الإطار القانوني لبيان ماهية وأهمية نظام التحكيم كوسيلة عملية لحسم منازعات الأفراد

دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي

دكتور

أحمد علي حسن عثمان

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق – جامعة الزقازيق

مقدمة عامة:

أولًا: موضوع البحث:

يعد التحكيم خيارًا مثاليًا للأفراد لحسم المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ عن العقود المبرمة بينهما. وتأتي هذه الأفضلية من منظور ما يحققه نظام التحكيم من مزايا تخدم مصالح جميع الأطراف وتراعيها، بصورة عادلة ومتوازنة. فللتحكيم مزايا عدة، من جميع النواحي: من الناحية الاقتصادية، ومن الناحية الزمنية، ومن الناحية الإجرائية، ومن الناحية الموضوعية.

ولعل اللجوء إلى هذا النظام الاختياري، آثار في الأذهان العديد من الإشكاليات القانونية، ذات الانعكاسات العملية فيما يتعلق بتقرير الأفراد باختيار نظام التحكيم واللجوء إليه من عدمه. ويعد من هذه الإشكاليات تحديد الطبيعة القانونية لهذا النظام الاتفاقي، وكذلك تحديد الطبيعة القانونية للاتفاق الذي يقوم عليه، وبالطبع تحديد الخصائص القانونية التي يتميز بها هذا الاتفاق. وهو ما سنتعرض له في هذه الدراسة بمشيئة الله تعالى.

إشكالية البحث:

يثير موضوع "الإطار القانوني لبيان ماهية وأهمية نظام التحكيم كوسيلة عملية لحسم منازعات الأفراد"، التساؤلات القانونية الآتية:

١- التساؤل الأول: ما المقصود بنظام التحكيم.

٢- التساؤل الثاني: ما هي الطبيعة القانونية لنظام التحكيم؟

٣- التساؤل الثالث: ما هي العوامل التي تجعل التحكيم خيارًا مميزًا للأفراد لحسم المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ مستقبلًا؟

٤- التساؤل الرابع: ما المقصود باتفاق التحكيم؟ وما هي طبيعته القانونية؟

٥- التساؤل الخامس: ما هي الخصائص القانونية التي يتميز بها اتفاق التحكيم؟

ثالثًا: أهمية البحث:

تتمثل أهمية دراستنا هنا، في توعية الأفراد وتبصيرهم بماهية وأهمية نظام التحكيم حينما يقدمون على اختياره فيما بينهم كوسيلة لحسم المنازعات، لا سيما وأنه لا يمثل الوسيلة المألوفة والمعروفة لحسم المنازعات. ويكون هذا التبصير ببيان المزايا التي يحققها التحكيم لهم بما يجعله خيارًا مثاليًا يغنيهم عن اللجوء لقضاء الدولة وما يلازمه من عقبات يعلمها الجميع لا سيما في النظام القانوني المصري.

رابعًا: منهج البحث:

سنتعرض لموضوع بحثنا من خلال اتباع المنهج التحليلي المقارن. وذلك بتحليل النصوص القانونية المقررة في هذا الشأن، ومقارنتها في القانون المصري والقانون الفرنسي.

خامسًا: خطة البحث:

الفصل الأول: ماهية نظام التحكيم.

الفصل الثاني: أهمية نظام التحكيم.

الفصل الثالث: ماهية اتفاق التحكيم وبيان خصائصه.

الفصل الرابع: صور الاتفاق على التحكيم.

الفصل الأول

ماهية نظام التحكيم

تقسيم:

سنتعرض في هذا الفصل لتعريف نظام التحكيم، ثم بيان طبيعته القانونية. وذلك من خلال مبحثين، هما:

المبحث الأول: تعريف نظام التحكيم.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.

المبحث الأول

تعريف نظام التحكيم

لم تثر مسألة تحديد المقصود بنظام التحكيم ثمة مشكلات قانونية، لا من الناحية الفقهية، ولا من الناحية القضائية، حيث أن هذه الماهية تتحدد في إطار اتفاق الأطراف على اختيار طريق التحكيم لحسم منازعاتهم بإرادتهم الحرة الصريحة.

وعلى ذلك، سنتعرض لتعريف التحكيم من الناحية اللغوية، والشرعية، والفقهية، والقضائية، مع بيان وجهة نظرنا الشخصية في هذا الشأن. وذلك على النحو التالي:

أولا: تعريف التحكيم فى اللغة:

التحكيم في اللغة مصدر للفعل (حكَّم) – بتشديد الكاف – يقال حكمة في الأمر تحكيما أي أمره أن يحكم بينهم أو أجاز حكمه فيما بينهم، وحكَّمت فلانا في مالي أي جعلت إليه الحكم فيه فاحتكم علىً في ذلك(١)، وحكمة في الشيء والأمر وجعله حكماً، ومنه قولة تعالى: " فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا "(٢).

ثانيا: تعريف التحكيم فى الشرع:

التحكيم عرفا، معناه تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما(٣). وعرفته مجلة الأحكام العدلية: بأنه اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما(٤). وجاء تعريفه في الفتاوى الهندية بأنه تصيير الشخص لغيره حكماً فيكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس(٥). وجاء في المغنى والشرح الكبير لابن قدامة بأنه إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح

(١) الصحاح تاج اللغة، الجزء الخامس، صفحة ١٩٠١؛ مقاييس اللغة، الجزء الثاني، ص ٩١-٩٢؛ تاج العروس، الجزء الحادي والثلاثين، ص ٥١١؛ المعجم الوسيط، الجزء الأول، ص ١٩٠.

(٢) سورة النساء، الآية ٦٥.

(٣) القاموس الفقهي، الجزء الأول، ص ٩٦.

(٤) المادة ١٧٩٠ من مجلة الأحكام العدلية، الجزء الأول، ص ٣٦٥.

(٥) الفتاوى الهندية، للجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية سنة ١٣١٠ هـ، الجزء الثالث، ص ٣٩٧.

للقضاء بحكم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما[١]. كما جاء تعريفة في آداب القاضي للماوردي بأنه، اتخاذ خصمان رجلاً من الرعية ليقضى بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز[٢].

ثالثا: التعريف الفقهي للتحكيم:

تعددت الاتجاهات الفقهية بصدد وضع تعريف شامل للتحكيم بدءاً من وقت الاتفاق عليه، وإلى حين صدور حكم في موضوع النزاع، وتنفيذ ذلك الحكم، ومن أبرز هذه الاتجاهات ما يلي:

عرفه جانب من الفقه، بأنه طريق لفض المنازعات وملزم لأطرافها[٣]. وعرفه جانب آخر بأنه، الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة[٤]. وانطلاقا من اعتبار التحكيم مساراً لفض المنازعات يقوم جنباً إلى جنب مع القضاء في حسم المنازعات وأن قوام هذا المسار هو اتفاق الأفراد على اختياره، فقد عرف بعض الفقه[٥] التحكيم بأنه، مجمل الأعمال أو

(١) المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، بدون طبعة سنة ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.

(٢) آداب القاضي للماوردي، دار الكتب العلمية ببيروت ولبنان، الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م، الجزء السادس عشر، ص٣٢٥.

(٣) د / محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧، ص ١٤.

(٤) د/ احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة دار المعارف، الطبعة الخامسة، سنة ٢٠٠١م، ص١٥.

(٥) د/ مصطفى محمد الجمال؛ د/ عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨م، ص٢٣.

العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من أنزعة القانون الخاص بمقتضى اتفاق بين المعنيين به عن طريق قضاة خاصين مختارين من قبلهم لا معينين من قبل القانون. وعرفه البعض أيضا بانه، نظام قانونيا يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاعاً قانونياً بين طرفين أو اكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق اطراف النزاع(١).

من الواضح أن التعريفات السابقة في مجملها، إما أنها تركز على تعريف التحكيم بالنظر إلى الأساس الذي ينشئه وهو اتفاق الأفراد عليه، أو بالنظر إلى شخص من يقوم به وهو المحكم. وإزاء هذا التعدد في الاتجاهات، حاول بعض الفقه، إيجاد تعريفاً وسطاً بين الاتجاهات السابقة، وعرف التحكيم بأنه، نظاماً قانونياً رسمه المشرع إلى جانب القضاء بمقتضاه يكون للأشخاص الاتفاق على حسم منازعاتهم عن طريق أفراد عاديين يختارون للفصل في هذه المنازعات بحكم ملزم (٢).

وبالنسبة لتعريف الفقه الفرنسي للتحكيم، نجد أن بعض الفقه عرفه بأنه: نظام للقضاء الخاص تُقصى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، ويُعهد بها إلى أشخاص يُختارون للفصل

(١) د/ فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة دار المعارف، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٧م، ص١٣.

(٢) د/ عيد محمد القصاص، أصول التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية والدولية والداخلية، الطبعة الأولى سنة ٢٠١٥م، ص٢٠.

فيها[١]. كما ذكره البعض الآخر، بأنه عبارة عن اتفاق الأطراف على إخضاع نزاعهم إلى قضاء خاص يختارونه[٢].

رابعا: التعريف القضائي للتحكيم:

عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه: طريقاً استثنائياً لفض الخصومات خروجاً عن طرق التقاضي العادية[٣]. وعرفته المحكمة الدستورية العليا أيضاً بأنه، عرض نزاع معين بين فردين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما للحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهه الممالأة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يُدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية[٤].

وذكرته المحكمة الإدارية العليا بأنه، اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة[٥]. وتعرضت له أيضاً الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس

(1) Jean Robert, L'arbitrage, droit interne, droit international Privé, Paris, 5éme édition, 1983, P5. ؛ Bertrand MOREAU , Arbitrage en droit interne , Dalloz , 2012 (actualization 2015) N; 1.

(2) Philippe Fouchrad, E. Gaillard et B. Goldman, "Traité de l'arbitrage Comercial international " Litec, 1996, P11.

(٣) الطعن رقم ١٠٠٤، جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧؛ الطعن رقم ٤١٧٣ جلسة ١٩٩٧/٦/٢١م.

(٤) المحكمة الدستورية العليا، دعوي رقم ١٣ لسنة ١٥ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧م.

(٥) الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ق، جلسة ١٩٩٤/١/١٨م.

الدولة بأنه، الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم للخصوم[١].كما عرفته محكمه استئناف القاهرة في أحد الطعون المنظورة أمامها بأن التحكيم بالمعني القانوني له يعد نظاماً خاصاً تُقصي فيه خصومه معينه عن اختصاص القضاء العادي ويُعهد بها إلى أشخاص يُختارون للفصل فيها بحكم أو بقرار ملزم[٢].

وعرفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه، سلطة القرار التي يُعترف بها لطرف ثالث (المحكم) والتسليم بأن قراره هو قرار قضائي[٣].

خامسا: وجهة نظرنا الشخصية في تعريف التحكيم:

إن محاوله وضع تعريف محدد وشامل للتحكيم يتوقف على الأخذ في الاعتبار مبدأين متلازمين: يتمثل الأول منها في اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتهم، باعتبار ذلك الاتفاق هو الركيزة الرئيسية لتحريك عملية التحكيم، والذي لولاه لما كان للتحكيم وجود، فيجب أن يتم ذلك الاتفاق بناءً على بصر وبصيره به، وبدون أي إجبار؛ لأنه عقد كأي عقد يقوم على مبدأ الرضائية. ويتمثل ثانيهما في إقرار

(١) فتوى رقم ٦٦١ في ١٩٨٩/٧/١م، جلسة ١٩٨٩/٥/١٧م، ص١٣، مجموعه المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة والجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في أربعين عاما من أول أكتوبر سنة ١٩٩٥م حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٩٥م، ص١٤٣.

(٢) حكم محكمه استئناف القاهرة، الدائرة ٧ تجاري في الدعوي رقم ٧٥ لسنة ١١٧ ق تحكيم، جلسة ٢٠٠٢/١/٨م.

(3) Conseil d'état, 4 Novembér, 1957, A.J.D.A, 1957, P 108.

المشرع لهذا الاتفاق؛ وذلك لأنه طريق استثنائي لفض المنازعات - كما قضت بذلك محكمه النقض - وأن الطريق الطبيعي لفض المنازعات هو قضاء الدولة، ويتأتى ذلك الإقرار من أجل التأكد من مدي توافر الضمانات الأساسية للتقاضي، ومنها احترام حقوق الدفاع، ومبدأ المساواة بين الأطراف، ومبدأ المواجهة، فضلاً عن الإجراءات التي بموجبها يتم التأكد من حيدة المحكم واستقلاله.

وفي ضوء المبدأين السابقين، يمكن أن نعرف التحكيم بأنه: ذلك النظام القانوني الذي قنن له المشرع قواعد قانونيه معينه، بمقتضاها يُقصي الأفراد كل أو بعض منازعاتهم عن قضاء الدولة المختص أساسا بالفصل فيها، والعهود بها إلى فرد أو أكثر ليفصلوا فيها بناءً على اتفاق هؤلاء الأفراد بحكم ملزم لهم، وذلك في إطار حماية قضائية من قضاء الدولة تضمن تنفيذ ذلك الحكم.

المطلب الثاني

طبيعة التحكيم القانونية

ثار خلاف في الفقه يشأن تحديد طبيعة التحكيم القانونية، وما إذا كان التحكيم من طبيعة عقدية، أو قضائية، أو مختلطة، أو مستقلة. وعلى ذلك، تعددت النظريات التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فنظر بعضها إلى التحكيم باعتبار عقدي، وبعضها الآخر نظر إليه باعتبار قضائي، ومنها من مزج بين الطابعين السابقين في نظريه مزدوجة، ومنها أيضاً من وضع له نظريه مستقله. وسوف نتعرض تباعا لهذه النظريات كالآتي:

أولا: النظرية العقدية:

يعتمد التكييف القانوني للتحكيم وفقاً لأنصار هذه النظرية[١]، على مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقود، فالتحكيم يستمد وجوده من إرادة الأطراف واتفاقهم عليه كوسيلة لحسم منازعاتهم، فهم من يتفقون على كيفية تشكيل هيئه التحكيم، ومكان التحكيم، ولغته، وكذلك القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق، كما أنهم يملكون بالاتفاق إنهاء العملية

(١) د/ محمود مختار أحمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، سنة ٢٠١٤، ص٨؛ د/محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأه دار المعارف، سنة ٢٠٠٣م، ص٣٩٥، وكذلك:

- Alfred Bernard: L'arbitrage volontaire en droit privé, Bâle, 1995, P 203.

التحكيمية إنهاءً مبكراً تمهيداً لتسوية النزاع ودياً[١]. يستوي في ذلك أن يرد اتفاق الأفراد على التحكيم في صورة بند من بنود العقد، أو في صورة مشارطة مستقلة للتحكيم، ولذا فإن قرارات هيئه التحكيم لا تجد قوتها التنفيذية إلا في هذا الاتفاق الخاص[٢]، فهو دستور عمليه التحكيم، والأساس الذي يستمد منه المحكم سلطاته.[٣]

وفيما يتعلق بمرور حكم هيئه التحكيم على القضاء لوضع الصيغة التنفيذية عليه، يري أنصار هذه النظرية أن ذلك الإجراء ما هو إلا مجرد تنفيذ للاتفاق على التحكيم، ويمكن القول هنا بأن اتفاق التحكيم يستغرق عمليه التحكيم بأكملها بما فيها تنفيذ حكم المحكم[٤].

وتدعيماً لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريه النص التشريعي الذي يفرض التحكيم إجباراً على الخصوم؛ وذلك لأن التحكيم مصدره الاتفاق عليه، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون[٥]. وعلى الأساس ذاته أيضاً قضت محكمه النقض المصرية، بأن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طريق

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص٤٠، ٤١.

(٢) د/ أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨١م، ص٢٤.

(٣) د/ خيري عبد الفتاح السيد البتاتوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، سنة ٢٠١٣م، ص١٥.

(٤) د/ مصطفي محمد الجمال؛ د/ عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٥) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٢٣ق جلسة ٢٠١٣/٥/١١م؛ المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ق، جلسة ١٩٩٩/٧/٣م.

التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات ويقوم على رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيله لحسم كل أو بعض منازعاتهم، وأنه متي تخلف الاتفاق على التحكيم امتنع القول بقيامه[١].

وفي هذا الشأن أيضاً، ذهبت محكمه النقض الفرنسية في العديد من أحكامها مؤكده الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم، وقضت بأن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطه تحكيم تكون وحده واحده مع هذه المشارطة، وتنسحب عليها صفتها التعاقدية[٢].

وعلى الرغم من صحة الأساس الذي بنى عليه أنصار هذه النظرية رأيهم، إلا أنها تعرضت لبعض أوجه النقد، كالمبالغة في الإعلاء من دور إرادة الأفراد على حساب طبيعة القرار الذي يصدره المحكم، فهذا الأخير عندما يفصل في النزاع فإنه يفصل فيه على ضوء قواعد القانون الواجب التطبيق عليه وليس تطبيق إرادة الذين ارتضوه محكماً بينهما[٣]. وكذلك إذا كان مسلماً به لدي أنصار هذه النظرية أن أساس التحكيم هو العقد فبما يفسر أنصار هذه النظرية حالات التحكيم الإجباري التي يتم فيها اختيار المحكمين عن طريق المحكمة المختصة - في حاله عدم اختيارهم من قبل الأطراف - أو اللجوء إلى مركز للتحكيم الدائم[٤]!

---

(١) الطعنان رقما ٤٧٢٩، ٤٧٣٠، لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢م.

(2) Cass. civ. 27 Juill. 1937. Sirey 25-1-1938; Dalloz 25-1-1938.

(٣) د/فتحي والى، المرجع السابق، ص٥١.

(٤) د/ عيد محمد القصاص، المرجع السابق، ص٦٩، ٧٠.

ثانيا: النظرية القضائية:

تبني أنصار هذه النظرية[١] في تكييفهم للتحكيم، معيار طبيعة العمل الذي يقوم به الشخص المنوط به الفصل في النزاع وهو المحكم، ويرون أن عمله هو عمل قضائي مثله مثل القاضي فكلاهما يفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي[٢].كما أنه وإن كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم[٣]. ويؤيد هذا الرأي، أن حكم المحكم يصدر في ظل القواعد الإجرائية التي يصدر فيها حكم القاضي - أو أغلبها على الأقل - ومن هذه القواعد، تقديم الادعاء، وإعلان الخصوم، وبدء الخصومة ووقفها، وانقطاعها، وضمانات التقاضي الأساسية[٤].

وفيما يتعلق بالأساس الذي يبني عليه التحكيم، ينظر البعض إلى اتفاق التحكيم على أنه الفتيل الذي من خلاله يوضع نظام التحكيم موضع

(١) د/ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، صـ١٩؛ د/ فتحي والى، المرجع السابق، ص٥٥؛ د/ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، سنة ١٩٩٠م، ص ٢٢١؛ د/ عيد محمد القصاص، المرجع السابق، ص٧٩، وكذلك:

- Mathieu De Boisséson: Le droit Française de l'arbitrage interne et international, Gide Loyrette Nouel, 2éd, 1990, P 283 ؛ Jean Vincent et Serge Guinchard , procedure civil , Dalloz , 27éd , 2003 , p.1182.

(٢) د/ محمود مختار أحمد البريري، المرجع السابق، ص ٧؛ د/هبة بدر أحمد محمد صادق، الحماية الوقتية في التحكيم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩، ص ٢٨.

(٣) د/ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص١٥.

(٤) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٤٤.

الحركة [١]، أو أداه لتحريكه وهذه الأداة لا تؤثر على الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، فهو بمثابة عنصر عارض فرضته ظروف لا صله لها بوظيفته التي تظل بطبيعتها قضائية [٢].

واختلف الفقه حول الأساس القانوني لهذه النظرية. فمنهم من يري أن أساسها يتمثل في مجرد تفويض من الدولة - صاحبة الاختصاص الأصيل بالفصل في المنازعات - للمحكم الذي يختارونه الأفراد، أي تنتقل إليه مؤقتا وظيفة الدولة في إقامة العدل بين الأفراد [٣]. ومنهم من يؤسس هذه النظرية على أن التحكيم نظام قانوني يقوم جنباً إلى جنب مع قضاء الدولة في حسم المنازعات وليس استثناءً على سلطة الدولة، إذ أن إقامة العدل بين الأفراد لها طريقان أحدهما عام تقيمه الدولة، والأخر خاص يقوم به الأفراد عن طريق اختيارهم من يقوم بالفصل في النزاع بينهم[٤]. أي أن العلاقة بين النظامين لا يمكن أن نكيفها على أنها استثناء على الأصل العام بقدر ما يمكن تكيفها على أنها علاقة تواز وتعاون في أداء مهمة واحدة، وهي الفصل في المنازعات بين الأفراد.

وتطبيقاً لذلك، أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه النظرية في حكم لها، قضت فيه بأن التحكيم يعتبر قضاء استثنائي يملك فيه المحكم

(١) د/ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٢٧.
(٢) د/ مصطفي محمد الجمال؛ د/ عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤١.
(٣) د/ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص٢٧، ٢٨.
(٤) د/ مصطفي محمد الجمال؛ د/ عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٢.

سلطة ذاتية ومستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها عليه الخصوم(١).

وأخذت بهذه النظرية أيضاً، محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها - رغم اعتناقها النظرية العقدية للتحكيم - حيث قضت بأنه، وإن كان المبدأ في الفصل في المنازعات ينعقد لمحاكم الدولة، إلا أنه استثناءً يجوز للخصوم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع على محكمين يختارونهم للفصل فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم (٢).

