الجوانب القانونية للرضا بإبرام اتفاق التحكيم

دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي والنظام السعودي

دكتور

أحمد علي حسن عثمان

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق – جامعة الزقازيق

مقدمة عامة:

أولًا: موضوع البحث:

لا أحد يستطيع إنكار الدور الجوهري والهام الذي يقوم به التحكيم في حسم المنازعات؛ فقد كثر اللجوء إليه والاعتماد عليه بشكل ملحوظ نظرًا للمزتيا الكثيرة التي يحققها من الناحيتين الموضوعية والإجرائية؛ مما جعله وجهة قضائية مناسبة لكثير من الأفراد، لا سيما فيما يتعلق بمنازعات الاستثمار التي تكون في أمس الحاجة لوسيلة فض منازعات سريعة وآمنة وعادلة، وهو ما يتوافر بجلاء في التحكيم.

ولا شك في أن التحكيم كنظام قانوني، يرتكز بأكمله على ما يُعرف باتفاق التحكيم. فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم بدون وجود اتفاق عليه أيًا كان شكل هذا الاتفاق. فقد يتخذ الاتفاق شكل شرط التحكيم ٠ وهذا هو الغالب – سواء ورد هذا الاتفاق في صورة بند داخل العقد الأصلي أم في صورة بند مستقل في اتفاق يُلحق بالعقد الأساسي؛ وقد يتخذ شكل مشارطة التحكيم وذلك بعد نشوب النزاع بالفعل بين طرفي العقد. وفي جميع الحالات لابد من وجود اتفاق التحكيم بصورة صحيحة؛ وإلا غدت عملية التحكيم كلها غير صحيحة.

والوجود الصحيح لاتفاق التحكيم، يقتضي ضرورة توافر أركان هذا الاتفاق المتمثلة في الرضا والمحل والسبب. كما يلزم ضرورة توافر الشروط اللازمة لإبرام هذا الاتفاق، والتي تتمثل في خلو إرادات أطراف

الاتفاق من عيوب الرضا، بالاضافة إلى وجوب توافر الأهلية اللازمة لإبرام الاتفاق.

ثانيًا: إشكالية البحث:

تثير مسألة : الجوانب القانونية للرضا بإبرام اتفاق التحكيم"، التساؤلات القانونية الآتية:

١- التساؤل الأول: كيف يتم التراضي على إبرام اتفاق التحكيم؟ وكيف يكون التعبير عن ذلك؟

٢- التساؤل الثاني: كيف تتم مسألة توافق وتلاقي إرادات أطراف التحكيم على إبرامه؟

٣- التساؤل الثالث: ما هو التصور الفعلي والقانوني لوجود عيوب الرضا بالنسبة لاتفاق التحكيم؟ وما أثر ذلك على وجود الاتفاق؟

٤- التساؤل الرابع: ما هي الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم بالنسبة للشخص الطبيعي؟

٥- التساؤل الخامس: ما هي الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم بالنسبة للشخص الاعتباري؟

ثالثًا: أهمية البحث:

تتمثل الأهمية للقانونية لموضوع بحثنا في محاولة التوصل لقواعد قانونية متناسبة، تصلح للتطبيق على اتفاق التحكيم، بصورة تضمن وجود رضاء الأطراف المحتكمين بصورة صحيحة وخالية من العيوب.

وسنحاول التوصل إلى ذلك مستهدين بالقواعد العامة المعروفة في القانون المدني والمقررة في هذا الشأن، ومحاولة تطبيقها على اتفاق التحكيم.

وتتضح الأهمية العملية لموضوع البحث؛ في أن التوافر الصحيح للرضا باتفاق التحكيم، يسضمن لنا تنفيذ حكم التحكيم بنسبة الكبيرة، وسيجنبنا مخاطر الطعن على حكم التحكيم بسبب عدم وجودج الرضا بإبرام الاتفاق من الأساس، أو حتى التشكيك في صحة هذا الرضا، مما يهدد العملية التحكيمية بأكملها، لا سيما وأن صدور الحكم التحكيم يكلف جميع الأطراف الكثير من الجهد وبالطبع الكثير من النفقات؛ لذلك وجب توخر الحذر بشدة فيما يتعلق بمسألة الرضا بإبرام هذا الاتفاق.

رابعًا: منهج البحث:

سنعتمد في دراستنا هذه على المنهج التحليلي المقارن. وذلك من خلال تحليل النصوص التشريعية المنصوص عليها في القواعد العامة ومحاولة تطبيقها على اتفاق التحكيم. وكذلك مقارنة وضع هذه المسألة بين المشرعين: المصري والفرنسي والسعودي.

خامسًا: خطة البحث:

سنبين الجوانب القانونية للرضا بإبرام اتفاق التحكيم، من خلال ثلاثة فصول، هي:

الفصل الأول: وجود الرضا بإبرام اتفاق التحكيم.

الفصل الثاني: خلو إرادات أطراف اتفاق التحكيم من عيوب الرضا.

الفصل الثالث: وجود الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم.

الفصل الأول

وجود الرضا بإبرام اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم:

يتطلب الوجود الصحيح من الناحية القانونية لاتفاق التحكيم، ضرورة وجود الرضا بهذا الاتفاق، وأن يكون هذا الوجود صحيحًا من حيث التعبير عنه، ومن حيث تلاقي إرادات أطراف الاتفاق على وجوده.

المبحث الأول: وجود التراضي باتفاق التحكيم والتعبير عنه.

المبحث الثاني: توافق وتلاقي إرادات أطراف اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

وجود التراضي باتفاق التحكيم والتعبير عنه

أولاً: وجود التراضي باتفاق التحكيم:

يُقصد بالتراضي وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو انقضاؤه، وقوام هذا التراضي هو رضاء الطرفين [١].

([١]) د/محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، ص ٥٥.

ونص المشرع السعودي على ضرورة وجود التراضي، في المادة (الثانية والثلاثون) من نظام المعاملات المدنية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩) وتاريخ ١٤٤٤/١١/٢٩هـ، والتي تنص على أنه :" يتحقق الرضى إذا توافقت إرادتا متعاقدين (أو أكثر) لديهما أهلية التعاقد وعُبِّر عن الإرادة بما يدل عليها ".

ويعتبر التراضي ركن في اتفاق التحكيم لا يقوم إلا بوجوده [١]، ويُقصد به في إطار هذا الاتفاق، اتجاه إرادات هذا الأخير إلى اختيار التحكيم وسيله لحسم المنازعات التي قد تثور بينهم في المستقبل أو التي ثارت بالفعل بشأن علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية، سواء كان ذلك التراضي في إطار التحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي، يستوي في ذلك الصورة التي يتم بها الاتفاق على تلك الوسيلة، شرطاً كان أو مشارطة أو حالة الاتفاق عليها بطريق الأحالة. ويُشترط للقول بتوافر التراضي باتفاق التحكيم تواجد الشرطين الآتيين:

١- وجود الإرادة:

يُقصد بالإرادة، انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد، وذلك بأن يدرك الانسان معني التصرف الذي سيجريه، وأن

(١) د/أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٦، ص ٢١٥.

يكون قاصداً له وعالماً بالآثار القانونية التي ستترتب عليه [١]. وفي شأن اتفاق التحكيم يجب أن تتوافر إرادة التعاقد لدي كل طرف من الأطراف المقدمة على إبرام هذا الاتفاق، فإذا انتفت هذه الإرادة لدي أحد أطراف الاتفاق، انتفي ركن التراضي به.

وبناءً على ذلك، لا يكون التراضي باتفاق التحكيم موجوداً على الوجه الصحيح في الحالات التي يصدر فيها الرضا من غير المميز كالمجنون أو الصغير دون السابعة أو شخص فقد وعيه بسبب عارض كمرض أو سكر بيّن أفقده القدرة على الادراك، أو تخدير أو تنويم مغناطيسي أو تحت إكراه مادي، حيث أن هؤلاء في نظر القانون ليس لهم إرادة يُعتد بها تؤهلهم لإبرام مثل هذا الاتفاق.

وتتضح خصوصية اتفاق التحكيم في حالة انعدام التمييز عندما يُبرم في صورة شرط تحكيم مدرج في العقد الأصلي بين الأطراف، بحيث يكون هذا الشرط تابعاً للعقد الأصلي، ويكون أحد طرفي هذا الأخير عديم التمييز ففي هذه الحالة، فإن أثر انعدام التمييز لا يصيب العقد الأصلي فحسب بل يلحق اتفاق التحكيم أيضاً.

ويترتب على هذه الحالة الأخيرة، أنه إذا دفع أحد طرفي اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي لانعدام إرادته، ترتب على ذلك بطلان

(١) د/مصطفي محمد الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة دار المعارف، سنة ١٩٩١، ص ٤٨.

اتفاق التحكيم بالتبعية [١]. وسبب بطلان هذا الأخير، وجود عيب ذاتي في الاتفاق نفسه، وهو عدم توافر الإرادة الصحيحة المعتد بها قانوناً والمكونة لركن التراضي في اتفاق التحكيم، وليس بسبب ارتباطه بالعقد الأصلي، ولا يمثل ذلك تعارضاً مع ما يقضي به مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي المدرج فيه والوارد في المادة (٢٣) من قانون التحكيم، حيث تظل النتائج المترتبة على هذا المبدأ قائمة، وعلى رأسها اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة وجود اتفاق التحكيم وبطلانه [٢].

ويأتي الاهتمام بإرادة الأطراف في اتفاق التحكيم تمشياً مع إقرار المشرع لمبدأ سلطان الإرادة المعروف في القانون المدني [٣]، والذي يقضي بأن إرادة الأطراف وحدها هي صاحبة السلطة الأكبر في إنشاء العقود كيفما تشاء، شريطة عدم مخالفة قواعد النظام العام.

وترتيباً على المبدأ السابق، فلإرادة الأطراف الحرية في تحديد آثار العقد سواء بالتضييق أو التوسيع أو الحذف أو التعديل، وكذلك إنهاء العقد

([1]) C.DUQUENNE ,L′autonomie de la clause compromissoire en droit Comerce international , Thése , 2000 , p.12.

([٢]) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٨ ص ٣٨٨.

([٣]) د/آمال احمد الفرا يزي، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة مقارنة بين النظام القضائي المصري – السعودي – الفرنسي – الإيطالي، منشأة المعارف، سنة ١٩٩٣، ص ٢٤.

بعد ابرامه [١]، وجاء النص على هذا المبدأ في المادة (١٤٧) من القانون المدني التي نصت على أنه:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ".

وذات المبدأ السابق، نص عليه المشرع السعودي في المادة (الرابعة والتسعون) من نظام المعاملات المدنية السعودي، والتي تنص على أنه :" إذا تم العقد صحيحًا لم يجز نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق أو بمقتضى نص نظامي :.

وعلى ذلك، فإنه يجوز لإرادات الأطراف في اتفاق التحكيم، الاتفاق على اشتمال هذا الأخير لجميع المنازعات الناشئة عن العقد محل الاتفاق، ويجوز لهم أيضاً قصرها على مسألة معينة بذاتها، كالمنازعات الناتجة عن تكوين العقد أو تنفيذه أو آثاره.

وتلعب إرادة الأطراف دوراً مزدوجاً في حياة اتفاق التحكيم كنظام قانوني لحسم المنازعات، مفاده أن هذه الإرادة قد تكون مناط قوه لهذا الاتفاق وأحياناً تكون مناط ضعف. فمناط قوة هذه الإرادة يتمثل فيما يملكه هؤلاء الأطراف من حرية أو إمكانية اللجوء إلى طرق أخري أكثر مرونة من قضاء الدولة والقوانين الداخلية بما تحمله من صرامة وروتين، حيث أن هذه الإرادة هي التي تحدد نطاق سلطة المحكم بالفصل في النزاع، ونطاق اتفاق التحكيم من حيث أطرافه، والمسائل التي تخضع للتحكيم.

(١) د/رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠٠٣، ص ١٨.

وأحياناً تكون الإرادة مناط ضعف لنظام التحكيم، ويظهر ذلك في الحالات التي يتسبب فيها أحد أطراف اتفاق التحكيم بسوء نية وبمحض إرادته في فشل إجراءات التحكيم [١].

ويُقصد بالإرادة المتطلبة قانوناً لصحة اتفاق التحكيم، الإرادة الحرة [٢] التي نص عليها المشرع المصري في قانون التحكيم في المادة (٤)، بنصها على أنه:" ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولي إجراءات التحكيم بمقتضي اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم يكن كذلك ".

واستطراداً لما سبق ذكره بشأن أهمية إرادة الأطراف في نطاق اتفاق التحكيم باعتبارها نقطة البداية في اللجوء إلى نظام التحكيم ، فإن القضاء قد لعب دوراً هاماً في الإعلاء من قيمة وقدر هذه الإرادة ، وتمثل هذا الدور فيما قضت به المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القوانين التي تفرض التحكيم جبراً على الأفراد [٣]، وذلك باستثناء حالات التحكيم الاجباري – التي استقر عليها الرأي – بشأن منازعات هيئات

(١) د/عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ١٠٨، ١٠٩.

(٢) د/أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء ومراكز التحكيم العربية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، سنة ٢٠٠٩، ص ٧٥.

(٣) المحكمة الدستورية العليا، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧، القضية رقم ١٣، لسنة ١٥ق؛ جلسة ١٩٩٩/٧/٣، القضية رقم ١٠٤، لسنة ٢٠ق؛ جلسة ٢٠٠١/١/٦، القضية رقم ٦٥، لسنة ١٨ق؛ جلسة ٢٠٠٣/٥/١١، القضية رقم ٣٨٠، لسنة ٢٣ق.

القطاع العام وشركاته، والتي لم تخضع بعد لقانون شركات قطاع الاعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١م، والتي لم تتحول إلى شركات قابضة؛ وذلك نظراً لعدم تناقض مصالحها وأيلولتها إلى جهة واحدة هي الدولة. وأساس ذلك أنه لا يعتبر من قبيل الرضا الصحيح الحر بالتحكيم الخضوع لنظام قانوني معين وقبول التعامل فيه [١].

٢- إتجاة الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين:

يعتبر من العناصر الهامة في أي عقد بصفة عامة، وجوب أن يكون هناك اتفاق بين الأطراف على إحداث أثر قانوني، وهذا الأخير هو المعيار الذي على أساسه يمكن القول بوجود العقد بالمعني القانوني من عدمه، وهو ما يُعرف بنية الالتزام. وترتيباً على ذلك، إذا لم تتجه إرادة الأطراف إلى إحداث أثر قانوني، فلا عبرة بهذه الإرادة، ويظهر ذلك في حالات كثيره منها المجاملات الاجتماعية، وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية، وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة، وكذلك الشأن، أيضاً لا يُعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية، ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة، ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني [٢].

(١) د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، مفهومه-أركانه وشروطه –نطاقة، دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٣، ١٨٤.

(٢) د/عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٤، ص ٤٧، ٤٨.

وفي نطاق اتفاق التحكيم، يجب أن يدرك الأطراف حقيقة المقصود من التصرف الذي ينوون القيام به وهو اتفاق التحكيم، وعلى ذلك، فلابد أن تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي سوف تنشأ أو نشأت بالفعل عن علاقتهم الاصلية، سواء كانت هذه الأخيرة عقدية أم غير عقدية [١]. ولا يكفي مجرد الاتفاق على عدم طرح النزاع على القضاء، بل يجب النص صراحة على تخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع دون مشاركة أو تعقيب من قضاء الدولة، حيث أن الاتفاق على التحكيم لا يُفترض [٢].

وفي مجال الحديث عن نية الالتزام باتفاق التحكيم، يثور تساؤل هام مفاده: **هل من الممكن أن تلقى الصورية بظلالها على اتفاق التحكيم في حالة ورودها على العقد الأصلي؟**

من المسلم به في القواعد العامة أنه يُقصد بالصورية، اتخاذ مظهر كاذب غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إراداتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فيعتبر

(١) د/باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦، ص ٢٤.

(٢) د/محمد عبد الرحيم أحمد عبد الرحيم، التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص، رسالة دكتوراه مقدمه لكلية الحقوق بجامعة الزقازيق، سنة ٢٠١٦، ص ١٥٨.

تصرفهما الظاهر صورياً، أما تصرفهما المستتر المثبت في ورقة الضد، فيكون حقيقياً[١].

وبالنسبة للسؤال السابق، فإن الإجابة عليه تقتضي التفرقة بين فرضين: يتمثل أولهما، في حالة كون العلاقة الأصلية التي يتعلق التحكيم بالمنازعات الناشئة عنها حقيقية وبعيدة عن الصورية، ففي هذه الحالة يعتبر اتفاق التحكيم حقيقياً بالتبعية ومقصوداً من الأطراف، إذ ليس هناك ما يدعو إلى إبرام اتفاق تحكيم صوري في ظل وجود حقيقي للعلاقة الأصلية التي تتضمن هذا الاتفاق [٢].

ويتمثل الفرض الثاني، في حالة كون العلاقة الأصلية التي يتعلق التحكيم بالمنازعات الناشئة عنها صورية، فهنا يجب التفرقة بين شرط التحكيم ومشارطته. فبالنسبة لشرط التحكيم المدرج في العقد محل العلاقة الأصلية، فنظراً لصفة التبعية والارتباط الواضح بين التصرف الأصلي الصوري وبين شرط التحكيم، فإن هذا الأخير يعتبر أيضاً شرطاً صورياً أُدرج في التصرف الأصلي الصوري، وذلك على أساس تدعيم وحماية الوضع الظاهر الذي أراد الطرفان الظهور به أمام الغير، ما لم يقصد الأطراف حقيقة الالتجاء إلى التحكيم بشأن المنازعات التي قد تنشأ بينهما نتيجة الصورية، فهنا يكون شرط التحكيم حقيقي رغم صورية التصرف

(١) م/أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٧، ص ٤١١؛ م.د/محمد شتا أبو سعد، الموجز العملي، في الصورية، في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الفكر الجامعي، ص ٤٤؛ وكذلك: نقض مدني، الطعن رقم ٣٤٩، لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/٧/١٢، السنة ٤٥، ص ١١٩٢.

(٢) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص ٣٨٩.

الأصلي الذي تضمنه. وبالنسبة لمشارطة التحكيم، فنظراً لأنها تُبرم بعد وقوع النزاع واتضاح معالمه، لذلك فالمراد منها في جميع الأحوال مواجهة المنازعة أو المنازعات الناشئة عن صورية التصرف محل العلاقة الأصلية بين الطرفين، مما يصعب معه القول بصورية مشارطة التحكيم [١].

ثانياً: التعبير عن الإرادة باتفاق التحكيم:

تعتبر الإرادة مسألة نفسية، لا يترتب عليها أي أثر طالما بقيت كامنة داخل نفس صاحبها، إذ لابد لكي يترتب عليها أثر ما، أن يتم التعبير عنها بمظاهر خارجية محسوسة، أي إخراجها من الحيز النفسي الداخلي [٢]. والتعبير عن الإرادة وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني يتم بأحد طريقين، إما أن يكون تعبيراً صريحاً، وإما أن يكون ضمنياً [٣].

وفي هذا الشأن نص المشرع السعودي في المادة (الثالثة والثلاثون) من نظام المعاملات المدنية، على أنه :" ١- يكون الإيجاب والقبول بكل ما يدل على الإرادة. ٢- يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالمعاطاة، وأن يكون صريحًا أو ضمنيًّا، وذلك ما لم تقتض النصوص النظامية أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة خلاف ذلك ".

---

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص ٣٩٠.

(٢) د/جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠١١، ص ٢٩.

(3) Philippe Malinvaud , op.cit , p.47.

١- التعبير الصريح:

ورد التعبير الصريح في المادة (١/٩٠) من القانون المدني المصري، التي نصت على أن:" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود ". ويُقصد به الإفصاح عن الإرادة بطريقة مباشرة أي بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس.

وتتعدد وسائل الإفصاح عن الإرادة صراحة، ما بين اللفظ والكتابة والاشارة والموقف الذي لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته عل المقصود [١]. فاللفظ يُقصد به كل ما يتلفظ به الشخص ويدل معناه لغة أو عرفاً أو بحسب ظروف الحال على إرادة الشخص، سواء تلفظ به بنفسه أو عن طريق رسول كلفه بذلك. أما الكتابة فتشمل أي عبارات مكتوبة يدل معناها لغة أو عرفاً أو بحسب ظروف الحال على إرادة من صدرت منه هذه الكتابة، سواء تمت بخط اليد أو كانت مطبوعة، يستوي في ذلك أن تكون موقعة أو غير موقعة [٢].

والإشارة، هي كل ما يومئ به الشخص تعبيراً عن موقف معين يجري العرف على إعطائه معني خاصاً ومحدداً، كتحريك الرأس عمودياً دلالة على القبول، أو تحريكها أفقياً دلالة على الرفض، وقد تكون هذه

(١) د/سهير سيد احمد منتصر؛ د/حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ١٣٧.
(٢) د/جلال على العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة دار المعارف، سنة ١٩٩٧، ص ٩٠.

الإشارة هـي لغة البُكم الذين لا يستـطيعون التـحدث [١]. وأخيراً الموقف الذي لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، ومثاله عرض التاجر بضاعته على الجمهور مع بيان أسعارها، وكذلك الشأن وقوف سيارات الأجرة ذات الأسعار المحددة في الأماكن المخصصة لركوب الركاب [٢].

وفيما يتعلق باتفاق التحكيم والتعبير الصريح ونصيب كل وسيلة من وسائلة في مدي المساهمة في التعبير عن الإرادة المكونة لركن التراضي في هذا الاتفاق، فالأمر يختلف من وسيلة إلى أخرى. فوسيلتي اللفظ والإشارة لا يصلحان كقاعدة لأن يكونا من مظاهر التعبير الصريح باتفاق التحكيم، وذلك على عكس ما هو سائد في العقود المدنية، ويرجع ذلك لاشتراط المشرع وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ورتب على تخلف ذلك الشكل بطلان الاتفاق برمته – على النحو الذي سنبينه في موضعه –، ومع ذلك يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بطريق اللفظ أو الإشارة المفهومة والمتداولة عرفاً بين الناس، ولكن بشرط أن يتم التعبير عن ذلك اللفظ أو تلك الإشارة في محرر مكتوب، وذلك تمشياً مع ما جاء النص عليه في قانون التحكيم.

وبخصوص وسيلتي الكتابة والموقف الذي لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، فإنهما يصلحان لأن يكونا من صور

(١) د/سهير سيد أحمد منتصر؛ د/حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص١٣٨.
(٢) د/رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٤١.

التعبير الصريح باتفاق التحكيم، فالكتابة تمثل أوضح وأبرز صور التعبير عن التصرفات القانونية بصفة عامة، وعن اتفاق التحكيم بصفة خاصة، لا سيما وأن المشرع اشترط الكتابة لصحة هذا الاتفاق.

وأحياناً يتم الاتفاق على التحكيم عن طريق موقف معين لا تدع ظروف الحال مجالاً للشك في دلالته على اتجاه نية صاحبه لإبرام هذا الاتفاق، ومثال ذلك حالة اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم وحضورهما أمام المحكم رغم عدم وجود اتفاق مكتوب بما اتفقا عليه، حيث أن هذا الحضور لا يترك مجالاً للشك في دلالته على الاتفاق على التحكيم، بل أن دلالته تفوق في قوتها قوة الدليل الكتابي [١].

٢- التعبير الضمني:

نص المشرع المصري على التعبير الضمني في المادة (٢/٩٠) من القانون المدني، بنصها على أنه:" ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً ". ويُقصد به، ذلك الذي يتم بوسيلة لم توضع من الأساس للكشف عن الإرادة بطريقة صريحة، أي أنها لا تدل في ذاتها على حقيقة المعني المقصود، ولكن يمكن استخلاص ذلك المعني من خلال ظروف الحال التي لا تسمح إلا بتفسيرها على هذا المعني [٢]. ومثاله بقاء المستأجر في

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص ٣٩٤.
(٢) د/محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص ٧٠.

العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار، مما يُعد ذلك تعبيراً ضمنياً عن رغبته في تجديد العقد.

وفيما يتعلق بمدي دلالة التعبير الضمني عن إبرام اتفاق التحكيم، فإن هذا التعبير لا يصلح لأن يكون من مظاهر التعبير الذي به يتم ركن التراضي، وذلك تأسيساً على اشتراط المشرع في قانون التحكيم التعبير الصريح عن الإرادة، بحيث يبرم الطرفان اتفاقاً خاصاً على التحكيم، أو ينصان في العقد الأصلي على اللجوء إليه عند نشوب النزاع [١].

كما أنه لا يمكن الاعتماد على التعبير الضمني للدلالة على الرضا باتفاق التحكيم، حيث إن هذا الأخير لا يُفترض، بل لابد من إقامة الدليل عليه [٢] ، حيث يجب أن يتنبه الأفراد لحقيقة و آثار التصرف الذي يقدمون عليه عن بصر وبصيرة، مدركين لكل نتائجه سواء الإيجابية أو السلبية، وهذا لا يكون إلا بالتعبير الصريح. علاوة على أن الأصل في حسم المنازعات هو قضاء الدولة وليس قضاء التحكيم ، وانعقاد الاختصاص لهذا الأخير لا يكون إلا بناءً على اتفاق صريح، وبدونه تنعقد ولاية حسم المنازعات لصاحب الاختصاص الأصيل بها أي قضاء الدولة.

(١) د/محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧، ص ١٧٤.

(٢) د/محمود السيد عمر التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض وانما لابد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، سنة ٢٠٠٢م، ص ١٢٨.

وعلى الرغم من رفض المشرع المصري التعبير الضمني للدلالة على اتفاق التحكيم، إلا أن مسلك القضاء الفرنسي ممثلاً في محكمة استئناف باريس جاء مخالفاً لمسلك القانون المصري، عندما أجازت تلك المحكمة إبرام اتفاق التحكيم بصورة ضمنية، في قضية تتلخص وقائعها في وجود منشأتين نشأت بينهما علاقات متصلة، وجري العمل بينهما على النص على التحكيم فيما يبرمانه من عقود، ثم أبرما عقد من ذات النوع، ولم ينصا فيه على التحكيم، فأجازت المحكمة خضوع ذلك العقد للتحكيم على أساس توافر الاتفاق الضمني بين المنشأتين وتواتر العمل بينهما على ذلك ، ما لم يتبين من العقد الجديد الذي خلا من الاتفاق على التحكيم، أن المتعاقدين قد قصدا بعدم ذكره فيه رغبتهما في عدم طرح المنازعات الناشئة عن هذا العقد بصفة خاصة للتحكيم [١] .

ولقد انُتقد المسلك السابق لمحكمة استئناف باريس من ناحيتين، الأولي، أن معظم التشريعات الوطنية، وكذلك الاتفاقات الدولية التي تناولت موضوع التحكيم اشترطت ضرورة الكتابة صراحة للتعبير عن الإرادة سواء كانت هذه الكتابة للإثبات أو للانعقاد، والتحكيم نظام استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا إذا اتفق طرفاه عليه صراحة [٢]. والثانية، أن ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس يتنافى مع الأصول العامة للتفسير، إذ وفقاً لهذه الأخيرة يجب القول برغبة المتعاقدين في عدم

) [1](Cour d'apple de paris , 14 juin 1970 , Rev.crit ,1970, p. 148 .

([٢]) د/نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، ص ٦٦.

خضوع المنازعات الناشئة عن هذا العقد بالذات - خلافاً للعقود السابقة عليه – للتحكيم، إنما يدل على رغبتهما في إقصاء هذا العقد من نطاق التحكيم وإخضاعه لقضاء الدولة [١].

***السكوت ومدي التعبير عن الإرادة باتفاق التحكيم:**

يُقصد بالسكوت بصفة عامة، حالة من الصمت والسكون أو الاخفاء والكتمان، أي ما يختزنه الشخص داخل طيات نفسه دون أن يعبر عنه بصورة صريحة أو ضمنية، لذلك يعتبر في حكم العدم، ويقابله التعبير الذي هو كشف وإظهار عن مكنون الإرادة [٢]. ولقد عرضت المادة (٩٨) من القانون المدني المصري لأحكام السكوت بنصها على أنه:" ١- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يُرفض الايجاب في وقت مناسب. ٢-ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين وأتصل الايجاب بهذا التعامل، أو تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه.

وتعرض المشرع السعودي لمدى دلالة السكوت للتعبير عن الإرادة، في المادة (السابعة والثلاثون) من نظام المعاملات المدنية، التي تنص على أنه :" ١- لا يعد سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولًا إلا إذا

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٩٤.
(٢) د/محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، ص ١٢١:
- Terré Simler , Lequette , droit civil , les obligations , 6 éd , 1998 , n: 118.

كان هناك اتفاقٌ أو وجدت قرينة تدل على ذلك. ٢- يعد السكوت قبولًا إذا كان هناك تعاملٌ سابقٌ بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو كان هذا الإيجاب لمحض منفعة الموجب له ".

والسكوت وفقاً للنص السابق ثلاثة أنواع. فهناك السكوت المجرد، وهو عبارة عن حالة سلبية محضة غير مقرونة بأي تعبير صريح أو ضمني ينبئ عن الإرادة ويدل عليها، وهذا النوع غير صالح للدلالة على التعبير عن الإرادة، إذ لا يُنسب لساكت قول، والإرادة عمل إيجابي والسكوت موقف سلبي[١]. وهناك السكوت الموصوف، ويكون في حالة ما إذا كان هناك التزام قانوني على عاتق من وجه إليه الايجاب بالرد عليه، فإن سكت رغم هذا الالتزام اعُتبر سكوته قبولاً، ويسمي موصوفاً؛ لأن المشرع وصفه ونظم أحكامه واعتد به تعبيراً عن الإرادة على الوجه المحدد في كل نص على حده سواء تمثل الوصف في نص تشريعي أو عرف أو اتفاق بين الطرفين[٢].

وأخيراً يوجد السكوت الملابس، هو الذي صاحبته ملابسات وظروف موضوعية يمكن في ظلها استخلاص القبول من هذا السكوت

(١) د/سهير سيد أحمد منتصر؛ د/وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص ٣٦.
(٢) د/عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري ونظيره اليمنى مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، طبعة أولي، سنة ١٩٩١، ص ٢٩.

[١]. وهذا النوع من أنواع السكوت هو الذي قصدته المادة (٩٨) سالفة الذكر من القانون المدني المصري، وضربت له أمثله متعددة، أهمها اعتبار السكوت قبولاً إذا كانت طبيعة المعاملة تقضي بذلك، أو العرف التجاري، أو حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا تمخض عن الايجاب منفعة محضة للموجب له.

وفيما يتعلق بأثر السكوت في دلالته على إبرام اتفاق التحكيم، **يثور التساؤل عن أي الأنواع سالفة الذكر من أنواع السكوت يصلح لأن يكون معبراً عن إرادة الأطراف ورضاهم باتفاق التحكيم؟** إن مناط إثارة هذا التساؤل، يتمثل في الفرض الذي يرسل فيه أحد الطرفين للآخر رسالة تتضمن اللجوء إلى التحكيم فيما يُثار بينهم من منازعات، ويحدد ميعاداً للرد على هذا العرض، فإذا فات الميعاد دون أن يصل أي رد فهل يعتبر هذا السكوت رضا باتفاق التحكيم؟ اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل، وتمثل ذلك في الاتجاهين الآتيين:

ذهب بعض الفقه [٢]، إلى عدم اعتبار مثل هذا السكوت رضا باتفاق التحكيم، ويتفق هذا الرأي مع ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه:" من المقرر وفقاً لنص المادة (٢/٩٨) من القانون المدني أن مجرد السكوت عن الرد لا يصلح بذاته تعبيراً عن الإرادة ولا يعتبر قبولاً، إلا

(١) د/محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المصري، الجزء الأول "مصادر الالتزام"، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٦، ص ٧٨ وما بعدها.

(٢) د/فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧، ص ١٠٦.

إذا كان متعلقاً بتعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الايجاب بهذا التعامل بأن كان مكملاً أو منفذاً أو معدلاً أو ناسخاً له" [١].

بينما ذهب البعض الآخر من الفقه [٢]، إلى القول بأن الرضا بالتحكيم يمكن أن ينشأ من خلال السكوت، واستدل هذا الرأي بما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الذي كان يتعلق ببيع دولي، حيث إنه بعد تنفيذ العقد أرسل البائع إلى المشتري قائمة الحساب وفي ذيلها اقترح عليه – أي على المشتري - أحالة أي نزاع ينشأ بينهما بشأن هذا الحساب إلى تحكيم يجري في إنجلترا، وحدد ميعاداً للرد على هذ الايجاب، ولم يرد المشتري خلال المدة المحددة، فقضت المحكمة باعتبار السكوت قبولاً للتحكيم[٣].

وكذلك ما قضت به ذات المحكمة، في نزاع دولي نشأ عن اتفاق شفوي أبُرم بين بائع فرنسي ومشتري انجليزي، نصا فيه على اتباع شروط عقد بيع نموذجي معين تضمن شرطاً على التحكيم في دولة المشتري "إنجلترا"، ولم يعترض البائع على هذا الشرط تحديداً، فقضت محكمة النقض بتأييد الحكم الصادر باعتبار عدم اعتراضه قبولاً لشرط التحكيم في إنجلترا [٤].

(١) نقض مدني رقم ١٦٤٩، جلسة ١٩٨٤/١١/٢٧ م، لسنة ٥١ ق.
(٢) د/محسن شفيق، مرجع سابق، ص ١٧٥؛ د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص ٣٩٣.
(3) Cass ,17 october 1961 ,Rev.crit , 1962 , p.129.
(4) Cass , 25 mai 1970 ,Rev.crit , 1971 , p.37.

وأيضاً ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، سنة ١٩٩٣بأن:" شرط التحكيم المدرج في وثيقة ملحقة بالعقد الأساسي يكون حجة بين الأطراف خاصة، وأنهم قد علموا بوجود هذا الملحق وقت إبرام العقد، على أساس أن السكوت في هذه الحالة يعد بمثابة موافقة على العقد وما يلحق به، لاسيما مع وجود العلم بالملحق" [1].

وعلى الرغم من الخلاف السابق بين مؤيد ومعارض لمدي الاعتداد بالسكوت في التعبير عن الرضا باتفاق التحكيم، فلا يوجد له محل، لاسيما مع وضح النصوص التشريعية التي تنص على وجوب كتابة اتفاق التحكيم، واعتبار هذه الكتابة شرطاً جوهرياً فيه سواء كانت للإثبات أو للانعقاد على حسب التشريعات المختلفة المنظمة لموضوع اتفاق التحكيم. وكما سبق الذكر بصدد عدم كفاية التعبير الضمني للتعبير عن الرضا باتفاق التحكيم، كذلك الأمر بالنسبة لحالة السكوت.

([1]) Cass. Civ , 19 Novmber 1993 , Rev .arb , p.108.

المبحث الثاني

توافق وتلاقي إرادات أطراف اتفاق التحكيم.

لا يتم اللجوء إلى التحكيم إلا باتفاق إرادات أطرافه على ذلك، ولا يتحقق هذا الاتفاق إلا بتطابق هذه الإرادات من ناحية، وتلاقيها من ناحية أخري، وذلك بغية الوصول إلى الهدف المنشود من إبرام اتفاق التحكيم، وهو العهود بالنزاع محل الاتفاق لنظام قضائي اتفاقي غير قضاء الدولة.

وهنا نص المشرع السعودي في المادة (الثانية والثلاثون) من نظام المعاملات المدنية، على أنه :" يتحقق الرضى إذا توافقت إرادتا متعاقدين (أو أكثر) لديهما أهلية التعاقد وعُبِّر عن الإرادة بما يدل عليها ".

وبناءً على ذلك سنتعرض لبحث مسألة توافق إرادات اتفاق التحكيم اولاً، ثم لمسألة تلاقي هذه الإرادات ثانياً. وذلك على النحو التالي:

أولاً: توافق إرادات أطراف اتفاق التحكيم:

يفترض البحث في مسألة توافق إرادات أطراف اتفاق التحكيم، وجود إرادتين مكونتين لهذا الاتفاق، تسمي الاولي بالإيجاب، والثانية بالقبول، وذلك تمشياً مع القواعد العامة حسبما جاء بالمادة (٨٩) من القانون المدني المصري، التي نصت على أنه:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاد العقد ".

ويجمع بين هاتين الإرادتين رابط مشترك مفاده، أن يأتي التعبير عن الإرادة المكونة للإيجاب متضمناً لعناصر اتفاق التحكيم تحديداً كافياً وباتاً، يقابله التعبير عن الإرادة الأخرى المكونة للقبول موافقاً للإرادة الاولي في هذا التحديد.

ولا تثير مسألة تطابق إرادات أطراف اتفاق التحكيم أي مشكلات قانونية في الحالة التي ينتهي فيها الأطراف إلى إبرام وثيقة مكتوبة يسجلا فيها كل ما اتفقا عليه، سواء كانت واردة في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة عنه [١]. وعلى العكس من ذلك، وُجدت هناك حالات أثارت بعض المشكلات القانونية في التعرف على مدي وجود ذلك التطابق من عدمه، كحالة التعبير عن الإرادة الذي يتم من خلال المراسلات المتبادلة بين الأطراف كالرسائل والبرقيات [٢]، وكذلك الأمر إذا ما تم التعبير عن الإرادة بطريقة الكترونية. لذلك سنتعرض لعناصر التعبير عن الإرادة بصورة تفصح عن مدى وجود أو توافر هذا التعبير من خلال إيجاب وقبول صحيحين من عدمه، وذلك على الوجه الآتي:

١- الإيجاب باتفاق التحكيم:

يُقصد بالإيجاب، ذلك العرض الذي تظهر فيه إرادة باتة بالتعاقد، متضمناً العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، ويمثل الإرادة الأولي

(١) د/عصام عبد الفتاح، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٨ م، ص ٨٨.

(٢) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

من الإرادات المكونة للعقد [١]. وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه، العرض الذي يعبر عن إرادة شخص على وجه جازم في إبرام عقد معين، بحيث إذا أقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، ولا يجوز لأي من الطرفين أن يتنصل أو يتحلل من آثاره بإرادته المنفردة [٢]. وعرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه:" ذلك العرض الذي يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين يكون ملتزماً به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر" [٣].

وبخصوص اتفاق التحكيم يقصد بالإيجاب، ذلك العرض الصادر عن إرادة أحد أطراف اتفاق التحكيم يسمي بالموجب، يعرض فيه على الشخص الآخر الموجه إليه الايجاب، اختيار التحكيم لحسم المنازعات التي ستثور أو ثارت بينهم بالفعل، بدلاً من عرضها على قضاء الدولة، ويمثل الايجاب الدعامة الأولي لتكوين اتفاق التحكيم. ويشترط لصحته توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون الايجاب كاملاً أو شاملاً:

إن الايجاب الذي يُعتد به قانوناً لإبرام اتفاق التحكيم، هو ذلك الذي يتضمن إفصاحاً عن عرض مكتمل لعناصر محددة وجوهرية في هذا

(١) د/محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، ص ٨٨.
(٢) نقض مدني، ١٩٩٦/٦/١٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ١٠١٧.
(3) Cass.civ , 15 Février 1982 . J.C.P , 1983 , P.143؛ Cass. Com , 6 mars 1990 , Bull , Iv , N: 74 , p.51. www. Legifrance.com

الاتفاق[١]، والتي تتمثل في إقصاء النزاع محل اتفاق التحكيم عن قضاء الدولة، وإسناد الفصل فيه لهيئة تحكيم مختارة من قبل الأطراف، بالإضافة إلى تحديد هذا النزاع.

ويختلف تحديد عناصر اتفاق التحكيم الجوهرية في شرط التحكيم عنه في مشارطته. ففي شرط التحكيم، يعتبر البيان الجوهري المتطلب فيه، هو تقرير مبدأ اللجوء إلى التحكيم فقط، سواء تقرر ذلك كبند من بنود العقد الأصلي أو في صورة اتفاق مستقل عنه، بما يفيد أن اتفاق التحكيم المقترح ينصرف إلى المنازعات الناشئة عن العلاقة القانونية محل الايجاب [٢]، وأساس ذلك أن شرط التحكيم يُبرم قبل وقوع النزاع، ولا يمكن التنبؤ بوقت وقوع هذا النزاع.

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم، فنظراً لأنها تُبرم بعد وقوع النزاع، فلها استقلالية عن العلاقة الاصلية بين أطرافها، لذا فإنه يشترط لصحة الايجاب الصادر بها، أن يتضمن ذلك الايجاب تحديداً للنزاع الذي ستختص هيئة التحكيم بالفصل فيه، وبدون هذا التحديد يُبطل الايجاب، ومن ثم يُبطل ركن الرضا اللازم لإبرام اتفاق التحكيم [٣].

(١) د/أحمد عبد الكريم سلامه، مرجع سابق، ص ٢١٩.
(٢) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص ٣٩٦.
(٣) د/عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٤، ص ٩١.

ب- أن يكون الايجاب تعبيراً عن إرادة باتة ونهائية بالتعاقد:

يُقصد بالإيجاب البات، أن يصدر عن الموجب بصورة حاسمة وجازمة الدلالة على إبرام اتفاق التحكيم [1]، بحيث لا يبقي أمام الطرف الآخر الموجه إليه هذا الايجاب إلا أن يقبله، أي ضرورة أن تتوافر لدي صاحبه نية التعاقد بمجرد القبول من الطرف الآخر. وهناك بعض الحالات التي لا يكون فيها الايجاب باتفاق التحكيم باتاً ونهائياً، كحالة ما إذا كان الايجاب باتفاق التحكيم معلق على محض ومشيئة من صدر عنه، كأن يصدر الايجاب بعبارات تفيد إبرام اتفاق التحكيم مع النص على حق الموجب في إجراء تعديلات بخصوص نطاق هذا الاتفاق سواء من الناحية الشخصية أو الناحية الموضوعية له، او كالنص على حق الموجب في اللجوء إلى قضاء الدولة في أي وقت شاء. والسبب في ذلك يرجع لانتفاء صفة النهائية في الايجاب، حيث يلزم لصحة هذا الأخير أن يقبله الطرف الآخر الموجه إليه دون الحاجة إلى اتخاذ إجراء آخر من جانب الموجب.

ومن هذه الحالات أيضاً، إذا تضمن الايجاب ضرورة الاتفاق على المسائل التفصيلية غير الجوهرية في اتفاق التحكيم، كتشكيل هيئة التحكيم أو تحديد القواعد الإجرائية أو الموضوعية التي ستطبقها هيئة التحكيم. ويرجع السبب في عدم اعتبار هذه الحالة ايجاباً بالمعني المقصود، هو

(1) د/أحمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق، ص ٢١٩.

انتفاء نية الارتباط أو الالتزام الحال باتفاق التحكيم قبل الوصول إلى اتفاق بشأن هذه المسائل.

ويمكن تكييف الايجاب في هذه الحالة الأخيرة على أساس أنه دعوة للتعاقد أو دعوة للتفاوض [١]، وهي بمثابة حالة من التشاور والتفاوض تمهد لإبرام اتفاق التحكيم، وتكون خارجة عن النطاق التعاقدي له، وحدوثها ليس أمراً ضرورياً لانعقاده، كما أنها تتجرد من أي أثر قانوني، ويكون كل متفاوض فيها حر في العدول عن المفاوضة في أي وقت، ولكن إذا ترتب على ذلك ضرر من قبل الطرف العادل التزم هذا الأخير بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية المبنية على الخطأ، وليس على أساس المسئولية العقدية [٢].

ولقد حددت محكمة النقض المصرية القيمة القانونية للمفاوضات، على أساس أنها عمل مادي ولا يترتب عليها أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريده دون أن يتعرض لأية مسئولية أو أن يُطالب ببيان مبرر عدولة، ولا يرتب العدول مسئولية على من عدل، إلا إذا اقترن به خطأ يتحقق معه المسئولية التقصيرية، ولا يُعد

(١) د/عنادل عبد الحميد مطر، التراضي في العقد الالكتروني، رسالة مقدمه للحصول على درجة الدكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩، ص ١٨٧.

(٢) د/عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ١٢٩.

مجرد العدول عن إتمام المفاوضة في ذاته خطأ، إذ لابد أن يُثبت الخطأ من وقائع أخري اقترنت بهذا العدول [١].

ج- أن يوجه الايجاب إلى الشخص الذي يعنيه مقصودة:

إن الإيجاب باتفاق التحكيم لن يكون له أي أثر من الناحية القانونية، إذا لم يوجه إلى شخص يعنيه ويقصده الموجب بمضمون هذا الايجاب، كأن يحتفظ به الموجب في مذكراته الخاصة أو وجهه إلى شخص آخر غيره، كقريب أو صديق ممن لا يعنيه الايجاب. أي أنه يلزم لصحة الايجاب بهذا الاتفاق تحديد شخص المقصود به، ويستوي أن يتحدد هذا الأخير وقت إبرام الاتفاق وهذا هو الفرض الغالب، أو يتحدد في المستقبل كمن يعرض بضاعته للبيع ويشترط على من يشتريها، اللجوء إلى التحكيم لحسم ما ينشأ عن هذ البيع من منازعات، فيتحدد ذلك الشخص عندما يعرض على الموجب قبوله بإبرام العقد المقترن بشرط اللجوء إلى التحكيم.

٢- القبول باتفاق التحكيم:

يُراد بالقبول في القواعد العامة، كل تعبير بات مطابق للإيجاب مطابقة تامة، ويكون قاطع الدلالة على اتجاه إرادة من صدر منه إلى إبرام العقد [٢]. وبالنسبة لاتفاق التحكيم فإنه يلزم أن يقابل الإيجاب قبولاً

(١) نقض مدني، ١٩٦٧/٢/٩، مجموعة أحكام النقض، لسنة ١٨ ق، ص ٣٣٤.
(٢) د/حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٢، ص ٤١.

صريحاً من الشخص الموجه له هذا الإيجاب باتخاذ طريق التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم. ويخضع القبول بهذا الاتفاق لمقتضيات قانونية أهمها، أن الشخص الموجه إليه الإيجاب يكون في حل من أمره بين قبول الإيجاب ورفضه. كما أنه إذا صادف هذا الإيجاب قبولاً من قبل من وجه إليه، فإنه يلزم أن يتطابق هذا القبول مع ذاك الإيجاب. وبالإضافة إلى ذلك، فإنه يجب أن يصدر القبول في الوقت المناسب، وإلا أصبح غير ذي أثر، وترتيباً على ذلك فإنه يجب أن يتوافر في القبول الشروط الآتية:

أ- حرية القبول:

ويُقصد بذلك أن الشخص الذي يوجه إليه الإيجاب، يكون له مطلق الحرية في قبوله له أو رفضه إياه دون أن يلتزم بتسبيب رفضه لهذا الإيجاب [1]. ويترتب على ذلك أن من يوُجه إليه إيجاب باتفاق تحكيم وارد في عقد مبرم بينه وبين شخص آخر، فإنه لا يُلزم بقبول ذلك الاتفاق ولا يُسأل – كقاعدة عامة – عن هذا الرفض حتى ولو ترتب عليه ضرر للموجب، وذلك تأسيساً على أن من يمارس حقاً مقرراً له لا يُسأل عن تعويض غيره إذا لحقه ضرر جراء هذا الاستعمال، ولكن ذلك مشروط

(1) د/محمد سعد خليفة؛ د/محمد حسين عبد العال؛ د/شحاتة غريب شلقامي؛ د/خالد جمال أحمد، القانون المدني، مصادر الالتزام-أحكام الالتزام والاثبات، بدون ناشر، سنة ٢٠١١، ص ٤٢.

