقة يتأتى عن طريقه إحالة المادة (١٥٠٠) من القانون المذكور إليها ، فقد قررت هذه المادة الأخيرة إحالة القرارات الصادرة فى الخارج أو التى تتعلق بالتحكيم الدولى إلى نص المادة(١٤٧٦) والتى قررت الحكم السابق٠[٢]

---

(١) أنظر: د٠ عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ ٠

(٢) أنظر فى ذلك :

Ph . Fouchard et autres op. cit. p. 792.

وعلى أى الأحوال فإن دلالة كون الحكم حاز قوة الشيء المقضى فيه هو أن أطراف النزاع ملتزمون قانوناً بالانصياع للحكم الصادر عن محكمة قضائية أو محكمة تحكيمية.

وجدير بالذكر أن الآثار السابقة والتى يرتبها حكم التحكيم بالنسبة للمحتكمين تقررها الشريعة الإسلامية ، فقد رأينا عند الحديث عن مدى لزوم الحكم وفقاً للشريعة الغراء أن حكم التحكيم يكون لازماً لأطرافه ، ولا يجوز لأى منهم التحلل من الحكم، وللمحكوم له أن يلجأ إلى القاضى طالباً تنفيذه عند عدم قيام المحكمون ضده طواعية بتنفيذ الحكم، وذلك كأى حكم صادر من القاضى المولى.(١)

المطلب الثانى

آثار حكم التحكيم الدولى بالنسبة للمحكمين

تتمثل هذه الآثار بالنسبة للمحكمين فى انتهاء سلطة هيئة التحكيم التى أصدرت الحكم. وهذا يعنى أنه يحظر على المحكمين الذين أصدروا الحكم الرجوع مرة ثانية للنظر فى النزاع أو إعادة النظر فى الحكم الصادر بشأن هذا النزاع.وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة (١٤٧٥) من قانون المرافعات الفرنسى ، حيث قضت بأن : "القرار ينهى ولاية المحكم على النزاع الذى تم حسمه". (٢)

ومن ثم فإن مهمة المحكم التى أوكلت إليه بموجب إتفاق التحكيم الذى تم بينه وبين الأطراف المتنازعة تنتهى بصدور الحكم النهائى . وقد تضمنت معظم التشريعات الإشارة إلى إنتهاء ولاية هيئة التحكيم بإصدار الحكم بالنسبة للموضوع الذى تم حسمه بناءً على هذا الحكم.

وبالرغم من ذلك فإن هذه التشريعات ذاتها ، وكذلك الشريعة الإسلامية، تنص على إمكانية تعديل الأخطاء المادية التى قد تعترى الحكم ، والتى تتمثل فى تفسيره أو تصحيحه

---

(١) أنظر : التبصرة لابن فرحون ، ج١، ص ٤٤ .
(٢) أنظر فى ذلك :

Ph . Fouchard, op. cit. p. 790 et s .

وراجع أيضا : د. فوزى محمد سامى ، المرجع السابق، ص ٣٦٢ وما بعدها.

أو إضافة ما أغفل منه ، وذلك على نحو ما فصلناه، ولذا فلا داعى لتكراره. [1]

ولعله من المفيد فى هذا الصدد الإشارة إلى أن من آثار انتهاء سلطة هيئة التحكيم بعد إصدار الحكم استحقاق هذه الهيئة للأجور المتفق عليها أو المقررة من قبل المحكمة. وتجدر الإشارة أيضا إلى أن هيئة التحكيم تكون ملتزمة ومسئولة عن الأضرار التى تسببها لأطراف النزاع مما يستوجب معه مطالبة الهيئة بالتعويض، كما فى حالة إهمال الهيئة أو إسرافها فى صرف النفقات .

(١) فقد عرفنا أن هذا التعديل يوجب امتداد سلطة (مهمة) هيئة التحكيم إلى ما بعد صدور الحكم النهائى، وذلك على سبيل الإستثناء من الأصل العام الذى يمثل أثر الحكم بالنسبة للمحكمين والمتمثل فى انتهاء النزاع .

الفصل الثالث

التنظيم القانونى لتنفيذ أحكام التحكيم الدولى

تمهيد:

القوة التنفيذية لحكم التحكيم هى أساس تنفيذه جبراً إذا امتنع الملتزم فيه عن تنفيذه طواعية . إذ لا يجوز التنفيذ الجبرى لحكم التحكيم إلا إذا كان هذا الحكم ذا قوة تنفيذية .(١) وطبقاً للمادة (٤١) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م فإن القوة التنفيذية لحكم التحكيم هى " مالأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ" . وحكم التحكيم باعتباره عملاً قانونياً ، له قوة ملزمة Force obligatoire وهذا العمل باعتباره عملاً إجرائياً ، له القوة الملزمة بمعناها الإجرائى، وبالأخص بمعنى الحجية .(٢)

وحجية حكم التحكيم مقررة بالنص ، سواء فى القانون المصرى أو فى القانون الفرنسى، فقد نصت المادة(٥٥) من قانون التحكيم المصرى على أنه " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضى.... " .كما نصت المادة (١٤٧٦) مرافعات فرنسى على أن " لحكم التحكيم منذ صدوره حجية الأمر المقضى ..."(٣) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " متى كان الثابت أن طرفى الخصومة قد لجأ إلى التحكيم فيما كان ناشئاً بينهما من منازعات متعددة بشأن زراعة الأطيان المملوكة

---

(١) راجع فى هذا المعنى : د. فتحى والى، التنفيذ الجبرىُ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية ، ١٩٨٩م، ص ٣٢، بند رقم(١٨)، د. وجدى راغب ، النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربى، ص ٣٩، د. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية، ص ٦ ومابعدها.

(٢) راجع: د. وجدى راغب ، المرجع السابق، ص ٢٣٠، ص ٢٩٥، د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، ١٩٩٣م، ص ٦١٦، بند رقم ٣٣٠، د. أحمد محمد حشيش ، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك:

J. vincent et s. Guinchard, procédure civile, 20 éd. Dalloz, 1981, p. 1171 et s.

وقد جاء نص المادة(١٤٧٦) مرافعات فرنسى كالتالى:

" la sentence a, dés qu'elle est rendu, l'autorité de la chose jugé relativement à la contestation qu'lle tranche" .

لهما ، وكان حكم المحكمين قد فصل بصفه نهائية فى هذه المنازعات ، وقضى لأحدهما بأحقيته فى استلام أطيان معينة بما عليها من الزراعة، وكانت هذه الزراعة قائمة فى تلك الأرض فعلاً وقت صدور حكم المحكمين، فإن أحقية المحكوم له للزراعة المذكورة تكون أمراً مقضياً له بموجب حكم المحكمين ضد الخصم الآخر ، وتكون دعوى هذا الأخـــير بطلب أحقيتــه لهـذه الزراعة مردودة بما لهذا الحكم من قوة الأمر المقضى ومن حجية قبله ...."[1].

ويقتضى بيان القواعد القانونية التى تنظم تنفيذ أحكام التحكيم معرفة الأسباب التى تؤدى إلى رفض تنفيذ هذه الأحكام من جانب الجهات التى تملك هذا الرفض.

وفى ضوء ماسبق سنقسم دراستنا فى هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول: تنفيذ أحكام التحكيم الدولى.

المبحث الثانى: رفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولى.

(١) محكمة النقض فى ١٤ مارس سنة ١٩٥٧م، المجموعة ، السنة (٨)، ص ٢٢٩ .

المبحث الأول

تنفيذ أحكام التحكيم الدولى

بداية نود أن ننبه إلى أنه عندما يتعلق الأمر بحكم دولى(أجنبى) نجد أن الحديث يتطرق إلى الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها، وهذا ما نجده فى نصوص الإتفاقيات الدولية التى تعالج هذا الموضوع، كإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ م ، أو إتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ م، وغير ذلك من الإتفاقيات الدولية والتى سنتناولها من خلال هذا المبحث.

ذلك أن هناك فارق بين الاعتراف بالحكم وتنفيذه ، فقد يثبت الاعتراف بالحكم ولكن لا ينفذ ، فى حين أنه لو نفذ فحتماً يكون قد تم الاعتراف به من الجهة التى أعطته القوة التنفيذية.

فالاعتراف يعنى أن حكم التحكيم قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، أما التنفيذ فيعنى الطلب إلى الخصم الذى صدر القرار ضده بأن ينفذ ما جاء فى الحكم وإلا أجبر على ذلك بموجب الإجراءات التنفيذية لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.

ومن أجل طلب الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمى فى مجال التحكيم التجارى الدولى لا مناص من إختيار أو تحديد المكان الذى يراد فيه الاعتراف بالحكم وتنفيذه ، ومعلوم أن هذا المكان – كما أسلفنا – هو الدولة التى توجد فيها أموال وممتلكات الشخص المحكوم ضده. وفى حالة توزيع هذه الممتلكات فى أكثر من دولة يكون لطالب التنفيذ إختيار المكان الأكثر ملائمة للاعتراف بالحكم وتنفيذه [1]

وتتم إجراءات الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية وفقاً للقواعد التى تنظم هذه الأمور ، ويمكن تقسيم هذه القواعد التى تحدد هذه الإجراءات إلى ثلاثة ، وهى :

١ – الإتفاقيات الدولية الجماعية .

---

(١) أنظر : د. فوزى محمد سامى : التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق، ص ٢٧٣ وما بعدها. وأنظر بصفة خاصة لمزيد من التفاصيل فى هذا الموضوع : د. حسام الدين فتحى واصف : تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة فى الخارج ، دراسة فى ضوء الإتفاقيات الدولية وقضاء التحكيم والتشريعات المقارنة ، عام ٢٠٠٠ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، د. منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولى والداخلى ، ٢٠٠٠م ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥ وما بعدها ، د. عصام القصبى ، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم ، ١٩٩٣م ، دار النهضة العربية ، ص٦٧ وما بعدها .

٢ـ الإتفاقيات الدولية الثنائية ٠

٣ ـ التشريعات الوطنية ٠

ولذا سنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالى :

المطلب الأول : تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً للإتفاقيات الدولية الجماعية ٠

المطلب الثانى : تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً للإتفاقيات الثنائية ٠

المطلب الثالث : تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية٠

المطلب الأول

تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً للإتفاقيات الدولية الجماعية

لقد جرت عدة محاولات على الصعيد الدولى لأجل توحيد القواعد الخاصة بتنظيم مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أو الدولية ، وذلك لأن هذا الموضوع مازال محل خلاف كبير بين قوانين الدول المختلفة ، ومن هنا كان للإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم أهمية خاصة فى محاولات توحيد القواعد التى تحكم وتنظم عملية تنفيذ هذه الأحكام ٠

فعقدت عدة إتفاقيات دولية توضح كيفية تنفيذ الأحكام التحكيمية ، وكان لها بالغ الأثر فى التشريعات الوطنية المختلفة ، حيث وحدت إلى حد كبير إجراءات تنفيذ هذه الأحكام لاسيما الدول الأعضاء فى هذه الإتفاقيات ٠

وقد نجحت عصبة الأمم في إبرام بروتوكول جنيف [1] بخصوص شرط التحكيم في ٢٤ سبتمبر ١٩٢٣ م،وكانت قد صدقت علية ٥٣ دولة،ومن أهم ما يتضمنه من أحكام الإعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق علي إجراءات التحكيم، وتعهد الدول المتعاقدة بتنفيذ أحكام التحكيم بناء علي طلب أحد الخصوم في حالة ما إذا كان

---

(١) أنظر نصوص هذا البروتوكول فى:
Carabiber, L'arbitrage international de droit privé, 1960, et s.p. 171.

هناك إتفاق علي التحكيم بين الأطراف ٠

كما تمكنت عصبة الأمم أيضاً من إبرام إتفاق جنيف بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الدولية ، وذلك فى ٢٦ سبتمبر ١٩٢٧م ، حيث صدقت على هذا الإتفاق حوالى ٣٤دولة[١].وقد نجحت جامعة الدول العربية فى إبرام أتفاقية تنفيذ الأحكام فى ١٤سبتمر ١٩٥٢م، وفى ٦ إبريل ١٩٨٣م، تم إبرام إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائى لتحل – بالنسبة للدول العربية التى صادقت عليها – محل إتفاقية ١٩٥٢م ، وفى ١٤ إبريل ١٩٨٧م، أقر مجلس وزراء العدل العرب فى دورته الخامسة " إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى " والتى تضمنت إنشاء المركز العربى للتحكيم التجارى ٠

هذا وإذا كان بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣م ينص على تنفيذ أحكام التحكيم التى تصدر فى الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ، فإن إتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ م قد ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث نصت فى مادتها الأولى على الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام فى إقليم أى دولة من الدول الأعضاء (الأطراف) فى الإتفاقية بالشروط الأتية :

١- أن يكون الحكم قد صار بناء على إتفاق خاضع لأحكام بروتوكول ١٩٢٣م٠

٢- أن يكون الحكم قد صدر فى دولة من الدول المنضمة لإتفاقية جنيف٠

٣- أن يكون أطراف النزاع خاضعين لقضاء إحدى الدول الأطراف فى الإتفاقية٠

ولم تكتف عصبة الأمم بما اعدته من قواعد فى بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣م، حيث وجدت أن الحاجة تقتضى إيجاد قواعد مكملة للبروتوكول المذكور، ولذلك أقرت فى جنيف فى ٢٦ يوليو عام ١٩٢٧م إتفاقية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ٠

وقد جاءت هذه الإتفاقية فى إحدى عشرة مادة ، وقد نصت المادة السادسة منها على أن " هذه الإتفاقية لا تطبق إلا على أحكام التحكيم الصادرة بعد نفاذ البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف ١٩٢٣م)٠ وينبغى على كل دولة من الدول المتعاقدة (بموجب المادة الأولى من هذه الاتفاقية) ، أن تعترف بحجية أحكام التحكيم الصادرة بناء على مشارطة تحكيم أو شرط تحكيم على نحو ما أشير إليه فى بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣م٠

---

(١) أنظر :

Carabiber, op. cit. p. 172 et s.

وتعترف الدول بتنفيذ الحكم عندما يكون حكم التحكيم قد صـدر فى دولة متعاقدة تطبق أحكام هذه الإتفاقية وأن يكون الحكم المذكور متعلق بنزاع قائم بين أشخاص يخضعون لقضاء إحدى الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية التى نحن بصددها ٠

كما وضعت المادة آنفة الذكر عدة شروط لصحة الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، وقد جاءت هذه الشروط كما يلى :[١]

(أ) أن يكون الحكم قد صدر بناء على مشارطة تحكيم أو شرط تحكيم صحيح طبقاً للتشريع الواجب التطبيق لمعرفة صحة الإتفاق على التحكيم ٠

(ب) أن يكون موضوع النزاع من الأمور التى يمكن حسمها بالتحكيم وفقاً لقانون الدولة المراد الاعتراف وتنفيذ الحكم المذكور فيها ٠

(ج) أن يكون الحكم قد صدر من قبل هيئة تحكيم تم تشكيلها طبقاً لمشارطة التحكيم أو شرط التحكيم أو كان تشكيلها قد تم باتفاق الأطراف وطبقاً للقواعد الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على إجراء ات التحكيم٠

(د) أن يكون الحكم قد أصبح نهائياً فى البلد الذى صدر فيه وغير قابل للطعن ٠

(هـ) أن لا يكون الاعتراف وتنفيذ الحكم مخالفاً للنظام العام أو لمبادىء القانون العام فى الدولة المراد فيها الاعتراف به وتنفيذه ٠

أما إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م والتى أشرنا إليها آنفاً فتعتبر من أفضل ما توصل إليه المجتمع الدولى فى مجال الاعتراف وكيفية تنفيذ الحكم بموجب إجراءات بسيطة وواضحة ٠

وهذه الإتفاقية تحل محل إتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧م وبروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣ م بالنسبة للدول الأطراف فى تلك الإتفاقيتين ، عندما تصبح طرفا فى إتفاقية نيويورك التى نحن بصددها ٠[٢]

---

(١) وقد تعرضت المادة الثانية من هذه الإتفاقية للحالات التى يحكم القاضى بناء عليها ويرفض تنفيذ حكم التحكيم، وسيأتى الحديث عنها عند بحث رفض تنفيذ الحكم ٠ كما بينت المادة الرابعة منها الوثائق التى يجب تقديمها عند تنفيذ حكم التحكيم ٠(٢) ولقد لاقت هذه الإتفاقية تأييداً كبيراوتقبلاً واسعاً من قبل غالبية دول العالم والدليل على ذلك كثرة عددالدول المنضمة إليها الأن ٠

(٢) وقد لاقت هذه الإتفاقية تأييداً كبيراً وتقبلاً واسعاً من قبل غالبية دول العالم والدليل على ذلك عدد الدول المنضمة إليها الآن٠

وقد نجحت منظمة الأمم المتحدة فى التوصل إلى إبرام إتفاقية نيويورك للأعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها [1] . وذلك فى ١٠ / ٦/ ١٩٥٨م ، حيث نصت المادة الأولى من هذه الإتفاقية فى فقرتها الأولى على سريان القواعد التى تضمنتها على أحكام التحكيم الصادرة فى إقليم دولة غير الدولة التى يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها ... كما تسرى أيضا على أحكام التحكيم التى لاتعتبر وطنية فى الدولة التى يطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها .

ويتضح من هذا النص أنه لايشترط لإنطباق هذه الإتفاقية صدور حكم التحكيم فى إحدى الدول المتعاقدة ، ومن ثم فحكم التحكيم الصادر فى دولة غير عضو فى الإتفاقية يخضع تنفيذه فى أى دولة عضو لأحكام الإتفاقية بالرغم من أنها لم تنضم للإتفاقية [2] .ومن ثم فإن هذه الإتفاقية توسع من دائرة ما يعتبر حكماً أجنبياً، فمن الممكن أن يعتبر الحكم كذلك حتى ولو كان صادراً فى الدولة ذاتها التى يراد تنفيذه فيها إذا هذا الحكم لا يمكن إعتباره حكم تحكيم وطنى وفقاً لقانون هذه الدولة .

ومثال ذلك الحكم الذى يصدرفى نزاع بين أطراف أجنبية وكان متعلقاً بمعاملة تجارية دولية تنفذ فى الخارج، فقد اعتبر هذا الحكم حكماً أجنبياً يخضع لإتفاقية نيويورك فى ظل

---

(١) أنظر : د. إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق ، طبعة ١٩٩٧م، ص ٢٤٧ وما بعدها .
وراجع أيضا
Jacqueline Rubellein, l'arbitrage, nature juridique, droit interne et droit international privé, L.G.D.J., 1965, p. 131 et s. Bredin, la convention de New york, du 10 jyuin1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangéres, clunt, 1960, p. 1002 et s.
وراجع أيضا فى هذا الشأن : د. حسن محمد الجارنة، فى تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، مؤتمر القاهرة – الاسكندرية للتحكيم التجارى والبحرى الدوليين، خلال الفترة من ١١-١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٢م ، ص٢١، د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ، طبعة ١٩٩٥م، المرجع السابق، ص٢٧٢ وما بعدها، د. محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص٣٣١ وما بعدها .

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق ، ص٢٥٢ ، حيث يقرر سيادته فى هذا الصدد (بناء على حكم الفقرة الثالثة من المادة الأولى من هذه الإتفاقية) أن الأمر لن يكون على هذا الحال المذكور فى المتن إذا كانت الدولة قد تحفظت عند إنضمامها للإتفاقية بقصر إلتزامها بتطبيق أحكام الإتفاقية على الأحكام الصادرة فى أحد الدول الأعضاء. وهذا ما حدث بالفعل فى كل من سويسرا والنمسا والولايات المتحدة الأمريكية ونيجيريا وكوبا والمغرب والهند واليابان وفرنسا وغيرها .

القضاء الأمريكى [1].

كما أن هذه الإتفاقية تسمح للدول المتعاقدة بالتحفظ بصدد نصوصها المنظمة الأعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بشرط عدم إعمالها فى غير أحكام المحكمين الصادرة فى دولة أخرى متعاقدة، وهذا ما يعبر عنه (بشرط المعاملة بالمثل) أو أن تقصر الدولة إلتزامها بالاعتراف وتنفيذ الأحكام على مايصدر من أحكام فى منازعات ناجمة عن علاقات قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية ، بشرط أن يكون محل هذه التعاقدات عمل تجارى وفقاً لقانون الدولة الملتزمة.

وقد أرست الإتفاقية مبدأ المعاملة الوطنية بشأن معاملة هذه الأحكام الأجنبية ، وهذا يعنى التزام الدول المتعاقدة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم وفقا لقواعد المرافعات السارية فىهذه الدول دون تمييز ، أو إخضاع هذه الأحكام لشروط أكثر تشدداً أو لرسوم أكثر تكلفة بدرجة ملحوظة عن الشروط المعنية بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية[2]، وهذا ما قررته المادة الثالثة من الإتفاقية التى نحن بصددها، حيث نصت على أن " تعترف كل دولة بحجية حكم التحكيم وتقر تنفيذه وفقاً لقواعد الإجراءات السارية فى الدولة التى يطلب تنفيذ الحكم فيها وبمراعاة الشروط المقررة فى المواد التالية، وللاعتراف بأحكام التحكيم التى تنطبق عليها الإتفاقية وتنفيذها ليس للدولة المغالاة فى المصروفات القضائية ولا الشروط المطلوبة بالنسبة للمصروفات أو الشروط المطلوبة أو للاعتراف بأحكام التحكيم الوطنية وتنفيذها".

ويتضح من هذا النص أن إتفاقية نيويورك تلزم الدول المتعاقدة بعدم إثارة العقبات حيال أحكام التحكيم الأجنبية وذلك من ناحيتين :

أولاً: أن الدولة تلتزم بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وبالتالى فليس للدولة أن تستند إلى أجنبية حكم التحكيم لكى تمتنع عن الاعتراف به أو لتعارض فى تنفيذه.

وقد وضعت الإتفاقية هنا قاعدة إسناد تحكيم إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم والتى

---

(١) أنظر د. مختار أحمد بريرى، التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق، ص ٢٩٩ وما بعدها.
(٢) أنظر: د. مختار أحمد بريرى ، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٢٩٩ وما بعدها.

تتمثل فى قانون القاضى، وبناء على ذلك يتم تنفيذ الحكم وفقاً للإجراءات المقررة فى قانون الدولة التى يطلب تنفيذ الحكم فيها مع مراعاة عدم الوقوع فى إحدى الحالات التى توجب رفض تنفيذ الأحكام ، والتى نصت عليها الإتفاقية [1]، والتى سنعرض لها فيما بعد .

ثانياً : أن الإتفاقية قد قربت بين أحكام التحكيم الأجنبية والوطنية، بيد أنها لم تذهب إلى حد التسوية بينهما .

وإذا كانت هذه الإتفاقية تسند إجراءات تنفيذ الحكم إلى قانون الدولة التى يطلب فيها تنفيذه ،فإنها تطلبت أيضاً أن يقدم طالب التنفيذ مع طلبه أصل حكم التحكيم أو صورة منه مع أصل إتفاق التحكيم أو صورة منه، كما يتعين عليه أيضاً أن يقدم ترجمة رسمية لحكم التحكيم وإتفاق التحكيم إذا لم يكن أى منهما محرراً بلغة الدولة التى يطلب فيها التنفيذ، وتكون الترجمة رسمية – طبقاً للاتفاقية- إذا كانت مصدق عليها من قبل جهة دبلوماسية أو قنصلية أو بواسطة مترجم رسمى أو حالف اليمين . وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من الإتفاقية ،حيث أوجبت على من صدر الحكم لصالحه – كى يحصل على الاعتراف وتنفيذ الحكم – أن يتقدم بطلبه مرفقاً به مايلى:

١ – أصل الحكم الرسمى أو نسخة معتمدة منه .

٢ – أصل إتفاق التحكيم أو نسخة معتمدة منه .

٣ – تقديم ترجمة رسمية أو معتمدة أو بواسطة مترجم تم حلفه اليمين ، وذلك إذا كان الحكم صادر بلغة غير لغة الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها[2] .

هذا مع مراعاة أن اقتضاء هذه الأمور لا يتعارض وتطبيق قانون الدولة التى يطلب تنفيذ الحكم فيها على مسائل الإجراءات ، وهذا يعنى أنه يجب إتّباع الإجراءات المنصوص عليها فى قانون محل التنفيذ بالإضافة إلى الأحكام التى تقررها الإتفاقية فى هذا الصدد[3].

---

(١) أنظر فى ذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٦٣ وما بعدها.

(٢) أنظر فى تفصيل أحكام هذه الاتفاقية: د. مختار بريرى ، المرجع السابق، ٢٩٩ وما بعدها ، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص٢٤٧ وما بعدها .

(٣) أنظر : د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٦٥ .

وقد تمكنت أيضاً منظمة الأمم المتحدة من إبرام الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى فى ٢١/ ٤/ ١٩٦١م ، وقد صدقت عليها تسعة عشر دولة أوربية ، وتهدف هذه الإتفاقية إلى إيجاد تحكيم دولى على المستوى الأوربى[١]، وهى تنطبق على المنازعات الناشئة عن معاملات التجارة الدولية فيما بين أطراف يتوطنون أو تتركز أعمالهم فى دول مختلفة من بين الدول المتعاقدة.

وقد تناولت هذه الإتفاقية قواعد تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى ، وذلك فى المادة التاسعة منها والتى تحظر على الدول المتعاقدة الإمتناع عن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إستناداً إلى صدور حكم ببطلانه فى دولة متعاقدة أخرى إذا توافر شرطان :

الشرط الأول : أن تكون الدولة التى صدر فيها الحكم ببطلان حكم التحكيم:

١- إحدى الدول المتعاقدة .

٢- وأن تكون هذه الدولة المتعاقدة هى الدولة التى صدر فيها الحكم أو الدولة التى صدر الحكم وفقاً لقانونها.

الشرط الثانى : أن يكون بطلان الحكم مؤسساً على أحد الأسباب الآتية على سبيل الحصر ، وهى :

١- نقص أهلية أحد أطراف إتفاق التحكيم ، وذلك طبقاً للقانون الواجب التطبيق .

٢- بطلان إتفاق التحكيم طبقاً لأحكام قانون الإرادة ، أوقانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم ، فى حالة عدم إتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق.

٣- عدم إعلان طالب البطلان بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم ، أو عدم تمكينه من إبداء دفاعه.

٤- الفصل فى مسائل لا يتضمنها إتفاق التحكيم ، أو شرط التحكيم، أو تجاوز مضمون إتفاق أو شرط التحكيم.

---

(١) راجع فى ذلك :

Klein, La convention europenne sur l'arbitrage commercial international. Rev. Critique de dr. Int. pr, 1962, P.624 et s, Bredin, la convention de New york .,op. cit. p. 1002 et s .

٥- تشكيل محكمة التحكيم أو عدم مطابقة الإجراءات لما اتفق عليه الأطراف ، أو لماتنص عليه المادة الرابعة من الإتفاقية عند عدم وجود إتفاق بين الأطراف [١].

وأما بالنسبة لإتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائى المنعقدة بتاريخ ١٩٨٣/٤/٦ م فقد تضمنت نصوصاً خاصة بالتعاون العربى فى مجال الأحكام والإنابة القضائية وإعلان الوثائق القضائية وغير القضائية وطرق تبليغها، كما تضمنت أحكاماً تتعلق بتسليم المتهمين والمحكوم عليهم ٠ ولكن ما يهمنا بصفة خاصة من هذه الإتفاقيات أنها أفردت نصاً خاصاً يتعلق بتنفيذ الأحكام التحكيمية ، فقد نصت المادة (٣٧) منها على أنه " مع عدم الإخلال بنص المادتين(٢٨ ، ٣٠) من هذه الإتفاقية يعترف بأحكام المحكمين وتنفذ لدى أى طرف من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها فى هذا الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ"[٢].

ويذكر البعض [٣] أن إعمال النص السابق مؤداه أن السلطة القضائية فى البلد المراد تنفيذ الحكم فيه لا يجوز لها أن تتعرض لموضوع النزاع لأن الأمر يتعلق بمراجعة الشروط الشكلية لحكم التحكيم[٤].

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الجائزة وفقاً لنص المادة (٢٨) من هذه الإتفاقية تعتبر ترديداً لما ورد فى إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ م ، غير أن إتفاقية الرياض قد استحدثت فى هذا النص حكماً جديداً يوجب امتناع القاضى عن الاعتراف بالحكم ، وبالتالى عدم تنفيذه إذا كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء٠

ونود أن نؤكد أن جميع الإتفاقيات السابقة – وغيرها والتى لا يتسع المقام لسردها جميعاً – قد تركت إجراءات تنفيذ الأحكام التحكيمية إلى القواعد القانونية للبلد المراد

---

(١) أنظر: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص ٢٥٠ وما بعدها ، د٠ منير عبد المجيد ، قضاءالتحكيم ٠٠٠، المرجع السابق، ص ٢٧٣ وما بعدها٠

(٢) ويلاحظ من هذا النص أنه قد اقتصر على معالجة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فى إحدى الدول العربية ٠ وهذا مايؤكد الطابع الإقليمى لهذه الإتفاقية ٠

(٣) أنظر : د٠ عصام الدين القصبى ، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم ، المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها ٠

(٤) وهذا موضوع محل خلاف بين فقهاء القانون ، حيث يرى البعض أن هذه المراجعة يجب أن تتم على الشروط الموضوعية للحكم وليست الشكلية ٠
أنظر هذا الخلاف فى: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص ٢٨٨ وما بعدها٠

تنفيذ الحكم فيه . وتسود هذه الإتفاقيات فكرة حصر رقابة المحكمة أو الجهة التى تضفى الصفة التنفيذية عليها لمراجعة القرارات ولمعرفة إستيفائها للشروط الشكلية ، وإن القواعد الإجرائية قد طبقت بالفعل ، كما أن المبادىء الخاصة بحق الأطراف فى الدفاع ومعاملتهم على قدم المساواة قد تم احترامها وعدم الإخلال بها[1].

كما نود أن نؤكد أيضاً على أن إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ م تمتاز بالمرونة والوضوح ، فقد رأينا أن هذه الإتفاقية تسمح للدول المتعاقدة بالتحفظ بصدد تطبيق نصوصها الوطنية دون إهمالها ، والتى تتعلق بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، هذا فضلاً على سهولة ويسر الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ الأحكام التحكيمية والتى تقررها نصوص هذه الإتفاقية ، ولذا وجدت تقبلاً كبيراً من الدول ، الأمر الذى دفع الكثير من الدول إلى الإنضمام إليها .

المطلب الثانى

تنفيذا أحكام التحكيم وفقاً للإتفاقيات الثنائية

المعروف والمسلم به أن الاهتمام بالتحكيم التجارى الدولى قد ازداد بزيادة التبادل التجارى الدولى وتوسيع العلاقات الاقتصادية والمعاملات التجارية على مر الزمن ، وأيضا مما زاد فى أهمية التحكيم عدم وجود قضاء دولى مختص بنظر المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية على الصعيد الدولى.

وقد سلف القول أن الأطراف المتنازعة فى التعامل الدولى تتجنب إخضاع منازعتها الناشئة عن تلك العلاقات إلى قضاء إحدى الدول ، لذلك فإن العقود التجارية الدولية غالباً ماتتضمن شرط تحكيم .

وهذا الاهتمام الزائد بالتحكيم أدى إلى إنشاء العديد من الهيئات والمراكز المتخصصة بالتحكيم ، كما أن المنظمات الدولية والمؤسسات المعنية بقواعد القانون

---

(١) أنظر : د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٧٧ وما بعدها.

التجارى الدولى قد ساهمت فى إيجاد قواعد خاصة بالتحكيم التجارى الدولى تعالج كل ما يتعلق بالتحكيم من إجراءات وأحكام ، كما أن المجتمع الدولى وجد أن الحاجة تستدعى إعداد إتفاقيات متعددة الأطراف تعالج القواعد الخاصة بالتحكيم التجارى الدولى وكيفية الاعتراف بأحكام التحكيم التى تصدر فى دولة معينة ويراد تنفيذها فى دولة أخرى. فقد تعقد الدولة مع دولة أخرى إتفاقية بشأن تنفيذ أحكام التحكيم فى كل منهما ، وبموجب هذه الإتفاقية تلتزم الدولة الطرف بتنفيذ الأحكام التحكيمية التى تصدر فى الدولة الطرف الآخر والعكس صحيح.

وغالباً ما توجد القواعد الخاصة التى تنظم تنفيذ هذه الأحكام ضمن نصوص الإتفاقيات التى تعالج مسائل التعاون القضائى بين الدولتين ، ومن هذه المسائل تنفيذ الأحكام القضائية ، وتنفيذ الأحكام التحكيمية ، وهناك أمثلة عديدة لهذه الإتفاقيات الثنائية[1] التى عالجت كيفية تنفيذ الأحكام التحكيمية بين الدول الأطراف فى كل إتفاقية على حده .

كما أن هناك إتفاقيات ثنائية قد نصت على إلزام الأطراف المتعاقدة بأحكام التحكيم دون أن تعالج كيفية تنفيذ هذه الأحكام تاركة ذلك لقواعد القانون الوطنى . ومن أمثلة ذلك الإتفاقية الإقتصادية المعقودة بين حكومة الإمارات العربية المتحدة وحكومة الجمهورية التونسية الموقعة فى ٥ أغسطس ١٩٧٤م، حيث بينت المادة (١٢) منها كيفية حسم المنازعات بواسطة لجنة التحكيم، فوضحت كيفية تشكيلها فى الفقرة (ب) ، ونصت فى الفقرة (د) منها على أنه " تعتبر أحكام لجنة التحكيم ملزمة للطرفين المتعاقدين" .

ونظراً لكثرة الإتفاقيات الثنائية (المعاهدات) وتشبعها فقد أوجزنا الحديث عنها

---

(١) أنظر على سبيل المثال : الإتفاقيات التى عقدتها مصر مع غيرها من الدول، وبعض الإتفاقيات الثنائية الأخرى فى: د. عز الدين عبدالله ، إتفاقية جامعة الدول العربية ، مجلة مصر المعاصرة ، إبريل ١٩٧٤م، ص٣٤ وما بعدها.

وأنظر فى بيان الإتفاقيات الثنائية التى عقدتها فرنسا مع مختلف الدول :

Jean Robert, Arbitrage Civil et commercial, 1967, 4éd . Dalloz.p 387 et s, et p. 515 et s.,Jean Robert, droit interne et droit international privé,5e éd.,Dalloz, 1983, p.161 et s.

وراجع فى شأن الإتفاقيات الثنائية فى تنفيذ الأحكام والقرارات التكميلية : د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٧٨ وما بعدها.

باشارة مختصرة تنبىء عن وجودها وأهميتها فى هذا المجال وحتى لا يغفلها القارىء العادى ٠

وهذه الإتفاقيات بنوعيها – جماعية أو ثنائية – والتى عالجت مسائل الإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية يمكن تلخيص قواعدها التى اتسمت بها فى النقاط التالية[1] :

١ – أن هذه الإتفاقيات قد نصت صراحة على أن السلطة المختصة فى الدولة التى يراد تنفيذ الحكم التحكيمى الأجنبى فيها لا تملك مراجعة وبحث موضوع النزاع الذى صدر بشأنه هذا الحكم، وإن كان لهذه السلطة – عند الطلب إليها لأضفاء الصيغة التنفيذية للحكم – مراجعته من الناحية الشكلية والتأكد من مدى صحته من الناحية القانونية ٠ ولهذه السلطة الحق فى رفض الاعتراف بالحكم المذكور أو رفض تنفيذه إذا تحققت إحدى الأسباب التى نصت عليها تلك الإتفاقيات فى هذا الشأن ٠

وفى هذا السياق نصت المادة الثالثة من إتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية على أنه " لا تملك السلطة المطلوب إليها تنفيذ حكم محكمين صادر من إحدى دول جامعة الدول العربية إعادة فحص موضوع الدعوى الصادر فيها حكم المحكمين المطلوب تنفيذه ٠٠٠"، كما جاء فى المادة (٣٧) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائى بأنه لا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم إلا فى حالات أوردتها هذه المادة على سبيل الحصر ٠

وقد أوجبت المادة (٣٥) من الإتفاقية العربية للتحكيم التجارى إلزام المحكمة المختصة (المحكمة العليا) لدى كل دولة متعاقدة باضفاء الصفة التنفيذية على أحكام هيئة التحكيم وحظرت رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان الحكم مخالفاً للنظام العام٠

وبناءً عليه فإن المحكمة المختصة ليس لها سلطة النظر فى موضوع النزاع الذى صدر من أجله الحكم التحكيمى وإنما تفحصه فقط من ناحية مدى إتفاقه مع قواعد النظام العام فى الدولة التى يراد تنفيذ الحكم فيها ٠

---

(١) أنظر: د٠ فوزى محمد سامى ، المرجع السابق، ص ٣٨٠ ومابعدها ٠

٢- أن هذه الإتفاقيات الخاصة بالتحكيم تركت المسائل الإجرائية لتنفيذ الأحكام التحكيمية إلى القانون الوطنى للدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ، حتى أن بعض هذه الإتفاقيات قد عينت المحكمة المختصة التى يطلب إليها الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ، كما هو الحال فى الإتفاقيات العربية للتحكيم التجارى سالفة الاشارة ٠

٣- أن بعض هذه الإتفاقيات قد ذكرت الوثائق والمستندات التى يجب أن يرفقها طالب التنفيذ مع طلبه إلى الجهة المختصة فى الدولة التى يراد تنفيذ الحكم فيها، وهذا مانصت عليه المادة الرابعة من إتفاقية جنيف ١٩٢٧م ، والمادة الرابعة من إتفاقية نيويورك ١٩٥٨م، والمادة (٥٤) من إتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م ، والمادة الخامسة من إتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية، والمادة(٣٧) فى الفقرة (هـ) من إتفاقية الرياض للتعاون القضائى ٠٠

وجدير بالذكر إن الإتفاقية العربية للتحكيم التجارى لم يرد فيها ما يشير إلى الوثائق والمستندات التى يجب تقديمها من قبل طالب التنفيذ إلى السلطة المختصة بيد أن المذكرة الإيضاحية لمشروع هذه الإتفاقية قد جاء فيها أن " الوثائق التى يجب إرفاقها بالحكم عند تقديمه إلى المحكمة العليا تحددها التشريعات الوطنية" ٠

٤- أن هذه الإتفاقيات الدولية الخاصة بتنفيذ الأحكام التحكيمية قد عددت الأسباب التى يمكن أن يستند إليها الطرف الخاسر أو الجهة المختصة فى رفض الاعتراف وتنفيذ الأحكام المذكورة وذلك على سبيل الحصر بحيث لا يجوز القياس عليها٠

تلك كانت نظرة سريعة على مسألة تنفيذ الأحكام الدولية التحكيمية وفقاً للمعاهدات الدولية التى تنعقد جماعية أو ثنائية بين الدول المختلفة ٠ ولكن ماهو حال تنفيذ هذه الأحكام فى تشريعات هذه الدول ؟

الإجابة عن هذا السؤال ستكون موضوع المطلب الثالث والذى سنتناوله فيمايلى٠

المطلب الثالث

تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لبعض التشريعات الوطنية

فىالحقيقة أن هناك تبايناً بين الدول المختلفة بالنسبة لإجراءات وشروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (غير الوطنية) ، وهذا التباين لم تمحوه الإتفاقيات الدولية السابقة التى عنت بمسألة التحكيم ، بل على العكس قد أكدت على وجوده وفاعليته عندما قررت ترك مهمة تحديد هذه الإجراءات لقانون الدولة المطلوب تنفيذ حكم التحكيم أمام محاكمها ٠ فقد رأينا من قبل أن المادة الثالثة من إتفاقية نيويورك ١٩٥٨م تنص على أن " الدول المتعاقدة تعترف بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة فى الإقليم المطلوب فيه التنفيذ " ٠

ومن جهة أخرى فما زال لهذا التباين تأثيره الذى لا يمكن إغفاله ، وذلك لأنه على الرغم من أن الإتفاقيات الدولية المعنية – وخاصة إتفاقية نيويورك ١٩٥٨ م – قد انضم إليها عدد كبير من الدول، فإنه مازال هناك دول أخرى خارج نطاق سريان هذه الإتفاقيات ،بل أن بعض هذه الإتفاقيات قد اعترفت لطالب التنفيذ بالحق فى التمسك بالنص الأكثر فائدة ، سواء كان هذا النص يتضمنه نظام قانونى وطنى ، أو إتفاقية معنية أخرى [1].

وعلى ذلك نتناول بحث الإجراءات الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية أو الأجنبية طبقاً لبعض التشريعات المختلفة ، وذلك من خلال الأفرع الآتيه

الفرع الأول : إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً للقانون المصرى ٠

الفرع الثانى: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة ٠

---

(١) أنظر : د٠ عصام الدين القصبى ، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم،المرجع السابق، ص٦٢ وما بعدها٠ حيث يشير سيادته فى هذا الصدد إلى إمكانية تقسيم الدول من ناحية معاملتها لأحكام التحكيم غير الوطنية إلى مجموعتين الأولى : تعامل أحكام التحكيم هذه معاملة الأحكام القضائية الأجنبية مثل ايطاليا والنمسا واسبانيا ومصر وسوريا ٠ والثانية : تساوى بين أحكام التحكيم الأجنبية وأحكام التحكيم الوطنية مثل فرنسا٠

الفرع الثالث: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً لنظام التحكيم فى المملكة العربية السعودية.

الفرع الرابع: تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً للقانون الفرنسى الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٨١م.

الفرع الأول

إجراء تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً للقانون المصرى

سنقوم بتناول دراسة إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً لأحكام القانون المصرى فى النقاط التالية:

أولا: تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى إطار قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م:

ينعقد الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم التجارى الدولى لرئيس محكمة استئناف القاهرة أو أى محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف، ويجوز لرئيس المحكمة ندب أحد قضاة المحكمة لإصدار الأمر بالتنفيذ، وهذا ما نصت عليه المادة(٥٦) من هذا القانون.[1]

وقد أوجبت هذه المادة على طالب تنفيذ حكم التحكيم(الطرف المحكوم لصالحة) أن يرفق بطلبة ما يلى:

١- أصل الحكم وصورة موقعة منه.

٢- صورة من إتفاق التحكيم.

٣- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمده إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.

٤- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة(٤٧) من هذا القانون.

وحتى يقبل هذا الطلب فلا بد من انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان، وهى تسعون يوماً من تاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه، طبقاً لنص المادة(٥٤) من هذا القانون[2].

---

(١) سواء جرى هذا التحكيم فى مصر أو فى الخارج . وهذا ما يستفاد من نص المادة التاسعة من هذا القانون آنفة الذكر.

(٢) وسيأتى تفصيل ذلك عند بحث بطلان حكم التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصرى الحالي.

أما إذا كان المحكوم عليه قد رفع دعوى البطلان خلال هذا الميعاد فيصبح من الممكن قبول طلب تنفيذ الحكم، لأنه وفقاً لنص المادة(٥٧) من هذا القانون لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف التنفيذ.

ويحظر على القاضى المعروض عليه طلب الأمر بتنفيذ الحكم فحص الحكم من الناحية الموضوعية، فليس له سلطة تقدير صحته أو بطلانه، ومن ثم فإن عمل هذا القاضى يقتصر على إصدار الأمر بتنفيذ الحكم أو رفضه، لأنه ليس جهة استئناف[١]، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢١مايو ١٩٩٠م حيث جاء فيه" إذا تطرق القاضى إلى بحث مدى سلامة أو صحة قضاء التحكيم فى موضوع الدعوى فإنه يكون قد خرج عن حدود ولايته لأنه لا يعد هيئة إستئنافيه فى هذا الصدد وليس له إلا أن يأمر بالتنفيذ أو يرفضة".

وقد حددت المادة(٥٨) من قانون التحكيم المصرى شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فنصت فى فقرتها الثانية على أنه" لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقيق مما يلى:

أ- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع.

ب- أنه لا يتعارض مع ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية.

جـ- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

وتبدو الحكمة من الشرط الأول عدم إهدار ما أصدره القضاء من أحكام قضائية، وهذا ما يستوجب إعلاء حجية حكم القضاء على حكم التحكيم التالى له فى الصدور، حيث نفترض هنا أننا أمام حكم قضائى بات صدر فى موضوع النزاع الذى صدر بشأنه حكم التحكيم المراد تنفيذه[٢]. فهذا الشرط يستلزمه واجب كفالة احترام الحكم المصرى

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٩٥، حيث يشير سيادته هنا إلى أن قاضى التنفيذ لا يعتبر جهة مختصة بنظر بطلان الحكم، لأن دعوى البطلان لها قواعد وإجراءات خاصة بها.

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٠٥، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٩٦، د. أحمد محمد حشيش ، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٢٧١ وما بعدها.

وتفضيلة على الحكم الأجنبى فى حالة التعارض بينهما، وإلا كان فى ذلك عبث بالسلطة القضائية المصرية.

وبهذا المعنى عبرت بعض أحكام القضاء المصرى بأنه إذا تعارض الحكم الأجنبى (سواء كان حكماً قضائياً أو حكماً تحكيمياً) المطلوب من المحاكم المصرية تنفيذه فى مصر مع حكم صادر فيها يجب عليه الإمتناع عن إصدار الأمر بالتنفيذ لأن السيادة التى تقضى باسمها هـذه المحاكم توجب أن تضحى بالحكم الأجنبى احتراماً للحكم الصادر من المحاكم المصرية.[1]

ولقد أدى هذا الاعتبار إلى دفع بعض الفقهاء [2] إلى القول بأن هذا الشرط الذى نحن بصدده يدخل فى مفهوم النظام العام، بيد أن المشرع المصرى رأى على ما يبدو تمييزه بنص مستقل بمقتضاه يقف كل حكم أو أمر مصرى سبق صدوره من المحاكم المصرية، أى سواء كان نهائياً أم لا أو حائز لقوة الأمر المقضى أم لا. ويرجع فى تقدير قيام التعارض من عدمه إلى القضاء المصرى الذى يطلب منه التنفيذ. ولكن هل يمتنع القاضى عن الأمر بالتنفيذ حتى إذا تنازل الطرف المحكوم لصالحة قضائياً عن حقوقه المترتبة على هذا الحكم بالرغم من قبوله حكم التحكيم ولم يتمسك بالحكم القضائى الصادر لصالحه؟.

يرجح بعض الفقهاء[3] تمسك المحكوم لصالحه بالحكم القضائى وطلب رفض التنفيذ تأسيساً على أن الأمر هنا لا يتعلق بالنظام العام وأن قبول هذا الطرف للتحكيم أو الاستمرار فيه مع صدور حكم قضائى لصالحة يعنى التنازل الضمنى عن التمسك بالحقوق المترتبة على هذا الحكم.

هذا وإذا كانت المادة(٤/٢٩٨) من قانون المرافعات المصرى، والتى سنعرض لها فيما بعد، تنص على عدم تنفيذ الحكم الأجنبى إذا كان متعارضا مع حكم سابق صدوره من

---

(١) راجع: د. عز الدين عبدالله، القانون الدولى الخاص" الاختصاص القضائى الدولى"، ص ٩٢١، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام، ص ٢٩٦ وما بعدها.

(٢) أنظر فى ذلك: د. هشام صادق، " الاختصاص القضائى الدولى"، ص ٢٤٧ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

(٣) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

المحاكم المصرية، فهل يسرى هذا الحكم أيضا فى حالة ما إذا كانت هناك دعوى مرفوعة أمام المحاكم المصرية بين نفس الأطراف وفى ذات الموضوع ولم تتمخض عن صدور حكم مصرى بعد؟

اختلف الفقه[1] فى الإجابة على هذا التساؤل، **حيث ذهب جانب من الفقة المصرى إلى القول** بأنه لا مانع من إهدار الحكم الأجنبى فى هذه الحالة، وحتى ولو لم يكن هناك حكم قد صدر من المحاكم المصرية بعد ٠ **بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول** بأن مجرد وجود دعوى قائمة أمام دولة القاضى المطلوب فيه الأمر بالتنفيذ فى ذات الموضوع لا يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبى ٠ **وذهب فريق ثالث من الفقه المصرى إلى القول** بترك الأمر لتقدير القاضى الذى طالب منه الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى ليتخذ الموقف المناسب من هذه المسألة مهتدياً فى كل حالة على حده باعتبارات الملائمة من جهة ومتطلبات النظام العام من جهة أخرى٠

ويبدو أن هذا الرأى الأخير هو ما يحبذه أغلب الفقة، وذلك لعدم قبول ما نادى به الرأى الأول من رفض تنفيذ الحكم الأجنبى لمجرد وجود دعوى مرفوعة حول ذات المنازعة أمام القاضى المصرى، لأن مثل ذلك النظر يتعارض مع صريح نص المادة (٤/٢٩٨) من قانون المرافعات المصرى سالفة البيان، وأيضاً فإن المشرع المصرى لو أراد أن يشمل رفض إصدار الأمر تنفيذ الحالة محل البحث لنص على ذلك، كما فعل غيره من مشرعى العالم، كالمشرع السويسرى مثلاً، الذى نص فى المادة(٢/٢٧) من قانون المرافعات المدنيةالسويسرى على أنه" لا يجوز الاعتراف بالحكم الأجنبى إذا كانت هناك دعوى مرفوعة أمام المحاكم السويسرية بين نفس الخصوم وتنصب على ذات الموضوع الذى فصل فيه الحكم الأجنبى المراد تنفيذه"٠

كما أن ما ينادى به الفريق الثانى فيه مجافاة للأمور لأنه ينطوى على تكرار إجراءات لا مبرر له لا سيما وإن تنفيذ الحكم الأجنبى لا يتم إلا بعد التأكد من توافر شروط معينة تضمن جدية الحكم ونزاهته وتحقيق العدالة منه بين الخصوم ٠هذا فضلاً على إن

(١) أنظر لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د٠ هشام على صادق و د٠ حفيظة السيد الحداد، القانون الدولى الخاص، القسم الثالث، ص ١٧٤ وما بعدها٠

الأخذ بمقتضى هذا الرأى سيفتح الباب أمام الأطراف للتحايل إذ سرعان ما سيبادر الخصم سئ النية برفع دعوى أمام المحاكم المصرية حتى يعرقل سير خصومة التنفيذ فى مصر بما يعنيه ذلك من الإضرار بمصالح الأفراد على مستوى التجارة الدولية.[1] لذلك نرجح الرأى الثالث والذى يقضى بأن للقاضى المصرى أن يصدر الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى بالرغم من وجود دعوى مرفوعة أمام المحاكم المصرية فى ذات الموضوع وبين نفس الأشخاص أو أن يوقف نظر الدعوى المرفوعة أمامه إذا ثبت له جدية الإجراءات وأنها سوف تتبلور عن حكم واجب النفاذ فى مصر.