ولقد وُجهت سهام النقد لهذه النظرية؛ بسبب انحيازها للطابع القضائي للتحكيم على حساب الطابع الاتفاقي، على الرغم من أن العقد هو المصدر المباشر والرئيسي الذي منه يستمد المحكم سلطته للفصل في النزاع، وأن القانون الذي يطبقه المحكم هو مصدر غير مباشر لمهمته(٣). وكذلك تشبيهها لعمل المحكم كعمل القاضي على الرغم من وجود فارق جوهري بينهما، فوظيفة القاضي قانونيه بحته بصرف النظر عن وجود نزاع من عدمه، أما وظيفة المحكم فهي وظيفة اجتماعية واقتصادية تتطلب دائما وأبدا وجود نزاع بين الأطراف(٤).

(1) Cass.Com.22 Oct. 1949, Sirey, 73-1-1949.

(٢) الدائرة المدنية، الطعن رقم ٢١٨٦، لسنة ٥٢ ق، جلسة ١٩٨٦/٢/٦م.

(٣) د/ عيد محمد القصاص، المرجع السابق، ص٧٥.

(٤) د/ محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص٣١٩.

ثالثا: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم:

لم يُضف مؤيدي هذه النظرية[١]، على التحكيم طبيعة قانونية واحدة، فلا هي عقدية محضة ولا قضائية بحته، بل هي بمثابة خليط بين النظريتين السابقتين، عقديه في بعض جوانبها، وقضائية في البعض الآخر، لذلك فانهم يرون أن التحكيم نظام يمر بمراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً، ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم[٢].

والتحكيم وفقاً لهذه النظرية، ما هو إلا قالباً قانونياً يحتوي على عملين، الفاعل في أحدهما غير الفاعل في الآخر [٣]. يتمثل الفاعل الأول في اتفاق التحكيم، وفيه تظهر الصفة التعاقدية للتحكيم، والتي تتمثل في اختيار الخصوم لقضاء التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم بديلا عن قضاء الدولة، وكذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع [٤]. أما الفاعل الثاني فيتمثل في قضاء المحكم، وهنا تظهر الصفة القضائية للتحكيم، والتي تظهر في تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ إليه الأطراف من أجل إعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية، وذلك عن

(١) د/ محسن شفيق، المرجع السابق، ص٢٠؛ د/ سامية راشد، المرجع السابق، ص٧٠؛ د/ عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، ص١٩، ٢٠.

(٢) د/ محسن شفيق، المرجع السابق، ص٩٦.

(٣) د/ مصطفي محمد الجمال؛ د/ عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٦.

(٤) د/ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٤٦.

طريق الأمر بتنفيذه، والذي بدءاً منه يتحول قرار التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم إلى حكم قضائي(١).

وترتيبا على ما تقدم، فإن العملية التحكيمية - وفقا لتعبير البعض - عبارة عن بناء قانوني مركب من ثلاث إرادات مركبة ومتتابعة، وهي إرادة المشرع، وإرادة المحتكمون، وإرادة المحكمون، حيث تعمل إرادة المحتكمون في إطار إرادة المشرع، وهذه الأخيرة تظل ساكنة إلى أن تحركها إرادة المحتكمون، والتي تدور في فلكها ولا تحيد عنها، ثم إرادة المحكمون التي تعمل في إطار هاتين الإرادتين بقصد حل النزاع (٢).

وعلى الرغم مما قدمته هذه النظرية من محاولة للربط بين الأساس الاتفاقي والأساس القضائي لنظام التحكيم، إلا أنها تعرضت للنقد. ومن أبرز هذه الانتقادات، أنها لا تضفي الطابع القضائي للتحكيم إلا بعد أن يصدر الأمر بتنفيذه من جانب قضاء الدولة، مما يؤدي إلى إهدار القيمة القانونية لأحكام المحكمين التي لا يصدر بشأنها أمراً بالتنفيذ، الأمر الذي يتناقض مع إقرار المشرع لنظام التحكيم، فضلاً عن أن التحكيم يقوم على أساس التنفيذ الاختياري لحكم المحكم الذي يكتسب

(١) د/ محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص٣٣٧.

(٢) د/ محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين "نطاقها ومفهومها"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص١٤.

الحجية بمجرد صدوره، ولا يتوقف هذا الأثر على صدور الأمر بالتنفيذ(١).

رابعا: نظرية الطبيعة المستقلة للتحكيم:

يرى أتباع هذه النظرية(٢)، أن للتحكيم طبيعة قانونية خاصة، وذاتية مستقلة تميزه عن أحكام الاتفاقات العقدية وكذلك عن أحكام قضاء الدولة... كالآتي:

١-من ناحية اختلاف نظام التحكيم عن أحكام الاتفاقات العقدية:

وفقاً لما ذهبت إليه النظرية العقدية لتحديد طبيعة التحكيم، فإن الأساس القانوني والرئيسي الذي يبني عليه التحكيم كوسيله لحسم المنازعات هو رضاء الأطراف به، وبالمخالفة لهذا الأساس يوجد هناك نوع من التحكيم الإجباري في بعض المنازعات دون اعتداد برضاء الأطراف به وفي هذه الحالة الأخيرة يعين المحكمين بواسطة قضاء الدولة أو بواسطة مراكز التحكيم الدائمة التي يلجأ إليها المحتكمون(٣).

(١) د/ عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي لبيعته ونشأته وانعقاده وصحته، دار النهضة العربية، ص٦٩.

(٢) د/ وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٤م، ص ٣٨٢، ٣٨٣.

- وكذلك بحث سيادته بعنوان: "هل التحكيم نوع من القضاء: مفهوم التحكيم وطبيعته "، مجلة الحقوق الكويتية، ص ١٣١وما بعدها؛ د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧م، ص٣٩، ٤٠.

(٣) د/ محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص٣٤٤.

كما أن الأخذ بالنظرية العقدية يقودنا إلى القول بأن عقد التحكيم مثله مثل سائر التصرفات العقدية التي يخضع فيها الأطراف لرأيهم الذاتي في هذه العقود سواء من حيث إبرامها أو نطاقها أو حتى آثارها، والحقيقة أن عقد التحكيم غير هذه العقود، إذ أن الأطراف يخضعون فيه لرأي الغير وهو المحكم الذي ارتضياه حكما بينهم وليس وفقا لرأيهم الذاتي(١).

٢-ومن ناحية اختلاف نظام التحكيم عن قضاء الدولة:

لا يمكن القول باندماج التحكيم في قضاء الدولة أو اعتباره استثناءً عليه وذلك لاختلاف الهدف من كل منهما. فقضاء الدولة باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في حسم المنازعات يهدف لتحقيق سيادة القانون، والقاضي فيه ملزم بتطبيق القانون على النزاع المطروح عليه دون النظر إلى مستقبل العلاقات بين الأفراد وذوي الشأن. أما نظام التحكيم فهو يهدف لتحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة قوامها تحقيق التعايش السلمي بين أطراف النزاع، لذلك نجد أن المحكم قد يطبق قواعد القانون على النزاع مثله مثل القاضي، وقد يطبق أيضا قواعد العدالة والإنصاف بديلاً عنها، ولذلك فإن المحكم يضع نصب عينيه مصير ومستقبل العلاقات بين أطرافها بغية المحافظة عليها واستمرارها (٢). كما أن تنظيم قضاء الدولة يختلف عن تنظيم قضاء التحكيم: حيث يتولى قانون المرافعات تنظيم القضاء المدني من الناحية العضوية والإجرائية، وذلك

(١) د/ عيد محمد القصاص، المرجع السابق، ص٧٨.

(٢) د/ محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص٣٤٦.

على عكس قضاء التحكيم الذي يتولى فيه الأطراف اختيار محكميهم، كما أن حجية الأمر المقضي للأحكام الصادرة عن قضاء الدولة تتعلق بالنظام العام على عكس الأحكام التي تصدر عن قضاء التحكيم(١).

وترتيباً على ما تقدم، فإنه يترتب على استقلالية قضاء التحكيم عن قضاء الدولة نتيجة هامه، مؤداها عدم جواز تطبيق قواعد القضاء على نظام التحكيم إلا على سبيل القياس، وبشروط محددة؛ حيث أن التطبيق التلقائي لقواعد القضاء على التحكيم فيه مسخ لنظام التحكيم، وتشويه له فضلاً عن أن ذلك يعتبر فيه تجاهلاً لطبيعة التحكيم(٢).

وعلى الرغم مما قدمته هذه النظرية من أدلة تدعم وجهة نظر أنصارها، إلا أنها تعرضت لانتقادات أهمها، أن مؤيدوها ذهبوا إلى القول بان التحكيم يقدم عدالة خاصة تختلف عن عدالة القضاء حيث إنه لا يمكن الوصول إلى طبيعة نظام التحكيم من خلال الأثر الذي يرتبه، وإنما من خلال رده إلى الأصل الذي ينتمي إليه، فان كان هذا الأصل هو سلطان الإرادة كانت الطبيعة عقدية، أما إذا كان الأصل هو سلطان القضاء كانت الطبيعة قضائية، أما إذا كان غير ذلك فإننا نكون أمام طبيعة مستقلة يجب تأصيلها، وهذا مالم تفعله هذه النظرية(٣). كما أنها أخطأت عندما حددت المصادر التي يستند إليها القاضي عند حسمه للنزاع المعروض عليه، وقصرتها في نص القاعدة القانونية فقط ، على

(١) د/ عاطف شهاب، المرجع السابق، ص٧٣.
(٢) د/ وجدي راغب، البحث السابق، ص ١٥٠.
(٣) د/ عاطف شهاب، المرجع السابق، ص٧٤.

الرغم من أن القاضي يمكنه أن يستند إلى العرف أو قواعد العدالة الطبيعية في حالة عدم وجود نص قانوني، وهو نفس الدور الذي يقوم به المحكم عند فصلة للنزاع، إذ يمكنه أن يطبق قواعد القانون تطبيقاً حرفياً في حالة تفويضه بالصلح بين الأطراف المحتكمين، وذلك إذا رأى أن العدالة تكمن في هذا التطبيق الحرفي(١).

ونرى من جانبنا، أن النظرية المزدوجة هي الأولى بالاتباع، وأساس ذلك كما سبق الذكر، أن جوهر عملية التحكيم يقوم على اعتبارين: الأول هو اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، والثاني هو إقرار المشرع لهذا الاتفاق، وكلاهما اعتبارين لا ينفصلان عن بعضهما البعض، فبدون الاعتبار الأول لن نجد لهذا النظام القانوني أساس، وبدون الاعتبار الثاني لن يكون لقرار المحكم أية فاعلية ما لم يقره قضاء الدولة. لذلك يمكننا القول بان التحكيم والقضاء طريقين مختلفين لتحقيق هدف واحد وهو الفصل في المنازعات، وهذا كافي بحد ذاته للقول بصحة تأييدنا لنظرية الطبيعة المزدوجة لنظام التحكيم.

(١) د/ محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص٣٧٩.

المبحث الثاني

أهمية اللجوء إلى نظام التحكيم

إن تفضيل الأفراد سلوك طريق التحكيم على حساب قضاء الدولة صاحب الاختصاص الأصيل بحسم المنازعات، لم يأت من فراغ، بل كان ذلك نابعاً عن عدة عوامل جعلت الأفراد ينجذبوا له، وهذا ما سنتناوله من خلال بيان مزايا هذا الطريق الاتفاقي. وعلى العكس من ذلك، فأحياناً يفضل الأطراف انتهاج الطريق الطبيعي لحسم منازعاتهم، ويعزفون عن اللجوء إلى التحكيم لبعض العوامل الطاردة والمنفرة من هذا الأخير، وهو ما سنتعرض له من خلال توضيح عيوب التحكيم. وعلى ذلك ستقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: العوامل الجاذبة لنظام التحكيم.

المطلب الثاني: العوامل الطاردة لنظام التحكيم.

الفصل الثاني

أهمية نظام التحكيم

تتحدد أهمية نظام التحكيم على ضوء العوامل التي تجذب الأفراد لسلوكه، وهو ما سنبينه من خلال بيان الأمور الإيجابية التي يحققها هذا النظام الاتفاقي. وعلى الرغم من ذلك، فإن الأمر لا يخلو من بعض الأمور السلبية والتي سنتعرض لها أيضًا.

وعلى ذلك، سنتعرض لهذا الفصل في مبحثين، هما:

المبحث الأول: نظام التحكيم من المنظور الإيجابي..

المبحث الثاني: نظام التحكيم من المنظور السلبي.

المبحث الأول

نظام التحكيم من المنظور الإيجابي

يكون للتحكيم دور إيجابي، من منظور العوامل الجاذبة له، فهناك العوامل الاقتصادية، وتوجد العوامل الإجرائية، بالإضافة إلى العوامل الفنية. وذلك على البيان التالي:

أولاً: العوامل الاقتصادية:

تتمثل هذه العوامل في تلبية حاجات التجارة الدولية، وتشجيع الاستثمار في الدول النامية، وتحقيق مصلحة المحتكمين اقتصادياً.

١ ـ تلبيه متطلبات التجارة الدولية:

أدي انتشار ورواج التجارة الدولية في شتي مجالات السلع والخدمات ـ لاسيما المعاملات والعقود ذات الطبيعة المعقدة مثل عقود التجارة الإلكترونية، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود تصميم وتصنيع الأقمار الصناعية ـ إلى محاوله التحرر الكامل من القيود والتعقيدات الإجرائية للقوانين الوطنية التي لا تتماشي مع روح التجارة الدولية التي تعتمد بصفة رئيسية على السرعة، ما حدا بالمتعاملين في مجال هذه التجارة إلى سلوك طريق التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن تلك

التجارة على نحو يجدون فيه المجال رحباً لاختيار المحكم المناسب والقواعد المناسبة(١).

٢- حاجه الدول النامية إلى تشجيع الاستثمار فيها:

ترتب على ظاهرة استقلال دول العالم الثالث، أن هذه الدول أصبحت بحاجة ضرورية لتحقيق تنمية اجتماعية واقتصاديه شاملة، لذلك اعتمدت هذه الدول بصفه رئيسيه على اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار فيها، وكان من بين الشروط الأساسية التي يضعها المستثمر هو اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدولة والمستثمر دون القضاء الوطني. ولذلك تبنت معظم قوانين الاستثمار الخاصة بهذه الدول طريق التحكيم كوسيله لتسويه المنازعات مع المستثمر؛ لبث روح الثقة والطمأنينة في نفوسهم(٢)، وتعتبر مصر – باعتبارها من مصاف الدول النامية – من الدول التي سلكت هذا الطريق، وجاء ذلك في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنه ١٩٩٧م(٣).

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص١٠٦.

(٢) د/ محمود مختار أحمد البريري، المرجع السابق، ص١٢.

(٣) وفي ذلك تنص المادة السابعة من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م على أنه: "يجوز تسويه منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسويه هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهوريه مصر العربية ودوله المستثمر أوفي إطار الاتفاقيات الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهوريه مصر العربية بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١م، وذلك بالشروط والأوضاع وفي الأحوال التي

٣- تحقيق مصلحه المحتكمين اقتصادياً:

تعتبر تكاليف اللجوء إلى التحكيم قليلة مقارنة بقضاء الدولة، إذ لا يتطلب رسوماً للمحكمة وأتعاب المحامين، وذلك في البلاد التي يكون فيها مصاريف التقاضي أمام المحاكم كبيرة جداً [١]. كما أن تكدس القضايا أمام محاكم الدولة قد يتسبب في تأخير الحكم لصاحب الحق مما يؤثر على قيمته بالسلب أو ربما إهدار قيمته من الناحية الاقتصادية، لذلك فالتحكيم يجنّب صاحب الحق هذه المخاطر. كذلك يعتبر طول مده الحكم بالحق لصاحبه تؤدي إلى تراكم الفوائد المختلفة، وهذا يحمل الأطراف مبالغ كبيره لا يضطرون إلى دفعها في حاله اللجوء إلى التحكيم[٢].

ثانيا: العوامل الإجرائية:

تتمثل هذه العوامل في تحقيق العدالة الناجزة، ومراعاة طابع السرية الذي تتميز به بعض المنازعات، وكذلك الفعالية في تحقيق الحماية القضائية.

تسري فيها تلك الاتفاقية أو وفقا لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، كما يجوز الاتفاق على تسويه المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي".

(١) د/ناريمان عبد القادر المرجع السابق، ص ١٤١.

(٢) د/ مهندس: حميد لطيف نصيف الدليمي، التحكيم متعدد الأطراف في منازعات عقود التشييد، بحث منشور في مجله الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، سنة ٢٠١٣م، ص ٢٣.

١- تحقيق العدالة الناجزة:

يتسم نظام التحكيم بسرعة الفصل في المنازعات وبساطة الإجراءات، لكونه قضاء اتفاقي يختار فيه المحتكمين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث أن المحكمون لا يُجبرون على تطبيق قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، وإنما لهم حريه الاتفاق على القواعد الموضوعية التي يتم تطبيقها على النزاع. وكذلك حريتهم في الاتفاق على القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئه التحكيم، بما في ذلك حقهم في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها(١).

أما قضاء الدولة، فيتسم ببطء إجراءات التقاضي؛ بسبب تقيده بمجموعة من القواعد الشكلية والإجرائية المعقدة، والتي لا يمكن الإفلات منها بأي حال، فضلاً عن اكتظاظ المحاكم بالقضايا العديدة، مما يعرقل سرعة الحسم في المنازعات، حيث أن العدالة البطيئة هي نوع من الظلم. كما أن التحكيم لا يوجد فيه تعدد في درجات التقاضي المعروفة في قضاء

(١) د/ عيد محمد القصاص، المرجع السابق، ص٣٨، ٣٩؛ وكذلك:

- Emmanuel Roux , panorama des différents modes alternatifes de réglement des litiges . AJCollectivités Territoriales , 2012 , p.238.

الدولة [١]، حيث تصدر هيئه التحكيم حكماً باتاً غير قابل للطعن فيه من حيث الموضوع وقابل للتنفيذ الفوري.

٢- السرية:

الأصل في إجراءات التقاضي أمام قضاء الدولة أنها تتم بصوره علنيه وكذلك النطق بالحكم[٢]. أما في نظام التحكيم فيعد من أبرز حسناته، أنه يحافظ على سرية العلاقات بين أطرافها، لا سيما منازعات المعاملات التجارية، وخاصة المعاملات المعاصرة التي تعتبر سريه بيانتها هي كل الشغل الشاغل لأطرافها، والتي ربما تكون في بعض الأحيان أعلى قيمة من الحق المتنازع عليه[٣]. ويظهر ذلك في عقود نقل

(1) Noël Chahid –Nourai et Romaric Lazerges , La resolution des litiges dans les contracts de partenariat , A J D A , 2009 , 1928.

(٢) وفي ذلك تنص المادة (١٨) من قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م على أن: "تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا أصرت المحكمة بجعلها سريه..."، وكذلك تنص المادة (١٠١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م على أن: "تكون المرافعة علنيه..."، وتنص كذلك المادة (١٧٤) من ذات القانون على أن: "ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه، ويكون النطق به علانيه وإلا كان الحكم باطلا ".

(٣) د/ على عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، سنة ٢٠٠١م، ص ٣٠؛ وكذلك:

- Kaline Santos Ferreira , Le Contentieux administratif en dehors du juge, étude compare des droits Français et Brésilien , université Montesquieu Bordeaux , Doctorat en droit , 12 Juillet 2013 , p.209.

التكنولوجيا، والمعرفة الفنية في مجالات تصنيع الدواء، والأقمار الصناعية، ونظم الحاسبات الإلكترونية والعقود المشتركة.

وتظهر السرية في كل مراحل العملية التحكيمية بدءاً من جلسات المرافعة واقتصارها على أطراف النزاع والمحكمون المختارون، والشهود، والخبراء، ومن يُؤذَن لهم بالحضور في جلسات سرية لا يحضرها الجمهور. وكذلك تقديم الوثائق والمعلومات من الأطراف أنفسهم فقط ما لم يتفقوا على خلاف ذلك، كما انه لا يجوز نشر حكم التحكيم إلا بموافقة الطرفين، وفي حالة إجازة النشر فإنه يقتصر فقط على المبادئ القانونية الواردة بها دون المساس بأسرار العلاقات بين الأطراف(١).

٣- الفعالية في تحقيق الحماية القضائية:

تظهر هذه الفعالية في عدم جواز تمسك الدولة بحصانتها القضائية إذا ما كانت طرفاً في نزاع مع مستثمر أجنبي، وذلك في حالة ما إذا تم الاتفاق بين الدولة وبين هذا المستثمر على إخضاع منازعاتهم العقدية للتحكيم. وأساس ذلك أن التحكيم قضاء اتفاقي يتم بتراضي الأطراف واتفاقهم عليه، كما أن المحكم يستمد سلطته من هذا الاتفاق، و على ذلك

(١) د/ خيري عبد الفتاح السيد البتاتوني، المرجع السابق، ص ٣٢.

لا يجوز رفض خضوع الدولة للتحكيم في مثل هذه الحالة بذريعة أن ذلك يتعارض مع مبدأ السيادة القضائية للدولة(١).

ورغبة من المشرع في تحقيق فعالية أحكام المحكمين، فإنه نص على عدم جواز الطعن على هذه الأحكام، ونص قائلا: "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية"(٢). وإن كان يجوز رفع دعوى بطلان أصلية، ولكن ذلك مقيد بالحالات التي نص عليها المشرع في المادة (٥٣) من قانون التحكيم الجديد(٣).

(١) د/ هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي" مزاياه – أمراضه"، منشأه دار المعارف، سنة ٢٠٠٧م، ص٢٥٥.

(٢) المادة "٥٢" من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

(٣) وحددت هذه المادة حالات رفع دعوي بطلان حكم التحكيم على سبيل الحصر وهي:

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.

ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته.

ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

هـ- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

ثالثا: العوامل الفنية:

تتمثل هذه العوامل في التخصص والكفاءة اللذين يتميز بهما المحكم بخصوص المسألة محل النزاع، وكذلك حرص التحكيم على المحافظة على مستقبل العلاقات بين الأطراف.

١- التخصص والكفاءة:

انطلاقا من الأساس الاتفاقي لنظام التحكيم، فإن المحتكمين غالباً ما يراعون في المحكم أن يكون على درجه من التخصص والكفاءة في الشيء المتنازع عليه، لا سيما في المنازعات ذات الظهور الحديث التي تثير العديد من المسائل العلمية والتكنولوجية والفنية، وكذلك العقود المستحدثة المتعلقة بالاستثمار والتنمية واستعمال براءات الاختراع(١). وذلك على عكس قضاء الدولة الذي يكون فيه القاضي غير متخصص في مجال أو فرع معين أو منازعات محدده، بل أكثر من ذلك، فإن القاضي قد ينظر نزاع من طبيعة جنائية، وإزاء حركة التنقلات القضائية ينظر نفس القاضي نزاع من طبيعة مدنية أو تجارية مما يفقده مزية التخصص التي يتسم بها المحكم.

و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

ز- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم.

(١) د/ مصطفي محمد الجمال؛ د/ عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص٦٣.

ومما هو جدير بالذكر، أن مراعاة تخصص المحكم في الشيء المتنازع عليه بين الأطراف لا يعني بالضرورة عدم استعانة هيئة التحكيم بخبراء يقدمون تقارير فنية تتم بصورة أكثر دقة وشمولية، لذلك نجد أن الواقع العملي يؤكد كثرة استعانة هيئات التحكيم بالخبراء في القيام بمهامها(١).

غير أن هذا الأمر، لا يترتب عليه اعتبار الكفاءة والتخصص في محل النزاع، شرط يجب توافره في الشخص الذي سيُعهد إليه مهمة الفصل في النزاع؛ وذلك لعدم اشتراط قانون التحكيم ذلك (٢). على عكس بعض القوانين الأخرى، كالقانون السعودي (٣).

٢- المحافظة على مستقبل العلاقات بين أطرافها:

يجنب التحكيم الخصوم فكره العدالة الصماء، التي مفادها أن القاضي ملزم بتطبيق القانون دون مراعاة لمصالح الخصوم، الأمر الذي يدفع الأطراف إلى سلوك طريق التحكيم الذي يعتبر مظهراً من مظاهر علاقات مستمرة يحرص طرفاها على تواصلها رغم ما نشب بينهما من خلاف(٤). وتفسير ذلك، أن التحكيم ليس طريقاً هجومياً عنيفاً، بل هو

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص١١٩.

(٢) د/محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ١٨٢؛ د/سحر عبد الستار إمام، المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦، ص ٧١.

(٣) تنص المادة (٤) من قانون التحكيم السعودي على أنه:" يُشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السير والسلوك".

(٤) د/ مصطفي محمد الجمال؛ د/ عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص٦٤.

أقرب إلى التفاهم بين الطرفين، حيث يضع المحكم في اعتباره الحرص الشديد على مواصلة واستمرار العلاقات بين الأطراف، وذلك عكس المنازعات المعروضة على القضاء التي قد يستعمل فيها كل من الطرفين أساليب الكيد للطرف الآخر، مما قد يؤثر بالسلب على مستقبل علاقاتهم، ولذلك قيل بأن الأطراف يلجأون إلى القضاء وهم ينظرون إلى الوراء، بينما يلجأون إلى التحكيم ناظرين إلى الأمام(١).

المبحث الثاني

نظام التحكيم من المنظور السلبي

على الرغم من المزايا السابقة لنظام التحكيم، إلا أن التقييم الموضوعي يحتم علينا التعرض للعوامل التي قد تولد تخوفاً أو تردداً لدى البعض بشأن اللجوء إلى التحكيم، وهذه العوامل هي:

أولًا- حرمان أطراف التحكيم من بعض ضمانات التقاضي:

ويُقصد بذلك، أن في التحكيم قد يُوكَل الفصل في النزاع لشخص أو أشخاص تنقصهم الخبرة أو الكفاءة، وقد يشوب سلوك المحكمين التحيز تجاه مصالح شخصيه لأحد الأطراف. كما أنه يصعب على المحكم إصدار حكما مناسباً وعادلاً –على الرغم من معرفته الفنية بموضوع النزاع – ومرجع ذلك قلة مرانه على تطبيق القانون، وذلك بخلاف قضاء

(١) د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، سنة ١٩٨٦م، ص٩.

الدولة، حيث يتولى الفصل في النزاع قاض مؤهل ومحترف يكون أكثر قدره على الفصل فيه[١].

وإذا كان التحكيم يفتقر لتعدد درجات التقاضي المعروف في قضاء الدولة، فلم يجز المشرع الطعن عليه إلا بدعوى البطلان الأصلية. إلا أن هذا الأمر قد يترتب عليه ضياع الوقت والنفقات في بعض الأحيان، ويحدث ذلك في الفرض الذي يكون فيه اتفاق التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال، بأن فقد أحد أركان انعقاده، أو شروط صحته. فبدلاً من الانتظار لحين صدور حكم تحكيم باطل أو قابل للإبطال، كان أجدر بالمشرع أن يقرر طريق الطعن الجزئي - قبل صدور الحكم - على الاتفاق لتفادي البطلان المؤخر، بما يترتب عليه من نتائج سلبية على المحتكمين. وهذا ما أخذ به قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة ١٩٩٦.

ثانيًا- ارتفاع نفقات اللجوء إلى التحكيم في بعض الأحيان:

يكون سلوك طريق التحكيم أحياناً، أكثر تكلفة من اللجوء لقضاء الدولة [٢]. ويتضح ذلك جلياً عندما يتعلق النزاع محل التحكيم بأطراف ينتمون لأكثر من دولة، وتتمثل هذه التكلفة في المبالغ التي تُدفع للمحكمين، وأتعاب المحامين، والمستشارين، والممثلين القانونين،

(١) د/ أحمد مليجي، موسوعة التحكيم:" التعليق على قانون التحكيم بآراء الفقه وأحكام المحاكم وأحكام هيئات التحكيم والصيغ القانونية والمواثيق والمعاهدات الدولية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١١، ص٣٠.

(2) A.Pouille , Le pouvoir judicaire et les Tribunaux , paris , 1985 , p.143.

والخبراء، بالإضافة إلى نفقات الانتقال بالطائرات من دولة لأخرى، ونفقات الإقامة [١].

ويزداد الأمر تعقيدا ووبالاً على الأطراف، عندما يفشل طريق التحكيم في تسوية منازعاتهم، وذلك عندما يطعن أحدهم على حكم التحكيم ويكون لهذا الطعن محل من القبول، كأن تتوافر مثلا أحدي حالات البطلان التي نص عليها القانون، أو عندما يكون حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام، الأمر الذي يترتب عليه عودة أطراف النزاع إلى قضاء الدولة، وهذا الأمر ينافي بالطبع ويهدر المزايا الاقتصادية التي من المفترض أن يتمتع بها نظام التحكيم.

ولا يمثل الأمر السابق تعارضاً مع ما سبق ذكره بشأن مزايا التحكيم الاقتصادية، حيث أن الانتقاد السابق لا يمثل سوى استثناءً لا يتحقق إلا عندما يكون النزاع ذو طبيعة معقدة، أو كان ذو طابع دولي،

(١) د/جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩، ص ٨٢؛ د/سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٣، ص ٢٣و٢٤؛ وكذلك:

- Louis Frédéric PIGNARRE , Convevtion d’arbitrage , Dalloz , 2013 (actualization 2014) , N: 5.

وتكون قيمة الصفقات أو العقود فيها كبيرة جداً، على نحو لا تمثل فيه تكاليف التحكيم إلا النذر القليل منها [١].

غير أن ذلك الأمر، لا يمنع من أن تضع هيئات ومراكز التحكيم بالتنسيق فيما بينها، حداً لمواجهة ظاهرة ارتفاع نفقات التحكيم، من أجل تفعيل نظام التحكيم، وتشجيع الأفراد على سلوكه.

ثالثًا- إذا كان من أهم مزايا التحكيم أنه يشجع الدول النامية على زيادة الاستثمارات فيها، فإن هذه الميزة تنعدم الفائدة منها عندما يُفرض التحكيم من الطرف القوي على الطرف الضعيف، الأمر الذي يجعل هذا الأخير مجبراً على الدخول في علاقات غير متكافئة مع الدول المتقدمة ذات الشوكة الأقوى[٢]. لذلك ذهب البعض[٣] إلى القول بأن المخرج الوحيد لهذه الدول، هو أن تُسِن وتُصدِر من التشريعات ما تكفل به تنظيم التحكيم على وجه يكفل تحقيق مصلحة الطرفين، وإلا كان ذلك عقبة تحول دون حصول هذه الدول على مساعدات المؤسسات المالية الدولية.

رابعًا- يعتبر التحكيم أشد خطورة من بعض النظم المشابهة له في حسم المنازعات، وتحديداً نظام الصلح، حيث أن الخصوم يلجأون للتحكيم للفصل في منازعاتهم، ولا يعرفون مقدار ما سيُحكم لهم أو

(١) د/عبد المنعم خلاف، مشكلات التحكيم في التجارة الخارجية والنقل البحري، بحث منشور في مجلة روح القوانين، تصدرها كلية الحقوق، جامعة طنطا، سنة ١٩٩٠، العدد الثاني، ص ١٩٠.

(٢) د مهندس / حميد لطيف نصيف الدليمي، المرجع السابق، ص٢٤.

(٣) د/ محمود مختار أحمد البريري، المرجع السابق، ص١٦.

مقدار ما سيُحكم به عليهم، وذلك على خلاف الصلح الذي يقبل فيه كل طرف بتنازل معين مقابل ضمانه لمقدار سيأخذه(١).

الفصل الثالث

ماهية اتفاق التحكيم وبيان خصائصه

تقسيم:

سنتعرض لهذا الفصل في مبحثين، هما:

المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم وبيان طبيعته القانونية.

المبحث الثاني: خصائص اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

ماهية اتفاق التحكيم وبيان طبيعته القانونية

أولًا: ماهية اتفاق التحكيم:

يعتبر اتفاق التحكيم الركيزة الأساسية التي بها يسلك الأطراف طريق التحكيم كوسيله لحسم منازعاتهم، وهذا الأمر محل إجماع بين سائر التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية التي تناولت موضوع التحكيم وفضلته على سائر الوسائل الأخرى لحسم المنازعات دون قضاء الدولة المختص أساساً بها.

(١) د/ عيد محمد القصاص، المرجع السابق، ص ٤١.

ويعد اتفاق التحكيم المرحلة الأولي والمبدئية التي منها تنطلق العملية التحكيمية ككل، فلا لجوء إلى تحكيم ولا اختيار محكمين ولا اختيار إجراءات معينة ولا قواعد موضوعية تطبق على النزاع بدون الاتفاق على التحكيم، فلكل شيء أساس، وأساس كل ذلك هو اتفاق التحكيم، وهذا الأخير هو وجه تميز التحكيم عن غيره من أدوات تحقيق الوظيفة القضائية، وبصفة خاصة قضاء الدولة. فهذا الاتفاق هو الذي يقرر مبدأ اللجوء إلى التحكيم وتحديد إجراءاته وموضوعة وكيفية تشكيل الهيئة التحكيمية، وكذلك القانون المختص بحكم النزاع ولغة التحكيم ومكانه[١].

وعلى ذلك، فلا يوجد أدنى لا شك أن اتفاق التحكيم هو نقطة البداية في انطلاق العملية التحكيمية، فهو الأساس الذي منه تبدأ إجراءات التحكيم، كما أنه يُظهر رغبة الأطراف في حسم منازعاتهم عن طريق

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٧.

التحكيم [١]. وبدونه لا تقوم لهذا الأخير قائمة. باستثناء حالات التحكيم الإجباري التي استقر عليها الرأي [٢].

ولقد تعرض المشرع المصري لتوضيح ماهية اتفاق التحكيم، في المادة العاشرة من قانون التحكيم الجديد التي نصت على أنه:" اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينه عقدية كانت أو غير عقدية" [٣].

وعرفت اتفاقية نيويورك اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة الثانية، التي نصت على أنه:" الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بموجبه

---

(١) د/حمدي علي عمر، حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣، ص ٨؛ وكذلك:

-Alejandro Follonier-Ayala , La Convention d'arbitrage : notion et Modalités , Etude comparatives des régimes latino-américains et Suisse , 2012 , p.4.؛ http// S3 . amazonaws . com/ academia. Edu. Documents.

(٢) وقد استقر الرأي على اتباع طريق التحكيم الإجباري الذي ينظمه القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ في شأن هيئات القطاع العام وشركاته، فيما يتعلق بمنازعات هذه الهيئات وشركاتها التي لم تخضع بعد لقانون شركات قطاع الأعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، والتي لم تتحول إلى شركات قابضة، وذلك على الرغم من قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا النوع من التحكيم.....د/فتحي والى، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٣) ويعتبر نص المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري، مستوحى من نص المادة السابعة من قانون الأونسترال النموذجي، التي عرفت اتفاق التحكيم، بأنه:" اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة، التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية".

الأطراف، بأن يُخضعوا إلى التحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، عقدية أو غير عقدية تخص مسألة يمكن تسويتها بطريق التحكيم".

وعلى الرغم من وضوح النصوص التشريعية في تعريف اتفاق التحكيم، إلا أن آراء الفقهاء تعددت في تعريفه رغم توحدها في مضمونها. فعرفه جانب من الفقه [١]: بأنه عقد من عقود القانون المدني بمقتضاه يتفق الأطراف على عرض النزاع الذي يثور بصدد علاقة قانونية فيما بينهم على جهة أخرى غير جهة القضاء العادي التابعة للدولة.

وفي صورة أكثر إيضاحا من سابقتها، ذكر جانب من الفقه [٢]، تعريف اتفاق التحكيم بصورة توضح المشتملات الرئيسية له، وعرفه بأنه: ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلا أو النزاع الذي قد ينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين على محكمين بدلاً من عرضه على قضاء الدولة، أياً كانت طبيعة العلاقة التي نشأت بسبب هذه المنازعة.

(١) د/نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة دار المعارف، الطبعة الأولي، سنة ١٩٨١، ص ٢١٩؛ د/عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٦، ص ٣٧.

(٢) د/عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الأولي، سنة ١٩٩٠، ص ٩٣؛ د/عيد محمد القصاص، المرجع السابق، ص ٨٨.

وذكره البعض، على أنه اتفاق الأطراف على اختيار شخص (محكم) أو أكثر، ليفصل فيما يثور مستقبلاً أو يثور فعلاً بينهم من منازعات، بحكم ملزم، دون المحكمة المختصة [١].

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية، بأن اتفاق التحكيم هو اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والنزول على حكمهم ولا يتضمن تكليفا للحضور أمام هيئة التحكيم[٢]. وأكدت على نفس المعني ذات المحكمة، عندما قضت بأن:" اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساسا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهة القضاء، إلا انه ينبني مباشرة في كل حالة على حده على اتفاق الطرفين"[٣].

يتضح من خلال عرض التعريفات السابقة لاتفاق التحكيم سواء التشريعي منها، أو الفقهي، أو القضائي، أن هذا الاتفاق يرتكز بصورة أساسية على وجود التراضي بين طرفي العلاقة القانونية بشأن اتخاذ التحكيم وسيله لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة أيا كان نوعها

([1]) Marc de Monsembernard , Marchés publics , avril 2013 (actualisation: avril 2015) , p.566.

([٢]) الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٤٤ ق، جلسة ١٩٨٠/٦/١٠.

([٣]) الطعن رقم ١٠٣٥، ٦٥ ق، جلسة ١٩٩٩/٣/١.

سواء كانت مدنية، أو تجارية، أو إدارية، طالما كانت تصلح لأن تكون محلا لاتفاق تحكيم[١].

ثانياً: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم:

اختلف الفقه بشأن تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه اتفاق له طبيعة إجرائية بحتة، بينما ذهب جانب آخر إلى تأييد طبيعته المدنية الخاصة.... وذلك على البيان التالي:

الرأي الأول: المؤيد للطبيعة الإجرائية لاتفاق التحكيم[٢]:

يري أنصار هذا الرأي، أن اتفاق التحكيم لا يندرج ضمن العقود المدنية، وإنما له طبيعة إجرائية بحتة، ومبرر ذلك أن الطابع الإجرائي يظهر في جميع مشتملاته، سواء تعلق ذلك الطابع بموضوع الاتفاق، أو أثره، أو شكله، أو بطلانه:

فمن حيث موضوع الاتفاق، يعتبر اختيار المحكمين المنوط بهم سلطة الفصل في النزاع هو الموضوع الأساسي لاتفاق التحكيم. فطريقة اختيار المحكم هي مسألة تخضع لإرادة الأطراف، ففي التحكيم الحر أو الطليق يتم اختيار المحكمين مباشرة عن طريق أطراف النزاع. أما في

(١) د/أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٢) د/احمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢، ص٩٨.

التحكيم المؤسسي فيتم اختيارهم عن طريق الإرادة الضمنية للأطراف، وذلك وفقاً لنظام المركز أو المؤسسة التحكيمية المعروض عليها النزاع[١]. وفي جميع الأحوال يعتبر موضوع اتفاق التحكيم ذو طابع إجرائي، بحت مفاده إقصاء النزاع محل التداعي عن سلطان قضاء الدولة، والعهود به إلى محكمين مختارين من قبل الأفراد ليحكموا فيه بحكم ملزم للخصوم دون المحكمة المختصة به.

ومن حيث شكل الاتفاق، فقد قرر المشرع الإجرائي أن شكل الاتفاق هو ركن قانوني في العمل القضائي، ويعتبر ذلك تمشياً مع ما نص عليه قانون التحكيم في المادة (١٢) من اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلا.

أما عن أثر الاتفاق، فاتفاق التحكيم يؤثر على إجراءات الخصومة القضائية؛ لكونه يلزم أطرافه بعدم سلوك طريق التقاضي العادي واللجوء إلى قضاء التحكيم بديلاً عنه[٢]. كما أنه يخول المدعي عليه دفعاً بالتحكيم، وما يؤكد ذلك، ما جاء بالمادة (١٣) من قانون التحكيم، التي نصت على أنه:" يجب على المحكمة التي يُرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى".

(١) ا/طارق فهمي الغنام، طبيعة مهمة المحكم، تقديم الأستاذة الدكتورة سميحة القليوبي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة ٢٠١١، ص ٧٩.

(٢) د/إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية "دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقارن "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٩، ص ٧١.

وعن بطلان الاتفاق، فالمعروف في جميع الاتفاقات والعقود المدنية الداخلة في نطاق القانون الموضوعي الخاص، أنه إذا شاب العقد عيب سواء تعلق هذا الأخير بأركان العقد أو شروط صحته، وثار نزاع بصدد تنفيذه، فإنه يجوز التمسك ببطلانه قبل صدور حكم منهي للنزاع. وذلك على العكس تماماً من التمسك ببطلان اتفاق التحكيم أمام القضاء، حيث لا يجوز التمسك بذلك قبل صدور الحكم المنهي للتحكيم، وذلك لعدم وجود دعوي قضائية مستقلة لبطلان اتفاق التحكيم[١].

وعلى الرغم من وجاهة الأدلة التي اعتمد عليها هذا الرأي، إلا أنه لم يلق قبولاً لدي بعض الفقه[٢] الذين نفوا الصفة الإجرائية عن اتفاق التحكيم لعدة أسباب. أولها: أن القانون الذي يحكم صحة الاتفاق سواء من الناحية الموضوعية أو الناحية الشكلية ليس هو القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وثانيها: أن المحكم المنوط به سلطة الفصل في النزاع ليس له أي يد في خلق هذا الاتفاق، حيث أن هذا الأخير يستند بصورة أساسية إلى اتفاق الأطراف عليه بصورة إرادية. وأخيراً: أن العمل الإجرائي لا يتمتع في ذاته بأي استقلال، وإنما يتأثر بالأعمال الأخرى المكونة للخصومة، على عكس اتفاق التحكيم الذي يتمتع باستقلالية تامة عن العقد الأصلي الوارد بشأنه ذلك الاتفاق، كما أن

(١) د/أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٢) د/أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوبة منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٥، ص ٥٦ وما بعدها.

المواعيد التي تسري على الأعمال الإجرائية في تقادمها أو سقوطها لا تسري على اتفاق التحكيم.

الرأي الثاني: المؤيد للطبيعة المدنية لاتفاق التحكيم(١):

يرى أنصار هذا الرأي، أن اتفاق التحكيم يعد بمثابة عقد من عقود القانون الخاص، ولا يندرج ضمن الأعمال الإجرائية، حيث إنه يبرم قبل بدء الخصومة، كما أنه لا يخضع لقواعد البطلان الإجرائية، بل تسري عليه قواعد البطلان المقررة في القانون المدني. وهذا ما انتهجته معظم التشريعات والاتفاقات الدولية والإقليمية في مجال التحكيم. ويؤسس هذا الرأي ما ذهب إليه على أن اتفاق التحكيم يتمتع بسمات العقود المدنية.

فمن ناحية أولى، يدخل هذا الاتفاق ضمن طائفة العقود المسماة (٢): يُعرف العقد المسمى وفقاً للقواعد العامة في نظرية الالتزامات، بأنه: ذلك العقد الذي خصصه القانون باسم معين وتولي تنظيمه بنصوص تشريعية

(١) د/فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٧؛ د/أحمد مليجي، المرجع السابق، ص ٢٠٨؛ د/آمال أحمد الفرايزي، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعليه التحكيم، دراسة مقارنة بين النظام القضائي المصري – السعودي – الفرنسي – الإيطالي، منشأة المعارف، سنة ١٩٩٣، ص ٤٠؛ د/سهير سيد أحمد منتصر، محاضرات في التحكيم بمؤتمر التحكيم الدولي بمعهد الأهرام الإقليمي للصحافة، مارس ٢٠٠٧؛ وكذلك:

- Ch.Seraglini ؛ J.Dvtscheidt , Droit de l’arbitrage interne et international , paris , 2013 , p.480.