بخلو رفض الايجاب باتفاق التحكيم من عيب التعسف في استعمال الحق [١]، والقول بغير ذلك فيه اهدار لمبدأ حرية التعاقد بين الأطراف.

على أنه وخلافاً للقاعدة السابقة المتمثلة في عدم مسئولية الشخص الموجه إليه الايجاب باتفاق التحكيم عند رفضه له، فإن هذا الأخير قد يُسأل في بعض الأحيان عن ذلك الرفض، إذا كان هو من دعا الموجب واستحثه على تقديم ايجابه بهذا الاتفاق، دون أن يكون لذلك الرفض أسباب تبرره، على أساس أن اعتبار ذلك الرفض ضرب من ضروب التعسف في استعمال الحق [٢]، الأمر الذي يوجب معه مساءلته عن هذا الرفض الغير مبرر الذي أصاب الموجب بسبب ذلك.

ب- وجوب مطابقة القبول للإيجاب:

يشترط لكي نكون بصدد قبول صحيح ذو أثر قانوني في التعبير عن الإرادة، أن يكون مطابقاً للإيجاب مطابقة كاملة، بحيث لا يتضمن أي

(١) وفي ذلك تنص المادة (٤) من القانون المدني على أنه:" من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ".

(٢) وجاء النص على ذلك الأمر في المادة (٥) من القانون المدني بنصها على أنه:" يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:
ا-إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير.
ب-إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
ج-إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة ".

تعديل أو تغيير في مضمون الإيجاب وألا يرد بشأنه أي تحفظات [١]. وفيما يتعلق بوجوب مطابقة القبول للإيجاب باتفاق التحكيم، قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه، يجب أن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات الخاضعة للتحكيم، فيقتصر هذا الأخير على ما اتُفق بصدده من منازعات، فإذا تم الاتفاق في عقد على عرض جميع المنازعات التي تنشأ في تفسيره أو تنفيذه على محكمين، فإن هذا يشمل كل المنازعات التي تقع بشأن التنفيذ أو التفسير، سواء وقت قيام العقد أو بعد انتهائه [٢].

وترتيباً على ما تقدم، فإنه إذا انتفت مطابقة القبول باتفاق التحكيم للإيجاب الصادر بشأنه، فلن ينعقد الاتفاق لتخلف ركن الرضا. ومن الحالات التي تنتفي فيها هذه المطابقة، وجود تعديل أو تغيير في مضمون الإيجاب من قبل القابل، كأن يعرض أحد الطرفين على الآخر تسوية النزاع عن طريق التحكيم، فيقبل الآخر ولكن بشرط خروج منازعة معينة أو مسألة ما عن موضوع التحكيم المتفق بشأنها بينهما [٣]. وكذلك حالة اقتران القبول بتحفظ ما دون أن يتضمن تعديلاً أو تغييراً في مضمون الإيجاب، كأن يتفق الأطراف على تسوية النزاع عن طريق التحكيم بالشروط المنظمة له والنطاق المحدد له من قبلهم، ولكن القابل يقرن ذلك بحقه في اللجوء إلى قضاء الدولة في أي وقت.

---

(١) د/محمد سعد خليفه؛ د/محمد حسين عبد العال؛ د/شحاته غريب شلقامي؛ د/خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٨٦، لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٩٤/١/١٨.

(٣) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

ومن الجدير بالذكر، أن صدور القبول في الحالات السابقة، وإن كان لا يعد متطابقاً مع الإيجاب ومن ثم عدم انعقاد اتفاق التحكيم، إلا أنه لا يخلو من أية قيمة قانونية، حيث يمكن اعتباره بمثابة إيجاب جديد صادر عن إرادة القابل، وينعقد به الاتفاق إذا ما صادفه قبولاً من الشخص الموجه إليه، ويعتبر ذلك تمشياً مع ما تصت عليه المادة (٩٦) من القانون المدني على أنه:" إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه أعُتبر رفضاً يتضمن ايجاباً جديداً ".

والقبول في اتفاق التحكيم ينعقد صحيحاً إذا ما طابق الايجاب في بيانات الاتفاق الجوهرية، والمتمثلة في اقصاء النزاع عن قضاء الدولة، وتحديد هذا النزاع، أما غير ذلك من البيانات غير الجوهرية أو ما يُعرف بالمسائل التفصيلية، كاختيار هيئة التحكيم وتحديد القواعد الإجرائية والموضوعية، فإذا تم الاتفاق عليها بين الطرفين انعقد العقد، وإذا لم يتفقا عليها فالمرجع في تحديدها هو قانون التحكيم، وإلا يتم تحديدها من خلال التعرف على نية الأطراف المشتركة [١].

ج- صدور القبول في الوقت المناسب:

يلزم للاعتداد القانوني بالقبول باتفاق التحكيم، أن يصدر عن شخص القابل خلال المدة التي يكون فيها الإيجاب صالحاً لأن يقترن به هذا القبول، فيجب أن يصدر هذا الأخير قبل أن يسقط الإيجاب، فإذا صدر بعد

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

سقوطه فلا ينعقد الاتفاق [١]. ويختلف الوقت الذي يصدر فيه القبول في حالة ما إذا كان أطراف اتفاق التحكيم يجمعهما مجلس عقد واحد، عن الحالة التي يُبرم فيها ذلك الاتفاق بين أطراف غائبين، أي لا يجمعهما مجلس عقد واحد:

فإذا كان أطراف اتفاق التحكيم حاضرين أثناء إبرام هذا الاتفاق أو العقد المتضمن لهذا الاتفاق، اعُتبر ذلك تعاقد بين حاضرين يجمعهم مجلس عقد واحد، مما يترتب عليه ضرورة أن يقبل الشخص الموجه إليه الإيجاب بهذا الاتفاق في مجلس العقد الذي يجمعهما قبل أن ينفض، فإذا حدث الفرض الأخير، وانفض مجلس العقد قبل أن يبدي الموجه إليه الإيجاب قبوله به، اعُتبر ذلك رفضاً لهذا الإيجاب، وإذا حدث وقبله الشخص بعد انفضاض مجلس العقد، كان ذلك بمثابة ايجاباً جديداً يتوقف على قبول الشخص الآخر. وفي بعض الأحيان قد يتم الاتفاق على التحكيم بين غائبين أي لا يجمعهما مجلس عقد واحد، ويصدر الإيجاب متضمناً مدة معينة يلتزم خلالها من وجه إليه هذا الإيجاب، أن يرد على الإيجاب أما بالقبول أو الرفض، فإذا لم يُرد على هذا الإيجاب خلال المدة المحددة له، اعُتبر ذلك رفضاً لإبرام اتفاق التحكيم [٢].

([١]) د/عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٣٦.

([٢]) ا/عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ٩٣.

***التعبير الالكتروني عن الإرادة باتفاق التحكيم:**

أجازت القواعد العامة في القانون المدني والقواعد الخاصة التي نصت عليها القوانين المختلفة المتعلقة بالمعاملات الالكترونية التعبير عن الإرادة الكترونياً [١]، إذ ليس هناك ما يمنع في تلك القواعد التعبير عن الإرادة بالوسيلة الالكترونية، ما دامت تتوائم والمبادئ العامة المتعلقة بوسائل التعبير عن الإرادة من خلال إيجاب وقبول الكترونيين، كل ذلك على البيان الآتي:

١- الإيجاب الالكتروني:

الإيجاب الالكتروني حسبما عرفه التوجيه الأوربي رقم ٧/٩٧، الخاص بحماية المستهلك بأنه:" كل اتصال عن بعد يتضمن العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان ". وهو نفس التعريف الذي ذكرته الغرفة التجارية والصناعية بباريس.

ولا يختلف الإيجاب الالكتروني عن نظيره التقليدي، إلا من خلال الطريقة التي يتم بها [٢]، وتتمثل هذه الطريقة في الوسيلة الالكترونية التي

(١) د/أكمل رمضان، التحكيم الالكتروني في عقود السياحة الالكترونية، بحث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد الثالث والثلاثون، ستة ٢٠١٣م، ص ٦٤٤.

(٢) د/سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنه دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٨، ص ١٣٧ وما بعدها؛ ا/وليد حسين على عبد الله، الايجاب والقبول في التعاقد الالكتروني، رسالة ماجستير مقدمه لكلية الحقوق بجامعة الزقازيق، ص ٨٠ وما بعدها.

يتم التعامل بها في المعاملات الالكترونية، لا سيما وأن أطراف اتفاق التحكيم الالكتروني لا يجتمعان في مجلس عقد واحد حقيقي، بل غالباً ما يكونا في أماكن بعيدة عن بعضهما أو محافظات مختلفة داخل الدولة الواحدة، بل ربما يصل الأمر لتواجد كل طرف في دولة تختلف عن تلك التي يوجد فيها الآخر.

ويتم التعبير عن الإيجاب الالكتروني باتفاق التحكيم عن طريق ما يُعرف برسالة بيانات الكترونية، تتضمن كل ما يتعلق بالإيجاب من معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها، بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو التلكس. والإيجاب الذي يعتد به الكترونياً، يجب أن يتجاوز كل مراحل المفاوضات أو الدعوة للتعاقد، بحيث لا يصح إلا إذا أتي بشكل جازماً وباتاً متضمناً البيانات الجوهرية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم محل الإيجاب. ويجب كذلك ألا يكون قائماً على أي من التحفظات التي قد تسلب الإيجاب قيمته القانونية[١].

وفي حالة ورود اتفاق التحكيم في صورة بند من بنود العقد الالكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التي سوف تنشا بين الأطراف بمناسبة هذا العقد، فإن الإيجاب الالكتروني الذي يتضمن عرضاً لهذا البند، يجب أن يتم بطريقة ملحوظة وواضحة تجذب الانتباه حتى يتمكن

(١) د/محمد السيد خيال، الانترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨، ص ١٣٤.

الشخص الموجه إليه هذا الإيجاب ملاحظته وإدراكه حتى يكون على بينة من أمره. أما إذا ذُكر ذلك البند بطريقة خفية غير ملحوظة بغرض صرف انتباه الشخص الموجه إليه الإيجاب عنه، ترتب على ذلك بطلان هذا الإيجاب ومن ثم بطلان الاتفاق الصادر بناء على هذا الإيجاب [١].

٢- القبول الالكتروني:

تتعدد طرق القبول الالكتروني لاتفاق التحكيم، وتأتي على رأس هذه الطرق الكتابة بما يفيد الموافقة على هذا الاتفاق، أو عن طريق استخدام التوقيع الالكتروني عبر البريد الالكتروني أو بطريقة لفظية من خلال غرفة المحادثة، ويصح القبول كذلك بالضغط على الخانة الخاصة بالقبول والتي تتضمن عبارة "انا موافق" [٢]. وتستخدم مواقع الويب ذات التعامل باللغة الإنجليزية عبارة "I agree" أو "Ok"، وبالنسبة لمواقع الويب المصممة باللغة الفرنسية، فإنها تستخدم عبارات تفيد معني القبول مثل "J'accpte l'offre" أو"D'accord" [٣].

---

(١) د/محمد حسن محمد على، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة ٢٠١١/٢٠١٢، ص ١٩١.

(2) Bochurberg (L), Internet et commerce életronique , Delamas , 1édtion , 1999 , p.116.

(٣) د/خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٨ م، ص ١١٩؛ د/حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٣٧.

ونظراً لدقة وحساسية القبول الالكتروني باتفاق التحكيم، فإن الموجب قد يشترط في بعض الأحيان على الشخص الموجه إليه الإيجاب، ضرورة الضغط على الخانة المصممة لقبول هذا الاتفاق مرتين متتاليتين للتأكد من مدى جدية القبول الصادر من القابل، وأنه ارتضى الخضوع لنظام التحكيم بإرادته ومنعاً لتذرعه بأنه ضغط على هذه الخانة سهواً أو بطريقة لا إرادية، ويترتب على ذلك أن مجرد الضغط على خانة القبول مرة واحدة لا يكفي لإبرام هذا الاتفاق، مما يؤدي إلى عدم صحة القبول[١].

ثانياً: تلاقي إرادات أطراف اتفاق التحكيم:

لا ينعقد اتفاق التحكيم بمجرد صدور الإيجاب من الموجب والقبول من القابل على النحو السابق بيانه، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يقترن الإيجاب بالقبول بطريقة لا تدع مجالاً للشك بوصول القبول إلى علم الموجب حتى يمكن القول بوجود إرادة عليا مشتركة لهما تنم صراحة عن اختيار نظام التحكيم كوسيلة لحل النزاع بديلاً عن القضاء العادي [٢]. وهذه الإرادة يتوقف عليها تحديد وجود وفعالية هذا الاتفاق دون ضرورة الرجوع لقانون أي دولة، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة ١٩٩٣[٣].

([١]) د/خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٢٠.

([٢]) ا/عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٩٣.

([3]) Cass , 3 Déc 1993 ,Rev.arb ,1994 ,p.116 .

ويعتبر من المفترضات الضرورية التي لا غنى عنها في اتفاق التحكيم، أن تتلاقى إرادات أطرافه على إبرامه، وبمجرد هذا التلاقي ينعقد الاتفاق. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:" قيام الوسيط بإرسال مذكرة إلى البائع والمشتري بالشروط العامة للبيع متضمنة شرط تحكيم، فإن هذا الأخير يصبح ملزماً للطرفين بمجرد قبول الطرفان هذه الشروط، ولا عبرة بما يبديه المشتري من شروط مخالفة في المستندات المتعلقة بقبول البضاعة"[1]. ويُقصد بتلاقي إرادات أطرف اتفاق التحكيم، وجوب صدور القبول قبل سقوط الإيجاب.

ونص المشرع السعودي على حالات سقوط الإيجاب بوجه عام، في المادة (السادسة والثلاثون) من نظام المعاملات المدنية، والتي تنص على أنه :" ١- يسقط الإيجاب في الحالات الآتية: أ- إذا عدل عنه الموجب وفق أحكام المادة (الخامسة والثلاثين) من هذا النظام. ب- إذا رفضه من وجه إليه صراحةً أو ضمنًا، وأي تعديل يتضمنه القبول يعد رفضًا يتضمن إيجابًا جديدًا. ج- إذا مات الموجب أو من وجه إليه الإيجاب أو فقد أحدهما أهليته قبل صدور القبول، ولو كانت للإيجاب مدةٌ معينة. د- إذا لم يتصل القبول بالإيجاب عرفًا أو انقضت المدة التي عيَّنها الموجب للقبول دون صدوره.....".

وترتيبًا على ذلك، يسقط الإيجاب بإبرام اتفاق التحكيم في الحالات الآتية:

(1) Cass.com , 28 Fév 1992 , Rev.arb , 1993 , p. 101 .

١- إذا رجع عنه الموجب في مجلس العقد قبل أن يصادفه قبول ممن وجه إليه [١]: إذا عرض شخص على آخر إيجابه بإبرام اتفاق تحكيم بشأن منازعات عقدهما، وقبل أن يصل الإيجاب بهذا الاتفاق لعلم من وجه إليه عدل عنه الموجب، ففي هذه الحالة يسقط الإيجاب وتسقط عنه قيمته القانونية طالما لم يصادف قبولاً من الموجه إليه. وذلك تأسيساً على ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه:" إذا لم يُعين ميعاداً للقبول، فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب، فإن بقي الموجب على إيجابه حتى صدور القبول من المعروض عليه الإيجاب فقد تم العقد بتلاقي الإرادتين، ومن ثم لا يجوز بعد ذلك لأي من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل منه أو التحلل من آثاره " [٢]. كما أن الإيجاب في هذه الحالة غير ملزم للموجب، أي أنه غير محدد بمدة معينة يلتزم خلالها الموجب بالبقاء على إيجابه. بالإضافة إلى أن عدول الموجب هنا لن يترتب عليه ثمة ضرر ما للموجه إليه الإيجاب، حيث أن هذا الأخير لم يرتب أوضاعه على هذا الإيجاب الذي يعتبر كأن لم يصدر عن إرادة من عدل عنه، طالما لم يصل لعلم من وجه إليه.

٢- رفض الإيجاب ممن وجه إليه [٣] : فرفض الإيجاب باتفاق التحكيم، يترتب عليه عدم انعقاد الاتفاق أياً كانت صورة هذا الرفض، سواء كان رفضاً كلياً، كأن يرفض الشخص الموجه إليه الإيجاب إبرام

(١) د/محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٧٢؛ وكذلك:
- Philippe Malinvaud , op.cit , p.47.
(٢) نقض مدني، ١٨ أبريل ١٩٦٣، مجموعة أحكام النقض ،١٤ رقم ٧٨، ص ٥٥٠.
(٣) د/رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٧٤.

اتفاق التحكيم بالشروط التي أوردها الموجب في إيجابه، أو كان رفضاً جزئياً، كأن يقبل هذا الشخص إبرام اتفاق التحكيم، ولكن بشرط اقصاء أثر معين من آثار العقد عن نطاق الخضوع للتحكيم، ويعتبر الرفض في هذه الحالة الأخيرة بمثابة إيجاب جديد من الشخص الموجه إليه الإيجاب الأول، علماً بأنه يأخذ نفس الحكم، الحالة التي يرفض فيها الشخص الإيجاب باتفاق التحكيم رفضاً كلياً ثم يعود بعد هذا الرفض ليبدي قبوله به، فيعد هذا العمل الأخير إيجاباً جديداً صادراً منه.

٣- إذا انفض مجلس العقد دون أن يقترن به القبول [١]: وتكون تلك الحالة عندما يجمع أطراف اتفاق التحكيم مجلس عقد واحد، ولم يرجع الموجب عن إيجابه بهذا الاتفاق، بل أن المجلس الذي يجمعهما قد انفض دون أن يبدي الموجه إليه الإيجاب قبوله به.

٤- إذا انقضت المدة المحددة من قبل الموجب أو المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة التعاقد وظروفه دون أن يقترن بالإيجاب قبول من جانب من وجه إليه [٢]: فإذا صدر الإيجاب باتفاق التحكيم من الموجب وكان هذا الإيجاب محدد بمدة معينة كعشرة أيام مثلاً، فهنا يحق للموجه إليه الإيجاب خلال هذه المدة أن يقبل الإيجاب أو يرفضه دون معقب عليه، وبالمقابل يقع على عاتق الموجب التزام بالبقاء على إيجابه طوال هذه المدة، ولا يسقط الإيجاب إلا إذا انقضت مدته دون أن يبدي الشخص الموجه إليه قبوله به أو رفضه له. مع الاخذ بعين الاعتبار أنه في حالة

(١) د/عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٠.

(2) Philippe Malinvaud , op.cit , p.47.

رفض الإيجاب محدد المدة باتفاق التحكيم، يسقط هذه الإيجاب دون انتظار لانقضاء المدة المحددة له.

٥- إذا مات الموجب أو فقد أهليته بعد صدور الإيجاب وعلم من وجه إليه به، قبل قبوله له [١]: فالإيجاب باتفاق التحكيم يسقط بموت صاحبه أو فقد أهليته، مع ملاحظة الفارق بين الحالتين في الأثر المترتب على حدوث أحدهما. فوفاة الموجب تعدم شخصيته القانونية، وإذا حدثت واقعة الوفاة قبل تحقق القبول، ترتب على ذلك زوال أحد العاقدين وانهيار المشروع العقدي المزمع إبرامه، والذي لا يقوم إلا بوجود العاقدين معاً. أما بالنسبة لحالة فقد الموجب أهليته، فلا يؤثر ذلك على بقاء شخصيته القانونية مع عدم قدرته على مباشرة حقوقه بنفسه، بل يقوم بذلك نائبه القانوني بدلاً عنه، فإذا حدث وفقد الموجب أهليته، فإن آثار هذا الإيجاب تسري في مواجهته عن طريق نائبه القانوني، إذا ما صادف قبولاً من جانب الموجه إليه [٢].

(١) د/محمد سعد خليفة؛ د/محمد حسين عبدالعال؛ د/شحاتة غريب شلقامي؛ د/خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص ٤١.

(٢) د/مصطفى محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٠١.

الفصل الثاني

خلو إرادات أطراف اتفاق التحكيم من عيوب الرضا

تمهيد وتقسيم:

يلزم بالإضافة إلى توافر الرضاء الصحيح بإبرام اتفاق التحكيم، يلزم كذلك أن تكون إرادات الأطراف خالية من عيوب الرضا؛ تجنبًا للطعن على الاتفاق بالبطلان. حيث إنه لا يكفي لانعقاد اتفاق التحكيم بصورة صحيحة أن توجد إرادة حره بهذا الاتفاق معبراً عنها بإيجاب وقبول صحيحين، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون التعبير صادراً عن إرادة خالية من العيوب، كالغلط، أو التدليس، أو الإكراه، أو الاستغلال والغبن، وإلا جاز إبطاله [١]. وعلى ذلك سنتعرض تباعاً لعيوب التراضي في اتفاق التحكيم من خلال أربعة مباحث هي:

المبحث الأول: عيب الغلط في اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: عيب التدليس في اتفاق التحكيم.

المبحث الثالث: عيب الإكراه في اتفاق التحكيم.

المبحث الرابع: عيب الغبن والاستغلال في اتفاق التحكيم.

([١]) د/عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩م، ص ٦١.

المبحث الأول

عيب الغلط في اتفاق التحكيم

غني عن البيان، أن الغلط عبارة عن اعتقاد خاطئ يخالف الحقيقة فيتصور معه الشخص واهماً أمراً على غير الحقيقة، الأمر الذي يدفعه إلى إبرام العقد، بحيث لولاه لما أبرمه [1].

ونص المشرع السعودي على عيب الغلط في المواد من المادة (السابعة والخمسون) إلى المادة (الستون). فالمادة (السابعة والخمسون) تنص على أنه :" للمتعاقد طلب إبطال العقد إذا وقع في غلط جوهري لولاه لم يرض بالعقد، وبخاصة إذا كان الغلط الجوهري في صفة المحل أو شخص المتعاقد معه أو صفته أو الحكم النظامي ".

وفي نطاق اتفاق التحكيم، فالغلط يتصور وقوعه وتتعدد أشكال حدوثه على الوجه الآتي:

أولًا- الغلط في القانون:

ويحدث نتيجة لجهل أحد أطراف اتفاق التحكيم بحكم القانون في مسألة معينة من مسائل الاتفاق، كتوهم هذا الطرف عدم وجود هذا الحكم، أو فهمه للحكم على دلالة مغايرة لدلالته الحقيقية. كاعتقاد الشخص بأن حكم التحكيم قابل للطعن عليه أمام القضاء، في حين أن الحقيقة غير

)[1](Philippe Bihr , Droit civil , general , Dalloz , 13 édition , 2000 , p.224.

ذلك[١]. أو اعتقاده بقابلية الحكم للطعن عليه، ولكن هذا الطعن يتم بإجراءات معينة تختلف عن تلك التي يعتقدها ذلك الشخص، وذلك حال حدوث التحكيم في دولة غير دولته، الأمر الذي ينتج عنه مغايرة في الإجراءات، كميعاد الطعن على حكم التحكيم مثلاً.

ثانيًا- الغلط في شخص المحكم أو صفة من صفاته:

ومن أبرز تطبيقات الغلط في شخص المحكّم، ما قضت به الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بأنه:" يجوز لأحد المحتكمين المطالبة ببطلان اتفاق التحكيم، إذا تبين له أن المحكّم المتفق عليه صاحب مصلحة في النزاع أو تربطه بالمحتكم الآخر صلة قرابة أو غيرها مما قد يؤثر على حيدته" [٢].

وقد يقع الغلط في صفة من صفات المحكّم، كأن يشترط أحد المحتكمين على الآخر، ضرورة أن يكون المحكّم المُختار متخصص في نشاط مهني معين أو حرفة معينة، فإن كان المحكّم غير ذلك، بطل اتفاق التحكيم، بشرط أن تكون هذه الصفة جوهرية، أي كانت الدافع الرئيسي لإبرام الاتفاق. وهذا الاشتراط نابعاً من حق الأطراف المحتكمين مراعاة

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص ٤٠٤.
(2) Cass. Civ 2 , 13 Avril 1972, N: 70-12774 , Bull , n 91 , p.71.