وإذا كان هذا هو الحل الواجب الاتباع فى رأى أغلب الفقهاء بصدد هذه المسألة فما هو إذاً الحل الواجب الاتباع إذا ما عرض على القاضى المصرى حكمين أجنبيين متعارضين صادرين من دولتين مختلفتين ويراد تنفيذ كل منهما فى مصر؟

فى الحقيقة أن هذا الفرض المطروح قد عالجته بعض التشريعات الأجنبية، فعلى سبيل المثال نصت المادة(٣/٣٢٨) من قانون المرافعات الألمانى المعدل بالقانون الصادر فى ٢٥ يونية ١٩٨٦م على رفض تنفيذ الحكم الأجنبى إذا كان يتعارض مع حكم أجنبى آخر سابق عليه فى التاريخ وقابلاً لأن يعترف به فى ألمانيا. وهو أيضاً نفس الحكم الذى أخذ به المرافعات السويسرى الجديد فى المادة (٢/٢٧) حيث نصت على رفض تنفيذ الحكم الأجنبى إذا أثبت أحد الأطراف أن هناك حكماً أجنبياً متعارضاً معه طالما كان هذا الحكم الأسبق فى التاريخ تتوافر فيه كافة الشروط المؤهلة للاعتراف به وتنفيذه فى سويسرا.

وبناء على هذا يرى بعض الفقه[2] أنه لا مانع من الأخذ بهذا المعيار الذى استند إليه كل من القانون الألمانى والقانون السويسرى،وهو معيار أسبقية الحكم الأجنبى فى التاريخ. فيجب الأخذ بهذا المعيار فى مصر بشرط أن يكون الحكم الأسبق فى التاريخ مستوفياً لكافة الشروط الأخرى التى يتطلبها القانون المصرى من أجل إصدار الأمر بالتنفيذ[3]

---

(١) أنظر:د. هشام صادق و د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص ١٧٦ وما بعدها.
(٢) أنظر: د. هشام صادق ود. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق، ص ١٧٧ وما بعدها.
(٣) أنظر هذه الشروط بالتفصيل فى : د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٩٠، د. عزالدين عبدالله، المرجع السابق، ص ٩٣٠ إلى ص ٩٥٠، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٩٠ إلى ص ٣٥٠.

وأما بالنسبة للشرط الثانى والمتعلق بعدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام فى مصر، والذى نصت عليه الفقرة(ب) من المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، فهو يعد من الشروط العامة، كما يعد أيضاً من القواعد الآمرة ، لذلك تقضى المحكمة المختصة من تلقاء نفسها بإلغاء حكم التحكيم إذا تضمن هذه المخالفة، وتبدو عموميتة من تقريره فى كافة الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم[١]، وتواتر التشريعات المختلفة على النص عليه ٠

فقد نصت المادة (٢٨) من القانون المدنى المصرى الحالى على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر" ، **ويعد هذا النص تعبيراً عن مبدأ استقر عليه القضاء فى كافة دول العالم** ٠فلا شك فى أن الهدف من النظام العام سواء فى المجال الداخلى أو الدولى هو هدف واحد، وهو حماية النظام القانونى الوطنى وتدعيم قوانين الدولة الأساسية، ولذا تعد فكرة النظام العام بمثابة" صمام الأمان" الذى يحمى الأسس الوطنية والدولية، وهى فكرة لم تكن واضحة فى الماضى القديم، فقد كانت هذه الفكرة تستخدم أساساً كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمى، بل أن دور النظام العام – وهى فكرة مرنه يصعب تحديدها – يختلف فى التنازع الدولى للقوانين عنه فى نطاق القانون الداخلى[٢]٠ذلك أن فكرة النظام العام تستخدم فى القانون الداخلى (الوطنى) لضمان عدم الخروج الإرادى عن أحكام القواعد القانونية الآمرة٠ بينما يسعتان بهذه الفكرة فى نطاق القانون الدولى الخاص لا ستبعاد تطبيق القانون الأجنبى الذى حددته قواعد الإسناد الوطنية للفصل فى النزاع المعروض ٠

ومن هنا يظهر الطابع الإستثنائى لهذه الفكرة فى مجال القانون الدولى الخاص فهى أداة لاستبعاد القانون الأجنبى وتطبيق القانون الوطنى بصفة استثنائية [٣] خروجاً عن الأصل العام المتمثل فى وجوب تطبيق القانون الذى أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه وطنياً كان أم

---

(١) أنظر: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق ص ٣٠٦، د٠ أحمد محمد حشيش ، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها٠

(٢) راجع فى هذا الشأن :فى تطور فكرة النظام العام: د٠ هشام صادق و د٠ حفيظة الحداد، المرجع السابق من ص ١٩٦ حتى ص ٢١٠ ٠ وراجع ما سبق عرضه ودراسته فى هذا الشأن٠

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين المرجع السابق، ص ٣٠٧، هشام صادق و د٠ حفيظة الحداد، تنازع القوانين، القسم الثانى، المرجع السابق، ص ٢٠٨ وما بعدها وراجع ما سبق ذكره فى هذا الشأن٠

أجنبياً . أما فى مجال القانون الداخلى فإن فكرة النظام العام تفقد هذا الطابع الإستثنائى، حتى وإن كانت تستخدم للحد من مبدأ سلطان الإرادة لأنه ليس فى ذلك خروجاً على مبدأ عام، ذلك لأن المبدأ هو أن الإرادة حرة فى حدود ما يسمح به المشرع [1].

ويترتب على الطابع الإستثنائى لفكرة النظام العام فى مجال القانون الدولى الخاص ، واختلاف دورها الذى تلعبه فى هذا المجال عن دورها فى مجال القانون الداخلى، نتيجة هامة، فنطاق إعمال فكرة النظام العام يضيق بالضرورة فى مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلى، فمخالفة القانون الأجنبى لأحكام القواعد الآمرة فى قانون القاضى لا يستلزم فى جميع الأحوال استبعاد أحكام هذا القانون باسم النظام العام. فمثلا القاعدة التى تقضى بتحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية تعتبر من النظام العام فى القانون الداخلى (سواء فى فرنسا أو فى مصر) ، ولا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها، ومع ذلك فإن تطبيق القانون الأجنبى الذى يحدد سن الرشد بأكثر من هذه السن أو أقل لا يصطدم بالضرورة مع النظام العام فى كل من الدول المذكورة.

وعلى ذلك فالسماح بتطبيق القوانين الأجنبية فى مادة تنازع القوانين يستتبع حتماً أن تنكمش مقتضيات النظام العام فى دائرة الحالات القانونية الأجنبية عنها فى نطاق الحالات القانونية الوطنية، وهذا ما يفضله بعض الفقه المصرى [2].

ويبدو أن تأثر البعض بهذه الاعتبارات هو الذى دفعهم إلى التفرقة بين النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى، ومع ذلك فقد انتقد الفقه الغالب هذه التفرقة لكونها تؤدى – من وجهة نظرة - إلى وهم خاطئ . فلفظ نظام عام دولى يوحى بوجود نظام عام مشترك بين الدول لكن الواقع أن النظام العام دائماً وطنى، وتحديده يكون بواسطة القاضى الوطنى فى المجتمع الوطنى، وهذا يتفق مع نظرة الشريعة الإسلامية فى تحديد فكرة النظام العام، حيث أن هذه الفكرة فى هذا الصدد منضبطة وتتمثل فى عدم مخالفة شرع الله عز وجل سواء على مستوى دار الإسلام أو على غير هذه الدار ، طالما يتعلق الأمر بشخص مسلم،

---

(١) أنظر: د. هشام على صادق و د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٢٠٧ .
(٢) أنظر: د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٠٧ .

وذلك حين يكون أحد طرفى العلاقة شخصاً مسلماً .

ففكرة النظام العام الدولى لا يمكن تصورها وفقاً للفقة الغالب إزاء الوضع الحديث والحالى للأمور ، حيث لا توجد سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض مثل هذا النظام .

وإذا كان صحيحاً أن هناك مبادئ أساسية تشترك معظم دول العالم فى الاعتراف بها ، فإن تطبيقها باسم النظام العام الدولى يعد خلط غير مستساغ ، فالقاضى إذ يطبق النظام العالم الدولى المقال به، فإنما يفعل ذلك لكون الأمر يمس أساساً النظام العام الوطنى السائد فى دولته، وهذا ما نحبذه ونميل إليه، فواقع الأمر أن صعوبة التسليم بالنظام العام الدولى هى النتيجة الطبيعية للصفة الوطنية لقواعد القانون الدولى الخاص وتعذر القول بوجود تنظيم دولى متكامل لهذا الفرع من فروع القانون .[1]

ومن ثم فليس هناك داع للتفرقة بين نظام عام دولى ونظام عام وطنى ، وإنما يتسم النظام العام – كقاعدة عامة – بصفة الوطنية ، وكل ما فى الأمر هو أن دور فكرة النظام العام ونطاق إعمالها يختلف فى القانون الداخلى عنه فى مجال القانون الدولى ، **ومن ثم يمكن القول من جانبنا أن فكرة النظام العام هى فكرة وطنية يمتد أثرها على العلاقات الدولية عند إعمال القانون الوطنى على تلك العلاقات .**

وبالرغم من ذلك فيبدو أن التطور المعاصر للروابط الخاصة الدولية – كما يذكر أحد الفقهاء[2] قد كشف عن تطبيقات عامة متنوعة لفكرة النظام العام الدولى، كما هو الشأن بالنسبة للروابط التى تحكمها المعاهدات من ناحية والروابط التى تخضع للعرف الجارى بين المتعاملين – لا سيما فى مجال التجارة الدولية – والذى تجرى هيئات التحكيم الدولية على تطبيقه من ناحية أخرى . [3]

وفى صدد تطبيق فكرة النظام العام فى مجال تنفيذ الأحكام التحكيمية فى مصر ، فقد

---

(١) راجع: د. هشام صادق ، المرجع السابق، ص٢٠٨ ، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٠٨ .

(٢) أنظر : د. هشام صادق ود. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٢١٥ وما بعدها .

(٣) ولذا وجدت فكرة الأثر المخفف للنظام العام والتى أقرها القضاء الفرنسى على نحو ما سنعرفه فيما بعد .

سبق القول بأن المادة(٢٩٨ / ٤) من قانون المرافعات المصرى قد نصت على أنه " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يلى ... أن الحكم أو الأمر لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الأداب فيها".

وبناء على هذا النص فإن فكرة النظام العام بصدد مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية (سواء كانت قضائية أم تحكيمية) تؤدى دوراً لا يختلف فى طبيعته عن الوظيفة السلبية التى تؤديها تلك الفكرة فى مجال تنازع القوانين، فهى تهدف – وكأثر مترتب على إعمال فكرة النظام العام – إلى منع إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى الذى يبدو متعارضاً مع الأسس الجوهرية السائدة فى دولة القاضى المراد تنفيذ الحكم الأجنبى فيه.

ويتحقق التعارض بين الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه وفكرة النظام العام فى دولة القاضى فى حالتين:

الحالة الأولى : إنتهاك حقوق الدفاع من خلال الإجراءات التى اتبعت فى إصدار الحكم:

ويطلق جانب من الفقة الفرنسى على هذا الفرض مصطلح النظام العام الإجرائى . وبناء على هذه الحالة يجوز للمحاكم الوطنية رفض إصدار الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية التى صدرت بعد فترة وجيزة من مثول المدعى عليه أمام القاضى الذى أصدر هذه الأحكام المطلوب تنفيذها أو تلك التى صدرت قبل استلام المدعى عليه للتكليف بالحضور أمام القاضى الأجنبى الذى أصدر الحكم، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسى كما سنعرف فيما بعد، ولكن السؤال الذى يثور فى هذا الصدد هو هل يعد من قبيل مخالفة النظام العام بالمعنى الإجرائى عدم تسبيب الحكم؟ فى الواقع أن العديد من الأحكام القضائية الفرنسية كانت تقضى برفض تنفيذ الأحكام الأجنبية التى كانت تخلو من بيان الأسباب التى قامت عليها باعتبار أن عدم التسبيب فى حد ذاته يعد متعارضاً مع فكرة النظام العام إلا أن القضاء الفرنسى الحديث قد عدل عن هذا الاتجاه وقضى بأن عدم التسبيب لا ينهض بذاته مبرراً كافياً لعدم تنفيذ الحكم الأجنبى متى كانت الأوراق والمستندات المقدمة فى خصومة لتنفيذ كافية لتمكين القاضى من الوقوف على أن ما قضى به الحكم ليس فيه ما يتعارض

مع النظام العام.[1]

ولقد أخذت محكمة النقض المصرية بذات الحل السابق والذى جرى عليه القضاء الفرنسى القديم وذلك حين رفضت هذه المحكمة الطعن الذى نعى على الحكم المطعون فيه قضاؤه بتنفيذ حكم أجنبى صادر من محكمة الخرطوم العليا بالسودان رغم خلوه من الأسباب الواقعية والقانونية بما يجعله باطلاً طبقاً للمادة (٣٤٧) من قانون المرافعات المصرى القديم لتعلق هذه المسألة بالنظام العام فى مصر، إلا أن المشرع المصرى عدل عن ذلك ولم يجعل تسبيب الحكم من عدمة أمراً متعلقاً بالنظام العام وذلك فى إطار قانون التحكيم المصرى الحالى. فالمشرع المصرى وإن أوجب تسبيب حكم التحكيم إلا أنه أجاز للأطراف أن يتفقا على غير ذلك أو إذا كان القانون الواجب الطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٤٣) من القانون المذكور والتى سبق التعرض لها عند الحديث عن تسبيب الحكم كشرط من شروط صحة حكم التحكيم[2].

الحالة الثانية: تعارض مضمون الحكم الأجنبى مع النظام العام فى دولة القاضى المطلوب منه تنفيذ الحكم:

إذا كان النظام العام فى دولة القاضى، بماله من وظيفة سلبية، يؤدى إلى إستبعاد تطبيق القانون الأجنبى الذى تحددة قواعد الإسناد الوطنية، وإذا كان مضمون هذا القانون يتعارض مع المبادئ الأساسية فى دولة القاضى فإن فكرة النظام العام فى إطار القانون القضائى الخاص الدولى تحول دون تنفيذ الحكم الأجنبى إذا كان الحل الذى يتضمن هذا الحكم يتعارض مع المبادئ والمثل السائدة فى الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها[3].

ولما كانت فكرة النظام العام فكرة مرنة متغيرة بحسب الزمان والمكان فإن القاضى المصرى المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبى هو الذى يقدر عدم تعارض الحكم مع النظام العام فى مصر عند التقدم بطلب تنفيذ الحكم الأجنبى، وله أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبى إذا كان

---

(١) أنظر فى ذلك: د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٨٠، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٩٨ .

(٢)أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٠٥، د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٨٠ ومابعدها.

(٣) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٠٥، د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٨٠ ومابعدها.

يتعارض مع النظام العام فى تلك اللحظة حتى ولو لم يكن فى هذا الحكم ما يخالف النظام العام عند صدوره عن القضاء الأجنبى، وذلك على نحو ما سنعرضه عند بحثنا لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى إطار قانون المرافعات المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن العبرة فى تحديد مفهوم النظام العام هى نصوص القانون المصرى، مع مراعاة عدم الخلط فى ذلك بين مفهوم النظام العام فى المجال الداخلى ومفهومه على صعيد المعاملات ذات الطابع الدولى، مع إمكانية تجزئة الحكم إذا كان الموضوع قابلاً للتجزئه، فيصدر الأمر بتنفيذ الجزء الصحيح دون تنفيذ الجزء المخالف للنظام العام، وهنا يقضى القاضى برفض تنفيذ الحكم(أو الجزء) إذا تبين له وجود ما يخالف النظام العام، دون حاجة لتمسك أحد الخصوم بذلك[١] ، وهذا على خلاف الحال فى الشرط الأول من شروط تنفيذ الحكم التحكيمى، وفقاً لنص المادة(٥٨) من قانون التحكيم المصرى الحالى.

أما بالنسبة للشرط الثالث الذى نصت عليه المادة المذكورة فى فقرتها (ج) والذى يتعلق بضرورة إعلان المحكوم عليه إعلاناً صحيحاً لتنفيذ حكم التحكيم وفقاً للقانون المصرى ، فتبدو الحكمة منه ضمان سلامة الإجراءات التى يتعين توافرها لتنفيذ الحكم فى مختلف القوانين ويتطلب قانون المرافعات المصرى – على نحو ما سنرى – تكليف الخصوم بالحضور وتمثيلهم تمثيلاً صحيحاً.

وفى الحقيقة أن هيئة التحكيم تكون ملزمه – كما سبق القول – بأن تسلم لكل طرف صورة من حكم التحكيم خلال ثلاثين يوماً من صدوره، ولذا يصعب تحقق ذلك عملاً إلا فى الحالات التى يمتنع فيها طرف عن المشاركة فى إجراءات التحكيم، كأن يرفض تعيين محكمة. وتتولى المحكمة ذلك وتصدر حكمها وفقاً لما تحت يدها من مستندات.[٢]

تلك هى الأسباب التى يجب أن يتأكد القاضى من عدم وجودها عند صدور الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى بحيث إذا توافرت إحداهما، كأن يكون الحكم الأجنبى متعارضاً مثلاً مع حكم تحكيم سابق تم صدوره من المحاكم المصرية أو كان الحكم مخالفاً للنظام العام فى

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٩٦، د. عنايت عبدالحميد ثابت، فكرة النظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص ، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٥٢ ومابعدها

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٧٩ . حيث يشير سيادته هنا إلى أن مشروع القانون الذى نحن بصدده لم يكن يتضمن هذه الحالة والتى تصطبغ بصبغة قواعد قانون المرافعات التى لا تتلائم والوضع الغالب فى حالات الحكم.

مصر أو لم يتم إعلان المحكوم عليه إعلاناً صحيحاً، وجب على القاضى رفض طلب التنفيذ.[1]

وقد وردت هذه الأسباب على سبيل الحصر، ومن ثم لا يجوز للقاضى رفض طلب التنفيذ لتوافر، أى سبب آخر، لأنه لا يعتبر جهة إستئناف، فلا شأن له بموضوع الحكم وسلامته وتقدير المحكمين، كما أنه لا يعتبر جهة مختصة بنظر صحة أو بطلان الحكم.[2]

وتعتبر هذه الأسباب (أو الشروط)، بمثابة الحد الأدنى الذى يتصور تطلبه لتنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لأى قانون تحكيم آخر، حيث تم نقل هذه الشروط عن الشروط التى تتطلبها بعض الإتفاقيات الدولية كإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، ولذلك يرى بعض الفقه[3] أنه كان من الأفضل بالمشرع المصرى أن يعمم حالات رفض التنفيذ المقرر فى الإتفاقية المذكورة لتجنب كافة الاحتمالات التى يتعين التفرقة بينها عند تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فى مصر.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم لا يصل التظلم منه، بيد أنه رغم ندرة تحقق صور الإشكال فى التنفيذ فى أحكام التحكيم فلا يوجد ما يمنع إمكانها ولو نظرياً. وهذا بخلاف الأمر الصادر برفض التنفيذ حيث يمكن التظلم منه للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو لمحكمة الاستئناف، وذلك حسب الأحوال على أن يرفع التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الأمر برفض التنفيذ، وهذا ما يستفاد من نص المادة (٣/٥٨) من قانون التحكيم المصرى.

ثانيا: تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى إطار قانون المرافعات المصرى رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨م:

إن معاملة تنفيذ الأحكام التحكيمية فى مصر والصادرة فى بلد أجنبى – قبل صدور

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٩، وما بعدها ، د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص ٣٠٥ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٩، وما بعدها ، د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص ٣٠٥ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص ، المرجع السابق، ص ٣٠٦ .

قانون التحكيم الحالى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م- كانت تتم وفقاً لشروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية التى يقررها قانون المرافعات المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م والمعمول به حالياً[١].

فقد نصت المادة (٢٩٩) من هذا القانون على أنه " تسرى أحكام المواد السابقة على أحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبى ويجب أن يكون الحكم صادراً فى مسألة يجوز التحكيم فيها طبقاً لقانون الجمهورية". وعلى ذلك فإن حكم التحكيم الصادر فى الخارج ويراد تنفيذه فى مصر لا تسرى عليه إلا القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات المذكورة ،وذلك لأن هذه القواعد ما زالت سارية بالرغم من صدور قانون التحكيم المصرى سالف الإشارة .[٢]

وتطبيقا لذلك نصت المادة (٢٩٦) من قانون المرافعات المصرى السابق على أنه " الأحكام والأوامر الصادرة فى بلد أجنبى يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه".

كما تضمنت المادة (٢٩٨) من ذات القانون شروطاً معينة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر[٣].ومن خلال النصوص السابقة لقانون المرافعات المصرى رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨م يتعين لتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية التى تصدر فى الخارج ويراد تنفيذها فى مصر الشروط الآتية:

١- **المعاملة بالمثل**: وهذا الشرط نصت عليه المادة (٢٩٦) من قانون المرافعات آنفة الذكر. ومؤدى هذا الشرط أن أحكام التحكيم الصادرة فى دولة أجنبية تعامل فى مصر بنفس المعاملة التى تعامل بها أحكام التحكيم الصادرة فى مصر عند تنفيذها

---

(١) مع مراعاة إنضمام مصر لإتفاقيتى نيويورك والجامعة العربية لتنفيذ الأحكام.

(٢) أنظر: د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٢٨٣ وما بعدها.

(٣) حيث نصت هذه المادة على أنه " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتى:
أ- أن محاكم الجمهورية غير مختصه بالمنازعة التى صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التى أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها.
ب- أن الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.
ج- أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضى طبقاً لقانون المحكمة التى أصدرته.
د- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها" .

فى هذه الدولة الأجنبية[1].

ويقرر البعض[2] أن تحقيق هذا المبدأ (المعاملة بالمثل) يقتصر مجال إعماله على فرض تضمن قانون بلد الحكم الأجنبى لأحكام أشد فى شأن الاعتراف به مما هو مقرر فى مصر.

٢- أن تكون المحاكم المصرية غير مختصة أصلاً بنظر المنازعة التى صدر بشأنها الحكم التحكيمى، والتحقق من اختصاص محكمة التحكيم التى أصدرته. وهذا الشرط ذو شقين:

فبالنسبة للشق الأول وهو (عدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع) فهو فى غاية الخطورة ، إذ أنه يترتب عليه رفض تنفيذ معظم - إن لم يكن كل – أحكام التحكيم الأجنبية فى مصر ، لأن حكم التحكيم الأجنبى المراد تنفيذه فى مصر لا بد وأن يكون قد صدر فى نزاع يرتبط بمصر برابطة ما. وقد أدخل المشرع المصرى فى اختصاص المحاكم المصرية أى نزاع تربطه بمصر أدنى رابطة.[3]

وقد عددت المادة(٣٠) من قانون المرافعات تسع ضوابط لاختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى الأجنبية، حيث نصت على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فى الأحوال الآتية.....". [4]

---

(١) ويعرف مبدأ المعاملة بالمثل بأنه" وضع يتحقق عندما تضمن دولة ما أو تعد دولة أخرى بمعاملة ممثليها أو وطنييها أو تجارتها أو غير ذلك معاملة مماثلة أو معادلة لتلك التى تضمنها لها الدولة الأخيرة أو تعدها بها". أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص ٣٣٧، د. أحمد السيد صاوى المرجع السابق ، ص ٢٨٤ .

(٢) أنظر : د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ٩٦ ، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٣٠٦ .

(٣) راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٠٨ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى المرجع السابق، ص ٢٨٥ وما بعدها.

ولذلك يذكر الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوى – وبحق- " أن هذا الشرط ينبغى تفسيره تفسيراً ضيقاً بحيث يقتصر تطبيقه على الحالات التى ينعقد فيها الاختصاص للقضاء المصرى دون غيره سواء طبقاً لإتفاق الأطراف أو طبقاً لنصوص القانون، ..." ، المرجع السابق، ص ٢٨٥ .

(٤) أنظر تفصيل هذه الضوابط التى يبنى عليها اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى ذات الطابع الدولى: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ص ٣٠٨ وما بعدها، وأنظر له أيضاً: القانون الدولى =

وأما بالنسبة للشق الثانى من هذا الشرط وهو (اختصاص محكمة التحكيم) فهذا يعنى أنه فى كل الأحوال يجب مراعاة القانون الذى يحكم الإتفاق على التحكيم، بمعنى أنه لا بد من اختصاص هيئة التحكيم وفقاً لهذا القانون وإلا تعين رفض تنفيذ حكم التحكيم لصدوره من هيئة تحكيم غير مختصه. ويتحقق عدم اختصاص هذه الهيئة إما لعدم تعيينها وفقاً للأسس التى اتفق عليها أطراف النزاع أو التى تقررها قواعد التحكيم التى أحال إليها الأطراف أو المقررة فى قانون الدولة الواجب التطبيق على التحكيم.

وقد عرض على محكمة النقض الفرنسية خلاف حول تحديد المحكم بصدد مشكلة تنفيذ عقد نقل منتجات بترولية بين شركتين إحداهما مقرها فى بنما والأخرى فى تونس. وجاء النص فى اتفاقهما على التحكيم على أن كل نزاع يثور عند تنفيذ العقد يتعين حله فى لندن ويعين كل طرف محكم ويتفق الحكمان المختاران على محكم ثالث فإذا رفض أحد الطرفين أو أهمل فى تعيين محكم خلال ٢١ يوماً من إستلام طلب الطرف الآخر يصدر الحكم من المحكم الواحد الذى تم اختياره ويكون قراره ملزماً.

وقد أيدت محكمة النقض[1] محكمة الاستئناف بباريس (فى حكمها الصادر فى ١٩٧٨/٧/١١م) فى أن استقلال محكم واحد بالحكم لا يكون إلا فى حالة إهمال أحد الطرفين أو تقصيره فى إختيار محكم فى المدة المتفق عليها برغم إخطار الطرف الآخر له.

٣- **صحة تمثيل الخصوم:** وقد نصت على هذا الشرط المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصرى سالف الإشارة، بل وتضمنته الإتفاقيات الدولية السابقة، حيث نصت

= الخاص(الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام، ص ١٥٩ وما بعدها، طبعة ١٩٩٧م، دار النهضة العربية.

(١) أنظر:

Cass. CIV, 18 Mars 1980., la semaine Juridique, 54 année, 28 Mai 1980, n. 22 p. 211.

وراجع فى التعليق على هذا الحكم: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣١٩ وما بعدها.

عليه إتفاقية نيويورك، واشترطته أيضاً إتفاقية الجامعة العربية.

ويعنى هذا الشرط تكليف الخصوم بالحضور وتمثيلهم تمثيلاً صحيحاً، وتبدو الغاية منه فى كفالة وضمان حقوق أطراف النزاع الأولية فى الدعوى ، ووفقاً للرأى الراجح فى الفقه يعتد فى مجال تمثيل الخصوم وإعلانهم بالقانون الذى طبقته هيئة التحكيم على الإجراءات – وهو فى الغالب يكون القانون الذى اتفق عليه الأطراف – أو قواعد الهيئات الدولية للتحكيم[1]. ويذكر البعض الآخر أن هذا الشرط يحقق مراعاة احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم وحق الدفاع [2].

٤- **أن يكون حكم التحكيم قد حاز قوة الأمر المقضى طبقاً لقانون المحكمة التى أصدرته:** وهذا التعبير ينصرف إلى حكم القضاء الأجنبى ويكون المقصود به فى مجال التحكيم أن يكون الحكم قد أصبح ملزماً – نهائياً – وفقاً لقانون الدولة التى صدر فيها الحكم أو القانون الذى صدر الحكم بموجبه [3].

ولا شك فى أن الغاية من هذا الشرط هى ضمان استقرار المعاملات الدولية واحترام الحقوق المكتسبة، إذ ليس من الحكمة الأمر بتنفيذ حكم يمكن إلغاؤه بعد ذلك، ولذلك نصت عليه المعاهدات الدولية.

٥ – **عدم تعارض الحكم مع حكم سابق:** وهذا ما يستفاد من النص السابق للمادة (٢٩٨) مرافعات ، وأيضاً النص السابق للمادة (٥٨) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م. وتبدو الحكمة منه فى احترام الأحكام المصرية ، ولذا يقتصر على استبعاد أحكام التحكيم المتعارضة مع أحكام القضاء المصرى دون تلك المتعارضة مع أحكام التحكيم الصادرة فى مصر.

ولما كان هذا الشرط غير منصوصاً عليه فى كل من اتفاقية نيويورك وإتفاقية الجامعة

---

(١) أنظر : د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٢١ ومابعدها.

(٢) أنظر: د. أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق، ص ٢٨٦ . وراجع أيضا:
نقض مدنى فى ٨ مارس سنة ١٩٥٦م، لسنة (٧) ق ، ص ٢٧٤، ونقض مدنى فى ٢ يوليه سنة ١٩٦٤م، السنة (١٥) ، ص ٩٠٩ .

(٣) راجع : د. مختار بريرى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٧ ، د. أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق، ص٢٨٧ .

العربية فلا يمكن التمسك به أو الاستناد إليه لرفض تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فى دولة من الدول الأعضاء فى أى من هاتين الإتفاقتين ، اللهم إلا إذا أعتبرحكم التحكيم الأجنبى حينئذ متعارضا مع النظام العام [1].

٦- **عدم تعارض الحكم مع النظام العام : وهذا** يعنى ألا يصطدم الحكم المراد تنفيذه فى مصر مع الأسس العامة لنظام هذا البلد ، وقد نص المشرع المصرى على هذا الشرط فى المادة (٢٩٨) من قانون المرافعات ، كما نص عليه فى المادة (٥٨) من قانون التحكيم على نحو ماسبق بيانه ٠

ويبدو أن هذا الشرط منصوص عليه فى كافة تشريعات الدول ، ومعظم الإتفاقيات الدولية ، وسنرى أن هذا السبب يعد سبباً لبطلان حكم التحكيم ٠ وعلى مقتضاه يمتنع القاضى المصرى عن تنفيذ أحكام التحكيم التى تتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فى مصر ، وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكم لها[2] بأن مفهوم النظام العام لا يترادف مع الصفة الآمرة للقواعد القانونية الواردة بالقانون المصرى، وإنما المقصود تضمن الحكم الأجنبى ما يتصادم والأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التى يقوم عليها كيان المجتمع٠[3]

٧- **قابلية حل النزاع عن طريق التحكيم**: وهذا يعنى أن المشرع المصرى يوجب لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى مصر أن يكون هذا الحكم صادراً فى مسألة يجوز التحكيم

---

(١) راجع : إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٣٢٦، حيث يرى سيادته أنه من الممكن اعتبار مثل هذا الحكم متعارضا مع النظام العام فى مصر إذ أن احترام أحكام القضاء فى الدولة أمر متعلق بسيادتها ٠

(٢) مشار إليه فى : د٠ مختار بريرى ، المرجع السابق، ص ٣٠٧ ، هامش رقم (٤٣٧)٠

(٣) ولعلة من المفيد أن نعرض لحكم من وثائق الأمم المتحدة(لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة والمعروف بالقانون النموذجى)٠

فقد أصدرت محكمة أونتاريو بكندا حكماً بتاريخ ١٩٩٣/٣/١٢ م بشأن نزاعٍ بين شركة أركا تاجرافكس بافالوا المحدودة وشركة(حجلة) موفى٠ وقد جاء فى هذا الحكم أنه (من أجل رفض حكم يتعارض مع النظام العام، وهذا ما تنص عليه المادة (١/٣٦) من القانون النموذجى للتحكيم – فيجب أن يكون الحكم مخالفا لأخلاقيات مجتمع الدولة التى تطبق الحكم٠ والقرار التحكيمى هنا متعلق بفائدة بمعدل ١,٥% شهرياً بدون سعر فائدة سنوى، وهذا يخالف القسم الرابع من قانون الفائدة الكندى والذى يضع حدوداً على أسعار الفائدة التى لم يتم تحديدها على أساس سنوى٠

وقد اعترض المدعى عليه على أساس أنه لانفاذ هذا الشرط فيجب ألا يكون على عكس النظام العام وبالتالى ألا يكون على عكس المادة(١/٣٦) من القانون النموذجى للتحكيم والذى تم سنة بواسطة قانون التحكيم التجارى الدولى (دستور انتاريو المعدل ١٩٩٠م) قامت المحكمة بتطبيق مبدأ انه لرفض إنفاذ حكم وفقاً للمادة (١/٣٦) سالفة الذكر فيجب أن يكون الحكم عكس الأخلاقيات الأساسية للولاية موضوع التحكيم وقد أيدت المحكمة الحكم٠ وعلى كل فإن فكرة النظام العام =

فيها طبقاً للقانون المصرى، وهذا الشرط مقبول فى تشريعات معظم الدول، كما تأخذ به المعاهدات الدولية.

وقد سبق أن أوضحنا من قبل أن هناك مسائل لا يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم، وهذا ما أوضحته المادة(٥٥١) من القانون المصرى الحالى.

هذا ويذكر البعض[١] أنه فى حالة الحكم الصادر فى الخارج، والمتعلق بمنازعة ذات طابع دولى لا سيما إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، فإن أحكام إتفاقية نيويورك هى التى تسرى على هذا الحكم، ومن ثم لا يجوز التمسك بنصوص المواد السابقة لقانون المرافعات المصرى رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨م، وبالتالى فلايمكن رفض طلب التنفيذ إلا للأسباب التى تضمنتها هذه الإتفاقية، وذلك إعمالاً لنص المادة(٣٠١) مرافعات مصرى ، والتى تعطى الأولوية لأحكام الإتفاقية أو أى إتفاقية منضمة إليها مصر، وتعالج تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[٢].

ووفقاً لنص المادة(٢٧٩) من قانون المرافعات المصرى تختص بنظر أمر طلب التنفيذ المحكمة الإبتدائية التى يراد التنفيذ فى دائرتها، وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، حيث نصت على أنه " يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الإبتدائية التى يراد التنفيذ فى دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ".

تلك كانت إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمى الأجنبى وفقاً للقانون المصرى وقد تناولناها على حسب ما ورد من أحكام فى قانون المرافعات وقانون التحكيم المذكورين.

= فى مجال التحكيم الدولى - وكما يذكر أحد الفقهاء – هى فكرة مرنة ينبغى تقديرها بطريقة ملائمة لمعاملات التجارة الدولية بصورة لا تؤدى إلى تعقيد وعرقلة هذه المعاملات. أنظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ٣٣٤ .

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٣٠٨ .

(٢) نصت المادة (٣٠١) مرافعات على أنه " العمل بالقواعد المنصوص عليها فى المواد السابقة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة أو التى تعقد بين الجمهورية وبين غيرها من الدول فى هذا الشأن".

الفرع الثانى

إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً لقانون

دولة الإمارات العربية المتحدة

(القانون رقم(١١) لسنة ١٩٩٢م)

نتناول فى هذا الموطن تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً لقانون التحكيم الإتحادى لدولة الإمارات العربية المتحدة [١]. ووفقاً لهذا القانون يجب أن تصادق المحكمة القضائية على الحكم التحكيمى وتعتبر هذه المصادقة (والتى تمثيل الصيغة التنفيذية للحكم) صيغة تنفيذية للحكم، وهذا ما نصت عليه المادة (٢١٥) من هذا القانون حيث جاء فى نصها (... لا يوجد مانع من تنفيذه).

وبموجب هذه الصيغة التنفيذية التى تمنحها المحكمة المذكورة للحكم، الذى لا يتضمن أى مخالفة، يصبح الطرف الذى كسب القضية حائزاً على مستند تنفيذى يمكنه بمقتضاه إلقاء الحجوزات وإشهار الإفلاس لتحصيل دينة أو حقة.

وفى هذا الصدد يرد سؤالاً مؤداه ما هو دور الطرفين فى مصادقة المحكمة على الحكم وحصول أحدهما على صيغة التنفيذ؟

الإجابة عن هذا تبدو فى نقطتين:[٢]

(١) أنه فى التحكيم الذي يتم عن طريق المحكمة يودع المحكمون مستنداتهم قلم كتاب المحكمة خلال ١٥ يوما، ويتم تحديد جلسة خلال ١٥ يوماً يبلغ الطرفان بها تكون مخصصة للمصادقة على الحكم، وبالتالى فإن المحكمة تمنح صيغة التنفيذ للحكم التحكيمى أو ترفض منحه خلال جلسة وجاهية.

---

(١) وقد صدر هذا القانون فى مارس ١٩٩٢م ضمن قانون المرافعات المدنية الجديد برقم(١١) لسنة ١٩٩٢ . منشور فى عدد الجريدة الرسمية رقم(٢٣٥) الصادرة بتاريخ ١٩٩٢/٣/٨م، وجاء التحكيم فى الباب الثالث من هذا القانون الجديد من المادة(٢٠٣) إلى المادة (٢١٨) .

(٢) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، الجزء الأول، ص ١٤١ وما بعدها، د. السيد المراكبى، التحكيم فى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثره بسيادة الدولة، المرجع السابق، ص ١٣٣ وما بعدها

(٢) فى التحكيم الذى يتم بين الخصوم خارج المحكمة يسلم المحكمون صورة من الحكم لكل من الطرفين خلال خمسة أيام من صدوره وللطرف الراغب فى اعطاء الحكم صيغة التنفيذ أن يتقدم بطلب إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع والطرفان غير مقيدان بأى مهلة لمراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع للحصول على صيغة التنفيذ.

ووفقا لنص المادة(٤/٢١٢) من هذا القانون تطبق القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل على أحكام التحكيم، وبالتالى فإن الحكم التحكيمى القابل للإستئناف يبقى صالحاً للسير على طريق إجراءات التنفيذ من إيداع الحكم إلى التبليغ إلى جلسة المصادفة بالرغم من عدم مرور مهلة استئنافه.[١]

وتتبع فى شأن الحكم الصادر خارج دولة الإمارات القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبى.

ولما كانت دولة الإمارات العربية لم تنضم بعد إلى معاهدة نيويورك فإن الحكم التحكيمى الصادر خارج دولة الإمارات ويراد تنفيذه فيها يشترط فيه أن يكون حائزاً على صيغة التنفيذ من المحكمة القضائية فى الدولة التى صدر فيها يشترط أيضاً أن يكون هذا الحكم الأجنبي صادراً عن قضاء وبلدأجنبى يطبق مبدأ المعاملة بالمثل.

هذا ويخضع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الإمارات للاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها دولة الإمارات مع الدول الأخرى كتونس[٢] والمغرب [٣] وسوريا[٤].

وقد انضمت دولة الإمارات [٥] إلى إتفاقية الرياض للتعاون القضائى بين الدول

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، الجزء الأول، ص ١٤٢ وما بعدها، د. السيد المراكبى، المرجع السابق، ص ١٣٥، ومابعدها.

(٢) تمت هذه الإتفاقية بالمرسوم الاتحادي رقم(٣٢) لسنة ١٩٧٥م بالمصادقة على إتفاقية التعاون القضائي وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين دول الإمارات العربية والجهات التونيسية.

(٣) وذلك بالمرسوم الاتحادى رقم(٨) لسنة ١٩٧٨م بالموافقة على إتفاقية التعاون القضائى وتسليم المجرمين بين دولة الإمارات والمملكة المغربية.

(٤) وذلك بموجب المرسوم الاتحادى رقم(١٢) لسنة ١٩٨٠م.

(٥) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب ، المرجع السابق، الجزء الأول، ص ١٤٢ وما بعدها.حيث يشير سيادته هنا أن دولة الأمارات العربية قد انضمت إلى إتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م المتعلقة بـ I.C.S.I.D. وراجع أيضا د. السيد المراكبي ، المرجع السابق، ص ١٣٥ ومابعدها.

العربية فى ٦ إبريل ١٩٨٣م. وبموجب هذه المعاهدة تكون أحكام التحكيم قابلة للتنفيذ فى أى من الدولتين ولا يجوز للسلطة القضائية التصدى لموضوع (أساس) النزاع ولا رفض تنفيذ الحكم التحكيمى إلا إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم، أو إذا كان حكم التحكيم يستند إلى شرط أو عقد تحكيمى باطل، أو إذا كان المحكمون غير مختصين، أولم يعلن الخصوم، أو كان الحكم مخالفاً للنظام العام، أو لم يكن الحكم نهائياً.

تلك هى إجراءات تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية فى دولة الإمارات العربية وهى كما رأينا تشابه إلى حد كبير شروط تنفيذ هذه الأحكام فى جمهورية مصر العربية، إلا أن هناك اختلافاً يبدو فى المحكمة المختصة بنظر طلب تنفيذ الحكم، وكذا فى بعض الإجراءات المتبعة فى هذا الطلب.

كما أن القانون الإماراتى يطبق القواعد العامة عند تنفيذ حكم التحكيم – والخاصة بالنفاذ المعجل – وهو مالم يتبعه المشرع المصرى.

الفرع الثالث

إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً لنظام التحكيم فى المملكة العربية السعودية (رقم(م٤٦) لسنة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣م)

يصبح حكم التحكيم النهائى وفقاً لنظام التحكيم السعودى الحالى رقم(م/٤٦) لسنة ١٩٨٣م) ولائحته التنفيذية، واجب التنفيذ بموجب أمْر بالتنفيذ يصدر من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع بناءً على طلب أحد الأطراف، وذلك بعد التثبت من عدم وجود مانع من موانع تنفيذ الحكم شرعاً، وهذا ما يستفاد من نص المادة (٢٠) من هذا النظام، حيث نصت على أنه " يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً وذلك بأمر من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع، ويصدر هذا الأمر بناء على طلب أحد ذوى الشأن بعد التثبت من عدم ما يمنع من تنفيذه شرعاً" [1].

---

(١) وهذه الموانع عددها نظام التحكيم السعودى فى ستة موانع، وهى التى سنبحثها عند الحديث عن بطلان الحكم.

ويذكر الفقه أن حكم التحكيم يصبح نهائياً فى ثلاث حالات وهى : [1]

١- إذا لم يعترض أحد الخصوم على الحكم فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغ الخصم بالحكم ٠ وهذا ما نصت عليه المادة(١٨) من نظام التحكيم السعودى سالف الذكر ٠

٢- إذا رفضت الجهة المختصة الاعتراض على الحكم والمقدم من أحد الخصوم٠

٣- إذا فصلت الجهة المختصة فى الأعتراض على الحكم والذى تقدم به أحد الخصوم بعد قبولها هذا الاعتراض وصدور الحكم فيه٠ وبناءً على ذلك يصدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، وحينئذ يصبح هذا الأمر سنداً تنفيذياً، ويقوم كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع بتسليم المحكوم لصالحة الصورة التنفيذية لحكم التحكيم موضحاً بها الأمر بالتنفيذ مزيلة بالصيغة الآتية: " يطلب من كافة الدوائر والجهات الحكومية المختصة العمل على تنفيذ هذا القرار بجميع الوسائل النظامية المتبعة ولو أدى ذلك إلى استعمال القوة الجبرية عن طريق الشرطة" ، وهذا ما يستفاد من نص المادة(٤٤) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودى ٠

وتأكيداً لذلك نصت المادة(٢١) من نظام التحكيم السعودى (رقم م/٤٦) لسنة ١٩٨٣م على أنه " يعتبر الحكم الصادر من المحكمين بعد إصدار الأمر بتنفيذه حسب المادة السابقة[2] من قوة الحكم الصادر من الجهة التى أصدرت الأمر بالتنفيذ"٠

وهذه الأحكام السابقة تسرى على تنفيذ حكم التحكيم الداخلى، أى الذى يوصف بأنه تحكيم وطنى أو سعودى ٠ أما بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أو الدولية، فإن المشرع السعودى لم يتعرض لها صراحة، إلا فى موضوع واحد و نظام ديوان المظالم[3]، فقد نص المشرع فى المادة الثامنة فقرة(ز) من هذا النظام على أن اختصاص هذا الديون " طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية"٠ ويبدو أن المقصود من ذلك هو الأحكام الصادرة من محاكم الدول

---

(١) أنظر:د ولاء رفعت، التحكين التجارى الوطنى والدولى فى المملكة العربية السعودية، المرجع السابق ، ص ١٠٤ ٠ د٠عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، الجزء الأول، ٣٧٦ ومابعدها، د٠ السيد المراكبى، المرجع السابق، ص ٨٦ ومابعدها،

(٢) وهى المادة(٢٠) من نظام التحكيم المذكور٠

(٣) الصادر بالمرسوم الملكى(رقم م/٥١) فى تاريخ ١٤٠٢/٧/١٧ هـ (١٩٨٢م)، والمنشور بالجريدة الرسمية (أم القرى) بالعدد رقم (٢٩١٨) وتاريخ ١٤٠٢/٧/٢٨هـ ٠ وديوان المطالم كما جاء فى المادة الأولى من نظامه المذكور، هيئة قضاء إدارى مستقلة ترتبط مباشرة بجلالة الملك٠

العربية، وهذا ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم[1]

ولم تتعرض أنظمة المرافعات الشرعية بالمملكة لموضوع تنفيذ الأحكام التحكيمية، فى حين نصت المادة السادسة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) بتاريخ ١٦ ذو القعدة ١٤٠٩هـ (١٩٨٩م) على أن " ترفع دعاوى المطالبة بتنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً لإجراءات رفع الدعوى الإدارية المنصوص عليها فى المادة الأولى من هذه القواعد. وتصدر الدائرة المختصة حكمها بعد استكمال وثائق الدعوى وسماع أقوال طرفى الخصومة أو وكلائهم إما برفض الدعوى أو تنفيذ الحكم الأجنبى على أساس مبدأ المعاملة بالمثل وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ويسلم المحكوم له صورة تنفيذية من الحكم مزيلة بالصيغة الآتية:...". [2]

ولقد انضمت المملكة العربية السعودية منذ وقت قريب إلى إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية[3]. وقد تضمنت وثيقة انضمام المملكة لهذه الإتفاقية، والتى أودعت لدى الأمم المتحدة، التصريح التالى: " تصرح المملكة على أساس المعاملة بالمثل أنها ستقصر تطبيق الإتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة متعاقدة".

وبناء على ما سبق يمكن القول بأنه لا بد من توافر أربعة شروط لإمكانية تنفيذ الحكم التحكيمى الأجنبى فى المملكة العربية السعودية، وهذه الشروط هى:

١- صدور حكم من ديوان المظالم – بعد سماع أقوال الخصوم – يتضمن تنفيذ الحكم المراد تنفيذه فى أرض المملكة العربية السعودية.

٢- توافر مبدا المعاملة بالمثل بين الدولة التى أصدرت الحكم والمملكة العربية السعودية.

---

(١) ذلك أن المملكة العربية السعودية قد انضمت ووقعت إتفاقية الدول العربية لتنفيذ الأحكام. وهى الإتفاقية التى وافق عليها مجلس الجامعة بتاريخ ١٩٥٢/٩/١٤م فى دورة الإنعقاد العادى السادس عشر، وهى تشمل الأحكام القضائية وأحكام التحكيم. أنظر فى تفصيل ذلك : د. ولاء رفعت ، المرجع السابق، ص ٢٠٤ وما بعدها.

(٢) سبق بيان هذه الصيغة ، والتى بينتها المادة(٤٤) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودى (رقم م/٤٦) لسنة ١٩٨٣م.

(٣) وقد كان هذا الانضمام بمقتضى المرسوم الملكى رقم(م/١١) بتاريخ ١٦ رجب لسنة ١٤١٤ هـ (ديسمبر ١٩٩٣).

٣- ألا يتعارض الحكم المراد تنفيذه مع أحكام الشريعة الإسلامية(أى عدم معارضة هذا الحكم للنظام العام)٠

٤- أن يكون الحكم الأجنبى المراد تنفيذه قد صدر على إقليم إحدى الدول الموقعة على إتفاقية نيويورك سالفة الإشارة ٠

تلك هى الإجراءات التى يجب توافرها لتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية وفقاً لنظام التحكيم السعودى سالف الذكر ٠ والتى تتفق إلى حد كبير مع ما يجرى عليه العمل فى جمهورية مصر العربية على نحو ما رأينا٠

الفرع الرابع

تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً للقانون الفرنسى

الصادر فى١٢ مايو ١٩٨١م

سبق أن بينا أن المشرع الفرنسى قد أضاف إلى قانون المرافعات الجديد الصادر عام ١٩٨١م فصلاً خاصاً بالتحكيم التجارى الدولى، وذلك بالمرسوم الصادر فى ١٢ مايو ١٩٨١م٠ذلك أن فرنسا من الدول التى لا تفرد قانوناً مستقلاً يعالج مسائل عملية التحكيم سواء كان التحكيم وطنياً أم دولياً ، وإنما تعالج ذلك بنصوص مواد معينة جاءت ضمن قانون المرافعات المذكور والمعمول به الآن٠

وتفصيلاً لذلك فإن أحكام التحكيم الوطنية (أى التى تصدر فى منازعات تكون جميع عناصرها فرنسية) يختص بأمر إصدار تنفيذها قاضى التنفيذ بالمحكمة الإبتدائية التى صدر حكم التحكيم فى دائرتها، وهذا ما يستفاد من نص المادة (١/١٤٧٧) من القانون المذكور ٠

وقد سبق أن رأينا أن المادة (١٤٧٢) من هذا القانون تشترط تحديد مكان صدور الحكم كبيان واجب إيضاحه من ضمن البيانات اللازمة، والعبرة فى تحديد هذا المكان بما هو منصوص عليه وموضح فى حكم التحكيم ٠

وعلى عكس الحال فى تنفيذ الأحكام القضائية يصدر الأمر بتنفيذ الأحكام التحكيمية

دون مواجهة بين الخصوم[1].

ويجب على طالب التنفيذ أن يودع بقلم كتاب المحكمة حكم التحكيم ونسخة من إتفاق التحكيم ثم توضع الصيغة التنفيذية على الحكم. ووفقاً لنص المادة ١٤٧٨ من القانون الفرنسى المذكور يجب تسبيب الأمر الصادر برفض طلب التنفيذ.

ويذكر الأستاذ الدكتور مختار بريرى[2] أن سلطة قاضى التنفيذ تتوقف عند التحقق من وجود حكم التحكيم واتفاق التحكيم فلا يتطرق لفحص موضوع الحكم وإنما فقط يراقب شروط الحكم الشكلية كما أنه لا يملك إخضاع أمر تنفيذ حكم التحكيم لشروط معينة أو إصدار أمر تنفيذ جزئى ولذلك فليس له إلا أن يصدر الأمر أو يرفضه . وهذا ما ذهب إليه المشرع المصرى كما عرفنا من قبل.

أما بالنسبة لأحكام التحكيم الأجنبية أو الدولية فإن المادة (١٥٠٠) من القانون الفرنسى المذكور تقوم بإحالة الأحكام الصادرة فى الخارج ويراد تنفيذها فى فرنسا إلى المواد (١٤٩٨ : ١٥٠٧) من هذا القانون.

فوفقاً للمادة(١٤٧٦) فرنسى يكتسب الحكم حجية الشئ المقضى فيه بالنسبة للنزاع الذى يفصل فيه بمجرد صدوره.

و وفقا للمادة (١٤٩٨) فرنسى يطلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى فى الإقليم الفرنسى من قاضى التنفيذ، وينبغى للاعتراف وتنفيذ هذا الحكم إثبات صدوره وذلك يكون بتقديم أصل الحكم وأن لا يتضمن هذا الحكم ما يخالف النظام العام فى فرنسا[3] .

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك:

Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 792 et s .