(2) Alejandro Follonier-Ayala , op. cit , p.4.

محددة لشيوعه بين الناس في التعامل[١]. وبتطبيق ذلك على اتفاق التحكيم نجد أن المشرع قد وضع للتحكيم نظاماً قانونيا خاصاً يتمثل في قانون التحكيم الجديد في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

ومن ناحية ثانية، يصنف اتفاق التحكيم ضمن العقود الملزمة للجانبين: العقد الملزم للجانبين وفقاً للقواعد العامة، ذلك العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، كعقد البيع يلتزم فيه البائع بنقل ملكية الشيء المبيع في مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن[٢]. وبتطبيق ذلك على اتفاق التحكيم نجد أنه عقد ملزم للجانبين، ويتمثل ذلك في التزام كل من الطرفين بعدم طرح النزاع محل الاتفاق أمام قضاء الدولة.

غير أن الطبيعة الذاتية لاتفاق التحكيم باعتباره من العقود الملزمة للجانبين تختلف عن طبيعة العقود الملزمة للجانبين المعروفة في القانون المدني كعقد البيع والإيجار، حيث أن هذه الأخيرة تفترض تنوعاً في الأداءات المتقابلة، على عكس اتفاق التحكيم الذي يتميز بأحادية الالتزام الواقع على كل من طرفيه، وهذا الاختلاف من شأنه أن يلغي الآثار المألوفة لتقابل الالتزامات المترتبة على العقود الملزمة للجانبين كالدفع

(١) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات "المصادر – الأثبات – الآثار - الأوصاف – الانتقال - الانقضاء"، "تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي "، منشأه المعارف، سنة ٢٠٠٤، ص٤٠.

(٢) د/وفاء حلمي أبو جميل، محاضرات في النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول "مصادر الالتزام"، بدون ناشر، سنة ٢٠١٠، ص ٢٩.

بعدم التنفيذ أو الفسخ لعدم التنفيذ، وعلى ذلك إذا رفع أحد الطرفين نزاعة إلى هيئة التحكيم فلا يتصور أن يدفع الطرف الأخر أمام هذه الهيئة بعدم التنفيذ أو أن يطالب بفسخ الاتفاق لعدم قيام خصمه بتنفيذ التزامه، وذلك لأن الالتزام واحد بالنسبة للطرفين(١).

ومن ناحية ثالثة، يعتبر اتفاق التحكيم من العقود الرضائية في أساسها والعقود الشكلية في وجودها (٢): العقد الرضائي: هو ذلك العقد الذي يكفي لانعقاده عنصر الرضاء أو مجرد التراضي بين الطرفين، ويعتبر هو القاعدة العامة في العقود في القانون المدني المصري، حيث أن الأصل في العقود الرضائية ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك(٣). وبالنظر إلى اتفاق التحكيم نجد انه عقد رضائي؛ لأن إرادة الأفراد هي التي تنشؤه(٤) إذ لابد فيه من توافق إرادات طرفيه بإيجاب وقبول متطابقين حول إخضاع النزاع الذي ثار أو سيثور بينهما لطريق التحكيم؛ لأن هذا الأخير ما هو إلا قضاء اتفاقي.

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص٣٢٥.

(2) Alejandro Follonier-Ayala , op. cit , p.5.

(٣) د/سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة ٢٠٠٢، ص٣٩.

(٤) د/أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٢٥.

أما العقد الشكلي فهو الذي يحتاج لنشوئه إجراء شكلي معين يكون ركناً لازماً لانعقاده، وبدونه يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً[١]. ويعتبر اتفاق التحكيم عقد شكلي في وجوده؛ لأن الكتابة شرط لوجود ذلك الاتفاق صحيحاً، وهذا ما ورد بالمادة (١٢) من قانون التحكيم، من ضرورة أن يكون ذلك الاتفاق مكتوباً وإلا كان باطلاً، كما أن اشتراط الكتابة هنا من أجل انعقاد الاتفاق وليس لإثباته، أي بدونها يعتبر ذلك الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ويرى جانب من الفقه، أن اتفاق التحكيم، وإن كان يندرج ضمن طائفة الاتفاقات العقدية الخاضعة في أحكامها للقانون المدني، إلا أنه اتفاق له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من الاتفاقات العقدية المدنية، حيث ينصب جُل اهتمام هذه الاخيرة بالدرجة الأولي على الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص، أما اتفاق التحكيم فهدفه الأساسي لا ينصب على هذه الحقوق أو تلك المراكز، بل هدفه المباشر هو نزع الاختصاص من قضاء الدولة وإعطائه لمحكمين مختارين من قبل الأطراف[٢].

(١) د/أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي، بدون ناشر وسنة نشر، ص ٢٠؛ د/محمد السعيد رشدي، صيغ العقود، بدون ناشر وسنة نشر، ص ٩.

(٢) د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٣٦؛ وكذلك:

- A.Foustocuos , L’arbitrage interne et international en droit privé Hellénique , Litec , 1976 , p.55 ؛Alejandro Follonier-Ayala , op. cit , p.10.

والأولى بالإتباع – في رأينا – أن اتفاق التحكيم يندرج ضمن عقود القانون الخاص وتطبق عليه قواعد القانون المدني، حيث أن هذا الاتفاق يتم بتراضي وتوافق إرادات الأطراف، وهذا الأمر الأخير هو الأساس الذي يُبنى عليه نظام التحكيم برمته. ويؤيد ذلك، أن هذا الاتفاق يخضع في تكوينه وإبرامه للقواعد العامة المعروفة في العقود المدنية، سواء من حيث أركانها أو شروط صحتها، فإذا تخلف ركن من هذه الأركان أو شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال على حسب الأحوال.

ومن هذه الطبيعة المدنية يستمد فقه القانون المدني شرعيته القانونية في دراسة اتفاق التحكيم، حيث تحمل هذه الطبيعة بين ثناياها رداً حاسماً على من يقولون بأن التحكيم من اختصاص فقهاء فرع معين من فروع القانون، كالقانون التجاري، أو قانون المرافعات، أو القانون الدولي، ولكن في حقيقة الأمر هو نظام قانوني تتشعب جذوره لتمتد إلى جميع فروع القانون التي يجوز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناتجة عن تطبيقها، ولكل منهم وجهة يتولى دراستها حسبما يتراءى له، بغية الوصول في النهاية إلى الإلمام بكل جوانب هذا النظام المساند لقضاء الدولة في حسم المنازعات.

المبحث الثاني

خصائص اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم:

يتسم اتفاق التحكيم بعدة سمات رئيسية تميزه عن غيره من الاتفاقات العقدية المعروفة في القانون المدني، حيث إنه يتمتع باستقلاليه عن العقد الأصلي الوارد فيه، كما أنه غير متعلق بالنظام العام، وأخيرا أنه اتفاق غير قابل للتجزئة. وعلى ذلك سنتعرض لدراسة هذا المطلب من خلال المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: استقلال اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام.

المطلب الثالث: عدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة.

المطلب الأول

استقلال اتفاق التحكيم

السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الشأن هو: مدى ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي الذي ورد بشأنه هذا الاتفاق، **فهل يعتبر جزءا منه بحيث يتوقف مصيره على مصير العقد، وبالتالي فإن بطلان العقد يؤدي**

حتماً إلى بطلان كل شروطه ومنها شرط الاتفاق على التحكيم؟ أم أن ذلك الاتفاق ينفصل عنه ويتمتع بكيان ذاتي مستقل عن ذلك العقد[١]؟

لم تنص أياً من مواد قانون المرافعات الملغي في المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وإزاء هذا الصمت التشريعي احتدم الخلاف الفقهي حول إقرار هذا المبدأ بين مؤيد ومعارض، ولكن بصدور قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ استقر هذا الخلاف بتقنين هذا المبدأ في المادة (٢٣) من هذا القانون، التي نصت على أنه:" يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

ونظراً لأهمية وعظم الدور الذي يقوم به التحكيم باعتباره قضاء اتفاقي لحسم منازعات الأفراد، وأن الاتفاق عليه يعتبر بمثابة العمود الفقري للعملية التحكيمية ككل، لذلك رسخت وقننت معظم تشريعات دول العالم، وكذلك الاتفاقيات الدولية التي تناولت موضوع التحكيم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

(١) د/ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دراسة مقارنة – اتفاقية نيويورك، القانون الفرنسي، القانون النموذجي، الشريعة الإسلامية، التشريعات العربية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة ١٩٩٦، ص ٣٠٩.

يُقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، عدم تعلق هذا الاتفاق من حيث وجوده وصحته وبطلانه بموضوع العقد الأصلي، أي لا يترتب على بطلان أو إبطال الشرط أو عدم صحته بطلان العقد الأصلي، كما لا يترتب على بطلان موضوع العقد الأصلي أو عدم صحته أو إبطاله بطلان اتفاق التحكيم، إلا في الحالات التي يشمل فيها البطلان اتفاق التحكيم ذاته[١]، كما لو كان العقد قد أُبرم بواسطة شخص ناقص الأهلية أو عديمها. ونتيجة لذلك يكون للمحكمين سلطة النظر في أي منازعات تنشأ عن بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي.

ويتطلب الإعمال الصحيح لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم توافر عدة مقتضيات قانونية أهمها، ضرورة أن يكون الاتفاق ذاته صحيحاً، أي مستوفياً أركان وشروط صحته القانونية[٢]. وكذلك يجب ألا يكون هناك اتفاق من جانب الأطراف على اعتبار البند الخاص باتفاق التحكيم جزءاً

(١) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم "مفهومه-أركانه وشروطه-نطاقه" دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١ - ٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وأنظمة التحكيم المقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٣، ص١١٣ وما بعدها؛ وكذلك:

- Bertrand MOREAU , Arbitrage international , Dalloz , 2015 , N: 17 , 18.

(٢) سيتعرض الباحث لدراسة أركان اتفاق التحكيم وشروط صحته في الفصل الثاني من هذا الباب.

لا يتجزأ من العقد الأصلي، إذ في هذه الحالة يرتبط وجود ومصير اتفاق التحكيم بوجود ومصير العقد الأصلي[١].

ويؤسس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم من الناحية القانونية على أن لكل من الاتفاق والعقد الأصلي محلاً وسبباً يختلف عن الآخر. فمحل اتفاق التحكيم هو الفصل في منازعة يمكن أن تنشأ عن العقد الأصلي، أما محل العقد فهو أمر يختلف حسب نوع العقد الذي قد يكون تجارياً أو مدنياً. وعن سبب اتفاق التحكيم، فيتمثل في رغبة الأطراف في إقصاء منازعاتهم عن قضاء الدولة والعهود بها إلى المحكمين، أما سبب العقد فيتمثل في الواقعة محل الالتزام القانوني الوارد في العقد[٢].

ويترتب على الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عدة نتائج أهمها، تحقيق الفاعلية الكاملة لاتفاق التحكيم، عن طريق تقرير اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة العقد الأصلي أو إبطاله أو بطلانه، إعمالاً للشرط الصحيح الوارد به[٣]، وهذا ما يعرف "بمبدأ الاختصاص بالاختصاص"، الذي قرره المشرع المصري في المادة (١/٢٢) من

(١) د/أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص٢٦٦؛ وكذلك:

- J.Claude Dubarry et Eric Loquin , Tribunaux de commerce et arbitrage , RTD com , 2003 , p.63.

(٢) د/فتحي والى، المرجع السابق، ص٩٥.

(٣) د/محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الداخلي والدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٦، ص ١٠٦.

قانون التحكيم الجديد، التي نصت على أنه:" تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

بالإضافة إلى أن انتهاج مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في التحكيم التجاري الدولي، يؤدي إلى إمكانية خضوع كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم لقانون مختلف عن الآخر، فالعقد الأصلي يخضع لقانون القاضي أو القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، أما اتفاق التحكيم فإنه لا يخضع حتماً وفي جميع الأحوال لتلك القوانين، بل يمكن للأطراف أو القاضي إخضاعه لقانون مختلف[١].

وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية، بأن نص المادة ٢٣ من قانون التحكيم تعد أحد القواعد الأساسية التي تعتبر من ركائز التحكيم ، وأن اتفاق التحكيم لا يتأثر بما قد يصيب العقد من جزاء الفسخ أو أسباب البطلان أو إنهائه، طالما كان الاتفاق صحيحاً في ذاته سواء كان في صورة شرط أو مشارطة، فإنه يتمتع باستقلال قانوني بحيث يصبح بمنأى عن أي عوار قد يلحق العقد الأصلي ، وإذا كان حكم

(١) د/فتحي والى، المرجع السابق، ص ٩٧؛ وكذلك:

- Klein (F) , Du caractere autonome de la clause compromissore notament en matinees d'arbitrage international , Rev.crit , 1961 , p.500.

التحكيم المؤيد بالحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ورفض دفع الطاعنة، وأن شرط التحكيم الذي تضمنه عقد النزاع صحيحا في ذاته، فإن النعي عليه في هذا الخصوص يكون على غير أساس[١].

وعلى الرغم من إقرار المشرع الصريح لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، واتفاق أغلب آراء الفقه على أن الاستقلالية تشمل كل من شرط التحكيم ومشارطته على حد سواء، إلا أن المشرع لم يذكر في النص سوى استقلالية شرط التحكيم فقط[٢]، لذلك ومنعاً لحدوث أي خلاف محتمل أو مستقبلي كان من الأجدر أن ينص المشرع على استقلال اتفاق التحكيم بدلاً من استقلال شرط التحكيم؛ لأن المصطلح الأول أكثر اتساعاً وشمولية من المصطلح الثاني، حيث إنه يشمل كل صور الاتفاق شرطاً كان أو مشارطة، وكذلك الاتفاق على التحكيم بطريق الأحالة، على النحو الذي سنبينه في موضعه.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها هذا المبدأ، سواء كان ذلك في المعاملات الداخلية أو الدولية. فكان أقدم أحكامها في هذا الشأن في ٧ مايو ١٩٦٣ في قضية (Gosset). والذي تتلخص وقائعه في قيام شركة (Gosset) الفرنسية بالطعن على أمر تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها لمصلحة شركة إيطالية (Carepelli) كانت

(١) الدائرة المدنية والتجارية، الطعنان رقما ٨٢٤، ٩٣٣، لسنة ٧١ ق، جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٤.

(٢) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص ١٢٤.

هذه الأخيرة قد أبرمت معها عقد بيع بضائع؛ ونظراً لأن العقد الذي تضمن شرط التحكيم كان باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته النظام العام الفرنسي لوجود حظر على استيراد البضائع محل التعاقد، طالبت الشركة الفرنسية ببطلان شرط التحكيم بالتبعية لبطلان العقد الأصلي، إلا أن محكمة النقض رفضت هذا الدفع قائلة بأن :" في التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء أكان منفصلاً أو كان يتضمنه التصرف القانوني محل النزاع، يتمتع دائما – فيما عدا بعض الظروف الاستثنائية - باستقلال قانوني كامل عن ذلك التصرف بحيث لا يتأثر بما قد يعتري هذا التصرف مستقبلاً من عدم صحة"(١).

وعلى الأساس ذاته أكدت ذات المحكمة مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، ولكن بصورة أكثر إطلاقا بدون أي تحفظ، في قضية (IMPEX)، التي تتعلق بعقد تصدير حبوب إلى إيطاليا، وتمت عملية البيع على مرحلتين، الأولى من فرنسا إلى البرتغال وسويسرا، والثانية من البرتغال وسويسرا إلى إيطاليا، وذلك من أجل الاستفادة من بعض المزايا المقررة في إطار السوق الأوربية المشتركة، وذلك للتصدير لدول أخرى خارج السوق، الأمر الذي دعا السلطات الجمركية الفرنسية إلى رفض التراخيص بسبب توافر الغش. وبمناسبة التحكيم الذي جري في فرنسا حول أثار ذلك، أثيرت مسألة بطلان العقود لعدم مشروعية السبب ومدي تأثير ذلك البطلان على اتفاق التحكيم ذاته، وانتهت المحكمة إلى

(1) Cass. civ.7 mai1963, Dalloez, 1963 .P.545.

القول بأن عدم مشروعية العقود الأصلية بسبب توافر الغش لا يؤثر على صحة شرط التحكيم الذي يتعين النظر إليه بصورة مستقلة، وأيدت محكمة النقض قاضي الموضوع في اعتبار أن اتفاق التحكيم الدولي الخاص يكون اتفاقاً مستقلاً قانوناً(١). وكرست محكمة النقض ذات المبدأ في أحكام عديدة حديثة لها (٢).

وتأكيداً على ما تقدم، جاء قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر في يناير ٢٠١١ بالنص على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وذلك في المادة (١٤٤٧) منه بنصها على أنه: " اتفاق التحكيم مستقل عن العقد المتعلق به، ويجب ألا يتأثر بعدم فاعليه العقد المذكور، وعندما يكون شرط التحكيم باطلاً يعتبر كأن لم يُكتب"(٣).

وعلى ذلك، يعتبر اتفاق التحكيم تصرف قانوني مستقل قائم بذاته وإن تضمنه العقد الأصلي، فلا يعتبر مجرد شرط وارد في العقد كسائر

(1) Cour de cass. 18 Mai 1971. Clunet, 1972. P.62 .

(2) Cass. Civ , 2 , 4 avril 2002 , Bull , 2002 , II N: 68 , p.57 ؛ Cass.com , 9 avril 2002 , Bull.civ , 2002 , N:68 , p.72؛ Cass.civ , 2, 20 mars 2003 , Bull.civ.II , 2003 , N:68 , p.60.

(3) Article 1447: "la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapprte.Elle n'est pas affctée par l'inefficacite de celui-ci. Lorsqu, elle est nulle la claus compromissoire est reputee non écrite". Dernière modification du texte le 26 février 2016 - Document généré le 16 mars 2016 - Copyright (C) 2007-2016 Legifrance.

الشروط، بل هو بمثابة عقد خاص داخل العقد الأصلي يبرمه نفس أطرافه، ويندرج مادياً فيه، أياً كان نوع التحكيم، داخلياً أو دولياً [١].

ولضمان فاعليه المبدأ المذكور نص المشرع الفرنسي أيضاً على مبدأ آخر يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص كنتيجة مترتبة على المبدأ محل البحث والدراسة، وذلك في المادة (١٤٤٦) بنصها على أنه: "إذا نازع أحد الأطراف أمام المحاكم في أساس أو مدى سلطة أو نطاق اختصاص المحكم، فيكون لهذا الأخير الفصل في صحة الاتفاق على التحكيم أو حدود اختصاصه" [٢].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها أصدرته سنه ١٩٩٩، بأن هيئة التحكيم هي التي تملك وحدها الفصل في صحة ونطاق اختصاصها. وأن محكمة الاستئناف تكون قد خالفت القانون عندما

([1]) Jing Li , La transmission et l'extension la clause compromissoire dans l'arbitrage international , 1993 , p.17 ؛ Forssius (G) , L'independence de la compromissiore en droit suedois , Rev.arb , 1955 , p.16 et s؛ Elie Kleiman et Julie Spinelli , La réforme du droit de l'arbitrage , sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité , ápropos du décret du 13 Janvier 2011 , Gaz.Pal , 2011 , p.3.

([٢]) يُنظر في مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون الفرنسي:
- Ph.Fouchard .E.Gaillard et B.Goldman , op.cit , p.413.

نظرت بداية صحة شرط التحكيم حيث كان يجب عليها أن تترك لمحكمة التحكيم أولا حسم موضوع اختصاصها[١].

المطلب الثاني

عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام

إن مناط تعلق القواعد القانونية بالنظام العام، هو مدى ارتباط المصلحة التي تحميها هذه القواعد بالأصول والقيم العليا التي تشكل كيان الدولة المعنوي وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلي فيها وحركاتها نحو تحقيق أهدافها، سواء كانت أهداف سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية، وغالباً ما تقنن بصورة آمره لا يجوز مخالفتها[٢].

([1]) Cass. civ. 5 Janv1999. Rev. arb, 1999, P.260.

([٢]) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ١٥٣؛ د/ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي، المدخل لدراسة القانون، بدون ناشر، سنة ٢٠١٥، ص ٣٢؛ د/السيد عيد نايل؛ د/محمد عادل عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون:" الجزء الأول – نظرية القانون"، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٩، ص ١٤٧؛ وكذلك:

- Philippe Malinvaud , Droit DES OBLIGATIONS , Septiéme edition , Litec , 2001 , p.109.

- وفي هذا الشأن أيضا عرفت محكمة استئناف القاهرة النظام العام باعتباره الأساس الاقتصادي والاجتماعي والسياسي في الدولة مما لا يكفي معه مجرد التعارض مع نص قانوني آمر ..... محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة اقتصادية، الدعوي رقم ١٠٣ لسنة ١٢٣ ق، جلسة ٢٠٠٨/٢/٥.

وبتطبيق ذلك على اتفاق التحكيم، نجد أنه عمل إرادي أساسه إجازة المشرع للأفراد بسلوك طريق التحكيم بديلاً عن قضاء الدولة لحسم منازعاتهم، وذلك في بعض المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع النظام العام سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الأخلاقية، أي أنه اتفاق يتعلق بالصالح الخاص للأفراد[١]، ولا يتعلق بالصالح العام للمجتمع.

ولقد أقر المشرع المصري قاعدة عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام في المادة (١/١٣) من قانون التحكيم الجديد، التي نصت على أنه: " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوي إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوي".