درجة التخصص المطلوبة في موضوع النزاع عند اختيارهم لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم [١].

ثالثًا- الغلط في صفة جوهرية في اتفاق التحكيم ذاته:

ومن أمثلة هذا الغلط، حدوث خطأ حول نوعية التحكيم، فهل هو مثلاً تحكيم حر أو مؤسسي؟ أو حدوث خطأ في المركز المكلف بتنظيم الإجراءات في التحكيم الداخلي [٢].

ومن الجدير بالإشارة في هذا الشأن، أنه لا يترتب على أي خطأ في اتفاق التحكيم أياً كان نوعه ودرجته بطلان هذ الاتفاق، بل يشترط للحكم ببطلانه لوجود عيب الغلط أن يكون هذا الأخير جوهرياً - كما هو الحال بالنسبة للحالات السابقة - أي يبلغ درجة من الجسامة تبرر إبطاله. وتطبيقاً لذلك قضت غرفة التجارة الدولية بباريس، بأن استخدام لقب غير موجود من قبل أحد المحكمين الذين شاركوا في التحكيم في النزاع المعروض على هذه الغرفة، لا يكفي لتبرير الدفع ببطلان اتفاق التحكيم الذي يجب أن يستند إلى خطأ جوهري في الصفات الشخصية للمحكم [٣].

---

(١) د/محمود السيد عمر التحيوي، تحديد المعني الموضوع لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، سنة ٢٠٠٢، ص ٢٦.

(٢) د/عصام صلاح أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص ٤٥.

(3) T G I. Paris, réf, 15 janu , 1988, Rev.arb, 1988, p.316.

المبحث الثاني

عيب التدليس في اتفاق التحكيم

يقصد بالتدليس، إيهام شخص بغير الحقيقة باستخدام وسائل احتيالية - كالغش والكذب والكتمان - بقصد حمله على التعاقد [١]. أي هو غلط مستثار تثيره في الذهن الحيل التي استُعملت مع العاقد. وبخصوص اتفاق التحكيم، فإن قابليته للبطلان بسبب وجود التدليس، تختلف عن قابلية العقود بصفة عامة للبطلان لذات العيب. ففي الحالة الأخيرة يشترط للحكم ببطلان العقد لعيب التدليس أن تكون الحيلة المستعملة في التدليس مؤثرة [٢]، أي تبلغ حداً من الجسامة يدفع الشخص إلى التعاقد [٣].

ويُعرف عيب التدليس بعيب التغرير في النظام السعودي. حيث نص المشرع السعودي في المادة (الحادية والستون) على أنه :" ١- التغرير أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بطرق احتياليَّةٍ تحمله على إبرام عقد لم يكن ليبرمه لولاها. ٢- يعد تغريرًا تعمد السكوت لإخفاء أمرٍ لم يكن المغرر به ليبرم العقد لو علم به ". كما نص ذات المشرع أيضًا في المادة (الثانية

(١) د/سهير سيد أحمد منتصر؛ د/حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٢٤٢؛ وكذلك:

- Philippe Malinvaud , op.cit , p.68.

(٢) د/أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٠٤.

(٣) وفي ذلك تنص المادة (١/١٢٥) على أنه:" يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

والستون) على أنه :" للمغرر به طلب إبطال العقد إذا كان التغرير في أمر جوهري لولاه لم يرض بالعقد ".

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم، فنظراً لخصوصية هذا الاتفاق، ولأنه يترتب عليه أثر سلبي يمنع قضاء الدولة من نظر النزاع محل الاتفاق، وأثر إيجابي يمنح هيئة التحكيم سلطة نظره والفصل فيه. لذا فإن أي خطأ - ولو لم يأتي بطريق التدليس أي يحدث بطريقة تلقائية غير مستثار بأي حيل ما - فإنه يكفي لتبرير الغاء اتفاق التحكيم [١]. لا سيما وأن هذا الاتفاق لابد أن يُبرم بإرادة واضحة ومستنيرة به عالمة بكل جوانبه القانونية. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:" الإخفاء المتعمد للعلاقات الموجودة بين المحكّم المعين والطرف الآخر، يعتبر من قبيل التدليس المؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم" [٢].

وتطبيقاً لذلك، قضت هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بأن": حيث إنه عن طلب بطلان إقرار المصادقة قولاً بأن البنك حصل عليه نتيجة تدليس، إذ كان قد أوهم المدين بإعداد مشروع عقد جدولة الدين مقابل الإقرار بصحة حساباته، وأنه بعد أن قامت الشركة المدينة بتوقيع الإقرار المذكور رفض البنك التوقيع على ذلك المشروع، كما رفض إعادة هذا الإقرار. وحيث إنه يبين من الاطلاع على الإقرار المذكور أنه مذيل بتوقيع المحتكم ضدها أولاً لدي البنك وقيامها بمراجعتها، وأنها لذلك تقر بالمديونية المستحقة للبنك على الشركة

(١) د/عصام صلاح أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص ٤٥.

(2) Cass.civ .16 Juill 1964 , Rev.arb , 1964 , p.125.

المدينة، وأن هذا الإقرار هو مصادقة منها على صحة حسابات الشركة والإقرار بالدين المستحق للبنك بخلاف ما يستحق من عوائد وعمولات ومصروفات، وأن هذا الإقرار نهائي ولا رجعة فيه. وحيث أن أحداً من المحتكم ضدهم لم يقل – في هذا الخصوص – أن ما ورد في الإقرار الطعين يخالف حقيقة مقدار أصل المديونية أو صحة حسابات البنك وقيوداته، بل قصروا أسباب طعنهم على هذا الإقرار على مجرد القول أنه صدر نتيجة تدليس البنك.

ولما كان يشترط في التدليس المفسد للرضا أن يكون ما اسُتعمل لخدع المتعاقد حيلة، وحيلة غير مشروعة قانوناً، وكل من هذين الركنين ينبئ عن العمد وسوء النية. فإنه لما كانت الأوراق قد خلت من دليل سواء على وقوع تدليس أو صحة قول المحتكم ضدهم في هذا الخصوص، وقدم البنك صورة من الجدولة مذيلاً بتوقيع أحد مدرائه، وكانت الأوراق قد خلت كذلك من دليل على اعتراض الشركة المدينة على أي كشف من كشوف الحساب التي أصدرها البنك بشأن المديونية محل التداعي، كما أنها لم تقل أنها طلبت من البنك موافاتها بأية كشوف حساب لم تصلها من البنك، بحيث تعتبر كشوف حساب البنك – طبقاً للعقد محل النزاع – حجة قاطعة على الشركة المذكورة بما ورد فيها دون حاجة إلى إقرار مستقل

منها، لما كان ذلك فإن الادعاء ببطلان إقرار المصادقة سالف البيان يكون على غير سند من القانون والواقع[١].

المبحث الثالث

عيب الإكراه في اتفاق التحكيم

الاكراه عبارة عن، العمل الذي يبعث في نفس الشخص بوسيلة غير مشروعة رهبة تحمله على التعاقد[٢]. وعرفه المشرع السعودي في المادة (الرابعة والستون)، بأنه :" الإكراه تهديد شخصٍ دون حقٍّ بوسيلةٍ ماديَّةٍ أو معنويَّةٍ تُخيفه فتحمله على التصرف ".

والاكراه الذي يعيب الإرادة ويكون معه اتفاق التحكيم قابلاً للبطلان، هو ذلك الذي يقع دون وجه حق - أي بوسيلة غير مشروعة - كمن يهدد الطرف الآخر بقتل أبنه أو سرقة سيارته إن لم يوقع على اتفاق التحكيم. أما إذا كانت وسيلة الاكراه مشروعة فلا يقع البطلان، ولا تعتبر الإرادة معه معيبة كمن يهدد الطرف الآخر باتخاذ الإجراءات القانونية

(١) القضية التحكيمية رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠١٠، بتاريخ ٢٠١٢/١/٩، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثامن عشر، يونيو ٢٠١٢، ص ٢٣٧.

(٢) د/عمر السيد مؤمن، الاكراه المفسد للرضا في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨م، ص ١١؛ وكذلك:

- Philippe Bihr , op.cit , p.225.

المشروعة قبله كالتهديد بإشهار الإفلاس مثلاً إن لم يقبل الخضوع للتحكيم(١).

ومما يجب التنبيه إليه في هذا الخصوص، أنه إذا اتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط تحكيم، وكانت أحد إرادات أطراف العقد الأصلي معيبه بالإكراه، ألقي هذا العيب بظلاله بالتبعية على شرط التحكيم الوارد ف هذا العقد، ولا يمكن الاستناد في هذه الحالة إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به، والسبب في ذلك أن المتعاقد في العقد الأصلي هو ذاته الطرف في شرط التحكيم، وذلك باستثناء الحالة التي يتفق الأطراف على شرط التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي وزوال حالة الإكراه التي كانت تهدده (٢).

ومن تطبيقات هذه الحالة ما قضت به هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بأن:" جرى الفقه على أن الاكراه المبطل للإرادة يجب أن يصل إلى حد من الجسامة بحيث يكون هو الذي دفع إلى التعاقد. ولما كان ذلك وكان ما تدعيه الشركة المحتكمة من إكراه هو حرصها على قبض مستحقاتها في أقرب وقت ممكن، ورهبة منها من

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص ٤٠٥.
*وعلى الرغم من ذلك يري هذا الجانب من الفقه أن تهديد أحد المتعاقدين الآخر باتخاذ إجراءات مشروعة قبله كشهر إفلاسه أو الغاء عقد قائم بينهما، إن لم يقبل التحكيم، يعتبر من قبيل التهديد غير المشروع المكون لعيب الاكراه بالمعني القانوني، وذلك لأن الالتجاء إلى التحكيم لا يعتبر حقاً لأي من المتنازعين يستطيع اقتضاءه من الآخر، بل هو مجرد طريق مشروع لحسم نزاعهما، ولا يعتبر حقاً لكل منهما إلا بعد الاتفاق على سلوكه.
(٢) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

ردود أفعال الدائنين وهو مما لا يتحقق معه الإكراه المعنوي بالمعني المقصود قانوناً. وهيئة التحكيم بما لها من سلطة تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها في مسلك المتعاقد تري أن ما تدعيه المحتكمة لا يصلح سنداً لطلبها عدم الاعتداد بغرامات التأخير السابق توقيعها عليها من المحتكم ضدها، خاصة وأن الاجتماعات التنسيقية التي كانت تعقد بين طرفي التداعي والسابقة على المستخلص الختامي ثبت منها بما لا يدع مجالاً للشك تأخير المحتكمة في تنفيذ الأعمال المسندة إليها، الأمر الذي يبرر توقيع غرامات التأخير، وبالتالي عدم أحقية المحتكمة في التنصل من خصم تلك المبالغ لاسيما وأنها قامت بالتوقيع على خصم تلك الغرامات دون ثمة اعتراض أو تحفظ يذكر" [١].

وجدير بالذكر، أن الطرف الذي يّدعي تعيب إرادته بعيب الإكراه، يقع عليه عبء اثبات ذلك الإكراه، فإن نجح في ذلك كان له الحق في طلب إبطال اتفاق التحكيم بالإضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء وسيلة الإكراه باعتبارها عملاً غير مشروع على أساس المسئولية التقصيرية. أما إذا أخفق في الاثبات أو عجز عن إقامة الدليل على ما يدعيه فلا يستجيب له المحكم أو هيئة التحكيم - على حسب الأحوال - لطلبه بإبطال الاتفاق.

وتطبيقاً لذلك قضت غرفة التجارة الدولية بباريس، في القضية التي عُرضت عليها بخصوص ادّعاء أحد أطراف اتفاق التحكيم بأن الخطاب

(١) القضية التحكيمية رقم ٧٣٤ لسنة ٢٠١١، بتاريخ ٢٠١٢/٧/٢٥، منشور بمجلة التحكيم العربي، العد التاسع عشر، ديسمبر ٢٠١٢، ص ١٩٨.

المرسل إليه للاتفاق على التحكيم تم تحريره تحت تهديد، إلا أن محكمة التحكيم رفضت هذا الادّعاء على أساس أنه لم يتم إثباته، وظل الخطاب الذي يتضمن شرط التحكيم صحيحاً [١].

المبحث الرابع

عيب الغبن والاستغلال في اتفاق التحكيم

أولًا-عيب الاستغلال في اتفاق التحكيم:

يُقصد بهذا العيب، أن يستغل أحد المتعاقدين الظروف الخاصة التي يجد فيها المتعاقد الآخر، ويكون من شأن هذه الظروف أن تحمل هذا المتعاقد على قبول التعاقد رغم ما فيه من ظلم واضح [٢]. ولا يتحقق الاستغلال الذي يعيب الرضا إلا إذا كان ناتجاً عن انتهاز ضعف لدي المتعاقد، ويتمثل هذا الضعف في الطيش البين أو الهوى الجامح [٣].

ونص المشرع السعودي على عيب الاستغلال في المادة (الثامنة والستون) والتي تنص على أنه :" إذا استغل أحد المتعاقدين ضعفًا ظاهرًا أو حاجة ملحة في المتعاقد الآخر، لإبرام عقدٍ لحقه منه غبنٌ، فللمحكمة بناء على طلب المتعاقد المغبون ومراعاة لظروف الحال أن تنقص من التزاماته أو تزيد من التزامات المتعاقد الآخر أو تبطل العقد، ويجب أن

(1) C C I , sentence , N 4381 préc , spec , p.1105 .

(٢) د/مصطفي محمد الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة دار المعارف، سنة ١٩٩١، ص ١٣٧.

(٢) د/محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص ١٠٣.

ترفع الدعوى بذلك خلال (مائة وثمانين) يومًا من تاريخ التعاقد، وإلا امتنع سماعها ".

وبخصوص اتفاق التحكيم، فإن مجال حدوث الاستغلال فيه أمر نادر الوقوع، إلا أنه ليس بالمستحيل فقد يتصور وقوعه، فعلى سبيل المثال حالة ولوع رجل مسن بفتاه في مقتبل عمرها فيتزوجها، فتستغل ذلك الولع وتشترط عليه أن يبرم اتفاق تحكيم بينه وبين شقيقها بشأن عقد تم إبرامه بينهما، فيُبرم هذا لاتفاق نتيجة لاستغلال الزوجة حالة الهوى الجامح التي يوجد عليها زوجها المسن.

ثانيًا-عيب الغبن في اتفاق التحكيم:

فالغبن يُراد به عدم التعادل الفادح بين التزامات طرفي العقد [١]، أي عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه نتيجة العملية التعاقدية [٢].

ونص المشرع السعودي على عيب الغبن في المادة (التاسعة والستون)، والتي تنص على أنه :" ١- الغبن زيادة العوض أو نقصه قدرًا خارجًا عن المعتاد. ويُرجع في تحديد الغبن إلى العرف. ٢- ليس للمتعاقد طلب إبطال العقد لمجرد الغبن إلا في مال عديم الأهلية وناقصها وما تقضي به النصوص النظامية، وللمتعاقد الآخر توقي الإبطال إذا قدم ما

(١) د/محمد سعد خليفة؛ د/محمد حسين عبد العال؛ د/شحاتة غريب شلقامي؛ د/خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص ٨٧.
(٢) د/عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٣٧.

تراه المحكمة كافيًا لرفع الغبن. ٣- لا يجوز الطعن لمجرد الغبن في عقدٍ أُبرم بطريق المزايدة ".

وعلى صعيد اتفاق التحكيم، فالغبن لا يتصور حدوثه في هذا الاتفاق؛ وذلك لأن العقد الأصلي الذي يرد بشأنه هذ الاتفاق له محل يختلف عن محل الاتفاق ذاته، أي أن اتفاق التحكيم ينشئ التزامات متبادلة بين أطرافه خالية من الغبن تتمثل في التزام كل طرف من أطراف هذا الاتفاق بالالتجاء إلى التحكيم وعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة في الحالة التي يحدث فيها النزاع بين أطرافه [١].

([١]) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

الفصل الثالث

وجود الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم:

أجاز كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي والمشرع السعودي، لكل من الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية، الاتفاق على التحكيم. فالمشرع المصري أجاز في قانون التحكيم للأشخاص الطبيعية والمعنوية سواء العامة أو الخاصة، حق اللجوء إلى نظام التحكيم على حد سواء، ولم يقصره على طائفة معينة من الأشخاص، وهذا ما أكدته المادة (١١) من هذا القانون، التي على أنه:" لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه .....". وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الفرنسي في المادة (٢٠٥٩) سالفة الذكر [١].

كما نص على ذات الأمر المشرع السعودي، في (المادة العاشرة) من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ ه، والتي تنص على أنه :" ١- لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعيًّا - أو من يمثله

(١) ونصت على ذلك أيضاً اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية في المادة (١/٥/أ) على أنه:" لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءً على طلب الخصم الذي يُحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن أطراف الاتفاق كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية".

ـ أم شخصاً اعتباريًّا. ٢ ـ لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك ".

وعلى ذلك سنتعرض لبيان الأهلية لإبرام هذا الاتفاق بالنسبة للشخص الطبيعي والاعتباري، من خلال مبحثين، هما:

المبحث الأول: أهلية الأشخاص الطبيعية لإبرام اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: أهلية الأشخاص الاعتبارية لإبرام اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

أهلية الأشخاص الطبيعية لإبرام اتفاق التحكيم

يقصد بالأهلية بصفة عامة، القدرة أو الصلاحية. والأهلية نوعان، يُعرف النوع الأول: بأهلية الوجوب، وتعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وترتبط هذه الأهلية بوجود الشخصية القانونية للفرد، والتي تبدأ مع ميلاده حياً وانفصاله عن بطن أمه، مع مراعاة حقوق الحمل المستكن التي يعينها القانون فيما يتعلق بالميراث والوصية (المادة ٢٩ من القانون المدني). ويُعرف النوع الثاني بأهلية الأداء، وتعني قدرة الشخص على التعبير عن إرادته تعبيراً يرتب أثراً

قانونياً في ذمته، أي قدرته على إجراء التصرفات القانونية لحساب نفسه، ويتحدد نطاقها بالتصرفات القانونية دون الوقائع القانونية [١].

وفيما يتعلق بأهلية الأشخاص الطبيعيين لإبرام اتفاق التحكيم، فإنه تتنوع طرق توافق إرادات الأطراف في اللجوء إلى نظام التحكيم والتعبير عن هذا التوافق. فقد يصدر عن إرادة أطراف الاتفاق أنفسهم، على أساس أنهم أصحاب المصلحة في اللجوء إليه، وهم أيضاً أطراف النزاع. وأحياناً أخري، يصدر هذا التعبير عن إرادة أشخاص يمثلون هؤلاء الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم بالنيابة عنهم. وعلى ذلك سنتعرض لإبرام اتفاق التحكيم بطريق الأصالة، ثم لإبرامه بطريق التمثيل، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: إبرام اتفاق التحكيم بطريق الأصالة:

يُقصد بإبرام اتفاق التحكيم بطريق الأصالة، أن أطراف هذا الاتفاق هم الذين يبرمونه بأنفسهم دون أن يمثلهم أحد في إبرامه. ويتحدد نوع الأهلية المطلوبة لإبرام هذا الاتفاق على ضوء تحديد طبيعته بحسب كونه من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة. فالأولي أعمال خطيرة من شأنها أن تغير وتهدد بصفة نهائية رأس المال والذمة المالية، أي يترتب عليها خروج المال من ذمة صاحبة. أما الثانية فهي أعمال تنطوي على

(١) د/حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الطبعة السادسة، سنة ١٩٩٣، ص ٥٧٢؛ وكذلك:

-François Terré : Dominique Fenouillet , Droit Civil – les personnes – incapacité , Dalloz , 2012 , p. 280.

استثمار واستغلال الشيء أو المال دون أن يترتب على ذلك خروجه عن ذمة صاحبه [١].

وبالنظر إلى الآثار الإجرائية والموضوعية التي يرتبها اتفاق التحكيم؛ لكونه يحرم الأطراف من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي والاحتكام لقضاء اتفاقي، بالإضافة إلى أن ما سيحكم به المحكم سيُلزم هؤلاء الأطراف وغيرهم في بعض الأحيان، لذلك فاتفاق التحكيم يُعد من أعمال التصرف ويجب أن تتوافر أهلية التصرف فيمن يبرمه في الحق محل النزاع [٢]. وهذا الأمر أكدته المادة (١١) من قانون التحكيم والمادة العاشرة من نظام التحكيم السعودي، أي أن إبرام هذا الاتفاق لا يصح إلا من الشخص الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يكون كذلك بتوافر أهلية التبرع؛ لأنه ليس من قبيل التبرع بالحق، أو أهلية التقاضي [٣].

ونتيجة لما تقدم، فإن إبرام اتفاق التحكيم يصح من كل شخص مكتمل الأهلية، بأن كان بالغاً سن الرشد، وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية في القانون المصري، وثماني عشرة سنة هجرية في النظام السعودي وذلك حسبما نصت عليه الفقرة الأولى المادة (الثانية عشرة) من

(١) د/حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، بدون ناشر، سنة ١٩٨٨، ص ٥٠١، ٥٠٢.

(٢) د/فتحي والى، مرجع سابق، ص ١٠٩؛ د/أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠١٠، ص ٧٣؛ وكذلك:

- T.clay , L'arbitre , Dalloz , 2001 , p.508.

(٣) د/أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ٥٤.

نظام المعاملات المدنية السعودي. وكان متمتعاً بقواه العقلية ولم يكن محجوراً عليه (المادة ٤٤ من القانون المدني) (الفقرة الثانية من المادة الثانية عشرة من نظام المعاملات المدنية السعودي).

وعلى النقيض من ذلك، لا يصح مطلقاً إبرام هذا الاتفاق من الشخص عديم التمييز أي لم يبلغ سن السابعة سواء كان ذلك ناتجاً عن صغر سن أو عته أو جنون (المادة ٤٥ من القانون المدني) (المادةالثالثة عشرة من نظام المعاملات المدنية السعودي) [١]، ونفس الحكم بالنسبة للقاصر الذي بلغ سن التمييز وكان محجوراً عليه لسفهه أو كان ذا غفلة (المادة ٤٦ من القانون المدني).

وإذا كان لا يجوز للقاصر إبرام اتفاق التحكيم في الفرض السابق، فإنه توجد حالات متعددة يجوز له فيها إبرام هذا الاتفاق وكأنه كامل الأهلية، وذلك خلافاً للقاعدة العامة التي تحكم تصرفات الصبي المميز، والتي تقضي بصحة تصرفاته إذا كانت نافعة نفعاً محضاً، وتعتبر تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً باطلة بطلاناً مطلقاً، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحته أي باطلة بطلاناً نسبياً، ويستطيع القاصر عند بلوغه سن الرشد أو من له الولاية عليه أن يطالب بإبطالها، ويزول حق التمسك بهذا الإبطال بإجازة القاصر لها بعد

[١] - تنص المادة (الثالثة عشرة) من نظام المعاملات السعودي، على أنه :" ١- عديم الأهلية هو كل شخص فاقدٍ للتمييز لصغرٍ في السن أو لجنون. ٢-لا يعدُّ مميزًا من لم يتم (السابعة) من عمره ".

بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت من وليه أو من المحكمة على حسب الأحوال [١].