وأنظر أيضا: د. مختار بريرى ، المرجع السابق، ص ٣٠٨ ، د. فوزى محمد سامى ، المرجع السابق، ص ٣٨٢ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى المرجع السابق، ص ٣١٠ .

(٣) وتوجب المادة(١٤٩٩) من ذلك القانون ضرورة ترجمة الحكم والإتفاق إذا لم يكونا محررين باللغة الفرنسية.

راجع:

Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 793 et s .

والمقصود بقاضى التنفيذ المشار إليه فى المادة السابقة هو القاضى الذى يقع فى دائرته موطن المحكوم ضده، فإذا لم يكن له موطن فالعبرة بالمكان الذى توجد فيه الأموال المراد التنفيذ عليها.

ووفقاً لنص المادة(١٥٠٢) من القانون سالف الذكر يجوز استئناف الأمر الصادر برفض طلب تنفيذ الحكم بخلاف الأمر الصادر بالتنفيذ، فلا يجوز استئنافه إلا فى حالات معينة ومحدودة حددتها هذه المادة فى الآتى:[١]

١- بطلان التحكيم أو إنقضائه.

٢- عدم احترام قواعد تشكيل هيئة التحكيم حتى ولو كان محكماً واحداً.

٣- تجاوز هيئة التحكيم (أو المحكم) لحدود مهمته المنوطه به.

٤- عدم احترام مبدأ المواجهة.

٥- تعارض الحكم مع النظام العام الدولى.

وبناء على ذلك يذكر البعض[٢] أن المشرع الفرنسى يفتح الباب لاستئناف الأمر الصادر بالتنفيذ كما أنه يتوسع فى الأسباب التى تبيح ذلك، وهذا على خلاف الحال فى القانون المصرى الذى لا يبيح التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ الحكم كما أنه لا يحظر إصدار أمر التنفيذ إلا فى ثلاثة حالات نصت عليها المادة(٢/٥٨) من قانون التحكيم المصرى وقد سبق بيانها.

ولعله من المفيد فى هذا الصدد أن نشير إلى أن أحكام القضاء فى فرنسا يؤيدها فى ذلك جمهور الفقه فى فرنسا، ذهب إلى إعطاء فكرة النظام العام، فى مجال تنفيذ الأحكام، طابعاً مخففاً " الأثر المخفف للنظام العام " والذى تتسم به أحياناً فى إطار النظرية العامة فى مجال تنازع القوانين، حيث أن المسألة لا تتعلق بإنشاء حق فى دولة القاضى المطلوب إليه تنفيذ الحكم الأجنبى، وإنما مجرد الاعتراف بآثار حق قد تم تكوينه واكتسابه فى الخارج، ومن ثم فإن الحق الذى نشأ وأكتسب فى خارج فرنسا كالطلاق مثلاً يعد لاشك

---

(١) أنظر فى شرح وتفصيل هذه الحالات : د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٣١٠، هامش رقم (٤٤٤) وأنظر:

Ph. Fouchard et autres, op. cit. p.895 et s.

(٢) راجع: د. مختار بريرى المرجع السابق، ص ٣١١.

واقعة من الصعب إنكارها ولذلك فمن غير المعقول أن يتجاهلها القضاء ببساطه بدعوى تعارضها مع النظام العام فى دولته . فاعمالاً لفكرة الأثر المخفف للنظام العام فقد أمكن الاعتراف بأحكام الطلاق الذى تم إيقاعه فى خارج فرنسا على إعتبار أن هناك حقاً مكتسباً لأطرافه فى إنحلال رابطة الزوجية على الرغم من أن القانون الفرنسى السائد فى ذلك الوقت كان لا يجيز الطلاق، وكذلك فإن إعمال الأثر المخفف للنظام العام مكن للقاضى الفرنسى بأن يعترف ببعض نظم الشريعة الإسلامية، كتعدد الزوجات مثلاً أو الطلاق بالإرادة المنفردة، على الرغم من عدم إباحة مثل هذه الحقوق وفقاً للقانون الفرنسى.(١)

بيد أنه لا يفهم من ذلك أن إنشاء أى حق فى الخـــارج سيترتب عليه حتماً إمكان الاحتجاج به فى دولة القاضى وإنما هذه النتيجة لا تتحقق إلا إذا كان ترتيب الحق لآثاره فى بلد القاضى لن يتعارض مع النظام العام. فالأمر ليس دائماً على هذا النحو فقد ينشأ الحق فى دولة ويرفض القضاء فى دولة أخرى الاعتراف بآثارة فيها، أى أن أثر الدفع بالنظام العام إذا ما تحقق لن يكون هو بطلان العلاقة وإنما هو عدم سريان آثارها فى بلد القاضى، وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحاكم الفرنسية بأنه لا يجوز الاحتجاج فى فرنسا بحق الملكية فى منقول ولو أنه أكتسب فى الخارج وفقاً لقانون الموقع الذى يجيز نزع الملكية دون تعويض عنه(٢). فالأثر المخفف لفكرة العام فى مجال الحقوق المكتسبة فى الخارج – سواء كانت حقوق مالية أو غير مالية – لا يعنى بداهة إنكار كل أثر للنظام العام بوصفه صمام الأمن اللازم لحماية الأسس الجوهرية فى المجتمع.(٣)

وعلى كل فإن القانون الفرنسى يبسط الحجية على أحكام التحكيم أياً كان القانون المطبق وايا كان المكان الذى صدر فيه الحكم بيد أن المشرع الفرنسى قد حرص بمقتضى نص المادة (١٤٧٦) فرنسى على إبراز نطاق هذه الحجية من حيث الموضوع، ذلك أن

---

(١) أنظر فى ذلك:

- Riad Fouad, La valeur international des Jugements en droit comparé, paris, 1955 .

ومشار إلى ذلك فى : د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص٣١٤ د. هشام صادق، د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٢١٧ خ

(٢) راجع: د. عزالدين عبدالله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٥٥٣ وما بعدها.

(٣) راجع: د. هشام صادق ود. حفيظة الحداد، المرجع السابق ، ص ٢١٨ وما بعدها .

نص هذه المادة يربط تلك الحجية ويخصها بما صدر من أحكام بخصوص النزاع المطروح.[1]

وجدير بالملاحظة أن قاعدة تمتع حكم التحكيم بالحجية لا تتعلق بالنظام العام بالمفهوم السابق. وهذا يعنى عدم إمكان الحكم بمقتضاه إلا فى حالة تمسك أحد الأطراف، ولا تقضى به الهيئة أو المحكمة من تلقاء نفسها، وذلك سواء فى مجال التحكيم الوطنى أو الدولى.

كما تجدر الملاحظة هنا أيضاً إلى إختلاف حكم التحكيم الأجنبى أى الحكم الصادر خارج فرنسا أو الحكم الصادر فى منازعة تتعلق بالتجارة الدولية فبرغم التسوية بينهما وبين حكم التحكيم الداخلى (الوطنى) بشأن أكتساب الحجية منذ لحظة صدور الحكم إلا أن أحكام التحكيم غير الداخلية تصدر أيضاً متمتعه بقوة الشئ المقضى لأنها لا تخضع لطرق الطعن التى يخضع لها حكم التحكيم الداخلى. فوفقاً لنص المادة (١٥٠٧) من قانون المرافعات الفرنسى والواردة ضمن النصوص المنظمة لطرق الطعن فى أحكام التحكيم الأجنبية أو الدولية لا تسرى نصوص الباب الرابع الخاصة بطرق الطعن فى أحكام التحكيم الصادرة فى الخارج أو الصادرة فى مواد التحكيم الدولى.

ولذلك يعتبر باطلاً الشرط الذى ينص على إخضاع حكم التحكيم الصادر فى الخارج أو الصادر فى تحكيم دولى للطعن بالاستئناف، بل ويبطل شرط التحكيم نفسه إذا كان هذا الاشتراط يمثل بنداً جوهرياً فى شرط التحكيم[2].ولا يكون متاحاً بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة فى الخارج أو الصادرة فى مواد التحكيم الدولى إلا الطعن باستئناف القرار الصادر بالاعتراف وتنفيذ الحكم فى فرنسا ويقتصره أثره على عدم نفاذ الحكم.

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى ، المرجع السابق ، ص ٢٨٦ وما بعدها، حيث يشير سيادته فى ذلك إلى حكم محكمة إستئناف باريس الصادر فى ١٩٨٣/٦/٩ .وراجع أيضاً
Rev. d'arb., 1983, p.497 et s.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٩٠ وما بعدها وهو يشير فى ذلك إلى حكم محكمة إستئناف باريس الصادر فى ١٩٨٩/١٢/١٢ .وراجع أيضاً
Rev. d'arb., 1989, p.863 et s.

أما أحكام التحكيم الصادرة فى تحكيم دولى داخل فرنسا يمكن الطعن فيها بالبطلان تأسيساً على ذات الأسباب التى تبرر استئناف القرار الصادر بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فى الخارج أو فى مواد التحكيم الدولى ، كما يمكن أيضاً استئناف القرار الصادر برفض الاعتراف وتنفيذ الحكم أو رفض ذلك .(١)

وبناءً على ما سبق يتضح لنا بالرغم من وجود أوجه اتفاق بين أحكام القانون المصرى وأحكام القانون الفرنسى بصدور تنفيذ أحكام التحكيم إلا أن هناك فوارق بينهما تظهر فى الآتى:

(١) أن نصوص قانون التحكيم المصرى لا تفرق بين حكم تحكيم داخلى أو دولى طالما أن القانون المصرى هو الذى يسرى، سواء باعتباره قانون مكان التحكيم أو قانون الإرادة، وهذا بخلاف الحال فى قانون المرافعات الفرنسى والذى فرق بشكل واضح بين حكم التحكيم الوطنى وحكم التحكيم الدولى على نحو ما تقدم بيانه .

(٢) أنه فى ظل القانون المصرى يصدر حكم التحكيم حائزاً لحجية الأمر المقضى وأيضاً لقوة الشئ المقضى لأنه لا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن، وهذا بخلاف مايجرى عليه العمل فى ظل القانون الفرنسى، فالحكم لا يتمتع بقوة الأمر المقضى إلا إذا تنازل الأطراف مسبقاً عن الطعن بالاستئناف أو كان التحكيم مقترناً بالتفويض دون تحفظ الأطراف وإعلان تمسكهم بالحق فى الاستئناف وفضلاً عن ذلك فإن المشرع الفرنسى يجيز الطعن بالتماس إعادة النظر .(٢)

وبهذا نكون وقد عرفنا إجراءات تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية وفقاً للقانون الفرنسى ووفقاً لتشريعات بعض الدول العربية تبين لنا أنه بالرغم من وجود بعض الاختلافات فى جزئيات تلك الإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام التحكيمية إلا أن هذه التشريعات تتفق إلى حد كبير فى هذا الصدد وقد وضح هذا الإتفاق بشكل ملحوظ بين

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق ، ص ٢٩٠وما بعدها.
(٢) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها.

القانون المصرى والقانون الفرنسى.

المبحث الثانى
رفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولى

إذا ما توافرت القواعد والأحكام السابقة، والخاصة بطلب تنفيذ حكم التحكيم، وقام طالب التنفيذ بالوفاء بالالتزامات التى تلقيها على عاتقة نصوص إتفاقيات التحكيم، أو نصوص التشريعات الوطنية، فإن حكم التحكيم محل هذه المطالبة تقوم فى شأنه قرينة الصحة والسلامة، وهنا يعد هذا الحكم من الناحية القانونية – فى حدود المنازعة التى صدر فى شأنها – نهائياً وملزماً، وبالتالى يكون واجب التنفيذ على نحو ما سلف بيانه.

ومع ذلك فإن هذه القرينة يدحضها توافر إحدى حالات جاءت على سبيل الحصر فى نصوص هذه الإتفاقيات وتلك القوانين، بحيث يشكل ثبوت أى من هذه الحالات سبباً كافياً لرفض تنفيذ حكم التحكيم، ولذلك تسمى هذه الحالات بأسباب رفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولى، وبعض التشريعات تسميها بحالات بطلان الحكم، كالقانون المصرى والسعودى على سبيل المثال.

ولما كان من الصعب حصر هذه الحالات(الأسباب) وفقاً لجميع الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الخاصة بهذا الموضوع، لذلك سيقتصر حديثاً على شرح هذه الأسباب وفقاً لإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، خاصة وأن الأسباب التي حددتها هذه الإتفاقية بشأن رفض تنفيذ أحكام التحكيم تمثل جميع الحالات المنصوص عليها فى الإتفاقيات الأخرى – سواء التى ذكرناها أم التى لم نذكرها – والتى إذا توافر إحداها وجب على السلطة المختصة رفض تنفيذ الحكم[1]. كما تمثل أيضاً الحالات المنصوص عليها فى معظم التشريعات الوضعية المختلفة رفض تنفيذ هذه الأحكام.

---

(١) وسواء كانت هذه الإتفاقيات سابقة على هذه الإتفاقية كاتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧م، أم كانت لاحقة عليها كالإتفاقية الأوربية لعام ١٩٦١م واتفاقية عمان لعام ١٩٨٧م.

وفيما يلى بيان لحالات رفض تنفيذ الحكم التحكيمى الأجنبى وفقاً لنصوص إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م.

حالات رفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولية وفقاً لإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م:(١)

جاءت حالات رفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً لأحكام هذه الإتفاقية على سبيل الحصر فى المادة الخامسة منها، حيث نصت فى فقرتها الأولى على أنه : " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذى يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة فى البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على ..".

كما نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه : " يجوز للسلطة المختصة فى البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

١- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

٢- إن فى الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام فى هذا البلد". (٢)

وبالنظر إلى هذا النص يتضح لنا أن حالات رفض تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لمعاهدة نيويورك لعام ١٩٥٨ م تنقسم إلى مجموعتين:

---

(١) راجع فى ذلك: د. منير عبدالمجيد، المرجع السابق، ص ٤٠٢ وما بعدها، ولنفس المؤلف، قضاء التحكيم...، المرجع السابق، ص ٢٨٨ ومابعدها. د. عصام الدين القصبى ، النفاذ الدولى لحكم التحكيم، المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها ، د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٤٤ وما بعدها، وص ٣٨٧ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، طبعة ١٩٩٧م، ص ٢٦٦ وما بعدها، د. محسن شفيق ، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٣٤٣ وما بعدها.
وراجع أيضا :

Fh. Fouchard, L'arbitrage commercial, op. cit p. 380 et s, Bruno oppetit, le reffus d'exécution d'une sentence arbitrale etrangére dans le cadre de la convention de New-york, Rev., de l'arbitrage, 1971, p. 97 et s.

(٢) راجع فى هذا الشأن: د. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠م، ص ٩٢ وما بعدها ، د. أحمد أبوالوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٦ ومابعدها، د. عصام القصبى، النفاذ الدولى الأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص ٦٧ وما بعدها، د. عكاشة عبدالعال، الإجراءات المدنية والتجارة الدولية ،١٩٨٥م ، ص ٢٨ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى ، المرجع السابق، ص ٤٤ ومابعدها، ص ٣٨٩ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، طبعة ١٩٩٧م، ص ٢٦٦ وما بعدها، د. منير عبدالمجيد، قضاء التحكيم، طبعة ١٩٩٥م، المرجع السابق، ص٢٨٨ وما بعدها، د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٣٤٣ ومابعدها. وراجع أيضاً:

Jean claude peyer, le juge de l'exéquateur,fantôme ou Réalité ?! Rev. de l'arbitrage, 1985, p. 231 et s, philippe Bertin, le rôle du juge dans l'exécution arbitral, Rev. de l'arbitrage, 1983,p. 281 et s, Bruno oppetit, op. cit. p. 97 et s.

المجموعة الأولى: وتشمل خمس حالات لرفض تنفيذ الحكم، ويقع عبء إثباتها على عاتق الطرف المحكوم ضده (الخاسر)، ومن ثم فإن المحكمة المختصة لا تقضى بالرفض من تلقاء نفسها، بل يشترط لذلك تقدم الطرف المذكور بطلب رفض تنفيذ الحكم، وهذا ما أوضحته الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الإتفاقية

المجموعة الثانية: وتشمل حالتين لرفض تنفيذ الحكم، وهما من اختصاص قاضى التنفيذ، لذا يتصدى لها ويثيرها من تلقاء نفسه، وهذا ما أوضحته الفقرة الثانية من المادة الخامسة سالفة الذكر ٠ وفى الواقع أن بحث هذه الحالات بطريقة تحليلية متعمقة معناه بحث جميع جوانب عملية التحكيم، وهذا ما يبعد البحث عن هدفة الأساسي، ولذلك سوف نتناول فيما يلى هذه الحالات بشئ من التفصيل غير المخل، حتى يتسنى لنا الوقوف على المقصود من كل حالة، فى إطار مشكلة نفاذ أحكام التحكيم الدولية ٠

أولاً: حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم بناءً على طلب أحد الخصوم:

حددت المادة الخامسة من الاتفاقية هذه الحالات والتى يقع عبء إثباتها على الطرف الذى يطلب رفض تنفيذ الحكم الذى صدر ضده، وهى كما يلى:

١) إنعدام أهلية أحد الخصوم (أطراف النزاع) أو عدم صحة إتفاق التحكيم:

ويترتب على تحقق هذه الحالة أنه يمكن رفض تنفيذ الحكم التحكيمى إذا أثبت طالب الرفض أن أحد أطراف النزاع كان عديم الأهلية عند إبرام إتفاق التحكيم ٠ وفى سبيل تحديد معرفة القواعد القانونية التى تحكم مسائل الأهلية ينبغى الرجوع إلى القانون الشخصى لأطراف إتفاق التحكيم ٠ وتذهب بعض الدول إلى تفسير القانون الشخصى بأنه هو قانون الدولة التى يحمل الطرف جنسيتها، وهذا هو الحال فى معظم القوانين العربية، والقانون الفرنسى ٠ كما تذهب بعض الدول الأخرى إلى تفسير هذا القانون إلى أنه قانون موطن الشخص، كما هو الحال فى القانون الأمريكى، والقانون الإنجليزى [١].

---

(١) أنظر فى ذلك: د٠ عز الدين عبدالله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم فى مواد القانون الخاص، مجلة العدالة، أبوظبى، السنة السادسة، ١٩٧٩م، ص ٥٠، د٠ فوزى سامى، المرجع السابق، ص ٣٨٩ وما بعدها٠

ويرى البعض[1] أن رفض تنفيذ الحكم يمكن أن يبنى على مجرد نقص أهلية أحد طرفى الإتفاق ، ولذلك يقرر أن إتفاقية نيويورك قد أساءت التعبير، فى هذا الصدد، عندما تطلبت فى نص المادة الخامسة سالفة الذكر(انعدام الأهلية)، وهذا ما يفهم منه أن الإتفاقية تتطلب فعلاً وجوب انعدام أهلية كلا الطرفين لرفض تنفيذ حكم التمييز . **ونحن نؤيد هذه النظرة لأن** نقص أهلية أحد الخصوم ينقص ويعيب من كمال الأهلية الواجب توافرها لصحة إتفاق التحكيم، كذلك يمكن طلب رفض تنفيذ هذا الحكم إذ أثبت طالب هذا الرفض أن الإتفاق الخاص بتحكيم المنازعات غير صحيح(باطل). وذلك لأن الإتفاق التحكيمى يمثل جوهر التحكيم وقوامه، وبالتالى أساس الحكم نفسه، وعليه كان من الطبيعى أن يؤثر عدم صحة هذا الإتفاق على الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه.

وقد حددت الإتفاقية القانون الذى يعتد به للتعرف على مدى صحة إتفاق التحكيم، وهو قانون إرادة الأطراف (أى القانون الذى يحدده الأطراف بإرادتهم)، فإذا لم يتفقوا على تحديد هذا القانون فالعبرة حينئذ بقانون الدولة التى صدر فيها الحكم، وهذا ما يستفاد من نص المادة الثانية من الإتفاقية[2].

وإيما كان الأمر إذا ثبت أن هناك انعدام أو نقص فى أهلية أحد الخصوم، أو أن هناك ما يشوب صحة إتفاق التحكيم وفقاً للقوانين التى تحدد ذلك، فإن قاضى التنفيذ المختص بطلب تنفيذ الحكم يرفض التنفيذ إمتثالاً لنصوص إتفاقية نيويورك التى توجب هذا الرفض عند تحقق هذه الحالة التى نحن بصددها.

ومعلوم أن تطبيق هذه الأحكام على هذه الحُالة لا يتأتى إلا إذا قدم طلب التنفيذ فى بلد منضم إلى هذه الإتفاقية ، وإلا طبقت دولة التنفيذ(غير المنضمة إلى هذه الإتفاقية) شروط تنفيذ أو رفض تنفيذ الحكم طبقاً لقانونها الوطنى، إذ أنها غير ملتزمة بتطبيق

---

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص٢٦٨ وما بعدها.

(٢) ولقد أنتقد هذا النص من جانب شراح القانون. أنظر لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٦٨ وما بعدها، د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ٤٢٨ وما بعدها، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٣٠١، د. عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص ٧٥ ، د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٩ ومابعدها.

القواعد التى تقررها إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م فى هذا الصدد. وتطبيقاً لذلك فإن قاضى التنفيذ المصرى (على سبيل المثال) لا يستطيع تقرير صحة أو بطلان الإتفاق الذى صدر الحكم على أساسه وفقاً للقانون الذى تحدده قواعد الإسناد المصرية (المنصوص عليها فى القانون المدنى المصرى سالف الذكر) [1].

٢) إهدار حق الدفاع للخصم وعدم إبلاغه بإجراءات التحكيم:

بينت المادة الخامسة فى فقرتها الأولى(من إتفاقية نيويورك ١٩٥٨م) هذه الحالة، والتى إذا توافرت جاز للطرف الخاسر أن يطلب رفض تنفيذ الحكم، ولذا أوجبت هذه المادة فى البند(ب) منها على أنه يجب على هذا الشخص أن يقيم الدليل على أنه " لم يعلن أعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه".

وفى الحقيقة أن هذا النص ليس بحاجة إلى تبرير، فاحترام حقوق الدفاع مطلب أساسى فى مجال إجراءات التحكيم، حيث من الواجب ، بل من الطبيعى، السماح لكل الأطراف بالتعبير بكامل حريتهم عن أوجه دفاعهم، ومن ثم فينبغى على هيئة التحكيم توفير ذلك لجميع الخصوم، ولذلك نص على هذه الحالة فى كثير من تشريعات الدول، ومنها ما نص عليه المشرع المصرى فى المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصرى.

وحقوق الدفاع كثيرة لا حصر لها، ولكن يمكن أن نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر (تكليف المدعى عليه بالحضور - المرافعة الحضورية – تبادل المستندات – توفير مكنة الإثبات – سماع الأطراف أو الشهود – تحديد مدد كافية لتبادل المذكرات – الإخطار بمواعيد عقد الجلسات – تبليغ الخصم بإسم المحكم الذى عينة الطرف الآخر أو عينته هيئة التحكيم ... وغير ذلك من الحقوق التى ينبغى على هيئة التحكيم أن تكلفها

---

(١) انظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٣٠٢ . حيث يشير سيادته فى هذا الصدد إلى حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٩١/١٢/٢٣م، والذى قضى بعدم جواز التمسك ببطلان شرط التحكيم لمخالفته القواعد الواردة فى القانون المصرى، حتى ولو كانت آمرة ، طالما أن الشرط صحيح وفقاً لقانون البلد التى صدر فيها الحكم.

لجميع الأطراف المتنازعة) [1].

وبناء على ذلك إذا ثبت عدم كفالة أحد الخصوم لأى من هذه الحقـــوق فإن هـــذا الشخص يمكن له طلب رفض تنفيذ الحكم الذى صدر ضده، وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة، وضمان الحقوق بين الأطراف المتنازعة[2].

٣) تجاوز هيئة التحكيم حدود إتفاق التحكيم:

أجازت الإتفاقية أيضاً بمقتضى المادة (١/٥ (ج)) رفض الاعتراف بالحكم أو تنفيذه وذلك إذا أقام الطرف الذى يجرى التنفيذ فى مواجهته الدليل على أن " الحكم فصل فى نزاع غير وارد فى مشارطة التحكيم أو فى الشرط التحكيمى أو تجاوز حدودها فيما قضى به .

وعلى ذلك لا يجوز لهيئة التحكيم إصدار أحكاماً فى مسائل لم تعرض عليهم، أو مسائل لم يتفق أطراف النزاع عليها، سواءً فى إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، وإلا تعرض تنفيذ الحكم للرفض من قبل القضاء المختص بناء على طلب ذوى الشأن.

وتعتبر بعض التشريعات الوطنية هذه الحالة سبباً لإبطال الحكم التحكيمى، كما تضمنت هذه الحالة أيضاً نص المادة(٣٤) من القانون النموذجى للتحكيم.

وبالرغم من ذلك فإن إتفاقية نيويورك استحدثت حكماً فى هذا الصدد فى غاية الأهمية ، حيث نصت فى البند(ج) من المادة (١/٥) المشار إليها على أنه "... ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكـن

---

(١) لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. عصام الدين القصبى ، المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها. وراجع أيضاً :

Ph. Fouchard, op. cit.p.342 et s.

(٢) ويورد الأستاذ الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم بعض القضايا التى أثيرت بصدد هذه الحالة، ومنها القضية التى عرضت أمام محكمة الاستئناف الفيدرالية بالولايات المتحدة الأمركية بصدد تنفيذ حكم تحكيم صدر من هيئة تحكيم ثلاثية شكلت طبقاً لنظام غرفة التجارة الدولية ، المرجع السابق، ص ٢٧٠ وما بعدها، وأنظر كذلك فى هذا الشأن: د. مختار بريرى ، المرجع السابق، ص ٣٠٢ وما بعدها، ود. عصام الدين القصبى ، المرجع السابق، ص ٨٩، د. فوزى سامى، المرجع السابق، ص ٣٩١ وما بعدها.

فصله عن باقى أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق".

وهذا يعنى أن حكم التحكيم إذ صدر متضمناً بعض المسائل التى لم يتفق على حسمها بطريق التحكيم إلى جانب مسائل أخرى جرى الإتفاق على إخضاعها للتحكيم يجوز طبقاً لإتفاقية نيويورك – بمقتضى البند(ج) سالف الإشارة – تجزئة الحكم، بحيث يمكن للقاضى أن يرفض الجزء الذى لم يدخل فى نطاق التحكيم، وذلك بشرط أن تكون تجزئة الحكم على هذا النحو غير مستحيلة[1]، وهذا الحكم يتفق ما عليه العمل فى ظل القانون المصرى والفرنسى.

٤) عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم أو عدم سلامة الإجراءات التحكيمية:

نص البند (د) فى الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الإتفاقية على أنه يجوز رفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إذا أقام الطرف الذى يجرى التنفيذ فى مواجهته الدليل على " أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما أتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذى تم فيه التحكيم فى حالة عدم الإتفاق".

ومعنى ذلك أنه يعد من أسباب رفض تنفيذ الحكم تشكيل هيئة التحكيم على غير ما أتفق عليه الأطراف، أو أن الإجراءات المتبعة من قبل هيئة التحكيم كانت مخالفة لهذا الإتفاق.

وفى حالة وجود إتفاق مبرم بين أطراف النزاع على ذلك فإن هيئة التحكيم تكون ملتزمة بالقواعد القانونية التى يقررها قانون البلد الذى يجرى فيه التحكيم، وقد نص المشرع الفرنسى على هذه الحالة صراحة فى المادة(١/١٥٠٢) من قانون المرافعات الفرنسى.[2]

---

(١) أنظر فى ذلك: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٣٠٢، د. عصام الدين القصبى ، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها ، د. فوزى سامى، المرجع السابق، ص ٣٩٢، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٧٤ وما بعدها، حيث أورد سيادته فى هذا الصدد بعض القضايا التى تتضمن تجاوز المحكمين حدود إتفاق التحكيم.

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٣٠٢ ، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٧٣ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٣٩٣ .وراجع أيضا:
Jean Robert, op. cit. No. 407, p. 346 et s.

٥) عدم اكتساب الحكم الصفة الإلزامية:

وقد جاء النص على هذه الحالة فى البند (هـ) من المادة(١/٥) من الإتفاقية، حيث تضمن هذا البند وقف الأمر بتنفيذ الحكم إذا أثبت الطرف الخاسر" أن حكم التحكيم لم يصبح بعد ملزماً للأطراف، أو أنه قد ألغى أو أوقف تنفيذه من قبل السلطة المختصة فى البلد التى تم فيها، أو بموجب قانونها قد صدر الحكم".

ومفاد ذلك أن يتعين على القاضى المختص رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا ما أقام الطرف الذى سيتم هذا التنفيذ فى مواجهته الدليل على أن هذا الحكم غير ملزم أو أنه باطل أو أن تنفيذه موقوف من قبل السلطة المختصة التى أصدرت الحكم.

ويذكر البعض [١] أن الإتفاقية لم توضح المقصود من إستعمال لفظ (ملزم) الوارد فى النص السابق، فهل يقصد به أن حكم التحكيم لم يصبح نهائياً؟ أو أن هذا الحكم لم يحز حجية الشئ المقضى؟

ويبدو أن غموض[٢] هذا اللفظ كان مقصوداً من جانب واضعى إتفاقية نيويورك ١٩٥٨م، وذلك بقصد تفسيره من كل دولة التفسير المناسب لها، وقد عبر البعض [٣] عن ذلك بالقول بأن هذا اللفظ أخذ به باعتباره حلاً توفيقياً، أو هو (حل وسط) Transactionnel ، وأن من شأنه تلافى تكرار الحصول على أمر بالتنفيذ فى كل من الدولة التى صدر فيها والتى ينبغى تنفيذه فيها، فاستعمال لفظ نهائى كان سيؤدى إلى هذا التكرار[٤].

---

(١) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٧٥ وما بعدها.

(٢) وهذا ما أعترفت به الأعمال التحضيرية فى المادة الثالثة من الإتفاقية المذكورة .

(٣) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص٢٧٥ ، وراجع أيضا:
Jean Robert, op. cit. No. 452, p. 539 et s.

(٤) راجع: د. عزالدين عبدالله، القانون الدولى الخاص، ١٩٧٧م، ص ٩٧٤ . حيث يذكر سيادته فى هذا الشأن " لأن نهاية الحكم قد تستلزم صدور أمر بتنفيذه من السلطة القضائية فى البلد الذى صدر فيه، وإذا ما طلب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه فى بلد آخر تعين أن يصدر أمر ثانى بتنفيذه ، وهذا الإزدواج فى الأمر بالتنفيذ هو ما قصد واضعوا الإتفاقية تجنبة".

وإذا كان الحكم يصبح ملزماً للأطراف بمجرد صدورة كما أشرنا من قبل، إلا أن الفقهاء اختلفوا فى شأن تحديد الوقت الذى يصبح فيه الحكم ملزماً[1]. فذهب البعض إلى القول بأن حكم التحكيم يصبح نهائياً بصيرورته قطعياً، بينما ذهب البعض الآخر بأن الحكم يصبح كذلك بإستنفاد طرق الطعن العادية، أما كونه يقبل الطعن بالطرق غير العادية فهذا لا يمنع من اعتباره نهائياً. وتجدر الإشارة إلى أن العبرة فى كون الحكم نهائياً من عدمة باعتباره كذلك من جانب سلطات الدولة التى صدر الحكم فيها أو وفقاً لقانونها.

كما تجدر الإشارة هنا أيضاً إلى حالة إيقاف تنفيذ الحكم مؤقتاً، وهى حالة تتحقق عندما يطلب أبطال الحكم التحكيمى فى بلد إصداره، وتقوم السلطة المختصة – قبل البت فى طلب الابطال – بإصدار قرار مؤقت يقضى بوقف التنفيذ، ففى هذه الحالة لا ينظر إلى رفض تنفيذ الحكم فى البلد الذى يراد التنفيذ فيه، وإنما يتم إيقاف التنفيذ مؤقتاً لحين البت فى طلب ابطال الحكم[2]، وهذا ما يستفاد من نص المادة السادسة من إتفاقية نيويورك ١٩٥٨م.

وبذلك نكون قد حددنا الحالات التى يتم بناءً على توافر إحداها رفض تنفيذ الحكم التحكيمى بناءً على طلب أحد الخصوم ، وحتما سيكون هو الشخص الذى صدر الحكم ضده ، ولذلك يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه ، وقد جاءت هذه الحالات على سبيل الحصر ، لذا لا يقاس عليها .

ثانيا : حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم من قبل هيئة التحكيم نفسها:

عرفنا فيما سبق الحالات الخمسة التى يتم بناءً عليها رفض تنفيذ الحكم التحكيمى ، وذلك إذا تمسك الطرف الذى صدر ضده بأى منها، والتى لا تقضى فيها المحكمة المختصة برفض تنفيذ الحكم إلا بناءً على طلب هذا الطرف.

وفى هذا الموطن نبين الحالات التى قررتها إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م والتى بناءً عليها تقضى محاكم الدولة المطلوب منها التنفيذ برفض تنفيذ الحكم التحكيمى من تلقاء

---

(١) أنظر فى شأن هذا الخلاف: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٧٥ .حيث يورد سيادته بعض نماذج للأحكام التحكيمية التى تضمن مخالفة اكتساب الحكم الصفة الإلزامية.

(٢) أنظر: د. فوزى سامى، المرجع السابق ، ص ٣٩٤ .

نفسها دون التوقف على طلب أحد الأطراف بذلك. وهذه الحالات قد أوضحتها المادة الخامسة فى فقرتها الثانية من الإتفاقية ، حيث نصت على أنه :" يجوز للسلطة المختصة فى البلد المطلوب إليها الإعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الإعتراف أو التنفيذ إذا تبين لها :

١- إن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم .

٢- إن فى الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام فى هذا البلد."

وفيما يلى شرح لهاتين الحالتين :

١) عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم :

إذا كان من المقرر أن كل مالا يجوز فى شأنه اللجوء للقضاء لا يجوز فيه التحكيم[١] ، فمن الثابت والمعروف أيضاً أنه لا يجوز التحكيم فى كل ما يجوز فيه اللجوء إلى القضاء ، فقد رأينا من قبل أن التشريعات المختلفة قد درجت على وضع قيود عند اللجوء لحل المنازعات عن طريق التحكيم ، حتى أن بعض هذه التشريعات جعلت الاختصاص القضائى ببعض المنازعات اختصاصاً آمراً ولا يجوز للأفراد مخالفته ، وهذا واضح فى مجال علاقات الأحـــوال الشخصية والعلاقات القانونية ذات الطابع السياسى[٢].

وقد سبق وأن عرفنا أن تشريعات بعض الدول قد نصت على عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح كمسائل الأحوال الشخصية وغيرها ، ومنها مانص عليه المشرع المصرى - فى المادة (١١) من قانون التحكيم - على أنه "لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتيادى الذى يملك التصرف فى حقوقه ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح" .

---

(١) مع ملاحظة أن اللجوء لطريق التحكيم قد يكون فى بعض الحالات إجباريا ، بحيث لا يجوز اللجوء فى هذه الحالات إلى القضاء العادى . أنظر فى تفصيل ذلك :د. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص٣٩ وما بعدها ، د. عصام الدين القصبى ، المرجع السابق، ص١٠٥، د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٢) فقد سبق أن عرفنا أن المشرع المصرى – على سبيل المثال – ينص فى المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى على أنه (لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام) .

وبناء على هذا النص لا يجوز تسوية النزاع المتصل بالأحوال الشخصية عن طريق التحكيم ، فلا يجوز التحكيم فى ثبوت البنوة أو صحة الزوجية أو ثبوت الوراثة أو بالحضانة أو بالحجر ، وذلك إعمالاً لنص المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى ، والتى نصت على أنه لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام.[١] ومن ثم لا يجوز أيضاً التحكيم فى المسائل المتعلقة بالنظام العام والتى تمس الأسس العامة للدولة – على نحو ما عرفنا – ومن ثم فلا يجوز التحكيم فى الجرائم التى ترتب المسئولية الجنائية ، كما لا يجوز التحكيم فى شأن نزاع على دين قمار أو ما يتصل بنزع الملكية للمنفعة العامة ، أو باكتساب الجنسية ، أو بصدد إجراء التنفيذ الجبرى من حيث صحتها أو بطلانها ، ولا بصدد الدعاوى المتعلقة بتلك الإجراءات لأنها تجرى تحت إشراف القضاء .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " تحديد مسؤولية الجانى عن الجريمة لتعلقها بالنظام العام لا يصح أن تكون محلاً لصلح أو تحكيم ويبطل الإلتزام المبنى على ذلك".[٢]

وعلى ذلك أيضاً نصت المادة الثانية من نظام التحكيم السعودى لسنة ١٩٨٣ م ، حيث نصت على أنه " لا يقبل التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح ..." .

وفى الواقع أن قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم تعد من المسائل الشائكة المتعددة الجوانب المترامية الأطراف ، ذلك أن هذه المسألة يمكن تناولها من زاوية تنازع القوانين كما يمكن بحثها فى إطار القواعد الموضوعية أو فى المجال القانونى الوطنى أو فى المجال الدولى [٣]، وأخيراً فإن هذه المسألة قد يأتى بحثها فى إطار

---

(١) مع ملاحظة جواز التحكيم فى المسائل المالية المترتبة على مسائل الأحوال الشخصية كتحديد مقدار النفقة أو التعويض عن فسخ الخطبة .

(٢) محكمة النقض فى حكمها الصادر فى٢ ديسمبر سنة ١٩٨٠ م بالطعن رقم(٥٦٢) لسنة (٤٧) ق ، س (٣١)، ص ١٩٨٩ .

(٣) أنظر : د٠ عصام الدين القصبى ، المرجع السابق، ص١٠٥ وما بعدها.

تحديد مدى صحة الإتفاق التحكيمى ، كما يمكن دراستها كشرط من شروط تنفيذ التحكيم .

وبناء على ذلك اذا كان موضوع النزاع محل الحكم التحكيمى من المسائل التى لا يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقاً لقانون البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيه فحينئذ يجوز لقاضى التنفيذ المختص رفض تنفيذ هذا الحكم .

وهذا الأمر متفق عليه، وقد ورد النص عليه فى نصوص الإتفاقيات التى عالجت موضوع تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية ، كاتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية فى المادة الثالثة منها، وإتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣ م، فى المادة (١/٣٨) منها، واتفاقية جنيف ١٩٢٧م، فى المادة (١/١) منها .

وقد ساهمت الأحكام القضائية فى توضيح هذه الحالة التى نحن بصددها والتى نصت عليها إتفاقية نيويورك ١٩٥٨ م فى المادة الخامسة من فقرتها الثانية ، فقد رفض القضاء تنفيذ الكثير من الأحكام التحكيمية الأجنبية بسبب كونها قد تعلقت بمسائل لا يمكن خضوعها للتحكيم طبقاً لأحكام قانون بلد القاضى المراد تنفيذ الحكم فيه . ومن أمثلة ذلك : الحكم الصادر من المحاكم الأمريكية District Court in Washigton D.C والذى يتضمن رفض حكم تحكيم صدر فى سويسرا ضد الحكومة الليبية. وقد قضى فى هذا الحكم بتعويض شركة أمريكية للنفط بسبب قرار التأميم الذى اتخذته ليبيا. وقد دفعت الدولة الليبية بتمسكها بالحصانة الدولية ، بيد أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع ، حيث أشارت إلى أن الإتفاق على التحكيم يفيد معنى التنازل أو رفض الحصانة Waiver immunity ، ومن ثم يقود إلى رفض تنفيذ هذا الحكم لأن موضوع النزاع ، وهو التأميم ، من المسائل التى لا يمكن حسب القانون الوطنى الأمريكى تسويتها بطريق التحكيم [١] .

---

(١) أنظر: د. فوزى سامى ، المرجع السابق ، ص٣٩٦ وما بعدها ، د. مختار بريرى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٣ وما بعدها .

٢) تعارض تنفيذ الحكم مع النظام العام: [١]

وهذه هي الحالة الثانية التي يمكن بمقتضاها للسلطة المختصة أن تقضى من تلقاء نفسها برفض تنفيذ حكم التحكيم ، وذلك لأن هناك بعض المبادىء الأساسية التى يجب احترامها من قبل هيئة التحكيم عند إصدارها للحكم، كاحترامها لحق الدفاع ، ومعاملة الأطراف على قدم المساواة ، واحترام قواعد النظام العام ٠ كما أن هناك قواعد للنظام العام لكل دولة وهناك أيضا قواعد يطلق عليها مصطلح (قواعد النظام العام الدولى) تهدف إلى استقرار التعامل الدولى بين التجار وهذه القواعد تتفق إلى حد بعيد مع قواعد الأخلاق والأداب العامة ٠

وجدير بالذكر أن هذه الحالة نصت عليها غالبية التشريعات الوطنية – إن لم يكن جميعها- وذلك لأن مخالفة الحكم للمبادىء الأساسية لدولة ما أمر يتعلق بسيادتها ٠

وعلى كل فإن المحكمة المختصة بتنفيذ الحكم التحكيمى تقضى من تلقاء نفسها برفض هذا الحكم إذا وجدت أن هذا الحكم يعارض النظام الأساسى أو العام للدولة التى يراد تنفيذ الحكم فيها[٢]٠

تلك هى الحالات التى يستطيع عن طريقها قاضى إحدى الدول المنضمة لإتفاقية نيويورك ١٩٥٨م أن يرفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى، سواء من تلقاء نفسه (المادة٥/٢)، أو بناء على طلب أحد الخصوم (المادة ٥/١) من هذه الإتفاقية ٠ وقد وردت هذه الحالات على سبيل الحصر وبالتالى فليس لقاضى إحدى هذه الدول أن يستند فى رفض تنفيذ الحكم إلى أى سبب آخر ٠٠ وتطبيقا لذلك فحين تمسكت شركة

---

(١) يراجع فى هذا الصدد ما ذكرناه عند بحث مفهوم النظام العام واختلافه بين المجال الداخلى والمجال الدولى وذلك عند دراسة الأسباب الواجب توافرها لتنفيذ حكم التحكيم ٠
وراجع أيضا :
P. courtault, et G. flecheux, la notion d'ordre public international dans la juris prudence de la cours de cassation française, Rev.d'arb. 1978, p.341 et s, p. lalive, l'ordre public transnational (ou réelement internatinal) et arbitrage internatiuonal, Rev. d àrb. 1986, p. 329 et s.
وراجع أيضا: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص٢٧٨ وما بعدها٠

(٢) راجع: د٠ فوزى محمد سامى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٦ وما بعدها ٠ وأنظر بعض نماذج لأحكام التحكيم فى هذا الصدد: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ، ص ٢٧٩و ص ٢٨١ ومابعدها٠

Overseas الأمريكية فى نزاعها مع شركة راكتا المصرية[1] بمخالفة حكم التحكيم للقانون الأمريكى رفضت المحكمة الاستناد إلى هذا السبب لرفض تنفيذ أحكام التحكيم المنصوص عليها فى المادة الخامسة بفقرتيها الأولى والثانية من إتفاقية نيويورك ١٩٥٨م.

ويذكر البعض[2] أن هذه الحالات التى تضمنتها هذه الإتفاقية والتى تبرز رفض تنفيذ الحكم التحكيمى تكاد تتطابق مع الأسباب التى نص عليها القانون المصرى لرفع دعوى بطلان الحكم باستثناء الحالة الخامسة (عدم اكتساب الحكم للصفة الإلزامية وفقاً لقانون البلد الذى صدر فيه أوالقانون الذى صدر الحكم فى ظلة) وهو لا ينكر أنه سبب ملائم لمنع التنفيذ أو وقفه ولا يصلح سبباً لطلب بطلان الحكم.

وجدير بالذكر أن هذه الإتفاقية قد أوردت قاعدة هامة من شأنها أن تضمن للأطراف فى منازعات التحكيم أفضل حماية لحقوقهم، وذلك متى كانت هذه الحماية مقررة فى معاهدة دولية أو تشريع وطنى يبتغى الأطراف التمتع به.

وقد أوردت الإتفاقية هذه القاعدة فى الفقرة الأولى من المادة السابعة والتى نصت على أنه " ليس من شأن هذه الإتفاقية المساس بصحة الإتفاقيات الجماعية أو الثنائية التى أبرمتها الدولة وذلك فى مجال الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها ولا تحرم الإتفاقية أى طرف من الحق فى التمسك بحكم التحكيم طالما أقر هذا الحق تشريع دولة التنفيذ أو معاهدة أنضمت إليها هذه الدولة"

ويترتب على هذا النص أنه لايجوز لأى دولة طرف فى إتفاقية نيويورك رفض الاعتراف باتفاق تحكيم أو حكم بسبب تخلف أحد الشروط التى أوجبتها هذه الإتفاقية، طالما أن تشريع هذه الدولة – أو معاهدة أبرمتها – لا يشترط توافر هذا الشرط للاعتراف باتفاق أو حكم التحكيم.وهذا ما هو معمول به الآن فى جمهورية مصر العربية بموجب قانون التحكيم الحالى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م.

---

(١) أنظر تفاصيل هذا الحكم فى : د. إبراهيم أحمد إبراهيم. المرجع السابق، ص ٢٨١ .

(٢) راجع : د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٣٠٤ .حيث يوضح سيادته فى هذا الموطن مدى التوفيق والاختلاف بين الحالات المنصوص عليها فى القانون المصرى وتلك التى نصت عليها إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م والتى وردت فى رفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

ولاشك أن هذا النص يدل على أن هذه الإتفاقية تهدف إلى تسهيل الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها ولذلك تندر حالات رفض تنفيذ هذه الأحكام التى تستند إلى إتفاقية نيويورك ١٩٥٨م[١].

هذا ويمكن إجمال ما تقدم بالنسبة لرفض تنفيذ الحكم التحكيمى، فيما يلى: [٢]

١- إن القرار الذى يقضى برفض تنفيذ الحكم التحكيمى يصدر من السلطة المختصة فى البلد الذى يراد تنفيذ الحكم فيه، وهى فى الغالب المحكمة المختصة بنظر النزاع محل التحكيم فى ذلك البلد. وقد بينت إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م الحالات التى يمكن بموجبها رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمى الأجنبى، إذا تمكن طالب الرفض من إثبات تحققها.

٢- إن رفض تنفيذ الحكم التحكيمى فى إحدى الدول لا يستطيع رفضه فى دولة أخرى، كما أن تنفيذه فى بعض الدول لا يستتبع تنفيذه فى البعض الآخر. ويترك لكل دولة تقرير ذلك عن طريق السلطة المختصة التابعة لها.

٣- إن إبطال الحكم التحكيمى أو وقف العمل به مؤقتاً تقرره السلطة المختصة فى البلد الذى صدر فيه الحكم، أو البلد الذى صدر الحكم بموجب قانونه، ولا يطلق مصطلح (رفض التنفيذ) إلا على عدم تنفيذ الحكم فى بلد غير البلد الذى صدر فيه الحكم.

٤- إن إبطال الحكم التحكيمى – على نحو ما سيأتى – من قبل السلطة المختصة فى البلد الذى صدر فيه الحكم، أو البلد الذى صدر الحكم بموجب قانونه، يعتبر سبباً كافياً لرفض التنفيذ فى البلد المراد تنفيذ الحكم على إقليمه.

٥- إذا رفعت دعوى بطلان أو أوقف تنفيذ الحكم التحكيمى فى بلد إصدارة أو البلد الذى صدر الحكم بموجب قانونه فإن ذلك يكون مبرراً لتأجيل النظر فى طلب تنفيذ ذلك

---

(١) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠ وما بعدها.

(٢) راجع: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٣٩٩، وص ٤٠٠، د. منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولى والداخلى، المرجع السابق، ص ٣٩٢ وما بعدها، وص٤٠٢ ومابعدها، د. عكاشة عبدالعال، الإجراءات المدنية والتجارة الدولية، ١٩٨٥م، ص ٢٨ وما بعدها، د. عصام القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص ٦٧ ومابعدها.

الحكم من قبل السلطة المختصة فى البلد الذى يراد تنفيذ الحكم على إقليمة لحين الفصل فى دعوى البطلان.

٦- إن هناك حالات تمكن السلطة المختصة فى البلد موطن التنفيذ من رفض تنفيذ الحكم من تلقاء نفسها، وهذا ما قرره نص المادة(٢/٥) من إتفاقية نيويورك، حيث تضمنت لذلك حالتين وهما: عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم، و تعارض تنفيذ الحكم مع النظام العام.

٧- بالنسبة للدول غير المنضمة لإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م يترك طلب رفض تنفيذ الحكم التحكيمى إلى أحكام التشريعات الوطنية لكل دولة، وتتفق جميع التشريعات الوطنية على رفض تنفيذ الحكم إذا كان متعارضاً مع قواعد النظام العام فى البلد الذى يراد تنفيذ الحكم على إقليمة، ومسألة كون الحكم يتعارض مع النظام العام للدولة من المسائل التى يترك تقديرها للقاضى الذى يطلب منه إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم.

٨- ونلاحظ أخيراً أن القانون النموذجى للتحكيم الذى وضعته الأونسترال قد نقل النص الخاص برفض تنفيذ الحكم التحكيمى وحالات هذا الرفض الذى أوردته إتفاقية نيويورك، وضمنها فى المادة(٣٦) منه.

وبهذا القدر نكون قد عرفنا حالات رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمى وفقاً لإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م. ويجب أن نشير فى النهاية إلى أن الدول الموقعة على هذه الإتفاقية تلتزم بالقواعد والإجراءات التى تقررها الإتفاقية بشأن تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية أو رفضها، وذلك على التفصيل سالف الذكر، فتسرى هذه القواعد على الحكم الأجنبى الذى يراد تنفيذه فى مصر، أو المملكة العربية السعودية، أو فى فرنسا، حيث أن هذه الدول من الدول المنضمه إلى إتفاقية نيويورك ١٩٥٨م، وكذلك الحال بالنسبة لأى دوله منضمه لهذه الإتفاقية .

أما الدول غير المنضمة إلى هذه الإتفاقية فيعامل الحكم الأجنبى فيها من حيث تنفيذه أو رفضه حسبما يملية قانون كل دولة على حدة، مع مراعاة عدم مخالفة هذه القوانين للنظام الأساسى الدولى.

وتجدر الإشارة إلى أن إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م قد عددت أسباب رفض تنفيذ الأحكام التحكيمية على نحو ما عرفناه، وهذا التعدد فى ذاته يمثل جميع الأسباب التى أقرتها وأوجبتها التشريعات المختلفة، وكذلك الإتفاقيات الأخرى الخاصة بالتحكيم الدولى، ومن هنا يمكن القول بأن إتفاقية نيويورك تعد المرجع الأساسى الذى شمل جميع هذه الأسباب التى لو توافر إحداها تعين رفض طلب تنفيذ الحكم الأجنبى، لا سيما للدول التى انضمت إلى هذه الإتفاقية قديماً وحديثاً ، وسنعرف فيما بعد أن هذه الأسباب أو حالات رفض تنفيذ الحكم التحكيمى تتفق مع ما تقرره الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد، وسيتضح لنا ذلك عند بحث مدى حجية الأحكام التحكيمية وفقاً للشريعة الإسلامية.

