بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه

الدكتور

علي أبو عطية هيكل

إهـــداء

إلى

روح والدي دعاءً ورحمة

الـمـؤلـف

١- تمهيد وتقسيم:

إذا كانت القاعدة العامة في معظم التشريعات الوطنية[١] هي التزام القاضي بالفصل في المنازعات التي تعرض عليه طبقاً لقواعد القانون ونصوصه التي وردت في هذه التشريعات على أساس أن الدولة قد أخذت على عاتقها مهمة تحقيق العدالة، والفصل في المنازعات التي تثور بين رعاياها[٢].والقاضي لا يستطيع أن يطبق العدالة إلا في الحالات وبالطرق التي تحددها قواعد القانون، ويقع على عاتقه حال غموض النص أو نقصه أو غيابه، تفسير هذا النص أو تكملته، وكذلك البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه[٣]، ولا

---

(١) تنص المادة ١٧٢ من الدستور المصري الحالي على أن "يختص القضاة بالفصل في كافة المنازعات والجرائم عدا ما تختص به جهة قضائية أخرى" وهو ما نصت المادة ١/١٥ من قانون السلطة القضائية على أنه "فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى منها بنص خاص" ووفقاً للمادة ١٧٤ من الدستور السابق، يختص مجلس الدولة بالفصل "في المنازعات الإدارية وفي الدعاوي التأديبية ويحدد القانون اختصاصات أخرى" وهو ما أكده قانون مجلس الدولة الحالي الصادر سنة ١٩٧٢ بنصه على أن محاكم مجلس الدولة تختص دون غيرها بالفصل في "مسائل المنازعات الإدارية".
ونصت المادة الثامنة من قانون السلطة القضائية العُماني على أنه "فيما عدا الخصومات الإدارية تختص المحاكم المنصوص عليها في هذا القانون بالحكم في الدعاوي المدنية والتجارية، وطلبات التحكيم ودعاوي الأحوال الشخصية والدعاوي العمومية والعمالية والضريبية والايجارية وغيرها التي ترفع إليها طبقاً للقانون إلا ما استثنى بنص خاص".
والمادة ١/١٢ مرافعات فرنسي على أن "القاضي يلتزم بالفصل في المنازعات طبقاً لقواعد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات".

"Le juge trache le Litige conformément aux regles de drait qui lui sant applicables"

(٢) انظر د. الانصاري النيداني: الحقوق الدستورية للخصم ٢٠٠٦ دار الجامعة الجديدة.

(٣) د. فتحي والي: كتابات في القضاء المدني والتحكيم – بحوث وتعليقات ٢٠١٥، دار النهضة العربية ص ٥٤٧-٥٥٥؛ د. علي تركي: التزام القاضي بالفصل في النزاع ٢٠١٣ ص ٤ وما بعدها بند ٣ وما بعده.
وفي تطبيق ذلك أنظر:

يملك القاضي بحال أن يستبعد أي نص ولو كان نصاً مكملاً، بحجة أنه غير مناسب أو أنه يجافي العدالة وإلا كان منكراً لها وفقاً للمادة ٢/٤٩٤ مرافعات[١] والمادة ٤ مدني فرنسي[٢].

أما في مجال التحكيم، فلا جدال في أن إرادة الأطراف في عقد التحكيم حرة، فهم كقاعدة أحرار في الاتفاق على التحكيم أو عدم الاتفاق عليه، وهم الذين يحددون للمحكم موضوع النزاع، ويختارون المحكم وإجراءات التحكيم، ويحددون للمحكم ميعاد التحكيم، كما يمكنهم إعفاؤه أو على العكس إلزامه بقواعد القانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع[٣].

Coss. Civ. 17 mai 1983. Bull. Civ: 1983. 1, P. 131 N. 149.

Coss. Civ. 26 juin 2001. Bull. Civ. 1. N. 191.

(١) د. علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن ١٩٩٦ دار النهضة العربية ص ٤١٧ بند ٤٢٣.

د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ١٧٢ وما بعدها بند ١٠٢.

د. أحمد ماهر زغلول أصول وقواعد المرافعات دار النهضة العربية ص ٢١٣ وما بعدها، بند ١٢٣. المؤلف: شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢ ص ١١٣ بند ٤٥.

(٢) والتي تنص على أن «القاضي الذي يرفض الفصل في النزاع بحجة سكوت أو صمت أو غموض أو عدم كفاية القانون، يمكن ملاحقته جنائياً كمتهم بإنكار العدالة».

«Le juge qui refuséra de juger, sous prétexte du silnce de L'obscurité au de L'insuffisonce de la loi. Pourra être poursuivi comme coupoble de déni de justice».

(٣) فالمحكم يمكنه الفصل طبقاً لقواعد العدالة أو الانصاف، كما هو في التحكيم بالصلح، أو طبقاً لقواعد القانون كما هو في التحكيم بالقانون، ومرجع الفصل وفقاً لهذا وذلك هو إرادة الأطراف. فالخيار مفتوح إذن أمام الخصوم ليختاروا أي من النوعين حسبما يتراءى لهم أنه الأنسب لموضوع النزاع، حسبما يتوافق مع غرضهم من التحكيم، لأن هذا الاختيار سوف يكون له أثره على سلطات المحكم وهو بصدد تحديد القواعد الموضوعية التي ستنطبق على النزاع وعلى الحكم الذي سيصدر في النهاية. أنظر في القواعد التي تحكم الفصل في خصومة التحكيم.

د. مصطفى الجمال، عكاشة عبدالعادل: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول ١٩٩٨ الطبعة الأولى ص٢٣٨ وما يليها بند ١٥٦ وما يليه. د. علي بركات: المرجع السابق ص٤١٧ وما يليها بند ٤٢٣ وما يليها.

وفي خصوص اتفاق الأطراف على إلزام المحكم أو هيئة التحكيم بقواعد القانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع وتمشياً مع مقتضيات التحكيم نصت المادة ١/٣٩ تحكيم مصري على أنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك" وما نص عليه المشرع المصري، صادف اعتماد ثابت من جانب معظم التشريعات المعاصرة وأنظمة التحكيم المقارنة، والاتفاقيات الدولية[١].

فوفقاً لنص المادة ١/٣٩ تحكيم مصري وما اعتمدته معظم التشريعات في منحها للأطراف الحرية الكاملة في تحديد القواعد القانونية التي يرغبون في تطبيقها على موضوع النزاع[٢]. فإذا ما حددوا الأطراف القانون الموضوعي الواجب التطبيق، طبقت هيئة التحكيم قواعد ونصوص هذا القانون على موضوع النزاع مثله في ذلك مثل القاضي الوطني، ويجب على الهيئة أن تطبق القانون في كل جوانبه سواء قواعد القانون الموضوعي أو القواعد الواردة في العقد المبرم بين الأطراف والذي يعد شريعة المتعاقدين، وسواء كانت قواعد القانون الموضوعي آمرة أم مكملة،

د. جمال الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة ؛ د. سمير الشرقاوي: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي يناير ٢٠٠٠ العدد الثاني ص ٢٨.

(١) انظر فيما يلي: الهوامش المشار إليها بند رقم ٥.

(٢) وإذا كانت صياغة النص تطلق الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العلاقة بينهما وما ثار بشأنها من منازعات، فإن هذه الحرية تجدها ضرورة مراعاة القواعد والقوانين الآمرة التي يحتم المشرع المصري تطبيقها مراعاة لاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو لحماية النظام العام والآداب العامة، ويحسب في هذا المقام التفرقة بين قابلية الموضوع للتحكيم، وقابليته للخضوع لأحكام قانونية مغايرة لأحكام القانون المصري، فعلى سبيل المثال المنازعات العقارية، منازعات تقبل التسوية بطريق التحكيم، ولكن لا يجوز للمحكم الفصل فيها وفقاً لقانون أجنبي، إذ تعتبر العقارات جزءاً من إقليم الدولة، فلا يصح أن تخضع التصرفات الواردة عليها إلا للقانون المصري مادة ١٨، ١/١٩ مدني، انظر:
د. محمود مختاري بريري: التحكيم التجاري الدولي ٢٠١٤ الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ص١٣٢ وما بعدها بند ٨٩.

طالما أن الأطراف لم يتفقوا على استبعادها[1]. حتى ولو اتفقوا مستقبلاً على عدم رفع دعوى البطلان، أو عن الحق في استئناف الحكم التي ستصدره هيئة التحكيم في التشريعات التي تجيز ذلك[2]. فإن هيئة التحكيم تظل ملتزمة بتطبيق نصوص القانون لأن تنازل الأطراف عن رفع دعوى

---

(1) د. عزمي عبد الفتاح: التحكيم في القانون الكويتي ١٩٩٠ مطبوعات جامعة الكويت ص٢٣٦؛ د. سيد أحمد محمود: الكترونية القضاء والقضاء الالكتروني دراسة مقارنة ٢٠١٥، دار الفكر والقانون ص ١١١ وما بعدها.

(2) تتعدد وسائل مراجعة أحكام التحكيم لدى التشريعات المعاصرة وأنظمة التحكيم المقارنة، ورغم إجماعهم على ضرورة مراجعة حكم التحكيم إلا أنهم اختلفوا في وسيلة هذه المراجعة ونطاقها.

ففي القانون المصري، حصر وسائل مراجعة أحكام التحكيم داخلياً أم دولياً في وسيلة واحدة هي دعوى البطلان وفقاً لنص المادة ٥٢ من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية" ونصت المادة في فقرتها الثانية على أنه "يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة المادتين التاليتين" وهو ما أعتمده المشرع الأردني في القانون ٣١ لسنة ٢٠٠١ والذي نص في المادة ٤٨ منه على أنه "لا تقبل أحكام التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون، الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، ولكن يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المواد ٤٩، ٥٠، ٥١ من هذا القانون. ولم يخرج قانون التحكيم العماني رقم ٤٧/٩٧م الصادر في ٢٨ يونيو ١٩٩٧ عما نص عليه قانون التحكيم المصري حيث نص في المادة ٥٢ على جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، وكذلك حصر نظام التحكيم السعودي الجديد رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٢ وسيلة مراجعة حكم التحكيم في دعوى البطلان وفقاً للمادة ٤٩ حيث لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا النظام فيها بأي طريق من طرق الطعن، عدا دعوى البطلان ... ».

وفي القانون الفرنسي الجديد رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ فرق المشرع بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. ففي التحكيم الداخلي أخضع حكم التحكيم لكل وسائل مراجعة الأحكام القضائية، فيما عدا الطعن بطريق المعارضة وبطريق النقض مباشرة وفقاً لنص المادة ١٥٠٣ والتي نصت علي"

La Sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition et de pourvoi en cassation.

كما لا يجوز مراجعة حكم المحكم عن طريق التماس إعادة النظر في قانون التحكيم الفرنسي الجديد على عكس ما كان يجيزه القانون الفرنسي في المادة ١٤٩١ مرافعات قبل هذا التعديل الأخير:

Le necause en envision est auvert contre la sentence arbitrale.

وينص المشرع الفرنسي في تعديله الأخير ٤٨ لسنة ٢٠١١ على أن يكون حكم التحكيم قابلاً للطعن بالبطلان، ما لم يكن طريق الطعن عليه بالاستئناف متاحاً طبقاً لاتفاق الأطراف وفقاً للمادة ١/١٤٩١.