وتتمثل الحالات التي يجوز فيها للقاصر إبرام اتفاق التحكيم، فيما نص عليه قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة١٩٥٢[٢]، في الحالات الآتية:

١ - أهلية التصرف في المال المخصص لأغراض النفقة: أعترف القانون للقاصر بأهلية التصرف في أمواله المسلمة إليه لأغراض نفقته، وذلك حسبما نصت عليه المادة (٦١) من القانون السابق على أنه:" للقاصر أهلية التصرف فيما يُسلم له أو يُوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط". فالمشرع أراد بهذا النص أن يوفق بين اعتبارين، الأول يتعلق بالقواعد العامة التي تقرر بطلان تصرفات ناقص الأهلية، والثاني يتعلق بالضرورات العملية التي تحتم بحكم الواقع أن يكون ناقص الأهلية مُسلطاً على مال يتعامل مع الغير في حدوده [٣]. من أجل ذلك أعطي له القانون سلطة التصرف في هذه الأموال لشراء ما يلزمه من غذاء وكسوة

(١) د/سهير سيد أحمد منتصر، المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق"، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٢) صدر هذا القانون في ٣٠يونيه لسنة ١٩٥٢، ونُشر بالوقائع المصرية بتاريخ ٤ أغسطس سنة ١٩٥٢.

(٣) د/محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر، ص ٦٤.

ومستلزماته الدراسية، وقيد سلطته في حدود المال المخصص لهذا الغرض فقط.

وترتيباً على ذلك، فإنه يجوز للقاصر إبرام اتفاق التحكيم في كل ما يتعلق بالمال المخصص لأغراض نفقته، نظراً لتمتعه بالأهلية الكاملة في التصرف في هذا المال، بشرط ألا يتجاوزه وإلا أصبح اتفاقه في هذه الحالة غير صحيح [١].

٢- أهلية أبرام عقد العمل الفردي: أجازت المادة (٦٢) من قانون الولاية على المال للقاصر حق إبرام عقد العمل الفردي، بنصها الآتي:" للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام هذا القانون، وللمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخري ظاهرة". وترتيباً على هذه الإجازة، فإنه يجوز للقاصر أن يدرج في العقد الذي يبرمه اتفاقاً على التحكيم يقضي بإحالة المنازعات التي ستنشأ أو نشأت بالفعل بينه وبين رب العمل للتحكيم [٢]. مع الأخذ في الاعتبار أنه يجوز للمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن أن تأمر بإنهاء العقد إذا كان فيه ما يؤثر على مستقبل القاصر أو صحته بأن كان من الصعب عليه القيام به، أو كان مريضاً بمرض أعجزه عن العمل، مع التزام المحكمة ببيان الأسباب التي استندت إليها في إنهاء العقد.

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤١١.
(٢) د/أحمد محمد عبد البديع شتا، مرجع سابق، ص ٨٩.

٣- أهلية التصرف في الكسب الناتج عن العمل: أجازت المادة (٦٣) من قانون الولاية على المال للقاصر الذي بلغ سن السادسة عشر حق التصرف فيما يكتسبه من عمله من أجر أو غيره، بنصها على أنه:" يكون للقاصر الذي بلغ السادسة عشر أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته".

وعلى ذلك، يجوز للقاصر أن يخُضع للتحكيم أي نزاع يتعلق بالمال الذي يكسبه من عمله، فعلى سبيل المثال إذا أبرم القاصر بهذا المال عقد بيع أو عقد إيجار، فله أن يدرج في هذه العقود بنداً خاصاً بالتحكيم، ويكون صحيحاً ويُعمل به [١]، مع مراعاة أن يكون التصرف في حدود المال الذي يكسبه القاصر من صناعته أو مهنته، وضرورة الالتزام بعدم تجاوزه.

٤- أهلية الإدارة بالنسبة للقاصر: تنص المادة (٥٤) من قانون الولاية على المال بأنه:" للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارته.....". فالقاصر في إطار ممارسته لأعمال الإدارة المخول القيام بها سواء من قبيل الولي أو المحكمة، قد يقوم ببعض التصرفات التي تقتضيها هذه الإدارة، فمثلاً لو كان الشيء محل الإدارة أرض زراعية مأذون له بإدارتها، فالقاصر سيقوم ببعض الأعمال التي لا غني عنها كشراء الأسمدة والبذور وبيع ثمار هذه

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤١١.

الأرض، وهي أعمال تحمل معني التصرف، ولذلك يعتبر اتفاق القاصر على التحكيم بصدد هذه الأعمال صحيحاً، ولكن في إطار الإذن الممنوح له بالإدارة [١].

٥- أهلية الإتجار بالنسبة للقاصر: نصت على هذه الحالة المادة (٥٧) من قانون الولاية على المال بأنه:" لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وإذنته المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً".

فبناءً على النص السابق، يعتبر القاصر أهلاً لمباشرة التجارة التي تسمح له المحكمة بمباشرتها، يستوي في ذلك الإذن العام الذي يشمل جميع أنواع النشاط التجاري أو المتعلق بمبلغ غير محدد، أو الإذن المقيد بنشاط تجاري معين أو مبلغ محدد. ولذلك يجوز للقاصر إبرام كافة التصرفات المتعلقة بشئون تجارته، ومنها حقه في الاتفاق على التحكيم [٢]، مع الأخذ في الاعتبار أن حرية القاصر في هذه الحالة مقيدة بالإذن الممنوح له بالتجارة، إذ ليس له أهلية الاتفاق على التحكيم بشأن التصرفات الواقعة خارج حدود هذا الإذن، أو بشأن مال اكتسبه القاصر نتيجة الإتجار بأمواله ولم يكن هذا التصرف من لوازم تجارته [٣].

ونص المشرع السعودي على الوضع القانوني الذي يكون فيه الصغير وكأنه كامل الأهلية. وهذا ما نصت عليه المادة (الحادية

(١) د/باسمه لطفي دباس، مرجع سابق، ص ٤٦.
(٢) د/محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٦٦.
(٣) د/مصطفي محمد الجمال، د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤١٥.

والخمسون) من نظام المعاملات المدنية، والتي تنص على أنه :" ١- إذا أتمَّ الصغير (الخامسة عشرة) من عمره فلوليه أو وصيه -دون إخلال بما تقضي به المادتان (الرابعة والخمسون) و(الخامسة والخمسون) من هذا النظام- أن يسلم الصغير مقدارًا من ماله ويأذن له في التصرفات المالية. ولا يبطل الإذن بموت الآذن أو عزله. وللمحكمة أن تأذن له في التصرف عند امتناع وليه أو وصيه عن الإذن. ٢- الصغير المميز المأذون له - وفقًا لأحكام الفقرة (١) من هذه المادة- بمنزلة من بلغ سن الرشد في التصرفات التي أُذِن له فيها".

وفي هذا المقام، يثور التساؤل بشأن أثر عوارض الأهلية على صلاحية الشخص لإبرام اتفاق التحكيم؟

من المسلم به، أن عوارض الأهلية يُقصد بها، الأمور التي قد تعتري الشخص، ويكون من شأنها أن تؤثر في إدراكه وتمييزه، ويكون من شأن هذا التأثير أن يعدم التمييز والإدراك لديه كما الحال بالنسبة للجنون والعته، أو ينقصه مثلما هو في السفه والغفلة [١].

ونص المشرع السعودي على عوارض الأهلية في المادتين الآتيتين: المادة (الثانية والخمسون) تنص على أنه :" ١- تصرفات المعتوه في حكم تصرفات الصغير المميز. ٢- تصرفات المجنون في حكم تصرفات الصغير غير المميز". والمادة (الثالثة والخمسون) تنص على

(١) د/حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، مرجع سابق، ص ٥٢٣؛ د/محمد شريف عبد الرحمن أحمد، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٦، ص ٩٢.

أنه :" تصرفات السفيه وذي الغفلة بعد الحجر عليهما في حكم تصرفات الصغير المميز، أما تصرفاتهما قبل الحجر فصحيحةٌ إلا إذا كانت نتيجة استغلالٍ أو تواطؤٍ ".

وعلى ذلك سنقسم هذه العوارض لنوعين على الوجه الآتي:

١- العوارض التي تعدم الأهلية:

وتتمثل هذه العوارض في الجنون والعته. فالأول يقصد به، المرض الذي يصيب العقل فيفقده الإدراك ويعدم التمييز لديه على وجه لا يُعتد بأقوال ولا أفعال المُصاب به. أما الثاني فهو عبارة عن الخلل الذي يعتري العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون، فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم [١]. وفيما يتعلق بأهلية المجنون أو المعتوه لإبرام اتفاق التحكيم، فيجب التفرقة بين فرضين:

أ- حكم إبرام المجنون أو المعتوه اتفاق التحكيم بعد تسجيل قرار الحجر عليه: وفي هذا الفرض يُعامل المجنون أو المعتوه معاملة عديم التمييز، وتكون كل تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً أياً كان نوعها (المادة ١/١١٤ من القانون المدني المصري) (المادة الثانية والخمسون من نظام المعاملات السعودي). ولذلك لا يجوز للشخص أن يبرم بأي حال من

(١) د/حسن كيرة، مرجع سابق، ص ٥٨٤؛ وكذلك:
- Patrick Courbe , droit civil , Les personnes , La famille , Les incapatcités , 4 édition , Dalloz , 2003 , p.211.

الأحوال اتفاق التحكيم، وإلا كان اتفاقه عديم الجدوى ومآله البطلان المطلق.

ب- حكم إبرام المجنون أو المعتوه اتفاق التحكيم قبل تسجيل قرار الحجر: فالقاعدة العامة في هذا الفرض، أن جميع تصرفات المجنون أو المعتوه تقع صحيحة، وذلك من أجل ضمان استقرار المعاملات بين الأفراد وحماية للغير حسن النية، باستثناء حالة شيوع الجنون أو العته بين الناس وقت إبرام التصرف، أو حالة علم الطرف الآخر المتعاقد مع المجنون أو المعتوه بحالته (المادة ٢/١١٤ من القانون المدني المصري). وعلى ذلك فأهلية الشخص لإبرام اتفاق التحكيم في هذا الفرض موجودة ويكون ابرامه له صحيحاً، ما لم يكن شائعاً بين الناس بأن هذا الشخص مجنون أو معتوه، أو لم تكن حالته شائعةً بين الناس ولكن الشخص الذي أبرم معه اتفاق التحكيم كان عالماً بحالته، ففي هاتين الحالتين يُبطل الاتفاق ويُعامل الطرف الآخر في الاتفاق بنقيض مقصوده لسوء نيته.

وفي هذا الشأن أيضاً، قد يحدث عملياً فرضاً وسطاً بين الفرضين السابقين، يتمثل في أنه إذا أبرم الشخص اتفاق التحكيم في وقت لم يكن مصاباً فيه بحالة الجنون أو العته، ثم طرأت عليه تلك الحالة بعد إبرامه للاتفاق. فما مدى صحة هذا الاتفاق من عدمه؟ تقتضي الإجابة على هذا الفرض التفرقة بين حالتين هما:

أ- الحالة الأولى: إذا لم تكن الدعوي التحكيمية جاهزة للفصل فيها وأصُيب أحد أطراف اتفاق التحكيم بحالة جنون أو عته قبل أن تبدأ

الخصومة التحكيمية، فيكون الاتفاق صحيحاً وتُتخذ إجراءات الخصومة في مواجهة الوصي على المجنون أو المعتوه، وإذا لم يكن هناك وصي فتنقطع الخصومة لحين تعيين وصي.

ب- الحالة الثانية: إذا كانت الدعوى التحكيمية جاهزة للفصل فيها، بأن كانت الخصومة قد انعقدت وقدم الأطراف كل طلباتهم ودفوعهم وحُجزت للفصل فيها، ثم طرأ على أحد الأطراف بعد ذلك حالة الجنون أو العته، فلا تأثير لها على صحة الاتفاق وإلزامية الحكم الذي سيصدره المحكم لأطراف النزاع التحكيمي [١].

٢- العوارض التي تنقص الأهلية:

تختلف هذه العوارض عن سابقتها في أنها لا تصيب العقل، بل تصيب ملكات الإنسان النفسية أي سلامة تدبيره وحسن تقديره للأمور، وتتمثل في السفه والغفلة. فالأول يُقصد به تبذير المال والإسراف في انفاقه على غير مقتضى العقل، والثاني يُراد به عدم الاهتداء إلى التصرفات الرابحة بسبب طيبة القلب وسلامة النية [٢]. وهذا المعني الأخير وضحته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها، الذي قضت فيه بأنه:" متي كانت المحكمة قد استخلصت من مناقشة الشخص المطلوب توقيع الحجر عليه، أنه مضطرب في أقواله وأن حالته ليست من التوازن والاستقرار بما يبعدها عن الغفلة، مما مفاده أن المحكمة رأت

(١) د/أحمد محمد عبد البديع شتا، مرجع سابق، ص ٨٧.
(٢) د/محمد حسين عبد العال، المدخل لدراسة القانون "نظرية الحق"، بدون ناشر، سنة ٢٠١٠، ص ١٢٢.

من حالته أن كل ما به لم يكن إلا ضعفاً في بعض الملكات الضابطة وهي ملكات حسن الإدارة وسلامة التقدير مما يحتمل معه أن يُغبن في تصرفاته بأيسر وسائل الانخداع مما يهدد أمواله بخطر الضياع، وتلك حالة ذي الغفلة، فإنها إذ قضت بتوقيع الحجر عليه لا تكون قد خالفت القانون، ولا يؤثر على ذلك المصدر الذي استمدت منه المحكمة الدليل على الغفلة، ذلك أنه وإن كانت التصرفات التي تصدر من الشخص هي في الأصل المصدر الذي تستمد منه الدليل على الغفلة، إلا أنه لا مانع من أن تستمد هذا الدليل من مناقشة المطلوب الحجر عليه أمام المحكمة بغض النظر عن تصرفاته" [١].

وبالنسبة لأهلية السفيه أو ذي الغفلة لإبرام اتفاق التحكيم، فيجب التفرقة بين فرضين هما:

ا- حكم إبرام السفيه أو ذي الغفلة اتفاق التحكيم بعد تسجيل قرار الحجر عليه: ففي هذا الفرض يسري على السفيه أو ذي الغفلة أحكام تصرفات الصبي المميز (المادة ١/١١٥ من القانون المدني المصري). ولما كان إبرام اتفاق التحكيم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة السفيه أو ذي الغفلة [٢].

ب- حكم إبرام السفيه وذي الغفلة اتفاق التحكيم قبل تسجيل قرار الحجر: في هذا الفرض تعتبر تصرفات الشخص صحيحة نظراً لتمتعه

(١) نقض مدني، الطعن رقم ٥ لسنة ٢٤ ق، جلسة ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤.
(٢) د/باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص ٤٤.

بأهلية التصرف، ما لم يكن إبرام تلك التصرفات قد تم نتيجة استغلال أو تواطؤ من الطرف الآخر (المادة ٢/١١٥ من القانون المدني المصري)، وهذا الأمر أكدته محكمة النقض المصرية في حكماً لها قضت فيه بأنه:" لما كان التصرف الذي يصدر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر عليه لا يُبطل إلا بثبوت علم المتصرف له بسفهه وتواطؤه معه على الرغم من ذلك على إيقاع هذا التصرف له استباقاً لقرار الحجر، فإن الحكم الذي يبطل مثل هذا التصرف مكتفياً بقرائن مجملة دون تعرض لبحث تلك العناصر يكون حكماً قاصر البيان قصوراً يستوجب نقضه" [١].

وعلى ذلك، إذا أبرم الشخص اتفاق التحكيم قبل أن يُحجر عليه لسفهه أو غفلته، فإن هذا الاتفاق يُعد صحيحاً ومُلزم لأطرافه، ولكن بشرط ألا يتم نتيجة لاستغلال أو تواطؤ من الطرف الآخر في هذا الاتفاق [٢]. فالاستغلال متصور حدوثه، ومثاله أن يكون أحد الأطراف سيء النية يقصد من إبرام الاتفاق مع الشخص المحجور عليه لسفهه أو غفلته، استغلال ضعفه وتحقيق اختلال واضح في التوازن في الالتزامات المتقابلة لصالحه. ومن أمثلة حدوث التواطؤ، إبرام الاتفاق مع العلم بحالة السفه أو الغفلة بقصد الإفلات من آثار الحجر.

وفي مجال الحديث عن أهلية الأشخاص الطبيعية لإبرام اتفاق التحكيم، **يثور التساؤل حول مدى صحة هذا الاتفاق في الفرض الذي**

(١) نقض مدني، الطعن رقم ٦٣ لسنة ١٨ق، جلسة ٨ ديسمبر ١٩٤٩.
(٢) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤١٠.

يبرمه شخص تاجر ثم قُضي بإفلاسه. فما أثر ذلك الحكم بالنسبة لاتفاق التحكيم؟

غني عن البيان، أن الإفلاس نظام قاصر على طائفة التجار وحدهم، وينظمه القانون التجاري، ويفترض توقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها بغض النظر عما إذا كان المدين موسراً أو معسراً، بغرض تصفية أمواله تصفية جماعية وتوزيع الثمن الناتج منها على الدائنين كل بنسبة دينه، تحقيقاً للمساواة بينهم [١].

وبخصوص أثر إفلاس التاجر على صحة اتفاق التحكيم، فيجب التفرقة بين إبرام هذا الاتفاق قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس، وبين إبرامه بعد صدور هذا الحكم، على البيان الآتي:

١- إبرام اتفاق التحكيم قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس:

وفي هذه الحالة تتحد صحة الاتفاق على حسب إبرامه قبل بدء فترة الريبة [٢] أم بعدها:

---

(١) د/مصطفي كما طه، القانون التجاري "الأوراق التجارية-العقود التجارية-عمليات البنوك-الإفلاس "، منشأة المعارف، ١٩٨٠، ص ٥٥٤.
- ويقابل نظام الإفلاس في القانون التجاري، نظام الاعسار في القانون المدني، الذي يفترض عدم كفاية أموال المدين عن الوفاء بديونه المستحقة الأداء، ولقد نظم أحكامه القانون المدني في المواد من ٢٤٩ إلى ٢٦٤.

(٢) يقصد بفترة الريبة، تلك الفترة التي تكون ما بين تاريخ توقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية، وبين تاريخ صدور الحكم بشهر إفلاسه.....د/عبد الرافع موسي؛ د/محمد فريد العريني، نظام الإفلاس في القانون المصري طبقاً للقانون رقم ١٧ لسنة

ا- إبرام اتفاق التحكيم قبل بدء فترة الريبة: وهنا يكون الاتفاق صحيحاً ونافذاً قبل جماعة الدائنين أياً كان نوع هذا الاتفاق، سواء كان اتفاقاً على التحكيم بالصلح أو القانون. ويباشر وكيل الدائنين إجراءات التحكيم نيابة عن التاجر المفلس ولصالح هذه الجماعة، كما أن للطرف الآخر في الاتفاق حق مباشرة الإجراءات في مواجهة وكيل الدائنين. وعلى ذلك فإن الحكم بشهر الإفلاس لن يؤثر على الاتفاق ولا يؤدي إلى انقضائه [١].

ب- إبرام اتفاق التحكيم أثناء فترة الريبة: وهنا نفرق بين الاتفاق الذي يتعلق بتصرفات باطلة بطلاناً وجوبياً، وذلك الذي يتعلق بتصرفات باطلة بطلاناً جوازياً:

فبالنسبة لاتفاق التحكيم المتعلق بتصرفات باطلة بطلاناً وجوبياً: لقد عددت المادة "٥٩٨" من القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، حالات البطلان الوجوبي لتصرفات التاجر إذا قام بها بعد تاريخ التوقف عن الدفع، ونصت على أنه:" لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الآتية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس :-

ا- منح التبرعات أياً كان نوعها ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجري عليها العرف.

١٩٩٩، دار العلوم للطباعة، سنة ٢٠١١، ص ١٥٢؛ د/سميرة عبد الله مصطفي، فترة الريبة، دراسة قانونية، دار الكتب المصرية، بدون سنة نشر، ص ١٩ وما بعدها.

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤١٧.

ب- وفاء الديون قبل حلول الأجل أياً كانت كيفية الوفاء. ويعتبر إنشاء مقابل وفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الأجل.

ج- وفاء الديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه. ويعتبر الوفاء بطريق الأوراق التجارية أو النقل المصرفي في حكم الوفاء بالنقود.

د- كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق على التأمين".

وبناءً على ما جاء بالنص السابق، فإن اتفاق التحكيم الذي يتعلق بأي من التصرفات السابقة يعتبر غير نافذ في حق جماعة الدائنين مثله مثل العقود المتعلقة به والتي ورد بها. غير أن عدم النفاذ هذا مقرون بعدة شروط أهمها، أن يقع هذا التصرف خلال فترة الريبة، وأن يكون التصرف المطلوب عدم نفاذة من التصرفات المذكورة في المادة السابقة على سبيل الحصر، وكذلك يجب أن يتمسك بعدم نفاذ الاتفاق وكيل الدائنين بوصفة ممثلاً لجماعة الدائنين وعدم النفاذ هذا مقرر لصالحهم، بما يعني أنه لا يجوز أن يتمسك به المفلس أو الطرف الآخر في الاتفاق.

<u>وبخصوص اتفاق التحكيم المتعلق بتصرفات باطلة بطلاناً جوازياً</u>:

لقد نصت المادة (٥٩٩) من القانون التجاري المصري على القاعدة المتعلقة بالبطلان الجوازى لتصرفات المدين المفلس بقولها:" كل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما ذُكر في المادة ٥٩٨ من هذا القانون وخلال الفترة المُشار إليها فيها، يجوز الحكم بعدم نفاذة في مواجهة

جماعة الدائنين إذا كان التصرف ضاراً بها وكان المتصرف إليه يعلم وقت وقوع التصرف بتوقف المفلس عن الدفع".

وبناءً على النص المتقدم، فإن اتفاق التحكيم المتعلق بالتصرفات الخاضعة تحت مظلة البطلان الجوازي، يخضع تقدير مدى نفاذه أو عدم نفاذه في حق جماعة الدائنين لسلطة المحكمة، مع مراعاة ضرورة علم المتعاقد الآخر في الاتفاق - أي المتصرف إليه - بتوقف المدين عن دفع ديونه التجارية واختلال أشغاله [١]، الأمر الذي ينُم عن سوء نية هذا المتعاقد. وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكماً لها قضت فيه بأنه:" لا يُقضي بالبطلان طبقاً للمادة ٢٢٨ من قانون التجارة، إلا إذا ثبت علم المتعاقد مع المفلس باضطراب أحواله المالية اضطراباً يمكن معه شعور هذا المتعاقد بقيام حالة التوقف عن الدفع"[٢].

وهناك رأي [٣] تبنى وجهة نظر مخالفة لما تقدم، ونادى بضرورة عدم تعميم الحكم السابق على جميع أنواع التحكيم، بل لابد من التفرقة بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح. فالنوع الأول يسري أثره في حق جماعة الدائنين سواء كان متعلق بتصرفات باطلة بطلاناً وجوبياً أو جوازياً؛ تأسيساً على أن الحكمة من بطلان تصرفات التاجر المفلس في فترة الريبة هو منع التصرفات الضارة بجماعة الدائنين، والأصل في

(١) د/أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ٦٨.
(٢) الطعن رقم ٨٨ لسنة ٣٣ق، جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني، سنة ١٨، العدد ١٨سنة ١٩٦٧، ص ٧٢٥.
(٣) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤١٧.

التحكيم أنه غير ضار بهم، مثله مثل اللجوء لقضاء الدولة. أما النوع الثاني؛ فنظراً لأن التحكيم بالصلح قد يتضمن تنازل التاجر المفلس عن جزء من حقوقه مما يهدد ويضر بمصالح جماعة الدائنين، لذلك يجوز لوكيل الدائنين التمسك ببطلان التصرف المتعلق به الاتفاق، وذلك إذا كان الطرف الآخر في الاتفاق عالماً بسوء أعمال المفلس واختلالها عند إبرام الاتفاق، حتى ولو كان الأمر يتعلق بتصرفات تمت قبل فترة الريبة.