****

الباب الثالث

التنظيم القانونى لبطلان أحكام التحكيم الدولى

تمهيد:

أنه وفقاً للقواعد العامة، فى مختلف التشريعات القانونية فى العالم، أن الحكم الصادر عن محكمة قضائية فى دولة ما لا يجوز مراجعته بواسطة الجهاز القضائى فى دولة أخرى، لأن ذلك يمثل إعتداء على سيادة الدولة الأولى وإستقلالها وإنما الممكن فقط هو مراجعة هذا الحكم فى ذات الدولة التى صدر فيها. [1] وعلى ذلك فلا يمكن لحكم قضائى صدر فى أمريكا مثلاً الطعن فيه أمام المحاكم المصرية، وإذا كان ذلك كذلك بالنسبة للأحكام القضائية فهل ينطبق هذا المبدأ على أحكام التحكيم؟ فى الواقع أن معظم التشريعات القانونية تحاول أن تمارس قدراً معيناً من الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية، وتختلف هذه الرقابة على الأحكام التحكيمية التى تصدر داخل إقليم الدولة عن تلك التى تصدر خارج إقليمها(أو ما تسمى بأحكام التحكيم الدولية أو لأجنبية)، والملاحظ هنا أن هذه الرقابة تكون فى أضيق الحدود بالنسبة للأحكام التحكيمية الدولية، وهذا ظاهر من خلال نصوص القوانين الحديثة، كالقانون الفرنسى الصادر فى ١٩٨١م سالف الإشارة.

والحكم التحكيمى يكون محلاً للطعن مباشرة أمام الهيئة التى أصدرته أو أمام هيئة أخرى، وعلى الغالب يكون الطعن أمام القاضى، فإذا كان ذلك أمام قاضى الدولة التى صدر فيها الحكم فحينئذ يمكن لهذا القاضى التحقق من توافر سبب من أسباب البطلان، فإذا وجد صدر حكمه بإبطال حكم التحكيم وإلغائه، أو تعديله فى بعض الأحوال.

أما الطعن فى الحكم التحكيمى أمام قاضى فى دولة أخرى (أى غير دولة التى صدر فيها الحكم)، ففى هذه الحالة إذا تحقق القاضى من توافر بعض الأسباب يأمر بعدم الاعتراف ورفض تنفيذ الحكم.

---

(١) راجع فى ذلك: د. أحمد أبوالوفا، تكييف وظيفة المحكم، مجلة المحاماة، السنة (٣٧)، العدد السابع، ص ١٨٩، د. محمد عبدالخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الرابعة، ١٩٧٨م، دار النهضة العربية، ص ١٣٩ وما بعدها، د. فتحى والى، التنفيذ الجبرى وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٩٣م، ص ١١٦ وما بعدها، د. محمد نور شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين، ١٩٩٣م، دار النهضة العربية، ص٣٥٦ وما بعدها، د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص ٩١ وما بعدها، د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٤٠٤ وما بعدها:
وراجع أيضاً محكمة النقض (نقض مدنى) فى جلسة ١٥ فبراير سنة ١٩٧٨م، المجموعة، السنة (٢٩)، ص ٤٧٢.

وسوف نعرض فيما يلى للقواعد القانونية التى تحكم مسألة الطعن فى الأحكام التحكيمية، وذلك وفقاً للإتفاقيات الدولية وبعض التشريعات المختلفة ، وفى ظل القانون المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، وذلك فى الفصول التالية:

الفصل الأول: الطعن فى الحكم التحكيمى وفقاً لقواعد التحكيم الدوليةالمقارنة.

الفصل الثانى: الطعن بالبطلان فى أحكام التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م.

****

الفصل الأول

الطعن فى أحكام التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم الدولية المقارنة

سنقوم بدراسة الطعن بالبطلان فى أحكام التحكيم الدولية المقارنة بنفس أسلوب دراسة القواعد التحكيمية المقارنة خلال دراسة الأبواب السابقة، وبناء عليه سنقوم بدراسة الفصل الأول فى المباحث التالية:

١) **المبحث الأول:** القواعد العامة فى الطعن فى الحكم التحكيمى وفقاً لقواعد التحكيم الدولية المقارنة.

٢) **المبحث الثانى:** الطعن فى أحكام التحكيم وفقاً لنصوص الإتفاقيات الدولية.

٣) **المبحث الثالث:** الطعن فى أحكام التحكيم وفقاً لبعض التشريعات الوطنية.

٤) **المبحث الرابع:** مدى حجية أحكام التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية.

****

المبحث الأول

القواعد العامة فى الطعن فى الحكم التحكيمى

وفقاً لقواعد التحكيم الدولية المقارنة

عرفنا من قبل أن للأطراف المتنازعة – كقاعدة عامة فى التحكيم – الحرية التامة فى الإتفاق على تحديد الجهة التى يصار إليها تقديم طلب الطعن فى الحكم التحكيمى، حتى ولو كانت هذه الجهة التى تم الإتفاق عليها غير التى أصدرت الحكم. أما إذا لم يتفقوا على ذلك فحينئذ يترك الأمر حسبما تقرره القواعد التحكيمية التى يختارها الأطراف لسير عملية التحكيم بموجبها.

بيد أن بعض هذه القواعد التحكيمية الدولية المعروفة لا تنص على تحديد جهة معينة يصار أمامها الطعن فى الحكم التحكيمى، ومثال ذلك قواعد التحكيم التى أصدرتها لجنة القانون التجارى الدولى التابعة للأمم المتحدة، وفى هذه الحالة يمكن الطعن على الحكم أمام المحاكم المختصة.

وعلى العكس من ذلك هناك قواعد تحكيمية دولية تنص على تحديد الجهة التى يقدم إليها الطعن فى الحكم، ومثال ذلك ما جاء فى نص المادة(٣٤) من الإتفاقية العربية للتحكيم التجارى، حيث أجازت لأحد الأطراف أن يطلب من رئيس مركز التحكيم إبطال الحكم إذا توافر أحد الأسباب التى أوردتها هذه المادة، ويقوم رئيس المركز بتعيين لجنة ثلاثية لكى تفصل فى الطلب.

وقد جاءت حالات البطلان التى نصت عليها هذه المادة فى فقرتها الأولى فى ثلاث حالات، بحيث إذا توافرت إحداها جاز إبطال الحكم. وهذه الحالات هى كالآتى: [1]

أ) إذا تجاوزت هيئة التحكيم اختصاصها بشكل ظاهر، كما فى حالة إقرار هيئة التحكيم أمراً لم يطلبه أحد الخصوم، أو إنها نظرت فى أمر لم يتفق الأطراف على حسمه

---

(١) راجع: د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، المرجع السابق، ص ٤٠٤ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق، ص ٢١٧ وما بعدها.
وراجع أيضاً:
Mathieu De Boisséson, op. cit. p. 196 et s.

بطريق التحكيم. وهذه الحالة قد تم النص عليها فى قوانين بعض الدول وذلك كما سنعرف فيما بعد.

ب) إذا ثبت بحكم قضائى وجود واقعة جديدة كان من طبيعتها أن تؤثر فى الحكم تأثيراً جوهرياً بشرط أن يكون الجهل بها راجعاً إلى تقصير طالب الإبطال.

جـ) إذا وقع تأثير غير مشروع على أحد المحكمين وكان له تأثير فى الحكم، كما فى حالة وقوع تأثير مادى أو معنوى على أحد المحكمين، دفعه إلى توقيع الحكم،أو كما فى حالة إرتشاء أحد المحكمين.

أما عن المدة التى يجب أن يقدم فيها طلب الإبطال فهى ستين يوماً من تاريخ إستلام الحكم التحكيمى، وذلك إذا كان طلب الإبطال يستند إلى تحقق الحالة الأولى(البند(أ)). أما إذا كان الإبطال يستند إلى إحدى الحالتين الأخيرتين(البند(ب) ، والبند(ج)) فيجب تقديم الطلب خلال ستين يوماً من تاريخ اكتشاف الواقعة فى إحدى الحالتين المذكورتين، ولا يقبل طلب الإبطال لهاتين الحالتين بعد مرور سنة واحدة تبدأ منذ صدور الحكم.

ويبدو أن نص المادة (٣٤) من هذه الإتفاقية سالفة الذكر يتشابه من نص المادة(٥٢) من إتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م و التى نصت أيضاً على منع الأطراف من اللجوء إلى القضاء للطعن فى حكم التحكيم الذى يصدره مركز التحكيم الذى أنشأته الإتفاقية لحسم المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول ومواطنى الدول الأخرى.

بيد أن هناك فروق عديدة بين النصين، منها أن حالات الإبطال التى عددتها المادة (٥٢) من إتفاقية واشنطن هى خمسة حالات كالآتى:

١- عيب فى تشكيل هيئة التحكيم.

٢- تجاوز الهيئة بشكل ظاهر لاختصاصها.

٣- إرتشاء أحد أعضاء الهيئة.

٤- عدم مراعاة إحدى القواعد الرئيسية للإجراءات.

٥- غياب السبب.

كما يوجد هناك فارق آخر فى المدة التى يجب أن يقدم خلالها طلب الإبطال، حيث جاء فى الفقرة الثانية من المادة(٥٢) سالفة الذكر أن طلب الإبطال يجب أن يقدم خلال (١٢٠)

يوماً من تاريخ الحكم، عدا حالة طلب الإبطال الذى يستند إلى الرشوة (بند(٣)) فيقدم طلب الإبطال خلال المدة المذكورة من تاريخ إكتشاف الرشوة، وفى جميع الأحوال يجب أن يقدم الطلب خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم التحكيمى.

ولقد أشرنا إلى هاتين الإتفاقتين حول إبطال الحكم التحكيمى الذى يصدره مركز التحكيم الذى تم إنشاؤه بموجب كل من الإتفاقيتين، وذلك لأن الطعن يتم أمام لجنة خاصة تنظر فى الطعن المقدم إليها.

وفى المقابل فهناك بعض القواعد التحكيمية الدولية تعتبر الحكم عند صدورة باتاً ونهائياً ولا يجوز الطعن فيه، والذى يبرر ذلك هو أن قبول الأطراف المتنازعة حسم النزاع عن طريق التحكيم يعتبر قبولاً للحكم الذى يصدر بشأن النزاع المذكور، وهذه القواعد التى تأخذ بهذا المبدأ تتبعها بعض المؤسسات التى تمارس عملية تنظيم التحكيم، حيث تنص القواعد المذكورة على وجوب عرض مشروع الحكم التحكيمى قبل صدورة على هيئة خاصة نصت عليها تلك القواعد بحيث يصار بعد إقرار مشروع الحكم إلى توقيعه، وهذا يعنى وجود رقابة مسبقة على الحكم التحكيمى قبل صدوره وذلك للتأكد من عدم وجود ما يخالف القانون أو ما يضر بالمبادئ المعروفة فى سير إجراءات المرافعة ومعاملة الأطراف المتنازعة على قدم المساواة [1].

وأوضح مثال يضرب على مثل هذه الحالة هو ما نصت عليه قواعد الغرفة التجارية الدولية، حيث جاء فى المادة (٢١) ضرورة وجوب عرض مشروع الحكم على محكمة التحكيمCour d'arbitrage ولا يصدر الحكم إلا بعد المصادقة عليه من قبل المحكمة المذكورة، وعليه فقد نصت المادة(٢٤) من القواعد المذكورة- تحت عنوان الصيغة النهائية والتنفيذية للحكم – على ما يلى:

١- قرار التحكيم النهائى.

٢- بما أن الطرفين أخضعا نزاعهما لتحكيم غرفة التجارة الدولية فإنهما يلتزمان بتنفيذ القرار دون تأخير ويتنازلان عن جميع طرق الطعن التى يمكن أن يتنازلا عنها.

---

(١) راجع: د. فوزى سامى، المرجع السابق، ص٤٠٦.

وهناك مثال آخر جاء فى قواعد نظام التحكيم للغرفة التجارية العربية الأوربية، حيث أوجبت المادة(٢٤) منه على المحكم قبل توقيع الحكم التحكيمى عرض مشروع الحكم على مجلس التحكيم لتدقيقه. كما أن المادة (٢٥) من القواعد المذكورة اعتبرت الأحكام التحكيمية الصادرة وفقاً للنظام المذكور نهائية وغير خاضعة لأى طريق من طرق الطعن.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه النصوص الأخيرة لم تترك مجالاً للطعن فى حكم التحكيم أمام القضاء، وإنما أوجدت نظاماً آخراً يتضمن الرقابة المسبقة على صدور الحكم للتأكد من سلامته الشكلية و القانونية [١]، أما النصوص السابقة فقد منعت أيضا الطعن فى الحكم أمام القضاء، غير أنها أوجدت لجنة خاصة تمارس الرقابة على الحكم ولها حق تعديلة أو إبطاله.

وقد يكون سبب ذلك أن التحكيم مبنى على أساس إتفاق الأطراف لحل نزاعهما خارج القضاء، فإذا سمح لأحد الأطراف الطعن فى الحكم أمام المحاكم فسوف يجد الأطراف أنفسهم أمام القضاء الأمر الذى كانوا قد أتفقوا على غير ذلك بأختيارهم طريق التحكيم.

يضاف إلى ذلك أن إجراءات الطعن أمام المحاكم قد تستعمل بقصد المماطلة وكسب الوقت من قبل الطرف الخاسر فى التحكيم، حيث تستغرق إجراءات المحاكم وقتاً طويلاً ونفقات أخرى تضاف إلى نفقات التحكيم، الأمر الذى يتعارض مع طبيعة التحكيم الذى يهدف إلى سرعة البت فى حسم النزاع والتنفيذ الاختياري للحكم التحكيمى.

وفى هذا الصدد يرد سؤالاً مؤداه ما مدى إلزام هذه النصوص للقضاء الوطنى الذى تعرض عليه طلبات الطعن؟

لاشك أن الإتفاقيات الدولية تلزم الدول المنضمة إليها، أما قواعد التحكيم الدولية فلا تلتزم الدول بإتباعها[٢] .

تلك كانت نبذة مختصرة عن القواعد العامة فى الطعن فى حكم التحكيم وفقاً للقواعد الدولية التحكيمية، وفيما يلى نتناول هذه المسألة وفقاً لنصوص الإتفاقيات الدولية، وذلك من خلال المبحث التالى.

---

(١) أنظر: د .فوزى محمد سامى ، المرجع السابق، ص ٤٠٧وراجع أيضاً:
E. Loquin, L'examen du projet de sentence par L'institution et la sentence au deuxiéme degré, Revue de l'arbitrage, 1990, pp. 427 et s, et p. 440 et s.

(٢) راجع: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٤٠٨، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٨ ومابعدها.

المبحث الثانى

الطعن فى أحكام التحكيم وفقاً لنصوص الإتفاقيات الدولية

لقد أخذت معظم الإتفاقيات الدولية التى عالجت مسألة التحكيم بالمبدأ الذى يعطى للقضاء حق الرقابة على الأحكام التنفيذية، وهذا الموقف الذى نهجته تلك الإتفاقيات يجد أساساً له فى ضرورة إحترام نصوص التشريعات الوطنية التى تذهب غالبيتها إلى إمكانية الطعن فى الحكم التحكيمى.

وفيما يلى نوضح كيفية معالجة أهم الإتفاقيات الدولية لمسألة الطعن بالبطلان فى الحكم التحكيمى، حيث نصت إتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧م فى المادة الثانية فقرة(أ) منها على إمكانية رفض تنفيذ الحكم التحكيمى من قبل القاضى المراد منه إسباغ الصفة التنفيذية على الحكم، إذا وجد أن هذا الحكم كان قد تم إبطاله فى الدولة التى صدر فيها[١] .

ويتضح من هذا النص أن إتفاقية جنيف أخذت بإمكانية الطعن فى الحكم التحكيمى أمام محاكم الدولة التى صدر فيها هذا الحكم، فإذا كان حكم تلك المحكمة هو إبطال الحكم التحكيمي فحينئذ يجوز لقاضى الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها أن يرفض تنفيذه بسبب صدور حكم البطلان.

وجدير بالملاحظة أن إتفاقية جنيف لم تشترط ضرورة أن يكون الحكم قد تم إبطاله فى دولة متعاقدة (أى منضمه إلى إتفاقية جنيف)، كما لم تشترط أيضاً ضرورة أن يكون قاضى الدولة التى يرفض تنفيذ الحكم الذى تم إبطاله من دولة متعاقدة ضمن الإتفاقية المذكورة.

---

(١) وتأتى هذه الحالة المذكورة ضمن الحالات التى يمكن للقاضى أن يرفض تنفيذ حكم التحكيم، ذلك أن المادة الثانية المذكورة من إتفاقية جنيف المذكورة قد نصت على هذه الحالات وهى:

أ- أن قرار التحكيم كان قد أبطل فى البلد الذى صدر فيه.

ب- إذا كان الطرف الذى صدر حكم التحكيم ضده لم يعلم فى الوقت الملائم بإجراءات التحكيم بحيث يستطيع أن يقدم دفاعه، أو إذا كان لم يكن متمتعاً بالأهلية اللازمة، أو أنه لم يكن ممثلاً بشكل أصولى.

ج- إذا كان حكم التحكيم لا يشمل الخلاف المشار إليه فى مشارطة التحكيم أو فى شرط التحكيم، أو أن الحكم يتضمن قرارات تخرج عن ما يتضمنه شرط التحكيم.

أما بالنسبة لإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، فقد جاء فى المادة الخامسة فقرة (هـ) منها ما يفهم منه إمكانية إبطال الحكم التحكيمى من قبل محاكم الدولة التى صدر فيها الحكم أو من قبل الدولة التى صدر بموجب قانونها[١] .

ويلاحظ من ذلك أن الفرق بين هذه الإتفاقية وسابقتها أن إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م قد أعطت السلطة المختصة فى الدولة التى صدر الحكم بموجب قانونها حق إبطال الحكم بالإضافة إلى إمكانية ذلك من قبل السلطة المختصة فى الدولة التى صدر حكم التحكيم فى إقليمها.

أما بالنسبة للإتفاقية الأوربية لعام ١٩٦١م فقد تبنت النص الذى جاءت به إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م فى هذا الصدد، وضمنته المادة التاسعة منها، والتى عددت بدورها أسباب بطلان الحكم التحكيمى.

بيد أن هناك فارق بينهما، وهو أن الإتفاقية الأوربية قد أشترطت أن يكون البطلان قد حكم به فى دولة متعاقدة، أى دولة منضمه إلى الإتفاقية الأوربية، لكى يمكن أن يكون لحكم البطلان الذى صدر من محاكم تلك الدولة أثر بالنسبة للدولة المتعاقدة الأخرى التى يراد تنفيذ الحكم فى إقليمها، وهذا الأمر ينطبق أيضا على حالة الدولة التى تبطل محاكمها الحكم التحكيمى عندما يكون هذا الحكم قد صدر بموجب قانونها[٢].

وعلى ما تقدم يمكن إستخلاص الآتى:[٣]

١- أن الإتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم تعترف بإمكانية الطعن فى الحكم التحكيمى أمام محاكم الدولة التى صدر فيها الحكم، أو أمام محاكم الدولة التى صدر الحكم

---

(١) راجع: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٤٠٨ وما بعدها، وقد سبق لنا بيان أن المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م قد عددت حالات رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمى.
وقد نصت الفقرة (هـ) من هذه المادة على حالة أن الحكم لم يصبح بعد إلزامياً بالنسبة للأطراف أو أنه كان قد تم إبطاله أو إيقافه من قبل السلطة المختصة فى البلد الذى صدر فيه أو من قبل سلطة البلد الذى كان الحكم قد صدر بموجب قانونه.

(٢) وقد جاء منطوق النص الفرنسى للفقرة الأولى من المادة التاسعة من الإتفاقية كما يلى:
" 1. L'annulation dans un Etat contractant d'une sentence arbitrale regie par la présente convention ne constituera pas une cause de refus, de reconnissance ou d'exécution dans un aure Etat contractant que si cette annulation a été pronocée dans l'etat dans lequel ou d'apres la loi duquel la sentence a été rendue... ".

(٣) راجع: د. فوزى محمد سامى، المرجع السابق، ص ٤١٠ .

بموجب قانونها.

٢- أن هذه الإتفاقيات الدولية لم تشر إلى طرق الطعن وإجراءاته، وإنما تركت ذلك إلى القوانين الداخلية أو الوطنية للدولة المعنية.

٣- أن بطلان الحكم يصدر من محاكم إحدى الدول ، ولا يجوز صدور قرار بالبطلان من عدة دول.

٤- أن أثر بطلان الحكم التحكيمى بالنسبة للدول الأخرى هو رفض الاعتراف ورفض تنفيذ الحكم الذى نحن بصدده.

والآن وقد تناولنا أحكام الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمى وفقاً لنصوص بعض الإتفاقيات الدولية بصورة وجيزة، والتى تعكس الاتجاهات العامة فى هذا الشأن، سنقوم بتناول أحكام الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمى وفقاً لبعض التشريعات الوطنية المختلفة، وذلك من خلال المبحث التالى.

****

المبحث الثالث

الطعن فى أحكام التحكيم وفقاً للتشريعات الوطنية

عرفنا من خلال ما سبق أن الطعن فى حكم التحكيم يخضع لقانون الدولة التى يصدر فيها الحكم، وذلك لأن مدى نهائية الحكم ترتبط بما يقرره قانون الدولة التى صدر فيها هذا الحكم. وقد أكدت ذلك – كما رأينا – إتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام ١٩٥٨م، إذ أجازت الفقرة الخامسة من المادة الخامسة من هذه الإتفاقية للسلطة المختصة فى الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها رفض التنفيذ لعدم صيرورة الحكم ملزماً أو لإبطاله أو إيقاف تنفيذه من جانب سلطات الدولة التى صدر الحكم فيها أو التى صدر الحكم بموجب قانونها.

وتلجأ الدول المختلفة فى تنظيم الطعن فى أحكام التحكيم إلى إحدى طريقتين[1]:

الطريقة الأولى: وتتمثل فى إخضاع أحكام التحكيم لنفس طرق الطعن المتبعة فى الأحكام القضائية . وتجرى على هذه الطريقة بعض دول أمريكا اللاتينية، وهو ما كانت تتبعه أيضاً فرنسا قبل تعديل قانون المرافعات عام ١٩٨٠م وعام ١٩٨١م[2]، وذلك بإدخال قواعد خاصة بالتحكيم الدولى. وقد أدى هذا إلى الإبقاء على إجازة استئناف أحكام التحكيم

---

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٨ وما بعدها، د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق ، ص ٩٥ وما بعدها.
وراجع أيضا:
René David, l'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, p. 522 et s.

(٢) فبعد صدور المرسوم رقم(٨٠ – ٣٥٤) فى ١٩٨٠/٥/١٤م ونشره فى الجريدة الرسمية فى ١٩٨٠/٥/١٨م مشتملاً على (٥٠) مادة تنظم التحكيم الداخلى، صدر بعد ذلك المرسوم رقم(٨١ – ٥٠٠) فى ١٩٨١/٥/١٢م ونشر فى الجريدة الرسمية فى ١٩٨١/٥/١٤م وأدخل (١٦) مادة متعلقة بالتحكيم الدولى. والمواد من (١٤٩٢ إلى ١٥٠٧) فى الفصل الثالث والرابع من قانون المرافعات الجديد، وتتعلق بالاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة فى الخارج وتنفيذها وطرق الطعن فيها و كذلك الأحكام الصادرة فى التحكيم الدولى بحيث أصبح القانون الفرنسى يتضمن نظاماً قانونياً خاصاً للتحكيم الدولى يختلف عن نظام التحكيم الداخلى، أنظر فى ذلك:
- René David, l'arbitrage dans Le commerce international, Economica,1982, op. cit. p.522 et s.

الصادرة فى فرنسا فى التحكيم الداخلى، وكذلك يجوز الطعن بالإستئناف فى القرار الصادر بالاعتراف بحكم التحكيم الصادر فى الخارج أو تنفيذه.

كما يجوز رفع دعوى بطلان الأحكام فى التحكيم الدولى أو أحكام التحكيم الصادرة خارج فرنسا.(١)

ويجيز قانون التحكيم الإنجليزى الصادر فى عام ١٩٧٩م(٢) استئناف أحكام التحكيم، بيد أنه أحاط هذا الطريق ببعض القيود إذ يقتضى هذا إتفاق الأطراف على ذلك أو الحصول على إذن من القضاء، كما يقتصر على حالة إصدار المحكمين الحكم بناء على خطأ فى القانون، فالمحكمة العليا لا تصرح بالإستئناف إلا إذا كان حكم التحكيم معيباً بصورة جوهرية بالخطأ فى القانون، كما أن حكم المحكمة العليا برفض الاستئناف أو بإلغاء حكم التحكيم لا يقبل الطعن بأى طريق من طرق الطعن.

وفى الدول العربية نجد أن قانون المرافعات القطرى الصادر فى ١٩٩١م، وكذلك قانون البحرين الصادر فى ١٩٧١م يجيز كل منهما الطعن بالإستئناف فى حكم المحكمين(٣).

ويرى البعض (٤) أن إجازة الطعن فى أحكام التحكيم بطريق الاستئناف تتعارض مع نهائية أحكام التحكيم، وتتناقض مع روح نظام التحكيم، وقد يكون لهذا الاعتراض - كما ذهب البعض بحق(٥) - شئ من الصحة باعتبار أن من أسباب نجاح نظام التحكيم وتحقيق

---

(١) أنظر التفاصيل المعلقة بطرق الطعن فى مختلف الأحكام الصادرة فى مختلف صور التحكيم فى:
Pierre Mager,l'insertion de la sentence dans l'ordre Juridique Français, droit et pratique de l'arbritrage International en France, 1984, p.84 et s.
وراجع أيضاً: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢١٩، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٢١٨ ومابعدها.

(٢) راجع:
Rev. de l'arbitrage, 1979.p.516 et s.

(٣) قانون المرافعات القطرى رقم(١٣) لسنة ١٩٩١م، وقانون المرافعات البحرينى رقم(١٢) لسنة ١٩٧١م. راجع: د. حسين محمد البحارنه، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، مؤتمر القاهر - الإسكندرية للتحكيم التجارى والبحرى الدوليين من ١١ إلى ١٥ أكتوبر ١٩٩٢م فى إطار مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى.

(٤) أنظر:
René David, op. cit. p. 522 et s.

(٥) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، طبعة ١٩٩٧م، ص ٢٢٠.

استبعاد مشقة القضاء، وتعدد درجات التقاضى، وفى فتح طـريق الاستئنـاف بالنقـض فى أحكام التحكيم ما يذهب ببعض مزايا هذا النظام.

الطريقة الثانية: وتتمثل فى وضع نظام مستقل ومتميز للطعن فى أحكام التحكيم بحيث يختلف عن طرق الطعن المتبعة فى الأحكام القضائية.

وقد رأينا ملامح هذا النظام المتميز فيما أجازته التشريعات الوطنية من تعديل حكم التحكيم أو تصحيح ما به من أخطاء أو تفسيره. كذلك تتجه مختلف تشريعات التحكيم إلى فتح طريق إبطال حكم التحكيم بعد صدوره، كما تضع بعض التشريعات وسائل خاصة للطعن فى أحكام التحكيم. **مثل النظام السعودى الحالى لسنة ١٩٨٣م**، حيث أجازت المادة (١٨) منه للخصوم تقديم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكمين إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع فيما لو لم يتفق على حل النزاع بالتحكيم. وذلك خلال خمسة عشر يوماً من إبلاغهم بأحكام المحكمين، فإذا لم يتم الاعتراض أو رفض صار حكم التحكيم نهائياً.

أما فى قانون التحكيم القضائى الكويتى [1] الصادر فى عام ١٩٩٥م فيجيز الطعن فى حكم التحكيم بالتمييز، وفقاً للمادة العاشرة منه، ولا يجوز هذا الطعن إلا فى حالات محدده على سبيل الحصر، وذلك لمخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تأويله، أو إذا وقع بطلان فى الحكم أو فى الإجراءات أثر فى الحكم، أو إذا قضت هيئة التحكيم على خلاف حكم سبق صدوره بين ذات الخصوم متى حاز حجية الأمر المقضى ، أو إذا تحقق سبب من أسباب التماس إعادة النظر. ويرفع الطعن إلى محكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور حكم التحكيم. ولا يجيز القانون الكويتى الطعن فى حكم التحكيم بأى طريق آخر من طرق الطعن.

وقد حظر نموذج قانون لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى الطعن فى حكم التحكيم أمام القضاء، ولم يجيز إلا طلب إلغاء الحكم فى حالات محدده على سبيل الحصر، وفقاً للمادة(٣٤) منه.

---

(١) القانون رقم(١١) لسنة ١٩٩٥م و المنشور فى الجريدة الرسمية فى ٢٨ فبراير ١٩٩٥م.

وهذا ما أتبعته تشريعات التحكيم الحديثة للكثير من الدول، كالقانون الإمـــاراتى الصـادر فـى ١٩٩٢م فـى المادتين(٢١٦- ٢١٧) منه، والقانون الجزائرى الصادر فى عام ١٩٩٣م فـى المـادة (٤٥٨) مكرر، وقـانون التحكيم المصـرى الصـادر فى عام ١٩٩٤م فى المادة (٥٢) منه.

ولعل ذيوع هذا الاتجاه، الذى يخص التحكيم بنظام خاص للطعن فى الأحكام الصادرة فيه يختلف عن طرق الطعن المتبعة فى أحكام القضاء، ما يضعف الاتجاه إلى قبول الطبيعة القضائية للتحكيم. [١] ويؤكد فى نفس الوقت اعتباره نظاماً قانونياً مستقلاً لحل المنازعات التجارية الدولية. [٢]

ولعله من المفيد أن نفصل القول فى مسألة الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً للقانون الإماراتى والقانون السعودى والقانون المصرى، ولما كان هذا القانون الأخير قد بسط الأحكام الخاصة فى هذا الصدد بصورة واسعة لذلك أفردنا له فصلاً مستقلاً سنعرض له بعد الحديث عن أحكام الطعن وفقاً للقانون الإماراتى والنظام السعودى والقانون الفرنسى.

أولا: الطعن بالبطلان فى أحكام التحكيم وفقا للقانون الإماراتى رقم (١١) لسنة ١٩٩٢م:

أنه وفقاً للقانون الإماراتى آنف الذكر تتحدد جلسة للمصادقة على الحكم التحكيمى بعد صدوره، وهنا تقرر المحكمة أما إعادة الحكم إلى المحكمين لتعديله إذا كان غامضاً أو المصادقة عليه. وفى هذه الجلسة – أى جلسة إعطاء الحكم صيغة التنفيذ – يجوز للأطراف المتنازعه طلب إبطال الحكم التحكيمى بناءً على توافر إحدى الأسباب التى حددتها المادة (٢١٦) من هذا القانون على سبيل الحصر، وهى:

١- إذا كان الحكم قد صدر بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطله أو سقطت بتجاوز مدتها أو إذا خرج الحكم عن حدود الوثيقة.

---

(١) ويذكر الأستاذ الدكتور فتحى والى فى هذا الشأن: "أن تأثير الطبيعة التعاقدية لإتفاق التحكيم قد أدى إلى فتح سبيل دعوى البطلان ضد التحكيم، ولهذا الاعتبار تجيز التشريعات المختلفة الدعوى ببطلان أحكام التحكيم" ، مؤتمر التحكيم التجارى الدولى المنعقد فى مارس ١٩٩٥م بالقاهرة – مقال بعنوان " دعوى بطلان حكم التحكيم وقوته التنفيذية"، ص ٢ ومابعدها.

(٢) أنظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٢١ وما بعدها.

٢- إذا صدر الحكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون.

٣- إذا صدر الحكم من بعض المحكمين دون أن يكونوا مأذونين بالحكم فى غيبة الآخرين.

٤- إذا صدر الحكم بناء على إتفاق تحكيمى لاحق للنزاع و لم يحدد فيه موضوع النزاع.

٥- إذا صدر الحكم من شخص ليس له أهلية الإتفاق على التحكيم.

٦- إذا صدر الحكم من محكم لا تتوافر فيه الشروط القانونية.

٧- إذا أبطل إجراء من إجراءات التحكيم وكان لهذا الإبطال أثره على الحكم.

وبتوافر أحد هذه الأسباب يكون الحكم التحكيمى الذى تم عن طريق المحكمة قابلاً للإبطال فى جلسة المصادقة وحدها[1]. أما الحكم التحكيمى الذى تم خارج المحكمة فإن الطرف الخاسر يمكنه أن يقدم طلب إبطال فى أى وقت إلا إذا تقدم الطرف الرابح بطلب التصديق قبله، وحينئذ لا يعود من حق الطرف الخاسر لدعوى الإدلاء بأسباب الإبطال إلا فى هذه الجلسة، ولا يعود من حقه أيضاً الإدلاء بأى سبب للإبطال بعد إنقضاء هذه الجلسة إذا لم يدل بأسباب الإبطال خلالها أو أدلى بأسباب الإبطال وردتها عليه المحكمة وصادقت على الحكم. وهذا المعنى يفهم من منطوق الفقرة الأولى من المادة(٢١٧) والتى تقضى بأن " أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن". كما تقضى المادة (٢/٢١٦) من القانون المذكور بأنه لا يعتد بالتنازل عن الإدلاء ببطلان حكم المحكمين إذا حصل قبل صدوره.[2]

وبالنظر إلى نص كل من المادة (٢١٦)، والمادة (٢١٧) يظهر أن هناك تناقضاً بينهما ويبدو أن هذا التناقض ناتج عن عدم دقة فى استعمال الصياغة، وأن المشرع يقصد بطريق الطعن الاستئناف وإعادة المحاكمة (إعادة النظر) ليس إلا.

وهكذا فإن الطرف الخاسر الذى يطلب من المحكمة فى جلسة المصادقة – أو قبلها فى التحكيم خارج المحكمة- إبطال الحكم التحكيمى لسبب من الأسباب السابقة التى أوردتها المادة (٢١٦) على سبيل الحصر، وفى حالة عدم إستجابة المحكمة لهذا الطرف الخاسر وصادقت على الحكم التحكيمى دون الاعتداد بطلبة فإن الباب لا يوصد أمامه بل يبقى

---

(١) راجع: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٤٣ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٤٤ وما بعدها.

أمامه باب الإستئناف مفتوحاً إلا فى ثلاث حالات وهى: (١)

أ- إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح.

ب- إذا كان الخصوم قد تنازلوا صراحة عن الإستئناف.

جـ- إذا كانت قيمة النزاع لا تزيد عن عشرة آلاف درهم.

ثانياً: الطعن بالبطلان فى أحكام التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودى رقم(م/٤٦) لسنة ١٩٨٣م/١٤٠٣هـ:

وفقاً لهذا النظام يكون الحكم التحكيمى قابلاً للاعتراض عليه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغة، وقد استعمل نظام التحكيم السعودى عبارة (اعتراض) بدلاً من استئناف، حيث نصت المادة(١٨) من هذا القانون على أن" ... ويجوز للخصوم تقديم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكمين إلى الجهة التى أودع لديها الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بأحكام المحكمين وإلا أصبحت نهائية".

ويلاحظ هنا أن الاعتراض على الحكم قاصر على الخصوم فقط، أى الذين كانوا فى المحكمة التحكيمية، ومن ثم فلا يقبل الاعتراض من الغير، وذلك لأن النظام السعودى لم يسمح بذلك. (٢)

ولقد أعطى نظام التحكيم السعودى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع سلطة النظر فى النزاع والتصدى لأساسه إذا قبلت الاعتراض، وتصبح الدعوى منشورة أمامها، أما إذا ردت الاعتراض – أى الإستئناف – فإن هذا الرد بذاته يعتبر أمر بالتنفيذ، وذلك وفقاً لنص المادة(١٩) من النظام السعودى، حيث جاء بها " إذا قدم الخصوم أو أحدهم اعتراضاً على حكم المحكمين خلال المدة المنصوص عليها فى المادة السابقة تنظر الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع فى الاعتراض وتقرر إما رفضه وتصدر الأمر بتنفيذ الحكم أو قبول الاعتراض وتفصل فيه".

نخلص من ذلك إلى أن الإستئناف (أو الاعتراض على الحكم) جائز إلا إذا تخلى

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٤٥ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٧٦ .

الأطراف مسبقاً أو لاحقاً عنه، وكذلك إذا ورد نص في الإتفاق التحكيمي يجعل التحكيم غير قابل للطعن، ولكن يبقى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع حق الرقابة على الحكم التحكيمي لأنه لا يصبح نهائياً إلا بإعطائه صيغة التنفيذ.[1]

أما عن أسباب إبطال الحكم التحكيمي(أو رفض منح الصيغة التنفيذية) فلم ينص القانون السعودي على أي سبب، ولذلك يقرر الأستاذ الدكتور عبدالحميد الأحدب في موسوعته عن التحكيم في البلاد العربية [2] القول بأنه يمكن أن نعتبر أن أسباب بطلان الحكم التحكيمي هي نفس الأسباب التي أعتمدتها كافة التشريعات وهي:

١- عدم صحة الإتفاق التحكيمي:

وهو الشرط التحكيمي الذي يسبق النزاع، وهذا الإتفاق لا يخضع لأي مصادقة من المحكمة بل يخضع للرقابة المؤخرة.

وهنا تملك المحكمة صلاحية النظر في صحة الشرط التحكيمي في علاقته مع باقي شروط العقد بحيث إذا وجدت أن العقد باطل فقد تذهب المحكمة إلى إبطال الحكم إلا إذا تضمن الشرط التحكيمي إشارة إلى إستقلاله عن باقي شروط العقد.

٢- وجود سبب من أسباب الرد:

ويتعلق الأمر هنا بالرقابة التي تهدف إلى التحقق مما إذا كان يقضي رد المحكمين، عند تحقق سبب من أسباب الرد، فإذا تحقق ذلك كان للمحكمة المختصة أن تحكم ببطلان الحكم . ومعلوم طبعاً أنه يجب أن تكون أسباب الرد قد أثيرت قبل صدور الحكم، وإلا فإن السكوت عنها وتجاوز مدة إثارتها يعتبر الخصم قد رضي بها مما يعد تنازلاً منه.

٣- عدم التقيد بالمهمة التحكيمية:

ذلك أن هيئة التحكيم ملتزمه بعدم تجاوز حدود المهمة الموكولة إليها بموجب إتفاق التحكيم فإذا حدث تجاوز أثير بطلان الحكم التحكيم فإذا حدث تجاوز أثير بطلان الحكم.

٤- إغفال التقيد بقواعد تشكيل المحكمة التحكيمية وعدم احترام مبدأ وجاهيه (علانية) المحاكمة:

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٣٧٦ .
(٢) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٣٧٧ .

فيجب على الخصوم التقيد بالقـــواعد المعتمدة قانوناً فيما يخـص تشكيل المحكمـة التحكيمية ويجب أيضاً على هذه المحكمة أن تتقيد بدورها بالقواعد الأساسية الإلزامية لنظام التحكيم وبإجراءات المحاكمة ولا سيما قاعدة وجاهية المحاكمة.

٥- إغفال إدراج البيانات الإلزامية فى الحكم:

فإذا خلا الحكم التحكيمى من أحد البيانات الإلزامية التى يستوجبها الحكم فإنه يكون مشوباً بعيب يعرضه للإبطال.

٦- النظام العام:

ويقصد بالنظام العام فى المملكة العربية السعودية الشرع الإسلامى[١]، وذلك إستناداً لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم والذى قال فيه" المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً" فجعل هذا الحديث القاعدة العامة للنظام العام الإسلامى. وقد فسر إبن تيميه هذا الحديث بقوله:

" الأصل فى العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس" [٢]، كتحريم عقود الغرر والربا.

وقد أشار النظام السعودى رقم(م/٤٦) لسنة ١٩٨٣م إلى أن الشريعه الإسلامية هى النظام العام فى المملكة العربية السعودية، حيث نصت المادة (٣٩) من اللائحة التنفيذية لهذا النظام على أن: " يصدر المحكمون قراراتهم غير مقيّدين بالإجراءات النظامية عدا ما نص عليه فى نظام التحكيم ولائحته التنفيذية، وتكون قراراتهم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية".

وهذا ما أوجبته المادة الأولى من النظام الأساسى للحكم فى المملكة العربية السعودية ، حيث قضت هذه المادة بأن لغة هذه البلد هى اللغة العربية وأن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للأحكام.

---

(١) أنظر: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٣٧٧ .

(٢) أنظر: فتاوى أبن تيميه، ج٣، ص ٢٦٣ – وإبن تيميه هو أحد علماء المذهب الحنبلى المطبق فى المملكة العربية السعودية.

وخلاصة القول أنه يجب على المحكمة المختصة أن تنظر فيما يدلى به الطرف الذى يعترض على الحكم التحكيمى، فإذا وجدت المحكمة أن سبب الاعتراض لم يكن ضمن الأسباب الستة سالفة الذكر فإنها ترفض الاعتراض وتصدر حينئذ أمراً بتنفيذ الحكم.

أما إذا وجدت أن سبب الاعتراض ضمن هذه الأسباب المذكورة فإن المحكمة تفصل فى النزاع وتبطل الحكم التحكيمى ويكون حكمها نهائياً ويأخذ طريق تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء.[1]

وعلى ما تقدم يتضح لنا أن هناك إتفاق إلى حد كبير بين الأسباب التى يقررها قانون الإمارات بنص المادة(٢١٦) منه، والتى سبق الحديث عنها، وتلك التى نص عليها النظام السعودى، وإذا كانت هذه الأسباب مختلفة بعض الشيئ فى ألفاظها بين كلا القانونين، إلا أنها فى النهاية تهدف إلى معنى واحد بل وإلى هدف واحد يتمثل فى إبطال حكم التحكيم إذا ما توافر أحد هذه الأسباب. فهذه القوانين تتماثل بعضها مع البعض ، دون أن يكون هناك اختلافاً جوهرياً بينها فى هذا الصدد.

ثالثاً: الطعن بالبطلان فى أحكام التحكيم وفقاً للقانون الفرنسى الحالى الصادر فى ١٩٨٠م والمعدل بالمرسوم الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٨١م:

لقد ذكرنا أن المشرع الفرنسى فرق بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى حيث قرر أن الأصل أن أحكام التحكيم الداخلى تقبل الطعن فيها بالاستئناف، وهذا ما قررته المادة (١٤٨٢) من هذا القانون، كما نصت على ذلك المادة(١٤٩١) من ذات القانون، وفقاً لقواعد قانون المرافعات الفرنسى.

ولكن لا يسرى هذا الحكم (الطعن بالإستئناف) إذا تضمن إتفاق التحكيم ما يفيد تنازل الأطراف عن حق الطعن بالإستئناف أو إذا كان المحكم مفوضاً بالحكم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، حيث نصت المادة آنفة الذكر على أن " الحكم التحكيمى يقبل الإستئناف ما لم يكن الأطراف قد تنازلوا عن هذه المراجعة فى العقد التحكيمى. ولكن الحكم التحكيمى

---

(١) راجع: د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ٣٧٨ .

الصادر عن محكم بالصلح لا يكون قابلاً للإستئناف إلا إذا كان الأطـراف قد أحتفظوا صراحة بحق الإستئناف فى العقد التحكيمى " [1] .

ويؤدى إستئناف الحكم إلى طرح النزاع ونظر موضوعه من جديد، وهذا على عكس دعوى البطلان التى لا تقوم إلا على أسباب معينة نص عليها المشرع الفرنسى على سبيل الحصر كما سنرى فيما بعد، بيد إنه يجمع بين البطلان والإستئناف وحده المحكمة المختصة فضلاً عن وحدة المعياد، حيث نصت المادة(١٤٨٦) من القانون على أن الإستئناف والطعن بالبطلان تختص بهما محكمة الإستئناف التى صدر فى دائرتها حكم التحكيم. [2] وتبدأ مدة الطعن بالبطلان أو الطعن بالإستئناف من تاريخ صدور الحكم وحتى مضى شهر من تاريخ إعلان الحكم مشمولاً بالصيغة التنفيذية، وكلاهما يوقف تنفيذ الحكم. وكل ذلك خاص بالتحكيم الذى يتم فى فرنسا باعتباره تحكيماً وطنياً داخلياً.

أما بالنسبة لأحكام التحكيم الدولى فلا تسرى عليها هذه الأحكام، ومن ثم فلا يجوز الطعن بالإستئناف فى أحكام التحكيم الصادرة خارج فرنسا أو الصادرة فى منازعات دولية. وإنما يكون ممكناً فقط بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية التى تصدر فى فرنسا – وذلك تطبيقاً للمادة(١٤٨١) بالتعديل الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٨١م على نحو ما سنرى – أما الأحكام الصادرة فى الخارج فلا تخضع للاستئناف أو لطلب البطلان بل يمكن إستئناف القرار الصادر بالاعتراف وتنفيذ الحكم وذلك فى الحالات التى يمكن فيها طلب بطلان الحكم فى فرنسا. (المادة ١٤٨١) بالتعديل الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٨١م) [3].

---

(١) هذا وقد جاء النص كالتالى:

" La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage ".

(٢) أنظر:

Ph. Fouchard et autres, op. cit p. 815 et s.

وراجع أيضا: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٣٠ وما بعدها، وص ٢٩٢ وما بعدها.

(٣) هذا وقد جاء النص كالتالى:

" La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition ni de pourvoie en cassation...".

وبناء على ذلك يفرق المشرع الفرنسى فى التعامل بين حكم التحكيم الدولى الذى يصدر فى فرنسا والحكم الذى يصدر فى الخارج، ويبرر ذلك بعض الفقه[1] بقوله بأن الأول يندمج ويصبح جزءً من النظام القانونى الفرنسى مما يحتم الجواز بطلب بطلانه لاستبعاده، أما الثانى- الحكم الذى يصدر فى الخارج – فيظل موقوفاً على مصيرة الذى يتحدد فى الخارج فقد يظل صحيحاً أو يحكم ببطلانه.

ويذكر البعض[2] بأنه فى حالة إمكانية الطعن بالإستئناف فينبغى بيان الغرض فى صحيفة الإستئناف، بمعنى هل الإستئناف لقصد مراجعة الحكم موضوعياً – وفقاً للمادة (١٤٨٢) من القانون الفرنسى -؟ أم بقصد تقرير البطلان وفقاً لنص المادة (١٤٨٤) من ذات القانون؟، وإذا كان باب الإستئناف موصداً لتنازل الأطراف عنه مسبقاً أو لعدم تحفظهم فى حالة التحكيم بالتفويض على نحو مَا سبق، ففى هذه الحالة لا يبقى أمام الطرف المتضرر من الحكم سوى رفع دعوى البطلان بناء على توافر حالة من الحالات التى تجيز رفع هذه الدعوى، والتى حددتها المادة(١٤٨٤) من القانون الفرنسى، وهذه الحالات هى كما يلى : [3]

١- عدم وجود إتفاق تحكيم أو بطلانه أو انقضاؤه.

٢- وجود مخالفة للقواعد الخاصة بتعيين المحكم أو تشكيل محكمة التحكيم.

٣- إصدار المحكم للحكم دون إلتزام بحدود مهمته.

٤- عدم احترام مبدأ المواجهة.

٥- عدم تضمين الحكم بياناً بأسماء المحكمين أو بيان تاريخ الحكم.

٦- الإخلال بقاعدة تتعلق بالنظام العام.[4]

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٣١ هامش رقم (٣١٥) .

(٢) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٥٨، د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٥٨ وما بعدها، وراجع أيضاً:

Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 788.

(٣) أنظر تفصيل وشرح هذه الحالات بالتفصيل فى كل من: د. مختار بريرى، المرجع السابق، من ٢٥٨ إلى ٢٦٧، د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، من ص ١٦٠ إلى ص ١٩٨، ود. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(٤) هذا وقد جاءت الأسباب الست الأولى فى المادة(١٤٨٤) فى التعديل الصادر فى ١٢مايو سنة ١٩٨١م، حيث جاء بها: =

٧- عدم تسبيب الحكم. (المادة ١/١٤٧١).

٨- عدم توقيع جميع المحكمين أو عدم ذكر رفض الأقلية. (١٤٧٣) .

وتقرر محكمة استئناف باريس [١] فى الصدد أن هذه الأسباب أو الحالات قد وردت على سبيل الحصر، فلا يقاس عليها، وبالتالى لا يمكن الطعن بالبطلان لأى سبب آخر، كالخطأ فى تفسير العقد مثلاً[٢]. كما أن البطلان لا يمتد لكل ما تضمنه الحكم إذا كانت التجزئة ممكنة على نحو ما عرفنا من قبل.

وفى هذا الشأن تنص المادة (١٤٨٥) من القانون الفرنسى على أن المحكمة إذا قضت بالبطلان فعليها الفصل فى الموضوع فى الحدود التى كانت متاحة للمحكم إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك. [٣] وهذا يعنى أنه من الممكن أن يتفق الأطراف على التمسك بالتحكيم واستمرار إتفاقهم على استبعاد تصدى القضاء للفصل فى الموضوع، فيصبح الأمر مشابهاً لما هو عليه الحال فى ظل القانون المصرى كما سنرى فيما بعد.

أما إذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق فالمحكمة تفصل فى الموضوع وهذا ما يؤدى فى نظر البعض[٤] إلى توفير الوقت فضلاً عن منع دعاوى البطلان التى تستهدف تعطيل

= Le recours d'annulation n'est ouvert que dans les cas suivants:
1-Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée
2- Si le tribunal a été irréguliérement composé ou l'arbitre unique irréguliérement désigné; .
3- Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conferée;
4- Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté;
5- Dans tous les cas de nullité prévus à l'article 1480;
6- Si l'arbitre a violé une régle d'ordre public.

وقضت المادة(١/١٤٧١) على ضرورة كون الحكم مسبباً كسبب سابع للبطلان، كما نصت المادة (١٤٧٣) على عدم توقيع المحكمين أو عدم ذكر رفض الأقلية كسبب ثامن وأخير للبطلان.

(١) أنظر:
Rev. d'arbitrage, 1991, p. 121 et s.

(٢) وقد ذهبت نفس المحكمة المذكورة إلى أن تشويه المحكم لإتفاق الأطراف أو للمستندات لا يعد سبباً للبطلان. حكمها الصادر فى ٩ يوليو ١٩٨٣م. راجع:
Rev. d'arbitrage, 1983, p. 345 et s.

(٣) وهذا على عكس ما ذهب إليه المشرع المصرى فى قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م وسنرى ذلك فيما بعد

(٤) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٦٥ . وراجع أيضا: =

الفصل وإنهاء النزاع.

ويقرر الأستاذ الدكتور مختار بريرى [1] أنه " وفقاً لنص المادة(١٥٠٧) فرنسى لا تسرى أحكام الباب الرابع من القانون الفرنسى المذكور والتى تنظم إستئناف أحكام التحكيم الداخلى أو لرفع دعاوى البطلان على أحكام التحكيم التى تصدر خارج فرنسا أو التى تصدر فى مجال التحكيم الدولى " . وقد عالج المشرع كيفية مواجهة أحكام التحكيم التى تصدر خارج فرنسا من خلال القواعد المنظمة للاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها. فهذه الأحكام لا تخضع لدعاوى البطلان. وغاية ما هنالك أن المشرع الفرنسى يمنع امتداد آثارها داخل فرنسا فلا يعترف بها ولا ينفذها إذا أصدر القضاء أمره برفض طلب تنفيذها. وإذا صدر الأمر بتنفيذها فإن الأمر فى الحالتين يخضع للإستئناف .وفى أى الأحوال لا سبيل لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر فى الخارج، أما الأحكام التى تصدر فى فرنسا والتى تتعلق بتحكيم دولى فقد فتح المشرع باب رفع الدعوى بطلب بطلانها، وذلك فى الحالات الواردة على سبيل الحصر والتى يجوز فيها إستئناف الحكم الصادر بالاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين وتتمثل هذه الحالات فيما يلى:

١- صدور الحكم دون وجود إتفاق تحكيم أو بناء على إتفاق باطل أو انقضى.