ومن مظاهر عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام، أنه يجوز للأفراد النزول عنه سواء كان ذلك بصورة صريحة أو صورة ضمنية[٢]. فالنزول الصريح يتم بإبرام طرفي الاتفاق، اتفاق جديد ينص صراحة

(١) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، "دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والإماراتي وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي والقانون الفرنسي والتشريعات العربية والأجنبية المقارنة وقانون الأمم المتحدة النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الاونستيرال) وقواعد غرفة التحكيم الدولية بباريس ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ومراكز التحكيم الدولية "، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٨، ص ٢٠٨.

(٢) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥١١.

على النزول عن الاتفاق السابق. أما بالنسبة للنزول الضمني، فهو يستخلص من سلوك الطرفين، ومثاله اعتبار سكوت المدعي عليه – بالرغم من وجود اتفاق تحكيم – عن إبداء اعتراضه على المثول أمام المحكمة، حيث يعتبر ذلك نزولاً ضمنياً عن اتفاق التحكيم[١].

يعتبر كذلك نزولاً ضمنياً عن اتفاق التحكيم، إبرام الطرفين صلحاً بشأن النزاع محل التحكيم، حيث أن الاتفاق على الصلح يعتبر اتفاقاً جديداً يحل محل الاتفاق على التحكيم. وبناءً على ذلك إذا ثار نزاع حول صحة الصلح أو تنفيذه فهذا النزاع لا يخضع للتحكيم، وإنما لقضاء الدولة، إذ يلزم لخضوعه للتحكيم أن يتضمن عقد الصلح شرط تحكيم[٢].

ويترتب على عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام، أن الدفع بوجود هذا الاتفاق لا يتعلق أيضاً بالنظام العام[٣]، حيث لا يجوز للمحكمة

---

(١) د/احمد مليجي، موسوعة التحكيم "الجزء الأول"، المرجع السابق، ص٢٠٩، ٢١٠.

- ويري جانب من الفقه أن عدم تمسك المدعي عليه أمام القضاء بالدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دفاع لا يعتبر من قبيل النزول الضمني بل هو صورة من صور سقوط الحق في الدفع يتحقق بمجرد عدم إبداء الدفع بالتحكيم قبل الكلام في الموضوع ..... د/فتحي والى، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٢) د/فتحي والى، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٣) د/محمود مصطفي يونس، حجية أحكام المحكمين ومدي تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة الحق، العدد الحادي عشر، سنه ٢٠٠٦، ص ١٥٢.

أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل يجب أن يتمسك به الخصم قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوي.

والذي يجب التنويه إليه في هذا الصدد، أنه لا يجوز الخلط بين عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام والذي يترتب عليه إمكانية السماح للخصوم بالنزول عنه صراحةً أو ضمناً وعدم جواز قضاء المحكمة بذلك من تلقاء نفسها، وبين عدم مخالفة موضوع اتفاق التحكيم للنظام العام حيث أن هذا الموضوع مقيد بالمسائل التي يجوز فيها الصلح، والتي لا تتعارض مع النظام العام، ويترتب على مخالفة ذلك بطلان اتفاق التحكيم وبطلان حكم المحكمين الصادر بناءً على هذا الاتفاق[١].

والجدير بالذكر، أن الاتفاق على التحكيم لا يسلب القضاء ولاية الفصل في المسائل المستعجلة، ولا يعتبر ذلك من قبيل النزول الضمني عن اتفاق التحكيم، إلا إذا توافرت ظروف خاصة تدل على النزول[٢]، كأن يُشترط في الاتفاق أن تكون للمحكم وحده سلطة الفصل في هذه المسائل. فإذا رفعت دعوي أمام القضاء للفصل في هذه المسائل رغم وجود الشرط، أفاد ذلك معني النزول عن اتفاق التحكيم. وإذا تم التنازل عن الاتفاق سواء كان بصورة صريحة أو ضمنية، فلا يجوز لطرفي

(١) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم "مفهومه-أركانه وشروطه –نطاقه "، المرجع السابق، ص١٤١.

(٢) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥١٣.

الاتفاق العودة مرة أخرى والتمسك به، حيث أن التنازل ينتج أثره بشكل بات[١].

وفي هذا الشأن، أقرت محكمة النقض المصرية قاعدة عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام، وقضت بأن شرط التحكيم لا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحةً أو ضمناً، ويسقط الحق فيه لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع[٢].

وعلى الأساس ذاته، قضت ذات المحكمة، بأن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، ولا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحةً أو ضمناً، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به[٣].

---

(١) م. د/محمد ماهر أبو العنين؛ د/عاطف محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم:" دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه وأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحاكم الاستئناف في خصومة التحكيم الدولي والداخلي، الكتاب الأول:" اتفاق التحكيم وهيئته وخصومته"، بدون ناشر وسنة نشر، ص ١٨٦.

(٢) الطعن رقم ٧١٤ لسنة ٤٧ ق، جلسة ١٩٨٢/٤/٢٦.

(٣) الطعن رقم ١٤٦٦، لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٣٠.

وفيما يتعلق بمسلك المشرع الفرنسي، نجد أنه أقر قاعدة عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام في المادة (١٤٤٨) من قانون المرافعات الجديد الصادر في يناير ٢٠١١، التي نصت على أنه:" أنه في حالة وجود اتفاق تحكيم يجب على محاكم الدولة الحكم بعدم الاختصاص في حالة رفع النزاع أمام هيئة التحكيم، ما لم يكن الاتفاق ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص لوجود شرط التحكيم من تلقاء نفسها"[١].

فالمشرع الفرنسي بنصه السابق اشترط لكي تحكم المحكمة بعدم اختصاصها، أن يتمسك الخصم بالدفع بالتحكيم، ويجب كذلك رفع النزاع أمام هيئة التحكيم دون التقيد بميعاد محدد[٢].

وتطبيقاً لذلك، أقرت محكمة النقض الفرنسية النزول الضمني عن اتفاق التحكيم باعتباره لا يتعلق بالنظام العام، واستخلصت ذلك من مسلك أحد طرفي التحكيم في تسويف طرح النزاع على التحكيم، وتمثل ذلك المسلك في امتناع ذلك الطرف عن دفع نصيبه من نفقات التحكيم وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين مع مركز التحكيم المذكور إعمالاً للأحكام

(1) Article 1448: “Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est devant une jurisdiction de l'état, celle-ci se décláre incompeténte sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et sila convention d'arbitrage est manifestement nulle ou mainfestement inappli cuble”.

(٢) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم "مفهومه - أركانه وشروطه - نطاقه "، المرجع السابق، ص ١٣٤.

المنصوص عليها في لائحة هذا المركز، مما حدا بالأخير إلى سحب الدعوي وشطبها إدارياً[1].

المطلب الثالث

عدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة

السؤال الذي يطرح نفسه هنا على بساط البحث هو: **ما الحكم في حالة ما إذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز الحكم حدود هذا الاتفاق، فهل يبطل الحكم في جملته؟ أم يبطل فقط في الأجزاء الخارجة ويصح فيما دون ذلك؟** أجابت على هذا التساؤل المادة (١/٥٣/و) من قانون التحكيم بنصها على أنه: "لا تقبل دعوي بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: .....

و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها ".

يتضح من النص السابق أنه وضع قاعدة عامة تفيد بعدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة، ووضع استثناءً عليها يقضي بالتجزئة إذا أمكن فصل الأجزاء غير الخاضعة للاتفاق عن تلك الخاضعة له. وعدم القابلية للتجزئة قد يكون موضوعياً، وقد يكون شخصياً:

(1) Cass. civ. 19 Nov 1991 Rev. arb. 1992, P.462.

١-عدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة من الناحية الموضوعية:

يقصد بالناحية الموضوعية لاتفاق التحكيم، الحدود المادية له، وهي المسائل التي اتفق عليها الأطراف لعرضها على هيئة التحكيم، ويجب على هذه الأخيرة الالتزام بها وعدم تجاوزها. وتوجد حالة التجاوز إذا فصلت هذه الهيئة في مسائل لا يشملها الاتفاق. وإذا حدث الفرض الأخير، ولم تلتزم هيئة التحكيم بما ورد في الاتفاق، فالمشرع بمقتضي النص السابق وضع قاعدة عامة مفادها بطلان حكم التحكيم كلية، وأساس ذلك أن التحكيم يقتصر على ما تنصرف إرادة الأطراف المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم(١)، وأن مجاوزة ذلك فيه إهدار لهذه الإرادة، وعدم احترام للأساس القانوني الذي تقوم عليه عملية التحكيم ككل .

وبمقتضي ذات النص أيضاً، وضع المشرع استثناءً على قاعدة عدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة تبني بمقتضاها فكرة البطلان الجزئي لحكم المحكمين، والتي مفادها إهدار العمل الباطل والاعتراف بالعمل الصحيح، وذلك متي كان من الممكن فصل أجزاء الحكم الخاضعة للاتفاق عن أجزائه غير الخاضعة له، بحيث تبقي الأولى صحيحة ومنتجة لآثارها، في حين تقع الثانية باطلة(٢). أي أن الحكم بالنسبة للجزء الذي حدث فيه التجاوز يعتبر قد صدر بلا اتفاق تحكيم(٣). ومثال ذلك إذا فصل

(١) الطعن رقم ١٤٩، لسنة ١٩ ق، جلسة ١٩٥٢/١/٣.

(٢) د/أحمد مليجي، موسوعة التحكيم "الجزء الثالث "، المرجع السابق، ص ٩٦٢.

(٣) د/عيد محمد القصاص، حكم التحكيم " دراسة تحليله في قانون التحكيم المصري والمقارن لماهية الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعات الخاصة ولكيفية تكوينه

حكم المحكمين في فوائد الدين دون أصل الدين أو حالة حكمه للفوائد مع أصل الدين على الرغم من أن الاتفاق يقتصر فقط على أصل الدين دون الفوائد المترتبة عليه، ففي جميع هذه الحالات يبطل حكم المحكمين كقاعدة عامة، إلا إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الصحيحة الخاضعة لاتفاق التحكيم عن تلك غير الصحيحة خارج حدود هذا الاتفاق، ولا يكون باطلاً سوي الأجزاء الواقعة خارج حدود الاتفاق[١].

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأن:" اشتمال حكم هيئة التحكيم على مسائل خاضعة للتحكيم وأخري غير خاضعة له، أثر ذلك بطلان أجزائه المتعلقة بالمسائل الغير خاضعة للتحكيم وحدها"[٢]. وتعتبر مسألة تقدير مدي التزام هيئة التحكيم باتفاق تحكيم من عدمه من المسائل القانونية التي يخالطها الواقع، ومن ثم لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض[٣].

ولقواعد إصداره وللآثار التي يرتبها ولنظام الطعن عليه ولكيفية تنفيذه "، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٢٥٤.

(١) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص ٢٣٥، ٢٣٦.

(٢) الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ ق، جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٦.

(٣) الطعن رقم ١٦٤٠، لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٨٨/٢/١٤.

٢-عدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة من الناحية الشخصية:

يقصد بالناحية الشخصية، تحديد الأشخاص الذين يلتزمون باتفاق التحكيم، والذين لن يلتزموا به، وهنا نفرق بين فرضين:

أ-تعدد أطراف اتفاق التحكيم مع اتفاقهم جميعا على التحكيم:

وفي هذا الفرض، إذا صدر حكم التحكيم فاصلاً في بعض المسائل المتفق عليها دون أن يفصل في البعض الآخر منها فما الحل؟ بتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة (١/٥٣/و) نجد أن حكم التحكيم يعتبر باطلاً إذا لم يكن الاتفاق غير قابل للتجزئة، أي إذا تعذر فصل المسائل التي فصل فيها الحكم عن تلك التي أغفلها. أما إذا كان من الممكن فصلها، بأن كان الاتفاق قابل للتجزئة، فالحكم يبقي صحيحاً فيما فصل من مسائل، أما المسائل التي أغُفلت، فالسبيل الوحيد في هذه الحالة أمام الأطراف هو اللجوء إلى هيئة التحكيم بطلب الفصل في هذه المسائل بحكم تحكيم إضافي[١]،وذلك خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلم حكم التحكيم حسبما جاء بالمادة (٥١) من قانون التحكيم الجديد[٢].

(١) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم "مفهومه – أركانه وشروطه – نطاقه"، المرجع السابق، ص ١٦٦، ١٦٧.

(٢) تنص المادة (٥١) من قانون التحكيم على أن: "يجوز لكل من طرفي التحكيم ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم المحكمين، ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه ٢-وتصدر

ب-تعدد أطراف اتفاق التحكيم مع عدم اتفاقهم جميعاً على التحكيم:

الفرض في هذه الحالة، أن الأطراف متعددون، وأبرم بعضهم اتفاق تحكيم دون البعض الآخر، فما أثر ذلك قبل من أبرم الاتفاق ومن لم يبرمه؟ تقتضي الإجابة على هذا التساؤل التفرقة بين ما إذا كان من وقع اتفاق التحكيم له سلطة تمثيل باقي الأطراف، أم أنه ليس له هذه السلطة:

فإذا كان من وقع اتفاق التحكيم له سلطة تمثيل باقي الأطراف، فهنا يقع على عاتق الجميع التزام باللجوء إلى التحكيم وعدم اللجوء إلى قضاء الدولة، ويكون الحكم الصادر عن هيئة التحكيم صحيحاً وملزماً لمن وقع على الاتفاق، وكذلك لمن لم يوقع عليه طالما كان هناك من يمثله قانوناً. ومثال ذلك قيام أغلبية الملاك على الشيوع وأصحاب حق التصرف في المال الشائع ببيع هذا المال بأكمله مع اشتراط الاتفاق على التحكيم بالنسبة للمنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً عن هذا البيع. ففي هذه

هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك ".

- ومن الجدير بالذكر أن حكم التحكيم الإضافي لا يعتبر وسيلة أو ذريعة لتعديل الحكم حتى ولو كان قضاؤها خاطئاً، كما لا يجوز أن يكون طلب إصدارها هذا الحكم الإضافي هادفاً إلى إعادة مناقشة ما فصل فيه الحكم من الطلبات الموضوعية أيًا كان وجه الفصل في هذه الطلبات، كما يمتنع أن يكون الطلب مستهدفاً جوانبها من جديد مما يؤدي إلى المساس بما قضي به الحكم ومن ثم الإخلال بحجية وبقوة الأمر المقضي، كذلك يجب ألا يكون موضوع الطلب منطوياً على طلب الحكم في موضوع أو طلب لم يُطرح على هيئة التحكيم ..... الدعوي التحكيمية رقم ٢٢٤ لسنة ٢٠٠١، جلسة ٢٠٠٢/١/٩، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي؛ وكذلك الحكم الإضافي في القضية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٩٩، جلسة ٢٠٠٠/٩/٦.

الحالة يلزم اتفاق التحكيم جميع الملاك على الشيوع بما فيهم من لم يوقع على الاتفاق، تأسيساً على أن العقد يلزم جميع الأطراف، وليس فقط أصحاب حق التصرف في المال الشائع[١].

وإذا كان من وقع على اتفاق التحكيم ليس له سلطة تمثيل باقي الأطراف، فإذا كان الاتفاق قابل للتجزئة فإنه يسري في حق من وقع عليه، ولا يكون كذلك في حق من لم يوقع عليه[٢]، حيث لا يجوز إجبار من وقع على اتفاق التحكيم على اللجوء إلى قضاء الدولة؛ وذلك احتراماً لإرادة من وقع عليه.

وفي الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم غير قابل للتجزئة، فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم مطلقاً، ويلتزم جميع الأطراف باللجوء إلى قضاء الدولة؛ لأن الأصل في التقاضي أن يكون أمام محاكم الدولة التي نظمها المشرع وفرض ولايتها على الخصوم، والتحكيم يعتبر استثناءً على هذا الأصل وخروجاً على طرق التقاضي العادية[٣].

(١) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص ٢٣٩، ٢٤٠.

(٢) د/فتحي والى، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٣) د/أحمد بركات مصطفي، حق الالتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والاتجاهات الحديثة في القضاء المصري، بدون ناشر، سنة ٢٠١٢، ص ١٦.

الفصل الرابع

صور الاتفاق على التحكيم

تمهيد وتقسيم:

إن الاتفاق على انتهاج طريق التحكيم لا يتخذ صورة موحدة، ولا يكون على وتيرة واحدة، حيث تتعدد صوره وفقا لوقت إبرام الاتفاق، ومدي اتصال ذلك بحدوث النزاع من عدمه. فقد يتخذ صورة شرط، أو مشارطة، وأحيانا يتم الاتفاق على التحكيم بطريق الأحالة. وسنوالى شرح ذلك في المباحث الثلاث الآتية:

المبحث الأول: شرط التحكيم.

المبحث الثاني: مشارطة التحكيم.

المبحث الثالث: الاتفاق على التحكيم بطريق الأحالة.

المبحث الأول

شرط التحكيم

جاء النص على شرط التحكيم في المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصري، بنصها على أنه:" يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد

موضوع النزاع في بيان الدعوي المشار إليه في الفقرة الأولي من المادة (٣٠) من هذا القانون .....".

ويُقصد بشرط التحكيم، الاتفاق الذي بمقتضاه يتفق أطراف علاقة قانونية معينة على تسوية ما قد ينشأ بينهما في المستقبل من نزاع يتعلق بهذه العلاقة عن طريق التحكيم(١).

ويُسمى الاتفاق في هذه الحالة شرط تحكيم ؛ لأن الغالب أن يتم النص عليه ضمن شرط من شروط العقد موضوع التحكيم ويُذكر في صلب العقد(٢)، وذلك على أساس أنه يتم الاتفاق عليه لحظة إبرام العقد بين الطرفين وقبل نشوء النزاع. غير أن ذلك لا يمنع أن يرد هذا الشرط في صورة اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، وقد يرجع ذلك لعدم إدراك وإفطان من يقوم بتحرير العقد للوسيلة التي يتم بها تسوية المنازعات التي ستنتج عن تنفيذ أو تفسير العقد، أو ربما يقرر الأطراف

(١) د/أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم "اتفاق التحكيم – إجراءات الخصومة والفصل فيها "، بدون ناشر سنة ٢٠٠٧، ص ٢٧؛ وكذلك د/ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٨، ص٢٧٥.

(٢) د/أحمد مليجي، موسوعة التحكيم "الجزء الأول"، المرجع السابق ص٢٠٣؛ وكذلك:

- Manina Papadatou , La convention d’arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises , étude compare des droit français , hellénique et anglais , Thése , Université Panthéon-Assas , 2014 , p.97؛ Alejandro Follonier-Ayala , op. cit , p.8.

إرجاء الجهة المختصة بحسم هذه المنازعات لوقت لاحق قبل نشوء النزاع[١].

كما أنه لا يشترط عند إدراج شرط التحكيم في العقد كوسيلة لحسم منازعات الأفراد المستقبلية أن يتضمن الشرط موضوع النزاع محل التداعي، بل يكفي أن يقرر الشرط فقط مبدأ اللجوء إلى التحكيم، ويرجع ذلك لعدم إمكانية تنبؤ الأطراف عند إبرامهم للعقد الأصلي بالمنازعات التي ستثور بينهم[٢].

وبالنسبة لموضوع النزاع، فوفقاً لما نصت عليه المادة (٢/١٠) فإنه يجب تحديده في بيان الدعوي حسبما وضحته المادة (٣٠) من قانون التحكيم. ويقصد بذلك البيان، المحرر المكتوب الذي يرسله المدعي خلال الميعاد المتفق عليه أو الذي تحدده هيئة التحكيم، ويتضمن اسم المدعي وعنوانه وكذلك الأمر بالنسبة للمدعي عليه، بالإضافة إلى شرح لوقائع الدعوي وتحديد المسائل محل النزاع وكل طلبات المدعي[٣].

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأن" شرط التحكيم يكون سابقاً على قيام النزاع، سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد ضمن عقد معين، ومن ثم لا يتصور أن يتضمن تحديداً لموضوع النزاع الذي لم ينشأ

(١) د/أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص١٤١.

(٢) أ/طارق الغنام؛ د/سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص١٥٢.

(٣) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم "مفهومه - أركانه وشروطه – نطاقه"، المرجع السابق، ص٧٧.

بعد، ولا يكون في مكنة الطرفين التنبؤ به حصراً ومقدماً، ومن هنا لم يشترط المشرع أن يتضمن شرط التحكيم تحديداً لموضوع النزاع، وأوجب ذلك في بيان الدعوى المنصوص عليها بالمادة (٣٠) من قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧" [١].

وتتمثل أهمية شرط التحكيم، في أنه يشجع الأفراد على اللجوء إلى طريق التحكيم، حيث إنه يبرم في وقت تسوده روح المحبة والتفاهم بينهم وقبل حدوث النزاع وتفشي روح الضغينة بينهم[٢]. وترتب على ذلك أن أصبح شرط التحكيم هو الأكثر انتشاراً في العقود الدولية الحديثة بالتفضيل على مشارطة التحكيم، ويؤيد ذلك ما أشارت إليه غرفة التجارة الدولية بباريس عن إحصائية قدمتها عن عدد القضايا التي تم عرضها أمام الغرفة عام ١٩٩٨م، بلغ ٢٣٧ دعوي، كان نصيب الأسد فيها لشرط التحكيم بعدد بلغ ٢٣٣ دعوي، مقابل أربعة دعاوي فقط للمشارطة.

وتتعدد أنماط شروط التحكيم في عقود التجارة الدولية، حيث إنها لا تتخذ نمطاً محدداً، بل قد توجد على هيئة شروط نموذجيه صادرة عن مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، كتلك الصادرة عن غرفة التجارة

(١) الطعن رقم ٧٣٠٧، لسنة ٧٦ ق، جلسة ٢٠٠٧/٧/٨، منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الحادي عشر، يونيو ٢٠٠٨، ص ٢٢١.
(٢) د/عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص١٣٦.