٢-إبرام اتفاق التحكيم بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس:

يعتبر من أهم وأخطر الآثار التي تترتب على صدور الحكم بشهر إفلاس التاجر، أنه تُغل يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، ويحل محله أمين التفليسة في إجراء التصرفات القانونية المتعلقة بأمواله التي تدخل في التفليسة تمهيداً لتصفيتها وتوزيع ثمنها على الدائنين (المادة ١/٥٨٩ من قانون التجارة المصري). وعلى هذا الأساس لا يجوز للتاجر المفلس إبرام اتفاق التحكيم في أي تصرف يتعلق بأموال التفليسة لعدم توافر أهلية التصرف المتطلبة لإبرام هذا الاتفاق، بل ينوب عنه في ذلك الأمر أمين التفليسة بعد الحصول على إذن من قاضي التفليسة [١].

ويُلاحظ في هذا الصدد، أنه وإن كان مبدأ غل اليد يشمل جميع أموال المفلس وحقوقه، إلا أنه توجد بعض الحالات التي لا يستطيل إليها هذا المبدأ، ومن ثم يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها، كالأموال التي لا يجوز الحجز عليها قانوناً، والإعانة التي تتقرر للمفلس، وكذلك الحقوق

(١) د/أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص ٨٧.

المتصلة بشخص المفلس أو بأحواله الشخصية وذلك فيما يتعلق بالآثار المالية المترتبة عليها. وكذلك الأموال المملوكة لغير المفلس، فعلى سبيل المثال، إذا أبرم المفلس عقد تأمين باسمه لصالح شخص ما "المستفيد"، وكان ذلك قبل صدور الحكم بشهر إفلاسه، فهنا يجوز له الاتفاق التحكيم بصدد المنازعات الناشئة عن هذا العقد، وذلك تأسيساً على أن مبلغ التأمين لن يمر بذمة المفلس، بل هو حقاً خالصاً للمستفيد الذي أبُرم عقد التأمين لمصلحته. وأخيراً، إن هذا المبدأ لا يحظر على المفلس مزاولة تجارة جديدة بعد شهر إفلاسه ما دامت هذه التجارة قد تمت بغير أموال التفليسة، وهنا يجوز له الاتفاق على التحكيم في كل ما يخص هذه التجارة من منازعات.

وتطبيقاً لما سبق، قضت محكمة النقض المصرية بأن:" حكم شهر الإفلاس لئن كان يترتب عليه غل يد المفلس عن إدارة أمواله، ويصبح السنديك صاحب الصفة في الإدارة والتقاضي نيابة عن المفلس وجماعة الدائنين عملاً بالمادة ٢١٦ من قانون التجارة المصري، إلا أن ذلك الأمر يتعلق بالصفة في الإدارة والتقاضي، ولا يؤدي البتة إلى تطبيق الأحكام الواردة في القانون التجاري والمتعلقة بالإفلاس على جميع المنازعات التي تخرج عن هذا النطاق" [١].

وفي هذا الشأن أيضاً، **يثور التساؤل بشأن الفرض الذي يبرم فيه التاجر اتفاق التحكيم قبل بدء فترة الريبة، ثم يصدر الحكم بشهر إفلاسه**

(١) الطعن رقم ٦٩٥ لسنة ٥٦ق، جلسة ١٩٩٠/٧/١٢، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني، سنة ٤١، الجزء الثاني، ص ٤٢٦.

أثناء انعقاد الخصومة التحكيمية. فما أثر ذلك الحكم على اتفاق التحكيم؟ تنحصر الإجابة على هذا التساؤل في الاتجاهين الآتيين:

ا- الاتجاه الأول: تبناه القضاء الفرنسي، ويري أن الحل في هذا الفرض يتمثل في انقطاع الخصومة التحكيمية، ويجب على هيئة التحكيم أن تحيل النزاع إلى المحكمة المختصة، وذلك على أساس أن الاتفاق على التحكيم يتطلب توافر أهلية المحتكم وصفته، ويجب بقاؤهما حتى صدور حكم المحكم، وعلى ذلك إذا زالت صفة المحتكم بعد الاتفاق على التحكيم، اعُتبر كأنه صادر من غير ذي صفة. وظهر هذا الاتجاه جلياً في الأحكام القضائية الآتية:

* ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الذي ألغت فيه حكم التحكيم الصادر بإلزام شركة فرنسية بدفع مبلغ من النقود وهي في مرحلة التصفية، تأسيساً على أن ذلك الأمر كان يقتضي قطع إجراءات التحكيم وإحالة النزاع إلى القاضي المختص [1].

* ما قضت به أيضاً محكمة النقض الفرنسية، بأن وقف الإجراءات الفردية للدائنين وغل يد المدين وانقطاع خصومة التحكيم في حالة الإفلاس، هي قواعد تحقق مبدأ المساواة بين الدائنين الذين نشأت

(1) Cass , 8 mars 1988, Rev.arb , 1989 , p.473.

حقوقهم قبل شهر الإفلاس، وهي قواعد تتعلق بالنظام العام الداخلي والدولي في آن واحد [١].

* ما قضت به محكمة باريس الابتدائية، عندما رفضت تنفيذ حكم تحكيم صادر في لندن بإلزام شركة فرنسية بدفع تعويض نقدي لصالح شركة رومانية؛ تأسيساً على أن الشركة المُنفذ ضدها قد تم شهر إفلاسها أثناء خصومة التحكيم [٢].

ب- الاتجاه الثاني [٣]: يرى هذا الاتجاه الفقهي، أن الحل في هذا الفرض يتمثل في تخويل هيئة التحكيم سلطة الاستمرار في نظر النزاع، وأن الحكم بشهر الإفلاس اللاحق لإبرام اتفاق التحكيم لا يؤثر على اختصاصها به، وهنا تقع على عاتق أمين التفليسة مهمة متابعة إجراءات الخصومة التحكيمية بنفسه، ويرجع ذلك الحل لاعتبارات عديدة، منها ما هو القانوني، ومنها ما يتعلق بالأعراف والعادات التجارية.

فالاعتبارات القانونية، تتمثل في مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به، وأن هذا المبدأ مقنن في أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وأنه أصبح من الثوابت الرئيسية التي لا غنى عنها لقيام هذا الاتفاق. وترتيباً على هذا المبدأ، فإنه لا يمكن القول بعدم نفاذ اتفاق التحكيم في مواجهة جماعة الدائنين بسبب تعلقه بتصرف من

(1) Cass.civ1 , 5 février 1991 , N: 89-14382 , Bull , 1991 , IN:44 , p.28.

(2) T.G.I .de paris , 2 février 1996 . Rev.arb , 1998 , p.577.

(٣) د/أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ٦٧؛ د/أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص ٩٠.

التصرفات التي تخضع لحالات البطلان الوجوبي أو الجوازي، فهذا الاتفاق يستقل عن التصرف الوارد به محل البطلان.

أما عن الاعتبارات المتعلقة بالأعراف والعادات التجارية، فلقد درجت العادة في الوسط التجاري على اعتبار أن إبرام اتفاق التحكيم بالنسبة للتجار أو الشركات التجارية بمثابة أعمال إدارة [١]. لا سيما وأن التحكيم هو الطريق الرئيسي لحسم منازعات عقود التجارة الدولية، وأن هذا الاتفاق مادام نشأ في الأصل صحيحاً فإن إفلاس التاجر اللاحق على إبرام العقود التي تتضمن هذا الاتفاق لا يؤثر على اختصاص هيئة التحكيم بالمنازعات الناشئة عن تلك العقود [٢].

ونرى من جانبنا، أن الرأي الثاني هو الأقرب للصواب، فبالإضافة إلى الاعتبارات السابقة، فإنه يتماشى مع اعتبارات العدالة، لكونه يجنّب الطرف الآخر في الاتفاق الظلم الذي سيلاقيه إذا قُضي ببطلان الاتفاق في هذا الفرض، لسبب لا ذنب له فيه حتى يُضار بزوال صفة خصمه، وهذا أمر يهدد بلا شك استقرار المراكز القانونية، كما أنه سيوّلد تخوفاً لدي الأفراد عند قدومهم على طريق التحكيم لحسم منازعاتهم، فما الذي يدفع شخصاً ما إلى إبرام اتفاق تحكيم مهدد بالبطلان في أي لحظة إذا ما زالت صفة الطرف الآخر في أي وقت!

([1]) Philippe Fouchard; L'arbitrage et faillité, Rev.arb, 1998, p.473.

([٢]) د/أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص ٨٩.

ومن منطلق أهمية شرط الأهلية في اتفاق التحكيم، فقد رتبت المادة "١/٥٣/ب" من قانون التحكيم المصري، جزاء البطلان على تخلفه، بنصها على أنه:" ١-لا تقبل دعوي بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: .....ب-إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.....". ويعتبر البطلان الذي قرره هذا النص من قبيل البطلان النسبي المقرر لصالح القاصر أو من في حكمه [١]، ولا تستطيع المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل هو مقرر لصالح القاصر ومن في حكمه باعتباره من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

ثانياً: إبرام اتفاق التحكيم بطريق التمثيل:

سبق الذكر، أن أطراف اتفاق التحكيم هم الذين يُناط بهم إبرام هذا الاتفاق بأنفسهم، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون لشخص ما سلطة تمثيل أحد هؤلاء الأطراف في إبرامه. ويُقصد بالسلطة في هذا الشأن،

([١]) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤١٩؛ د/عيد محمد القصاص، أصول التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية والدولية والداخلية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٥، ص ١٠٤؛ د/أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في قضاء التحكيم/ دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٦، ص ٢٥٨.

*وهناك رأي فقهي ذهب عكس ذلك، ويري أنه لا يمكن تعميم البطلان النسبي على كل مراحل العملية التحكيمية، وذلك عن طريق التفرقة بين مرحلة الخصومة التحكيمية وفيها تسري أحكام البطلان المطلق بأن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز لأي خصم التمسك به، وبين مرحلة اصدار الحكم وفيها تسري أحكام البطلان النسبي.....د/أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ٥٧، ٥٨.

الصلاحية التي تخول هذا الشخص حق إبرام اتفاق التحكيم باسم ولحساب الغير. وتتعدد أنواع هذه السلطة، فقد تكون بناءً على اتفاق الأطراف أو بنص في القانون أو بحكم من القضاء، ويختلف نطاق كل نوع منهما [١]. وذلك على البيان الآتي:

١-التمثيل الاتفاقي (الاختياري):

قد يتعذر على الشخص في بعض الأحيان إبرام اتفاق التحكيم بنفسه، فيوّكل غيره شخص يسمي الوكيل بالنيابة عنه في إبرامه، ويحدد الموكّل "الأصيل" لهذا الوكيل نطاق نيابته التي يستطيع معها إبرام التصرفات باسم ولحساب هذا الأصيل، وذلك في إطار ما يُعرف بعقد الوكالة، والذي سبق توضيحه بأنه عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الأصيل.

وتنقسم الوكالة في القانون المدني، إلى وكالة عامة، ووكالة خاصة. فالأولى يُقصد بها، تلك التي ترد في الفاظ عامة، ولا يعين فيها الأصيل التصرف محل الوكالة، كأن يقول للوكيل وكّلتك في إدارة أعمالي، ولا يخول هذا النوع من الوكالة لصاحبه إلا أعمال الإدارة فقط. أما الوكالة الخاصة، فهي تُعطي للوكيل في مسألة أو مسائل معينة وتمنحه سلطة

(١) د/ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

التصرف في الشيء محل الوكالة [١]. **وفيما يتعلق باتفاق التحكيم، فأي نوع من النوعين السابقين يتطلب وجوده لإبرام هذا الاتفاق؟**

ترتيباً على اعتبار اتفاق التحكيم من أعمال التصرف، فإن الوكيل لا يستطيع إبرامه إلا بوجود وكالة خاصة من الأصيل تخول له ذلك الأمر [٢]. وتُستفاد هذه الوكالة من نصوص القانون المدني وقانون المرافعات، حيث نصت المادة (١/٧٠٢) من القانون الأول على أنه:" لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء". ونصت المادة (٧٦) من القانون الثاني على أنه:" لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعي به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ولا قبول اليمين.....". ونفس الأمر نصت عليه المادة (١٩٨٩) من القانون المدني الفرنسي.

وبناءً على ذلك، فإن الوكالة العامة للوكيل لا تكفي لإبرام اتفاق التحكيم، مع الأخذ في الاعتبار أن هناك بعض أعمال الإدارة تقتضي بطبيعتها القيام ببعض أعمال التصرف، كبيع المحصول خشية فساده،

---

(١) د/قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠١، ص ٩٧ وما بعدها؛ د/رجب كريم عبد اللاه، مفهوم الوكالة العامة والوكالة الخاصة وطبيعة التوكيل الرسمي، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٥، ص ٢.

(2) Ch.Carabibr , L'arbitrage international de droit privé , Librairie Général De Droit Jurisprudence , paris , 1960 , p.66.
- وكذلك: د/محسن شفيق، مرجع سابق، ص ١٧٨.

وبيع البضاعة أو المنقول خشية التلف الذي قد يلحق بأيهما. ففي هذه الأحوال يجوز للوكيل المخول بوكالة عامة سلطة الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تخص الحالات السابقة [١]. وهذا الأمر نصت عليه المادة (٢/٧٠١) من القانون المدني، بقولها:" ويُعد من أعمال الإدارة، الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون. ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله".

وكذلك الأمر، لا يستطيع محامي الموكّل إبرام اتفاق التحكيم نيابة عن موكّله بطريق التوكيل العام الذي يخول للمحامي حق إقامة الدعوي أو المرافعة فيها، بل يجب أن يكون بيده وكالة خاصة لذلك. وأكدت على ذلك محكمة السين الفرنسية في حكمها الذي قضت فيه بأن:" المحامي الموكّل في إقامة الدعوي أو المرافعة فيها لا يجوز له أن يتفق مع الخصم على التحكيم، لأنه وكيل في الخصومة فحسب، ولا تتسع وكالته لإبرام عقد كاتفاق التحكيم" [٢].

ويتحدد نطاق الوكالة المرسوم للوكيل في الاتفاق الخاص المبرم بينه وبين الأصيل، وكذلك التعليمات اللاحقة التي يصدرها الأصيل

(١) د/أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ٦٩.

(2) T. de la seine , 14 mars 1963 , Rev.arb , 1963, p.98.

للوكيل [١]. فإذا جاء بهذا الاتفاق تخويل الوكيل سلطة الاتفاق على التحكيم بالقضاء، فيجب على الوكيل الالتزام بذلك ولا يجوز له الاتفاق عليه بطريق الصلح، والعكس صحيح، وذلك لاختلاف طبيعة الضمانات القانونية المقررة في كل نوع منهما [٢]. وإذا كانت عبارات الوكالة الخاصة على درجة من العمومية بحيث لم تحدد نوع التحكيم المسموح للوكيل الاتفاق عليه، فهنا يجوز للوكيل لاتفاق على التحكيم بالقضاء أو الصلح على حد سواء، ولا يلزم في هذه الحالة وجود وكالة أخص تسمح للوكيل بأن يبرم اتفاق التحكيم بالصلح [٣].

وفيما يتعلق بسلطة الاتفاق على آليات وإجراءات العملية التحكيمية، فإنها تختلف باختلاف نوع الوكالة الخاصة، بحسب كونها وكالة مجملة أو مفصّلة [٤]. فالوكالة الخاصة المجملة، يستطيع الوكيل بمقتضاها الاتفاق على تعيين هيئة التحكيم وطريقة تعيينها، وكذلك إجراءات العملية التحكيمية وميعاد التحكيم والقواعد الموضوعية واجبة التطبيق، ولكن لا يجوز للوكيل هنا أن يوالي خصومة التحكيم أو مد ميعاد التحكيم بعد انقضاء الميعاد الأصلي، كل ذلك ما لم يكن الوكيل محامياً ووكّل بمباشرة الدعوى أمام القضاء وتم التصريح له بالاتفاق على التحكيم. أما الوكالة الخاصة المفصّلة، ففيها تتحد سلطات الوكيل بمسألة معينة يستطيع الاتفاق على التحكيم بشأنها أو بقيود معينة يلتزم بها عند

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٣١.
(٢) د/أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ٧١.
(٣) أحمد محمد حشيش، مرجع سابق، ص ١٥٨.
(٤) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

اختيار هيئة التحكيم أو بشأن القواعد الموضوعية أو ميعاد التحكيم، ويجب على الوكيل الالتزام بتلك القيود.

ويجب على الوكيل ايضاً، الالتزام بحدود وكالته، وعليه ألا يخرج عليها أو يتجاوزها، وإلا كان تصرفه غير نافذ في حق الأصيل، وقابل للبطلان النسبي المقرر لمصلحة هذا الأخير فقط، ولا يجوز للطرف الآخر في الاتفاق التمسك به ما لم يقره الأصيل صراحة أو ضمناً [١]. ومن أبرز أمثلة التجاوز، حالة النيابة الظاهرة [٢]، كجهل الطرف الآخر بانقضاء النيابة أو بوفاة الأصيل أو ببطلان سند النيابة [٣].

وفيما يتعلق بواقع المعاملات التجارية، فإنه لا تسري عليها الأحكام السابقة الخاصة بالمعاملات المدنية والتي تتطلب وكالة خاصة لإبرام اتفاق التحكيم، أما المعاملات التجارية فتكفي لها الوكالة العامة للاتفاق عليه. ويرجع ذلك للأسباب الآتية:

أ- أن أغلب العقود المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية تتم عن طريق عقود نمطية معروفة في مجال تجارة السلع والخدمات، وتتضمن عادة بين بنودها شرطاً يتعلق بإمكانية الاتفاق على التحكيم دون الحاجة إلى

(١) د/أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ٧٠.

(٢) يُقصد بالنيابة أو الوكالة الظاهرة، الحالة التي يتجاوز فيها الوكيل حدود وكالته ولم يكن في ظروف يغلب معها الظن بأن الموكّل ما كان إلا ليوافق على هذا التجاوز، ولم يقره الموكّل هذا التجاوز، ومن أمثلتها استعمال الوكيل للتوكيل بعد انتهاء الغرض من وكالته، أو بعد موت الموكّل أو فقد أهليته، ولأي سبب من أسباب انتهاء الوكالة ..... د/قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

(٣) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٣٣.

وكالة خاصة لإبرام هذا الاتفاق [١]. وأصبح هذا الأمر ينُم عن قرينة مفادها أن تفويض الوكيل التجاري أو البحري سلطة تضمين العقد شرطاً للتحكيم أصبح من قبيل التعهدات المقبولة بصورة ضمنية والتي تجد أساسها في العرف التجاري [٢].

ب- بالنسبة للشركات التجارية، فمدير الشركة يستطيع إبرام اتفاق التحكيم دون وكالة خاصة، وذلك تأسيساً على أن مجلس الإدارة يمنحه بعبارة عامة سلطة إدارة الشركة، بالإضافة إلى أن التحكيم أصبح من مستلزمات إدارة مثل هذا النوع من الشركات، والطريق العادي الذي تلجأ إليه لحسم منازعاتها مع الغير [٣]. وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في حكماً لها قضت فيه بأن:" التحكيم يُعد طريقاً من الطرق المعتادة لتسوية المنازعات بين التجّار، والتوقيع على اتفاق التحكيم في المواد التجارية بات عملاً من أعمال الإدارة العادية " [٤].

ج- إن وسائل الإثبات في المواد المدنية تختلف عنها في المواد التجارية. فالأولي تتقيد بوسائل إثبات محددة، كعدم الإثبات بالبينة متى زادت قيمة الحق المدّعى به على ١٠٠٠ جنيه أو كان غير محدد القيمة، وعدم جواز الاحتجاج على الغير بالمحررات العرفية إلا إذا كانت ذات

(١) د/أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٠٧.
(٢) د/سامية راشد، مرجع سابق، ص ٢٩٠.
(٣) د/ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، ص ٢٢٨.
(4) Cour d'apple de paris , 4 janvier 1980 , Rev.arb , 1981 , p.160.

تاريخ ثابت، وكذلك لا يجوز إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة. أما في المعاملات التجارية، فيسود مبدأ الاثبات الحر الذي تتجلى أهم مظاهره في جواز إثبات الحق المدعّى به بكافة طرق الإثبات مهما بلغت قيمته، ويجوز إثبات عكس الثابت بالكتابة بغير الكتابة، كما يجوز الاحتجاج بالمحررات العرفية على الغير حتى ولو لم تكن ثابتة التاريخ [١]. ونتيجة للمفارقة في الأحكام السابقة المتعلقة بالإثبات بين المواد المدنية والتجارية، فكان من الطبيعي أن تتغير الأحكام المتعلقة بالوكالة في إبرام اتفاق التحكيم، لا سيما وأن ذلك الأمر فيه تشجيع لمعاملات التجارة الدولية التي وجُد التحكيم أساساً لحسم المنازعات الناشئة عنها.

٢-التمثيل القانوني:

يكون هذا النوع من التمثيل في إبرام اتفاق التحكيم، بناءً على حكم القانون عن طريق ما يُعرف بالولاية القانونية على مال الغير. ويُقصد بالولاية بصفة عامة: سلطة التصرف في مال الغير، وهي تثبت على مال القاصر ومال البالغ الذي تقرر استمرار الوصاية عليه، وتثبت هذه الولاية في القانون المصري للأب، ثم للجد الصحيح في الحالة التي لم يكن الأب قد اختار فيها وصياً على مال القاصر [٢]. وفيما يتعلق بالتمثيل القانوني

(١) د/كمال محمد أبو سريع، القانون التجاري، الأعمال التجارية والتاجر طبقًا لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٠/٢٠١١، ص ٧٠، ٧١.

(٢) م.د/محمد كمال حمدي، الولاية على المال " الأحكام الموضوعية-الاختصاص والإجراءات"، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٧، ص ٣٢ وما بعدها.

ومدي القدرة على إبرام اتفاق التحكيم، فإنه يجب التفرقة بين سلطة الولي، وسلطة الوصي، كالآتي:

ا- سلطة الولي في إبرام اتفاق التحكيم: يشمل الولي كلاً من الأب والجد الصحيح، ويختلف نطاق سلطة الأب في إبرام هذا الاتفاق، عنه بالنسبة للجد الصحيح. وذلك على التوضيح الآتي:

* بالنسبة للأب: اعترف القانون للأب بسلطة ممارسة جميع أعمال الإدارة على مال القاصر، وله كذلك سلطة الاتفاق على التحكيم بشأنها، ويُستثنى الحالة التي لا يجوز له فيها أن يؤجر عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة أو الاستمرار في تجارة آلت إلى القاصر، إذ يلزم في هذه الحالة الحصول على إذن من المحكمة بالتصرف وبالاتفاق على التحكيم.

وبخصوص أعمال التصرف، فيجوز للأب القيام بها ويعتبر تصرفه صحيحاً بدون الحصول على إذن من المحكمة، باستثناء بعض الحالات التي يوجب فيها القانون ضرورة الحصول على مثل هذا الإذن ومنها، عدم جواز تصرف الأب في عقار القاصر أو المحل التجاري أو الأوراق المالية المملوكة للقاصر إذا زادت قيمتها على ٣٠٠ جنيه (المادة ٧ من قانون الولاية على المال المصري)، كما لا يجوز له إقراض مال الصغير ولا اقتراضه (المادة ٩ من قانون الولاية على المال المصري). وعلى ذلك لا يجوز للأب الاتفاق على التحكيم فيما يخص مال القاصر في

الحالات السابقة إلا بالحصول على إذن من المحكمة بالتصرف والاتفاق على التحكيم [١].

* سلطة الجد في إبرام اتفاق التحكيم: يجوز له الاتفاق على التحكيم بشأن أعمال الإدارة الخاصة بأموال القاصر، مع مراعاة القيد السابق المتعلق بإيجار عقار القاصر إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة أو الاستمرار في تجارة آلت إلى القاصر. إما أعمال التصرف فلا يجوز له إطلاقاً الاتفاق على التحكيم بشأنها إلا بإذن من المحكمة (المادة ١٥ من قانون الولاية على المال).