٢- عدم نظامية تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات تعيين المحكم الوحيد.

٣- إذا لم يلتزم المحكم فى حكمة حدود المهمة المناطه به.

٤- إذا تم إهدار مبدا المواجهة.

٥- إذا كان الحكم مخالفاً للنظام العام الدولى.

وكما هو واضح تطابق هذه الحالات السابق ذكرها فى شأن التحكيم الداخلى، باستثناء الحالات الخاصة بمخالفة النصوص التى تقتصر تطبيقها على التحكيم الداخلى إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون المرافعات الفرنسى، فحينئذ تسرى على الحكم القواعد الواردة بخصوص التحكيم الداخلى، مع مراعاة أن ما يعد مخالفاً للنظام العام الداخلى لا يعد

= Ph.Fouchard et autres, op. cit. p. 801 et s.

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها.

كذلك بالنسبة للنظام العام الدولى، على نحو ما تقدم ذكره فى هذا الصدد، وعلى ذلك فعدم التسبيب لا يعد أمراً متعلقاً بالنظام العام الدولى وبالتالى لا يبرر البطلان إلا إذا اتفق صراحة على إلزام المحكمين بالتسبيب، فهنا يعد عدم التسبيب داخلاً تحت عدم التزام المحكمة التحكيمية بمهمتها، وهذا اتضح لنا عند بحث تنفيذ حكم التحكيم.

وبهذا نكون قد عرفنا حالات الطعن بالبطلان وفقاً للقانون الفرنسى، وفيما يلى نتناول بحث هذه المسألة وفقاً للقانون المصرى، وذلك من خلال الفصل التالى والذى من خلاله تتضح لنا أوجه الاتفاق أو الاختلاف بين تلك التشريعات وبعضها من ناحية، وبينها وبين الإتفاقات الدولة من ناحية أخرى، ولكن قبل ذلك سنتناول بيان مدى حجية أحكام التحكيم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

****

المبحث الرابع

مدى حجية أحكام التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية

سبق القول أن حكم التحكيم – وفقاً لغالبية القوانين الوضعية – يصدر حائزاً للحجية، وبالتالى فلا يجوز الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن، ومؤدى ذلك أن الحكم يصدر متمتعاً بالحجية وقوة الأمر المقضى ويكون واجب النفاذ وفقاً لإجراءات التنفيذ، وقد عرفنا أن عملية التنفيذ هذه لا يعوقها إلا أسباباً نصت عليها تلك القوانين على سبيل الحصر، فضلاً عن إمكانية وقف تنفيذ الحكم إذا طلب ذلك رافع دعوى بطلان حكم التحكيم، متى توافر أحد أسباب البطلان، والتى سبق عرضها تفصيلاً.

كما سبق القول أيضاً أن حكم التحكيم – وفقاً للشريعة الإسلامية – يجب تنفيذه إذا صدر مستوفياً لشروط صحته ويكون لازماً للمحتكمين وفقاً لرأى جمهور الفقهاء الذى أيدناه لقوة أدلته واتفاقه مع المنطق.

وإذا كان العمل قد استقر وفقاً للتشريعات الوضعية على أن حكم التحكيم لا يتمتع بحجية مطلقة شأنه فى ذلك شأن حكم القاضى، فما هو إذاً موقف الشريعة الإسلامية من حجية حكم التحكيم؟ الإجابة عن هذا التساؤل ستكون هى محل بحث هذا المبحث والذى سنتناوله من خلال مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول: مفهوم حجية أحكام التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية.

المطلب الثانى: نطاق حجية أحكام التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية.

****

المطلب الأول

مفهوم حجية أحكام التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية

سنقوم بتناول بيان مدى مفهوم الحجية، ثم يتبع ذلك بيان مدى حجية حكم المحكم أمام القاضى المولى، وذلك وفقاً للترتيب التالى:

أولاً: مفهوم الحجية:

إن الحكم – سواء كان قضائياً أم تحكيمياً – هو من صميم عمل البشر، لذا فهو لا يسلم من الخطأ، وهذا ما أكده النبى صلى الله عليه وسلم بقوله: " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر".(١)

ولذلك أعطى الأطراف حق طلب نقض الحكم بناءً على احتمال خطأ الحاكم، سواء كان قاضياً أو محكماً، بيد أن إطلاق هذا الحق سيؤدى إلى عرقلة تنفيذ الأحكام مما يترتب عليه عدم استقرار التعامل بين الأطراف، فضلاً على إعراض هؤلاء الأطراف عن التحكيم – كوسيلة لحل منازعاتهم – والبحث عن وسيلة أخرى تلبى رغباتهم، لذا قرر الفقهاء حمل القضاء على الصحة، بمعنى أن كل حكم صدر ممن له ولاية إصداره، ووفقاً للشروط الشرعية، يعتبر صحيحاً ويجب نفاذه، ولا يجوز لأى طرف طلب إعادة النظر فى الحكم لنقضه أو تأخير تنفيذه لمجرد احتمال الخطأ ولم يكن هناك دليل مقبول يرجح نقضه.(٢)

وبناء على هذا تعنى حجية الحكم فى الشريعة الإسلامية حملة فى الظاهر على الصحة، طالما أنه صدر ممن له ولاية إصداره ووفقاً للشروط الواجبة فيه شرعاً، ولا يجوز طلب عدم تنفيذه ولا نقضه إلا إذا كان هذا الطلب مبنياً على دليل قوى يرجح احتمال نقضه، وهذا المعنى المقرر لحماية حكم التحكيم يستفاد من أقوال الفقهاء المنصوص عليها فى كتاباتهم. حيث جاء فى الأم للإمام الشافعى (٣): " والحكم على ظاهر الأمر وافق ذلك السرائر أو خالفها"، وجاء فى الأشباه والنظائر لإبن نجيم(٤): " القضاء محمول على الصحة

---

(١) أنظر: صحيح مسلم، ج ٢، ص ٦٢ .

(٢) راجع: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٨٢، د. عبدالله محمد عبدالله، مبدأ التحكيم فى الفقه الإسلامى، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى، المرجع السابق، ص ١٣٦ .

(٣) أنظر: الأم للشافعى، ج ٧، ص ٤٠ .

(٤) أنظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ج٢، ص٣٣٥ .

ما أمكن ولا ينقض بالشك"، وجاء فى أدب القاضى للماوردى [1]: " ظاهر الأحكام نفوذها على الصحة ....."، وجاء فى المغنى لآبن قدامه[2]: " ليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله لأن الظاهر صحتها وصوابها".

ويتضح من عبارات الفقهاء – وإن اختلفت فى ألفاظها – أنه يجب حمل الحكم فى الظاهر على الصحة، وهذا هو المقصود بمفهوم الحجية فى منظور الشريعة الاسلامية ، وهذا المعنى يتفق ومعنى الحجية فى التشريعات المعاصرة، اذ أن الحجية وفقاً لهذه التشريعات تعنى أن الأحكام النهائية تحوز فيما بين الخصوم، وفيما فصلت فيه، حجية يمتنع معها قبول دليل ينقض هذه الحجية ، وذلك عملاً على استقرار الحقوق لا سيما فى مجال التجارة الدولية والتى يلعب فيها التحكيم الآن دوراً بارزاً .

و يترتب على هذه الحجية أنه يجب تنفيذ الحكم والعمل به بحيث إذا لم ينفذ المحكوم ضده بمحض إرادته كان للمحكوم لصالحة أن يرفع أمره إلى الحاكم طالباً تنفيذه ، لذا يجب الاعتراف – من قبل المحكوم ضدهم – بالحكم الذى أصدره المحكم (هيئة التحكيم) طالما قد صدر مستوفياً لشروط صحته الشرعية ولم يوجد دليل يبرر نقضه .

كما يترتب على الاعتراف للحكم بهذه الحجية وجوب احترامه من قبل الأطراف والقاضى ، فالمحكوم لصالحه الحق فى التمتع بالحق الذى قضى به المحكم ، ولا ينظر إلى اعتراض المحكوم عليه ، لذلك جاء فى الفتاوى الهندية" إذا استخلف أحد الخصمين ونكل عن اليمين وقضى عليه فقال المقضى عليه لا أجيز حكمة على وأحلف فحكمة عليه ماض".[3]

وأيضاً على القاضى أو المحكم احترام غيره إذا ما رفع إليه لتنفيذه، أو باعتباره دليلا للإثبات ، فقد جاء فى التبصرة لأبن فرحون: " الحاكم العادل من القضاة لا يتعرض لأحكامه إلا على سبيل التحويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومه".[4]

---

(١) أنظر: أدب القاضى للماوردى، ج١، ص ٦٩٤ .
(٢) أنظر: المغنى لابن قدامه، ج٩، ص٥٨ .
(٣) أنظر: الفتاوى الهندية، ج٣ ص ٣٩٩ وما بعدها.
(٤) أنظر: التبصرة لابن فرحون، ج١ ص ٥٨ .

ولكن هل معنى حمل الحكم فى الظاهر على الصحة أنه يجب عدم المساس به حتى ولوثبت أنه مجافياً للحق والصواب؟

وبمعنى آخر هل يمكن تعديل الحكم أو إلغاؤه إذا كان مخالفاً للعدالة؟

إن قواعد الشريعة الإسلامية تأبى أن يكون للحكم هذه الحصانة إذا ما وجد دليل قوى يرجح بطلان الحكم، وهذا ما يستفاد من رسالة عمر بن الخطاب رضى الله عنه لأبى موسى الأشعرى حيث جاء فيها" و لايمنعك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شئ وأن الرجوع إلى الحق أولى من التمادى فى الباطل".(١)

ولقد تناول فقهاء الشريعة بيان ما يجوز نقضه وما لا يجوز نقضه من أحكام القاضى، وفرقوا بين حكم المحكم فيما يجوز الاجتهاد فيه وحكمه فيما لا يجوز الاجتهاد فيه، ولم يجيزوا نقض الحكم فيما يجوز فيه الاجتهاد، أما إذا كان الحكم فيما لا يجوز فيه الاجتهاد فيجوز نقضة إذا كان الحكم مخالف لنص من القرآن الكريم أو السنة النبوية – باعتبارهما مصدران رئيسيان للأحكام الشرعية، - أو خالف إجماعاً أو قياساً – باعتبارهما من المصادر التبعية لتلك الأحكام.(٢) وفى هذا يقول القرافى:" حكم الحاكم لا يستقر فى أربع مواضع وينقض إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلى".(٣)

هكذا جاء مفهوم حجية الأحكام التحكيمية فى منظور الشريعة الإسلامية، وهو كما قدمنا لا يختلف عن المعنى المعمول به فى ظل التشريعات الحديثة، وأن الحجية فى كل من هذه التشريعات ليست مطلقة.

هذا ويرجع أساس هذه الحجية – بناءً على الرأى الراجح عند فقهاء الشريعة الإسلامية- (٤) إلى قاعدة فقهية وهى قاعدة " المصلحة" والتى تقضى بدرء كل مفسدة من

---

(١) أنظر فى ذلك: أعلام الموقعين، ج١، ص ٨٥، الأحكام السلطانية للماوردى، ص ٧١، بدائع الصنائع للكسانى، ج٧، ص ٩ وما بعدها.

(٢) أنظر فى ذلك: بدائع الصنائع، ج ٧،ص ١٠، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص ٣٩٤ .

(٣) أنظر: الأحكام للقرافى، ص ١٩ .

(٤) أنظر لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن:د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٨٧ وما بعدها.

شأنها أن تؤثر فى منصب القضاء كولاية عامة مترتبة على إعطاء حق نقض الحكم بغير دليل يرجح نقضه، سواء كان ذلك يترتب على عدم الثقة بمنصب القضاء، أو على عدم الاستقرار فى الأحكام الشرعية، والذى يترتب عليه عدم الاستقرار فى التعامل.[1]

ثانياً: مدى حجية حكم المحكم أمام القاضى المولى:

بعد تعريف معنى الحجية بصفة عامة والأساس الذى تستند إليه فإن التساؤل يثور فى هذا الصدد عن مدى حجية الحكم التحكيمى أمام القضاء الأصلى، بمعنى هل يتمتع الحكم التحكيمى بذات الحجية التى يتمتع بها حكم القاضى المولى؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تحمل خلافاً بين الفقهاء، وانقسم الفقه فى شأنها إلى فريقين على النحو التالى:

الفريق الأول : وهو رأى جمهور الفقهاء:

وذهبوا إلى أن الحكم التحكيمى بمنزله حكم القاضى ، وبالتالى يجب على الخصوم تنفيذه والعمل به وعدم طلب نقضه إلا بناءً على سبب يبرر النقض، ومن ثم فإن حكم المحكم إذا رفع لأى قاضى أمتنع على هذا الأخير نقض هذا الحكم – سواء وافق رأيه أو خالفه – طالما كان الحكم قد صدر موافقاً لأصوله ولم يخالف نصاً أو إجماعاً. ولذلك جاء فى كشاف القناع: " ويلزم من كتب إليه المحكم بحكمه القبول ويلزمه تنفيذه لأنه حاكم نافذ الأحكام فلزمه قبوله كحاكم الإمام ولا يجوز نقض حكمه إلا فيما ينقض فيه حكم من له ولاية من إمام أو نائبه".[2]

الفريق الثانى: وهو رأى الحنفية:

وقد ذهبوا إلى أن حكم المحكم يكون بمنزلة حكم القاضى المولى فيما بين الخصوم وبالتالى يجب عليهم تنفيذه، بيد أنه إذا رفع الأمر إلى القاضى المولى لتنفيذ الحكم أو لنقضه فيفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : حالة ما إذا كان حكم المحكم موافق لرأى القاضى الذى رفع إليه الحكم فهنا يمضيه القاضى ولا ينقضه ، لأنه لا فائدة من نقض الحكم حينئذ ، وتبدو فائدة إمضاءه هنا إذا ما رفع الحكم إلى قاضى آخر فإنه لا يملك هذا الأخير نقضه سواء وافق رأيه

---

(١) أنظر: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٩١ .

(٢) راجع: كشاف القناع، ج٦، ص ٣٠٩، وأنظر أيضاً أنس المطالب فى شرح روض الطالب، ج٤، ص ٢٨٨ وما بعدها ، البحر الرائق، (٢٧/٧).

أو خالفه، لأن الحكم بعد الإمضاء كأنه صادر منه.[1]

الحالة الثانية : حالة ما إذا رفع حكم المحكم إلى القاضى المولى وكان مخالفاً لرأى القاضى، ففى هذه الحالة للقاضى فسخ الحكم وعدم تنفيذه ، لأن التحكيم فى حق القاضى كالعقد الموقوف يملك فسخه[2] ، والتحكيم – كما سبق القول – لا ينفذ إلا فى مواجهة من رضى به ، وليس هنا رضا من جانب القاضى لعدم التحكيم من قبله، فلا ينفذ الحكم فى حقه وله إبطاله.[3]

ويكفى لإبطال الحكم عدم العمل به ويقضى فى النزاع برأيه، لأن حكم القاضى فى النزاع إبطال لحكم المحكم وإن لم يصرح بذلك [4] ، وهذا على خلاف حكم القاضى المولى إذا ما رفع إلى قاضى آخر فينبغى على هذا الأخير إمضاء الحكم، خالف رأيه أو وافقه ، لأن القاضى له ولاية عامة تشمل القاضى وغيره فلا ينقض حكمه إلا إذا كان مخالفاً لنص أو إجماع أو كان قولاً لا دليل عليه. [5]

وبعد عرض هذا الخلاف بشأن مدى حجية حكم المحكم أمام القاضى المولى نرجح الرأى القائل باعتبار حكم المحكم بمنزله حكم القاضى المولى، وبالتالى تثبت الحجية للحكم التحكيمى شأنه فى ذلك شأن الحكم الصادر من القاضى، ولذا يجب على هذا الأخير تنفيذ حكم المحكم إذا ما رفع إليه سواء وافق رأيه أو خالفه. ولا يجوز للقاضى المولى الاعتراض على حكم المحكم إلا بما يعترض لحكم غيره من القضاة. وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، والذى يدعم هذا الرأى هو استقرار الأحكام وعدم زعزعة الثقة بأحكام المحكمين، فضلاً على أن الأخذ بغير هذا القول يؤدى إلى العزوف عن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات والتى تزداد يوماً بعد يوم لا سيما فى مجال التجارة الدولية.

وإذا كان الأمر كذلك فما هو إذاً الأساس الذى تستند إليه حجية حكم المحكم؟

---

(١) راجع : تبين الحقائق للزيلعى، ج٤، ص ١٩٣، حاشية ابن عابدين، الجزء(٥) ، ص ٤٢٩ ، البحر الرائق ،(٢٧/٧)، الموسوعة الفقهية، ص ٢٤٦ .

(٢) أنظر : المغنى لابن قدامه ، ج ٩ ، ص ١٠١ .

(٣) أنظر: فتح القدير لابن الهمام ، ج٦، ص ٤٠٨ .

(٤) أنظر : حاشية أبن السعود ، ج٣ ، ص ٤٠ .

(٥) أنظر: الكتاب للقدورى، ج٤، ص٨٨ .

لقد اختلف الفقهاء أيضاً فى بيان هذا الأساس، ويرجع سبب هذا الخلاف إلى إختلاف الفقهاء حول تكييف وظيفة المحكم و هل هو حاكم أو وكيل، فجمهور الفقهاء يذهبون إلى أن المحكم يعتبر حاكماً يجب تنفيذ حكمه كالقاضى المولى، ولا يكون للمحتكمين الامتناع عن تنفيذه أو طلب نقضه، وكذا القاضى المولى يجب عليه تنفيذ حكم المحكم ويمتنع عليه نقضه إلا بما ينقض به قضاء غيره من القضاة. وذهب البعض الآخر إلى عكس ذلك فقالوا أن المحكم يعتبر وكيل عن المحتكمين فلا يجوز له الخروج عن هذه الوكالة.

ووفقاً للرأى الأول يكون أساس حجية حكم المحكم هو المصلحة على النحو السابق بيانه، ووفقاً للرأى الثانى الذى يرى أن المحكم بمثابة الوكيل، فيكون الأساس الذى تبنى عليه حجية الحكم هو العقد الذى أبرم بين المحتكمين والمحكم، أى أن أساس الحجية أساس عقدى وليس قضائى.

وبناء على هذا نرى مع البعض[1] أنه ينبغى النظر إلى عملية التحكيم برمتها، فالتحكيم فى بادئ الأمر يعتبر عقداً لا بد فيه من توافق إرادتى المحكم والمحتكمين وتفوض المحتكمين الحكم بالنظر فى النزاع وقبول هذا الأخير لهذا التفويض، وفى هذه المرحلة فإن الصفة العقدية هى التى تغلب على التحكيم بعد انعقاد ولاية المحكم لنظر النزاع وإبداء المحتكمين الحجج والأدلة أمام المحكم وتصرف هذا الأخير فيها حسب ما يراه محققاً للعدالة، وإلى حين إصدار الحكم فإن الصفة القضائية هى التى تغلب على عمل المحكم، وعليه فإنه يمكن الجمع بين الأساس العقدى والأساس القضائى فى حجية حكم المحكم فى مواجهة المحتكمين، بمعنى أنه يمتنع عليهم عدم نفاذ أو إبطال الحكم إلا بسبب يوجب ذلك، لأنهم أولاً التزموا ذلك بمقتضى العقد المبرم بينهم، وثانياً أن الحكم هو حكم حاكم له ولاية شرعية، وأما بالنسبة للقاضى المولى فإنه يمتنع عليه نقض الحكم إلا بما ينقض به قضاء غيره، لأنه حكم حاكم له ولاية شرعية كقاضى الإمام، وهذا يعنى أن أساس حجية حكم المحكم فى مواجهة أطراف التحكيم أساس مزدوج عقدى وقضائى فى ذات الوقت، أما فى مواجهة القاضى المولى أساس قضائى مرجعة القاعدة الفقهية وهى المصلحة فى المحافظة

(١) راجع: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٩٧ وما بعدها.

على الأحكام، سواء كانت صادرة من قاضى أو محكم، والقاعدة الأصولية التى تقضى بتقديم الخاص على العام عند التعارض.

وبهذا القدر يكون قد أتضح لنا مفهوم حجية الأحكام التحكيمية ومدى هذه الحجية أمام القضاء وفقاً لمنظور الشريعة الغراء، وهى فى مجملها لا تخرج عما يجرى عليه العمل فى التشريعات الحديثة على نحو ما رأينا سلفاً، ويتبقى لنا بيان نطاق حجية أحكام المحكمين وفقاً للشريعة الإسلامية الغراء، وهو ما يمثل مضمون الدراسة فى المطلب التالى

المطلب الثانى
نطاق حجية أحكام المحكمين وفقاً للشريعة الإسلامية

عرفنا من خلال ما سبق أن حجية حكم المحكم ليست مطلقة، والذى يؤكد ذلك فى هذا الموطن هو نطاق هذه الحجية، حيث تتحدد هذه الحجية بالنطاق الموضوعى – أى تحديد الموضوع أو الموضوعات التى صدر فيها الحكم -، وبالنطاق الشخصى – أى تحديد الأشخاص الذين يسرى فى مواجهتهم حكم التحكيم- ، وعلى ذلك نتناول أولاً بحث النطاق الموضوعى لحجية الحكم، ثم نبحث النطاق الشخصى له، وذلك على نحو ما يلى:

أولاً: النطاق الموضوعى لحجية أحكام المحكمين:

ذكرنا أن النطاق الموضوعى لحجية الحكم يقصد به تحديد المنازعات التى صدر فيها الحكم، فالحجية بالمعنى السابق بيانه لا تثبت إلا للأحكام التى يصدرها المحكم فاصلاً فى موضوع الدعوى، سواء كان هذا الفصل جزئياً أم كلياً، وما عدا ذلك من أحكام لا تثبت لها هذه الحجية حتى وإن كانت صادرة فى ذات النزاع طالما أنها قد صدرت فى غير موضوع الدعوى محل التحكيم. وهذا يعنى أنه إذا أثير نزاع حول ملكية عقار معين والمنقولات الموجودة به، وتم الفصل فى ملكية العقار دون المنقولات، فإن الحكم الذى يحوز الحجية هو المتعلق بالجزء الذى تم الفصل فيه، أما المنقولات فيمكن لأطراف النزاع رفع دعوى مبتدأه بشأنها أمام حاكم آخر سواء كان قاضياً أو محكماً.[1]

---

(١) أنظر فى ذلك: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ١٩٨ وما بعدها

أيضاً هناك من التصرفات التى يصدرها الحكام والأمراء – وهى موضع خلاف بين الفقهاء فى اعتبارها حكماً أو عدم اعتبارها – لا تدخل فى النطاق الموضوعى لحجية حكم المحكم، وذلك لأن المحكم صاحب ولاية خاصة مستمدة من أحد الأطراف، فلا يمكنه مباشرة هذه التصرفات، بل يلزم فيمن يباشرها أن تكون له ولاية عامة، كالإمام أو نائبة، ومن أمثلة هذه التصرفات العقود التى يبرمها القاضى فى أموال الأيتام والغائبين والمجانين والقيام بعملية تنفيذ الأحكام، لأن المحكم لا يملك تنفيذها لدنو مرتبته، وعقد الذمة وعقد الأمان، وغير ذلك من التصرفات التى تخرج عن نطاق ولاية المحكم.[1] فكل هذه التصرفات لا تثبت لها حجية الأمر المقضى، أما غير ذلك من التصرفات والتى لا بد للمحكم من التعرض لها قبل إصداره الحكم، فشأنها شأن القاضى المولى فى اعتبارها أو عدم اعتبارها حكماً.[2]

ويستلزم الحكم - سواء كان قضائياً أو تحكيمياً – الدعوى الصحيحة والمخاصمة الموصلة له شرعاً، فلا بد أن يمر العمل القضائى بمرحلة الإدعاء، ثم تقديم الحجج المؤيدة للإدعاء، ثم صدور الحكم، وينبغى على المحكم أن يفصل فيما طلب منه وإلا كان متجاوزاً لحدود ولايته.[3] وفى ذلك يقول أبن حجر[4]: " إذا كان الخلاف بين المستأجر ووراث المؤجر قد وقع على وجود العقد فوجب قصر الحكم على وجوده فقط ولا يحكم بلزومه، لأن اللزوم أمر غير الوجود ولم يكن موضوع تنازع بين الخصوم".

وينبغى أن يكون حكم المحكم صريحاً فى بيان ما قضى به، وفى ذلك يقول الشيخ تقى الدين المالكى: [5]" أن حكم القاضى (أو المحكم إذا لم يعين المحكوم به لا يصح ولا يرفع الخلاف، ولا يمنع الحكم من قاضى يرى خلاف ذلك، لذا ينبغى للقاضى أن يصون حكمه عن ذلك ويبين مضمونه". ذلك لأن الأصل أن حجية الحكم تتحدد من خلال منطوقة، فمثلاً إذا ثار نزاع حول ملكية عقار معين فيجب أن يكون قرار المحكم صريحاً، كأن يقول قضيت بملكية العقار للمدعى، وحينئذ لا تكون هناك صعوبة فى بيان نطاق الحكم الذى يحوز الحجية، لأن منطوق الحكم واضح الدلالة على أمر واحد ولا غموض فيه.

---

(١) أنظر: الأحكام للقرافى، ص ٢٦ وما بعدها، معين الحكام، ص ٣٥ وما بعدها.
(٢) أنظر: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٠٠ .
(٣) أنظر: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٠٥ .
(٤) أنظر: الفتاوى الكبرى، ج ٤، ص ٣٠١ .
(٥) أنظر: التبصرة، ج١، ص ٨٩، الفواكه البدريه، ص ٢٥ وما بعدها.

بيد أن الصعوبة تنشأ فى تحديد منطوق الحكم الذى يحوز الحجية إذا كان المنطوق بهما يشتمل على أكثر من أمر، كالحكم بالموجب أو المقضى أو الصحة، وهذه الفاظ تقابل آثار العقد وفقاً للقوانين الوضعية، وفى هذه الحالة يفرق بين أمرين: (١)

الأمر الأول: إذا كان منطوق الحكم يشمل عدة أمور تستلزم بعضها بعضاً فى الثبوت، كالحكم بموجب الكفالة أو بموجب العقد، فموجب الكفالة أمران: الأول لزوم الدين على الغائب، والثانى لزوم أدائه على الكفيل وموجب العقد لزومه للعاقدين وصحته، والثانى يستلزم الأول فى الثبوت فلا يستطيع للمحكم أن يلزم الكفيل بمبلغ الدين دون أن يتعرض لإثباته فى ذمة الأصيل الغائب ولا يستطيع أن يحكم بلزوم العقد دون أن يثبت عنده صحته، إذ لا لزوم لعقد باطل، فالحكم هنا يكون دالاً على كلا الأمرين(٢)، الأول ضمناً وتكون له حجية الحكم الضمنى،(٣)، والثانى صراحة وتكون له حجية الحكم الصريح (أى الحكم القصدى).

الأمر الثانى: إذا كان منطوق الحكم يشتمل على عدة أمور لا يستلزم بعضها بعضاً فى الثبوت، فالحكم هنا يعتبر مجملاً يرجع فى تفسيره إلى الطرق الموصلة إليه، فإذا كانت تؤدى إلى أمر معين دون غيره، وإن أدت إلى الكل كان الحكم شاملاً لها، كأنه يهب شخص لرحمه المحرم عيناً وقضى الحاكم بموجب الهبة – وهذا فى رأى الحنفية – وموجب الهبة أمران: الأول خروج العين من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له، والثانى عدم رجوع الواهب فى الهبة لأن القرابة النسبية مانعه من الرجوع فى الهبة عند الحنفية، والأمر الثانى فى هذه الحالة لا يستلزم الأول فى الثبوت، ولتحديد نطاق الحكم الذى يحوز الحجية هنا يرجع إلى الطريق الموصلة للحكم، بمعنى إذا كان التخاصم قد حصل بطريق شرعى عند القاضى بالأمرين معاً(تسليم

---

(١) أنظر: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٠٥ .

(٢) أنظر: الفواكه البدرية، ص ٤٠ .

(٣) والحكم الضمنى هو ما لا بد له من الحكم القصدى (الصريح) كما لو أدعى رجل كفالة رجل بمال بإذنه فأقر بها وأنكر الدين فأقام الدائن البينة على الكفالة والدين وقضى الحاكم على الكفيل بالدين كان حكمه على الكفيل بأداء الدين حكماً قصدياً وعلى المكفول عنه بالدين حكماً ضمنياً. ويلاحظ أن الحكم الضمنى على خلاف الحكم الصريح أو القصدى لا تشترط فيه الدعوى ولا الخصومة وموضوعه لم يكن محل نزاع ولم يصرح القاضى بالحكم به. أنظر فى ذلك: د.إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٠٨ .

العين الموهوبة ورجوع الواهب)، فحينئذ يكون الحكم بموجب عقد الهبة شاملاً للأمرين معاً، فإذا رجع الواهب بعد الحكم ورفع الأمر إلى قاضى ثانى يرى صحة الرجوع لا يكون له أن يقضى بصحة الرجوع فى الهبة، وإلا كان ذلك نقضاً لحكم فى موضع الإجتهاد، وهذا ممنوع – كما سلف القول – لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.[1]

إما إذا كان التخاصم أمام القاضى قد حصل فى عقد الهبة وتسليم العين الموهوبة دون الرجوع كان الحكم بالموجب حكماً بخروج العين من ملك الواهب إلى ملك الواهب له دون الرجوع، فإذا رجع الواهب بعد الحكم ورفع الأمر إلى قاض شافعى يرى صحة الرجوع كان له أن يقضى بصحة الرجوع ولا يكون حكمة ناقضاً لحكم القاضى الحنفى، لأن حكم القاضى الحنفى بالموجب لم يشمل رجوع الواهب عن الهبة، إذ أن المذهب الحنفى لا يجيز الرجوع فى هبة الأقارب وبعضهم [2]. ومن ثم يتحدد نطاق الحكم الذى يحوز الحجية فى الحالة التى نحن بصددها بالرجوع إلى الطريق الموصلة للحكم على النحو السابق.

وعلى ما سبق يتضح لنا أن فقهاء الشريعة الغراء قد أعطوا لوقائع الدعوى وأسباب الحكم الحجية بالقدر الذى توضح فيه غموض منطوق الحكم[3]، بحيث إذا كان منطوق الحكم واضح الدلالة على المقضى به تثبت الحجية للمنطوق دون سواه، أما إذا كان المنطوق غامض وغير واضح الدلالة على المقضى به فحينئذ يرجع – لتحديد نطاق حجية الحكم – إلى وقائع الدعوى وأسباب الحكم وما كان محل تخاصم وتنازع بين الخصوم أمام الحاكم للكشف عما بالحكم من غموض.

وبهذا نكون قد عرفنا النطاق الموضوعى لحجية أحكام المحكمين فى منظور الشريعة الإسلامية، وهو بهذه الكيفية لا يخرج عما عليه العمل فى ظل التشريعات الوضعية، إذا أنه وفقاً لهذه التشريعات – كما رأينا من قبل – يرتبط تحديد نطاق حجية حكم التحكيم من ناحية الموضوع (أى محل النزاع وسببه) أرتباطاً وثيقاً بتحديد نطاق إتفاق

---

(١) أنظر: د.إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٠٧ .
(٢) أنظر: الفواكه البدرية، ص ٤٣ وما بعدها.
(٣) أنظر: د.إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٠٨ .

التحكيم، فحكم التحكيم لا يتمتع بالحجية إلا فى حدود ما فصل فيه من نزاع تضمنه إتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشارطة [1]، وبذلك تتفق هذه التشريعات مع الشريعة فى هذا الصدد

ثانيا: النطاق الشخصى لحجية أحكام المحكمين:

ويقصد بهذا النطاق تحديد الأشخاص الذين يسرى عليهم حكم المحكمين ويمتنع عليهم مخالفته أو نقضه إلا إذا وجد سبب موجب للنقض، كأن يخالف الحكم نصاً أو إجماعاً على نحو ما تقدم.

وفى سبيل تحديد هؤلاء الأشخاص الذين يسرى فى مواجهتهم حكم المحكمين يجب التفرقة بين ما إذا كان الحكم قد صدر ممن له ولاية، كالإمام أو نائبه، وباعتبار تلك الصفة، وبين ما إذا كان الحكم قد صدر من أشخاص عادين ليس لهم أى صفة عامة، وهؤلاء يطلق عليهم (هيئة التحكيم).

ففى الحالة الأولى ينزل حكم المحكم منزلة حكم القاضى المولى، وبالتالى يسرى فى مواجهة الكافة بما فيهم الإمام نفسة، ولا يجوز لأحد أفراد الدولة أو السلطان مخالفته، فإذا قضى المحكم بالمن على المقاتله فليس للإمام أو أحد الأفراد العاديين من المسلمين قتل أى منهم[2]، لأن مثل هذه الأمور تتعلق – كما فى ظل فى القانون الوضعى – بالنظام العام، وبالتالى لا يجوز لأى أحد مخالفة ذلك.

أما فى الحالة الثانية وهى الخاصة بصدور الحكم من آحاد الناس، فإن القاعدة أن حكم المحكم لا يسرى إلا فى مواجهة من رضى بالتحكيم قبل صدور الحكم، وذلك بناء على أن ولاية المحكم الشرعية مستمدة من رضا الأطراف المتنازعة، ولا ولاية لهؤلاء على غير أنفسهم، فكانت ولاية المحكم قاصرة عليهم دون سواهم، وهذا على خلاف ولاية القاضى المولى فإن ولايته عامة.

وإن كان الأمر كذلك، فإنه يتفرع عن القول بأن حكم المحكم لا ينفذ كقاعدة عامة إلا فى مواجهة من رضى به الأمور الآتية: [3]

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٠٩ .

(٣) أنظر: د. د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢١١ومابعدها .

ـــ أنه إذا أتفق الدائن والمدين على محكم يحكم بينهما والكفيل غائب وحكم على المدين بالدين، فإن هذا الحكم لا يلزم الكفيل الغائب، وعلى العكس من ذلك إذا كان الكفيل حاضراً أو المدين غائباً وقضى المحكم بإلزام الكفيل بأداء الدين فإن هذا الحكم لا يسرى فى مواجهة المدين الأصلى.(١)

ـــ أنه لو تخاصم البائع مع المشترى مع عيب بالمبيع إلى محكم فقضى برد المبيع إلى البائع الثانى فلا يكون لهذا الأخير رده إلى البائع الأول إلا إذا تراضى الجميع على ذلك (البائع الأول والثانى والمشترى) على التحكيم، فحينئذ يكون للبائع الثانى رد المبيع إلى البائع الأول.(٢)

ـــ أنه لو أدعى شخص على رجلين أنهما غصباه شيئاً فغاب أحداهما ورضى الحاضر والمدعى بمحكم يحكم بينهما فأقام المدعى بينه على حقه عليهما فإنه يلزم الحاضر نصفه ولا يلزم الغائب شيئاً .

بيد أنه يرد على قاعدة عدم سريان حكم المحكم إلا فى مواجهة من رضى به ثلاثة إستثناءات: (٣)

الإستثناء الأول: ويتعلق بالورثة، فإذا حكم المورث رجلاً وقضى عليه قبل وفاته فإن حكمه يسرى وينفذ فى مواجهة الورثة فى حدود تركة المورث، فإذا قضى المحكم على المورث بدفع مبلغ معين التزم الورثة بدفع هذا المبلغ لصاحبة فى حدود التركة، طالما المورث قد أبرم عقد التحكيم فى حال صحته وكمال رشده، وهذا إذا كان الحكم قد صدر قبل وفاة المورث.

أما إذا كان الحكم قد صدر بعد وفاة المورث فلا يلزم الورثة بهذا الحكم إلا إذا رضوا به، لأن التحكيم – كما تقدم – ينتهى بوفاة أحد المحتكمين.

---

(١) أنظر أدب القاضى للخصاف، شرح الجصاص، ص ٥٨٨ .
(٢) أنظر: فتح القدير، ج٦ ، ص ٤٠٧ .
(٣) أنظر: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢١٢ .

الإستثناء الثانى: إذا حكم أحد الشريكين وغريماً له رجلاً فحكم بينهما وألزم الشريك شيئاً من المال المشترك، فإن هذا الحكم ينفذ ويتعدى إلى الغائب، لأن حكم المحكم هنا بمنزلة الصلح فى حق الشريك الغائب، والصلح يعد صنيع التجار فكان كل واحد من الشريكين راضياً بالصلح وما فى معناه.(١)

الإستثناء الثالث: أن حكم المحكم بالدية على القاتل يسرى فى مواجهة العاقلة وإن لم ترضى بالتحكيم ولم تكن طرفاً فيه، وأساس هذا القول أن الدية فى القتل الخطأ تجب أولاً على القاتل ثم تتحملها العاقلة. وهذا ما ذهب إليه الشافعية خلافاً لمن ذهب إلى عكس ذلك فقال أن الدية تجب أولاً على العاقلة لا القاتل، وبالتالى فإن حكم المحكم بالدية – بناء على هذا الرأى الأخير – على القاتل لا يلزم العاقلة لعدم الرضا بالتحكيم.(٢)

وبهذا القدر نكون قد عرفنا النطاق الشخصى لأحكام المحكمين وفقاً للشريعة الإسلامية، وهو لا يخرج عن المعنى المحدد فى منظور التشريعات الوضعية، حيث تقرر هذه التشريعات أن حكم المحكمين لا تكون له حجة إلا على أطرافه – أخذاً بمبدأ نسبية الأحكام – الذين شملتهم الدعوى التى صدر فيها الحكم والذين علقوا بها وتمكنوا بناءً على ذلك من إبداء أوجه دفاعهم. فهؤلاء هم وحدهم دون غيرهم الذين يحتج عليهم بالحكم التحكيمى شأنه فى ذلك شأن الحكم القضائى.(٣)

وعلى ما تقدم يمكن القول بأن التنظيم القانونى لإتفاق التحكيم والحكم الصادر فيه من حيث شروط صحته ونفاذه وبطلانه وفقاً لما يجرى عليه العمل فى التشريعات الوضعية يتفق وما عليه الحال فى الشريعة الإسلامية وإن أختلفت بعض التفاصيل مع بعض ما ورد فى الشريعة الإسلامية إلا إنه لا يختلف فى القواعد العامة فى مجملها.

---

(١) أنظر: البحر الرائق، ج ٧ ص ٤٢٨ .
(٢) أنظر: أدب القاضى للماوردى، ج٢، ص ٤٢٣ .
(٣) أنظر فى تفصيل ذلك: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٨١ إلى ص ٢٨٦ .

الفصل الثانى

الطعن بالبطلان فى أحكام التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م

لقد تعرضت طرق الطعن فى أحكام التحكيم إلى تطور كبير قبل صدور قانون التحكيم الحالى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، وذلك على الوجة التالى: [١]

أجازت المادة(٤٨) من قانون المرفعات المصرى الصادر فى ١٩٤٩م الطعن فى أحكام التحكيم عن طريق الإستئناف بالإضافة إلى إمكانية الطعن فيها بالتماس إعادة النظر ٠

ولكن عندما صدر قانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ م نص فى المادة (٥١٠) منه على عدم جواز الطعن فى حكم التحكيم بالإستئناف، وأبقى على طريق وحيد للطعن فى حكم التحكيم وهو طريق الطعن بالتماس إعادة النظر ٠

وعند صدور قانون التحكيم الحالى ألغى الطعن فى حكم التحكيم بالتماس إعادة النظر، وذلك بإلغاء المادة(٥١٠) من قانون المرفعات رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨م، والتى كانت تنص على هذا الطعن[٢]٠وبذلك منع المشرع المصرى الطعن فى أحكام التحكيم بأى طريق للطعن، ونص فى الفقرة الأولى من المادة(٥٢) من القانون الحالى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤ م على أن: " لاتقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريق

---

(١) راجع فى ذلك: د٠ مختار بريرى، لمرجع السابق، ص ٢٢٩ وما بعدها، د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٢٣ وما بعدها، د٠ منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولى والداخلى، المرجع السابق، ص ٤٣٥ وما بعدها، د٠ عبدالحكيم مصطفى عبدالرحمن، تعليق على قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة١٩٩٤م مقارناً بالاتجاهات الحديثة فى التحكيم الدولى الخاص،١٩٩٥م، دار النهضة العربية، ص ١٦٥ وما بعدها، د٠ أحمد السيد صاوى، لمرجع السابق، ص ٢١٨ وما بعدها، و ص ٢٢٤ ومابعدها٠

(٢) ويعلق الأستاذ الدكتور مختار بريرى على ذلك بقوله أن المشرع المصرى لم يكن موفقا فى إلغاء طريق الطعن بالتماس إعادة النظر، خاصة وأن هناك حالات يصعب – حتى مع التوسع فى تفسير أسباب البطلان – اعتبارها مبرراً لدعوى البطلان و التى وردت أسبابها على سبيل الحصر، المرجع السابق، ص ٢٢٩ ٠ وأنظر أيضا: د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٢٣ وما بعدها٠ وقد سبقت اشارتنا إلى أن القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤ م قد ألغى المواد (٥٠١ إلى ٥١٣) من قانون المرافعات المصرى رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨م٠

من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية". وبهذا يكون المشرع المصرى قد سار على نهج نموذج قانون لجنة الأمم المتحدة الذى أغلق كافة طرق الطعن فى أحكام التحكيم.

وقد أجاز المشرع المصرى فى الفقرة الثانية من المادة(٥٢) رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، إذ أن رفع دعوى البطلان لا يعد طريقاً من طرق الطعن فى الأحكام التحكيمية، بل هى دعوى مستقلة لا تشكل جزءً من خصومة التحكيم ولا إحدى مراحلها، حيث " لا يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة فى المادتين التاليتين....". وهما المادتين (٥٣ و ٥٤) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م.

وبناء على ذلك ينبغى التعرف على أسباب أو حالات رفع دعوى البطلان، ليتسنى لنا بيان التنظيم القانونى لرفع دعوى البطلان من حيث قواعد الاختصاص وإجراءاتها، وما إلى ذلك من القواعد التنظيمية لهذه الدعوى.

ولذلك قسمنا دراستنا فى هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: حالات الطعن بالبطلان فى أحكام التحكيم وفقاً للقانون المصرى.

المبحث الثانى: التنظيم القانونى لدعوى البطلان وفقاً للقانون المصرى.

****

المبحث الأول

حالات الطعن بالبطلان فى أحكام التحكيم

وفقاً للقانون المصرى

عرفنا مما تقدم أن المشرع المصرى قد أوصد الباب بخصوص الطعن فى أحكام التحكيم وأقام نوعاً من الحصانة المتميزة لهذه الأحكام، وتتمتع بهذه الحصانة كل أحكام التحكيم التى تصدر وفقاً لأحكام قانون التحكيم، أى أحكام التحكيم الذى يجرى فى مصر، سواء كان تحكيماً وطنياً أو دولياً، أو أحكام التحكيم الذى يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على اخضاعه للقانون المصرى، وذلك إذا تعلق الأمر بتحكيم تجارى دولى.[1]

ولما كانت دعوى البطلان طريق استثنائى لإلغاء حكم التحكيم، كما لا يعد – كما قدمنا – من طرق الطعن فى الأحكام التحكيمية، فقد عالجه المشرع المصرى فى إطار محدد، بحيث لا يجوز الإلتجاء إليه فى أى حالة، وإنما وضع حالات محددة جاءت على سبيل الحصر لا يمكن رفع دعوى البطلان فى غيرها[2]. **وقد أوضحت هذه الحالات**

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها، وص ٢٢٧ ومابعدها، د. رقية رياض إسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة للدكتوراه، ٢٠٠١م، ص ١٣٧ ومابعدها، د. أحمد شرف الدين، سلطة القاضى المصرى إزاء أحكام التحكيم(دعوى بطلان حكم التحكيم) ، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها، د. منير عبدالمجيد، المرجع السابق، ص ٤٤٣ ومابعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص٢٣٠ ومابعدها، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص٢٢٤ ومابعدها.

هذا ويلاحظ أن حكم التحكيم، سواء كان تحكيماً داخلياً أو دولياً، يتمتع بحجية الأمر المقضى فى مصر بمجرد صدوره حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه، وتثبت هذه الحجية للتحكيم قبل وضع الصيغة التنفيذية عليه، ومع ذلك فإن حكم التحكيم، داخلياً كان أو دولياً، لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بصدور أمر من جهة القضاء المختصة بمنحه الصيغة التنفيذية ، راجع فى ذلك: محكمة النقض فى ١٥ فبراير سنة ١٩٧٨م، المجموعة، السنة (٢٩) ، ص ٤٧٢ .ونفس الحكم يصدق فى القانون الفرنسى بالنسبة للتحكيم الداخلى(م ١٤٧٦ مرافعات)، أما بالنسبة لقرارات التحكيم الدولى الصادرة فى الخارج فإنها لا تكتسب قوة الأمر المقضى إلا عند حصولها على الصيغة التنفيذية (م ١٤٥٧)، راجع، د. عبدالحميد الأحدب، التحكيم ، أحكامه ومصدره، الجزء الأول، ١٩٩٠م، باريس، ص ١٥١ وما بعدها.

(٢) وقد أدى هذا التحديد إلى انتقاد فقهى شديد مرجعة أن حالات البطلان التى وردت لا تتسع لكل ما يمكن أن يلحق بحكم التحكيم من أسباب العوار التى تؤدى إلى بطلانه، كما إذا بنى الحكم على غش أو على ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم، أو حصل الخصم على أوراق يتغير بها وجه الحكم حال خصمه دون تقديمها، مما كان يعد سبباً للطعن فى الحكم بالتماس إعادة النظر، كما أنه لا يتسع لحالات الخطأ فى تطبيق القانون التى كان يمكن علاجها عن طريق الطعن فى حكم التحكيم بالاستئناف وهو لم يعد ممكناً ، الأمر الذى يغلق على المحكوم ضده كل طريق لإصلاح الخطأ. =

(المادة ١/٥٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م حيث نصت على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية:

الحالة الأولى: عدم وجود إتفاق تحكيم أو ان هذا الإتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بإنتهاء مدته:

وهذه الحالة تتعدد – كما هو واضح – إلى ثلاثة صور: [1] **فالأولى** تتعلق بحالة عدم وجود إتفاق أصلاً على التحكيم بين أطراف التحكيم، **والصورة الثانية** تخص إتفاق التحكيم الباطل، **والثالثة** تتعلق بإتفاق التحكيم المنقضى بإنتهاء مدته. وهذه الصور الثلاثة التى تضمنتها الحالة الأولى من حالات البطلان وفقاً لقانون التحكيم المصرى تتفق مع قانون التحكيم الفرنسى والصادر فى ١٢ مايو ١٩٨١م.

= راجع فى ذلك: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٣٠٩ وما بعدها، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٢٩ .

وراجع فى عكس ذلك الاتجاه الاستاذ الدكتور أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٣٩ وما بعدها.

ويذكر الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوى فى هذا الصدد أن " دعوى بطلان حكم التحكيم هى أسلوب جامع لما يمكن أن ينطوى عليه أسباب الطعن على حكم التحكيم باعتبارها الأسلوب المناسب لطبيعة التحكيم وآلياته ....."، المرجع السابق، ص ٢٢٢ وما بعدها. وراجع أيضاً فى نفس المعنى د. محمد رشيد الميقاتى، تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، دراسة مقارنة، رسالة ، جامعة القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٢٧٠ وما بعدها، وص ٢٨٣ وما بعدها.

(١) هذا وقد قررت محكمة إستئناف القاهرة – صاحبة الاختصاص الرئيسى بنظر مسائل التحكيم وفقاً لنص المادة(٩) من قانون التحكيم – فى حكمها الصادر فى ٢٢ مايو سنة ٢٠٠١م فى دعوى بطلان حكم التحكيم المقيدة بجدول التحكيم برقم(٢١) لسنة (١١٨) ق، والذى قضى ببطلان حكم التحكيم رقم(٤٧) لسنة ١٩٩٩م إيداع جنوب القاهرة والصادر بتاريخ ٢٤ يونية سنة ١٩٩٩م، وقضت فى هذا الشأن " ... وحيث أنه عن موضوع الدعوى فلما كان من المقرر أن التحكيم طريق إستثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وماتكفله من ضمانات.... كما أنه من المقرر أنه لكى يكون إتفاق التحكيم صحيحاً منتجاً لآثارة القانونية يجب أن يقوم على التراضى بين طرفيه بمعنى تطابق إرادتهما واتجاها إلى ترتيب آثاراً قانونية تبعاً لمضمون ما إتفقا عليه، وأن يرد ذلك التراضى على محل ممكن ومشروع وأن يستند إلى سبب مشروع، ويجد إتفاق التحكيم سببه فى إرادة الأطراف استبعاد وطرح النزاع على القضاء أو تفويض الأمر للمحكمين، ولئن كان هذا السبب مشروع دائماً إلا أن عدم مشروعيته تتحقق إذا ثبت إن المقصود من إتفاق التحكيم أو مشارطته التهرب من أحكام القانون الذى كان سيتعين تطبيقة لو طرح النزاع على القضاء نظراً لما يتضمنه هذا القانون من قيود وإلتزامات يراد التحلل منها، وذلك التهرب تحت ستار التحكيم تقوم به حالة من حالات الغش نحو القانون ويكون التحكيم حينئذ وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم فى تحديد القانون الواجب التطبيق ومن ثم يقع باطلاً كل إتفاق أو مشارطة تحكيم يتضمن غشاً نحو القانون.

وحيث أنه بالبناء على ماتقدم وهدياً به، ولما كان نص المادة(١/٥٣) من قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م قد جرى على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية:١- إذا لم =

فأما بالنسبة للصورة الأولى وهى عدم وجود إتفاق على التحكيم أصلاً فهذه الصورة تأخذ أشكالاً متعددة: منها حالة تمسك أحد الأطراف فى مواجهة الطرف الآخر بشرط التحكيم بالرغم من عدم توقيع هذا الطرف الأخير على العقد الذى يتضمن شرط التحكيم، وبمعنى أعم من ذلك أن فى هذه الحالة يثبت عدم تحقق التراضى، أو عدم توافق الإرادتين، كما لو صدر الإيجاب وقوبل بالرفض أو بالسكوت الذى يفسر على أنه رفض أو يصادف هذا الإيجاب قبولاً بشرط تعديل معين لم يحظ بقبول، ففى مثل هذه الحالات لم ينشأ أصلاً أى إتفاق على التحكيم[1]، ولذا تعد هذه الصورة سبباً يجوز معه رفع دعوى البطلان على الحكم التحكيمى الذى صدر دون تحقق هذا الإتفاق.