«Art. 1491: La sentence peut toujours faire l'abjet d'un nacaurs en annulation à moins que la voie de l'appel soit auverte conformément â l'accord des parties».

وإذا كان الأصل هو جواز الطعن بالبطلان فبي حكم التحكيم ووفقاً للنص السالف، فأجاز المشرع الفرنسي الطعن في حكم المحكم بالاستئناف إذا اتفق الأطراف على ذلك فنص في المادة ١٤٨٩ مرافعات على أن «حكم التحكيم غير قابل للاستئناف ما لم يتفق الطراف عل خلاف ذلك».

«La sentence n'est pas suscep tible d'appll souf valonté contraine des porties».

وأيضاً أجاز المشرع الطعن على حكم التحكيم من الغير بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة. أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، حيث نصت المادة ١٥٠١مرافعات على أنه " ويمكن الطعن فيه باعتراض الغير أمام المحكمة التي كانت مختصة في حالة عدم الاتفاق على التحكيم، بمراعاة الفقرة الأولى من المادة ٥٨٨".

Elle peut etre frappée de tierce opposition devant La jurisdiction qui eût été competence a de faut d'abitrage sous reserve des Positions de L'article 588.

انظر في تفصيل ذلك: د. معتز عفيفي: نظام الطعن على حكم التحكيم ٢٠١٢، دار الجامعة الجديدة، ص ٥٣-٣٤٤.

CADIET.L. droit judiciare Prive 1992 p.795-799 N. 1546-1556 vincent et Guinchard: Procedure civile 23ed 1994. Dalloz p. 987-991.N. 1982-1989. CORNU et FOYER: procedure civite 1996. p. 757 et ss N. 199. PERROT: Les recours devant La cour d'appel empechent – its L'arbitre de Poursuivre samission "Rev arb 1987, 107- VIATTE. La denaturation est-elle une cause de nullite de la sentence arbitrale. Gaz-pol 1974-2. 979.

أما في التحكيم الدولي فالمشرع الفرنسي يقصر وسائل مراجعة الأحكام الصادرة فيه على البطلان حيث نصت المادة ١/١٥٢٢ مرافعات على أن "حكم التحكيم الصادر في فرنسا في مادة تحكيم دولي يمكن أن يكون محلاً للطعن بالإبطال في الحالات المنصوص عليها في المادة ١٤٩٢"

La sentence arbitral nendue en France en matiere d'arbitage international peux faire L'abjet d'un necaurs en annualation dans les cas prevus a l'anticle 1492"

البطلان أو عن الاستئناف لا يعني تنازلهم عن الحرية التي توافرها لهم نصوص وقواعد القانون المتفق على تطبيقه. فإذا تعمدت هيئة التحكيم مخالفة نصوص القانون فإنه يمكن إبطال حكمها لاستبعاد القانون المتفق على تطبيقه[1].

واستبعاد القانون الموضوعي الواجب التطبيق كسبب للبطلان، رغم غياب النص عليه ضمن الأسباب المؤدية للبطلان في الكثير من

انظر:

Ph. Fouchard, Gaillord. Goldman: Traité de l'arbitrage commercial internatonal Paris. 8 mars 2001 Rev. orb. 2001. P. 567.

وفي تطبيق ذلك انظر:

Note. Legros Paris. 14 jonv 1977 Rev. orb 1977. P. 281. coss. Civ. 27 mai 2004 Rev. orb. 2004. P. 612.

CADIET. ap. Cit. p. 809 elss N.1574 etss CORNU et FOYER. ap. ci. P 766 ets N. 200. paris 28 mai 1993. D.M.F. 1993. p. 572. Paris. 19 jan 1990. rev. arb 1991. p. 125. note Moitry et vergne.

وفي القانون النموذجي للتحكيم حيث حصر وسائل مراجعة حكم التحكيم على وسيلة واحدة هي طلب الإلغاء.

= ووفقاً لنص المادة ٣٤ حيث نصت على أنه لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم إلا بطلب إلغاء يقدم وفقاً للفقرتين (٢)، (٣) من هذه المادة.

أما اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ فقد أجازت الطعن في قرار التحكيم بطلب نقض القرار أو رفضه عند طلب الاعتراف به أو الأمر بتنفيذه وفقاً للمادة السادسة، وذلك بناء على الطرف المحتج ضده بالحكم إذا ثبت توافر أحد الأسباب الواردة في المادة الخامسة.

(١) ولا يعوق رفع الدعوى سبق اتفاق الأطراف على النزول عن الحق في رفعها قبل صدور الحكم، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع، حيث نصت المادة ٥٤ تحكيم مصري على أنه "لا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور الحكم".

والحكمة من ذلك، حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، والذي قد يستغل الطرف الآخر مركزه الأقوى أو المسيطر لغرض هذا الشرط. وهذا يتمشى مع الاتجاه الذي يذهب إلى عدم الاعتداد بالتنازل عن الحقوق الموضوعية والإجرائية طالما لم يثبت الحق فيها. د. محمود مختار بريري: المرجع السابق، ص٢٣٦ هامش رقم ٣.

د. نبيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١١، ص٤١٨ وما بعدها بند ٣٤٧.

التشريعات[1]، أو إدراجه في تشريعات أخرى[2] تحت سبب تجاوز المحكم

---

(1) لا تنص الكثير من القوانين الوطنية في الدول المتقدمة، صراحة على استبعاد القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف لتطبيقه على موضوع النزاع، كسبب من الأسباب المؤدية إلى بطلان حكم التحكيم، ويأتي في مقدمة هذه القوانين القانون النموذجي للتحكيم "الأونستيرال" الصادر في يونيه ١٩٨٥ والذي لم يتناول في مادته الرابعة والثلاثون الاستبعاد كسبب للبطلان ضمن حالات بطلان حكم التحكيم التي تناولتها هذه المادة. كما أن المشرع الفرنسي في تعديله الأخير لقانون المرافعات ٤٨ لسنة ٢٠١١ لم يتناول الاستبعاد كسبب من أسباب بطلان حكم المحكم مادة ١٤٩٢ مرافعات كما لم ينص عليه كذلك القانون اللبناني والهولندي والبحريني والإماراتي والكويتي والقطري والليبي واليمني والجزائري والتونسي والعراقي والأردني.

وقد يكون مرجع ذلك، أن الدول المتقدمة وأشخاصها، تفرض تطبيق قوانينها على المنازعات بينها وبين الدول النامية وأشخاصها، وحتى لو تم الاتفاق على تطبيق قوانين الدول النامية، فإن الدول المتقدمة، تقبض وتسيطر على آليات فض المنازعات عن طريق التحكيم، على مستوى العالم قاطبه، بحيث تأتي الأحكام لصالحها في كثير من الأحيان= = وهذا بالتأكيد من أسباب نفور بعض الفقه في الدول النامية من التحكيم وتخوف البعض الآخر. وما القضايا التي حدث فيها ظلم واجحاف بحقوق الدول النامية عنا ببعيدة. أنظر: د. خالد أحمد حسن بطلان حكم التحكيم رسالة عين شمس، ٢٠٠٦،ص٣٧٦ وما بعدها.

ومن هذه القضايا: قضية كرومالوي بين القوات الجوية المصرية والشركة الأمريكية كرومالوي. وقضية الشيخ شخبوط حاكم أبوظبي بشأن عقد امتياز للتنقيب عن النزول مع شركة أجنبية. وقضية شيخ قطر بشان عقد التنقيب عن البترول، وقضية الحكومة الليبية وشركة نفط كاليفورنيا والمعروف بحكم تحكيم تكساسكو في هذه القضايا انظر: د. خالد أحمد حسين: المرجع السابق ص٣٩١-٣٩٨. د. حفيظة الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، ص٦٣ وما بعدها.

(2) وبالرغم من عدم نص قوانين الدولة المتقدمة صراحة على استبعاد القانون الموضوعي الواجب التطبيق ضمن الأسباب المؤدية للبطلان، إلا أن معظم قوانين هذه الدول أدرجته تحت مسمى تجاوز المحكم لحدود مهمته، ومن هذه القوانين القانون الفيدرالي الأمريكي ١٩٢٥ في المادة ١٠/د والمادة ٢/٦٨/ب من قانون التحكيم الإنجليزي، المادة ٢/١٤٠٧/جـ من قانون المدنية البلجيكي. المادة ٤/٨٩٧ من قانون الإجراءات المدنية اليوناني. المادة١٦٥/١/جـ من قانون الإجراءات المدنية الهولندي. المادة ١٥٢٢ مرافعات فرنسي بشأن التحكيم الدولي، والمادة ٣/١٤٩٢ من ذات القانون بشأن التحكيم الداخلي.

Si L'arbitre astetue sans se conformer a La mission qui Lui avait été conféréc.

لحدود مهمته. فقد صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع المصري[1] بنصه صراحة على الاستبعاد كسبب للبطلان وفقاً لنص المادة ٥٣/١/د تحكيم والتي نصت على بطلان حكم التحكيم "إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع ويعد هذا النص تطبيقاً لنص المادة ٣٩ تحكيم مصري، فالنص الأخير يعطي للأطراف[2] حرية الاتفاق على تطبيق قانون معين. فإذا اتفقوا على تطبيق هذا القانون التزمت هيئة التحكيم بتطبيقه على موضوع النزاع. واستبعاد حكم التحكيم تطبيق هذا القانون يرتب البطلان وفقاً لصراحة المادة ٥٣/١/د تحكيم.

وترتيباً على ذلك يعد إعمال المادة ٣٩/١ تحكيم مفترض ضروري لتطبيق المادة

انظر في ذلك: د. خالد أحمد حسين. المرجع السابق، ص٣٧٧. د. عاطف الفقي: التحكيم في المنازعات البحرية ٢٠٠٧ دار النهضة العربية. ص٦٤١ وما بعدها ص٦٨٠ وما بعدها ؛ د. معتز عفيفي: المرجع السابق، ص ٤٥١ وما بعدها.

RobERT et MOREAU: L'arbitrage droit interne, droit international Prive. Paris 1993. p. 156. N. 181.

(١) ومن القوانين التي نصت على الاستبعاد كسبب للبطلان قانون التحكيم السوري رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨ في المادة ٥/٥٠ وقانون التحكيم العماني رقم ٤٧/٩٧ الصادر في ٢٨ يونيو ١٩٩٧ في المادة ٥٣/١/د. والمادة ٥٠/د من نظام التحكيم السعودي الجديد رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٢.

(٢) لم يرد في قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ما يجعل من استبعاد القانون الإجرائي المتفق على تطبيقه سبباً من أسباب البطلان باستثناء حالة تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الأطراف المادة ٥٣/١/هـ. فإذا لم يتفق الأطراف على القانون الإجرائي الذي يحكم إجراءات الخصومة، تطبق هيئة التحكيم الإجراءات التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام القانون مادة ٢٥ تحكيم مصري، فإذا استبعدت هيئة التحكيم تلك القواعد فلا بطلان في حكمها ما عدا وقوع بطلان في إجراءات التحكيم مما تؤثر في الحكم والقواعد المتعلقة بالنظام العام انظر المؤلف: القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص١٦ وما يليها بند ٦ وما يليه ؛ د. عيد القصاص: قانون التحكيم ٢٠١٥، الطبعة الأولى، ص ٥٦٣ بند ٢٠٢؛ د. عبد المنعم زمزم: شرح قانون التحكيم ٢٠١٤، دار النهضة العربية، ص ٢٦٥ بند ٤٦٩.