الدولية بباريس[١]، وجمعية التحكيم الأمريكية[٢]، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي[٣]، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[٤]. وقد يتخذ شرط التحكيم صورة الشروط المطبوعة التي تتضمنها الكثير من العقود النموذجية كعقود الفيديك "عقود الإنشاءات الهندسية"، وقد يتولى الأطراف أنفسهم صياغة هذه العقود[٥].

ومن أجل ضمان الفاعلية الكاملة لشرط التحكيم في تحقيق غايته المرجوة منه، فإنه يجب الاهتمام بالطريقة التي يُصاغ بها، حيث يجب أن يكون على درجة كافية من الوضوح واليقين في إقرار مبدأ اللجوء إلى التحكيم، كما أنه من مصلحة الطرفين النص في شرط التحكيم على ما ييسر إتمام العملية التحكيمية، كالنص على من يعين رئيس هيئة التحكيم

(١) الشرط الوارد بها نصه كالآتي: "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو في علاقة به يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعينهم وفقاً لذلك النظام ".

(٢) الشرط الوارد بها نصه كالآتي: "أي خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتصل به أو تتعلق بالإخلال به يتم تسويتها عن طريق التحكيم وفقاً لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية ".

(٣) الشرط الوارد بها نصه كالآتي: "أي نزاع قد يثور أو تتعلق بهذا العقد بما في ذلك صحته أو تفسيره أو تنفيذه يتم الفصل فيه بالتحكيم طبقاً لقواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي السارية في هذا الوقت ".

(٤) الشرط الوارد به نصه كالآتي:" أي نزاع أو خلاف ينشأ أو يتعلق بهذا العقد أو بمخالفة أحكامه أو بطلب فسخه أو إنهائه أو إبطاله يتم تسويته عن طريق التحكيم تحت إشراف المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة وفقاً لقواعده".

(٥) د/أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص٣٦.

إذا لم يتفق الأطراف على تعيينه، وكذلك النص على مكان التحكيم، ولغته، والنظام الإجرائي الذي يخضع له[١].

وفي هذا الشأن، يجب الأخذ بعين الاعتبار عدم الإفراط أو الإكثار من ذكر وتحديد تفاصيل العملية التحكيمية في شرط التحكيم، إذ قد يمثل ذلك عقبه أمام مباشرة هيئة التحكيم لعملها، فعلى سبيل المثال إذا عين طرفي النزاع هيئة التحكيم في شرط التحكيم، وعند حدوث النزاع فإنه وفقاً لاتفاق الأطراف يجب الفصل فيه بواسطة المحكمين الذين تم تسميتهم في الشرط، فإذا حدث وتوفي أحد المحكمين ففي هذه الحالة لا يعتد بشرط التحكيم، ويجب إبرام اتفاق تحكيم آخر، ويسمي في هذه الحالة "مشارطة تحكيم"[٢].

وتكمن الفائدة العملية من ضرورة الاهتمام بصياغة شرط التحكيم، في تجنّب الكثير من المشكلات الناجمة عن سوء الصياغة، ومن أمثلة ذلك ما يعُرف باتفاقات التحكيم المعتلة[٣]، وهي اتفاقات تتضمن شروط تحكيم مريضة صياغيًا تبرم بصورة مضطربة ورديئة ومتناقضة أحياناً بما لا يتفق مع حقيقة ما يرغب فيه الأطراف، كغموض واختلال الألفاظ

(١) د/فتحي والى، المرجع السابق، ص٩٣.

(٢) د/شهاب فاروق عبد الحي، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة ٢٠١٤، ص ٢٠٢.

(٣) د/فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٧، ص٢٢٠ وما بعدها.

التي تقرر مبدأ اللجوء إلى التحكيم من عدمه، وكذلك عدم التحديد الدقيق للهيئة أو الجهة التي تتولي التحكيم [1].

ويزداد الأمر تعقيداً حينما يُنص في شرط التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع، والاتفاق كذلك على اختصاص قضاء الدولة بحسم ذات النزاع، وهذا ما يعرف بتداخل الاختصاص. وقد يرجع ذلك لقلة خبرة من يقوم بصياغة وتحرير العقد. فكل هذه المشاكل الناتجة عن سوء الصياغة تؤثر بلا شك سلباً على تحقيق فاعلية التحكيم كنظام اتفاقي لفض المنازعات، حيث لا يُتصور اللجوء إلى التحكيم في ظل صياغة متناقضة لم تنم صراحة عن اللجوء إليه، لا سيما وأنه نظام اتفاقي قوامه تراضي الأطراف عليه، ولابد أن يتم ذلك بصورة صريحة وواضحة، والقول بغير ذلك فيه لجوء إلى الأصل وهو قضاء الدولة صاحب الاختصاص الأصيل.

ولتفادي مثل هذه المشكلات فإنه يجب – كما ذكرنا آنفاً – الاهتمام بصياغة شروط التحكيم بصورة واضحة وعبارات جلية قاطعة الدلالة على سلوك التحكيم دون غيره. كما يمكن أيضاً الاقتداء بنماذج لصياغة مثل هذه الشروط - والتي ذكرنا بعضاً منها في الهامش السابق - ، وكذلك يُفضل اختيار مستشارين قانونيين في مجال التحكيم ذوي خبره ودراية بصياغة شروط التحكيم.

([1]) F.Eisemann , La clause d’arbitrage pathologique , Etudes á minoli , U T E T, 1974 , p.120.

وانطلاقاً من تنوع طريقة إدراج شرط التحكيم سواء كان ذلك في العقد الأصلي أو في صورة اتفاق مستقل، فإنه يجب التنبه في هذا الخصوص لكيفية ورود شرط التحكيم في عقود التأمين. حيث أفردت لذلك المادة (٤/٧٥٠) من القانون المدني حكماً خاصاً، بنصها على أنه:" يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين ..... ٤-شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة....".

وبناءً على ذلك، إذا ورد الشرط في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة لعقد التأمين كان صحيحاً، أما إذا ورد ضمن الشروط العامة المطبوعة في العقد فهنا يبطل الشرط ويصح العقد. وأساس ذلك هو حماية المتعاقدين من الشروط التي تضعها شركات التأمين بين بنود عقودها الكثيرة والتي قد لا يقرأها بعض الأفراد بصورة دقيقة أو قد يقرأوها ولا يفهموا فحواها؛ نظراً لعدم تخصصهم القانوني لا سيما وأن شرط التحكيم يترتب عليه أثر إجرائي خطير يتمثل في خروج النزاع عن سطوة قضاء الدولة الذي يألفه هؤلاء الأفراد، وإخضاعه لقضاء اتفاقي قد لا يكونوا على دراية كافية به، كما أن هذه الشركات غالباً ما تخضع معاملاتها لعقود مطبوعة تشبه عقود الإذعان يكون المؤمن فيها هو الجانب القوي ولا يملك المؤمن له إلا أن ينزل عند شروط المؤمن[1].

(1) الحكم الصادر في الدعوي التحكيمية رقم ٣٠٢ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٩م، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

وبطلان شرط التحكيم بسبب وروده ضمن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين، هو بطلان نسبي مقرر لحماية المصلحة الخاصة للمستفيد - الذي قد يكون المُومن له أو غيره - ولا يجوز لشركة التأمين التمسك به، إذ لا يجوز التمسك بالبطلان قبل الخصم الذي تسبب فيه[١]، ويترتب على مثل هذا النوع من البطلان، أنه يزول بإجازة الشخص الذي تقرر البطلان لمصلحته، وذلك بالتجاوز عن العيب الذي لحق بالعقد[٢]. وبناءً على ذلك إذا صدرت الإجازة من المستفيد اعُتبر ذلك إقراراً منه بصحة شرط التحكيم رغم وروده بين الشروط العامة المطبوعة لعقد التأمين بالمخالفة للحكم الوارد في نص المادة (٤/٧٥٠) من القانون المدني، وفي هذه الحالة يصح العقد والشرط أيضاً؛ لأن التمسك بالبطلان في هذه الحالة غير متعلق بالنظام العام.

والجدير بالإشارة في هذا المقام، أن إبرام شرط التحكيم يغني عن إبرام مشارطة تحكيم[٣]، تأسيساً على أن لكل منهما ذات القيمة القانونية المقررة للآخر، ولذلك لا يحتاج من أبرموا شرط تحكيم إبرام مشارطة

(١) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم "مفهومه - أركانه وشروطه - نطاقه"، المرجع السابق، ص٨٣.

(٢) د/سهير سيد أحمد منتصر، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص ٣٧٠،٣٧١.

(٣) د/أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٣٧.

له[١]. غير أن ذلك لا يتعارض مع جواز قيام الطرفين رغم وجود شرط التحكيم أن يبرموا بعد حدوث النزاع بينهما مشارطة تحكيم، فهنا نكون أمام حالة نزول عن الشرط وإقرار للمشارطة وتكون هذه الأخيرة هي المرجع أمام هيئة التحكيم في بيان نطاق العملية التحكيمية[٢].

وفيما يتعلق بوضع شرط التحكيم في فرنسا، نجد أنه مر بتطور طويل قبل الاعتراف به. ففي ظل نصوص قانون المرافعات القديم لم يكن شرط التحكيم معترفاً به، وذلك حسبما نصت عليه المادة (١٠٠٦) من هذا القانون، على أنه:" يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وتسمية المحكمين وإلا وقعت باطلة ".

وإزاء عدم اعتراف المشرع الفرنسي بشرط التحكيم، حاول الفقه والقضاء تحديد القيمة القانونية لهذا الشرط بالاعتماد على فكرة الوعد بالتعاقد. وهذا الأخير، عبارة عن عقد حقيقي يتم بين طرفيه، يعد فيه كل منهما الآخر بإبرام العقد النهائي في المستقبل، ويجب أن يتوافر في هذا الوعد المسائل الجوهرية الخاصة بالعقد الموعود بإبرامه حسب طبيعة

(١) حكم التحكيم الصادر في الدعوي التحكيمية رقم ٥٩٠ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ٢٠٠٩/٨/١٠، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

(٢) د/فتحي والى، المرجع السابق، ص ٩٤.

ذلك العقد، كما أنه يُشترط استيفاء الوعد بالتعاقد للشكل المطلوب قانوناً[١].

وبتطبيق فكرة الوعد بالتعاقد على شرط التحكيم، نجد أنه اتفاق يعد بمقتضاه كل من الطرفين الآخر باتخاذ ما يلزم لإبرام مشارطة التحكيم التي بمقتضاها يتم تعيين هيئة التحكيم، وتعيين النزاع المطروح عليها. وتأسيساً على ذلك، فإنه إذا أبرم شخص عقداً ينطوي على شرط تحكيم، ثم مات قبل نشوب النزاع فإن الورثة يلتزمون بهذا الشرط إذا كانوا كاملي الأهلية، وذلك قياساً على انتقال الوعد بالبيع[٢].

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن إجازة الاتفاق على التحكيم تكون فقط بعد وقوع النزاع أي في صورة مشارطة تحكيم، وأن شرط التحكيم ما هو إلا مجرد وعد بالتحكيم بمقتضاه يلتزم الأطراف بإبرام مشارطة تحكيم إذا ما نشأ بينهم نزاع في المستقبل[٣].

غير أن وضع شرط التحكيم وتكييفه السابق لم يدم طويلاً، إذ بدأت النظرة تتغير إلى هذا الشرط. وكانت أولي خطوات هذا التغيير، هي توقيع فرنسا على بروتوكول جنيف الصادر في ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٢٣م، والذي نص في مادته الأولي على أن:" اعتراف كل دولة متعاقدة بشروط

(١) د/سهير سيد أحمد منتصر، مصادر الالتزام "المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة"، بدون ناشر، سنة ٢٠١٠، ص ٩٧ وما بعدها.

(٢) د/عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص ١٣٦.

(3) Cass. civ. 10 Juillet 1843, sirey, 1843, P.567.

ومشارطات التحكيم دون أدني تفرقة". ثم أكدت ذات المبدأ بعد ذلك اتفاقية نيويورك في المادة (١/٢) منها.

ومسايرة لهذا التغيير، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه:" يحق للطرف صاحب المصلحة اللجوء إلى القضاء بقصد طلب تعيين محكم أو محكمين للفصل في المنازعة أو المنازعات محل شرط التحكيم، والتي نشأت بالفعل عن تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم، ويقوم هنا حكم القاضي مقام الاتفاق على التحكيم حيث يُفرض شرط التحكيم على الأطراف وينفذ جبراً...."[١].

وتمثلت ثاني خطوات التغيير، في إصدار المشرع الفرنسي المرسوم رقم ٨٠-٣٥٤ في ١٤ مايو ١٩٨٠م، وبمقتضاه أقر المشرع الفرنسي شرط التحكيم، وألغي المفارقة بينه وبين مشارطة التحكيم، إلا أنه رغم ذلك لم يكن لشرط التحكيم الأهمية المرجوة منه، حيث كان نطاقه ضيقاً للغاية، وسبب ذلك أن المشرع أجازه فقط في المنازعات التجارية دون المنازعات المدنية إلا إذا سمح القانون بما يخالف ذلك[٢].

وجاءت ثالث خطوات التغيير التشريعي، بصدور القانون ٢٠٠١-٤٢٠ الصادر في ١٥ مايو ٢٠٠١م، والذي جاء معدلاً لنص المادة (٢٠٦١) من القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤م، والتي كانت تحظر ورود شرط التحكيم في المسائل المدنية، فجاء التعديل التشريعي

(1) Cass. Com. 27, Février, 1939, Gas pal, 1939, P.678.

(٢) د/عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٣٥و١٣٦.

موسعاً من نطاق شرط التحكيم ليجيزه في جميع العقود والمسائل سواء التجارية أو المدنية، سواء كان ذلك في المعاملات الداخلية أو الخارجية، كل ذلك باستثناء عقود الاستهلاك وعقود العمل(١).

وفي خطوة تشريعية أخيرة وحاسمة وقاطعة الدلالة على الاعتراف بشرط التحكيم، فقد وضع له المشرع الفرنسي تعريفاً في نص المادة (١٤٤٢) من قانون المرافعات الجديد المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م، التي عرفته بأنه:" ذلك الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أطراف عقد أو عدد من العقود بخضوع المنازعات المتولدة عن هذا العقد للتحكيم"(٢).

وبهذا النص، نجد أن لشرط التحكيم ذات القيمة القانونية لمشارطة التحكيم، وأن كلاهما طريق يتم به اللجوء إلى التحكيم للفصل في منازعات الأفراد، ولا أفضليه لأحدهم على الآخر. وهو ذات الوضع المقرر في قانون التحكيم المصري. إلا أن المشرع الفرنسي قصر نطاق

(١) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(2) Article 1442:"la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties á un ou plusieurs contrats s'engagent á soumettre á l'arbitrage les litiges qui pourraieent naître relativement á ou á ces contrats".

الشرط على العلاقات العقدية فقط، على عكس نظيره المصري الذي وسع من نطاقه ليشمل علاقات الأطراف العقدية وغير العقدية[١].

ولا شك أن مسلك المشرع المصري في اقراره شرط التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية، جاء أكثر توفيقاً من مسلك نظيره الفرنسي؛ لأن التحكيم طريق مساعد لقضاء الدولة، ويتوافق مع رغبات وإرادات الأطراف في حسم ما يثور بينهم من منازعات أياً كان أساسها عقدي أو غير عقدي. والواقع أنه لا يوجد ثمة مبرر من إقرار شرط التحكيم في المنازعات العقدية، ومنعه في المنازعات غير العقدية، فالتحكيم في الحالتين يؤدي وظيفة واحدة لا تختلف باختلاف الأساس القانوني للالتزام الذي بسببه نشأ النزاع.

(١) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم" مفهومة – أركانه وشروطه – نطاقه "، المرجع السابق، ص٦٦.

المبحث الثاني

مشارطة التحكيم

بعد أن نص المشرع المصري في قانون التحكيم في الشطر الأول من الفقرة الثانية من المادة العاشرة على شرط التحكيم، فإنه نص أيضاً في الشطر الثاني من ذات الفقرة ونفس المادة على مشارطة التحكيم، بنصها على أنه:"..... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوي أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً".

ولقد نص المشرع الفرنسي أيضا على تعريف مشارطة التحكيم، وذلك في المادة (١٤٤٢) من قانون المرافعات الجديد:" بأنها اتفاق بمقتضاه يلتزم أطراف منازعة وقعت بإخضاعها للتحكيم"[١].

ومشارطة التحكيم عبارة عن اتفاق يستطيع بمقتضاه أطراف نزاع قائم بالفعل أو بصدد علاقة قانونية غير عقدية، بعرضه على محكم أو محكمين يختارهم هؤلاء الأفراد لحسم هذا النزاع[٢]. وذكرتها محكمة

([1]) Article 1442/3:"le compromise est la convention par laquelle les parties á un litige né soumettent cel-ci á l'arbitrage".

([٢]) د/محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١١، ص ٦٥.

النقض المصرية بأنها ذلك العقد الذي يتضمن اتفاق على خضوع نزاع معين نشأ فعلاً للتحكيم(١).

ويعتبر المميز الرئيسي الذي يفرق بين شرط التحكيم ومشارطته، هو أن هذه الأخيرة لا يجوز الاتفاق عليها حتماً إلا بعد حدوث النزاع فعلاً. على عكس الشرط الذي يبرم لمواجهة منازعات احتمالية لم تحدث بعد (٢).

ويقصد بحدوث النزاع، أن يقع هذا الأخير فعلاً بين الطرفين، وأن يكون لازال محل خلاف بينهما، فلا يكفي لنشأته مجرد الاعتراض أو عدم الاتفاق، بل لابد أن يتجسد الخلاف في صورة ادعاءات متبادلة محددة يُناط بالمحكم حسمها بما يُخول له من سلطة قضائية مستمدة من اتفاق الطرفين على ذلك(٣).

وتتمثل أهمية مشارطة التحكيم في دورها التشجيعي والتحفيزي من المشرع للأفراد لحثهم على سلوك طريق التحكيم حتى بعد وقوع النزاع، وذلك في الوقت الذي لا يكونوا قد أبرموا فيه شرط تحكيم أو أبرموه وكان باطلاً لأي سبب من الأسباب، مما يزيد من فرص الخيارات

(١) الطعن رقم ٥٨٣، لسنة ٤٦ ق، جلسة ١٩٧٩/٣/٥.

(2) Dominique Hascher , arbitrage du Comerce international , L'université paris , 2005 , p.13؛ Alejandro Follonier-Ayala , op. cit , p.8.

(٣) د/فتحي والى، المرجع السابق، ص ١٠٤.

لديهم في حسم منازعاتهم بالطريقة التي تروق لهم. بل أكثر من ذلك فإن المشرع أجاز في المادة (٢/١٠) إبرام مشارطة تحكيم حتي ولو كان النزاع مثاراً بالفعل أمام القضاء، وذلك في أي حالة تكون عليها الدعوي، وأمام أي درجة من درجات التقاضي سواء أمام أول درجة أو ثاني درجة، بل يجوز إبرام المشارطة ولو كانت القضية في المداولة طالما لم يصدر فيها حكم نهائي، وإذا تم الاتفاق على التحكيم في هذه الحالة اعُتبر ذلك تركاً للخصومة أمام القضاء[١]. وهو ذات الحكم الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة (١٤٤٦) من قانون المرافعات الجديد بأنه: " يحوز للأطراف إبرام مشارطة تحكيم حتى ولو كانت الدعوي قد بدأ نظرها أمام القضاء"[٢].

كما أنه يجوز إبرام مشارطة التحكيم بشأن نزاع يُنظر أمام القضاء أيًا كانت طريقة رفعه أمامه سواء كان ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوي وفقاً لما تقضي به المادة (٦٣) من قانون المرافعات، أو تم ذلك بإجراءات استصدار أمر أداء[٣].

(١) د/ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(2) Article 1446:" les parties peuvent compromettre même qu cours d'une instance déjá engagée devant une jurisdiction ".

(٣) د/فتحي والى، المرجع السابق، ص١٠٣.

وبناءً على ذلك، لا يجوز إبرام مشارطة تحكيم بشأن نزاع تم حسمه أمام القضاء بحكم نهائي، حيث أن هذا الأخير هو الذي يمنع عرض النزاع أمام هيئة التحكيم؛ لكونه يتمتع بحجية الأمر المقضي التي تتعلق بالنظام العام، وكذلك لا يجوز إبرام مشارطة تحكيم بشأن نزاع صدر حكم تحكيم بناءً على مشارطة سابقة؛ لأن هذا الحكم أيضا يتمتع بحجية الأمر المقضي ويكون حجه على حكم التحكيم الأول[١].

وإذا كان الوقت الذي يجوز فيه التجاء الأطراف لإبرام مشارطة التحكيم ثابت لا يتغير، وهو وجوب وقوع النزاع فعلاً، إلا أن طريقة إبرامها تتضمن قدر من المرونة والتغيير. فقد تبرم بطريق غير مباشر، ويحدث ذلك عندما يكون مبدأ اللجوء إلى التحكيم مقرر من قبل في شرط تحكيم سبق إبرامه قبل إبرام المشارطة، ففي هذه الحالة يكون ورود المشارطة تنفيذاً الشرط الحكيم السابق إبرامه، ويكون ذلك باستكمال النقص الذي قد يشوب شرط التحكيم في بعض المسائل؛ نظراً لأنه يبرم قبل نشوب النزاع، ومن هذه المسائل اختيار المحكمين، وتعيين النزاع، وكذلك تحديد القواعد الإجرائية والموضوعية التي سيُبني عليها حكم التحكيم. وقد تبرم المشارطة بطريق مباشر، عندما تُعقد وتقر بذاتها مبدأ اللجوء إلى التحكيم دون أن تكون مسبوقة بشرط تحكيم، وتحدد كل جوانب العملية التحكيمية، وعلى رأسها تعيين النزاع واختيار

(١) د/نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، ص ٨٦.