وأما بالنسبة للصورة الثانية وهى كون إتفاق التحكيم باطلاً فتقتضى هذه الحالة وجود إتفاق على التحكيم بالفعل ولكن قد شاب إرادة أحد الأطراف عيب من عيوب الرضا، كالغط والتدليس والإكراه والاستغلال، **أو يكون التحكيم قد ورد على موضوع لا يجوز الفصل فيه عن طريق التحكيم** كمسألة من مسائل الأحوال الشخصية مثلاً.

وينبغى الإشارة هنا إلى التفرقة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، فالأصل أن شرط التحكيم الصحيح يظل قائماً منتجاً لآثاره طالما ظل العقد الأصلى قائماً إلا إذا اتفق

= يوجد إتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابل للإبطال أو سقط بإنتهاء مدته .... وكان من المقرر وفق نص المادة(٣/٦٥) من قانون المرافعات أنه لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها مما مؤداه أنه لو أن منازعة صحة ونفاذ عقد البيع الإبتدائى المؤرخ فى ١٠ مارس سنة ١٩٩٢م موضوع حكم التحكيم المطعون عليه كانت قد طرحت على القضاء بحالتها التى صدر فيها الحكم المطعون عليه ودون شهر صحيفتها لكان حتماً سيلحقها قضاء عدم القبول ويكون اللجوء إلى مشارطة التحكيم وإعمال أثرها فى شأن القضاء بصحة ونفاذ العقد المشار إليه بموجب حكم التحكيم محل الطعن لا يعدو أن يكون درباً من دروب التهرب من أحكام المادة (٦٥) من قانون المرافعات سالفة الإشارة بما يمثله ذلك من غش نحو القانون يبطل إتفاق التحكيم الذى تضمنته المشارطة التى قام عليها الحكم المطعون عليه عملاً بالفقرة (أ) من المادة (٥٣) من قانون التحكيم سالفة الإشارة، وما دامت المحكمة قد إنتهت إلى بطلان إتفاق التحكيم الذى تضمنته مشارطته فإن الحكم المطعون عليه يكون باطلاً ....." غير منشور.

(١) راجع:د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٣٤ ، حيث يشير سيادته فى هذا الصدد إلى حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٠ يناير ١٩٧١م – رقم(٢١)، المجموعة الذهبية،ج٤، ص ٥٤٦، حيث قضى فيه بأنه" إذا تضمن عقد بيع شرط تحكيم فإن الشرط لا يسرى على عقد نقل ابرم بين الشركة البائعة وشركة نقل" وراجع أيضاً: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٢٨، د. أحمد شرف الدين، سلطة القاضى المصرى إزاء أحكام التحكيم،(دعوى بطلان حكم التحكيم) المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

الأطراف على تحديد مدة معينة يلزم خلالها تقديم طلب التحكيم بعد نشأة النزاع وإلا سقط الشرط، إذ بمضى المدة يسقط الشرط ويصبح الباب مفتوحاً للإلتجاء إلى القضاء[1]، وإعمالاً لمبدأ استقلال التحكيم لا تمتد آثار بطلان العقد الأصلى لشرط التحكيم الذى يمكن أن يظل صحيحاً منتجاً لآثاره.

أما إذا تعلق الأمر بمشارطة التحكيم فيفترض أننا أمام نزاع ثار فعلاً وتحدد موضوعه فى هذه المشارطة التى قد تقترن بمدة معينة لصلاحيتها بحيث إذا انقضت سقط الحق فى التمسك بوجودها، إلا إذا اتفق الأطراف على مد مدة المشارطة قبل انقضائها أو أتفق على مشارطة جديدة.[2]

وبناء على ذلك إذا تحقق بطلان إتفاق التحكيم فقط فإن الحكم الذى يصدر لا يمكن اعتباره صحيحاً حتى ولو اقترن بتسوية تم الإتفاق عليها بين أطراف النزاع إستناداً إلى هذا الحكم الباطل الذى تضمن هذه التسوية.[3]

وأما بالنسبة للصورة الثالثة وهو كون إتفاق التحكيم قد انقضى بإنتهاء مدته،فإن القانون المصرى شأنه فى ذلك شأن العديد من القوانين الوطنية، ومن بينها القانون الفرنسى الذى يقرر الحق لمحكمة الاستئناف أن تقضى ببطلان الحكم التحكيمى أو بعدم ترتب آثاره إذا كان هذا الحكم قد صدر بعد إنقضاء إتفاق التحكيم.[4]

وقد سبق لنا أن عرفنا أن المادة (١/٤٥) من قانون التحكيم قد نصت على أنه" لهيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان فان لم

---

(١) وأنظر: د.مختار بريرى، المرجع السابق ، ص ٢٣٥ حيث يذكر سيادته فى هذا المجال أنه " غنى عن البيان أن الذى يحكم شرط التحكيم من حيث صحته وبطلانه وبقائه وانقضائه هو القانون المتفق عليه والذى قد يختلف عن القانون الذى يحكم العقد الأصلى" وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادرفى١٩٨٢/٤/٢٦م بصحة الشرط التحكيمى رغم عدم تسميه المحكمين وفقاً للقانون المصرى تأسيساً على أن القانون الإنجليزى هو القانون الواجب التطبيق" ، مشار إليه فى مرجع د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٣٥ .

(٢) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٣٥ .

(٣) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٣٦، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٣٠ وما بعدها، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها ، د. منير عبدالمجيد، المرجع السابق، ص ٤٥٤ وما بعدها.

(٤) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٥٦ وما بعدها، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٥٤ .وإذا كان حكم التحكيم المنهى للخصومة الذى يصدر بعد إنقضاء أجل إتفاق =

يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال إثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المدة على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك" ٠وبناء عليه إذا لم تصدر هيئة التحكيم حكمها المنهى للخصومة خلال المدة المحددة من قبل الأطراف ولم يرغب أى من الأطراف فى الاستفاده من الإجازة التى قررتها المادة(٤٥) سالفة الذكر فى فقرتها الثانية والتى تفيد تقرير الحق لأى من الطرفين فى أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة التاسعة من هذا القانون بأن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء إجراءات التحكيم وقامت هيئة التحكيم بإصدار الحكم بعد ذلك- أى بعد انقضاء المدة المحددة – فإنه يجوز للطرف صاحب المصلحة فى ذلك أن يطعن بالبطلان على هذا الحكم إعمالاً لنص المادة (١/٥٣) بند (أ)، لأن هذا الحكم يكون قد صدر بناءً على أن إتفاق التحكيم قد انقضى بمضى المدة٠[١]

وتجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضى الذى ينظر النزاع تقف عند حد نظر دعوى بطلان التحكيم إستناداً إلى هذه الحالة بصورها الثلاثة والتى يجمع بينها فكرة انعدام الأساس الإتفاقى لمهمة المحكم والتى نصت عليها المادة (١/٥٣(أ)) من قانون التحكيم المصرى٠ وقد جاء فى نص هذه المادة: (١) لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية: (هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الطرفين٠[٢]

وبناء على ذلك يكون حكم التحكيم باطلاً إذا تضمن هذه المخالفة أى إذا كان هذا

= التحكيم يقع باطلاً إلا أن هذا ليس من شأنه أن يمس ما يكون قد صدر من هيئة التحكيم من أحكام قطعية فى فترة قيام الإتفاق ٠ كأن تفصل فى جزء من الطلبات قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها، وهو ما يجيزة لها قانون التحكيم(المادة٤٢) ٠ راجع فى ذلك: محكمة النقض فى جلسة ١٩ يوليو سنة ١٩٥٨م، المجموعة، السنة (٩)، ص ٥٧١، حيث قضت فى هذا الحكم بأن البطلان المؤسس على انقضاء المشارطة ليس من شأنه أن يمس ما يكون قد صدر من المحكمين من أحكام قطعية فى فترة قيام المشارطة٠

(١) وقد سبق لنا تفصيل المدة التى يحددها قانون التحكيم المصرى فى هذا الصدد وفقاً للمادة المذكورة بفقرتيها الأولى والثانية٠

(٢) وهذا ما أوضحته المادة(١٥) من القانون المصرى، حيث نصت على أن ١- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة٠
٢- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً٠

الحكم قد صدر من هيئة تم تشكيلها أو تعيينها على وجه مخالف لإتفاق الأطراف. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٦/٢٠م [١]، حيث ذكرت إن إتفاق طرفى العلاقة العقدية على تعيين هيئة التحكيم فى أحد طلبى التحكيم المقام من أحدهما على الآخر مدعياً فيه كل منهما إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته التعاقدية امتداد ولايتها للفصل فى الطلب الثانى دون حاجة إلى إتفاق جديد بتعيين هيئة تحكيم أخرى باعتبارهما ناشئين عن سبب قانونى واحد هو العقد، وأنهما وجهان لنزاع واحد، وأن كل طلب منهما يعد دفعاً للطلب الآخر، مع اتحادهما سبباً وخصوماً بما يؤدى إلى اندماجهما وفقدان كل منهما استقلاله، وبالتالى اعتبار الإتفاق على تعيين هيئة التحكيم فى الطلب الأول ممتداً إلى الطلب الآخر".

وقد جاء فى هذا الحكم أيضاً : " أن هيئة التحكيم إنما تستمد ولايتها فى الفصل فى النزاع محل التحكيم من إتفاق الخصوم على اختيار أعضائها ورتب على ذلك بطلان التحكيم الذى يصدر من هيئة تم تشكيلها أو تعيينها على وجه مخالف لإتفاقهم".

الحالة الثانية: إذا كان أحد طرفى إتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذى يحكم أهليته:

وهذه هى الحالة الثانية من حالات البطلان التى نصت عليها المادة(١/٥٣) مصرى. وأول ما يلاحظ على هذه الحالة ما أخذه البعض[٢] وبحق على المشرع المصرى فى إفراد هذه الحالة فى بند خاص بها – (البند ب) – وكان الأولى أن يدرجها فى الحالة الأولى (بند(أ)) والتى تواجه حالة عدم أو نقص أهلية أحد الأطراف وفقاً للقانون الذى يحكم أهليته، ولذلك يبدو ذلك أمراً غير مفهوم، ولا يشفع فى ذلك القول بأن المقصود بيان القانون الذى يحكم الأهلية إذ أن هذا الأمر تحكمه قواعد القانون الدولى الخاص ولا حاجة لترديدها فى قانون التحكيم.

وتطبيقاً لذلك يحال البحث فى هذا الموضوع إلى نص المادة(١١) من القانون المدنى المصرى والتى تحدد قاعدة الاسناد التى تحكم أهلية الشخص (الطبيعى والاعتبارى)

---

(١) محكمة النقض فى جلسة ٢٠ يونية سنة ١٩٩٨م فى الطعن رقم(٤٧٤) لسنة (٦٧) ق .
(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٣٧ وما بعدها.

بالاستعانة بنص المادة(١٩) من ذات القانون والتى تحدد قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزمات التعاقدية [١]. وما يؤيد ذلك أيضاً أن المشرع المصرى نفسه قد أفصح وأختار – وفقاً لنص المادة (١/٥٣ (ب)) – منهج تنازع القوانين للفصل فى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف التحكيم.

وعلى كل يعتبر إتفاق التحكيم صحيحاً ومنتجاً لآثاره إذا كان الطرف أبرم هذا الإتفاق يعد – وفقاً لقانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته – كامل الأهلية . أما إذا كان هذا الشخص الذى أبرم الإتفاق يعد وفقاً لهذا القانون فاقد الأهلية أو ناقصها فإن حكم التحكيم الصادر بناءً على هذا الإتفاق يكون قابلاً للطعن فيه بالبطلان، وكذلك ينطبق هذا الحكم بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأجنبية وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة(١١) من القانون المدنى سالف الذكر [٢].

الحالة الثالثة: تعذر إبداء دفاع أحد الخصوم:

وهذه هى الحالة الثالثة من حالات البطلان والتى نصت عليها المادة(١/٥٣) بند (جـ) من قانون التحكيم المصرى. وقد جاء هذا النص كما يلى: " إذ تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته"[٣] .

وهذا يعنى أن الإخلال بالمساواة وتهيئة الفرص المتكافئة للأطراف لإبداء دفوعهم وعرض وجهات نظرهم يعد سبباً يبرر طلب بطلان حكم التحكيم. ومن أمثلة ذلك عدم

---

(١) فقد نصت المادة (١١) من القانون المدنى المصرى على خضوع أهلية الشخص الطبيعى لقانون الدولة الذى ينتمى إليها الشخص بجنسيته وقت التصرف. راجع: د. محمود عبدالحافظ، العمل النافع بين الفقه الإسلامى والقانون الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٣٠٦ وما بعدها، وأنظر أيضا: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٣، ١٦٥ .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك:د. هشام على صادق، القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين، ص ٣٩٨ وما بعدها، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٦ .

(٣) تقابل هذه المادة نص المادة الخامسة من معاهدة نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها، والمادة(٣٤) فقرة ثانية(أ) من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى بصيغته التى إعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى ٢١ يونية ١٩٨٥م، والتى تنص على أنه" لايجوز للمحكمة المسماه فى المادة (٦) أن تلغى أى قرار إلا إذا: ١- قدم طلب الإلغاء دليلاً يثبت.... ٢- أن الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطيع لسبب آخر أن يعرض قضيته".

إعلان أحد الأطراف بندب خبير، أو عدم تمكينه من الإطلاع على تقرير الخبير المقدم للهيئة أو على المستندات المقدمة من الطرف الآخر، أو عدم إخطاره بمواعيد الجلسات أو قبلها بموعد كاف، وجميع الصور التى قد يفرزها الواقع ويكون من شأنها تعذر تقديم أحد الأطراف لدفاعه لسبب خارج عن إرادته. ولذا يقرر البعض[1] أن هذا السبب (الحالة) من أسباب بطلان حكم التحكيم يستوعب كل الصور التى تمثل إخلالاً بالمبادىء الأساسية الموجهة لسير الدعوى [2]. ومن ثم يمكن الإستناد إلى هذا السبب إذ تعذر على أحد الأطراف تقديم الدليل على تزوير الأوراق أو وجود شهادة شاهد قضى بتزويرها بعد صدور الحكم، بشرط أن يتوافر ذلك لطلب البطلان قبل إنقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان، فلا يمكنه الاحتجاج ببدء سريان الميعاد من تاريخ علمه بهذه الوقائع كما هو الشأن فى حالة الطعن عن طريق التماس إعادة النظر.

ويبدو فى نظر البعض[3] أن السبب الأساسى من النص على هذه الحالة مستمد من مبدأ أساسى يحكم الدعوى القضائية وهو مبدأ احترام حقوق الدفاع، فعلى الرغم من أن المحكم شخص خاص يستمد سلطاته من إرادة الأطراف إلا أنه عند ممارسته لمهمته يعتبر بمثابة قاضى يؤدى ذات الوظيفة ويقوم بنفس الدور الذى يقوم به هذا الأخير عند الفصل فى المنازعات المعروضة عليه و يتقيد ببعض القواعد والمبادئ الأساسية التى تنظم الخصومة بين الأطراف المتنازعه وفى مقدمتها مبدأ احترام حقوق الدفاع.

وعلى أى الأحوال فإذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه، بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراء التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته ومع ذلك قامت هيئة التحكيم أو المحكم المنفرد بإصدار حكم التحكيم على الرغم من عدم تقديم هذا الطرف لدفاعه، فإن الحكم الصادر يمكن الطعن عليه بالبطلان إعمالاً لنص

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٣٨ وما بعدها، د. منير عبدالمجيد، المرجع السابق، ص ٤٧١ وما بعدها.

(٢) ووفقاً للقانون المدنى المصرى تخضع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة أو قانون بلد القاضى، وهذا ما نصت عليه المادة(٢٢) من القانون المذكور.

(٣) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها، د. منير عبدالمجيد، المرجع السابق، ص ٤٧١ وما بعدها.، د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص٢٢٦ وما بعدها ، د. مصطفى الجمال والدكتورعكاشة عبد العال ، المرجع السابق،ص ٦٥٨ وما بعدها ، د. أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق، ص٢٣٠ وما بعدها .

البند(جـ) من المادة(١/٥٣) مصرى، والتى تقتضى احترام حقوق الدفاع وعدم المساس بمبدأ المساواة المطلقة بين الأطراف أمام هيئة التحكيم، وهذا المبدأ قد أكدته ونصت عليه المادة(٢٦) من قانون التحكيم المصرى، حيث نصت على أن " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه" [١].

وجدير بالإشارة أن هذه الحالة من حالات البطلان التى ينص عليها المشرع المصرى قد نص عليها أيضاً المشرع الفرنسى، ولكن تحت مسمى آخر وهو (ضرورة احترام مبدأ المواجهة) وذلك فى المادة (٤/١٥٠٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسى سالف الذكر ٠

الحالة الرابعة: استبعاد تطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع:

معلوم أن المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف، كما سبق القول ومن هنا يعد عدم احترام هذه الإرادة أو مخالفتها سبب يوجب الطعن على الحكم الذى يصدره بالبطلان، ولذا نص المشرع المصرى فى البند(د) من المادة(١/٥٣) على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا " إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقة على موضوع النزاع"٠

ومن المعروف وفقاً القانون التحكيم المصرى أن إختيار الأطراف للقانون الذى يحكم الموضوع ينصرف إلى القواعد الموضوعية التى يتضمنها هذا القانون، ولا صعوبة فى هذه الحالة إذ يتحتم على هيئة التحكيم الفصل فى النزاع وفقاً للقواعد الموضوعية التى يتضمنها القانون المحدد باتفاق الأطراف٠[٢] وفى ذلك نصت المادة(٣٩) من قانون التحكيم

---

(١) هذا وقد قررت محكمة النقض المصرية أن بطلان الحكم لإغفاله دفاع الخصم شرطه أن يكون الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى نتيجة الحكم، حيث ذكرت فى هذا الشأن – أنه " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن إغفال الحكم ذكر وجه دفاع أبداه الخصم لا يترتب عليه بطلان الحكم إلا إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى النتيجة التى إنتهت إليها الحكم، بمعنى أن المحكمة لو كان قد بحثته لما إنتهت إلى هذه النتيجة، إذ يعتبر عدم تحقيق هذا الدفاع قصوراً فى أسباب الواقعية مما يترتب عليه البطلان ٠٠٠" ، فى الطعن رقم(١٦١) لسنة (٤٤) ق، فى جلسة ١٧ مايو سنة ١٩٧٩م، وفى الطعن رقم (١٢٤) لسنة (٤٦) ق، فى جلسة ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧٩م٠

(٢) راجع: د٠ مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٤٠ وما بعدها، د٠ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها، د٠ منير عبدالمجيد، المرجع السابق، ص ٤٦٤ وما بعدها، د٠ أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٢٣٢ وما بعدها٠

المصرى على أنه :

١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك.

٢- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع.

٣- يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل فى موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية فى نوع المعامله.

٤- يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصل فى موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

تلك هى القواعد القانونية التى تلتزم بها هيئة التحكيم عند إختيار القانون الذى يحكم النزاع. وجدير بالذكر فى هذا الصدد أن النعى على حكم التحكيم بمخالفته للقانون لتطبيقة قواعد العدالة والإنصاف – كما هو مبين فى البند(٤) من نص المادة(٣٩) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م – رغم عدم تفويض هيئة التحكيم فى إنهاء النزاع صلحاً وثبوت عدم تطبيقة تلك القواعد نعى فى غير محله، وبهذا جرى قضاء محكمة النقض المصرية،[١] حيث قررت " إذا كان البين من مطالعة إتفاق التحكيم المحرر بين طرفى الطعن والمؤرخ ١٦ من إبريل سنة ١٩٩٥م أنه خلا من نص على تفويض هيئة التحكيم بالصلح حتى يتسنى لها أن تفصل فى موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون وفقاً لحكم الفقرة الرابعة من المادة (٣٩) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية لما كان ذلك، وكان الثابت من حكم التحكيم أنه لم يطبق فى قضائه فى النزاع قواعد العدالة والإنصاف فإن

---

(١) أنظر: محكمة النقض المصرية فى جلسة ١١ يوليو سنة ١٩٩٨م فى الطعن رقم(٥٥٣٩) لسنة (٦٦) ق .

النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب (مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه والقصور فى التسبيب لعدم الرد على ما تمسك به الطاعن من تطبيق هيئة التحكيم قواعد العدالة والإنصاف رغم عدم تفويضها فى إنهاء النزاع صلحاً) يكون فى غير محله، ولا يعيب قضاؤه ما ورد بأسبابه فى عبارة عامة مجهله معماه أن حكم التحكيم فصل فى النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف متى انتهى صحيحاً إلى رفضه، إذ لمحكمة النقض أن تقوم هذا القضاء بما يصلح رداً له دون أن تنقضه".

بيد أنه – وكما ذكر البعض بحق- [1] أنه من المتصور أن يتفق الأطراف على اختيار القانون الذى تؤدى إليه قواعد تنازع القوانين فى قانون معين، كالقانون المصرى أو أى قانون أجنبى، وفى هذه الحالة تلتزم الهيئة (هيئة التحكيم) بذلك، لأن القانون الذى أشارت إليه قواعد الإسناد (قواعد تنازع القوانين) هو فى النهاية قانون الإرادة، بيد أن الأمر يختلف لو ترك الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع لقواعد تنازع القوانين التى تختارها الهيئة، أو قواعد التنازع فى قانون مكان التحكيم، ففى هذه الحالة لا يعتبر هذا القانون نتيجة لإرادة الأطراف لا بطريق مباشر أو غير مباشر[2].

والواقع أن استبعاد حكم التحكيم للقانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقة، سواء كان هذا القانون هو القانون المصرى أو القانون الأجنبى فى الحالات التى يكون فيها قانون التحكيم المصرى هو الواجب إتباعه بشأن تحديد القانون الواجب تطبيقة على النزاع، قد لا يثير صعوبة تذكر فى حالة ما إذا كان هذا الاستبعاد قد تم من قبل المحكم بشكل صريح وقاطع[3].ومثال ذلك لو أن أطراف النزاع إختاروا قانون الدولة(أ) ليحكم المنازعة الناشئة بينهم وبدلاً من أن يطبق المحكم قانون هذه الدولة طبق قانون الدولة(ب) ففى هذا الفرض يندرج حكم التحكيم الذى استبعد القانون المختار من قبل الأطراف بهذا الشكل الصريح فى إطار الحالة التى نحن بصددها والتى تبرر بطلان الحكم الصادر.

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٤١ .

(٢) راجع كذلك: د. أكثم الخولى، محاضرته بعنوان "الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصرى الجديد"، المرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها . حيث يقرر بدوره عدم شمول هذا السبب من أسباب البطلان إلا لحالة إتفاق الأطراف صراحة على اختيار قانون معين لحكم النزاع دون الحالات التى تؤدى فيها أحكام تنازع القوانين إلى تطبيق قانون معين.

(٣) راجع: د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق، ص ١٦٧ وما بعدها.

وتبدو النتيجة المنطقية لصياغة الحالة التى نحن بصددها، فى أن سبب البطلان لا يتحقق إذا قام المحكمون بتطبيق القانون المتفق عليه حتى ولو أخطأوا فى تفسيره أو تأولوا نصوصه تأويلاً يصعب قبوله طالما أن الأمر أمر تفسير واجتهاد تحتمله نصوص القانون الذى طبقوه إعمالاً لإرادة الأطراف. والقول بغير ذلك يخرجنا من نطاق دعوى البطلان إلى نطاق دعوى إستئناف، ومن ثم يجوز للقاضى مراقبة التقدير الموضوعى وكيفية تكييف الوقائع وتفسير النصوص وإنزال حكمها على هذه الوقائع. وهذا على عكس الحال فى دعوى البطلان حيث لا يسمح للقاضى فيها إلا بالتحقق من صحة الحكم فى ضوء إتفاق التحكيم وما حددته إرادة الأطراف. فدور القاضى هنا يقتصر على إعلان بطلان الحكم أو رفض دعوى البطلان[1].

وفى هذا النطاق يورد البعض[2] سؤالاً مؤداه : هل يتحصن حكم التحكيم ضد دعوى البطلان لمجرد إعلان تطبيق قانون الإرادة إذا ثبت أنه أهمل نصوص هذا القانون وشوهها تشويهاً يجعله معادلاً لعدم إعمالها أصلاً؟

ونحن نؤيد فى الإجابة عن هذا التساؤل ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور الجليل أكثم الخولى[3] حينما ذكر أن الخطأ الجسيم فى تطبيق قانون الإرادة يعادل استبعاده ويسمح بطلب البطلان. وهذا ما أخذت به اللجنة المشتركة فقد قررت أنه " يدخل فى مفهوم نطاق استبعاد القانون الواجب التطبيق الخطأ فى تطبيقة إلى درجة نسخة"[4].

ويرجح الأستاذ الدكتور مختار بريرى[5] أيضاً هذه النظرة، ويحدونا الأمل مع سيادته فى الرغبة فى التوسع فى تفسير أسباب البطلان، بعد أن حصن المشرع المصرى

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٤٢، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(٢) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٤٢ .

(٣) أنظر: د. أكثم الخولى، المرجع السابق، ص ٤٣ .

(٤) تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الاقتصادية عن مشروع قانون فى شأن التحكيم التجارى الدولى، ص ٣٢، وقد أشار إليه د. مختار بريرى، ص ٢٤٢ هامش رقم(٣٣١) ، ومشار إليه فى مؤلف المستشار معوض عبدالتواب، المستحدث فى التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧م، دار الفكر الجامعى ، الإسكندرية، ص ٣٥٠ وما بعدها.

(٥) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٤٢ وما بعدها.

أحكام التحكيم تحصيناً يتسم بالمبالغة والشطط إلى حد إضفاء هذه الحصانة على هذه الأحكام حتى ولو ثبت وجود غش من جانب أحد الأطراف، وهو ما كان ممكناً تلافيه فى ظل نصوص المواد الملغاه من قانون المرافعات من المادة(٥٠١) إلى المادة (٥١٣)، والتى كانت تسمح بالتماس إعادة النظر وهو طريق للطعن ألغاه المشرع المصرى كما رأينا.

ويرجح إحداث هذه النتيجة وغيرها من العيوب إلى محاولة توحيد النصوص المنظمة للتحكيم الداخلى والدولى فى مصر. وإذا كانت مقتضيات التحكيم الدولى وهيمنة الهيئات الدولية بلوائحها وقواعدها التى تضمن إلى حد كبير سلامة أحكام التحكيم تبرر حظر الإستئناف أو المراجعة الموضوعية لحكم التحكيم فإن هذه المبررات لا تتوفر فى التحكيم الداخلى الأمر الذى يقتضى معالجة هذا النوع بقواعد خاصة، كما فعل ذلك المشرع الفرنسى فى قانون المرافعات المدنية على نحو ما سلف بيانه، لا سيما وأن سلطة المحكمة التى ترفع أمامها دعوى البطلان تقف عند حد الحكم بالبطلان أو رفض الدعوى ولا تتصدى للموضوع، وإذا كان هذا مبرراً فى التحكيم الدولى فهو غير مستساغ فى التحكيم الداخلى.[1]

وعلى أى الأحوال فان الإستناد إلى مخالفة الهيئة واستبعادها لقانون إرادة الأطراف يفترض إتفاق الأطراف على تحديد القانون الذى يحكم نزاعهم أما إذا لاذوا بالسكوت عن هذا التحديد أو الإتفاق فإن هيئة التحكيم تطبق القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع إعمالاً لنص المادة(٢/٣٩) سالفة الذكر.

ولا يمكن هنا رفع دعوى بطلان على أساس أن هيئة التحكيم قد أساءت إختيار القانون وكان يتعين عليها اختيار قانون أخر لأنه أكثر إتصالاً بالنزاع وذلك لأن إختيار الهيئة هذا جاء بمقتضى نص صريح يخولها سلطة تقديرية، كما أن سكوت الأطراف يعد رضاء منهم بممارسة الهيئة لسلطاتها التقديرية، ومن ثم فلا سند لهم فى طلب البطلان بعد ذلك[2].

---

(١) أنظر: مختار بريرى، المرجع السابق، ٢٤٢ وما بعدها.
(٢) أنظر: مختار بريرى، المرجع السابق، ٢٤٢ وما بعدها.

الحالة الخامسة: تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الطرفين:

وهذه الحالة من حالات البطلان قد تضمنتها المادة(١/٥٣) فى البند(هـ) من قانون التحكيم المصرى، حيث نصت على أنه" لا تقبل دعوى البطلان ضد حكم التحكيم إلا إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الطرفين"[١].

ويتضح من هذا النص أنه يقرر بطلان حكم التحكيم فى فرضين:

الفرض الأول: ويخص تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالفاً للقانون:

وقد بينت المادة(١٧) من قانون التحكيم المصرى كيفية اختيار المحكمين فى حالة عدم وجود إتفاق من الأطراف على إختيارهم، حيث نصت على أنه:

١- لطرفى التحكيم الإتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت إختيارهم فإذا لم يتفقا إتبع ما يلى:

أ- فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

ب- فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال ثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

ويكون للمحكم الذى اختاره المعينان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم.

وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين.

٢- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التى اتفقا عليها، أو لم يتفق المحكمان المعينان على مما يلزم إتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد

---

(١) يقابل هذا النص المادة الخامسة(بند د) من معاهدة نيويورك السابق ذكرها، وأيضا نص المادة (٢/١٣٤) بند(٤) من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، حيث تضمن نصها عدم قيام المحكم بإلغاء أى حكم تحكيمى إلا إذا قدم الطرف طالب الإلغاء دليلاً يثبت: (٤) أن تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع فى التحكيم كان مخالفاً لاتفاق الطرفين ما لم يكن هذا الإتفاق منافياً لحكم من أحكام هذا القانون التى لا يجوز للطرفين مخالفتها أو يكن فى حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق مخالفاً لهذا القانون.

بـه إليه فى هذا الشأن، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة(٩) من هذا القانون بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب، ما لم ينص فى الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل.

٣- وتراعى المحكمة فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبها هذا القانون وتلك التى اتفق عليها الطرفان، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين(١٨) و (١٩) من هذا القانون لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن.

ويعتبر هذا النص ذو طابع مكمل واحتياطى يتعين استبعاد إعمال أحكامه فى حالة وجود إتفاق مخالف من قبل الأطراف، أما إذا لم يوجد مثل الإتفاق فيتعين إعمال هذا النص. وفى هذه الحالة تعد أى مخالفة للأحكام الواردة فيها سبباً من أسباب الطعن على حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم التى تم تشكيلها بالمخالفة لأحكام المادة(١٧) المذكورة[١]. وهذا بالنسبة للفرض الأول.

أما بالنسبة للفرض الثانى الذى يتضمنه البند(هـ) من المادة(١/٥٣) فيتعلق بتشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لإتفاق الأطراف، وبهذا الفرض يؤكد المشرع المصرى على مبدأ احترام إرادة الأطراف، حيث قرر لهم الحق فى استبعاد الأحكام الواردة فى المادة (١٧) ذات الطابع المكمل من ناحية، وقرر من ناحية أخرى بطلان حكم التحكيم إذا تمسك الأطراف بأن تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكمين كان مخالفاً لإرادتهم.[٢]

ويذكر البعض[٣] أنه إذا تعثر تشكيل هيئة التحكيم، سواء لاختلاف الأطراف أو لإختلاف المحكمين، فيمكن الإلتجاء إلى القضاء الذى يتولى إتخاذ الإجراء المطلوب نحو

---

(١) راجع د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ١٩٧ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٣٧وما بعدها، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٤٣ وما بعدها، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٨١ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٩٨ .

(٣) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٤٤ وما بعدها. حيث يشير سيادته فى هذا المجال إلى أن مباشرة المحكم لمهمته دون كتابة ودون اعتراض حتى صدور الحكم لا يجعل الحكم معرضا لدعوى البطلان. وقد قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٧٣/٢/٢٤، المجموعة، لسنة(٢٤) ق، =

تعيين المحكم الوحيد أو المحكم الثالث أو تعيين المحكم الذى تقاعس أحد الأطـــراف عن تعيينه. والأمر فى معظم الأحوال يتعلق بنصوص مقررة تكمل إرادة الأطراف، وذلك باستثناء القواعد الآمره كاستلزام وترية العدد وإكتمال أهلية المحكم وعدم وجود مانع يمنعه من حقوقه المدنية والتزام المحكم عند إعلان قبوله كتابة للمهمة بالإفصاح عن أية ظروف تثير الشك حول استقلاله أو حيدته أو إلتزام هيئة التحكيم بعدم قبول طلب الرد ممن سبق له رد المحكم نفسه فى ذات التحكيم.

وفى النهاية ينبغى الإشارة إلى أنه وفقاً لنص المادة(٨) من قانون التحكيم المصرى لا يجوز رفع دعوى البطلان على أساس مخالفة قاعدة آمرة أو مخالفة لشروط الإتفاق المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم إذ لم يقدم الطرف صاحب المصلحة فى ذلك إعتراضه فى الميعاد المحدد قانوناً أو إتفاقاً إذ يعد سكوته هذا نزولاً منه عن حقه فى الاعتراض [١]، حيث نصت على أنه" إذا استمر أحد طرفى النزاع فى إجراءات التحكيم من علمه بوقوع مخالفة لشرط فى إتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الإتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة فى الميعاد المتفق عليه أو فى وقت معقول عند عدم الإتفاق اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه فى الاعتراض".

وتطبيقاً لهذا النص يعتبر عدم تقديم طلب الرد خلال خمسة عشر يوماً من علم طالب الرد بالظروف المبررة للطلب نزولاً عن حق الطرف صاحب المصلحة فى الاعتراض على الحكم الصادر وذلك لتراخيه فى هذا الاعتراض بعد علمه بتوافر أسباب الرد. [٢]

وجدير بالذكر أن هذا الحل الذى أتى به المشرع المصرى فى هذا الشأن لا يختلف

= ص ٣٢١، بأن " استلزم الكتابة شرط لإثبات قبول الحكم وليست شرطاً لانعقاد المشارطة"، " ويسرى هذا الحكم أيضاً إذا افصح المحكم عن الظروف التى قد تمس حيدته واستقلاله وارتضى الأطراف رغم ذلك بإستمراره فى مهمته ففى هذه الحالة لا يجوز لأيهما رفع دعوى البطلان بناء على هذه الظروف- وهذا بعكس الحال إذا كتم المحكم هذه الظروف ولم يوضحها للأطراف وقد صدر الحكم إذ فى هذه الحالة يجوز رفع دعوى البطلان".

(١) راجع لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٨١ وما بعدها، وص ٨٤ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها.

(٢) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٤٥، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٤٠ وما بعدها.

عن الحل الذى أورده المشرع الفرنسى فى القانون الفرنسى بشأن التحكيم الصادر فى ١٢ مايو ١٩٨١م – حيث تضمنت هذا الحل المواد (١٥٠٢) – (١٥٠٤) من هذا القانون[١].

الحالة السادسة: إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها إتفاق التحكيم، أو تجاوز الحكم حدود هذا الإتفاق:

وهذه الحالة من حالات البطلان هى التى نص عليها المشرع المصرى فى البند(و) من المادة(١/٥٣) مصرى، فقد نص على أنه" لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها إتفاق التحكيم أو جاوز حدود الإتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل إجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها".

وقد أشرنا من قبل أن هيئة التحكيم تستمد سلطتها فى الفصل فى النزاع من إتفاق الأطراف – وهذا هو الأصل – ولما كان الأمر كذلك فإن هذه الهيئة تكون ملتزمة بالفصل فى النزاع الذى اتفق الأطراف على عرضه عليها، ومن ثم فلا يجوز لهذه الهيئة الخروج عن حدود هذا النزاع فهى ليست قاضياً ينطبق عليها أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع.

ولذلك يلزم المشرع هيئة التحكيم بوقف الإجراءات إذا عرضت عليها مسألة أولية يتوقف عليها الفصل فى النزاع الأصلى لحين تولى الجهة القضائية المختصة أمر الفصل فى هذه المسألة الأولية.

ومن ثم ينبغى تحديد موضوع النزاع – إذا تعلق الأمر بشرط تحكيم – فى بيان الدعوى الذى يرسله المدعى عليه وإلى المحكمين خلال الميعاد المتفق عليه أو خلال الميعاد الذى تحدده هيئة التحكيم[٢].

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٥٨ وما بعدها، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٩٨ إلى ص٢٠٠، وأنظر أيضاً:
Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 811 et s .

(٢) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٤٦، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٨٦ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ص ٢٤١، د. منير عبدالمجيد، المرجع السابق، ص ٤٦٠ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٢٣٧ وما بعدها.

وفى ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة(٣٠) من قانون التحكيم المصرى على أنه " يرسل المدعى خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذى تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه يشتمل على أسمه وعنوانه وإسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب إتفاق الطرفين ذكره فى هذا البيان".

أما إذا تعلق الأمر بمشارطه تحكيم فإنها تكون باطلة إذا لم تتضمن تحديد المسائل التى يشملها التحكيم.

ويترتب على ما سبق أن هيئة التحكيم تلتزم عند إصدارها حكماً بالفصل فى المسائل المطروحة عليها بنطاق اختصاصها دون تجاوزه، ولذلك قضت محكمة النقض المصرية[١] بأنه يعد خروجاً على حدود مهمة الهيئة الحكم ببطلان عقد الشركة إذا كان المعروض عليها طلب الفصل فى منازعات ناشئة عن تنفيذ عقد الشركة.

ولكن تجدر الملاحظة إلا أنه إذا تصدت هيئة التحكيم لمسائل مطروحة عليها ومسائل أخرى ترتبط بها فإن البطلان يقتصر على ما قضت فيه فى المسائل المرتبطة ولا يمتد لما تصدت له من مسائل تضمنها إتفاق التحكيم إلا إذا أقيم الدليل على عدم التجزئة بين هذه المسائل[٢].

ويقضى إصدار الحكم ببطلان التحكيم لهذا السبب تمسك صاحب المصلحة به فإذا رفعت دعوى البطلان على أساس مخالفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وتبين للمحكمة أن هيئة التحكيم فصلت فيما لم يكن مطروحاً عليها أو تجاوزت حدود الإتفاق فإن المحكمة لا تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها لعدم تعلق المسألة بالنظام العام- على نحو ما سنرى فيما بعد – وإنما يجب أن يتمسك أحد الأطراف بطلب البطلان تأسيساً على تجاوز هيئة التحكيم للحدود المتفق عليها.

---

(١) محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٥٢/١/٣م، المحاماة ، السنة (٢٣)، العدد (٨) ص ١٢٤٩ .
(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٤٧، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٢٣٨ .

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية[1] حيث جاء فى حكمها" أن البطلان القائم على تجاوز حدود المشارطة يعتبر بطلان نسبى لا يتعلق بالنظام العام".

وقد قضت محكمة إستئناف باريس – فى هذا الصدد – بإبطال حكم تحكيمى على نحو جزئى لأنه حدد بداية حساب الفوائد التأخيرية من تاريخ سابق على ذلك الذى تمسك به الطرف المدعى" [2] .

وقد قضت أيضاً ذات المحكمة ببطلان حكم تحكيمى فصل فى الحقوق العقارية لأحد الأطراف بينما لم يكن مختصاً إلا بتحديد مصير النظام القانونى للشركة[3].

الحالة السابعة:إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم أو فى إجراءات التحكيم على نحو أثر فى الحكم :

نص البند (ز) من المادة (١/٥٣) سالفة الذكر على أنه : لا تقبل ٠٠٠إلا " إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر فى الحكم".

ويتضح من هذا النص أن هناك فرضين يشملهما البطلان: الأول يتعلق ببطلان حكم التحكيم إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم ذاته ويصبح الحكم باطلاً إذا لم تتوافر شروطه الشكلية والموضوعية التى بينتها نصوص المواد (٤٠) و(٤٣) من قانون التحكيم المصرى وقد سبق لنا بيان ذلك .

وبناء على ذلك يكون الحكم باطلاً إذا صدر شفاهه، أو صدر بدون توافر الأغلبية المطلوبة، أو دون مداولة، أو دون توقيع من الأغلبية، أو عدم تسبيب الحكم رغم عدم وجود إتفاق على إعفاء المحكمين من التسبيب، أو خلو الحكم من البيانات التى نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة (٤٣) من هذا القانون، خاصة عدم تضمين الحكم صورة من إتفاق التحكيم[4].

---

(١) محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٨٨/٢/١٤م فى الطعن رقم (١٦٤٠) لسنة (٥٤) ق المجموعة(٣٩) – ص ٢٤٢ .

(٢) راجع:

Rev. arb., 1989. p. 328 et s. note pellerin.

(٣) راجع:

Rev. arb., 1991. p. 125 et s. note.J.H.Moitry et c. vergne.

(٤) راجع: د٠ مختار بريرى ، المرجع السابق، ص٢٤٨ حيث يستدرك هنا بقوله"ولكن لا يعتبر سبباً هنا للبطلان وقوع خطأ مادى فى أسماء المحكمين أو الأطراف أو عناوينهم وقد أورد فى هذا الموطن حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٨٢/٥/٤م برقم(٧٣٦)- (٤٦) ق، المجموعة(٥٠) لسنة ١٩٨٦م، =

ويجرى بعض الفقه[1] نوع من التفرقة بين هذه البيانات والقواعد التى تضمنتها نصوص المادتين السابقتين، وذلك على أساس مدى تعلق هذه الأحكام بمصلحة الأطراف فى الدعوى بشكل مباشر، أو كونها قواعد أو أحكام وضعت من أجل تسهيل عمل المحكم، أو لأسباب عملية محضة لتسهيل تنفيذ حكم التحكيم عند صدوره.

وتفصيلاً لذلك لا يعد إغفال البيانات أو القواعد المتعلقة بشكل الحكم، كاشتماله على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وما إلى ذلك من البيانات الشكلية، سبباً للطعن بالبطلان فى حكم التحكيم الذى أهمل ذكر هذا البيانات، إذ أن مخالفة هذه القواعد ليس من شأنه الإضرار بالأطراف المتنازعة ولا المساس بمصالحهم بشكل مباشر .

وعلى العكس من ذلك فإنه يعد سبباً يبرر بطلان الحكم عدم قيام هيئة التحكيم بالمداولة قبل إصدار الحكم، إذ أن إغفال مثل هذا الإجراء يمثل إنتهاكاً لحقوق الدفاع وإضرار بالمصالح المباشرة للأطراف [2] .

= ص١٧٠٣، حيث جاء فيه "أن بيان المشارطة فى حكم التحكيم يعد بياناً جوهرياً حتى يمكن التحقق من حدود سلطة المحكمين المستمدة من وثيقة التحكيم فاغفاله يؤدى إلى عدم تحقق الغاية مما يؤدى إلى البطلان". وراجع أيضاً: د. منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص٤٦٦ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص٢٣٩ وما بعدها.

(١) راجع : د. حفيظة الحداد ، المرجع السابق، ص٢٠٢، د. مختار بريرى ، المرجع السابق، ص٢٤٨، د. منير عبد المجيد ، المرجع السابق، ص٤٦٦وما بعدها ، د. أحمد السيد صاوى ،المرجع السابق، ص٢٣٩ وما بعدها.

(٢) هذا وقد قررت محكمة استئناف القاهرة – صاحبة الاختصاص الرئيسى بنظر مسائل التحكيم وفقاً لنص المادة(٩) من قانون التحكيم – فى حكمها الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ٢٠٠١م فى دعوى البطلان المقيدة بجدول التحكيم برقم(٦٥) لسنة (١١٨) ق - بطلان حكم التحكيم الصادر من الهيئة العامة لسوق المال والصادر بتاريخ ٤ إبريل سنة ٢٠٠١م ، وذلك لأنه " عن السبب الأول من أسباب الطعن – وهو عدم إبداء أسباب امتناع محكم الشركة الطاعنة (المحتكمة) عن التوقيع، وذلك بالمخالفة لنص المادة(١/٤٣) من قانون التحكيم- فإن هذا النص فى محله. حيث أنه من المقرر وفقاً لنص المادة (٤٣) من قانون التحكيم المصرى وهو عين ما تقضى به المادة(٤٨) من إتفاقية واشنطن، والفقرة الأولى من المادة (٣١) من القانون النموذجى للتحكيم – أنه يتعين عند عدم توقيع الأقلية على الحكم ببيان أسباب امتناعها عن التوقيع وإلا كان الحكم باطلاً . لما كان ما تقدم وكان الثابت من مسودة الحكم عدم توقيع محكمى الشركة الطاعنة على الحكم كما لم يبين من الأوراق أسباب عدم توقيع يوصم الحكم بالبطلان عملاً بنص الفقرة(ز) من المادة(٥٣) من القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية – ودون حاجة إلى بحث أسباب الطعن الأخرى . وتقضى المحكمة وفى الموضوع ببطلان حكم التحكيم...".غير منشور .

وقد ذكرت محكمة استئناف باريس[1] أن عدم تسبيب الحكم لا يعد فى حد ذاته ضد المفهوم الفرنسى للنظام العام الدولى، ويستثنى من ذلك الحالات التى يكون فيها القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو لائحة التحكيم يقتضى ضرورة تسبيب الحكم التحكيمى. ففى هذه الحالة يعد عدم التسبيب سبباً كافياً للتمسك ببطلان الحكم أو لرفض إصدار الأمر بتنفيذه إستناداً على عدم احترام المحكم لمهمته.

أما الفرض الثانى الذى يتضمنه البند(ز) من المادة(١/٥٣) السابقة فيتعلق ببطلان حكم التحكيم بسبب بطلان إجراءات التحكيم ذاتها على نحو أثر فى الحكم.

وهذا يعنى أن الحكم يكون عرضة للبطلان إذا كان ما شاب الإجراءات من بطلان قد انعكس على الحكم بحيث أثر عليه، ومثال ذلك إعلان أحد الأطراف أو إرسال تقارير قدمت للهيئة على غير العنوان المحدد فى إتفاق التحكيم، فإذا ترتب على ذلك عدم علم الطرف المعلن فلا شك أن هذا يعد مؤثراً فى الحكم لأنه حرم هذا الطرف من إمكانية الحضور أو الرد على ما تضمنته هذه التقارير.

أما إذا ثبت علم هذا الطرف – رغم عدم صحة الإعلان – فإن بطلان الإجراء وتأثيره فى الحكم هى بالنظر إلى تحقق أو عدم تحقق الغاية منه، وذلك إعمالاً للقواعد العامة فى قانون وفقه المرافعات بخصوص بطلان الأحكام. [2]

وجدير بالذكر أن هذه الأحكام تتمشى مع ما يقرره القانون الفرنسى فى هذا الصدد، حيث لا يوجب هذا القانون البطلان إذا كانت المخالفة الإجرائية تتعلق بالمساس بحقوق الدفاع، وذلك وفقاً للمادة(١٥٠٢) والمادة (١٥٠٤) منه.

هذا وبعد عرض المادة (١/٥٣) من قانون التحكيم المصرى لسبعة حالات يوجب توافر إحداها بطلان حكم التحكيم ، نصت ذات المادة أيضاً فى فقرتها الثانية على حالة أخرى توجب بطلان الحكم التحكيمى وتقضى به المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان

---

(١) راجع :

Rev. arb., 1989.,p.25 et s. note Derains.

(٢) راجع : د. مختار بريرى ، المرجع السابق ، ص٢٤٩ ، د. أكثم الخولى، الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم الجديد ، المرجع السابق، ص٢٤ وما بعدها .

من تلقاء نفسها . وهذه الحالة الأخيرة تتمثل فى : مخالفة حكم التحكيم للنظام العام فى جمهورية مصر العربية ، حيث نصت على أنه وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية". **ويرد هنا سؤالاً مؤداه: هل يلزم تمسك المدعى بطلب الإبطال؟**

إن الإجابة عن هذا التساؤل واضحة من خلال النص المذكور للمادة(٥٣/٢) مصرى حيث أفادت عدم اشتراط تمسك المدعى بالبطلان بسبب مخالفة الحكم للنظام العام فى مصر، وهذا يعنى أنه لا بد من طلب بطلان الحكم لأن هذا هو الغرض من رفع الدعوى. بيد أن المحكمة التى رفعت أمامها دعوى البطلان قد يتضح لها تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام فى مصر دون أن يكون المدعى قد تنبه إلى ذلك ودون أن يكون قد أستند إلى ذلك فى طلب البطلان .وحينئذ فإن القاعدة التى يلتزم بها القضاء هو التقيد فيما يقضون به بما يطلبه الخصوم، لكن المشرع المصرى خرج عن هذه القاعدة بمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة(٥٣) سالفة الذكر، حيث أجاز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى بالبطلان لتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام فى مصر، حتى ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم[١].

ولعل فى حرص المشرع على إحترام النظام العام ما يشفع له فى هذا الخروج على القواعد العامه. وقد أتى هذا الخروج مطابقاً لإتفاقية نيويورك ١٩٥٨م، فوفقاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة منها يجوز للمحكمة المختصة فى الدولة المطلوب تنفيذ حكم التحكيم فيها أن ترفض هذا التنفيذ إذ تبين لها أن الاعتراف بالحكم وتنفيذه يتعارض مع النظام العام فى هذه الدولة.[٢]

---

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ وما بعدها، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٤٩، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٠٥وما بعدها، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٩٨ وما بعدها، د. منير عبدالمجيد، المرجع السابق، ص ٤٧٥ وما بعدها، د. أشرف عبدالعليم الرفاعى، المرجع السابق، ص ٥٧ وما بعدها ، د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ٢٤٠ وما بعدها. وراجع ما سبق ذكره فى هذا الشأن.

(٢) وقد عرفنا من قبل أن احترام النظام العام يعتبر شرطاً لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فى مصر، سواء وفقاً لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤م (المادة ٥٨)، أو وفقاً لقانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م، وفقاً للمادتين(٢٩٨ – ٢٩٩). راجع ما سبق ذكره فى هذا الشأن.

ومسألة تحديد مفهوم النظام العام فى مصر – كما يذكر البعض- [1] مسألة على جانب كبير من الأهمية، وقد إنتهى هذا الرأى وبحق إلى رفض تأسيس فكرة النظام العام الدولى على الطابع الوطنى لمفهوم النظام العام لأن هذا المفهوم يعبر عن الأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التى يقوم عليها كيان الدولة وهى فى نفس الوقت أسس لا تتطابق ولا تتقارب إلى الحد الذى يمكن معه القول بوجود مفهوم موحد للنظام العام الدولى.

والعبرة فى هذا المقام ليس بتعلق الحكم بمسألة تمس النظام العام، وإنما العبرة بتضمن الحكم بالفعل ما يخالف النظام العام المصرى. وتطبيقاً لذلك إذا أبرم الورثة المحتملين إتفاقاً بشأن تركة مستقبله ابان حياة مورثهم وتضمن الإتفاق شرط تحكيم وثار نزاع بين الورثه وعرض الأمر على هيئة التحكيم فأقرت هذا الإتفاق وأصدرت حكمها بتسوية النزاع فإن الحكم فى هذه الحالة يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام المصرى، أما إذا أصدرت الهيئة حكمها ببطلان الإتفاق فإن الحكم يكون صحيحاً[2].