٥٣/١/د، وأعمال المادة الأخيرة يكون بسبب عدم احترام هيئة التحكيم لإرادة الأطراف. ويتحقق عدم احترام هيئة التحكيم لإرادة الأطراف. حالة استبعاد الهيئة للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه إعمالاً للمادة ٣٩/١.

ورغم النص صراحة على استبعاد القانون المتفق على تطبيقه كسبب للبطلان في القانون المصري. وإجماع الفقه في مصر على أن استبعاد القانون الواجب التطبيق كسبب للبطلان يقتصر على قواعد القانون الموضوعي دون الإجرائي فإن الفقه ولا القضاء لم يعطا مدلولاً محدداً للاستبعاد، ولا لنطاق تطبيقه ولم يتفقا على كون الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله أو الخطأ في تطبيقه إلى درجة مسخه تعد أو لا تعد صور للاستبعاد. وهل استبعاد شروط العقد أو الأعراف الجارية تعد من صور الاستبعاد الذي يرتب البطلان؟

٢- موضوع الدراسة:

بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه. والذي تم الاتفاق عليه وفقاً لنص المادة ٣٩/١ تحكيم والتي تعد مفترض للبطلان. وسببه استبعاد حكم التحكيم للقانون الموضوعي المتفق على تطبيقه وفقاً لنص المادة ٥٣/١/د تحكيم مصري وصور الاستبعاد ووسيلة التمسك به في القانون المصري دعوى البطلان. وتتناول هذه الدراسة تلك الموضوعات وكمقدمة لدراسة أكثر اتساعاً ذلك في غضون فصول ثلاثة:

الفصل الأول: اتفاق الأطراف على القانون الموضوعي الواجب التطبيق كمفترض للبطلان.

الفصل الثاني: استبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه كسبب للبطلان.

الفصل الثالث: وسيلة بطلان حكم التحكيم المستبعد للقانون الموضوعي المتفق على تطبيقه.

الفصل الأول

اتفاق الأطراف على القانون الموضوعي الواجب التطبيق كمفترض للبطلان

٣- تمهيد:

في مبحثين، نتناول في الأول: حالة انعدام مفترض البطلان. وهو حالة اختيار هيئة التحكيم للقانون الموضوعي الواجب التطبيق. واتفاق الأطراف على تخويل الهيئة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف. وفي المبحث الثاني حالة توافر مفترض البطلان، وهو حالة اتفاق الأطراف على القانون الموضوعي الواجب التطبيق.

المبحث الأول: **انعدام مفترض البطلان.**

المبحث الثاني: **توافر مفترض البطلان.**

المبحث الأول

عدم اتفاق الأطراف على القانون الموضوعي الواجب التطبيق (انعدام مفترض البطلان)

٤- اختيار هيئة التحكيم للقانون الموضوعي الواجب التطبيق. واتفاق الأطراف على تخويل الهيئة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف. انعدام مفترض البطلان:

٥- إذا لم يتفق الأطراف على القانون الموضوعي الواجب التطبيق، اختارت هيئة التحكيم القانون التي تطبقه[1]. فالمحكمون هم الذين يختارو - عند عدم اتفاق الأطراف -

---

(١) ومناط اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق حالة غياب قانون الإرادة، قد يكون مرجعه أن الأطراف لم يفكروا في المسالة أصلاً عند الاتفاق على التحكيم، أو على العكس فكروا فيها وتركوا المسألة لهيئة التحكيم، وقد يكون مرجع عدم الاتفاق هو اختلافهم بشأن هذه المسألة. وغالباً ما يحدث ذلك عندما يكون أطراف التحكيم من جنسيات مختلفة، أو العلاقة التحكيمية متعددة الجنسيات، وخاصة عندما يكون أحد الأطراف طرف ضعيف ينتمي إلى إحدى الدول النامية، وطرف قوي ينتمي إلى إحدى الدول المتقدمة، حيث لا يثق الطرف الأول في سلامة نوايا الطرف الثاني، كما لا يثق الطرف الثاني في كفاءة قانون الطرف الأول. في هذه الافتراضات انظر المؤلف: القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين. ٢٠١١، ص٢٧ وما بعدها. د. أحمد عبد البديع شتا: شرح قانون التحكيم ٢٠٠٩، ط٤ ص ٣٢٣؛ د. علي أمين يوسف: التحكيم في العقود الإدارية رسالة الإسكندرية ٢٠١٣، ص ٢٤٨.

واختيار هيئة التحكيم يكون اختياراً له بصفته قانوناً حاكماً لعلاقة أطراف التحكيم، وليس اختياراً مادياً للقواعد الموضوعية في هذا القانون، كما هو الحال عندما يختار الأطراف بنفسهم قانوناً معيناً للتطبيق. انظر فيما يلي بند ٧ وما بعده.

وأساس حق اختيار هيئة التحكيم للقانون حالة تخلف اتفاق الأطراف بشأنه، ينبع من الدور الإيجابي التي تمارسه الهيئة باعتبارها جهة تختص بالفصل في النزاع، فتمارس دوراً هاماً في سد الفراغ الذي خلقه عدم تحديد القانون الواجب التطبيق تمهيد لحسم النزاع، لتصبح مسألة أولية واجبة الحسم، وتعد جزءاً من الحكم التي تصدره، أو حكماً جزئياً تصدره عند وجود نزاع بشأنه، أو لأسباب تقدرها الهيئة. د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في الخصومة التحكيمية ١٩٩٧ دار النهضة العربية، ص٢٦٩، ٢٧٠ بند ٢١٤ قارن. د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، ١٩٩٣ دار النهضة العربية، ص٤١٧ وما بعدها خاصة ص٤٢٢.

القانون الذي يطبقونه[1]. وذلك بالبحث من خلال مؤشرات تركيز العقد عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان إليها؛ بأن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى هذا القانون أو ذاك بحيث تصبح إرادة الأطراف إرادة مفترضة من واقع الحال[2].

هذا القانون قد يكون قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، أو قانون الدولة التي أجريت فيها وقائع النزاع أو قانون بلد المصدر أو بلد المستورد أو مكان تنفيذ العقد أو أية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى[3]. فيكون لهيئة التحكيم الحرية في تطبيق قانون وطني معين، أو قانون أجنبي معين. كما يكون لها حرية تطبيق هذا القانون أو ذاك وحده أو بالتزاوج بينهما[4]. بل ليس هناك ما يمنعها من اختيار قاعدة إسناد معينة من قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص للاهتداء إلى القانون الموضوعي الواجب التطبيق دون أن تتقيد بطريقة محددة أو ملزمة في اختيار هذه القاعدة. وأيضاً دون أن تلتزم بالضرورة بتطبيق

---

(1) استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري، ٢٠٠٣/٢/٢٦ في الدعوى ١٩٩/٣٩ن.

(2) إحدى عبارات قرار التحكيم الصادر في الدعوى رقم ١٧١٧ لسنة ١٩٧٢ من غرفة التجارة الدولية Clunel 1979. P 890 مشار إليه لدى د. محمد عبد البديع شتا: ص ٣٢٣.

(3) د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، منشأة المعارف، ص٤٢٢ بند ٢٢٤.
د. جمال الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة، ص١٦٤ وما بعدها ؛ د. عبد المنعم زمزم: شرح قانون التحكيم ٢٠١٤، دار النهضة العربية، ص ١٨٣ وما بعدها.
د. محمود مختار بريري: ص١٣٦ بند ٨٨.
د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص٢٣٨ وما بعدها بند ١٥٦ وما بعدها.

(4) ما لم تكن العلاقة محل النزاع علاقة وطنية في كافة عناصرها، فلا يكون هناك مجال أمام هيئة التحكيم لتطبيق قانون أجنبي عليها أو بالتزاوج به مع القانون الوطني، وإنما يتعين عليها بالضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني، وبذلك تختلف سلطة هيئة التحكيم عن سلطة طرفي النزاع.
د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، ١٩٩٨ الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ص٢٧٣ وما بعدها بند ١٨٣؛ د. محمود مختار بريري: المرجع السابق، ص١٣٢ وما بعدها بند ٨٩.

المؤشرات التقليدية المستخدمة في تفسير الإرادة الضمنية للأطراف[1] فهيئة التحكيم وهي بصدد اختيارها للقانون، تتسع سلطتها بمقدار سكوت الأطراف عند بيان القانون التي تطبقه على موضوع النزاع. وشأن ذلك هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب التشريعات المعاصرة[2] وأنظمة التحكيم المقارنة[3] على على المستوى الداخلي والخارجي[4].وطالما لم يخرج اختيارها على النحو السالف عن ما تقتضيه شروط العقد وأعراف التجارة الدولية هذا من ناحية:

---

(1) د. أحمد السمداني: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة حقوق الكويت، العدد الأول والثاني، السنة ١٧ مارس يونيو ١٩٩٣ ص١٩٩ وما بعدها.

(2) حيث تنص المادة ٢/٣٩ تحكيم مصري على أنه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع" والمادة ٣٨/ج من نظام التحكيم السعودي والتي تنص «يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين».

بل إن المشرع الفرنسي في تعديله الخير لمواد التحكيم بالرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ أطلق سلطة هيئة التحكيم حالة اختيارها للقانون دون فكمن شأنها شأن إرادة الأطراف فنص في المادة ١٤٧٨ على أنه «توصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا للقواعد القانونية....» والنص ورد عام سواء اتفق مع هذا القانون الأطراف أم هيئة التحكيم.

"Le tribunal arbitral tranche le Litige conforment aux règles de drait .... "

والقيد الوحيد الذي أورده المشرع الفرنسي ما لم يعهد الأطراف لهيئة التحكيم أن تحكم رضائياً مادة ١٤٧٨ مرافعات.

(3) تنص المادة ١/١٧من غرفة تحكيم باريس على أنه "فإن لم يتفقوا على ذلك تطبق محكمة التحكيم القانون الذي تراه ملائماً".المادة ١/٣٣ من قواعد اليونسترال.المادة ٢٨/ ٢من القانون النموذجي للتحكيم،٤٢ من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات= = الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى" المادة ١/٣٣ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي. المادة ١/٢١ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي. المادة ١/٧ من اتفاقية جينيف الأوروبية ١٩٦١.

(4) في توضيح ذلك انظر د. حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي، ص٣٥٤-٣٦٠ والمراجع المشارة لديه د. عاطف الفقي: التحكيم في المنازعات البحرية ٢٠٠٧، دار النهضة العربية، ص٤٨٩ وما بعدها.

ومع اعتماد ذلك فهذه الحرية التي تتمتع بها هيئة التحكيم في اختيارها للقانون الموضوعي ليست مطلقة، وإنما مقيدة باختيار القواعد الموضوعية في القانون التي تراها لأكثر اتصالاً بالنزاع[1] تطبيقاً للمادة ٢/٣٩ تحكيم مصري، ٣٨/ج من نظام التحكيم السعودي وعدم مخالفتها للنصوص المتعلقة بالنظام العام في البلد الذي يراد تنفيذ العقد فيها.