المحكمين[١]، ويتجلى هذا الطريق بوضوح في الحالة التي يكون فيها النزاع قد أقيمت بشأنه دعوي قضائية؛ إذ لا يكون أي وجود لشرط التحكيم من الأساس.

وإذا كان المشرع بنص المادة(٢/١٠) قد أقر مبدأ عام مفاده عدم جواز عرض النزاع على هيئة التحكيم إذا صدر حكم نهائي من قضاء الدولة بشأنه، **فما الحكم في حالة ما إذا صدر حكم نهائي في بعض أجزاء الدعوي دون البعض الآخر؟**

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل، التفرقة بين الأحكام الموضوعية، وتلك المتعلقة بالإثبات. فبالنسبة للأحكام الموضوعية، فقد تصدر في جزء من النزاع وتفصل فيه، دون أن تفصل في الجزء الآخر منه، فعلى سبيل المثال قد تحسم المحكمة مبدأ المسئولية عن التعويض، وتصدر فيه حكمها، دون أن تصدر حكمها بالنسبة لتقدير هذا التعويض، أو قد تفصل في الطلب الأصلي دون الفصل في الطلب المقابل، ففي المثالين السابقين تتمتع الأحكام الموضوعية الصادرة عن المحكمة في جزء من النزاع بحجية الأمر المقضي دون تلك التي لم يصدر بشأنها حكم، كل ذلك مشروط بعدم اتفاق الأطراف على تنازلهما عن هذه الأحكام. أما بالنسبة للأحكام المتعلقة بالإثبات فليس لها أيً قوة إلزامية

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

أمام هيئة التحكيم[١]، حيث يجوز لها أن تثبت النزاع محل التداعي بطرق الإثبات التي تراها مناسبة.

ولكي ترتب مشارطة التحكيم آثارها الصحيحة قانوناً، فلابد أن تتضمن بعض البيانات الجوهرية التي لا غني عنها، والتي بدونها تبطل المشارطة، ومن أهمها البيان المتعلق بتعيين موضوع النزاع محل المشارطة، فلا يكفي هنا مجرد ذكر العلاقة التي نشأ عنها النزاع[٢].

والمعني المقصود للنزاع الذي يجب ذكره في مشارطة التحكيم، هو تحديد مجموع الادعاءات التي يدعيها الخصوم، والادعاء هو محل طلب الخصم. ويجب أن يحدد موضوع المشارطة بصورة واضحة محددة غير مبهمة ولا عامة في دلالتها، لاسيما وأن مشارطة التحكيم تبرم بعد وقوع النزاع واتضاح معالمه، لذلك فالمشارطة التي تأتي بصيغة مُؤداها أن موضوع النزاع هو تصفية جميع الخلافات المتعلقة بالأطراف تكون باطلة وغير ذي أثر[٣].

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كان الطرفان قد حددا في مشارطة التحكيم النزاع القائم بينهما بشأن تنفيذ عقد مقاولة، ونصا على تحكيم المحكم لحسم هذا النزاع وحددا مأموريته

(١) د/نادية محمد معوض، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٢) م. د/محمد ماهر أبو العنين؛ د/عاطف عبد اللطيف، المرجع السابق، ص١٢٦.

(٣) د/ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

بمعاينة الأعمال التي قام بها المقاول لمعرفة مدي مطابقتها للمواصفات والأصول الفنية من عدمه وتقدير قيمة الصحيح منها، كما نصا في المشارطة على تفويض المحكم في الحكم والصلح، وكان ذلك التفويض بصيغة عامة لا تخصيص فيها، فإن المحكم إذا أصدر حكمه في الخلاف وحدد في منطوقه ما يستحقه المقاول عن الأعمال التي قام بها جميعاً حتى تاريخ الحكم بمبلغ معين، فإنه لا يكون قد خرج عن حدود المشارطة أو قضي بغير ما طلبه الخصوم"[١].

وذات الحكم السابق الذي نص عليه المشرع المصري فيما يتعلق بوجوب تحديد النزاع في مشارطة التحكيم، نص عليه أيضا المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد في المادة (١٤٤٥) التي نصت على أن:" مشارطة التحكيم يجب أن تحدد موضوع النزاع وإلا كانت باطلة"[٢].

وتتجلي أهمية تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم، في أن ذلك يحافظ على نطاق الخصومة التحكيمية التي تتحدد منذ البداية في المشارطة منعاً من إثارة أي منازعات فرعية لم تكن موجودة لحظة تحديد موضوع النزاع، كما أن ذلك فيه تيسير لمهمة القاضي الذي سيصدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في مراقبة الهيئة التحكيمية، ومدي التزامها

(١) الطعن رقم ٥٨٦، لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٦١/١١/٣٠.

(2) Article 1445: “A peine de nullité, le compromise détèrmine l'objet du litige”.

بنطاق الاتفاق المبرم بين الأطراف من عدمه، وفيه أيضا تقييد للمحكم؛ حيث إنه يلتزم بالفصل في المنازعات المحددة في موضوع النزاع محل المشارطة، ولا يجوز له بأي وسيلة كانت أن يتجاوز تلك المنازعات، وإلا كان حكمه عرضه للطعن عليه بدعوي البطلان الأصلية، على أساس خروج المحكم عن حدود ولايته[١].

وفي هذا الخصوص، قضت محكمة النقض المصرية بأنه، يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعييناً لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين، ويتسنى رقابة مدي التزامهم حدود ولايتهم، كما أجاز المشرع في المادة العاشرة من قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أن يتم ذلك التحديد أثناء المرافعة أمام هيئات التحكيم[٢].

ولقد رتب المشرع المصري – في المادة (٢/١٠) سالفة الذكر – على تخلف تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم جزاء البطلان، واعتبار المشارطة باطلة بأكملها. وإن كان من الأولى عدم إهدار قيمة المشارطة في هذه الحالة، أو كما يري البعض[٣] اعتبارها مجرد اتفاق جزئي على التحكيم، وذلك بالقياس على فكرة تحول العقد المنصوص

(١) د/عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٢٩.

(٢) الطعن رقم ٢٧٥، لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٧١/٢/١٦

(٣) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص٣٦٩.

عليها في القانون المدني في المادة(١٤٤)[١]. وتُفعَل نظرية تحول العقد إذا كان هذا الأخير باطلاً أو قابلاً للإبطال، إلا أن أركان عقد آخر قد توافرت فيه، فتنتفي عنه صفة البطلان، ويصبح صحيحاً وفقاً لشروط العقد الذي تتوافر فيه أركانه، شريطة أن تكون نية المتعاقدين قد اتجهت لإبرام مثل هذا العقد.

ويعني هذا، أن صفة الإبطال قد تتنحي جانباً إذا تواجد بين ثنايا المشارطة الباطلة ما يمكن اعتباره اتفاق جزئي على التحكيم بعد التأكد من بطلان المشارطة، واتجاه إرادة الأطراف إلى اعتبار مشارطة التحكيم الباطلة بمثابة هذا الاتفاق.

وكان يجدر بالمشرع في حالة عدم تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم، أن ينص على عدم نفادها أو تعليق نفادها على تحديد ذلك النزاع بواسطة الطرفين سواء تم ذلك باتفاق لاحق أو تم تحديده من قبل أحد الطرفين في بيان دعوي التحكيم بدلاً من النص على بطلانها[٢].

وتحليل ذلك – في رأينا – أن مثل هذه الخطوة التشريعية لو اتُخذت، من شأنها أن تُعلى من قيمة مشارطة التحكيم، تقديراً لقيمتها القانونية باعتبارها الصورة الأسبق في الظهور من صور الاتفاق على

(١) تنص المادة(١٤٤) من القانون المدني على أن: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

(٢) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

التحكيم، كما أن ذلك فيه احتراماً لإرادة الأطراف من ناحية أخرى، على أساس أنها اتجهت لإبرامها وأنهما قصدا تبني طريق التحكيم لحسم منازعاتهم، ويجب ألا يؤثر على ذلك إغفالهما لبيان جوهري ورئيسي فيها، إذ ربما يكون هذا الإغفال قد جاء نتيجة لجهل الأطراف بحقيقة هذا البيان المُتخلف.

ويمكن تبرير ذلك أيضاً من خلال إعمال القواعد العامة في البطلان الإجرائي، والتي من أهمها أنه لا بطلان إذا ما تحققت الغاية من الإجراء[١]. وبناءً على ذلك فإذا تم تحديد النزاع محل المشارطة في وقت لاحق، فلا مانع من إعمال الآثار القانونية لها، لاسيما وأن ذلك فيه تشجيع على تحقيق الفاعلية المطلوبة لنظام التحكيم ككل في أداء وظيفته، مما يُعلى من دوره في مساعدة قضاء الدولة المكتظ بالقضايا، وهذا بلا شك أمر يمس الصالح العام في محاولة الوصول لحلم العدالة الناجزة.

ويعتبر أيضاً من البيانات الجوهرية التي يجب ذكرها في مشارطة التحكيم والتي لا تقل أهمية عن تحديد موضوع النزاع، ألا وهو تعيين المحكمين، ويُفضل أن يُنص في المشارطة على تعيين المحكمين تعييناً نافياً للجهالة بذكر أسمائهم وألقابهم ومحال إقامتهم. وقد يُتفق على ذلك بذكر صفاتهم فقط كنشاطهم المهني أو ذكر درجة قرابتهم للخصوم، أما

(١) تنص المادة (٢٠) من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ م على أنه:" يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ولا يُحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء".

إذا كان تحديدهم قد تم بشكل مبهم كالإشارة إلى شخص ليس له هويه محددة كأحد المحامين أو أحد الموثقين فهنا تبطل المشارطة[١].

وقد لا يتفق الأطراف في مشارطة التحكيم على تعيين المحكمين بأسمائهم، بل يُنص على طريقة تعيينهم، كما لو وجد نص في المشارطة يقضي بأن يتم تعيين المحكمين وفقاً للقواعد المعمول بها في قانون معين أو مركز تحكيم معين، وهنا تكون المنظمة بمثابة وكيل عن الأطراف في تعيين المحكم الذي أشارا إلى طريقة تعيينه[٢].

وبالإضافة إلى البيانات الجوهرية السابقة - التي تبطل بدونها مشارطة التحكيم وعلى الأخص عدم تحديد موضوع النزاع - توجد أيضا فئة أخرى من البيانات من الممكن إدراجها في المشارطة، كالاتفاق على مكان التحكيم، ولغته، والقواعد الموضوعية والإجرائية التي تطبق على موضوع النزاع، وكذلك المدة التي يجب أن يصدر خلالها حكم التحكيم، واللغة التي يجوز استخدامها في المرافعة والمداولة والحكم.

وتعتبر هذه الفئة من البيانات أقل خطورة من الفئة الأولى، حيث لا يترتب على إغفال أحدها بطلان مشارطة التحكيم – مثلما هو الحال بالنسبة لعدم تعيين موضوع النزاع – بل يجوز تصحيح المشارطة باتفاق

(١) م. د/محمد ماهر أبو العينين؛ د/عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص١١٩.

(٢) د/عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص ١٢٨.

لاحق يبرم بين الأطراف ويُضم للمشارطة ذاتها، ويكون أثره تصحيح المشارطة بإزالة ما لحق بها من سبب للبطلان[١].

ومن الأهمية أن نشير في هذا المقام، إلى أنه في بعض الأحيان قد يبرم الأطراف ما يُعرف بوثيقة التفويض، وهي وثيقة يوقع عليها أطراف النزاع التحكيمي، وتحرر أمام هيئات التحكيم الدولية وخصوصاً غرفة التجارة الدولية بباريس[٢]. وغاية هذه الوثيقة تسهيل مهمة هيئة التحكيم عند فصلها في النزاع من خلال اشتمالها على بعض البيانات، كأسماء والقاب وصفة الأطراف وعناوينهم وعرض موجز لادعاءات الأطراف وتحديد أبرز نقاط النزاع، وكذلك اسم المحكم ولقبه ومكان التحكيم وتحديد القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم[٣].

وتحرر هذه الوثيقة سواء كان التجاء الأطراف إلى التحكيم في صورة شرط تحكيم أو مشارطة، ولكنها – أي الوثيقة – تبلغ ذروتها من الأهمية في حالة شرط التحكيم الذي يتم الاتفاق عليه قبل نشوب نزاع النزاع، ولذلك فهو لا يتضمن بيانات معينة ضرورية، فيأتي دور الوثيقة هنا لاستكمال ما ينقص الشرط من بيانات.

---

(١) د/نادية محمد معوض، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٢) المادة (١/١٨) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس الصادرة في أول يناير سنة ١٩٩٨ بشأن نظام التحكيم.

(٣) د/أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٣٨.

وفي جميع الأحوال التي يتم فيها إبرام وثيقة التفويض، فهي لا تُغني عن وجود اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشارطة[١]، إذ هي بمثابة العمل التمهيدي للخصومة، ولا تقدر على نقل الاختصاص من قضاء الدولة لهيئة التحكيم، حيث يبقي اختصاص هذه الأخيرة مقيداً بالاتفاق على التحكيم بأحد صورة.

وعلى الرغم من إجماع الفقه على عدم اعتبار وثيقة التفويض بمثابة مشارطة التحكيم، إلا أن هناك رأي فقهي[٢] ذهب إلى مخالفة ذلك الإجماع، ويري أن هذه الوثيقة لها نفس القيمة المقررة لشرط التحكيم ومشارطته، وأن الاتفاق على التحكيم يجد سنده في أي وثيقة مكتوبة تحمل معني صريح لاتفاق الأطراف عليه. ويري هذا الرأي أن توقيع وثيقة التفويض بتحديد موضوع النزاع يعتبر بمثابة مشارطة تحكيم تحمل دوراً مزدوجاً، فهي من ناحية مشارطة، ومن ناحية أخرى تعد وثيقة إجرائية تحدد إجراءات التحكيم. واستند هذا الرأي إلى ما قضت به محكمة استئناف باريس بأنه، في حالة غياب شرط التحكيم تعتبر وثيقة التفويض الموقع عليها من قبل الأطراف بمثابة مشارطة تحكيم[٣].

(١) د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٢) م. د/محمد ماهر أبو العينين؛ د/عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص١١٥.

(3) Cour d'apple de Paris 1re. ch, supple, 19 mars 1987, Rev. arb 1987. P 498.

غير أن ما ذهب إليه هذا الرأي، لا يتماشى مع الواقع العملي من ناحيتين. الأولى تتمثل في أنه يجوز لأحد الأطراف الامتناع عن المشاركة في تحرير تلك الوثيقة دون أن يؤثر ذلك على إجراءات التحكيم، وهذا ما تسير عليه بالفعل بعض مراكز التحكيم الدولي منها مثلاً، جمعية التحكيم الأمريكية، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي[١]. وتتمثل الثانية، في أن اتجاه محكمة النقض الفرنسية يقضي بمخالفة ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس – الأساس الذي اعتمد عليه هذا الرأي – عندما قضت في قضية هضبة الأهرام الشهيرة بأن اتفاق التحكيم لا يمكن استخلاصه من خلال وثيقة التفويض، وإنما من شرط التحكيم المتفق عليه في العقد، وأن قيام الدولة المصرية بتحرير وثيقة التفويض وتمسكها فيها بعدم وجود اتفاق تحكيم لا يجعل هذه الوثيقة تحل محل اتفاق التحكيم[٢].

ولا شك أن إجماع الفقه على عدم اعتبار وثيقة التفويض مشارطة تحكيم هو الأولي بالاتباع؛ نظراً لخطورة الأثر الإجرائي المترتب على التحكيم، لذلك لابد أن يكون الاتفاق على ذلك واضحاً لا غموض فيه، والسبيل لتحقيق ذلك لا يتأتى إلا عن طريق أحد الصور المعروفة التي بها يتم اتفاق التحكيم والتي حددتها المادة العاشرة من قانون التحكيم، والتي لم تذكر من ضمنها وثيقة التفويض.

(١) د/أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٤٠.

(2) Cass.com.1re , 6 Janvier 1987. Rev.arb 1987 p.487.

المبحث الثالث

الاتفاق على التحكيم بطريق الأحالة

أجاز المشرع المصري الاتفاق على التحكيم بطريق الأحالة في المادة (٣/١٠) التي نصت على أنه:" ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل أحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الأحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد".

يتضح من النص السابق، أن اتفاق التحكيم بطريق الأحالة هو اتفاق الأطراف بصورة غير مباشرة على التحكيم، أي أن ذلك الاتفاق لا يرد بالعقد الأصلي المبرم بينهم؛ بل يتم الاتفاق عليه من خلال الأحالة إلى شروط عامة في مجال التعامل بينهم أو عقود نموذجية تتضمن شرط تحكيم. وسواء تمت الأحالة إلى الشروط العامة أو العقود النموذجية أو أية وثيقة أخري، فهي لا تكون منبتة الصلة بينها وبين العقد الذي أحال إليها، بل لابد أن يوجد حتماً ارتباط أو صلةً بينهما كالأحالة التي تتم من عقد مقاولة من الباطن الذي يخلو من شرط التحكيم إلى عقد مقاولة أصلي يتضمن ذلك الشرط[١].

ويُؤسَس اعتبار الأحالة من صور الاتفاق على التحكيم، على توافر إرادة الطرفين المشتركة في اللجوء إلى التحكيم، ولذلك يجب أن تتضمن

(١) د/أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص٤٤.

هذه الأحالة رضاء الطرفين الواضح بالتحكيم وإلا كانت باطلة وغير كافية[١].

ونص المشرع الفرنسي على الاتفاق على التحكيم بطريق الأحالة في المادة (٢/١٤٤٣) من قانون المرافعات الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ بنصها على أن:" شرط التحكيم يجوز أن ينشأ من مكاتبات متبادلة أو من مستند أو وثيقة أحال إليها الاتفاق الأساسي"[٢].

ولقد أدلت محكمة النقض الفرنسية بدلوها في هذا الشأن، حينما عرفت التحكيم بالأحالة في حكمها الصادر في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٩٣، بأنه اتفاق على التحكيم لم يتضمنه العقد الذي صاغ فيه الأطراف إرادتهم، ولكن تضمنه وثائق أخرى منفصلة أحالت إرادة الأطراف صراحة أو ضمناً واعتبرتها جزء من العقد[٣].

ولكي ترتب هذه الأحالة آثارها القانونية، فلابد أن يتوافر لها عدة مقتضيات قانونية أهمها: ضرورة احتواء الوثيقة المحال إليها على شرط

---

(١) د/فتحي والى، المرجع السابق، ص٩٨.

(2) Article 1443\2: “Elle peut résulted d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale”.

- وفي تعريف اتفاق التحكيم بالأحالة في القانون الفرنسي:

- Bertrand MOREAU , Arbitrage international , op.cit , N: 36.

(3) Cass. com. 9 Nov 1993, cluent, 1993 p.690 .

التحكيم بصورة واضحة وصريحة لا لبس فيها ولا غموض، وإلا غدت الأحالة باطلة. ويجب كذلك أن تكون الأحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم الوارد في الوثيقة المحال إليها جزء لا يتجزأ من العقد المُحيل، بحيث يندمج فيه كما لو كان منصوصاً عليه في العقد المُحيل ذاته[١]، وفي هذه الحالة لا يستطيع أحد الأطراف التنصل فيما بعد من شرط التحكيم الوارد في تلك الوثيقة[٢].

ويقصد بوضوح الأحالة، أن تكون دلالتها في معرفة الأطراف بشرط التحكيم أمراً يقينياً، وتختلف درجة وضوح الأحالة بحسب ما إذا كان شرط التحكيم قد ورد في وثائق تم إعدادها من قبل أحد الأطراف، وفي هذه الحالة يشترط لاحتجاج أحد الأطراف على الآخر بشرط التحكيم الوارد في شروط عامة أو عقد نموذجي أن تكون هذه الشروط معروفة من جانب الطرف الآخر وأن يقبلها صراحة[٣]. أو أن هذا الشرط قد ورد ضمن وثيقة تم إعدادها بمعرفة تجمع مهني أو نشاط اقتصادي معين يضم

(١) د/حفيظة السيد الحداد، التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، بحث منشور في مجلة الحقوق بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٩٥، ص ٢؛ وكذلك د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص٣٤٩.

(2) C. REYMOND. la clause arbitral par référence , Recueil de travaux Suisse sur l'arbitrage international , Zurich , 1984 , p.85؛ Alejandro Follonier-Ayala , op. cit , p.12.

(3) Réné David , l'arbitrage dans le Comerce international, l'Economic , 1982, p.279

الطرفين معاً، فهنا يكفي لصحة الاحتجاج بشرط التحكيم أن ينتمي كلا الطرفين لذلك النشاط أو التجمع المهني، فهذا كافي في ذاته للعلم الواضح بشرط التحكيم(١).

وفي هذا الشأن قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٨٧ بأن أحد طرفي العقد "المشتري" باعتباره متمرساً في العمليات المرتبطة بتجارة المحروقات "هيدروكاربير"، لا يستطيع الادعاء بعدم علمه بالشروط المعتادة في الاتفاقيات المبرمة في هذا النوع من النشاط(٢).

ونظراً لأن التحكيم نظام استثنائي لحسم المنازعات، فيلزم أن تكون الأحالة إلى عقد أو وثيقة تتضمن شرط تحكيم، إحالة خاصة يُخصص فيها شرط التحكيم بالذكر، أما الأحالة العامة التي تتضمن اتفاق الأطراف على اعتبار الشروط العامة رقم كذا أو العقد النموذجي الصادر عن هيئة كذا جزء لا يتجزأ من عقدهما الأصلي، فلا تكفي للاتفاق على التحكيم، إلا بالبحث عن حقيقة قصد الأطراف واتجاه إرادتهم إلى الأحالة إلى الشروط العامة في عقد ما أو وثيقة معينة بأكملها بما تتضمنه من أحكام وشروط عامة من بينها شرط التحكيم(٣).