ولقد استقرت محكمة النقض المصرية[3] على أن " مناط استبعاد القانون الأجنبى واجب التطبيق هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام فى مصر، أى متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة لما يتعارض بالمصلحة العليا للمجتمع بما لا يكفى معه أن تتعارض مع نص قانونى آمر".

وبناء على ذلك فليس معنى ذكر المشرع ضرورة احترام النظام العام فى مصر أنه يقصد المفهوم الداخلى للنظام العام، لأنه يوجد فى مصر مفهوم دولى أيضاً للنظام العام وهو مفهومها بصدد العلاقات ذات الطابع الدولى.

---

(١) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٥٠، ويشير الأستاذ الدكتور السنهورى وبحق إلى أن مفهوم النظام العام تحكمه فكرة النسبية و لا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمه معينة و فى جيل معين. أنظر: الوسيط فى القانون المدنى للدكتور السنهورى،ج١، ص ٤٠١ .

(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٥٠ .

(٣) محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٨٢/٤/٢٦م بالطعن رقم(٧١٤) للسنة القضائية رقم(٤٧)، وحكمها الصادر فى ١٩٨٣/٦/١٣م بالطعن رقم (١٢٥٩) للسنة القضائية رقم(٤٩)، وحكمها الصادر فى ١٩٩١/١٢/٢٣ بالطعن رقم(٥٤٧) للسنة القضائية رقم(٥٦) .

ويذكر البعض[1] أنه من الصعب حصر فكرة النظام العام وتحديد الحالات التى يحدث فيها التعارض مع نظامها لأنها فكرة متطورة مرنه تتغير من زمان إلى زمان وتختلف من مكان إلى مكان كما سبق القول.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تسبيب حكم التحكيم – كما سلف البيان- يجوز إعفاء هيئة التحكيم منه، وذلك إذا اتفق الأطراف على ذلك. ومن ثم لا يعد أمر تسبيب الحكم متعلقاً بالنظام العام. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية فى حكمها سالف الذكر (الطعن رقم(٥٥٣٩) لسنة (٦٦) ق – بجلسة ١٩٩٨/٧/١١م). كما تجدر الإشارة إلى أن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم فى خصوص نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم لا يحول دون البدء فى إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيه أو إصدار حكم التحكيم ولا يؤدى إلى بطلانه، وذلك وفقاً للمادتان (٢/١٣، ٥٢) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م ، وعلة ذلك ورود أحوال بطلان حكم التحكيم فى القانون على سبيل الحصر لا على سبيل المثال.

وقد أكدت ذلك محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٠يونية ١٩٩٨م حيث جاء فيه أن: " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة(١٣) والمادة(٥٣) من قانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية أن رفع الدعوى أمام التحكيم أو الاستمرار فيه أو إصدار حكم التحكيم أمر يؤدى إلى بطلان هذا الحكم متى صدر غير مشوب بعيب يبطله وفقاً للأحوال التى حددتها حصراً المادة (٥٣) آنفة الذكر والتى ليس من بينها إصدار حكم التحكيم فى نزاع مرفوع بشأنه دعوى أمام المحاكم إكتفاء بما أوردته المادتين(٥٥) و(٢/٥٨/أ) من ذات القانون من أحكام تزيل شبهة احتمال وقوع تناقض بين أحكام المحاكم وهيئات التحكيم فى شأن نزاع بعينه".[2]

تلك هى حالات البطلان التى ينص عليها قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، ويكفى توافر إحداها لطلب بطلان الحكم التحكيمى، وذلك عن طريق رفع دعوى تسمى بدعوى البطلان، وهى التى سنعرض لها فى المبحث التالى.

---

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٢) محكمة النقض فى ٢٠ يونية سنة ١٩٩٨م فى الطعن رقم(٤٧٤) لسنة (٦٧) ق. وأنظر فى ذلك أيضاً حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٩٧م بالطعن رقم(٤٦٢٢) لسنة (٦٦) ق .

المبحث الثانى

التنظيم القانونى لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم

وفقاً للقانون المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م

يكون لصاحب المصلحة الذى كان طرفا من أطراف التحكيم رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الذى صدر ضده وذلك إذا توافرت إحدى الحالات آنفة الذكر، والتى نصت عليها المادة (٥٣) فى فقرتيها الأولى والثانية من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية – فى حكمها الصادر فى ١٨ ديسمبر ١٩٩٧ م – على قصر حالات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم بتوافر حالة من الحالات التى حددتها المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م ، حيث قررت أن الإلتجاء لدعوى بطلان حكم المحكمين حالاته التى تقررت فى المادة (٥٣) من القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م ، وتؤدى إلى وقوع بطلان فى الحكم .....[١]

ولا شك أن دعوى بطلان حكم التحكيم يوجب لها القانون توافر قواعد معينة تنظمها ، ويقرر تحديد الوقت الذى يتعين فيه رفعها، وتحديد المحكمة المختصة بنظرها، والأثر المترتب على رفعها ، وأخيراً بيان سلطة المحكمة التى تنظر هذه الدعوى، وطبيعة الحكم الذى تصدره ،[٢] وفيما يلى نبين هذه النقاط بشئ من التفصيل:

---

(١) انظر : محكمة النقض فى جلسة ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٧م فى الطعن رقم (٤٦٢٢) لسنة (٦٦) ق .

(٢) ويجب ملاحظة أن دعوى البطلان ترفع بالأوضاع المعتاده لرفع الدعاوى، وهى ليست طريقاً للطعن على الحكم، فهى ترفع خلال مواعيدها القانونية، ومن ذى صفة وصاحب مصلحة وفق القواعد العامة فى المرافعات، إلا إذا تعلق البطلان بالنظام العام، فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به وتقضى به المحكمة من لقاء نفسها، ولا يجوز النزول عن دعوى البطلان قبل ثبوت الحق فى رفعها، وإذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة تعين الحكم بعدم الاختصاص والإحالة ، ويسقط الحق فى رفع دعوى البطلان إذا قام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم تنفيذاً إختيارياً دون تحفظ، وكذلك فى حالة إعلانه لخصمه دون تحفظ، والحكم الصادر فى دعوى البطلان يقبل الطعن فيه بطريق النقض وكذلك التماس إعادة النظر .

ولاشك أن الحكم ببطلان صحيفة الدعوى بطلب بطلان حكم التحكيم بسبب عدم التوقيع عليها من محام أو ترك خصومه البطلان، أو سقوط الحق فيها لرفعها بعد الميعاد المقرر قانوناً، يترتب عليه بالضرورة عدم قبول طلب وقف التنفيذ المدفوع بالتبعية لدعوى البطلان لتعذر بقاء هذا الطلب استقلالاً راجع فى هذا الصدد: د. أحمد أبو الوفا، التحكيم فى القانون الدولى والداخلى ، المجلة المصرية للقانون الدولى، سنة ١٩٩٤م، ص ٩٤ وما بعدها، د. منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولى والداخلى، المرجع السابق، ص ٤٣٥ وما بعدها.

أولا: الميعاد الذى يتعين فيه رفع دعوى البطلان:

لقد بينت ذلك المادة(١/٥٤) من قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه" ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان عن حقه فى رفعها قبل صدور حكم التحكيم".

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصرى قد حدد ميعاداً طويلاً للطعن فى حكم التحكيم، وهو تسعون يوماً ولا شك أن هذا الميعاد يتجاوز فى مدته جميع المواعيد المقررة للطعن فى الأحكام القضائية وفقاً للقانون المصرى فى الظروف العادية، الأمر الذى جعل البعض[١] يقرر أن هذا الوضع لا يتلائم مع طبيعة نظام التحكيم وما يهدف إليه من سرعة الفصل فى المنازعات المعروضة حيث يؤدى طول هذه المدة المقررة للطعن فى حكم التحكيم إلى التقليل من تحقيق هذه الغاية.

ويقرر البعض الآخر من الفقه أن هذا العيب يظهر بصورة أكثر وضوحاً نظراً لأن هذا الميعاد (التسعون يوماً) لا يبدأ إلا من تاريخ إعلان حكم التحكيم، وقد يتطلب إتمام هذا الإعلان وقتاً طويلاً لا سيما فى إطار المنازعات التجارية الدولية.[٢] ولذا يرى جانب من الفقه المصرى[٣] أنه كان من الأنسب أن يبدأ الميعاد المقرر للطعن فى الحكم من تاريخ صدور حكم التحكيم ذاته.

وأيضاً يبدو بوضوح عدم ملاءمة هذا الميعاد الطويل المتراخى فيما قرره القانون المصرى فى المادة(٥٨) منه، حيث جاء فيها أنه لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم طالما لم ينقض الميعاد المذكور المحدد للطعن فى هذا الحكم بالبطلان، ويعزو جانب من الفقه[٤] اختيار المشرع المصرى لهذا الميعاد الطويل للطعن بالبطلان فى حكم التحكيم إلى أن واضعى قانون التحكيم الحالى قد تأثروا بقانون المرافعات الذى لم يحدد ميعاداً معيناً لرفع دعوى بطلان الحكم.

---

(١) راجع: الأستاذ عثمان حسين، مقالته بعنوان"قانون التحكيم الجديد" مجلة المحاماه، السنة الرابعة والسبعون، عدد يناير – إبريل سنة ١٩٩٥م، ص ٢٢١، وص ٢٢٥ .
(٢) أنظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٣١ وما بعدها.
(٣) راجع: الأستاذ عثمان حسين، المرجع السابق، ص ٢٢١ وما بعدها.
(٤) أنظر: الأستاذ عثمان حسين، المرجع السابق، ص ٢٢٢ وما بعدها.

ومع ذلك فإن هذا النقص الذى كان يعترى نصوص التحكيم بقانون المرافعات لا يبرر تحديد ميعاد طويل لهذا الطعن على النحو الذى جاء به قانون التحكيم المصرى الحالى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م لعدم ملاءمة ذلك الميعاد لميزة السرعة التى تلتمسها الأطراف التى تلجأ إلى التحكيم هروباً من إجراءات التقاضى أمام المحاكم القضائية التى تستغرق عادة أمداً طويلاً لإصداره الحكم القضائى.

وبالرغم من ذلك يستحسن البعض[١] . وبحق – تحديد مدة التسعين يوماً لرفع دعوى البطلان، وذلك حتى لا يظل هذا الباب مفتوحاً لمدة خمس عشرة سنة كما كان عليه الحال فى ظل نصوص قانون المرافعات المصرى الملغاة التى لم تضع ميعاداً خاصاً بدعوى بطلان حكم التحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أن مدة الطعن هذه قد اختلفت التشريعات فى تحديدها، بل وبعض الإتفاقات الدولية على نحو ما سبق بيانه.

كما يتضح من نص المادة(١/٥٤) سالفة الذكر أنه إذا إتفق الأطراف قبل صدور الحكم على التنازل عن الطعن بالبطلان فى الحكم، فإن مثل هذا التنازل لا يحول دون قبول دعوى البطلان[٢].ولعل هذا الحكم الذى قرره المشرع المصرى يفسر ما استقر فى الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة من عدم قبول تنازل الأفراد مقدماً عن الحقوق الموضوعية والإجرائية طالما لم تثبت لهم على وجه قاطع، وهذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا التنازل فيه مغبة قد لا تكون فى مقدرة الشخص تحديدها قبل صدور الحكم لحظة إقدامه على هذا التنازل عن الإتفاق على التحكيم[٣].

ويلاحظ فى هذا الصدد أن يجوز لأى طرف رفع دعوى البطلان هذه إذ تأسست على مخالفة الحكم للنظام العام. أما إذا تأسست هذه الدعوى على إعتبار خاص بأحد الخصوم كنقض أهليته مثلاً أو عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بإجـــراء من إجـــراءات التحكيم

---

(١) أنظر: د. أكثم الخولى، المرجع السابق، ص ٢٥، د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٥٥ .
(٢) أنظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٥٤، د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٢٣٢، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٢٥ وما بعدها.
(٣) راجع: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٣٣ .

ففى هذه الحالة لا يجوز لأى طرف غير هذا الشخص رفع دعوى البطلان[1].

ويرد فى هذا المقام سؤالاً مؤداه ما مصير حكم التحكيم بعد فوات ميعاد مدة الطعن عليه بالبطلان؟

وتبدو الإجابة فى أن المشرع المصرى – كما سبقت إشارتنا – لم يقرر فى قانون التحكيم الحالى إلا طريقاً وحيداً للطعن فى حكم التحكيم وهو طريق الطعن بالبطلان، فإذا تقاعس الطرف المحكوم ضده ومرت المدة المقررة للطعن فى الحكم فإنه يترتب على ذلك تحصن حكم التحكيم وعدم إمكانية الطعن عليه بأى طريق آخر، إذ أن المشرع لم يقرر لذلك إلا طريقاً واحداً للطعن وهو الطعن بالبطلان.

ومع ذلك فإذا كان هذا الحكم قد صدر بناءً على غش من أحد الأطراف، فإن مثل هذا الأمر قد يؤدى إلى إمكانية الطعن فى الحكم بالتماس إعادة النظر، وإذا كان هذا الحل لا يتمشى مع النصوص الصريحه لقانون التحكيم المصرى فإن القول بعكس ذلك قد يؤدى ببعض الأطراف إلى اللجوء إلى استعمال الغش من أجل الحصول على أحكام لصالحهم. وهذا الأمر الذى جعل البعض[2] يحدوه الأمل فى أن يلتفت المشرع المصرى إلى هذه النتيجة الخطيرة من أجل تدارك آثارها إلى تعديل نصوص قانون التحكيم.

ثانيا: تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان:

حددت المادة(٢/٥٤) سالفة الذكر المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم فنصت على أنه " تختص بدعوى البطلان فى التحكيم التجارى الدولى المحكمة المشار إليها فى المادة(٩) من هذا القانون وفى غير التحكيم التجارى الدولى يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع".

وقد سبق لنا الإشارة للمادة التاسعة ولعلة من المفيد هنا أن نورد نصها والذى جاء على النحو التالى" إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى فى مصر أو الخارج فإن

---

(١) راجع: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ٢٥٤ ومابعدها.

(٢) راجع: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٣٣ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٣٤ – حيث تشير سيادتها إلى أنه إذا كان التحكيم داخلياً فيكون اختصاص دعوى البطلان لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

الخاتمـــة

تعتمد حياة الدول الاقتصادية – ومدى نجاح الاستثمار من عدمه – فى الوقت الراهن على مدى قدرة الدول على التعامل الاقتصادى الدولى وعلى مدى نجاح التجارة الدولية فى التعامل بسلاسه ويسر، وكذلك تعتمد على مدى قدرتها على استيعاب وتصدير المنتج الأجنبى، وبناء عليه يمثل نجاح الجانب الاقتصادى أمل تطور الدول فى كافة مناحى الحياة المختلفة.

ولكن توجد إلى جانب ذلك حقيقة أخرى – معترف بها من جانب أغلب الفقه المعاصر – ولا تقبل أى مجال للشك ألا وهى أن قوة النظام الاقتصادى والتجارى تدور وجوداً وعدماً مع قوة وضعف النظام القانونى الذى يحكمه، ونجاح النظام القانونى فى المجال الاقتصادى يتوقف إلى حد بعيد- فى الوقت الراهن- على مدى قدرة النظام القانونى على إيجاد آلية تسوية المنازعات، ومدى عالمية هذه الآلية، وقبول جميع الأطراف لها. وهذا الأمر يستدعى أن تكون هذه الآلية مقبولة من كافة الأطراف وبصفة خاصة الاعتقاد فى عدالة القواعد المطبقة على المنازعات الناشئة عن التعامل الدولى الاقتصادى، وهذا الأمر يستدعى ويستند ويعتمد فى آن واحد على مدى قدرة هذه القواعد على التوحيد أو تقاربها فى الأنظمة المختلفة على الأقل، وبناء عليه يتضح لنا مدى أهمية توحيد أو تقارب الأنظمة القانونية المختلفة فى المجال التجارى والاقتصادى.

ولاشك أن هذه الأهداف وهذه الوظائف المختلفة يمكن تحقيقها عن طريق آلية التحكيم الدولى كتنظيم قانونى حديث وقادر على حسم المنازعات بالسرعة والقبول والشفافية الكافية من جانب أصحاب المصالح التجارية والاقتصادية.

ولذلك أصبح التحكيم التجارى الدولى نظاماً قانونياً وقضائياً عالمياً يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، كما أنه تغلب إلى حد ما على عدم الثقة الناجمة عن إختلاف النظم القانونية والاقتصادية والتجارية والسياسية للمتعاملين فى التجارة الدولية.

ولقد أرتبط التحكيم بالتجارة الدولية والتبادل التجارى بين الشعوب، وازدهر بازدهار هذه التجارة، وأرتبط نمو العلاقات والمعاملات الدولية فى القرن الحالى بتزايد اللجوء إلى التحكيم كأسلوب لحل المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات العنصر الأجنبى التى تدخل بالضرورة فى ضوء عالمية النظام الاقتصادى والتجارى المعاصر، ولهذا رافق التقدم الهائل الذى خطته التجارة الدولية فى القرن العشرين والقرن الواحد والعشرين تقدماً هائلاً على صعيد التشريعات الخاصة بالتحكيم، وحققت التشريعات والإتفاقات الدولية ثورة قانونية لحقت بثورة التجارة الدولية وأدركتها ووضعت نفسها فى خدمتها لما فيه خير وإزدهار ورضاء الإنسانية.

ولذلك أصبح التحكيم التجارى الدولى من الموضوعات الهامة فى إطار قانون التجارة الدولية، وأصبح يشغل مكاناً بارزاً فى الفكر القانونى والتجارى والاقتصادى على المستويين الوطنى والعالمى فى الوقت المعاصر، وأصبح الطريق المألوف لتسوية المنازعات الاقتصادية والتجارية، ولذلك كثرت فيه فى الآونة الأخيرة المؤلفات والدوريات، وتواترت فيه الأحكام والأبحاث، وأنشئت من أجله هيئات متخصصة ذات أنظمة معترف بها دولياً، وعقدت فى شأنه معاهدات واتفاقات دولية، ونظمت من أجله المؤتمرات والندوات الدولية، وأصبح العالم يموج بالتطورات والأنظمة والتطورات المتلاحقة حول هذا الموضوع، لدرجة أنه أصبح من الصعب متابعتها إلى حد بعيد.

وقد جاء هذا الاهتمام التشريعى والدولى والقضائى كثمرة للجهود الفقهية التى بذلت فى هذا النطاق، سواء على النطاق الداخلى أو النطاق الدولى، وأصبح نظام التحكيم الدولى أحد أهم الأدوات والأساليب والنظم القانونية المستحدثة والتى تساعد على تحقيق عالمية القانون التجارى الدولى بوصفها عملية قانونية معتمدة ومتدرجة وضرورية فى ذات الوقت. وإذا كان إيقاع العولمة قد زاد من أهمية التحكيم التجارى الدولى، فأنه قد ضاعف فى ذات الوقت ما يواجهه من تحديات أهمها التوفيق بين عالمية قواعد التجارة الدولية من جهة والخصوصيات التشريعية الوطنية من جهة أخرى، وأصبحت غاية التحكيم التجارى الدولى توحيد مناهج تسوية المنازعات بين الأطراف الوطنية والإقليمية والدولية من أجل دفع التجارة الدولية والعلاقات الاقتصادية إلى الأمام وتنشيط الاستثمار والتجارة البينية،

ولذلك أدى التطوير الهائل على التجارة والاستثمار إلى ذيوع نظام التحكيم التجارى وإنتشاره على الصعيدين الداخلى والدولى مما ضاعف من أهميته وأستوجب الإحاطه بأحكامه والتطورات التى تطرأ عليه.

وللأسباب السابقة آثرنا الكتابة فى هذا الموضوع الحيوى والذى حظى بإهتمام المشرع المصرى وكذا المشرع فى الدول العربية المختلفة، وذلك من أجل مواجهة التطورات العالمية فى هذا المجال، وكان نظام التحكيم أحد الوسائل الهامة فى الدول العربية من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار، ومتمشياً مع سياسة الإصلاح والتطوير الاقتصادى لجذب رؤوس الأموال المستثمرة، ذلك أن نظام التحكيم من شأنه أن يتيح السبيل إلى سرعة الفصل فى المنازعات التى تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية، فضلاً عن أنه يعطى ويحقق الطمأنينه والثقه للمستثمرين، حيث أنه يتفق مع القواعد الدولية السارية فى هذا الشأن، كما يستهدف التغلب على بطء إجراءات الفصل فى الدعاوى والذى يعرقل العمل التجارى بصفة عامة.

وقد جاءت التشريعات العربية فى شأن التحكيم – بصفة عامة- معبرة بوضوح عن الاستجابة للتطورات الدولية فى مجال التحكيم، حيث تميزت بالاتساع والشمول لنطاق التحكيم، والتأكيد على احترام إرادة الأطراف الخصوم، وتحديث نظام التحكيم وتدعيمة، وإن كانت تحتاج – فى بعض المواطن – إلى قدر من الوضوح، والأمل معقود على الجهود الفقهية التى تأخذ بيد هذه القوانين والأنظمة لكى تحتل مكانها اللائق بين تشريعات التحكيم الحديثة والمتقدمة.

ونظراً لأن الأنظمة العربية – وبصفة خاصة النظام المصرى والنظام السعودى والنظام الإماراتى – تضم قواعد أحكام التحكيم الداخلى والدولى فى تنظيمات واحدة، لذا آثرنا تناول هذه الأنظمة معاً والمقارنة بينها وبين القانون الفرنسى وإتفاقية نيويورك والقانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، والتى تمثل أهم الأنظمة الدولية، ولذا درسناها فى مواضع متفرقة وكان الغرض من ذلك هو بيان مدى إتفاق التنظيمات العربية مع كل منهم.

ولقد وقع اختيارنا على التشريع الفرنسى لأن تطوره فى مجال التحكيم التجارى والحلول التى أخذ بها القضاء الفرنسى كانت سباقة فى هذا المجال وكان لهما أثر عميق فى الإتفاقات الدولية التى عقدت فى شأن التحكيم، ولتأثر معظم الأنظمة العربية بما جاء بها.

كما أننا تناولنا إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية فى المسائل التى بحثناها فى دراستنا نظراً لأهميتها فى النفاذ فى معظم الدول العربية التى انضمت إليها، ونظراً لأن السيادة تكون لنصوصها فى حالة وجود تعارض بين نصوصها ونصوص التشريعات الداخلية.

وقد تلاحظ لنا من خلال دراستنا أن قانون التحكيم المصرى وكذلك نظام التحكيم السعودى ونظام التحكيم الإمارتى جاءت مواكبة للجهود الكبيرة التى تبذلها الدول العربية من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار ومتمشية مع سياسة الإصلاح الاقتصادى والذى قطعت فيه هذه الأنظمة شوطاً كبيراً لجذب رؤوس الأموال المستثمرة، سواء فى الداخل أو فى الخارج. **ولذلك راعت هذه الأنظمة التحكيمية ما يلى:**

السير فى ركب الاتجاهات الدولية الحديثة بشأن التحكيم التجارى الدولى، إذ نقلت أغلب الدول العربية القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى والذى يعرف بإسم "Model law" لتحقيق التوحيد التشريعى العالمى فى جانب التجارة الدولية. وبذلك صارت أغلب التشريعات فى هذا المجال عالمية، ومنها القانون المصرى والذى أخذ معظم أحكامه من القانون النموذجى مع إدخال تعديلات طفيفة لكى يتناسب مع تقاليد التشريعات الوطنية.

هذا وقد صار قانون التحكيم المصرى على غرار القانون النوذجى من حيث نطاق تطبيقة على الأشخاص والموضوع والمكان وتعريفات لبعض المصطلحات الواردة فيه (مثل: التحكيم، هيئة التحكيم، طرفى التحكيم.... إلخ)، وبعض القواعد الإجرائية، والأثر القانونى المترتب على مخالفة إجراءات التحكيم والاختصاص القضائى فى مسائل التحكيم. ولم يقتصر تطبيق أحكام قانون التحكيم الجديد على المعاملات التجارية الدولية، ولكن أحكام القانون تضمنت أيضاً التحكيم فى المعاملات المدنية والتجارية بين أطراف القانون العام أو أطراف القانون الخاص، ولا تتعارض دولية التحكيم التى يتناولها قانون التحكيم المصرى

الجديد مع الدولية المنصوص عليها فى إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها المنضمة إليها مصر فى ٩ مارس سنة ١٩٥٩م.

وقد حافظ قانون التحكيم المصرى على مبدأ سلطان الإرادة بافساح الحرية لإرادة طرفى التحكيم بتنظيم التحكيم بالكيفية التى تناسبهما. وهذه الحريةهى عماد نظام التحكيم، إذا فقدها فقد هويته، وكلما زاد مقدار الحرية التى يهيئها التشريع لطرفى التحكيم كلما زادت ثقتهما فيه زاد إطمئنانهما إلى الحكم الذى ينتهى إليه. وتظهر هذه السمة فى الموضوعات التالية: حرية الإتفاق على القانون أو النظام الواجب التطبيق، سواء كان شرط تحكيم أو مشارطة، كيفية تشكيل هيئة التحكيم، وكيفية تعيين المحكمين وتسميتهم، وكذلك اختيار القواعد التى تسرى على الإجراءات، والمدد التى تطبق على موضوع النزاع، وتعيين مكان التحكيم، واللغة التى تستعمل فيه. وكذلك وضع قانون التحكيم لمبدأ سلطان الإرادة قواعد احتياطية للتطبيق عندما لا يوجد ما يحدد الإتفاق عليها، والقانون الواجب التطبيق، وقانون إرادة المتعاقدين (الإرادة الصريحه والإرادة الضمنية).

كما تميزت القواعد القانونية الواردة فى قانون التحكيم الجديد بأنها قواعد مكملة أو مفسرة أو مقررة، فيما عدا الأحكام القليلة المتعلقة بالبطلان والمرتبطة بفكرة النظام العام.

وقد حافظ القانون المصرى الجديد فى شأن التحكيم أيضاً على مبدأ استقلال هيئة التحكيم، وهو بدوره من المبادئ الأصولية التى تقوم عليها الأنظمة المتقدمة فى التحكيم، ومن مظاهر هذا الاستقلال: النظر للمحكم على أنه قاضى وأن التحكيم قضاء، وأن عمل المحكم يعتبر عملاً قضائياً، واختصاص هيئة التحكيم بنظر طلبات رد أعضائها، واختصاصها بالفصل فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، ومبدأ عدم قبول أحكام التحكيم الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، وأنها تحوز حجية الأمر المقضى بمجرد صدورها.

وقد حافظ القانون المصرى الجديد فى شأن التحكيم أيضاً على مبدأ السرعة فى إنهاء إجراءات إصدار حكم التحكيم، وهذه السرعة من سمات نظام التحكيم التى ستجعله مفضلاً عند التجار ورجال الأعمال عن اللجوء إلى القضاء العادى.

ونختتم ملاحظاتنا على قانون التحكيم المصرى الجديد بما ذكره الاستاذ الدكتور محسن شفيق – بحق – " أن قانون التحكيم المصرى الجديد مبنى على فلسفة جديدة، ومبنى على أسس جديدة هى الأسس التى يقوم عليها التحكيم فى كل بلاد العالم المتمدين. هذا القانون نقل التحكيم المصرى من تحكيم متخلف، متخلف جداً إلى تحكيم حديث يطبق فيه كل الأسس المحترمه وكل الأسس المأخوذ بها فى البلاد المتقدمة فسرنا بالقانون المصرى فى ركب التشريعات الحديثة، وأخذنا بما تضمنته قواعد قانون الأونسترال، قانون هيئة الأمم. وإذا كان هذا القانون يشترط أن تأخذه تشريعات الدول كما هو من حيث الموضوع ومن حيث الألفاظ، إلا أننا خالفناه بعض الشئ فيما يتعلق بتقاليدنا وتاريخنا وأسلوبنا فى وضع النصوص القانونية. وأخذنا بمعظم الحديث الذى آتى به القانون النموذجى ونقلناه إلى قانوننا المصرى لكى لا يشعر مستثمر أجنبياً كان أو مصرياً أو عربياً أنه يحاكم فى أنظمة مغايرة لما هو موجود فى غير مصر، معنى ذلك أننا جعلنا المستثمر أيا كانت جنسيته يطمئن إلى القضاء الذى سيحكم فى المنازعات المتعلقة بالمعاملات التى يقوم بها". (١)

وهذا النجاح الذى حققه أسلوب التحكيم فى مجال التجارة الدولية لا يعنى أن هذا الأسلوب يخلو من نقاط الضعف، فمازالت بعض جوانبة المختلفة وما تطرحه من مشكلات قانونية تنجذب لها أقلام الفقهاء وتتناولها أحكام القضاء وتنشط لتدارسها وتضع لها الحلول الملائمة المنظمات الدولية ومراكز التحكيم الوطنية والإقليمية والدولية.

والأمل معقود على الجهود الفقهية والقضائية فى تطوير الدراسات ووضع الحلول لتطوير الأنظمة والقوانين، وذلك لأن مجال التطوير والتحسين قائم لا ينضب معينة، ولا نرى فيما قدمنا سوى خطوة متواضعة تتلوها خطوات أكبر يخطوها الباحثون من بعدنا.

وقد حاولنا من خلال دراستنا تقديم ما يلى:

أولا: المساعدة فى تقديم الأنظمة القانونية بما تشمله من مزايا فى مجال التحكيم وما تحتوية من ثغرات يمكن تفاديها عند تعديل وتطوير الأنظمة القائمة، والتى يمكن أن تساعد على

---

(١) ندوة لمناقشة قانون التحكيم الجديد نظمتها الجمعية المصرية لقانون المرافعات بالاشتراك مع مركز التدريب القانونى بكلية الحقوق جامعة القاهرة يوم ١٢ إبريل سنة ١٩٩٤م.

فعالية التكامل الاقتصادى العالمى، وتدريب كوادر قانونية قادرة على صياغات متوازنة لأنظمة التحكيم فى تسوية المنازعات.

ثانياً: بيان مدى أهمية التحكيم التجارى الدولى كوسيلة سلمية لتسوية المنازعات التجارية والاقتصادية الدولية، وذلك أن التحكيم الدولى يرتكز على مبدأين أساسيين هما: مبدأ سلطان الإرادة فى كافة مراحلة المختلفة وفى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى مبدأ إلزامية الحكم والذى يؤدى بدوره إلى تفعيل دور التحكيم وتحقيق جديته فى حسم المنازعات.

ثالثا: وكذلك أثبتت دراستنا أن المشرع المصرى وكذلك نظيره السعودى والإمارتى (وتقريباً معظم الدول العربية فى نظمها المعاصرة فى شأن التحكيم) استحدثت قوانين وأنظمة فى شأن التحكيم التجارى الدولى تستجيب لأحدث الإتجاهات الدولية المعتدلة فى التحكيم. وإن كانت دراستنا تهيب بالمشرع فى هذه الأنظمة بضرورة إعادة النظر فى بعض الصياغات القانونية لبعض المواد حتى تتجنب مايثار بشأنها من خلافات فى تفسيرها أو تطبيقها، وذلك حسبما أشارت إليه الدراسة فى موضعها.

رابعاً : أن العديد من الدول العربية – فى الأونة الأخيرة – تبنت لائحة التحكيم التى أعددتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى C. N. U. D. C. I. ، وتبنت أيضاً القانون النموذجى للتحكيم " Uncitral law " والذى أعدته نفس اللجنة وأدمجت بعض نصوصهما فى الأنظمة القانونية الوطنية بشأن التحكيم التجارى الدولى.

ويعتبر القانون النموذجى" Model law " الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة المختصة بقانون التحكيم التجارى الدولى نموذجاً فريداً وجذاباً لتحسين وتنسيق القوانين الوطنية. وهو نظام عالمى بالفعل من حيث نشأته والغرض منه وقبوله.

وبالرغم من الإصلاحات التى أجريت مؤخراً فى العديد من الدول العربية فى مجال تنظيم التحكيم، إلا أن هناك ضرورة لإجراء تحسينات على قوانين وأنظمة التحكيم الوطنية والتنسيق فيما بينها. فهناك أختلاف كبير بين القوانين الوطنية من حيث مستوى تطورها. ولعل أفضل وسيلة لخلق قانون ملائم هى سن تشريعات على أساس القانون النموذجى الذى

وضعته لجنة الأمم المتحدة المختصة بقانون التحكيم التجارى الدولى والذى يتمتع بمزايا لا يمكن أن يوفرها أى قانون وطنى، وخاصة أنه القانون العالمى الوحيد من حيث نشأته والغرض منه وقبوله. وهو يعكس إجماعاً عالمياً حول الأمور الحاسمة فى قانون التحكيم.

وسيكون من شأن تبنى القانون النموذجى من جميع الدول العربية فائدة كبيرة فى تطوير العلاقات بين الشعوب العربية وكذلك بينها وبين الشعوب الأخرى، حيث أنه سيخلق مناخاً قانونياً متفتحاً نتيجة لسن تشريع يسهل الاعتراف به لاحتوائه على مبادئ ذات قبول عام وحلول صحيحة.

ومن جهة أخرى يعكس القانون النموذجى وجهة نظر الرأى العالمى فيما يتعلق بضرورة تحقيق التوازن الذى يجب أن يتحقق بين استقلالية أطراف النزاعات وإشراف القانون على عملية التحكيم. فهو يضمن لطرفى النزاع الحق فى الإتفاق على قواعد التحكيم وفقاً لاحتياجاتهم الخاصة فى إطار الحدود اللازمة التى تضمن عدالة إجراء التحكيم، ولطرفى النزاع الاستقلالية فى تشكيل هيئة التحكيم وفى إتخاذ القرار فيما يخص الأمور الحاسمة فى إجراء التحكيم. وفى حالة عدم إتفاق الطرفين على قواعد إجرائية معينة، يعطى الحق لهيئة التحكيم فى تقدير القواعد الإجرائية التى تراها ملائمة. وتساعد استقلالية الطرفين وحرية المحكمين فى التقدير على تكييف إجراء التحكيم مع المتطلبات والمميزات الخاصة للقضية الدولية المنظورة، بحيث لا تعوقة المفاهيم المحلية غير المألوفة أو التقاليد المحلية الخاصة.

ويوفر القانون النموذجى باعتباره قانوناً خاصاً للتحكيم التجارى الدولى الحدود الضرورية لعدالة الإجراء والحد الملائم لإشراف المحاكم، ومن بين الشروط الأساسية لضمان إنصاف وعدالة الإجراءات أن يعامل الطرفان على أساس المساواة وأن يعطى كل منهما الفرصة كاملة لعرض قضيته وهو ماكفله القانون النموذجى. وكذلك كفل إعطاء كل من الطرفين الحق فى عقد جلسة استماع، وفى الإطلاع على كافة المعلومات حول ما يقدمه الطرف الآخر من تقارير للخبراء ووثائق تستخدم كأدلة والحق فى إخطاره مسبقاً بعقد أى جلسة استماع أو إجتماع توفيق أو معاينة.

وفيما يتعلق بتدخل المحكمة، وهو أمر حاسم، وتختلف حوله الآراء فقد أتخذ القانون النموذجى موقفاً ملائماً ويتوازن بين الحاجة إلى قلة النفقات وسرعة التحكيم وإستقلاليته، والحاجة إلى الدعم والإشراف القضائى لضمان عدالة وفاعلية الإجراءات. وتتضح هذه السمات والخصائص فى كفالة تعيين المحكمين وقواعد عملهم، واختصاص هيئة التحكيم، ومدى نفاذ قرارات أو أحكام التحكيم. ويوصى القانون النموذجى بأن توكل كل هذه المهمات لمحكمة واحدة بعينها، وذلك من أجل تحقيق المركزية والتخصص والسرعة.

ويمكن للدول العربية عند تطوير قوانين وأنظمة التحكيم أن تجرى هذه التعديلات وهذا التطوير على أساس القانون النموذجى للجنة الأمم المتحدة المختصة بقانون التحكيم التجارى الدولى . وذلك لأن تبنى هذا القانون العالمى قد يساعد على تعزيز ثقة الأطراف المعنيين ومعرفتهم المسبقة بأن عمليات التحكيم التى يمكن أن تثار بينهم ستخضع لقانون معروف للجميع ويتضمن مبادئ ذات قبول عام ويعطى حلولاً صحيحة، وهذا ما سيساعد الدول العربية فى المشاركة بشكل كامل كشريك نشط فى التحكيم التجارى الدولى الذى يتم فى مختلف أنحاء العالم، وهذا بدورة ما سيساعد على خلق مناخ جيد للاستثمار ويساعد على التنمية الاقتصادية والانفتاح نحو العالم.

وفى النهاية نتمنى من دراستى أن أكون قد ساهمت – ولو بقدر متواضع – فى موضوع البحث، وذلك لأن العمل البشرى لا يمكن إلا أن يكون إحدى الحلقات المتتالية والمتتابعة فيه، فإن تحقق الهدف بتمامه فهذا فضل من الله وتوفيقه، وإن تحقق بعضه، فمالم يدرك كله لا يترك كله، وإن لم يتحقق كلية، فيكفينى شرف صدق المحاولة..... فعلينا السعى وليس علينا إدراك المقاصد.

والله ولى التوفيق وسبحانه وتعالى يهدى إلى سواء السبيل ،،

قائمة مراجع الرسالـــة

أولا: المراجع باللغة العربية

د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم:

- التحكيم الدولى الخاص، الطبعة الثانية،١٩٩٧م، دار النهضة العربية٠ والطبعة الأولى،١٩٨٦م٠
- الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام، ١٩٩٧، دار النهضة العربية٠
- بحث فى تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، مجلة الجمعية المصرية للقانون الدولى، المجلد(٣٧)، سنة ١٩٨٠م٠
- القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين،١٩٩٢م،دار النهضة العربية٠

د٠ إبراهيم العنانى:

- العلاقات الدولية ، دار الفكر العربى٠
- اللجوء إلى التحكيم الدولى، الطبعة الأولى، دار الفكر العربى، ١٩٧٣م٠
- تطبيق القانون الداخلى على التحكيمات الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثانى، ١٩٩٦م٠

د٠ إبراهيم عبدالحميد:

- نظام القضاء فى الإسلام، مذكرات مطبوعة٠

د٠ إبراهيم على حسن:

- التحكيم فى منازعات شركات القطاع العام، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال مؤتمر العريش فى سبتمبر سنة ١٩٨٧م حول التحكيم فى القانون الداخلى والقانون الدولى٠

د٠ أبوالعلا على أبوالعلا النمر:

- القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية فى مجال التحكيم، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر، دار النهضة العربية٠

د٠ أبواليزيد على المتيت:

- بحث فى التحكيم البحرى، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة(١٩)، العدد الأول، يناير - مارس ١٩٧٥م٠

د. أبوزيد رضوان:

- الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، ١٩٨١م، دار الفكر العربى.
- شركات المساهمة والقطاع العام،١٩٧٦م، دار النهضة العربية.
- الضوابط العامة فى التحكيم التجارى الدولى، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة بالكويت، السنة الثانية،العدد الثانى.

د. أحمد أبوالوفا:

- تكييف وظيفة المحكم، مجلة المحاماه، السنة(٣٧) ، العدد (٧) .
- عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الثانية، ١٩٧٤م، منشأة المعارف بالاسكندرية.
- التحكيم فى القانون الدولى والداخلى، المجلة المصرية للقانون الدولى، سنة ١٩٩٤م.
- التحكيم الإختيارى والإجبارى، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٨م.
- التحكيم بالصلح فى الشرع الإسلامى والقوانين الأوربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة للتحكيم المنعقد بفندق النيل هيلتون، يناير سنة ١٩٨٩م.
- التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح، الطبعة الأولى،١٩٦٥م، منشأة المعارف بالاسكندرية.
- التعليق على نصوص قانون الإثبات، الطبعة الثانية،١٩٨١م، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- نظرية الأحكام فى قانون المرافعات،١٩٦٥م، منشأة المعارف بالاسكندرية.

د. أحمد السيد صاوى:

- التحكيم طبقاً للقانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية،٢٠٠٢م، دار النهضة العربية.
- الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية،١٩٨٧م، دار النهضة العربية.

د. أحمد حسان الغندور:

- التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات،١٩٩٨م.

د. أحمد سلامة:

- المدخل لدراسة القانون،١٩٧٤م، دار النهضة العربية.

د٠ أحمد عبدالرازق السنهورى:

- الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، المجلد الأول ، ١٩٨١م، وطبعة ١٩٧٦م٠
- مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، المجمع العربى الإسلامى، منشورات دار محمد الداية، بيروت، الجزء الأول، والطبعة الثالثة، سنة ١٩٦٧م، والصادرة عن معهد البحوث والدراسات الإسلامية٠
- نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى، رسالة،١٩٦٨م٠

د٠ أحمد شرف الدين:

- سلطة القاضى المصرى إزاء أحكام التحكيم(دعوى بطلان حكم التحكيم)، الطبعة الثانية،١٩٩٧م٠
- ورقة مقدمة فى مؤتمر التحكيم التجارى الدولى، القاهرة ٢٥- ٢٧ مارس سنة ١٩٩٥، بعنوان" التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى فى قانون التحكيم الجديد، معايير التمييز وأهميتها٠
- دراسات فى التحكيم فى منازعات العقود الدولية، ١٩٩٣م٠
- التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، ١٩٩٣م٠

د٠ أحمد صالح على مخلوف:

- إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة، حقوق القاهرة، ٢٠٠٢م ٠

د٠ أحمد صفوت:

- مقدمة القانون، الطبعة الثانية، ١٩٢٤م٠

د٠ أحمد قسمت الجداوى:

- التحكيم فى مواجهة الاختصاص القضائى الدولى، تنازع الاختصاص وتنازع القوانين، الطبعة الأولى،١٩٨٢م، دار النهضة العربية٠
- بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى وتجارب الدول المختلفة التى أعتمدت القانون النموذجى، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى الفترة ١٢ – ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤م، القاهرة٠

د. أحمد عبدالحميد عشوش:

- النظام القانونى للاتفاقات البترولية فى البلاد العربية، رسالة، ١٩٧٥م.

د. أحمد عبدالكريم سلامة:

- نظرية العقد الدولى الطليق بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية،١٩٨٩م، دار النهضة العربية.

د. أحمد ماهر زغلول:

- أصول التنفيذ، الطبعة الرابعة،١٩٩٧م.
- الموجز فى أصول وقواعد المرافعات، الكتاب الأول، التنظيم القضائى ونظرية الاختصاص،١٩٩١م.

د. أحمد محمد حشيش:

- القوة التنفيذية لحكم التحكيم،٢٠٠٠م، دار النهضة العربية.

د. أحمد هندى :

- الاتجاهات الحديثة بصدد الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين، دراسة مقارنة فى ضوء قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م وإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، سنة ١٩٩٩م.

الأستاذ/ الحبيب مالوش :

- التطورات التشريعية الخاصة للتحكيم فى تونس، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى وتجارب الدول المختلفة التى أعتمدت القانون النموذجى، مركز القاهرة للتحكيم التجارى فى الفترة من ١٢-١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤م.

د. السيد المراكبى :

- التحكيم فى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثره بسيادة الدولة، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية.

الشيخ السيد سابق:

- فقة السنة، دار الكتاب العربى، الجزء الثالث، بيروت،١٩٧١م.

د٠ أسامة الشناوى :

- المحاكم الخاصة فى مصر، رسالة، حقوق القاهرة، ١٩٩٠م٠

د٠ إسماعيل الأسطل:

- التحكيم فى الشريعة الإسلامية، رسالة، حقوق القاهرة، ١٩٨٨م٠

د٠ أشرف عبدالعليم الرفاعى:

- النظام العام والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، دراسة فى قضاء التحكيم، رسالة، حقوق عين شمس، ١٩٩٦م٠

د٠ أمال أحمد العزايرى:

- دور قضاء الدولة فى تحقيق فاعلية التحكيم، ١٩٩٣م، منشأة المعارف بالإسكندرية٠

د٠ آمال عبدالرحيم عثمان:

- الخبرة فى المسائل الجنائية، رسالة، حقوق القاهرة، ١٩٧١م٠

د٠ أمينة مصطفى النمر :

- قانون المرافعات، ١٩٩٢م، المكتبة القانونية بالإسكندرية٠

د٠ أكثم الخولى:

- بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى وتجارب الدول المختلفة التى أعتمدت القانون النموذجي بعنوان" الإتجاهات العامة فى قانون التحكيم الجديد"، مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى بالإشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى، القاهرة ١٢ – ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤م٠

د٠ ثروت حبيب :

- دروس فى قانون التجارة الدولية، ١٩٧٥م، دار الفكر العربى٠

د٠ رضا عبيد:

- شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى، بحث مقدم للمؤتمر السادس للتحكيم التجارى الدولى المنعقد فى الفترة ٢١ – ٢٢ إبريل سنة ١٩٩٩م٠

د٠ رقية رياض إسماعيل:

- خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه، ٢٠٠١م٠

د٠ زكى محمد النجار :

- الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، ١٩٩٣م، دار النهضة العربية.

د٠ جمال محمود الكردى:

- القانون الواجب التطبيق فى دعوى التحكيم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية.

د٠ جورجى شفيق جورجى:

- التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات فى مجال العقود الإدارية، ١٩٩٩م، دار النهضة العربية.

د٠ حامد سلطان:

- القانون الدولى العام فى وقت السلم،١٩٦٧م.

د٠ حسام الدين فتحى واصف:

- تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة فى الخارج، دراسة فى ضوء الإتفاقيات الدولية وقضاء التحكيم والتشريعات المقارنة، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية.

د٠ حسن محمد البحارنه:

- فى تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مؤتمر القاهرة- الإسكندرية للتحكيم التجارى والبحرى الدوليين، خلال الفترة من ١١- ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٢م.

د٠ حسنى المصرى:

- شرط التحكيم التجارى، مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى والقانون الدولى، العريش فى الفترة من ٢٠ ــ ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧م، المطبعة المصرية الحديثة،١٩٨٨م.

- نظرية المشروع العام،١٩٧٩م، دار النهضة العربية.

الأستاذ/ حسين عثمان:

- مقالة بعنوان " قانون التحكيم الجديد"، مجلة المحاماه، السنة الرابعة والسبعون، عدد يناير ــ إبريل سنة ١٩٩٥م.

د٠ حفيظة السيد الحداد:

- الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية، ١٩٩٧م، دار الفكر الجامعى بالإسكندرية٠
- الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، ١٩٩٦م، دار الفكر الجامعى٠
- الإتفاق على التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، ٢٠٠١م، دار المطبوعات الجامعية٠
- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، دار النهضة العربية٠
- القانون الدولى الخاص، ١٩٩٩م، منشأة المعارف بالاسكندرية بالإشتراك مع أ٠د / هشام صادق٠

د٠ حمد الله محمد حمد الله :

- النظام القانونى لشرط التحكيم فى المنازعات التجارية، دراسة مقارنة، ٢٠٠٢م، دار النهضة العربية٠

د٠ حمزه أحمد الحداد :

- الإتفاقيات العربية المتعلقة بالتحكيم، بحث مقدم فى المؤتمر الثالث للتحكيم العربى الأوربى فى عمان فى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٨٩م٠

د٠ حميد محمد على اللهبى:

- المحكم فى التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، دار النهضة العربية٠

د٠ خالد الكاديكى :

- شرط التحكيم فى الشريعة الإسلامية وفى القانون الوضعى العربى والتحكيم التجارى الدولى فى البلاد العربية، منشور بملحق نشرة هيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية، مايو ١٩٩٢م، المجلد(٣)، رقم(١) ٠

د٠ خالد محمد القاضى :

- موسوعة التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، دار الشروق٠

د. سامية راشد:

- التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، ١٩٨٦م، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، ١٩٨٤م، دار النهضة العربية.

د. سلامة فارس عزب :

- دروس في قانون التجارة الدولية، ٢٠٠٠م.

د. سميحة القليوبى :

- شرح العقود التجارية، ١٩٩٢م، دار النهضة العربية.
- شرح قانون التجارة المصرى رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م (العقود التجارية وعمليات البنوك)، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية.
- مدى جدوى تطبيق القانون الوطنى على منازعات التحكيم فى عقود نقل التكنولوجيا، بحث مقدم للمؤتمر السادس للتحكيم التجارى المنعقد بفندق هيلتون فى الفترة ما بين ٢١ – ٢٢ إبريل سنة ١٩٩٩م.

د. شمس مرغنى على:

- التحكيم فى منازعات المشروع العام، رسالة، حقوق عين شمس، عالم الكتب، ١٩٧٣م.

د. صوفى أبوطالب:

- مبادئ تاريخ القانون، ١٩٦٧م، دار النهضة العربية.
- تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، ١٩٨٦م، دار النهضة العربية.

د. طه عوض غازى محمد :

- النيابة التعاقدية، دراسة مقارنة، رسالة، حقوق عين شمس، ١٩٩١م.

د. عادل محمد خير :

- مقدمة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م، دار النهضة العربية.

د. عاطف شهاب :

- إتفاق التحكيم التجارى الدولى والاختصاص التحكيمى، ٢٠٠٢م، دار النهضة العربية.

د. عاشور مبروك :

- النظام القانونى لمساعدة غير القادرين على دفع المصروفات القضائية، دراسة تأصيلية مقارنة، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٨٩م.
- النظام الإجرائى لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م.

د. عبدالحميد أبوهيف :

- طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، ١٩٥٢م.
- المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر، ١٩٢١م.

د. عبدالحميد الأحدب:

- موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم فى البلاد العربية، دار المعارف، ١٩٩٨، والجزء الثانى، التحكيم الدولى، ١٩٩٩م.
- التحكيم، أحكامه ومصدره، الجزء الأول، ١٩٩٠م، باريس.
- التحكيم بالصلح فى الشرع الإسلامى والقوانين الأوربية، بحث مقدم لمؤتمر تحكيم الشرق الأوسط بالقاهرة، ١٩٨٩م.
- بحث مقدم إلى مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالتعاون مع الهيئة العربية للتحكيم الدولى، المشروع المصرى لقانون التحكيم التجارى الدولى فى الفترة من ١١ ــ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٢م.

د. عبدالحميد الشواربى :

- التحكيم والتصالح فى ضوء الفقه والقضاء والتشريع، ١٩٩٦م، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية.

المستشار/ عبدالحميد المنشاوى :

- التحكيم الدولى والداخلى، بدون دار نشر، ١٩٩٥م.

د. عبدالحكيم مصطفى عبدالرحمن:

- تعليق على قانون التحكيم المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م مقارناً بالاتجاهات الحديثة فى التحكيم الدولى الخاص، ١٩٩٥م، دار النهضة العربية.

د. عبدالكريم زيدان :

- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ١٩٩٠م.
- نظام القضاء فى الشريعة الإسلامية، ١٩٨٤م، بغداد.

د. عبدالله محمد عبدالله:

- مبدأ التحكيم فى الفقه الإسلامى، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد (٩)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

د. عبدالله الأشعل :

- أصول التنظيم الإسلامى الدولى، ١٩٨٨م.

د. عبدالعزيز عزت الخياط :

- النظام السياسى فى الإسلام، النظرية السياسية، نظام الحكم، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٩م.