ومن ناحية أخرى: إذا اتفق الأطراف صراحة[2] على تخويل هيئة التحكيم

---

(1) د. جمال الكردي: ص١٦٩ وما بعدها؛ د. شحاته غريب شلقامي: عقد المحكم ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة، ص ٩٤ وما بعدها ؛ د. حسني المصري ص٣٥٤ وما بعدها. د. هدى عبد الرحمن، ص٢٧١ وما بعدها بند ٢١٦. د. عزمي عبد الفتاح: التحكيم في القانون الكويتي. مطبوعات جامعة الكويت. ١٩٩٠، ص٢٣٦.

De Boisseon, Juglart et Bellet: Le droit Froncais de L'anbtrage. Paris 1983, p. 421.N504ets. ph. Fouchard: L'arbtrage international en france après le décret du12 mai 1981. jou. Dr. inte 1982. p. 398. N43.

- والمعيار الذي تنتهجه تلك التشريعات لتحديد القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، هو معيار فضفاض تتطلبه طبيعة السلطة التقديرية التي يتحلى بها المحكم في هذا الشأن، وهذا المعيار لكي يطبق على النحو الصحيح، فإنه يتطلب ضرورة توافر الخبرة الكافية لهيئة التحكيم، وكذا عنصري الحيدة والشفافية للعمل على بيان مركز الثقل في العقد والقانون الذي يرتبط بهذا الثقل، ومحور العلاقة التي يقوم عليها العقد وبنوده، فإذا كان محور العقد يدور حول بيع عقاراً ما في مصر، كان على المحكم أن يطبق القانون المصري باعتباره الأكثر اتصالاً بمركز الثقل في العقد.
- انظر: د. أحمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص ٣٢٣ وما بعدها؛ د. عبد المنعم زمزم: شرح قانون التحكيم ٢٠١٤، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ص ١٨٤ بند ٣٠٦.

(2) حيث تنص المادة ٢/٣٣ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي على أنه لا يجوز للهيئة الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون إلا إذا أجازها الطرفان في ذلك صراحة" المادة ٢/٣٣ من قواعد اليونسترال. المادة ١٧ من= = لائحة غرفة تحكيم باريس المادة ٢٨ من القانون النموذجي للتحكيم المادة ٢/٢١ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي.

وحرصت التشريعات المعاصرة وأنظمة التحكيم المقارن على أن يكون اتفاق الخصوم مجتمعون وصراحة لشدة مرونة معيار العدل والإنصاف والذي يعتمد بالدرجة الأولى على الثقة في المحكم. كما حرصت أن تقرن العدل بالإنصاف تقديراً منها على أن الحكم بالعدل وحده لا يكفي، أو بمعنى أخر قد لا يكون الحكم بالعدل منصفاً، ذلك أن

الفصل في النزاع مع التفويض بالصلح. فإن الهيئة "تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون" تطبيقاً للمادة ٤/٣٩ تحكيم مصري، ١٤٧٨ مرافعات فرنسي[1] المادة ٢/٣٨ من

الإنصاف أعم وأشمل وأسمى في المرتبة. فقد يكون العدل ما يقضي به القانون أو يمليه روح القانون. بينما الإنصاف أسمى من عدل النصوص القانونية، روح التشريع، ويواجه إنسانية النص بمعنى أخر ما يرتاح له الواجدان وإن خالف نصا، فالإنصاف يعني بالدرجة الأولى مراعاة الرحمة التي تعلوا على اعتبارات العدالة. انظر: د. أحمد السيد صاوي: التحكيم ٢٠٠٢، دار النهضة العربية ص٢١٣، بند ١٦. د. حسني المصري: ص٤١٦ وما بعدها.

Boisseson, juglart et Bellet: Op. cit. p. 315.

الطعن رقم ٥٥٣٩ لسنة ٦٦ من جلسة ١٩٩٨/٧/١١ السنة ٤٩ من ص ٥٩٣ المبادئ ص ١٠١ قاعدة ٩٠.

(1) حيث تنص ١٤٧٨ مرافعات فرنسي على أن "يفصل المحكم في النزاع على مقتضي قواعد القانون ما لم يخوله الطرفان في اتفاق التحكيم، مهمة الفصل فيه كمحكم مصالح".

"L'abritre tranche le Lotige conformement aux régles drait a moins que, dans La convention d'arbitrage les parties ne lui aient conféré mission de Statuer comme amiable compositeur"

كما أكد المشرع الفرنسي ذلك أيضاً بمقتضى القانون ٤٨ لسنة ٢٠١١ حيث نص في المادة ١٥٠٦ مرافعات بشأن التحكيم الدولي على أن "يفصل المحكم في النزاع، كمحكم مصالح إذا خوله اتفاق الطرفين هذه المهمة".

والمعيار الذي تقوم عليه فكرة العدالة والإنصاف ليس معيار شخصي فحسب يتعلق بشخص المحكم فهي فكرة تنبع من تكوينه الثقافي والديني والاجتماعي لشخص المحكم. د. محمود مختار بريري: المرجع السابق، ص ١٤٢ وما بعدها.

ولكن المعيار الشخصي وحده غير كافي وإنما يكمله المعيار الموضوعي لهذه الفكرة، وهو أن يفصل المحكم في النزاع بما يراه عدلاً ويراه الأطراف والغير أيضاً محققاً هذه الصفة – والدليل على ضرورة وجود هذا المعيار بجانب المعيار الشخصي، هو جواز قيام أحد الأطراف في الطعن في الحكم لعدم تطبيقه لقواعد العدالة والإنصاف أنظر:

د. أحمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص ٣٣٠ ؛ د. بليغ حمدي: الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية رسالة طنطا، ص ٤٠٢ وما بعدها.

وفي بطلان حكم المحكم المفوض بالصلح لعدم مباشرة سلطته وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف انظر:

Fouchard, Gaillard, et Goldman: op. at. P. 959.

نظام التحكيم السعودي وهو ما اعتمدته أنظمة التحكيم المقارن[1] مع مراعاة أن قضاء الهيئة بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف لا يعني ترك الحرية لها دون قيد، فإن مراعاة العدالة، قد يكون في التطبيق الدقيق لقواعد القانون[2] بما في ذلك أعراف التجارة الدولية Lexmarcatoria[3]. فضلاً عما يجب على الهيئة ألا تحكم في غير ما طلب منها[4] وإلا خرجت عن حدود الاتفاق على التحكيم، كما لا يجوز لها الحكم بما لا يستند إلى الوقائع الثابتة في الدعوى، أو الحكم بما يخالف الآداب أو النظام العام[5].

٦- ووفقاً للحالتين السابقتين، ودون الدخول في دراستهما التفصيلية[6]

---

(١) انظر هامش رقم ٤ ص ٢١.

(٢) د. علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، مرجع مشار إليه سابقاً، ص٤٨١-٤٨٤ بند ٤٩٣ وما بعده، د. حسني المصري: ص٤٠١ وما بعدها. د. محمود مختار بريري: ص١٤٤ بند ٩٢.د. عزمي عبد الفتاح: ص٢٤٩.

Boissesm, juglart et Bellet: op. cit. p. 299. N. 345 ets. E. laquin: L'instance arbitrale arbitrage de drait et amiable composition. Jun. class. Civ. Fasc. 1038. N.155.

(٣) د. حسني المصري: ص٤٢٣ وما بعدها؛ د. أحمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص ٣٣٠ وما بعدها.

(٤) د. فتحي والي: ص٣٠١ وما بعدها بند ١٥٦.

(٥) د. فتحي والي: ص٤١٦ بند ٢٤١؛ د. بليغ حمدي: رسالة، ص ٤٠٦ وما بعدها وخاصة ص ٤٢١؛ د. نبيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة ص٢٥٦ وما بعدها بند ٢٢٢ وما بعدها.

Boissèson: op. cit. 313.

وفي تطبيق ذلك الطعن رقم ٧١٤ لسنة ٤٧ جلسة ١٩٨٢/٤/٢٦ السنة ٣٣ ع١ ص ٤٤٢ انظر نقض مدني مصري ١٩٧٦/١٢/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص١٧٦٩ .

Paris. 16 mars 1995. Rev, orb. 1996. p. 146 obs. 4. Derains.

Paris. 2 fer 1988. Rev. orb, 1988. p. 68 note couchoz.

Paris. 20 déc 1977. Rev. orb, 1978. 467.

(٦) انظر الدراسة التفصيلية لحالتي اختيار هيئة التحكيم للقانون الموضوعي الواجب التطبيق، وتخويل الأطراف للهيئة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف: د. جمال الكردي: ص١٥٦ وما يليها. د. أحمد السمدان: الإشارة السابقة. د. حسني المصري: ص٣٥٤ وما يليها. د. علي بركات: ص٤٦١ وما يليها. د. فتحي والي: ص٤١٦وما بعدها بند ٢٤١.

تملك هيئة التحكيم الفصل في النزاع، أما وفقاً للقواعد الموضوعية في القانون التي اختارته ورآت أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، لعدم وجود قانون مختار من قبل الأطراف يلزم الهيئة بتطبيقه. وأما وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون والذي بمقتضاه يمكن للهيئة استبعاد تطبيق القانون[1] أياً كان

ص٤٢٢ وما بعدها بند ٢٤٤. د.نبيل عمر ص٢٧١وما بعدها بند ٢٣٢. د. أحمد السيد صاوي: ص٢٠٩ وما بعدها بند ١٦٥، ص٢١٢ وما بعدها بند ١٦٧. د. الجمال وعكاشة: ص٢٧١ وما بعدها بند ١٨٠ وما بعدها. بند ١٨٠وما بعدها. د. عاطف الفقي: ص٤٨٦ وما بعدها. د. عزمي عبد الفتاح: ص٢٤٥= = وما بعدها. د. محمود مختار بريري: ص١٣٤ -١٤٦بند ٨٧-٩٢؛ د. أحمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص ٣١٧ وما بعدها.

Robert et Moreou: L'arbitnage drait interne droit interarional paris. Paris. Dalloz. 1993. p. 277 ets N. 311 ets. Boisseon, juglort et Bellot: ap. Cit 421 ets.N. 504 etss. E.Loquin: jun class. Op. cit. N. 18 etss. BREDIN. D: L'omiable Composition et alcontral. Rev, arb, 1984. p, 259.

Fouchard, Gaillard, et Goldman: op. eit. P. 890 elss.

(1) واستبعاد هيئة التحكيم المفوضة بالصلح للقانون يجد أساسه ومبناه، في إرادة الأطراف، فاتفاق أطراف التحكيم على تفويض الهيئة بالصلح يعني أنهم تنازلوا عن الحقوق الشخصية التي كان بوسعهم المطالبة بها أمام هيئة التحكيم، فهم يتنازلون عن الاستفادة من تطبيق القانون بواسطة هيئة التحكيم، ودون أن يعد هذا التنازل تنازلاً عاماً عن قواعد القانون الموضوعي، لأن إرادة الأطراف في التنازل لا تلقي القانون نفسه، وإنما هو تنازل نسبي يتعلق فقط بالحقوق الشخصية التي اكتسبها هؤلاء الأطراف من تطبيق قواعد هذا القانون، وقبولهم الفصل في النزاع الناشئ بينهم طبقاً لقواعد أخرى غير قواعد القانون، هو قواعد العدل والإنصاف كما يراها المحكمون ويعني بالنسبة للمحكمين التزامهم بالبحث عن الحل الأكثر عدالة لموضوع النزاع المعروض عليهم دون التقيد بتطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق أو بنود العقد الذي يربط الخصوم. انظر: د. عزمي عبد الفتاح: ص٢٤٥ وما بعدها. د. محمد نور شحاته: ص٣٧٠وما بعدها. د. حسني المصري ص٤٠١ وما بعدها؛ د. معتز عفيفي: المرجع السابق، ص ٢٢٢ وما بعدها؛ د. بليغ حمدي: المرجع السابق، ص ٤١٤ وما بعدها.