ب- سلطة الوصي في إبرام اتفاق التحكيم: يُقصد بالوصي، النائب عن القاصر وتكون مهمته تمثيل هذا الأخير وإدارة أمواله ورعايتها، ويتولى هذه المهمة أما بالاختيار من قبل الأب قبل وفاته، أو التعيين من محكمة الأحوال الشخصية [٢]. ولا يجوز له الاتفاق على التحكيم فيما يخص مال القاصر سواء بالنسبة لأعمال التصرف أو أعمال الإدارة إلا بإذن من المحكمة [٣]، باستثناء الحالة التي يقل فيها محل التصرف عن مائة جنيه وكان من أعمال الإدارة (المادة ٣/٣٩ من قانون الولاية على المال المصري).

---

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٣٥؛ د/أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٢) م .د/محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص ٧٦.

- ويُنظر في تعريف الوصي في القانون الفرنسي:

- Louis-Frédéric PIGNARRE , op.cit , N: 55.

(٣) د/أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن:" الوصاية نوع من أنواع النيابة القانونية تحل بها إرادة الوصي محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني إلى ذلك الأخير، ولئن كانت المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال، قد تضمنت بياناً بالتصرفات التي لا يجوز أن يباشرها الوصي إلا بإذن من المحكمة الحسبية، ومن بينها التحكيم الذي أنزلته الفقرة الثالثة منها منزلة أعمال التصرف، إلا أن استصدار هذا الإذن في الحالات التي يوجب فيها القانون ذلك ليس بشرط للتعاقد أو التصرف، وإنما قُصد به رعاية حقوق ناقصي الأهلية والمحافظة على أموالهم بالنسبة لتصرفات معينة، كما يحق لناقص الأهلية أن يتمسك بالبطلان" [١].

ويعتبر أيضاً من أبرز حالات التمثيل القانوني، ما يُعرف بالحجر القانوني الذي يتضمن حرمان الشخص المحكوم عليه بعقوبة جناية من إدارة أملاكه والتصرف فيها، ويُعد أحد موانع الأهلية المعروفة في القانون المدني. ويترتب على ذلك ضرورة أن يكون لهذا الشخص قيّم لإدارة أمواله نيابة عنه (المادة ٢٥/رابعاً من قانون العقوبات المصري). ويسري على القّيم في هذا الشأن الأحكام المقررة بالنسبة للوصي، أي أنه يجوز للقّيم القيام بأعمال الإدارة التي يمتنع على المحكوم عليه القيام بها، نظراً لأن عدم الإدارة بالنسبة لهذا الأخير يعتبر من قبيل العقوبة التبعية.

(١) الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ق، جلسة ١٩٧١/١٢/١٦، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني، سنة ٢٢، العدد الأول سنة ١٩٧١، ص ١٧٩.

أما أعمال التصرف، فقيام القّيم بها مشروط بالحصول على إذن من المحكمة، وإلا كان التصرف باطلاً [١].

وبالنسبة لسلطة الولي في القانون الفرنسي، فيما يتعلق بقدرته على إبرام اتفاق التحكيم، فإن هذا القانون قد فرق بين نوعين من الولاية. الأول يُسمي بالولاية المطلقة، وتوجد في حياة الأب وبقاء حالة الزوجية، وفيها يجوز للأب مباشرة جميع إعمال الإدارة والتصرف على مال القاصر، ويجوز له تبعاً لذلك الاتفاق على التحكيم دون أن يتوقف ذلك على إذن المحكمة، ولكن بشرط ألا يكون في تصرفات الولي ما من شأنه التنازل عن الحقوق المالية للقاصر، لذلك لا يجوز للولي إبرام اتفاق التحكيم بالصلح لما يتضمنه من تنازل عن حقوق القاصر المالية. أما النوع الثاني، فيُعرف بالولاية المقيدة من قبل قاضي الوصاية، وتوجد في حالة وفاة أحد الوالدين، وانتهاء العلاقة الزوجية، أو وجود مانع لدي أحد الوالدين لا يمكّنه من القيام بمهام الولاية على مال القاصر، وفي هذا النوع من الولاية يستطيع الولي مباشرة جميع أعمال الإدارة، دون أعمال التصرف التي تتطلب الحصول على إذن من قاضي الوصاية، ولذلك لا يجوز إبرام اتفاق التحكيم في هذه الحالة إلا بعد الحصول على الإذن السابق، وإلا كان الاتفاق باطلاً [٢].

(١) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

(2) Jean Robert , L'arbitrage , droit interne , droit international privé , op . cit , p.12 et 13؛ Louis-Frédéric PIGNARRE , op.cit , N: 51.

٣- التمثيل القضائي:

يتقرر هذا النوع من التمثيل بناءً على حكم تصدره المحكمة، وذلك في الحالات الآتية:

ا- إذا بلغ الشخص سن الرشد ولكن أصابه عارض من عوارض الأهلية، سواء ترتب على ذلك العارض انعدام أهليته كإصابته بالجنون أو العته، أو نقصانها كإصابته بالسفه أو الغفلة. وهنا تعين المحكمة لهذا الشخص قيّماً يتولى إدارة شئونه، وتسري على هذا القّيم الأحكام التي تسري على الوصي (المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال المصري)، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بسلطة إبرام اتفاق التحكيم.

ب- إذا تغيب الشخص عن موطنه لمدة سنة أو أكثر، وترتب على ذلك الغياب تعطيل مصالحه، فهنا تعين المحكمة وكيلاً عن هذا الغائب، ما لم يكن هذا الأخير قد ترك وكيلاً عاماً عنه فتحكم المحكمة بتثبيته (المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال المصري)، وتسري على هذا الوكيل أيضاً أحكام الوصي.

ج- إذا كان الشخص مصاباً بعاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد: يُقصد بالعاهة أن يكون الشخص مصاباً بعاهتين مجتمعتين معاً من أصل ثلاث عاهات حددها المشرع على سبيل الحصر وهي، الصم والبُكم والعمي. أما العجز الجسماني الشديد، فيُراد به ذلك العجز الذي يبلغ درجة من الجسامة يُخشي معها على المُصاب به أن ينفرد بمباشرة التصرفات القانونية، وتقدير هذا العجز يُترك لسلطة المحكمة وتقديرها، ومن أمثلة

ذلك العجز، الشلل النصفي، الضعف الشديد في السمع، العيوب الشديدة في القدرة على الكلام والشيخوخة المتقدمة [١].

وعلى ذلك، إذا كان الشخص مصاباً بعاهتين، أو توافرت بشأنه حالة عجز جسماني شديد، فهنا تقرر له المحكمة مساعداً قضائياً يشترك مع هذا الشخص في إجراء جميع التصرفات، أي أنه لا يجوز لأي منهما أن ينفرد بالقيام بالتصرف [٢]. وفي هذه الحالة، فإن سلطة إبرام اتفاق التحكيم تكون لكل من المساعد القضائي ومن تقررت المساعدة لأجله على حد سواء بالاشتراك فيما بينهما، أي أنه لا يجوز لأياً منهما أن ينفرد بسلطة إبرامه دون مشاركة الآخر، فإذا تم الاتفاق عليه من قبل المساعد وحده كان غير نافذ في حق من تقررت مساعدته [٣].

وفي هذا الصدد، **يثور التساؤل بشأن مدي قدرة أمين التفليسة على إبرام اتفاق التحكيم فيما يخص أموال التفليسة المعين لإدارتها؟** أختلف الفقه بشأن الإجابة على هذا التساؤل، وتعددت الآراء على النحو الآتي:

---

(١) د/حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، مرجع سابق، ص ٥٣٨.
- وجاء النص على أحكام المساعدة القضائية في المواد من ٧٠ إلى ٧٣ من قانون الولاية على المال المصري.

(2) Corinne Renault – Brahinsky : Droit des personnes et de la famille , Gualino , 2008 , 9e édition , p. 82.

(٣) د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٣٨.

ذهب رأي أول [١] إلى التفرقة بين حالة ما بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس، وحالة ما قبل صدور هذا الحكم. ففي الحالة الاولي، لا يجوز لأمين التفليسة إبرام اتفاق التحكيم، لأن المدين المفلس ممنوع من ذلك، ونفس الحكم يسري على أمين التفليسة. أما في الحالة الثانية فيجوز للمفلس - كما سبق الذكر- أن يبرم اتفاق التحكيم قبل الحكم بشهر إفلاسه، فإذا صدر هذا الأخير، فهنا يظهر دور أمين التفليسة في تمثيل المدين المفلس في إجراءات الخصومة التحكيمية.

بينما ذهب رأي ثان [٢]، إلى التفرقة بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون. فالنوع الأول، يلزم للاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تتضمن وجوده، ضرورة الحصول على إذن من قاضي التفليسة؛ لأن هذا النوع تنطبق عليه أحكام الصلح، لاسيما إمكانية التنازل عن جزء من الحق محل التحكيم. أما النوع الثاني، فلا يلزم فيه الحصول على إذن من قاضي التفليسة؛ لأنه لا يتضمن ذات المخاطر أو النتائج التي قد تترتب على التحكيم بالصلح.

وذهب رأي ثالث [٣] إلى القول بأنه يشترط لصحة اتفاق التحكيم الذي يبرمه أمين التفليسة، أن يحصل هذا الأخير على إذن من قاضي التفليسة، على أساس أن لكل من أمين وقاضي التفليسة دور هام يكمل

(١) د/عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ١٠٤،١٠٣.
(٢) د/مصطفي محمد الجمال، د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٣٩.
(٣) د/عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص ٩٩؛ د/محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص ١٢٩.

دور الآخر في إدارة أموال التفليسة، فأمين التفليسة يُناط به المحافظة على أموال المفلس وإدارتها لصالح جماعة الدائنين، وقاضي التفليسة هو المسئول عن مراقبة إدارة التفليسة وملاحظة سير إجراءاتها والأمر باتخاذ التدابير اللازمة لضمان توزيع أموال التفليسة على الدائنين.

ونرى من جانبنا، أن الرأي الأخير له وجاهته وهو الأولي بالإتباع، فبالإضافة إلى ما سبق، فإن أموال التفليسة هي الضمان العام لدائني المفلس الذي يقتضون منه حقوقهم، ويجب إحاطة هذا الضمان بقدر كاف من الحماية القانونية، ولن تتحقق هذه الحماية إلا من خلال قضاء الدولة الذي يهمه أن يحصل الدائنون على حقوقهم من أجل ضمان استقرار التعامل التجاري، وإذا تقرر اللجوء إلى قضاء التحكيم في المنازعات التي تخص أموال التفليسة، فلابد أن يكون ذلك بإذن من قاضي التفليسة.

المبحث الثاني

الأهلية اللازمة في الأشخاص الاعتبارية لإبرام اتفاق التحكيم

يُقصد بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية بصفة عامة، تلك الكيانات القانونية التي تتكون من مجموعة من الأشخاص أو الأموال، اعترف لها المشرع بالشخصية القانونية المستقلة عن شخصية الأفراد المكونين لها وبالقدر الذي يتفق مع الغرض من انشائها [١].

وعرف المشرع السعودي الأشخاص ذوو الصفة الاعتبارية في المادة السابغة عشرة من نظام المعاملات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩) وتاريخ ١٤٤٤/١١/٢٩ هـ، بأنهم: أ- الدولة. ب- الهيئات والمؤسسات العامة والمصالح التي تمنح شخصية اعتبارية بموجب النصوص النظامية. ج- الأوقاف. د- الشركات التي تمنح شخصية اعتبارية بموجب النصوص النظامية. هـ- الجمعيات الأهلية والتعاونية والمؤسسات الأهلية التي تمنح شخصية اعتبارية بموجب النصوص النظامية. و- كل ما يُمنح شخصية اعتبارية بموجب النصوص النظامية.

وعلى ذلك، فالأشخاص الاعتبارية، إما أن تكون أشخاص معنوية خاصة أو عامة، وأجاز القانون لكل منهما حق اللجوء إلى التحكيم [٢].

---

(١) د/يحيى أحمد موافى، الشخص المعنوي ومسئولياته قانوناً "مدنياً-إدارياً-جنائياً"، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٧، ص ١٥.

)2(Karim Ribahi , op.cit , p.6.

أولًا: مدى قدرة الأشخاص الاعتبارية الخاصة على إبرام اتفاق التحكيم:

بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة، فعلى الرغم من تعدد أشكالها وأنواعها، إلا أن النوع الأكثر أهميةً وشيوعاً في مجال التحكيم هو الشركات ومدى قدرتها على إبرام اتفاق التحكيم. حيث تختلف سلطة إبرامه في الشركات المدنية عنه بالنسبة للشركات التجارية. فالأولي يلزم لصحة اتفاقها على التحكيم، وجود وكالة خاصة تخول المدير ذلك. أما الشركات التجارية، فتقتضي التفرقة بين فرضين. الأول، يتعلق بما إذا كانت الشركة قد تم إشهارها واكتسبت الشخصية القانونية، وهنا يجوز للمدير الاتفاق على التحكيم دون اشتراط وجود وكالة خاصة؛ لأن هذا الأمر - كما سبقت الإشارة - أصبح من مستلزمات إدارة الشركات التجارية والطريق العادي لفض منازعاتها مع الغير، كل ذلك ما لم يوجد نص في عقد تأسيس الشركة يقضي بخلاف ذلك، أي بضرورة الحصول على إذن من مجلس الإدارة قبل إبرام الاتفاق[١].

أما الفرض الثاني، فيوجد في حالة ما إذا كانت الشركة التجارية تحت التأسيس، وهنا تُقيد سلطة المدير في إبرام اتفاق التحكيم بضرورة الحصول على وكالة خاصة تخول له ذلك؛ لأن الشركة في هذا الفرض لم

(١) د/ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

تكتسب الشخصية القانونية بعد، وإذا خالف المدير ذلك فإن الاتفاق لن يُلزم الشركة وإنما يلتزم به المدير شخصياً [١].

ثانيًا: مدى قدرة الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم:

وفيما يتعلق بأهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم، فمن المعلوم في فقه القانون الإداري، أن هذه الأشخاص تنقسم لنوعين أساسيين، الأول يُعرف بالأشخاص الإقليمية، وتتمثل في الدولة والمحافظات والمدن والمراكز والقري والأحياء. والثاني يُعرف بالأشخاص المرفقية أو المصلحية، وتشمل مجموعة المصالح التي يمنحها المشرع الشخصية القانونية كالهيئات والمؤسسات العامة.

ثالثًا: مدى قدرة الدولة على إبرام اتفاق التحكيم:

وبخصوص أهلية الدولة لإبرام اتفاق التحكيم، فقد أثار هذا الأمر الكثير من الجدل والمشكلات القانونية. ففي بادئ الأمر ومع ظهور البوادر الأولي لنظام التحكيم، حظرت أغلب التشريعات على الدول اللجوء إلى هذا النظام، لما في ذلك من مساس بسيادة الدولة التي تقضي بعدم جواز مقاضاتها إلا أمام القضاء الرسمي الذي أنشأته هي بقوانينها [٢]، وهو ما يّعرف بالحصانة القضائية للدولة، بالإضافة إلى تعارض ذلك

(١) د/عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(2) René Chapus , Droit du contentieux administratif , monchrestien , 7émé éd , collection domat droit public , paris , 1988 . p.219 ؛ Mazghani , Souverainete de l'Etat et participation á l'arbitrage , Rev.arb , 1985 , p.568.

الأمر مع مبدأ الفصل بين السلطتين الإدارية والقضائية، الذي يتمثل في اختصاص القضاء الإداري بكل منازعات القانون العام، والتي يُحظر عرضها على القضاء العادي، ومن باب أولي لا يجب عرضها على قضاء التحكيم [١].

ولكن الوضع السابق لم يدم طويلاً، فنتيجة للتطورات الاقتصادية والأخذ بنظام الاقتصاد الحر ومحاولة تشجيع الاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية والاتجاه إلى خصخصة شركات القطاع العام[٢]، صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وجاء في المادة الأولي منه على أن أحكامه تسري على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع.

ويُستفاد من ذلك، أن المشرع أعترف للدولة وكافة مؤسساتها وهيئاتها العامة وكل مؤسسة تهدف لتحقيق المصلحة العامة، بحقها في إبرام اتفاق التحكيم بصورة صريحة سواء في المعاملات الداخلية أو

- وكذلك: م.د/ماجد ممدوح شبيطة، أحكام القضاء الإداري المتعلقة ببطلان بيع شركات قطاع الأعمال العام وكيفية معالجة آثاره، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث والعشرون، ديسمبر ٢٠١٤، ص ٥٦.

(١) د/حمدي على عمر، التحكيم في عقود الإدارة " دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، بدون ناشر، ص ٣٠؛ د/علاء محي الدين مصطفي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٢، ص ٢٠٦.

(٢) د/جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة ١٩٩٧، ص ٣٢.

الدولية. حيث أن للدولة الحق في التعبير عن حريتها التعاقدية، لاسيما وأنها تمتلك أموالاً خاصة وعامة وتتمتع بالأهلية الكاملة في إدارة هذه الأموال، الأمر الذي يعطيها الحق في إبرام هذا الاتفاق في المنازعات المتعلقة بهذه الأموال [١].

ويجب أن تبرم الدولة اتفاق التحكيم بما لها من سلطة فعليه وقانونية ترتضي معها الخضوع لنظام التحكيم وما يترتب عليه من آثار، ولا تكفي هنا السلطة الوصائية المخولة لأحد الأشخاص الذين يعملوا في إحدى جهاتها أو مؤسساتها العامة. وتجلت أهمية هذا الأمر في قضية هضبة الأهرام المصرية، التي تتلخص وقائعها في قدوم الحكومة المصرية على إقامة مشروع ضخم لتطوير السياحة، واخُتيرت منطقة الأهرامات لتكون مكان تنفيذ هذا المشروع، وفي سبيل تحقيق ذلك تم إبرام عقدين متتالين. الأول حُرر في ١٩٧٤/٩/٢٣، بين وزير السياحة المصري والهيئة العامة للسياحة والفنادق وبين شركة جنوب الباسفيك، وخلا هذا العقد من أي إشارة لشرط التحكيم. وحُرر العقد الثاني في ١٩٧٤/١٢/١٢، وكان بين الهيئة العامة للسياحة والفنادق وبين شركة جنوب الباسفيك، ولقد تضمن هذا العقد في نهايته شرطاً للتحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وتم تحرير هذا الشرط من ثلاث كلمات هي (صدق وقبل وتأيد) حررها وزير السياحة المصري بخط يده بعد توقيع الطرفين.

(١) د/أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

ونتيجة لصدور قرار من وزير السياحة بجعل منطقة المشروع من الدومين العام وإلغاء ترخيص ملكية الأرض للهيئة العامة للسياحة والفنادق، وأبلغت الهيئة شركة جنوب الباسفيك بوقف أعمالها الانشائية، ثم صدر قرار من الرئيس السادات بإلغاء القرار السابق والمتعلق بالاستغلال السياحي لمنطقة هضبة الأهرام، وعلى أثر ذلك لجأت الشركة الأجنبية إلى التحكيم، وطالبت الدولة المصرية بتعويض قدره ٤٢,٥ مليون دولار أمريكي نتيجة الأضرار التي لحقتها بسبب إلغاء المشروع.

وعندما عُرض النزاع على غرفة التجارة الدولية بباريس في ١٩٨٣/١/١٦، قضت بثبوت صفة الدولة المصرية كطرف في اتفاق التحكيم وبإلزامها بدفع تعويض قدره ١٢,٥ مليون دولار أمريكي، بالإضافة إلى فوائد سنوية قدرها ٥٪ على هذا المبلغ تبدأ من تاريخ اتخاذ إجراءات التحكيم، واستبعدت غرفة التجارة الهيئة العامة للسياحة والفنادق من إطار الدعوى التحكيمية [1].

ونتيجة للحكم التحكيمي السابق، قامت الدولة المصرية بالطعن على هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس، وطالبت ببطلان اتفاق التحكيم لمخالفته للنظام العام الدولي، فاستجابت المحكمة لطلب الدولة المصرية، وقضت ببطلان حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس؛ استناداً إلى عدم وجود اتفاق تحكيم تلتزم به الدولة المصرية، حيث إنها لم تكن من بين الموقعين على العقد الثاني المتضمن شرط

(1) Sentence CCI . aff . no 3493 , 1983 , Rev.arb , p.105.

التحكيم، بالإضافة إلى أن تصديق الوزير على هذا العقد لا يعني اتجاه إرادة الدولة لأن تصبح طرفاً في الاتفاق وتتنازل عن حصانتها القضائية، كما أن الكلمات الثلاثة المذكورة يجب أن تُفهم وفقاً لنصوص التشريع المصري التي تمنح لوزير السياحة سلطة رقابية أو وصائية على أعمال الهيئة العامة للسياحة والفنادق، ولا تشكل أي تعهد من قبل الدولة المصرية، بجانب أن هذه الهيئة تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة مما يجعلها تتحمل وحدها بالتزاماتها التعاقدية [١]. وأيدت محكمة النقض الفرنسية ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس، وذلك في حكمها الذي أصدرته سنة ١٩٨٧ [٢].

رابعًا: مدى قدرة الأشخاص الاعتبارية الأخرى على إبرام اتفاق التحكيم:

وفيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية الأخرى، فإنه يجوز لها الاتفاق على التحكيم في العقود المدنية. أما العقود الإدارية، فلقد نشأ الخلاف الفقهي والقضائي والتشريعي، سواء في مصر أو فرنسا، حول مدي قدرة هذه الأشخاص على اللجوء إلى التحكيم بصددها [٣]. وعلى

(1) Cour d'apple de paris . 12 Juillet 1984 , JDI , 1985 , p.129.

(2) Cass. Civ 1 , 6 Janvier 1987 ,N: 84-17274 , Bull , 1987 IN:2 , p.1.

(٣) يُنظر في ذلك تفصيلاً:د/علي سليمان الطّماوي، التحكيم في العقود الإدارية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، تقديم أ.د/ يحيي الجمل، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ٢٠١٧، ص ٢٩٤ وما بعدها.

ذلك سنتعرض لموقف المشرع المصري من هذه المسألة، ثم لموقف المشرع الفرنسي، وذلك على النحو الآتي:

١- موقف المشرع المصري من التحكيم في العقود الإدارية:

بادئ ذي بدء، يُقصد بالعقد الإداري، ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام مستخدماً أساليب القانون العام، ويظهر ذلك إما في تضمين العقد شروطاً استثنائية، أو السماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير هذا المرفق [١].

وعلى الرغم من صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والذي أجاز للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء لنظام التحكيم، إلا أن هذا القانون لم يحسم المسألة محل البحث بشكل قطعي، ولذلك تباينت الآراء في هذا الصدد. فذهبت محاكم القضاء الإداري ممثلة في المحكمة الإدارية العليا [٢]، ومحكمة القضاء الإداري [٣]، إلى القول بعدم جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية؛ تأسيساً على مخالفة ذلك لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، التي نصت على أنه:" تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل

(١) د/سليمان الطّماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٨، ص ٢٩٩ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠، الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٤٢ق، السنة ٣٥، ص ١١٤٣.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ١٩٩١/١/٣٠، الدعوي رقم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ق.

الآتية: ..... حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر .....".

ويبرر الفقه مسلك الاتجاه القضائي السابق، بأن ذلك الأمر يتعلق بسيادة الدولة، وأنه يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطتين الإدارية والقضائية، علاوة على أن القول بجواز التحكيم في العقود الإدارية فيه مخالفة للنظام العام، باعتبار أن السلطة العامة هي الحريصة على تحقيق المنفعة العامة، وهذا أمر يمس بلا شك النظام العام، وأن في اللجوء إلى محكّم خارجي بعيداً عن القضاء المتخصص في فض المنازعات الخاصة بهذه العقود فيه إهدار لهذه المنفعة، الأمر الذي يمثل خروجاً على مقتضيات النظام العام [١].

وعلى النقيض من الاتجاه السابق، ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتويين أصدرتهما، الأولي كانت سنة ١٩٨٩[٢]، والثانية كانت سنة ١٩٩٣[٣]، وقررت فيهما جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية؛ تأسيساً على ما نصت عليه المادة (٥٨) من

---

(١) د/مجدي عبد الحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، بحث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الزقازيق، العدد العاشر، سنة ١٩٩٨، ص ٤٧.