د. عبدالفتاح مراد :

- شرح تشريعات التحكيم الداخلى والدولى، بدون تاريخ.
- التحكيم فى التشريعات العربية، ١٩٩٤م.

د. عبدالقادر الطورة :

- قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية، دراسة مقارنة، رسالة، جامعة القاهرة،١٩٨٨م.

د. عبدالمحسن القطيفى :

- دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية، مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، العدد الأول، سنة ١٩٦٩م.

د. عبدالمنعم بدر :

- التحكيم فى علاقات التأمين، ورقة عمل مقدمة إلى مركز أبو ظبى للتوفيق والتحكيم التجارى، ٢٥ مايو سنة ١٩٩٥م.

د٠ عزالدين عبدالله:

- إتفاقية جامعة الدول العربية، مجلة مصر المعاصرة، إبريل ١٩٧٤م٠
- القانون الدولى الخاص، الاختصاص القضائى الدولى، ١٩٧٧م٠
- تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة العدالة، أبوظبى، السنة(٦)،١٩٧٩م٠
- تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، السنة (٦٩) ، العدد (٣٧١)، يناير سنة ١٩٧٨م٠
- القانون الدولى الخاص، ١٩٨٦م٠

د٠ عزت محمد على البحيرى :

- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دراسة مقارنة، رسالة، ١٩٩٦م٠

د٠ عزمى عبدالفتاح عطية :

- تكوين حكم المحكمين، المؤتمر الرابع للتحكيم التجارى الدولى، القاهرة، ٤ ــ ٥ نوفمبر سنة ١٩٩٦م٠
- قانون التحكيم الكويتى، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٩م٠
- تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، الطبعة الأولى، ١٩٨٣، دار النهضة العربية٠
- واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة، بدون تاريخ، دار النهضة العربية٠
- إجراءات رد المحكمين فى قانون المرافعات الكويتى، المجلة العربية للفقة والقضاء، المغرب، العدد الثالث، إبريل سنة ١٩٨٦م٠

د٠ على السعيد سرحان :

- مفهوم التجارة الدولية فى قانون التحكيم المصرى الجديد، رسالة دكتوراة، ٢٠٠١م٠

د٠ على الشحات الحديدى :

- دور الخبير الفنى فى الخصومة المدنية، رسالة، حقوق القاهرة، ١٩٩١م٠

د٠ على بركات :

- خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، رسالة، حقوق القاهرة، ١٩٩٦م، ومنشورة بدار النهضة العربية، ١٩٦٢م٠

د. على على منصور :

- الشريعة الإسلامية والقانون الدولى العام، الطبعة الأولى، ١٩٦٢م.

د. على سالم إبراهيم :

- ولاية القضاء على التحكيم، ١٩٩٧م، دار النهضة العربية.

د. على سيد قاسم :

- نسبية إتفاق التحكيم، دراسة فى أحكام القضاء وقرارات المحكمين، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية.

د. عصام الدين القصبى :

- النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، ١٩٩٣م، دار النهضة العربية.
- خصوصية التحكيم فى مجال منازعات الإستثمار، ١٩٩٣م، دار النهضة العربية.

د. عصمت عبدالله الشيخ:

- التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية.

د. عكاشة عبدالعال :

- الإجراءات المدنية والتجارة الدولية، ١٩٨٥م.

د. عمر بن أبوخشب :

- المفاهيم القانونية لنظام التحكيم السعودى لتسوية المنازعات التجارية على المستويين المحلى والدولى، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، جدة، المجلد(١٤)، العدد(١)، ١٤٢١ هـ.

د. عمر القاضى :

- التحكيم الدولى فى الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسى والمصرى، رسالة، جامعة باريس (٢)، ١٩٨٩م.

د. عنايت عبدالحميد ثابت :

- فكرة النظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص، ١٩٩٥م، دار النهضة العربية.
- خواطر وسوانح فى معرض بيان مدى الاعتراف بحكم القضاء الأجنبى بآثاره فى مصر، ١٩٩٥م، دار النهضة العربية.

د. فتحى والى :

- التنفيذ الجبرى وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٨٩م، وطبعة ١٩٩٣م.
- الوسيط فى قانون القضاء المدنى، ١٩٩٣م، دار النهضة العربية، وطبعة ١٩٨٦م.
- دعوى بطلان حكم التحكيم وقوته التنفيذية، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم التجارى الدولى المنعقد فى مارس ١٩٩٥م، بالقاهرة.
- مبادئ قانون القضاء المدنى، ١٩٨٦م، دار النهضة العربية.
- مبادئ قانون القضاء المدنى، الطبعة الثانية، ١٩٧٥م.

د. فخرى أبو سيف مبروك :

- مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة، مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، السنة السادسة، العدد الأول، يناير سنة ١٩٧٤م.
- التحكيم فى المنازعات الدولية، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية ببغداد، ١٩٦٩م.

د. فؤاد عبدالمنعم رياض :

- حكم الإسلام فى القضاء الشعبى، ١٩٧٣م.

د. فوزى محمد سامى :

- التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، والطبعة الثالثة سنة ١٩٩٥م.

د. فهد بن حمود النايف النايف الحقبانى :

- الاتجاهات التحكيمية الحديثة فى دول الخليج العربية، بحث مقدم لمركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، مارس ٢٠٠١م.

د. قحطان الدورى :

- عقد التحكيم فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م.

د. كمال إبراهيم :

- التحكيم التجارى الدولى، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولى، الطبعة الأولى، ١٩٩١م، دار الفكر العربى.

د. محمد أبوشادى عبدالحليم :

- نظام المحلفين فى التشريع الجنائى المقارن، رسالة، حقوق عين شمس، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠م.

د. محمد القليوبى :

- نظم التحكيم المقارنة فى منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة، الطبعة الثانية، ٢٠٠١م ، دار النهضة العربية.

المستشار/ محمد بدر يوسف المنياوى :

- مبدأ التحكيم فى الفقه الإسلامى، مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد (٩)، الجزء (٤)، ١٩٩٦م.

د. محمد رضا إبراهيم عبيد :

- شرط التحكيم فى عقد النقل البحرى، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق – جامعة أسيوط، العدد (٦) ، يونية ١٩٨٤م.

د. محمد رشيد الميقاتى :

- تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، دراسة مقارنة، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٩٦م.

د. محمد جابر نادر :

- التوفيق والتحكيم فى المملكة العربية السعودية، تحت إشراف الغرف التجارية الصناعية، مطابع سحر، الرياض، ١٤٠٨ هـ .
- تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبى بالمملكة العربية السعودية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجارى الدولى، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، القاهرة فى ١٢ – ١٣ أكتوبر سنة ١٩٩٢م.

د. محمد جبر الألفى :

- التحكيم فى الفقه الإسلامى، بحث منشور فى مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد (٩)، الجزء (٤) ، ١٩٩٦م.

المستشار/ محمد شتا أبوسعد :

- فى المبادئ القضائية فى التحكيم التجارى الدولى، ٢٠٠٠م، دار الجامعة الجديدة للنشر ٠

د٠ محمد عبدالخالق عمر :

- مبادئ التنفيذ، الطبعة الرابعة، ١٩٧٨م، دار النهضة العربية ٠
- النظام القضائى المدنى، الجزء الأول، ١٩٧٦م، دار النهضة العربية٠ والطبعة الثانية سنة ١٩٧٨م٠

د٠ محمد كمال منير :

- مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية، مقالة منشورة فى مجلة العلوم الإدارية، السنة (٣٣)، العدد الأول، يونية سنة ١٩٩١م٠

د٠ محمد محمد يحيى :

- التحكيم الإجبارى فى القانون المصرى، محاضرة فى مؤتمر التحكيم الذى نظمة مجمع تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط فى القاهرة فى الفترة ما بين ٧ ــ١٢ يناير سنة ١٩٨٩م حول المشكلات الأساسية فى التحكيم الدولى من منظور التطوير ٠

محمد و عبدالوهاب العشماوى :

- قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن، الجزء الأول، ١٩٥٧م٠

د٠ محمد نور شحاته :

- الرقابة على أعمال المحكمين، ١٩٩٣م، دار النهضة العربية٠
- النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين، ١٩٩٣م، دار النهضة العربية٠
- مفهوم الغير فى التحكيم، ١٩٩٦م، دار النهضة العربية٠

د٠ محمد يوسف موسى :

- الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى، الطبعة الأولى، ١٩٥٢م٠

د٠ محمود السقا :

- تاريخ القانون المصرى، الطبعة الأولى، ١٩٧٠م، مكتبة القاهرة الحديثة٠

د٠ محمود السيد النجدى :

- التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، ١٩٩٩م٠

د٠ محمود السيد عمر التحيوى:

- إتفاق التحكيم وقواعده، ١٩٩٥م٠
- إتفاق التحكيم وقواعده فى قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، طبعة ١٩٩٥ م٠
- الصلح والتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، ٢٠٠٣م، دار الفكر الجامعى٠
- أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، ١٩٩٩م٠

د٠ محمود جمال الدين زكى :

- الخبرة فى المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، القاهرة، ١٩٩٩م٠

د٠ محمود سلام زناتى :

- بحث بعنوان " التحكيم عند العرب"، مقدم إلى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى والقانون الدولى، العريش من ٢٠ ــ ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧م، تحت إشراف كلية الحقوق جامعة عين شمس بالإشتراك مع مؤسسة كوترادا بألمانيا الغربية، المطبعة العلمية الحديثة، ١٩٨٨م٠

د٠ محمود سمير الشرقاوى:

- بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى وتجارب الدول المختلفة التى أعتمدت القانون النموذجى، مفهوم الدولية والتجارية وفقاً للقانون المصرى الجديد للتحكيم، مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى بالإشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى، القاهرة ١٢ ــ ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤م٠
- التحكيم الإجبارى فى مصر، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم التجارى الدولى والمنعقدة بالقاهرة فى الفترة من ٢٨ ــ ٣١ مارس سنة ١٩٨٨م٠
- القانون التجارى، الجزء الأول، ١٩٧٨م، دار النهضة العربية٠

د٠ محمود على عبدالحافظ :

- مدى حجية أحكام المحكمين فى الفقة الإسلامى والقانون الوضعى، مطبعة الصفا بأسيوط، ٢٠٠٠م٠

د٠ محمود محمد هاشم :

- قواعد التنفيذ الجبرى وإجراءاته، الطبعة الثانية، ١٩٩١م، دار الفكر العربى٠
- النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، ١٩٩٠م، دار الفكر العربى٠
- إتفاق التحكيم وأثرة على سلطة القضاء، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ١٩٨٦م، دار الفكر العربى٠

د٠ محمود مختار أحمد بريرى :

- التحكيم التجارى الدولى، دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، ١٩٩٥م، دار النهضة العربية، والطبعة الثانية،١٩٩٩م٠

د٠ محسن شفيق :

- التحكيم التجارى الدولى، طبعة صادرة عن دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧م٠
- التحكيم التجارى الدولى، دروس ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق ــ جامعة القاهرة، ١٩٧٣م٠
- الموجز فى القانون التجارى، الجزء الأول، ١٩٦٧م، دار النهضة العربية٠

د٠ محيى الدين إسماعيل علم الدين :

- منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء الأول، ١٩٨٦م٠

د٠ مصطفى محمد الجمال :

- بحث بعنوان " فى سبيل نظرية عامة موحدة للقانون فى العالم العربى والإسلامى"، منشور بمجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة العين بالإمارات العربية المتحدة، العدد السادس، سنة ١٩٩٢م٠

د٠ مصطفى الجمال ود٠ عكاشة محمد عبدالعال :

- التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ١٩٩٨م، دار النهضة العربية٠

د٠ معتمد محرم عبدالغنى :

- التطورات الجديدة فى التشريع السعودى بشأن التحكيم التجارى الدولى، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى وتجارب الدول المختلفة التى أعتمدت القانون النموذجى، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالإشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة، القاهرة فى ١٢ – ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤م٠

المستشار/ معوض عبدالتواب :

- المستحدث فى التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م، دار الفكر الجامعى، الاسكندرية٠

د٠ منير عبدالمجيد :

- الأسس العامة للتحكيم الدولى والداخلى، ٢٠٠٠م، منشأة المعارف بالإسكندرية٠
- قضاء التحكيم فى منازعات التجارة الدولية، ١٩٩٥م، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية٠

د٠ ناريمان عبدالقادر :

- إتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، دار النهضة العربية٠

د٠ نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلى :

- التحكيم فى القانون اليمنى، دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية، رسالة، الاسكندرية، ١٩٩٦م٠

د٠ هدى عبدالرحمن :

- دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، ١٩٩٧م، دار النهضة العربية٠

د٠ هشام صادق:

- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٥م٠
- مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية، ١٩٨٧م، منشأة المعارف بالاسكندرية٠

د٠ هشام على صادق ود٠ حفيظة السيد الحداد:

- القانون الدولى الخاص، ١٩٩٩، منشأة المعارف بالاسكندرية٠

د٠ وجدى راغب فهمى:

- مبادئ القضاء المدنى الكويتى، بحث مقدم للمؤتمر الرابع للتحكيم التجارى الدولى المنعقد بالقاهرة فى ٤ – ٥ نوفمبر سنة ١٩٩٦م٠
- النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٧١م، دار الفكر العربى٠
- نظام التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى، بحث برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق – جامعة الكويت، ١٩٩٣م٠
- مفهوم التحكيم وطبيعته، مقالة ألقيت فى الدورة التدريبية للتحكيم، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٩٩٢م – ١٩٩٣م٠
- النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات، رسالة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤م٠

د٠ ولاء رفعت :

- التحكيم التجارى الوطنى والدولى فى المملكة العربية السعودية، إصدار الغرفة التجارية الصناعية بجدة، لعام ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م٠

د٠ يحيى دكرورى :

- التحكيم والقضاء، الدورة العامة لإعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، فى الفترة من ٩ – ١٤ سبتمبر سنة ٢٠٠٠م٠

د٠ يسرى العصار :

- التحكيم فى المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنة، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية٠

****

ثانيا: الدوريات والمجلات العلمية باللغة العربية

- الجريدة الرسمية.
- النشرة التشريعية.
- مجلة العلوم الإدارية.
- مجلة المحاماة.
- مجلة حقوق الإنسان.
- مجموعة الأحكام والمبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا.
- الموسوعة الإدارية الحديثة.
- مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة القضاء الإدارى.
- مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا.
- مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا.
- مجلة الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع.
- مجلة القانون والاقتصاد التى تصدر عن كلية الحقوق – جامعة القاهرة.
- المجلة المصرية للقانون الدولى.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر ها كلية الحقوق – جامعة عين شمس.
- مجلة الدستورية.
- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية" مجموعة النقض".
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الاسكندرية.
- مجلة إدارة قضايا الحكومة" الدولة"، تصدر عن المكتب الفنى لهيئة قضايا الدولة.
- مجلة مصر المعاصرة .
- مجلة الدراسات القانونية التى تصدر عن كلية الحقوق جامعة أسيوط.

****

ثالثاً: المراجع باللغة الفرنسية:

Alexandre Ditchev

- Le contrat d'arbitrage, essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitre, Rev. d'arbitrage, 1981 .

Alfred Bernard:

-L'arbitrage volontaire en droit privé, 1937 .

Antonio Remero Brotons :

-La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangéres, Recueil des recours de l'Academie de droit international, 1984, T.I.

Arnaud lyon- caen:

-Sur la transaction en droit administratif, A.J.D.A., 1997.

B. Moreau et th. Bernard:

-Droit interne et droit international de l'arbitrage, 2e éd. 1985.

B. Goldman:

- Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, Recueil des cours de l'academie de D.I.P., 1963.

B. Hanotiav:

- Arbitrage, médiation, conciliation, approches d' Europe continentale et common law, Rev. De droit des affaires internationales, 1996.

Bredin:

- La convention de New- York, du 10 Juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangéres, clunt, 1960.

Bruno oppetit:

- Le refus d'exécution d'une sentence arbitrale étrangére dans le cadre de la convention de New-york, Rev. de l'arbitrage, 1971.
- Arbitrage, Médiation et conciliation, Rev. d'arbitrage, 1984.

Buzghala:

- Le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage, thése,Nice 1980.

Carabiber:

- L'arbitrage international de droit privé, 1960.

Charles Jarrosson:

- La notion d'arbitrage, 1987, L. G.D.J.

Ch. N. Fragistas:

- Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé, Rev. crit. De D. I. P. 1960.

E. Bartin:

- Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française, 1930.

E. Bertrand:

- Confidentialité de l'arbitrage, Revue de droit des affaires internationales, 1996.

E. Gaillard:

- Arbitrage commercial international, J. C. I., Droit international, Fase 586- 1, 1994, N.1.

E. Mezger:

- De la distinction entre l'arbitre dispenser d'observer les régles de la loi et l'arbitre statuant sans appel, dalloz, 1970 .

Emile Yvan:

- Le droit de l'arbitrage, 1972 .

Eric- Loquin:

- L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxiéme degré, Rev. d'arbitrage,1990 .
- L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence, Rev. d'arb. 1976.

Eti- Cloquim:

- Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumiére de l'évol-vtion recente du droit de l'arbitrage international, clunet, 1983.

Frederic- Edouard Klein:

- Considération sur l'arbitrage en droit international privé, 1955 .
- La convention Europeene sur l'arbitrage commercial international. Rev. critique, 1962.
- Du caractere autonomie de la clause compromissoire, notamment en matiére d'arbitrage international, Rev. critique de droit intern-ational privé, 1961.

Foustoucos:

- L'arbitrage interne et international en droit privé hellenique, paris, 1976.

Gaston grech:

- Précis de l'arbitrage, traité pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales, 1964.

G. De la Bilennerie:

-Traité générale de l'arbitrage, paris, 1927 .

G. H. Camerlynck:

-Droit du travail, Dalloz, 1984, 12 éd

G. Hamonic:

- L'arbitrage en droit commercial, L. G. D. J., 1950 .

H. Batiffol:

- La sentence aramco et le droit internatinal privé, Rev. critique, 1964.

Henri Motulsky:

- Études et notes sur l'arbitrage, dalloz, paris, 1974.
- L'évolution recente en matiére d'arbitrage international, Rev. d'arbitrage, 1959.

Hervé chassery:

- La clause compromissoire en droit interne, thése, montpellier, 1975.

H. Roland et L. Boyer:

- Institution judiciaire, Hermés,lyon, 1979.

H. R. otteniof:

- Les conciliateurs, la conciliation, une étude comparative, Économica, 1983.

Ibrahim Naguib saad:

- La sentence arbitrale, thése, paris, 1969.

J. Arets:

- Réflexions sur la nature juridique de l'arbitrage, annales de la faculté de droit de liége, 1962.

Jacqueline Rubellein Devichi:

- L'arbitrage, nature juridique, droit interne et droit international privé, L. G. D. J. , 1965.

J. Beguin:

- L'arbitrage commercial international, 1987.

J. Delvolvé:

- L'arbitrage et ordre public dans les pays en developpement, Rev. d'arbitrage, 1976.

Jean claude peyer:

- Le juge de l'exéquateur, fantôme ou réalité ?! Rev. de l'arbitrage, 1985.

Jean clos :

- L'arbitrage en Bourgogne et en chamagne du x 11 au x v siécle, Dijon, 1977.

J. M. Auby:

- L'arbitrage en matiére administrative; A. J. D. A., 1. Doctrine, 1955 .

J. M. Auby et R. Drago:

- traité de contentieaux administratif, L. G. D. J., T. 1., 1975.

J. Rideau:

- L'arbitrage international public et commercial, paris, 1969.

Jean Robert:

- Arbitrage civil et commercial, 4e éd., 1967, Dalloz.
- L'arbitrage civil et commercial, droit interne et droit international privé, 5e èd. Dalloz, 1983. Et 4e èd., 1990,et 6e éd.1993.
- L'arbitrage de conflits du travail, Gaz, 1980.

Jean vincent et s. Guinchard:

- Procédure civile, 20 éd., Dalloz, 1981, Et, éd 22^{é} .Dalloz, 1991.

J. Viatte:

- L'amiable composition en justice, Rec. G. L. J. 1974.

Mathieu de Boisseson:

- Le droit français de l'arbitrage, paris, 1985.

Mathieu De Boisseson et De Juglart:

- Le droit français de l'arbitrage, 1983, et éd. 1990.

M. Michel :

- Aspects nouveaux de l'expertise dans la réforme de la procédure civile, Gaz. Pal. 1971. cloct.

M. Monégier du sorbier:

- L'exécution de la sentence, Rev de l'arbitrage, 1990.

Monier:

- Manuel élémentaire de droit Romain, Éd. Montchrestien, T. 1., 1947.

Patrice Level :

- La procédure arbitrale, droit et pratique de l'arbitrage international en France, Fondation pour l'étude du droit, 1984.

Philippe Bertin:

- Le rôle du juge dans l'exécution arbitral, Rev. de l'arbitrage, 1983.

P. courtault, et G. Flecheux:

- La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la cour de cassation française, Rev. d'arbitrage, 1978.

Ph. Fouchard:

- Quand un arbitrage est-il international? Rev. d'arbitrage, 1970.
- La réforme du droit de l'arbitrage international, Rev. d'arbitrage, 1981.
- Les institutions de l'arbitrage en France, 1991.
- L'arbitrage commercial internatinal, 1996.

Ph. Fouchard, E. Coillard, B. Goldman:

- Le traité de l'arbitrage commercial international, 1996.

Pierre Lalive:

- Problémes relatifs à l'arbitrage international commercial, Recueil de cours de l'Academie de. D. I. P. 1967.
- Problémes spécifiques de l'arbitrage, international, Rev. de l'arbitrage, 1980.
- L'ordre public transnational (ou réelement international) et arbitrage international, Rev- d'arbitrage, 1986.

Pierre Mager:

- L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français, droit et pratique de l'arbitrage international en France, 1984.

R. Bourdin:

- La convention d'arbitrage international en droit français depuis le décret du 12 mai 1981, fondation pour l'étude du droit 1984.

René David:

- L'arbitrage dans le commerce international, Economica, paris, 1981, et éd. 1982, et éd. 1992.

R. Morel:

- La clause compromissoire commercial, L. G. D. J., 1950.

Rocherie:

- La notion de contrat international, Rennes, 1962.

S. Bastid:

- Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco, Annuaire français de droit international, 1961.

Serge Guinchard:

- L'arbitrage et le respect du contradictoire, Rev. arb., 1997.

V. V. Veeder:

- La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, Rev. d'arbitrage, 1997.

Yves Derains:

- Cour d'arbitrage de la chambre de commerce international, clunet, 1977.

****

رابعاً: الدوريات والمجلات العلمية والمختصرات باللغة الفرنسية

- (A.J): Actualité juridique.
- (A.J.D.A) : Actualité juridique de droit administratif.
- (C.C) : conseil constitutionnel.
- (C.E) : conseil d'Etat.
- (Chr. Ou: chron) : chronique.
- (concl.) : Conclusion.
- (D.) : Receuil Dalloz.
- (Éd) : Édition.
- (J.C.P.) : Jurisclasseur périodique, la semaine juridique.
- (J.O) : Journal officiel de la République française.
- (Gaz. Pal) : Gazette du palais.
- (L.G.D.J) : Librairie général de droit et de jurisprudence.
- (P.) : Page.
- (P.U.F) : Presse universitaire de France.
- (Rev. d'arb.) : Revue d'arbitrage.
- (R.A. Ou: Rev. Ad.) : Revue de droit public et de science politique en France et à l'étrangére.
- (Rev. int. DR. com.) : Revue internationale de droit comparée.
- (REC.) : Receuil.
- (Rev. crit.) : Revue critique de législation et de jurisprudence.
- (R.D.P.) : Revue de droit public et de la science politique.
- (S.) : Receuil sirey.
- (R.F.D.A) : Revue française de droit administratif.
- (OP. cit) : opera citata.

خامساً: المراجع والمؤلفات العامة والمتخصصة
فى الشريعة الاسلامية الغراء

أولا :المؤلفات فى التفسير :

- أحكام القرآن ، لأبى بكر أحمد بن على الرازى المعروف بالجصاص، طبعة ١٣٤٧ هـ ، المطبعة البهية المصرية.
- التفسير الكبير ، لفخر الدين الرازى، الطبعة الأولى، ١٩٣٨م ـ ١٣٥٧هـ، المطبعة البهية المصرية.
- تفسير بن كثير، لأبى الفداء إسماعيل عماد الدين بن كثير، طبعة عام ١٩٨٠م – ١٤٠٠هـ ، مكتبة التراث الإسلامى.
- الجامع لأحكام القرآن ، لأبى عبد الله محمدُ بن أحمد الأنصارى القرطبى، الطبعة الثالثة، ١٩٦٧م – ١٣٨٧هـ ، دار إحياء الكتاب العربى.
- جامع البيان عن تأويل القرآن، لأبى جعفر محمد بن جرير الطبرى، الطبعة الثالثة، ١٩٦٨م- ١٣٨٨هـ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى.
- فتح التقدير، لمحمد بن على بن عبدالله الشوكانى، الطبعة الأولى، ١٢٥٠هـ، مطبعة مصطفى الحلبى.

ثانيا : كتب الحديث :

- صحيح البخارى ، لأبى عبدالله محمد بنُ إسماعيل البخارى، مطبعة دار الشعب ، عام ١٣٥٦هـ .
- صحيح مسلم ، لأبى الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى، طبعة عيسى الحلبى ، ١٣٤٩هـ.
- صحيح مسلم بشرح النووى ، لمحى الدين أبو زكريا يحى بن شرف النووى، ط ١٣٤٩هـ ، المطبعة المصرية.
- سنن البيهقى، لأبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى ، طبعة دار الفكر.

- نيل الأوطار، لمحمد بن على بن محمد عبد الشوكانى، ط عام ١٩٧١م – ١٣٩١هـ ، مصطفى البابى الحلبى.
- المنتقى فى شرح موطأ الإمام مالك ، للقاضى أبو الوليد سليمان بن خلف بن أيوب الباجى الأندلسى، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل ، أبو عبدالله أحمد بن محمد حنبل، المكتب الإسلامى، بيروت.
- نصب الراية فى تخريج أحاديث الهواية ، لجمال الدين أبى محمد عبدالله بن يوسف الحنفى الزيلعى ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٣م -١٣٩٣هـ، المكتبة الإسلامية .

ثالثا : كتب اللغة:

- تاج العروس، للسيد محمد مرتضى الزبيدى، طبعة دار صادر ، بيروت لعام ١٩٦٦م- ١٣٨٦هـ.
- تهذيب اللغة، لأبى منصور الأزهرى، مجمع اللغة العربية ، ١٩٧٤م.
- التعريفات، للسيد الشريف على بن محمد أبى الحسن الجرجانى، ط ١٩٣٧م، مصطفى الحلبى.
- القاموس المحيط، لمجد الدين الفيروز، ط ١٩٣٨م – ١٣٥٧هـ ، مطبعة دار المأمون.
- لسان العرب ، لجمال الدين أبو الفضل بن على بن أبى القاسم بن حقبة منظور، دار المعارف .
- مختار الصحاح ، لمحمد أبى بكر الرازى، ط ١٩٢٥م- ١٣٤٣هـ ،المطبعة الأميرية بالقاهرة.
- المصباح المنير ، لأحمد بن محمد على الضيوحى، تحقيق د. عبد العظيم الشناوى ، ط دار المعارف.
- المعجم الوسيط ، وضع مجمع اللغة العربية ، الطبعة الأولى .
- المعجم الوجيز ، وضع مجمع اللغة العربية ، الطبعة الأولى .

- معجم مقاييس اللغة ، لأبى الحسن بن فارس بن زكريا ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٩هـ ، مصطفى الحلبى .

رابعا : كتب المذاهب الفقهية:

(١) كتب المذهب الحنفى :

- أدب القاضى ، للخصاف، شرح أبو بكر الجصاص ، تحقيق وشرح فرحات زيادة ، منشورات الجامعة الأمريكية ، الطبعة الاولى ،١٩٧٧م ، مطبعة الإرشاد .
- بدائع الصنائع ، لأبى بكر مسعود الكسانى ، مطبعة الإمام ، الناشر زكريا على يوسف ، ط ١٩١٠م .
- البحر الرائق فى شرح كنز الدقائق ، لزين الدين بن محمد بن نجيم ، الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .
- تبيين الحقائق، شرح الكنز، لعثمان بن على الزيلعى، الطبعة الأولى، ١٣١٤هـ، المطبعة الاميرية .
- الجوهرة النيرة لمختصر القدورى، لأبى بكر محمد بن على العبادى اليمنى ، الطبعة الأولى ، ١٣٢٢هـ ، المطبعة الخيرية .
- الخراج لأبى يوسف ، القاضى أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم ، ط ١٣٩٢هـ، الطبعة الرابعة، المطبعة السلفية .
- الأشباه والنظائر، لزين العابدين بن إبراهيم المشهور لابن نجيم، ط ١٢٩٨هـ، المطبعة الحسينية المصرية .
- درر الحكام فى شرح مجلة الأحكام ، لعلى حيدر، تعريف فهمى الحسينى ، الناشر مكتبة النهضة ، بيروت .
- رد المحتار على الدار المختار ، للسيد محمد أمين بن عابدين ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٦م، طبعة مصطفى الحلبى .
- السير الكبير، لمحمد بن حسين الشيبانى، تحقيق د. صلاح الدين المنجد، ط ١٩٧١م، مطبعة شركة الإعلانات الشرقية .
- شرح الدرر المختار، لمحمد علاء الدين الحصكفى ، ط محمد على صبيح .

- شرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد الزرقا، الطبعة الأولى.
- الفتاوى الهندية، تأليف عدد من علماء الهند فى القرن الحادى عشر للهجرة، بأمر السلطان بن المظفر محمد الدين محمد أورنك زيب بهارد، الطبعة الثانية،١٣١٠هـ ، المطبعة الأميرية الكبرى ، الناشر دار الطباعة والنشر بيروت .
- فتح الله المعين على شرح الكنز ، لأبو السعود المصرى ، ط ١٢٨٧، مطبعة السيد المويلحى .
- فتح القدير، لكمال الدين بن مسعود المعروف بن الهمام، غير مؤرخ .
- الفواكه البدرية، لمحمد بن خليل القاهرى بن أبى الفرس ، مطبوع مع المجانى الزهرية، للشيخ محمد صالح عبد الفتاح الحنفى ، مطبعة النيل.
- الكتاب، لأحمد بن محمد أحمد بن جعفر المعروف بالقدورى، مطبوع مع حاشية الشيخ عبد الغنى الدمشقى والمسمى باللباب شرح الكتاب ، ط ١٩٨٠م-١٤٠٠هـ ، الناشر المكتبة العلمية بيروت.
- المبسوط، لمحمد أحمد أبو بكر شمس الأئمة المعروف بالرخس، الطبعة الثانية ، الناشر دار المعرفة بيروت.
- مختصر القدورى، لأبى الحسن القدورى البغدادى، مطبوع على الجوهرة.
- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لمحمد قدرى باشا، الطبعة الثانية، ١٩٠٩م ، المطبعة الأميرية بمصر.
- معين الحكام ، لعلاء الدين أبى الحسن الطرابلسى، الطبعة الثانية، ١٩٧٣م – ١٣٩٣هـ ، طبعة مصطفى الحلبى.

(٢) كتب المذهب المالكى:

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبى الوليد محمد بن محمد بن رشد القرطبى، المكتبة التجارية الكبرى.
- تبصرة الحكام، لبرهان الدين أبو الوفا بن فرحون المالكى، الطبعة الأولى ، ١٣١٠هـ ، المطبعة العامرة بمصر المحمية .
- حاشية الخرشى، لأبى عبدالله محمد بن على الخرشى ، دار صادر بيروت.

- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، لشمس الدين محمد بن أحمد الدسوقى ، والشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى الحلبى.
- حاشية الزرقانى، لعبد الباقى بن يوسف بن محمد علوان الزرقانى، ١٩٧٨م ـ ١٣٩٨هـ، مطبعة محمد أفندى مصطفى، دار الفكر بيروت.
- الشرح الصغير، لأبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، ١٩٧٦م، عيسى الحلبى.
- الفروق، للقرافى، الناشر عالم الكتب بيروت.
- المدونة الكبرى ، للإمام مالك بن أنس، رواية يحنون، الطبعة الأولى، ١٣٢٣هـ، مطبعة السعادة ، دار صادر بيروت .
- مواهب الجليل، لأبى عبدالله محمد الطرابلسى المشهور بالخطاب، مكتبة النجاح ، طرابلس ـ ليبيا .
- منح الجليل ، للشيخ محمد عليشن، ١٢٩٤هـ ، المطبعة الكبرى العامرة، مكتبة النجاح ، طرابلس ـ ليبيا.

(٣) **كتب المذهب الشافعى :**

- الأحكام السلطانية، لأبى الحسن الماوردى، ط ١٩٧٣م- ١٣٩٣هـ، مصطفى الحلبى، دار الكتب العلمية ببيروت.
- أدب القضاة، للقاضى شهاب الدين المشهور بأبن أبى الدم، تحقيق د. محى هلال السرحان، الطبعة الأولى ، ١٩٨٤م- ١٤٠٤هـ ، مطبعة الإرشاد .
- اسنى المطالب، لأبى زكريا الأنصارى ، ط ١٣١٣هـ ، المكتبة الإسلامية .
- الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، للشيخ محمد الشربينى الخطيب ، الطبعة الأولى ، ١٣٢٠هـ ، المطبعة الأزهرية.
- الأم ، للإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى ، ط ١٩٦٨م، مطبعة كتاب الشعب.
- حاشية الباجورى ، للشيخ إبراهيم الباجورى، شرح العلامة ابن القاسم على متن أبى شجاع، ط ١٣٧٦هـ ، طبعة دار إحياء الكتب العربية .

- حاشية الرملى الكبير ، لأبى العباس أحمد الرملى الأنصارى مطبوع على هامش اسنى المطالب٠
- روضة الطالبين، لأبى زكريا النووى الدمشقى ، المكتب الإسلامى للطباعة والنشر ٠
- الفتاوى الكبرى، للإمام أحمد شهاب الدين بدر الدين بن محمد شمس الدين بن حجر الهيثمى ، ط ١٣٠٨هـ، المطبعة الميمنية بمصر٠
- فتح العزيز فى شرح الوجيز، لأبى القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعى، مطبوع مع المجموع للنووى٠
- المجموع فى شرح المهذب ، لأبى زكريا محى الدين بن شرف النووى ، طبعة ١٣٤٤هـ، مطبعة التضامن الأخوى٠
- مغنى المحتاج، للشيخ الشربينى الخطيب ، ط١٩٣٣م ، دار إحياء التراث العربى٠
- المهذب، لأبى إسحاق إبراهيم الفيروز أبادى الشيرازى، ط١٣٤٣هـ ، طبعة مصطفى الحلبى٠
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن عباس الرملى المنوفى المصرى ، ط ١٩٦٧ م ، طبعة مصطفى الحلبى ٠

(٤) **كتب المذهب الحنبلى :**

- الأحكام السلطانية، للقاضى بن الحسين الفراء، ط ١٩٨٣م – ١٤٠٣هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت٠
- إعلام الموقعين ، لشمس الدين بن أبى بكر المشهور بابن القيم الجوزية ، مكتبة الكليات الأزهرية٠
- الإنصاف، لعلاء الدين بن سليمان الماوردى ، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقى ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٧م – ١٣٧٦هـ ٠
- الطرق الحكمية ، لأبن القيم الجوزية ، تحقيق محمد غازى ، الناشر مكتبة المدنى٠
- الفتاوى ،لأبن تيمية، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ ، مطبعة المختار الإسلامى٠
- الكافى فى فقه الإمام أحمد ، لأبى محمد موفق الدين بن قدامه المقدسى ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٣م -١٣٨٢هـ، منشورات المكتب الإسلامى بدمشق٠

- كشاف القناع ، لمنصور بن إدريس البهوتى ، مراجعة وتعليق الشيخ هلال مصيلحى هلال ، الناشر مكتبة النصر الحديثة.
- مطالب أولى النهى، للشيخ مصطفى السيوطى الرحيبانى ، ط ١٩٦١م – ١٣٨٠هـ ، منشورات المكتب الإسلامى.
- المغنى ، لأبى محمد بن محمد قدامه المقدسى، ط ١٩٨١ – ١٤٠١هـ، مكتبة الرياض الحديثة .
- شرح منتهى الإرادات : لمنصور بن إدريس البهوتى، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

(٥) **كتب الظاهرية :**

- المحلى ، لابن حزم أبو محمد على بن أحمد بن سعيد ، الناشر الكتاب التجارى للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت .

خامسا : كتب أصول الفقه :

- أصول الأحكام الشرعية ، للدكتور يوسف قاسم ، مطبعة جامعة القاهرة ، ط ١٩٨٥م ، دار النهضة العربية .
- مباحث الحكم عند الأصوليين ، للدكتور محمد سلام مدكور ، دار النهضة العربية .
- مرآة الأصول فى شرح مرقاة الأصول ، للقاضى محمد بن فراموز الشهير بمنلا خروط ، ١٣٢١هـ ، طبعة دار سعادات .
- المستصفى للغزالي ، أبى حامد الغزالي ، الطبعة الأولى، ١٣٢٣هـ ، المطبعة الأميرية ببولاق.

سادسا : كتب التاريخ والسير :

- بلوغ الإرب ، للسيد محمود البغدادي ، تصحيح محمد بهجة الأثري ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية بيروت .
- تاريخ الطبري ، أبو جعفر بن جرير الطبري ، الطبعة الثانية ، دار المعارف بمصر .

- تـاريخ الجـنس العربـي ، لمحمـد عـزة دروزة ، ط ١٣٨١هـ، المكتـبة العصـرية بيروت ٠
- تـاريخ القضـاة في الإسلام ، لمحمد بن عرنوس ، المطبعة المصرية الأهلية الحديثة بالقاهرة ٠
- سـيرة بـن هشـام ، لأبـى محمـد بـن عبد الملك بن هشام ، تعليق الأستاذ محمد محي الدين عبد الحميد ، الناشر دار الفكر ٠
- المفصـل فـي تـاريخ العرب ، للدكتور جواد على ، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة ، بغداد ٠
- أخبار القضاة ، لوكيع محمد بن خلف بن حيان ، الناشر عالم الكتب بيروت ٠

****

محتويات الرسالة

الفهـــرس

الموضـــوع	الصفحة
مقدمـــة	٣
خطة البحث	١٠
باب تمهيدى: نشأة التحكيم ومفهومه٠	١٣
تمهيد وتقسيم:	١٤
الفصل الأول : التطور التاريخى لنظام التحكيم٠	١٦
المبحث الأول: نظام التحكيم فى العصور القديمة٠	١٧
أولا : التحكيم فى العصر الفرعونى٠	١٧
ثانيا : التحكيم فى العصر الإغريقى٠	١٨
ثالثا: التحكيم فى العصر الرومانى٠	١٨
رابعا: التحكيم عند البابليين والآشوريين٠	١٩
المبحث الثانى: نظام التحكيم فى العصور الوسطى٠	٢١
المبحث الثالث: نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام وبعده٠	٢٤
المطلب الأول : نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام (فى الجاهلية)٠	٢٤
المطلب الثانى : نظام التحكيم عند العرب بعد الإسلام٠	٣٠
المبحث الرابع: التحكيم فى العصر الحديث٠	٣٦
الفصل الثانى : تعريف التحكيم وأنواعه٠	٤١
المبحث الأول : التعريف بالتحكيم٠	٤١
المطلب الأول : المعنى اللغوى للتحكيم٠	٤١
المطلب الثانى : التعريف الفنى للتحكيم٠	٤٥
أولا: التعريف الفقهى للتحكيم٠	٤٥
ثانياً: تعريف الأنظمة القانونية الوضعية لنظام التحكيم٠	٤٧

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها فى المحتكمين.	١٩٩
أولاً : الشرط الأول: الأهلية .	١٩٩
ثانيا : الشرط الثانى: التراضى.	٢٠٧
المطلب الثانى: الشروط الواجب توافرها فى المحكمين.	٢١٣
الشرط الأول : الأهلية.	٢١٣
الشرط الثانى : حسن السير والسلوك.	٢١٥
الشرط الثالث : الخبرة.	٢١٦
الشرط الربع : إنتفاء المصلحة فى النزاع	٢١٨
الشرط الخامس: وترية العدد عند التعدد	٢١٩
الشرط السادس: وطنية المحكم	٢٢٠
الشرط الســابع : الشروط الواجب توافرها فى المحكمين وفقاً للشريعة الإسلامية.	٢٢٢
المبحـث الـثانى :الشـروط المـتعلقة بموضـوع التحكيم (المجـال الـذى يجـوز فـيه التحكيم)	٢٢٦
أولا : المنازعات التى يسرى عليها قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م فى ج.م.ع.	٢٢٩
ثانيا : المنازعات التى يسرى عليها قانون التحكيم وفقاً للتشريع الإماراتى.	٢٣١
ثالثاً : المنازعات التى يسرى عليها قانون التحكيم وفقاً للتشريع السعودى.	٢٣٥
رابعاً : موقف الشريعة الإسلامية من الشروط المتعلقة بموضوع النزاع.	٢٣٧
الفصل الرابع: آثار الإتفاق على التحكيم وإنقضائه.	٢٤٥
المبحث الأول: آثار الإتفاق على التحكيم بالنسبة للمحكم.	٢٤٦
المبحث الثانى: آثار الإتفاق على التحكيم بالنسبة لأطراف التحكيم.	٢٥٣
المبحث الثالث: إنقضاء الإتفاق على التحكيم.	٢٦٢

الموضوع	الصفحة
الباب الثانى	
التنظيم التشريعى لحكم التحكيم التجارى الدولى وتنفيذه	٢٧٦
تمهيد وتقسيم:	٢٧٧
الفصل الأول : ماهية حكم التحكيم الدولى وأنواعه٠	٢٨٠
المبحث الأول: ماهية حكم التحكيم الدولى٠	٢٨٢
المطلب الأول: تحديد المقصود بحكم التحكيم الدولى٠	٢٩٠
الفرع الأول : معيار التفرقة بين حكم التحكيم الوطنى والأجنبى والدولى٠	٢٩١
الفرع الثانى : المعيار الحديث لدولية حكم التحكيم٠	٢٩٦
المطلب الثانى: أثر دولية التحكيم على حكم التحكيم٠	٣٠١
المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من دولية حكم التحكيم٠	٣٠٤
المبحث الثانى : أنواع حكم التحكيم الدولى٠	٣٠٧
المطلب الأول : أحكام التحكيم الكلية٠	٣٠٨
المطلب الثانى : أحكام التحكيم الجزئية٠	٣١١
المطلب الثالث : أحكام التحكيم الغيابية٠	٣١٥
المطلب الرابع : أحكام التحكيم الإتفاقية٠	٣١٦
المطلب الخامس: أحكام التحكيم الإضافية٠	٣٢٠
المطلب السادس : أنواع حكم التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية٠	٣٢٢
الفصل الثـــانى: كيفية صدور حكم التحكيم الدولى وشروط صحته وآثاره٠	٣٢٣
المبحـــث الأول : كيفية صدور حكم التحكيم الدولى٠	٣٢٤
المبحـــث الثانى: شروط صحة حكم التحكيم الدولى٠	٣٤٣
المطـــلب الأول : الشروط الموضوعية لحكم التحكيم الدولى٠	٣٤٣
المطـــلب الثانى : الشروط الشكلية لحكم التحكيم الدولى٠	٣٤٦
المطـــلب الثالث : مدى سلطة هيئة التحكيم بعد صدور الحكم٠	٣٦٢

الموضـــوع	الصفحة
المبحث الثالث: شروط صحة ولزوم حكم التحكيم الدولى وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.	٣٧٨
المطلب الأول : شروط صحة حكم التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية.	٣٧٨
المطلب الثانى : مدى لزوم حكم التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية.	٣٨١
المبحث الرابع : الآثار المترتبه على صدور حكم التحكيم الدولى.	٣٨٤
المطلب الأول : آثار حكم التحكيم الدولى بالنسبة للمحتكمين.	٣٨٥
المطلب الثانى : آثار حكم التحكيم الدولى بالنسبة للمحكمين.	٣٩٠
الفصل الثالث : التنظيم القانونى لتنفيذ أحكام التحكيم الدولى.	٣٩٢
المبحث الأول : تنفيذ أحكام التحكيم الدولى.	٣٩٤
المطلب الأول : تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً للإتفاقيات الدولية الجماعية.	٣٩٥
المطلب الثانى : تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً للإتفاقيات الثنائية.	٤٠٣
المطلب الثالث : تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لبعض التشريعات الوطنية.	٤٠٧
الفرع الأول : إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً للقانون المصرى.	٤٠٨
الفرع الثانى : إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة رقم (١١) لسنة ١٩٩٢م.	٤٢٦
الفرع الثالث : إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً لنظام التحكيم فى المملكة العربية السعودية رقم(٤٦) لسنة ١٩٨٣م.	٤٢٨
الفرع الرابع : تنفيذ حكم التحكيم الدولى وفقاً للقانون الفرنسى الصادر فى ١٢يو سنة ١٩٨١م.	٤٣١
المبحث الثانى : رفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولى.	٤٣٧
الباب الثالث	
أحكام بطلان حكم التحكيم التجارى الدولى	٤٥٤
تمهيد:	٤٥٥

الموضـــوع	الصفحة
الفصـل الأول : الطعن فى أحكام التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم الدولية المقارنة.	٤٥٧
المبحث الأول: القواعد العامة فى الطعن فى حكم التحكيمى وفقاً لقواعد التحكيم الدولية المقارنة.	٤٥٨
المبحث الثانى : الطعن فى أحكام التحكيم وفقاً لنصوص الإتفاقيات الدولية.	٤٦٢
المبحث الثالث : الطعن فى أحكام التحكيم وفقاً للتشريعات الوطنية.	٤٦٥
المبحث الرابع : مدى حجية أحكام التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية.	٤٧٨
المطلب الأول : مفهوم حجية أحكام التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية.	٤٨٠
المطلب الثانى : نطاق حجية أحكام المحكمين وفقاً للشريعة الإسلامية.	٤٨٦
الفصل الثانى: الطعن بالبطلان فى أحكام التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م.	٤٩٣
المبحث الأول : حالات الطعن بالبطلان فى أحكام التحكيم وفقاً للقانون المصرى.	٤٩٥
المبحث الثانى : التنظيم القانونى لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للقانون المصرى رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤م.	٥١٩
الخاتمة:	٥٢٧
قائمة المراجع:	٥٣٦
أولاً : المراجع باللغة العربية.	٥٣٧
ثانياً: المختصرات والدوريات والمجلات العلمية باللغة العربية.	٥٥٦
ثالثاً: المراجع باللغة الفرنسية.	٥٥٧
رابعاً: المختصرات والدوريات والمجلات والمختصرات باللغة الفرنسية.	٥٦٥
خامساً: المراجع والمؤلفات العامة والمتخصصة فى الشريعة الإسلامية الغراء.	٥٦٦
محتويات الرسالة: (الفهرس).	٥٧٤

ملخص للرسالة

أصبح التحكيم اليوم من أهم الظواهر القانونية التى أتسع نطاقها حتى عم الاعتراف بها كافة دول العالم بالرغم من اختلاف أنظمتها القانونية وأوضاعها الاقتصادية تاركة لها مكانا متزايدا فى تحقيق العدالة بين الأطراف المتنازعة.

والمتتبع لنظام التحكيم فى العصر الحاضر يجده فى نماء مستمر – ولا غرابة فى ذلك بعد سرد ما سبق من العوامل التى ساعدت على هذا النمو – فلم يكتفى بالمنازعات بين الأفراد وإنما أمتد التحكيم ليشمل المنازعات التى قد تثور بين الأفراد والدول، بل والتى قد تثور بين الدول وبعضها، ولم يقف عند التحكيم الحر الذى يطلق فيه للأفراد العنان فى اختيار قواعد التحكيم ومكانه ومدته وأشخاص المحتكم إليهم وإنما شمل أيضا التحكيم الذى يلجأ فيه الخصوم إلى هيئات دائمة انتشرت فى أنحاء العالم تحت اسم محاكم التحكيم أو مراكزه أو غرفه أو جمعياته، وهى هيئات تسعى إلى خدمة أطراف التحكيم وتهيئة الظروف لإجرائه بما توفره من فنيين دائمين(سكرتارية) وما تسنه من لوائح أو تضعه من قوائم بأسماء المحكمين المؤهلين فى مختلف فروع التخصصات.

وليس بغريب بأن يكون للتحكيم مثل هذه الأهمية ذلك لأن التطور الهائل الذى حدث فى وسائل المواصلات فى العصر الحاضر ألغى المسافات وجعل العالم بجميع قاراته كأنه قرية صغيرة تتصل أجزاؤها اتصالا وثيقا، وبالطبع انعكس ذلك على التجارة الدولية ووسائل وأدوات جديدة فى مجال النشاطات التجارية الدولية، وتغيرت الهياكل الاقتصادية فى العديد من دول العالم إن لم يكن فى كل دول العالم بلا استثناء.

وقد جاءت التشريعات العربية فى شأن التحكيم – بصفة عامة- معبرة بوضوح عن الاستجابة للتطورات الدولية فى مجال التحكيم، حيث تميزت بالاتساع والشمول لنطاق التحكيم، والتأكيد على احترام إرادة الأطراف الخصوم، وتحديث نظام التحكيم وتدعيمة، وإن كانت تحتاج – فى بعض المواطن – إلى قدر من الوضوح، والأمل معقود على الجهود الفقهية التى تأخذ بيد هذه القوانين والأنظمة لكى تحتل مكانها اللائق بين تشريعات التحكيم الحديثة والمتقدمة.

ولذلك قمت بإختيار الموضوع لأهميته .

وفى النهاية نتمنى من دراستى أن أكون قد ساهمت – ولو بقدر متواضع – فى موضوع البحث، وذلك لأن العمل البشرى لا يمكن إلا أن يكون إحدى الحلقات المتتالية والمتتابعة فيه، فإن تحقق الهدف بتمامه فهذا فضل من الله وتوفيقه، وإن تحقق بعضه، فمالم يدرك كله لا يترك كله، وإن لم يتحقق كلية، فيكفينى شرف صدق المحاولة..... فعلينا السعى وليس علينا إدراك المقاصد.

وبناءً على ذلك قسمت البحث إلى ثلاثة أبواب ممهدا لها بباب تمهيدي وذلك على النحو التالي:

باب تمهيدى: نشأة التحكيم ومفهومه.

الباب الأول : التنظيم القانونى لإتفاق التحكيم التجارى الدولى.

الباب الثانى : التنظيم التشريعى لحكم التحكيم التجاري الدولى وتنفيذه.

الباب الثالث : أحكام بطلان حكم التحكيم التجارى الدولى.

وقد أختتمت دراستى بعرض خاتمه عامه و قائمة المراجع وفهرس لمحتويات الرسالة.

جامعة البحرين
UNIVERSITY OF BAHRAIN
المكتبة وخدمات المعلومات
المكتبة القانونية
LIBRARY & INFORMATION SERVICES
LAW LIBRARY

والله ولى التوفيق وسبحانه وتعالى يهدى إلى سواء السبيل !!