Boissean, juglort et Bellot :pp.cit.p.298. N. 344. Robert et Moreou: op. cit. p. 159.N. 185. E. Loquin: Fasc, 1038,N. 19-24.

وفي تطبيق ذلك انظر:

Paris, 6 mai 1988. Rev arb, 1989, p. 83.

Paris, 15. mars. 1984. rev, arb, 1985. 285. paris. 6. janv. 1984. Rev. orb. 1985. 279. Coss. Civ. 15 fev. 2001. Rev. orb 2001. N. 1. p. 134.

مصدره تشريعاً أم عرفاً، مادامت الهيئة ترى أن هذا الاستبعاد مما تقضيه العدالة. والحالتين يعدا استثناءاً من الأصل في التحكيم، أن تكون هيئة التحكيم ملزمة بالقانون الموضوعي المختار بإرادة الأطراف.

وترتيباً على ما سبق، يؤدي اختيار هيئة التحكيم للقانون التي تراه مناسباً للفصل في النزاع حالة غياب القانون المختار بإرادة الأطراف. وكذلك تخويل الأطراف للهيئة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف – حيث اتجهت إرادة الأطراف إلى التخلي عن الضمانات المستمدة من تطبيق القانون، قانون يتفقوا عليه – إلى غياب مفترض البطلان، ومن ثم عدم إمكانية طلب إبطال الحكم لسبب استبعاد القانون الموضوعي التي اختارته الهيئة[1] وتطبيقاً لذلك قضى[2] بأنه «إذا كانت الأطراف قد خولت المحكمين الفصل في موضوع المنازعة على اعتبار أنهم مفوضون بالصلح، فإن الأطراف أرادت بذلك إعفاء المحكمين من الالتزام الحرفي بتطبيق قواعد القانون، ومع ذلك يبقى لهيئة التحكيم على الأقل الرخصة في أن تشير إلى هذه القواعد إذا قدرت أنها صالحة لأن تعطي للمنازعة الحل الأكثر عدالة».

---

(1) د. أحمد هندي: التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣، ص ١٩٣ بند ٤٣.
« إذا اختارت هيئة التحكيم القانون الأكثر انصالا بالنزاع حالة سكوت إرادة الأطراف وتحديدهم لقانون موضوع يكون واجب التطبيق أو حالة تفويض الهيئة في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، واستبعدت هيئة التحكيم في الحالتين القانون الموضوعي، فلا مجال للبطلان في حالة استبعاد القانون في الحالتين ومع ذلك لا تمنع من طلب إبطال حكم التحكيم لأسباب أخرى خلاف سبب الاستبعاد انظر في ذلك: د. معتز عفيفي: المرجع السابق، ص ٥٦٥ وما بعدها.

(2) الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٨ المبادئ من ٩٨ القاعدة رقم ٨٧
Paris. 15 moirs 1984. Rev. orb. 1985. p. 199 note. E. Loquin.

المبحث الثاني
اتفاق الأطراف على القانون الموضوعي الواجب التطبيق
(توافر مفترض البطلان)

٧- فكما أن الأطراف هم الذين اختاروا التحكيم بدلاً من الالتجاء إلى القضاء[١] واختاروا المحكمين ليفصلوا فيما بينهم من نزاع[٢] ولهم اختيار القواعد الإجرائية للإثبات[٣] أو على الكل اختيار إجراءات الخصومة التحكمية[٤] فللأطراف أيضاً اختيار القانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع. حيث أعطت التشريعات المعاصرة للأطراف حرية اختيار هذا القانون، فنصت المادة ١/٣٩ تحكيم مصري على أن "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، فإذا اتفقا على تطبيق

---

(١) فالتحكيم هو أهم البدائل لفضل المنازعات عن غير كريق القضاء. انظر: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص٢٣٨ بند ١٥٦.

Motulsky (H): E crits. Etudes et Notes sur L'arbitrage. Dalloz 1974, p. 29.

(٢) تنص المادة ١٥ تحكيم مصري على أن "تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة " وتنص المادة ١٧ من القانون السالف على أن "لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم.." والمادة ١٤٥١ مرافعات فرنسي على أن "يعين الخصوم المحكم أو المحكمين في شرط التحكيم، أو على الأقل طريقة تعينهم، فإذا امتنع الخصم عن تعين= =محكمه، أو لم يتفقا الطرفين على تعين المحكم الثالث يكون التدخل القضائي المنصوص عليه في المادة ١٤٥٢ مرافعات. وفي سبيل تجنب الخلاف المحتمل الذي قد يحاول به أحد الطرفين عرقلة التحكيم قررت المادة ٢/١٤٩٢ مرافعات على أنه "يجب أن تعين المشارطة المحكم أو المحكمين أو تنص على طريقة تعينهم وإلا كانت باطلة" انظر:

Fouchard, Gaillard, et Goldman: op. at. P. 752 etss 471 et.

Boissesan, juglart et Bellet: op. cit. p. 115 elsN. 121 ets

Vincent et Guinchard: Procedune Civile 1994, p. 908N. 1943.

(٣) المؤلف: القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين مرجع مشار إليه سابقاً.

(٤) تنص المادة ٢٥ تحكيم مصري على أن "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصري العربية المؤلف: المرجع السابق، ص١٧ وما بعدها بند ٧ وما بعدها.

قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك" وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي في المادتين ١٤٧٨[١]، ١٥٠٦ مرافعات[٢] ومعظم التشريعات[٣] وأنظمة التحكيم المقارن[٤] كما نصت عليه الاتفاقيات الدولية[٥] وأكده القضاء[٦] بإعطاء أطراف التحكيم صراحة أو ضمناً[٧] الحرية الكاملة في تحديد القانون

---

(2) L'arbitre Tranche Le Litige Conforment aux négles de drait.

(3) L'arbitre Tranche Le Litige Conforment aux regles de drait que les panties"

(٣) انظر التشريعات الآتية: المادة ٢/١٨٢ مرافعات كويتي، ٨٣٣ من قانون أصول المحاكمات اللبناني، ٧٥٥ مرافعات ليبي، ٢٣٧ مرافعات بحريني، ٤٥١ من قانون الإجراءات المدنية الجزائري..."

(٤) تنص المادة ٣/١٣ من لائحة غرفة تحكيم باريس على أن "للطرفين كل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع". المادة ١/٣٣ من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة. المادة ١/٢٨ من القانون النموذجي للتحكيم المادة ١/٣٣ من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٧٤. المادة ١٢ من النظام الأساسي لمركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والمادة ٣٨/أ من نظام التحكيم السعودي ٣٤ لسنة ٢٠١٢.

(٥) تنص المادة ٧من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي عام ١٩٦٦ على أن يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع. المادة ١/٤٢ من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٦ بشأن منازعات الاستثمار. المادة ١/٧ من = = اتفاقية جنيف عام ١٩٦١ والتي جاء النص فيها على مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يطبقه المحكوم على موضوع النزاع. المادة ٢١ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.

(2) Coss. Civ. 30 sept 1981. Rev. orb. 1981. p. 431. note Elomin Sentence c.c.i. 2119 clunet 1979. p. 997 Sentence 863 du yianiver 1993. D.M.F. 1993. p. 668.
Paris. 16 janv. 2003 et 29 avril 2003 R.T.D com. 2003. 489 obs. Laquinet Dubarry.

(٧) ويكون اختيار الأطراف للقانون الموضوعي الواجب التطبيق صريحاً عندما يتفقوا على القانون بالاسم، مثلما يحدث عادة في مجال التجارة وعقود النقل الدولية والتي تتم وفقاً لعقود نموذجية تحدد صراحة القانون الواجب التطبيق. أما الاختيار الضمني، مثل إبرام العقد في بلد معين أو وجود الموطن المشترك في بلد معين لهذا التحكيم. وهيئة التحكيم في استخلاصها للإرادة الضمنية للأطراف ليس حرة، إذا لا يجوز لهيئة التحكيم التعديل

الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع، طالما لا ينطوي ذلك على افتئات على القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام في الدول المعنية، أو أن يكون هذا الاختيار مشوباً بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض تطبيقه على موضوع النزاع[1].

هذا الاختيار قد يكون بشأن مجموعة من القواعد القانونية من غير قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، وقد يكون على تطبيقه قانون دولة معينة، أو بشأن تطبيق نظام قانوني معين، وأن لم ينتمي إلى دولة معينة[2].

وبيان ذلك، أنه من المتصور – خاصة في مجال عقود التجارة الدولية – أن يضع الأطراف تنظيماً خاصاً وقواعد منتقاه تواجه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات هم الأقدر على تصورها، وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا نجد مصدرها في قانون معين، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة. كما قد يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية أو يكرسون

على إرادة أعضائها وهي بصدد اتخاذ أي ظرف من الظروف الملابسة قرينة على قيام هذه الإرادة، بل يجب أن يدل هذا الظرف أو ذاك دلالة قوية لا يتطرق إليها الشك على اتجاه إرادة أطراف التحكيم.

وترجع أهمية القيد الوارد على حرية هيئة التحكيم، إلى أنه لو ترك للهيئة حرية شخصية في استخلاص القرينة التي تعتبرها هي أنها القرينة الدالة على الإرادة الضمنية للطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن خطأها في استخلاص هذه القرينة أو استخلاصها لها بحسب هواء وقبول أعضائها الشخصية، قد يؤدي إلى مفاجأة الطرفين بالفصل في النزاع طبقاً لقانون دول معين لم يكونا قد توقعاه، وحينئذ يكون حكم هيئة التحكيم عرضة للبطلان. في تفصيل ذلك أنظر د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ١٩٨١ ص١٣٦ وما بعدها. د. أحمد السمدان: المرجع السابق، ص١٧٦ وما بعدها ؛ د. على أمين يوسف: التحكيم في العقود الإدارية رسالة الإسكندرية ٢٠١٣، ص ٣٣٦ وما بعدها.

(1) د.أبو زيد رضوان: ص١٣٠.

(2) د. فتحي والي: ص٤١٨ وما بعدها بند ٢٤٣. د. نبيل عمر: ص٢٤٦ بند ٢٠٦.

العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد، أو بالإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمنها وثائق أو عقود نموذجية مماثلة لعقدهم كعقود البترول أو الحبوب، بل من الأعراف التجارية والاتفاقيات الدولية أو المبادئ العامة للقانون[1] كأن يختار طرفي العقد بشأن ضمان العيوب الخفية في البضاعة القواعد التي نص عليها القانون المدني المصري، وفي مسألة التأخير في التسليم نصوص القانون الفرنسي، وأن يختارا فيما يتعلق بالمواصفات العقد النموذجي لجمعية تجار الحبوب، ويصغون من كل ذلك القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم أو القواعد ذات التطبيق الضروري كقواعد البوليس وهي قواعد مادية ذات طابع داخلي فيعتبر ما اتفقا عليه هو شريعتهم التي تحكم العقد، وتلتزم بتطبيقها هيئة التحكيم[2].