(٢) فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع، جلسة ١٩٨٩/٥/١٧، مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، سنة ١٩٩٧، ص ١٣٨.

(٣) فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع، جلسة ١٩٩٣/٢/٢٧، مجموعة المبادئ التي أقرها المكتب الفني في العقود الإدارية في أربعين عاماً، سنة ١٩٩٧، ص ١٤١.

قانون مجلس الدولة بفقرتها الثالثة على أنه:" ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عمومية أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكّمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة الآف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

وإزاء هذا الاختلاف بين الاتجاهات حول هذه المسألة، وخصوصاً بعد تراجع الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع عن رأيها السابق، بمناسبة فتوى أصدرتها سنة ١٩٩٦[١]، قررت فيها أن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية مشروط بإجازة تشريعية صريحة تقضي بذلك، لذا تدخل المشرع بنص واضح ومحدد، أجاز فيه التحكيم في العقود الإدارية، **بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧**، ونصت المادة الأولى منه على أنه:" تُضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية نصها الآتي: وبالنسبة إلى مناعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك" [٢].

(١) فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع، جلسة ١٩٩٦/١٢/١٨، المختار في فتاوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في خمسين عاماً، سنة ١٩٩٧، ص ٧٨٩.

(٢) أضُيفت هذه الفقرة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ونُشر بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٠ في ١٥ مارس ١٩٩٧.

وبمقتضي النص السابق، يكون المشرع المصري قد حسم كل الجدل والخلاف فيما يتعلق بمسألة مدى جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، فأجاز ذلك في جميع هذه العقود ولكن بشرطين: يتمثل أولهما، في ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه، ويعتبر عدم الحصول على هذه الموافقة بمثابة خطأ مرفقي من جانب الشخص المعنوي يرتب مسئوليته قبل المتعاقد لآخر، ويصبح الاتفاق على التحكيم عديم الأثر بالنسبة لهذا الشخص، ويزول هذا البطلان بالموافقة اللاحقة من الوزير المختص [١]. أما الشرط الثاني، فيوجب عدم جواز التفويض في هذا الأمر؛ لأنه حق قاصر على الوزير المختص أو من يقوم مقامه فقط دون غيرهما، وذلك نتيجة للآثار الخطيرة التي تترتب على اللجوء للتحكيم، كما أن في ذلك مراعاة للصالح العام على أساس أن كل وزير يمثل الدولة في وزارته [٢]. ويجب بالإضافة إلى الشرطيين السابقين، ضرورة أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رغم عدم إلزامية الرأي الذي تنتهي إليه.

وعلى الرغم من أن المشرع حسم الخلاف المتقدم بالنص التشريعي السابق، إلا أن هذا التعديل لا يوفر الضمانات الكافية للاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية؛ نظراً لأن هذه الأخيرة تتعلق بالمنفعة العامة في شتّي مناحيها، وتخص جميع أفراد المجتمع وتمس صميم النظام العام، ومن

(١) د/حمدي على عمر، التحكيم في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص ١٣٩.
(٢) د/يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٤١.

عدم المأمون له أن يُسمح بجواز التحكيم فيها بالكيفية التي أورها المشرع في هذا التعديل.

لذلك كان من الأفضل، أن يأتي النص بضمانات أكثر صرامة، كوجوب صدور قرار من مجلس الوزراء بالنسبة للعقود التي تتصل بالتنمية ونقل التكنولوجيا أو استغلال الثروات الطبيعية وغيرها من العقود ذات الصلة الوثيقة بمصالح الدولة العليا وأمنها القومي، فطبيعة هذه العقود لا يكفي معها موافقة الوزير المختص فقط، ويجب أيضاً أن يتم الاتفاق على التحكيم بشأنها بطريق مشارطة تحكيم وليس شرط تحكيم، حتى تكون جهة الإدارة على دراية كاملة بأوجه الخلاف القائم [١].

ويجب بالإضافة إلى ذلك، ضرورة الالتزام بالرأي الذي تنتهي إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع، لأن النص الذي جاء به قانون ٩ لسنة ١٩٩٧ لم يجعله ملزماً للجهة الإدارية؛ لأن القول بإلزامية هذا الرأي يجعل مشروع العقد خاضعاً لنوعين من الرقابة، الأولى يمارسها مجلس الوزراء، والأخرى يمارسها أعضاء هيئة الفتوي المختصة [٢]، الأمر الذي يزيد من ضمانات الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، ويبعث الثقة والطمأنينة عند القدوم على إبرامه.

(١) د/جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٩٧، ٩٨.
(٢) د/مجدي عبد الحميد شعيب، مرجع سابق، ص ١٤١.

٢- موقف المشرع الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية:

في بادئ الأمر، حظر المشرع الفرنسي إبرام اتفاق التحكيم بشأن العقود الإدارية، وكان ذلك بموجب المادتين (٨٣، ١٠٠٤)، من قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر سنة ١٨٠٦، وتأكد هذا الحظر بمقتضي المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الصادر بتاريخ ٩ يوليو ١٩٧٥، وجاء بها حظر التحكيم في المسائل المتعلقة بوحدات الإدارة العامة أو بالمؤسسات العامة وفي جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام[١].

وبناءً على الوضع التشريعي السابق، فالمشرع الفرنسي حظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ما لم يوجد نص تشريعي صريح يجيز ذلك الأمر. ويرجع ذلك التشدد لتعلق هذه العقود بالنظام العام، كما أن بعض الفقه شبّه جهة الإدارة عند قدومها على إبرام اتفاق التحكيم في هذه العقود بالقاصر ناقص الأهلية [٢]، بمعني أنه لابد من التأكد من توافر ضمانات تضمن عدم تعريض المصلحة العامة للخطر، لذلك فمن النطقي حظر التحكيم في هذه العقود لعدم توافر تلك الضمانات.

([1]) Article 2060:" on ne peut compromettre ……. Sur les contestions intéressant les colltivités publiques , les établissement publics et plus généralement dans toutes les matiéres intéressant l'ordre public".

([2]) Pierre Stillmunkes , l,arbitrage en droit administrative , Thése , paris , 1960 , p. 21 et 22.

على أن الوضع السابق لم يدم طويلاً، ولقي تذمراً شديداً من قبل مؤيدي ومشجعي سلوك طريق التحكيم في مثل هذا النوع من العقود، وخصوصاً في علاقات التجارة الدولية، لذلك تدخل المشرع الفرنسي ووضع ضوابط ونصوص تشريعية تسمح لجهة الإدارة الاتفاق على التحكيم في العقود التي تبرمها. وتمثلت تلك الضوابط في الخطوات التشريعية الآتية [١]:

١- تمثلت الخطوة الأولي في صدور قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦:

وأجاز هذا القانون الاتفاق على التحكيم فيما يتعلق بإنهاء المنازعات الخاصة بتصفية عقود الأشغال العامة والتوريد، ونص في المادة ٦٩ منه على أنه:" بالنسبة لسداد تكاليف ونفقات الأشغال العامة والتوريدات، تستطيع الدولة والمحافظات والمدن اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأحكام التي نظمها الكتاب الثالث من تقنين الإجراءات المدنية" [٢].

وعلى الرغم من أن هذا القانون كان من البوادر الأولى التي سمحت باللجوء إلى التحكيم في عقود الإدارة، إلا أن نطاقه كان محدوداً

(١) يُنظر في مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي على وجه العموم:

- Malik Laazouzi , L’impérativté , L’arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois , Rev.crit . DIP 2010 . www. Dalloz .com.

(2) Article 69:” pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures , L,ETAT les départements et les Comunes pourront recourir á l’arbitrage tel qu,il est reglé par le livre 111 du code de procedure civile”.

جداً من الناحية الموضوعية والشخصية. فبالنسبة لنطاقه الموضوعي، فكان يقتصر على المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة، وعقود التوريدات فقط ولا يسري على أي عقود أخرى، بل أكثر من ذلك أن هذا القانون اقتصر نطاقه بخصوص هذين العقدين في حدود المنازعات المتعلقة بتصفية نفقاتهم فقط ولم يمتد إلى جميع المنازعات الناشئة عنهم سواء كانت متعلقة بتنفيذها أو انهائها. وبالنسبة لنطاقه الشخصي، فكان يقتصر على الدولة والمديريات والمحليات فقط ولا يسري على المؤسسات العامة الأخرى في الدولة [١].

كما أن هذا القانون، وضع عدة قيود على إرادة الأشخاص المعنوية التي خاطبها عند لجوئها إلى التحكيم أهمها، وجوب الاتفاق على التحكيم بطريق المشارطة وليس الشرط، كما أنه يلزم الحصول على موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية والوزير المختص إذا كانت الدولة هي من تبرم اتفاق التحكيم، وإذا تعلق الأمر بالمديريات، فإنه يجب أن يناقش مجلس المديرية مشروع الاتفاق وأن يوافق عليه الوزير المختص، وإذا كان الاتفاق يخص البلديات، فإنه يجب موافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة [٢].

ونظراً لضيق النطاق الشخصي لقانون ١٧ أبريل ١٩٠٦، أصدر المشرع الفرنسي مرسوم ٢٥ يوليو لسنة ١٩٦٠، والذي وسع من نطاق القانون الأول ليشمل بالإضافة إلى الأشخاص الاعتبارية السابقة، البلديات

(١) د/حمدي على عمر، التحكيم في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص ١٠١ وما بعدها.
(٢) د/جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٤٧، ٤٨.

ونقاباتها، والنقابات المشتركة، والمراكز الحضرية، وقطاعات البلديات والمؤسسات العامة الإقليمية والقروية. مع الأخذ في الاعتبار الضوابط القانونية التي جاء بها قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦.

ب- تمثلت الخطوة التشريعية الثانية في صدور القانون رقم ٩٧٢/٨٦ في ١٩ أغسطس ١٩٨٦: وقد قرر في المادة التاسعة منه الترخيص والسماح للدولة وللتجمعات الإقليمية أو المحلية وللمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها بالاشتراك مع شركات أجنبية، اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات، إذا ما كانت هذه المشروعات تهدف إلى تحقيق النفع العام [1].

واتُخذت هذه الخطوة التشريعية بمناسبة قدوم الحكومة الفرنسية على التعاقد مع شركة ديزني العالمية بالولايات المتحدة الامريكية لإنشاء مدينة ملاهي تشبه مدينة ديزني لاند الموجودة بالولايات المتحدة الامريكية، ونص الأطراف في العقد على أن التحكيم هو الوسيلة التي بمقتضاها تسوي المنازعات التي تثور بينهما، وعند حدوث النزاع يُعرض على هيئة التحكيم المختصة، إلا أن الحكومة الفرنسية دفعت بعدم جواز لجوئها إلى التحكيم إلا بناءً على نص صريح يسمح بذلك، مما

(1) Article 9 :" Il est autoriales et aux établissement publics dans les contrats qu,il concluentconjointment avec des sociétés étrangéres , pour laréalisation d'operation d'intérêt national , á souserire des clauses compromissoires en vue du réglment , le cas échéant définitif , de litiges liés á l'application et á l'interpretation des contrats".

يترتب عليه بطلان شرط التحكيم، وهذا الأمر أقره أيضاً مجلس الدولة الفرنسي، وهذا ما حدا بالمشرع الفرنسي بإصدار هذا التشريع.

ومن خلال استقراء الوضع التشريعي سواء في القانون المصري أو الفرنسي، نلاحظ الآتي:

١- أن المشرع المصري قد أحسن صنعاً عندما أجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث أن ذلك الأمر تقتضيه المتغيرات الواقعية التي حدت بالدولة إلى التدخل في كافة المجالات، أياً كان نوعها وأهميتها، كما أن الدولة في بعض الأحيان قد تدخل في علاقات ويتكافأ مركزها فيها مع مركز الأفراد العاديين. بالإضافة إلى أن ذلك الأمر سيساهم في تحقيق المنفعة العامة، فمن المعلوم أن الدولة قد تلجأ لشخص عادي أو شركة أجنبية لتنفيذ مشروع ما يتعلق بالصالح العام، ويُعلق إبرام العقد على تضمينه شرطاً للتحكيم للفرار من قيود التشريعات الداخلية، لذلك كان لزاماً على المشرع أن يتخذ هذه الخطوة التشريعية.

٢- أنه بمقارنة الطفرة التشريعية الفرنسية بنظيرتها المصرية، نجد أن نهج المشرع الفرنسي هو الأفضل؛ نظراً لأنه أحاط سلطة الأشخاص الاعتبارية العامة في إبرام اتفاق التحكيم بضوابط صارمة من أبرزها، ضرورة موافقة مجلس الوزراء، على عكس المشرع المصري الذي اشترط فقط موافقة الوزير المختص. وتتمثل علة أفضلية مسلك المشرع الفرنسي هنا، في أن وجه المنفعة أو المصلحة العامة التي تخول للأشخاص الاعتبارية العامة الاتفاق على التحكيم في هذه العقود، عندما

يتقرر من قبل مجموعة من الأشخاص يكون على درجة أكبر من الحيطة والإستيثاق عن الفرض الذي يقرر فيه شخص واحد هذه المصلحة، الأمر الذي ينبئ عن توخي جهة الإدارة لأقصي درجات الحرص والبحث عن مدي وجود المصلحة في العقد الذي يُبرم بشأنه اتفاق تحكيم. لذلك كان من الأفضل للمشرع المصري لو أنه سار على نهج نظيره الفرنسي.

وعن موقف المشرع السعودي من مسألة مدى جواز لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم، فوفقًا لنص المادة (العاشرة) من نظام التحكيم السعودي؛ فإنه يتوجب على هذه الأشخاص الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة مسألة الجوانب القانونية للرضا بإبرام اتفاق التحكيم. وانتهينا إلى أنه يجب حيث يجب أن يصدر الرضاء به بناءً على ايجاب وقبول صريحين دون أدنى لبس أو غموض. فيجب أن يكون هناك إيجاب صحيح مستوفي شرائطه القانونية المنصوص عليها في القانون المصري والقانون الفرنسي وفي النظام السعودي. كما أنه يلزم توافرالشروط المطلوبة فيما يخص القبول بإبرام اتفاق التحكيم. وبلزم حدوث تلاقي بين الإيجاب والقبول بصورة متطابقة دون أدنى اختلاف.

وانتهينا كذلك إلى ضرورة توافر الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم بالنسبة للشخص الطبيعي، فيجب أن تكون إرادته معتد بها قانونًا لكي تكون ذات أثر من الناحية القانونية.

ويجوز للأشخاص الاعتبارية أيًا كان نوعها، أن تبرم اتفاق تحكيم لحسم منازعات العقود التي تبرمها، مع مراعاة الشروط المطلوبة في هذا الشأن، غلى النحو الذي بيّناه في موضعه.

وفي جميع الأحوال، يجب أن تكون إرادة الأطراف المحتكمة خالية من عيوب الرضا المعروفة، وهي: الغلط والتدليس (التغرير) والإكراه والغبن والاستغلال. وإلا سنكون أما اتفاق تحكيم عرضة بصورة كبيرة لأن يُطعن عليه لأي سبب.

وفي ختام هذه الدراسة نوصي بالآتي:

١- نوصي بضرورة الاهتمام بصياغة اتفاق التحكيم، بحيث تكون على درجة كافية من الوضوح واليقين في إقرار مبدأ اللجوء إلى التحكيم ضماناً لتحقيق فاعلية هذا الاتفاق، ورغبة في تجنب الكثير من المشكلات الناجمة عن سوء الصياغة، كالمشكلات الناتجة عن اتفاقات التحكيم المعتلة أو المعيبة صياغياً، والتي تبرم بصورة رديئة ومتناقضة أحياناً بما لا يتفق مع حقيقة ما يرغب فيه الأطراف. وفي سبيل تحقيق ذلك، يمكن الاستعانة بنماذج الاتفاقات التحكيمية التي تضعها هيئات ومراكز التحكيم، ويمكن كذلك الاستعانة بمستشارين قانونيين في مجال التحكيم ذوي خبرة ودراية بصياغة هذه الاتفاقات.

٢- يجب الأهتمام الكبير والبالغ بمسألة الاستيثاق من وجود الرضا الفعلي والصحيح من قبل الأطراف المحتكمة بقبول إبرام اتفاق التحكيم بصورة واضحة وقاطعة؛ فالتحكيم برمته يرتكز على هذا الاتفاق. كما لا يجوز إعفال أي أمر يتعلق بتبين الرضا من عدمه. وما يؤيد ذلك أن جميع المشكلات القانونية في النقطة المذكورة في البند (١)، إنما تأتي بسبب عدم الاهتمام الكافي بمسألة الرضا باتفاق التحكيم.

٣- نوصي بضرورة النص على الضمانات القانونية الكافية في بعض حالات إبرام اتفاق التحكيم، كحالة إبرام اتفاق التحكيم بطريق التمثيل لا سيما ضرورة التزام النائب حدود النيابة عند إبرام هذا الاتفاق. وكذلك حالة إبرام اتفاق التحكيم من قبل الأشخاص الاعتبارية.

قائمة المراجع:

أولًا: المراجع العربية العامة:

- ا/وليد حسين على عبد الله، الايجاب والقبول في التعاقد الالكتروني، رسالة ماجستير مقدمه لكلية الحقوق بجامعة الزقازيق.

- د/جلال على العدوي:

- أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة دار المعارف، سنة ١٩٩٧.

- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠١١.

- د/حسام الدين الأهواني:

- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٢.

- أصول القانون، بدون ناشر، سنة ١٩٨٨.

- د/حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠.

- د/حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الطبعة السادسة، سنة ١٩٩٣.

- د/رجب كريم عبد اللاه، مفهوم الوكالة العامة والوكالة الخاصة وطبيعة التوكيل الرسمي، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٥.

- د/رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠٠٣.

- د/سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنه دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٨.

- د/سليمان الطّماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٨.

- د/سميرة عبد الله مصطفي، فترة الريبة، دراسة قانونية، دار الكتب المصرية، بدون سنة نشر.

- د/سهير سيد أحمد منتصر، المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق".

- د/سهير سيد احمد منتصر؛ د/حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، العقد والإرادة المنفردة.

- د/عبد الرافع موسي؛ د/محمد فريد العريني، نظام الإفلاس في القانون المصري طبقاً للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار العلوم للطباعة، سنة ٢٠١١.

- د/عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٤.

- د/عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري ونظيره اليمنى مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، طبعة أولي، سنة ١٩٩١.

- د/عمر السيد مؤمن، الاكراه المفسد للرضا في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨م.

- د/قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠١.

- د/كمال محمد أبو سريع، القانون التجاري، الأعمال التجارية والتاجر طبقًا لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٠/٢٠١١.

- د/محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة.

- د/محمد السيد خيال، الانترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨.

- د/محمد حسين عبد العال، المدخل لدراسة القانون "نظرية الحق"، بدون ناشر، سنة ٢٠١٠.

- د/محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر.

- د/محمد سعد خليفة؛ د/محمد حسين عبد العال؛ د/شحاتة غريب شلقامي؛ د/خالد جمال أحمد، القانون المدني، مصادر الالتزام-أحكام الالتزام والاثبات، بدون ناشر، سنة ٢٠١١.

- د/محمد شريف عبد الرحمن أحمد، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٦.

- د/محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المصري، الجزء الأول "مصادر الالتزام"، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٦.

- د/مصطفي كما طه، القانون التجاري "الأوراق التجارية-العقود التجارية-عمليات البنوك-الإفلاس "، منشأة المعارف، ١٩٨٠.

- د/مصطفي محمد الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة دار المعارف، سنة ١٩٩١.

- د/يحيى أحمد موافى، الشخص المعنوي ومسئولياته قانوناً "مدنياً-إدارياً-جنائياً"، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٧.

- عنادل عبد الحميد مطر، التراضي في العقد الالكتروني، رسالة مقدمه للحصول على درجة الدكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩.

- م.د/ماجد ممدوح شبيطة، أحكام القضاء الإداري المتعلقة ببطلان بيع شركات قطاع الأعمال العام وكيفية معالجة آثاره، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث والعشرون، ديسمبر ٢٠١٤.

- م.د/محمد شتا أبو سعد، الموجز العملي، في الصورية، في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الفكر الجامعي.

- م.د/محمد كمال حمدي، الولاية على المال " الأحكام الموضوعية- الاختصاص والإجراءات"، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٧.

- م/أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٩٧.

ثانيًا: المراجع العربية المتخصصة:

- د/أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، مفهومه-أركانه وشروطه – نطاقة، دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٣.

- د/أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠١٠.

- د/أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٦.

- د/أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء ومراكز التحكيم العربية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، سنة ٢٠٠٩.

- د/أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في قضاء التحكيم/ دار الكتب القانونية، سنة ٢٠٠٦.

- د/أكمل رمضان، التحكيم الالكتروني في عقود السياحة الالكترونية، بحث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد الثالث والثلاثون، سنة ٢٠١٣م.

- د/آمال احمد الفرا يزي، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة مقارنة بين النظام القضائي المصري – السعودي – الفرنسي – الإيطالي، منشأة المعارف، سنة ١٩٩٣.

- د/باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦.

- د/جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة ١٩٩٧.

- د/حمدي على عمر، التحكيم في عقود الإدارة " دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، بدون ناشر.

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

- د/عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٤.

- د/عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق.

- د/عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩م.

- د/عصام عبد الفتاح، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٨ م.

- د/علاء محي الدين مصطفي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٢.

- د/علي سليمان الطّماوي، التحكيم في العقود الإدارية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، تقديم أ.د/ يحيي الجمل، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ٢٠١٧.

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

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

- د/مجدي عبد الحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، بحث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الزقازيق، العدد العاشر، سنة ١٩٩٨.

- د/محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧.

- د/محمد حسن محمد على، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة ٢٠١٢/٢٠١١.

- د/محمد عبد الرحيم أحمد عبد الرحيم، التحكيم في منازعات عقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص، رسالة دكتوراه مقدمه لكلية الحقوق بجامعة الزقازيق، سنة ٢٠١٦.

- د/محمود السيد عمر التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض وانما لابد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، سنة ٢٠٠٢م.

- د/محمود السيد عمر التحيوي، تحديد المعني الموضوع لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، سنة ٢٠٠٢.

- د/مصطفي محمد الجمال؛ د/عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٨.

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

- د/يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١.

ثالثًا: المراجع الأجنبية:

-Bochurberg (L), Internet et commerce életronique , Delamas , 1édtion , 1999.

-C.DUQUENNE ,L′autonomie de la clause compromissoire en droit Comerce international , Thése , 2000.

-Ch.Carabibr , L’arbitrage international de droit privé , Librairie Général De Droit Jurisprudence , paris , 1960.

-Corinne Renault – Brahinsky : Droit des personnes et de la famille , Gualino , 2008 , 9e edition.

-François Terré : Dominique Fenouillet , Droit Civil – les personnes – incapacité , Dalloz , 2012.

-Jean Robert , L’arbitrage , droit interne , droit international privé.

-Malik Laazouzi , L'impérativté , L'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois , Rev.crit . DIP 2010 . www. Dalloz .com.

-Mazghani , Souverainete de l'Etat et participation á l'arbitrage , Rev.arb , 1985.

-Patrick Courbe , droit civil , Les personnes , La famille , Les incapatcités , 4 édition , Dalloz , 2003.

-Philippe Bihr , Droit civil , general , Dalloz , 13 édition , 2000.

-Philippe Fouchard; L'arbitrage et faillité, Rev.arb, 1998.

-Pierre Stillmunkes , l,arbitrage en droit administrative , Thése , paris , 1960.

-René Chapus , Droit du contentieux administratif , monchrestien , 7émé éd , collection domat droit public , paris , 1988.

-Terré Simler , Lequette , droit civil , les obligations , 6 éd , 1998.