---

(١) د/عبد السلام منصور الشيوي، التحكيم في نطاق القانون الدولي، بدون ناشر، سنة ٢٠١٠، ص٧٢.

(2) Cour d'apple de Paris, 20 Janvier, 1987, Rev.arb, 1987 , p 482.

(٣) د/محسن شفيق، المرجع السابق، ص١٧٥.

وللتحكيم بطريق الأحالة تطبيقات عديدة في الحياة العملية، أهمها إحالة عقود التشييد إلى شروط التحكيم الواردة في نماذج عقود الفيديك،وكذلك إحالة سند الشحن البحري إلى شرط التحكيم الوارد في عقد إيجار سفينة:

١-أحالة عقود التشييد إلى شروط التحكيم الواردة في نماذج عقود الفيديك:

يُقصد بعقود الفيديك، مجموعة من النماذج التعاقدية [١]، الصادرة عن اتحاد المهندسين الاستشاريين في مدينة لوزان بسويسرا، وتكون مهمتها الاهتمام بوضع بنود نموذجية يمكن من خلالها لأي شخص طبيعي أو معنوي الاستعانة بتلك النماذج، سواء كان ذلك في كل البنود الواردة بها أو في جزء منها، ومن أمثلتها عقود المقاولات وعقود تسليم المفتاح[٢].

ونظراً لأن هذه العقود يقوم بإعدادها وصياغتها ومراجعتها خبراء في المجالات المبرم في شانها تلك العقود، فإن العادة جرت على احتوائها بند خاص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم، وعلى ذلك يجوز

(١) يُقصد بالعقود النموذجية، صياغة عقدية تُعد سلفاً في صورة معينة، غالباً ما تكون مطبوعة، بحيث تكون جاهزة للاستخدام من أطراف العقد، ولا يكون لها حجة إلا على الأشخاص الذين انصرفت إرادتهم إليها، كأن يقوموا بالتوقيع عليها. د/أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٥، ص ١٣.

(٢) د/ عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٩، ص ١٥ وما بعدها.

للأطراف أن يحيلا حسم المنازعات التي قد تنشأ بينهم بصدد عقد من العقود الداخلة في إطار نشاط عقود الفيديك إلى أياً من تلك العقود النموذجية، بشرط إشارة هؤلاء الأطراف بوضوح إلى العقد الذي تبنياه وما يتضمنه من شرط تحكيم حتى يحتج به في مواجهتهم[١].

٢-أحالة سند الشحن البحري إلى شرط التحكيم الوارد في عقد إيجار سفينة:

سند الشحن البحري عبارة عن وثيقة يسلمها الناقل إلى الشاحن يعترف بموجبها باستلام بضاعة الثاني بهدف نقلها إلى ميناء محدد وذلك مقابل أجر معلوم[٢].

وجري العمل في سندات الشحن على عدم تضمنيها شروط تحكيم، ولذا فالأطراف يحيلون المنازعات التي قد تنشأ عن عقد النقل إلى عقد إيجار سفينة تتضمن شرط تحكيم. **وفي هذا الشأن يثور التساؤل حول مدي التزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في عقد إيجار السفينة والذي لم يكن طرفاً فيه؟**

(١) د/شهاب فاروق عبد الحي عزت، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢) د/عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع في ظل قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر عام ١٩٧٨ "قواعد هامبورج"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧، ص١٩؛ وكذلك د/كمال محمد أبو سريع، القانون البحري في الطاقم والاستغلال البحري، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩١، ص٣٧٩.

أجابت على هذا التساؤل محكمة النقض المصرية، حينما قضت بأن قانون التجارة البحري يوجب ذكر اسم المرسل إليه في سند الشحن، وأن يُحرر هذا الأخير من أربع نسخ أصلية يوقع عليها كل من الشاحن والربان تسلم إحداها إلى المرسل إليه، وعلى هذا الأساس يصبح المرسل إليه طرفاً ذا شأن في هذا السند باعتباره صاحب مصلحة في عملية الشحن يتكافأ مركزه – عند مطالبته بتنفيذ عقد النقل – مع مركز الشاحن الموقع على السند، ولذلك إذا كان سند الشحن قد تتضمن الأحالة إلى شرط التحكيم الوارد في مشارطة إيجار السفينة، فإن مقتضي هذه الأحالة أن يعتبر شرط التحكيم ضمن شروط سند الشحن ويلتزم به المرسل إليه؛ تأسيساً على علمه به من خلال النسخة التي أُرسلت إليه من سند الشحن(١).

وفي هذا الشأن أيضاً قضت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها، بصحة شرط التحكيم بالأحالة الوارد في سند الشحن وعقد النقل البحري إلى شرط التحكيم المدرج في عقد إيجار سفينة(٢). وفي أحكام أخرى، قيدت امتداد شرط التحكيم إلى المرسل إليه بعلمه الصريح أو الضمني بهذا الشرط(٣).

(١) الطعن رقم ٦٠ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥؛ الطعن رقم ٤٥٣، لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٩٨١/٢/٩.

(2) Cass. com, 2 Mars 1992, Rev arb . 1992 p650.

(3) Cass. com, 20 Juin 1995, Rev arb . 1995 p. 622.

وما يجدر الإشارة إليه في هذا المقام، أنه قد يطرأ على الوثائق المُحال إليها تعديل أو تغيير فما أثر ذلك على اتفاق التحكيم الذي تم بطريق الأحالة إلى هذه الوثيقة؟ متي تمت الأحالة بصورة واضحة وعلم بها الأطراف، فإن أي تعديل يطرأ على تلك الوثائق سواء كانت شروط عامة أو عقود نموذجية، فلا تأثير له على خضوع الأطراف للتحكيم(١).

وجدير بالذكر، أن سبق وذكرنا أن شرط التحكيم الذي يرد في وثيقة التأمين ضمن شروطها العامة لا في صورة اتفاق مستقل يعتبر باطلاً وفقاً لما نصت عليه المادة (٤/٧٥٠) من القانون المدني، ونفس الحكم في حالة اتفاق الأطراف على التحكيم بالأحالة إلى وثيقة تأمين. ولكن بصدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الذي نص صراحة في المادة (٣/١٠) على إجازة كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، أصبح ذلك جائزاً على أساس أن نص قانون التحكيم خاص ونص القانون المدني عام، والخاص يقيد العام. كما أن ذلك تمشياً مع نص المادة الثالثة من قانون التحكيم التي نصت على إلغاء أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون(٢).

(1) P. MAYER. les limitesde sé parabilité la clause compromissaire, Rev arb, 1987, p361.

(٢) تنص المادة الثالثة من قانون التحكيم الجديد على أن:" تلغي المواد من ٥٠١إلى ٥١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما يُلغي أي حكم مخالف لهذا القانون".

ويترتب على ذلك، أنه إذا ورد شرط التحكيم بالأحالة ضمن الشروط العامة لوثيقة تأمين صادرة عن شركة مصرية أو أجنبية في عقد داخلي أو دولي، وكان شرط التحكيم من ضمن الشروط العامة المطبوعة بها، فإن الشرط يقع صحيحاً لا بطلان فيه[١]، [٢].

(١) د/أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص٤٩،٥٠.

(٢) وهناك اتجاه فقهي ذهب عكس ذلك ويري أن الأحالة إلى شرط تحكيم ورد مطبوعاً في عقد التأمين تكون باطلة حيث إنها وردت على شرط باطل بالمخالفة لنص المادة(٤/٧٥٠) مدني، ولا يغير من ذلك أن قانون التحكيم المصري في المادة(٣/١٠) أجاز كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم لأنها - أي الأحالة - يجب أن ترد على شرط صحيح.....يُنظر في ذلك م. د/ محمد ماهر أبو العينين؛ د/عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص١٣٤.

الخاتمة:

لقد أوضحنا من خلال دراستنا هذه، أن التحكيم نظام اتفاقي يساند قضاء الدولة في حسم المنازعات، وخصوصاً منازعات التجارة الدولية، ويتميز بطبيعته القانونية المختلطة التي تجمع بين الطابع العقدي والطابع القضائي. وبرز هذا الدور لنظام التحكيم من خلال المزايا التي يتمتع بها – رغم المآخذ التي أُحذت عليه – كتلبيته لمتطلبات التجارة الدولية، ومساعدة الدول النامية على تشجيع الاستثمار فيها، وتحقيق مصلحة المحتكمين اقتصادياً، ومساهمته في تحقيق العدالة الناجزة، والسرية والفعالية في تحقيق الحماية القضائية، بالإضافة إلى التخصص والكفاءة التي يمتع بها المحكم بقصد المحافظة على مستقبل العلاقات بين أطرافها.

وبيّنا أن اتفاق التحكيم هو دستور العملية التحكيمية وأساسها الذي تنطلق منه إجراءات التحكيم بأكملها، ويدور معه نظام التحكيم وجوداً وعدماً. ويتميز بطبيعته المدنية المحضة؛ نظراً لتمتعه بخصائص العقود المدنية، ويخضع لما تخضع له من أركان انعقاد وشروط صحة، بالإضافة إلى تمتعه بخصائص أخرى يستقل بها عن العقود الأخرى، كاستقلاله عن العقد الأصلي الوارد به، وعدم تعلقه بالنظام العام، وأخيراً عدم قابليته للتجزئة ما لم يكن هناك مجال للتجزئة. وتتعدد صور الاتفاق على التحكيم ما بين شرط يرد في العقد الأصلي أو في عقد مستقل قبل وقوع النزاع، أو مشارطة تبرم بعد وقوع النزاع، أو الاتفاق عليه بطريق الأحالة الواضحة الدالة على اتخاذ التحكيم وسيلة لحسم المنازعات.

وفي ختام هذه الدراسة، نوصي بالآتي:

١- نوصي هيئات ومراكز التحكيم أن تنسق فيما بينها من أجل وضع حلول لمواجهة ظاهرة ارتفاع نفقات التحكيم، من أجل الحفاظ على مزايا هذا النظام الاقتصادية، وتفعيله وتشجيع الأفراد على سلوكه.

٢- نوصي المشرع المصري أن يعيد النظر في صياغة المادة (٢٣) من قانون التحكيم، للنص صراحة على استقلال اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشارطة بالنسبة للعلاقات العقدية عن العقد الأصلي بشكل واضح؛ لأن ظاهر النص الحالي يقصر الاستقلالية على شرط التحكيم فقط دون صور الاتفاق الاخرى.

٣- نوصي المشرع المصري بتعديل المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم. فبدلاً من النص على بطلان مشارطة التحكيم في حالة عدم تحديد المسائل التي يشملها التحكيم، كان من الأفضل لو نص المشرع على عدم نفاذ المشارطة في هذه الحالة أو تعليق نفاذها على تحديد تلك المسائل بواسطة الطرفين سواء تم ذلك باتفاق لاحق، أو من قبل أحد الطرفين في بيان دعوى التحكيم عملاً بما جاء بالمادة (٢٠) من قانون المرافعات بأنه لا بطلان إذا ما تحققت الغاية من الإجراء. أو يمكن اعتبارها بمثابة اتفاق جزئي على التحكيم بالقياس على فكرة تحول العقد المنصوص عليها في المادة (١٤٤) من القانون المدني.

قائمة المراجع

أولًا: المراجع العربية العامة:

- آداب القاضي للماوردي، دار الكتب العلمية ببيروت ولبنان، الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م، الجزء السادس عشر.

- الصحاح تاج اللغة، الجزء الخامس، صفحة ١٩٠١؛ مقاييس اللغة، الجزء الثاني.

- الفتاوى الهندية، للجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية سنة ١٣١٠ هـ، الجزء الثالث.

- المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، بدون طبعة سنة ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.

- تاج العروس، الجزء الحادي والثلاثين، ص ٥١١؛ المعجم الوسيط، الجزء الأول.

- د/أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي، بدون ناشر وسنة نشر.

- د/السيد عيد نايل؛ د/محمد عادل عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون:" الجزء الأول – نظرية القانون"، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٩.

- د/سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة ٢٠٠٢.

- د/سهير سيد أحمد منتصر، مصادر الالتزام "المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة"، بدون ناشر، سنة ٢٠١٠، ص ٩٧.

- د/عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع في ظل قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر عام ١٩٧٨ "قواعد هامبورج"، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧.

- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات "المصادر – الأثبات – الآثار - الأوصاف – الانتقال - الانقضاء"، "تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي "، منشأه المعارف، سنة ٢٠٠٤.

- د/كمال محمد أبو سريع، القانون البحري في الطاقم والاستغلال البحري، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩١.

- د/محمد السعيد رشدي، صيغ العقود، بدون ناشر وسنة نشر.

- د/ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي، المدخل لدراسة القانون، بدون ناشر، سنة ٢٠١٥.

- د/نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة دار المعارف، الطبعة الأولي، سنة ١٩٨١.

- د/وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٤.

- د/وفاء حلمي أبو جميل، محاضرات في النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول "مصادر الالتزام"، بدون ناشر، سنة ٢٠١٠.

ثانيًا: المراجع العربية المتخصصة:

- ا/طارق فهمي الغنام، طبيعة مهمة المحكم، تقديم الأستاذة الدكتورة سميحة القليوبي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة ٢٠١١.

- د/إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧م.

- د/إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية "دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقارن "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٩.

- د/أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨١م.

- د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم "مفهومه-أركانه وشروطه-نطاقه" دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١ - ٤٨ بتاريخ ١٣

يناير ٢٠١١وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وأنظمة التحكيم المقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٣.

- د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، "دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والإماراتي وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي والقانون الفرنسي والتشريعات العربية والأجنبية المقارنة وقانون الأمم المتحدة النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الاونستيرال) وقواعد غرفة التحكيم الدولية بباريس ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ومراكز التحكيم الدولية "، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٨.

- د/أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة دار المعارف، الطبعة الخامسة، سنة ٢٠٠١م.

- د/أحمد بركات مصطفي، حق الالتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والاتجاهات الحديثة في القضاء المصري، بدون ناشر، سنة ٢٠١٢.

- د/أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم "اتفاق التحكيم – إجراءات الخصومة والفصل فيها "، بدون ناشر سنة ٢٠٠٧.

- د/احمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢.

- د/أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوبة منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٥.

- د/أحمد مليجي، موسوعة التحكيم:" التعليق على قانون التحكيم بآراء الفقه وأحكام المحاكم وأحكام هيئات التحكيم والصيغ القانونية والمواثيق والمعاهدات الدولية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١١.

- د/آمال أحمد الفرايزي، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعليه التحكيم، دراسة مقارنة بين النظام القضائي المصري – السعودي – الفرنسي – الإيطالي، منشأة المعارف، سنة ١٩٩٣.

- د/أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٥.

- د/جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩.

- د/حفيظة السيد الحداد، التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، بحث منشور في مجلة الحقوق بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٩٥.

- د/حمدي علي عمر، حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣.

- د/خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٨.

- د/خيري عبد الفتاح السيد البتاتوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، سنة ٢٠١٣م.

- د/سحر عبد الستار إمام، المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦.

- د/سهير سيد أحمد منتصر، محاضرات في التحكيم بمؤتمر التحكيم الدولي بمعهد الأهرام الإقليمي للصحافة، مارس ٢٠٠٧.

- د/سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٣.

- د/شهاب فاروق عبد الحي، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة ٢٠١٤.

- د/عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي لبيعته ونشأته وانعقاده وصحته، دار النهضة العربية.

- د/عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٦.

- د/عبد السلام منصور الشيوي، التحكيم في نطاق القانون الدولي، بدون ناشر، سنة ٢٠١٠.

- د/عبد المنعم خلاف، مشكلات التحكيم في التجارة الخارجية والنقل البحري، بحث منشور في مجلة روح القوانين، تصدرها كلية الحقوق، جامعة طنطا، سنة ١٩٩٠، العدد الثاني.

- د/عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص.

- د/عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الأولي، سنة ١٩٩٠.

- د/عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٩.

- د/على عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، سنة ٢٠٠١م، ص ٣٠.

- د/عيد محمد القصاص، أصول التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية والدولية والداخلية، الطبعة الأولى سنة ٢٠١٥م.

- د/عيد محمد القصاص، حكم التحكيم " دراسة تحليله في قانون التحكيم المصري والمقارن لماهية الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعات

الخاصة ولكيفية تكوينه ولقواعد إصداره وللآثار التي يرتبها ولنظام الطعن عليه ولكيفية تنفيذه "، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠.

- د/فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة دار المعارف، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٧م.

- د/فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٧.

- د/محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين "نطاقها ومفهومها"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية.

- د/محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الداخلي والدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٦.

- د/محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١١.

- د/محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، سنة ١٩٩٠م.

- د/محمود مختار أحمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، سنة ٢٠١٤، ص٨؛ د/محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأه دار المعارف، سنة ٢٠٠٣م.

- د/محمود مصطفي يونس، حجية أحكام المحكمين ومدي تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة الحق، العدد الحادي عشر، سنه ٢٠٠٦.

- د/محيي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، سنة ١٩٨٦م.

- د/مصطفى محمد الجمال؛ د/ عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨م.

- د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق.

- د/مهندس: حميد لطيف نصيف الدليمي، التحكيم متعدد الأطراف في منازعات عقود التشييد، بحث منشور في مجله الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، سنة ٢٠١٣م.

- د/نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢.

- د/ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المرجع السابق.

- د/ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دراسة مقارنة – اتفاقية

نيويورك، القانون الفرنسي، القانون النموذجي، الشريعة الإسلامية، التشريعات العربية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة ١٩٩٦.

- د/هبة بدر أحمد محمد صادق، الحماية الوقتية في التحكيم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩.

- د/هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي" مزاياه – أمراضه"، منشأه دار المعارف، سنة ٢٠٠٧م.

- م. د/محمد ماهر أبو العنين؛ د/عاطف محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم:" دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه وأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحاكم الاستئناف في خصومة التحكيم الدولي والداخلي، الكتاب الأول:" اتفاق التحكيم وهيئته وخصومته"، بدون ناشر وسنة نشر.

ثالثًا: المراجع الأجنبية:

- A.Pouille , Le pouvoir judicaire et les Tribunaux , paris , 1985.

- Louis Frédéric PIGNARRE , Convevtion d’arbitrage , Dalloz , 2013 (actualization 2014).

-A.Foustocuos , L’arbitrage interne et international en droit privé Hellénique , Litec , 1976 , p.55 ؛Alejandro Follonier-Ayala.

-Alejandro Follonier-Ayala , La Convention d’arbitrage : notion et Modalités , Etude comparatives des régimes latino-américains et Suisse , 2012.

-Alfred Bernard: L'arbitrage volontaire en droit privé, Bâle, 1995.

-Bertrand MOREAU , Arbitrage international , Dalloz , 2015.

-C. REYMOND. la clause arbitral par référence , Recueil de travaux Suisse sur l’arbitrage international , Zurich , 1984.

-Ch.Seraglini ؛ J.Dvtscheidt , Droit de l’arbitrage interne et international , paris , 2013.

-Dominique Hascher , arbitrage du Comerce international , L’université paris , 2005.

-Elie Kleiman et Julie Spinelli , La réforme du droit de l'arbitrage , sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité , ápropos du décret du 13 Janvier 2011 , Gaz.Pal , 2011.

-Emmanuel Roux , panorama des différents modes alternatifes de réglement des litiges . AJ Collectivités Territoriales , 2012.

-F.Eisemann , La clause d'arbitrage pathologique , Etudes á minoli , U T E T, 1974.

-J.Claude Dubarry et Eric Loquin , Tribunaux de commerce et arbitrage , RTD com , 2003.

-Jean Robert, L'arbitrage, droit interne, droit international Privé, Paris, 5éme édition, 1983, P5. ؛ Bertrand MOREAU , Arbitrage en droit interne , Dalloz , 2012 (actualization 2015).

-Jing Li , La transmission et l'extension la clause compromissoire dans l'arbitrage international , 1993 , p.17 ؛Forssius (G) , L'independence de la compromissiore en droit suedois , Rev.arb , 1955.

-Kaline Santos Ferreira , Le Contentieux administratif en dehors du juge, étude compare des droits Français et Brésilien , université Montesquieu Bordeaux , Doctorat en droit , 12 Juillet 2013.

-Klein (F) , Du caractere autonome de la clause compromissore notament en matinees d'arbitrage international , Rev.crit , 1961.

-Manina Papadatou , La convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises , étude compare des droit français , hellénique et anglais , Thése , Université Panthéon-Assas , 2014 .

-Marc de Monsembernard , Marchés publics , avril 2013 (actualisation: avril 2015).

Mathieu De Boisséson: Le droit Française de l'arbitrage interne et international, Gide Loyrette Nouel, 2éd, 1990, P 283 ؛ Jean Vincent et Serge Guinchard , procedure civil , Dalloz , 27éd , 2003.

Noël Chahid –Nourai et Romaric Lazerges , La resolution des litiges dans les contracts de partenariat , A J D A , 2009 , 1928.

-P. MAYER. les limitesde sé parabilité la clause compromissaire, Rev arb, 1987.

-Philippe Fouchrad, E. Gaillard et B. Goldman, "Traité de l'arbitrage Comercial international " Litec, 1996.

-Philippe Malinvaud , Droit DES OBLIGATIONS , Septiéme edition , Litec , 2001.

-Réné David , l'arbitrage dans le Comerce international, l'Economic , 1982.