ففي كل هذه الصور، لا توجد أية إشارة لتطبيق قانون دولة معينة، وإنما إلى القواعد التي اتفق عليها الطرفان بشأن الفصل في موضوع النزاع. فهي تنصرف إلى ما تضمنه اتفاق التحكيم – شرطاً أم مشارطة – بخصوص إرشاد الهيئة إلى القواعد الموضوعية التي تلتزم الهيئة بتطبيقها على المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يربط بين الأطراف[3].

الاتفاق على قانون دولة معينة للأطراف بدلاً من الاتفاق على قواعد قانونية معينة تحكم النزاع، أن يتفقوا على تطبيق قانون دولة معينة، ليكون الفصل في

---

(1) د. هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ١٩٩٥ منشأة المعارف ص٧٩٣ وما بعدها. بند ٦٩١. فتحي والي: الإشارة السابقة. محمود مختار بريري: ص١٣٠ بند ٨٤. د. حسني المصري: ص٣٤٨ وما بعدها. د. جمال الكردي: ص١٢٦ وما بعدها.

Boisseson, juglart et Bellet: op. cit. p. 418 etss N. 501 etss.

Goldman. (B)' La volonté de porlies et le nôte de arbiter dans L'rbitroge international Rev. orb.1981. p. 483.

(2) د. أحمد السيد صاوي: ص٢٠٤ بند ١٦٠؛ د. بليغ حمدي: رسالة، ص ٤٣٠ وما بعدها.

(3) د. محمود مختار بريري: ص١٣١ بند ٨٤.

النزاع وفقاً لما تضمنه هذا القانون من نصوص، وإطلاق النص يسمح باختيار أي قانونا، ولو لم يكن بين هذا القانون الذي اختاره الأطراف ومحل النزاع أية صلة[1] أي ولو كان قانوناً أجنبياً عن مكان التحكيم أو عن جنسية أطرافه أو عن جنسية المحكمين أو عن مكان النزاع.

فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون أجنبي، فإن هذا القانون يطبق باعتباره قواعد قانونية اتفق الأطراف على تطبيقها، وليس باعتباره قانوناً وطنياً واجب التطبيق، ولهذا فإنه يمكن للأطراف الاتفاق على بعض قواعده دون البعض الآخر، ولو كان هذا الذي لم يتفق على تطبيقه قواعد آمرة. كما أن هذا الاتفاق ينصب على قواعد القانون الأجنبي النافذ في تطبيقه بواسطة المحكمين[2]. فنص المادة ٣٩ تحكيم مصري نص عام ينطبق على التحكيم التجاري الدولي، وعلى التحكيم الوطني. وإن كان يصعب تصور تطبيق قانون أجنبي على علاقة وطنية يدرر النزاع فيها في إطار علاقة محلية بحتة، لكن النص يسمح بإمكان ذلك من الناحية النظرية على الأقل[3].

وحرص المشرع المصري وفقاً للمادة ١/٣٩ تحكيم[4]. حالة اختيار الأطراف لقانون معين على انصراف هذا الاختيار إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون، وليس ما يتضمنه من قواعد خاصة بتنازع القوانين إلا إذا عبر الأطراف عن قصدهم في إلزام هيئة التحكيم باختيار القانون الذي تشير

---

(١) د. فتحي والي: التحكيم، ص٤١٩ بند ٢٤٣.
(٢) د. مختار بريري: ص١٣١ بند ٨٥.
(٣) قارن: المادة ١/٣٣ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان، فإذا لم يتفقا على تعين هذا القانون، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق في الدعوى" مادة ١/٣٣ من قواعد اليونسترال المادة ٢٢١/١٧ من لائحة تحكيم باريس.
(٤) د. فتحي والي: ص٤٢٠. بند ٢٤٣.

إليه قواعد التنازع الواردة في القانون الذي وقع عليه اختيارهم[1]،[2].

وأخيراً، الاتفاق على تطبيق نظام قانوني معين: قد تتجه إرادة الأطراف بدلاً من الاتفاق على تطبيق القواعد التي يتفق عليها الطرفان، أو على تطبيق قانون دولة معينة، الاتفاق على تطبيق نظام قانوني معين، وأن لم ينتمي إلى دولة معينة، ولهذا يصلح الاتفاق على تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية، وعندئذ يلتزم المحكمون بتطبيقها على موضوع النزاع، ودون أن يتقيدوا في هذا الشأن بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي. إلا إذا اتفق الأطراف على وجوب تطبيق[3] مذهب معين، تعين الالتزام به وتطبيقه[4].

٨- واختيار الأطراف سواء للقواعد الموضوعية التي اتفقوا عليها، أو اختيارهم لقانون دولة معينة، أو لنظام قانوني معين، ليطبق أي من هذا أو ذاك

---

(١) د. أشرف وفا محمد: استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف. دار النهضة العربية بيروت. بدون سنة نشر الطبعة الأولى ص١٤١ وما بعدها.

(٢) واختيار الأطراف للقانون الموضوعي الواجب التطبيق يجد أساسه ومبناه في مبدأ سلطان الإرادة كإحدى تطبيقاته التي تبناه المشرع المصري على نحو واسع، عند تعاطيه لنصوص قانون التحكيم، وإيماناً منه بأهمية دور الإرادة الفردية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بما يخدم مصالحهم ويحقق أهدافهم من اتخاذ طريق التحكيم سبيلاً لحل منازعاتهم بالطرق السلمية، وتطبيقاً لعنصر المرونة المبتغى في نصوص قانون التحكيم المصري وغيره من أنظمة التحكيم المعاصرة، نظراً لاختلاف العلاقات وتعدد المشكلات سواء على النطاق الداخلي أو الدولي، لذا حرص التشريع المصري وأنظمة التحكيم على إعطاء الحرية الكاملة للأطراف على اختيار القانون الموضوعي الواجب التطبيق.
انظر : د. أحمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص ٣١٨، ٣١٩؛ د. على أمين يوسف: المرجع السابق، ص ٣٣٧؛ د. عبد المنعم زمزم: المرجع السابق، ص ١٨٢.
ثم انظر في دور الإرادة الفردية وقدرتها في تولد وتحديد ما يرتبه القانون من أثر د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات ٢٠٠٧، دار المطبوعات الجامعية، ص ٦٥ وما يليها بند ١٥ وما يليه

MARTY et RYNAAUD: droit. Civi L "Les obligatons" T. 1. 2 èd. Siney 1988. p. 20. – 387.

(٤) د. فتحي والي: الإشارة السابقة ؛ د. أحمد هندي: التحكيم وإجراءاته، ص ١٩٣ بند ٤٣؛ د. محمود سمير الشرقاوي: المقال، ص ٤.

أو تلك على موضوع النزاع، يستوي فيه أن يكون قد تم وقت إبرام العقد أو تم هذا الاختيار في وقت لاحق لإبرام العقد. فالاختيار الأخير له نفس القوة والقيمة القانونية للاختيار الذي تم عند إبرام العقد[1]. كما أن هذا الاختيار وأن كان يحد من حرية الأطراف وقت إبرام ما تم الاتفاق عليه – القانون المتفق عليه – ليلزم هيئة التحكيم بتطبيق هذا القانون محل الاختيار.

فمن ناحية، إذا كانت صياغة المادة ١/٣٩ تحكيم مصري تطلق الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العلاقة بينهما، وما ثار بشأنها من منازعات، فإن هذه الحرية تحدها ضرورة مراعاة القواعد والقوانين الآمرة، التي يحتم المشرع المصري تطبيقها مراعاة لاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو لحرية الآداب العامة[2].

---

(١) فالأطراف يملكون تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في وقت لاحق لإبرام العقد، إلا أن حريتهم إزاء ذلك تخضع تحت قيدين أساسيين. الأول: ألا يؤثر الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على سلامة العقد من حيث الشكل، وذلك يعتبر أمراً منطقياً لأنه لا يعقل أن تتجه إرادة الأطراف بعد إبرام العقد والبدء في تنفيذه إلى اختيار قانون ما يؤدي تطبيقه إلى إبطال العقد.
والقيد الثاني: ينبغي عدم المساس بحقوق الغير حسن النية. فالغير الذي يستفيد مثلاً من اشتراط لمصلحته وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف وقت إبرام العقد لا يجوز المساس بحقه إذا قام الأطراف بتعديل القانون واجب التطبيق في وقت لاحق. في تفصيل ذلك انظر: د. أشرف وفا محمد: ص٩٣ وما بعدها خاصة من ٩٨/١٠٢.

(٢) د. أحمد عبد البديع شتا: المرجع السابق: ص٣٢١. د. معتز عفيفي : المرجع السابق ص٧٢٥ إلى ٧٤٠. د. فتحي والي: ص٤٢٠ بند ٢٤٣. د. محمود مختار بريري: ص١٣٢ بند ١٨٦.

De Lvelve "p" arbitrage et ordre public danstes paysen devela prement, Rev. arb. 1979. p. 95ets.

وفي تطبيق ذلك انظر : الطعن رقم ٧١٤ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/٤/٢٦ – س٣٣ ع١ ص٤٤٢ الطعن رقم ٥٤٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩١/١٢/٢٣ س٤٢ ع٢ ص١٩٥٤. المبادئ القانونية . مشار إليه سابقًا ص١٠٢ وما بعدها قاعدة رقم ٩١، ٩٢.

ومن ناحية أخرى، هذا الاختيار يكون مطلق من حيث أثره، ويظهر هذا الأثر واضحاً من حيث التزام هيئة التحكيم بتطبيق قواعد ونصوص القانون المختار بإرادة الأطراف ليطبق على موضوع النزاع، شأن هيئة التحكيم في ذلك، شأن المحكمة، فيجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون المختار في كل جوانبه سواء قواعد القانون الموضوعي الواردة في التقنين المدني أو التجاري أو غيره أو القواعد الواردة في العقد المبرم بين الخصوم. والذي يعد شريعة المتعاقدين، وسواء كانت قواعد القانون الموضوعي أمره أم مكملة[1]. ودون أن يكون لهيئة التحكيم سلطة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع والمنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٩ تحكيم مصري، دون الفقرة الأولى والتي تتعلق بحالة ما إذا كان الأطراف قد اتفقوا على القواعد واجبة التطبيق، وهي حالة مختلفة تماماً عن حالة عدم الاتفاق[2].

٩- مصدر التزام هيئة التحكيم : إذا كان مصدر التزام هيئة التحكيم بتطبيقها للقانون المتفق عليه هو إرادة الأطراف، كما أن تطبيقها لقواعد القانون يكون شأن تطبيق القاضي لهذه القواعد[3]. إلا أن أساس هذا الالتزام ومبناه جد

Coss. Civ. 29 Jain. 2007N 6-13-293. Paris. 2 Dec 1988. Rev. Osb. 1990. obs. moreau.

(١) د. فتحي والي: ص٤٢١ بند ٢٤٣. د. عزمي عبد الفتاح: التحكيم ص٢٣٧. د. محمد نور شحاتة: ص٣٩١.

Robert et Moreau: L'arbitrage droit interne, droit interntional Prive paris. 1993. Dalloz. P. 156. N. 181.

(٢) د. فتحي والي: الإشارة السابقة، قارن حكم النقض المشار لديه نقض تجاري، ٢٠٠٢/١١/٢٦ في الطعن ٧٠/٨٦

(٣)د. فتحي والي : كتابات الإشارة السابقة، د. علي تركي : التزام القاضي : الإشارة السابقة . د. مصطفى الجمال: عكاشة عبد العال: ص٢١٣ وما بعدها. بند ١٣٩. د. نبيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم ص١٨ بند ٩. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ط٦ منشأة المعارف ١٩٨٩. ص٣٩ وما بعدها بند ١٣. التحكيم بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات

مختلف – فالتزام القاضي ينبع من طبيعة الوظيفة المخولة إليه، وهو الفصل في المنازعات بمقتضى تفويض الدولة إليه في تطبيق القانون والمحافظة عليه، وهو ما صادف اعتماد ثابت في المادة ١٢ مرافعات فرنسي، والتي تنص على أن القاضي يلتزم بالفصل في المنازعات طبقاً لقواعد القانون الواجبة التطبيق على هذه المنازعات. فنص القانون هو الذي يفرض على القاضي تطبيق قواعده، ولذا فإن القاضي يلتزم بتطبيق القانون ولو لم يطلبه الخصوم صراحة[١].

أما التزام هيئة التحكيم بتطبيق قواعد القانون لا تنبع من طبيعة مهمتها وإنما من إرادة الأطراف الذين اتفقوا على هذه القواعد. وإذا كانت المادتين ١/٣٩ تحكيم مصري. ١٤٧٨ مرافعات فرنسي قد ألزمت هيئة التحكيم بالفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون، فذلك لا يعد سوى إقرار لإرادة الأطراف في هذا الشأن. فهؤلاء يفترض فيهم أنهم لم يقصدوا أن يحرموا أنفسهم من الضمانات التي توافرها لهم نصوص وقواعد القانون الذي اتفقوا على تطبيقه[٢].

الجامعية ٢٠٠٧ ص ٢٣٧وما بعدها بند ١٠٢، د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. يناير ويوليو ١٩٨٤العدد الأول والثاني السنة ٢٦ ص٦١ وما بعدها بند ٨.

Boisseson, juglart et Bellet: op. cit. p. 189. N. 215. coss. Civ. 30 nov 1978, rov. Orb. 1979. p, 393.

(١)د. محمد نور شحاتة: ص٣٩١ وما بعدها. د. علي بركات: ص٤٢٩ ومابعدها بند ٤٣٣. د. فتحي والي : كتابات ص٥٤٨ . د. علي تركي : المرجع السابق ص٢٠ وما بعدها بند ١٨. E.Loquin: Fosc. 1038 N.4

وفي تطبيق ذلك انظر :

Cas. Civ. 7 Nov. 2006. I.C.P. 2007. 1056. Cass. Civ. 11. Janv. 200g. Bull. Civ. N. 4. p. 142. Cass.2 Civ. 28. juin 2006 j.c.p. 2006. IV. 2622.

(٢) الهامش السابق نفس الإشارات.

فالمغايرة في أساس التزام القاضي وهيئة التحكيم بتطبيق قواعد القانون يمكن استخلاصها من صياغة المواد ١٢، ١٤٧٨ مرافعات فرنسي، ١/٣٩ تحكيم مصري. فالمادة ١/١٢ تفرض على القاضي أن يفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الواجب التطبيق، في حين أن هيئة التحكيم تلتزم بتطبيق قواعد القانون إعمالاً للمادة ١/٣٩، ١٤٧٨، طالما أن الأطراف لم يعهدوا لهيئة التحكيم بمهمة التفويض بالصلح مادة ٤/٣٩.

والتزام هيئة التحكيم بالفصل في النزاع طبقاً للقانون يستند بالتأكيد على القانون، ولكن أعمال هذا رهناً بإرادة الأطراف إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإذا كان النظام القانوني يفرض على قاضي الدولة تطبيق القواعد القانونية حتى المكملة منها، فهيئة التحكيم لا تمارس وظيفة عامة، ومهمتها في تطبيق القانون لا مصدر لها إلا إرادة الأطراف وحدهم[1] الأمر الذي يتعين معه إخضاع مسيرة التحكيم للقانون الذي اختاره الأطراف. متى أقاموا الدليل على هذا القانون[2].

---

(١) فيمارس المحكم نفس سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه، ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة. وتحقيقاً لهذا الأصل يتقدم كل من الطرفين بإدعاءاته أمام الحكم، وتكون مهمة المحكم هي تحقيق مدى صحة الإدعاءات المتبادلة من خلال التعرف على وقائع النزاع، وإنزال القانون عليها، ولاستجابة من ثم لما ثبت لديه منها ورفض ما عداه، وإيداع كل ذلك حكمه، بصرف النظر عن تقديره لمدى عدالة النتائج التي توصل إليهما، كما يفعل القاضي سواء بسواء، ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم بالقانون تعبيراً عن الالتزام فيه بأحكام القانون. أو بالتحكيم بالقضاء تعبيراً عن حقيقة الدور الذي يؤديه المحكم فيه دور القاضي. في ذاتيات التحكيم بالقانون. انظر د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: ص١٠٨ وما بعدها.

BELLET, "p" Le juge. arbitre Rev arb 1980, p. 394.

(٢) الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٨، الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧ ص٤٧ ع١ ص٥٥٨ المبادئ القانونية لمحكمة النقض في التحكيم التجاري ٢٠١٤ إعداد إبراهيم عبد الغني . وائل راضي ص٩٨ وما بعدها قاعدة رقم ٨٧، ٨٨. استئناف القاهرة دائرة ٨ تجاري دعوى رقم ٤١ لسنة ١٢٥ق جلسة ١٩ يناير ٢٠٠٩.

وترتيباً على ذلك، تطبق هيئة التحكيم القانوني المتفق عليه كمسلمة. بمعنى أن دور الهيئة يقتصر على تطبيق نصوص هذا القانون وقواعده كما هي. وهذا يبدو أن دورها سلبي ومغاير لدور القاضي الذي يملك أن يعدل من تفسير القاعدة القانونية أو إكمال النقص الذي قد يوجد في نصوص القانون عن طريق البحث عن كل المشاكل التي لم يرد بشأنها نص في التشريع إعمالاً لدوره الخلاق في تفسير النصوص[1]. في حين أن هيئة التحكيم لا تملك هذا الدور، بل عليها أن تطبق النصوص التشريعية في حدود ونطاق ما أستقر عليه القضاء السائد، فلا يمكن للهيئة اقتراح تفسير للقانون مغاير للتفسير السائد لقضاء الدولة.

فالقواعد التي تطبقها الهيئة تعد أجنبية عنها، وحقيقتها تفرض عليها كواقعة Un Fait مثلها مثل وقائع النزاع التي يقتصر دورها على تحقيقها كما هي. فالعلاقة بين هيئة التحكيم والقانون التي تطبقه أشبه بالعلاقة التي توجد بين قاضي الدولة. والقانون الأجنبي. فبالنسبة للقاضي يعد القانون الأجنبي مسلمة خارجية dounee éxlerieure عن نطاقه، يقتصر دوره على التحقق منه. وهيئة التحكيم وهي بصدد تطبيقها للقانون المتفق عليه تكون في مركز متقارب، فلا ينبغي لها أن تساهم في تطور القضاء، لأنه أمر قاصر على القضاة وحدهم. والأطراف هم الذين يعهدون إليها بهذه الوظيفة ولم يعهدوا إليها بمهمة تعديل أو خلق القواعد القانونية وإنما فقط بتطبيقها[2].

Cass. Civ. 28. Fev 1995. Rev. ab1995. N. 4. p.597. Note . Dominique. Paris. 16 Jonv. 2003. op. cit.

(1) د. فتحي والي : كتابات : الإشارة السابقة د. علي تركي : المرجع السابق ص٣٢ وما بعدها بند ٣ وما بعده .

(2) د.عزمي عبد الفتاح: ص٢٣٧. د. نبيل عمر: التحكيم ص٢٤٥ وما بعدها بند ٢٠٦.د. علي بركات: ص٤٣٠ وما بعدها بند ٤٣٤. د. بليغ حمدي : رسالة ص٤٣١.

E. Loquin: Fosc 1038. op. cit. N. 80.

Goldman: La Volonte des Parties et al Rôbitre dane L'arbitrage internation al Rev. arb. 1981. 423.

Fouchard, Gold man et Gaillazd: op. p. 952 N. 1626.

وتطبيقاً لذلك سايرت غرفة تحكيم باريس الاتجاه الذي تبناه القضاء، فأخذت بما قضت به محكمة النقض الفرنسية في التسوية بين البائع المتخصص في بيع منتج معين وبين الصانع بالنسبة للعيوب الخفية. وذكرت الغرفة في حكمها "أنه رغم أن هذه المسألة محل خلاف في الفقه سواء حول قيمتها أو أساسها القانوني إلا أنه يكفي أن تثبت هنا أن قاعدة التشابه بين البائع أو المهني المتخصص وبين الصانع بالنسبة للعيوب الخفية هي أحد القواعد الثابتة في القضاء الفرنسي[1].

١٠- ومع اعتماد أساس التزام هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون المتفق على تطبيقه، هو إرادة الأطراف وحدهم دون إرادة المشرع[2] لأن نصوص القانون المتفق على تطبيقه تندمج في هذا الاتفاق. وتصبح لها طبيعة اتفاقية مثل بنود الاتفاق نفسه. ولكن هذا لا يعني أن الأطراف جمدوا نصوص القانون وأوقفوا تطوره. فالقانون هو الذي يحكم النزاع وليس الأطراف. ولذا يجب تفسير هذا العقد على أن الأطراف قد ارتضوا أن يتم تطبيق قواعد القانون على النزاع ولكن بالطريقة أو الكيفية التي يطبق بها هذا القانون لخطة الفصل في النزاع، وليس لخطة إبرام اتفاق التحكيم[3].

كما أن هذا الالتزام لا يمنع هيئة التحكيم من ان تبحث من تلقاء نفسها عن الأساس القانوني التي ستبني عليه حكمها أياً كان الأساس الذي آثاره الأطراف، بل تستطيع أن تستبعد أي نص أو أساس قانوني اسند إليه الأطراف

---

(١) Senlence C.C.I. 1434 منشور في Clunet 1976 p. 978 مشار إليه في د. محمد نور شحاته: ص٣٩٣.

(٢) د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي، منشأة المعارف، ١٩٧١، ص٣٨٢- ٣٨٣.

(٣) د. نبيل عمر: التحكيم، ص٢٤٤ بند ٢٠٣. د. علي بركات: ص٤٣٢ بند ٤٣٦. د. حسني المصري: ص٣٥٠ وما بعدها.

De Boisseson, juglort et Bellet: op. cit. p. 419. N. 502. E. Loquin Fosc. 1038. N. 18. Goldman: op. cit, p. 484.

إذا كان خاطئاً، كما تملك الهيئة تكييف الوقائع دون التقيد بالتكييف الذي ادعاه الخصوم[1]. أو تستبعد القانون كله إذا كان مخالفًا للنظام العام .

فإذا ما تحدد التزام هيئة التحكيم عند تطبيق قواعد قانونية محددة، أو تطبيق قانون باسمه، أو نظام قانوني معين، فما ترتبه مخالفة هذا الالتزام، هل انعدام الحكم لمخالفة قانون الإرادة، أم بطلانه؟

استبعاد هيئة التحكيم للقانون الموضوعي المتفق على تطبيقه لا يؤدي إلى انعدام الحكم:

١١- من المسلمات في نظرية القانون، هو التنويع في العيوب التي يمكن أن تشوب العمل القانوني تنويع يعتمد في أساسه على درجة جسامة العيب، ويؤدي حتماً إلى ضرورة التنويع في نظام هذه العيوب وفي الآثار التي تتولى منها. فالعيب الذي ينال من صحة العمل القانوني يؤدي إلى بطلانه. أما العيب الذي يجرد العمل من أحد عناصره الجوهرية. بحيث لا يمكن تصور وجوداً للعمل حالة تخلف هذا العنصر، فالعمل يعد غير موجوداً أو منعدماً[2].

---

(١) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د.عزمي عبد الفتاح: ص٢٣٧. د.محمد نور شحاته: ص٣٦٩، ٣٩٣ وما بعدها، د. علي بركات: الإشارة السابقة.

(٢) ولقد وجدت الأفكار الأولى لمبدأ التنويع في فقه القانون المدني الفرنسي، حيث ذهب إلى التميز في خصوص عقد الزواج، بين العيوب التي ترتب بطلان العقد، والعيوب التي = = تصيب العقد في عنصره الجوهري، بحيث تؤثر في وجوده. وعلى نحو متدرج أخذت هذه الأفكار تتحرر من نطاق تطبيقها الأول وهو عقد الزواج لينبسط مجال تطبيقها ويمتد إلى مواضع أخرى مختلفة في القانون المدني وبصدد عقوده وأعماله المتنوعة: انظر في أصل الفكرة وتطورها في القانون المدني. د. جميل الشرقاوي: نظرية بطلان التصرف القانوني. رسالة القاهرة، ١٩٥٣ طبعة ١٩٥٩ ص٣٣٨ وما بعدها بند١١٩.

وفي القانون الإداري: د. رمزي الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، رسالة عين شمس، ١٩٦٧، ص٣٤ ٢٩٢/ ٣١٥ وما يليها المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٨٤/٢/٧ المجموعة السنة ٢٩ ص ٦١٣.

١٢- هذه الفكرة لم يتردد فقه القانون الإجرائي[١] رغم اعتراض البعض[١]

وفي القانون الإجرائي:

Glasson, Tissier et Morel:Trait Theorique Pratique d'arganisation judiciaire de competence et al procedure Civite T, 3edparis 1929. p. 57. N. 751.

وفي إطار ذات الفكرة يستخدم بعض الفقه مصطلحات أخرى تحتوي على نفس المضمون. فذهب جانب من فقه القانون المدني وسايره جانب من الفقه الإجرائي إلى تقسيم العيوب التي تلحق بالعمل بحسب الأثر الذي يترتب عليها. فالبطلان الذي يترتب على هذه العيوب قد يكون بطلان مطلق أو نسبي. وأساس هذا التقسيم هو في نوع وطبيعة القاعدة التي خولفت ومدى تعلقها بالنظام العام. ويجرد البطلان المطلق العمل على حقيقته ويحول دون ترتيب أية آثار قانونية كما أنه لا يقبل التصحيح. أما البطلان النسبي لا يؤثر على وجود العمل فيظل قائماً منتجاً لكافة آثاره حتى يقضي ببطلانه ويمكن تفادي البطلان بالإجازة أو التصحيح أو بمضي المدة. انظر في تفصيل ذلك: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط. ج١، ص٤٩١وما بعدها بند ٣١ وما بعده. د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات الطبعة الثانية، ١٩٩٧ ص٥٣٦ وما بعدها.بند ٣٠٦. د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء الخاص ج١ ص٧٥١ وما بعدها بند ٣٠١.

Motulsky: op. cit. p. 165. 170 ets. MOREL (R) traite ete mentaire de procedure civite 2ed paris 1949. p. 267. N. 320.

JAPIOT (R) traite ele mentoire procedure civil et commercale paris, ed3 1939 p. 16N.16. NORMOND (j): Le juge et Le Litige Thés nocy 1965. p. 256 ets N. 53.

Vincent et Guinchrid: procedure civile 23ed 1994. Dalloz p. 459 els N. 690 etss.

(١) د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي، ص٤٠٣ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام، ص٣٢٠ وما بعدها. بند ١٣٦ نظرية الدفوع في قانون المرافعات منشأة المعارف، ط٨ ص٥٦١ وما بعدها بند ٢٦٦ وما بعدها.

د. نبيل عمر: النظام القانوني للحكم القضائي في ٢٠٠٦ دار الجامعة الجديدة، ص١٩٥ وما بعدها بند ١٣٣ وما بعده.

الوسيط في الطعن بالنقض، ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص٢٢٥ وما بعدها بند ٩١ وما بعده.

د. محمد وعبد الوهاب العشماوي قواعد قانون المرافعات، ج٢، الطبعة النموذجية ١٩٥٨ ص ٧٥٩ بند ١١٣٢. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز الحجية دار

في اعتمادها وأعمال مقتضاها في إطار هذا القانون. وفي خصوص الحكم القضائي ذهب الفقه المؤيد للفكرة مدعماً بأحكام القضاء[٢] إلى التمييز بين مقتضيات وجود الحكم كعمل قضائي وبين مقتضيات صحته، ويختلف تكييف العيب الذي يشوب الحكم، وبالتبعية الأثر الذي يترتب عليه بحسب نطاقه ومحله. فالعيب الذي يشوب مقتضيات الوجود يعد عيباً جسيماً يرتب انعدام

النهضة العربية، ص٤٠٥ وما بعدها بند ٢٠١ وما بعده. الحجية الموقوفة الطبعة الثانية دار النهضة العربية ص ١٦١ وما بعدها بند ٨١ وما بعده. د. أحمد السيد صاوي: شرح قانون المرافعات ١٩٩٧ دار النهضة العربية ص٧٨١ بند ٤٨٩. د. أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة القاهرة ١٩٥٩ ص ١٨٤ بند ١٣٠، ص٢١٠ وما بعدها بند ١٥٢ وما بعده. د. عادل علي النجار: البطلان المؤثر في حكم التحكيم، رسالة عين شمس، ٢٠١٠ ص ١٧٥ وما بعدها. Cornu et Foyer : op. cit. 447 SEGURE (L) L'inexistence en procedure civite j.C.P. 1968-102129.

(١) د. فتحي والي: نظرية البطلان، ص٥١٠ وما بعدها.

MOREL: op. cit, p. 473. N. 603.

(٢) انحازت أحكام القضاء إلى الفكرة، وذهب يواظب عليها في أعماله في خصوص الأحكام القضائية. وتقوم هذه الفكرة في أحكام القضاء على ضرورة التصنيف في العيوب التي يمكن أن تشوب الأحكام، والتنويع في آثارها بحسب جسامة العيب. فالعيب الجسيم هو العيب الذي يجرد الحكم من مقوماته وأركانه الأساسية على نحو يفقده كيانه وصفته كحكم ويطيح بماله من حصانه، ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره، فلا يستنفد سلطة القاضي، ولا يترتب حجية الأمر المقضي، ولا يرد عليه التصحيح، لكونه معدوماً. نقض ١٩٧٩/٢/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٥٢٠ نقض ١٩٧٧/٤/١٣ المجموعة ٢٨ ص٩٦٢ نقض ٢٠٠٤/٦/١٠ المستحدث من المبادئ الصادرة من الدائرة التجارية بمحكمة النقض.من ٢٠٠٣/١/١ حتى ٢٠٠٤/٩/٣٠ المكتب الفني ص١٠. نقض ١٩٧٣/١١/١٧ مجموعة الأحكام ٢٤ ص ١٠٦٠ وقد اعتمدت محكمة النقض المصرية أيضا هذه الفكرة في خصوص القرارات الإدارية انظر نقض ١٩٧٦/١٠/٢٦= = مجموعة أحكام النقض ٢٧ ص ١٤٨٤ . نقض ١٩٦٠/٩/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص٧٨٨.

Coss.civ 13 juin 1991. 336 note durusquec.

الحكم Linexestence أما العيب الذي يقتصر على مقتضيات الصحة فهو لا يؤثر في وجود العمل وإن كان يؤثر في صحته ويرتب بطلانه La Nullite.

ومع الاتفاق على أن مقتضيات وجود العمل هي العناصر الجوهرية اللازمة لتكوينه، بحيث لا يمكن تصور وجوده بدونها، لكن اختلفوا حول تحديد هذه العناصر، فيحددها البعض بأنها العناصر المنطقية للعمل ويرتب تخلفها انعداماً مادياً Materielle أو فعلياً Defaut للعمل وذلك لأنه في حالة الانعدام لا توجد مادية للعمل[1]. وينحو البعض نحو تحديدها بأنها العناصر القانونية التي تحددها نصوص القانون، ويرتب تخلفها انعداماً قانونياً للعمل[2]. ويجمع البعض بين الفكرتين فيرى أن هناك انعداماً منطقياً إذا تخلف أحد العناصر المنطقية للعمل. وانعدام قانوني إذا توافرت العناصر المنطقية، ولكن تخلف رغم هذا أحد العناصر القانونية اللازمة لوجوده، مثلاً عنصر الشكل ليس عنصراً منطقياً للوجود، ولكنه عنصر قانوني بغيره يعتبر العمل منعدما[3].

وبتحليل دقيق من خلال دراسة متعمقة كشف بعض الفقه الحديث[4] عن أركان العمل القضائي أو عناصره الجوهرية التي يرتب تخلفها انعدام العمل ويميز بينها وبين مقتضيات صحة العمل التي يترتب على تخلفها بطلان العمل وليس انعدامه. فمقتضيات الوجود هي الأركان اللازمة لوجود العمل من الناحية

---

(1) في عرض هذه النظرية والرد عليها انظر فتحي والي: نظرية البطلان، ص٥١٢ وما بعدها بند ٢٩٥.

(2)في عرض هذه النظرية والرد عليها انظر د. فتحي والي: ص ٥١٣ وما بعدها من ٢٩٦.

(3)في عرض هذه النظرية انظر د: فتحي والي : المرحلة السابقة ص ٥١٥ وما بعدها من ٢٩٧ . وفي الرد عليها انظر د . وجدي راغب : نظرية العمل الفضائي. ص ٤٠٧ .

Cornu et Foyer : op. cit. p. 447.

(4) د. وجدي راغب: ص ٤١٣ وما بعدها د. احمد ماهر زغلول : أعمال القاضي التي تحوز الحجية ص ٤٠٧ من ٢٠٣ .

القانونية. أما مقتضيات الصحة فهي الشروط التي يتطلب القانون توافرها في هذه الأركان. وبتحليله لهذه الأركان في خصوص العمل القضائي، نوعها إلى أركان موضوعية وأخرى شكلية.

والأركان الموضوعية، هي الأركان الداخلية التي تتعلق بمضمون العمل القضائي ممثلة في الإرادة والمحل والسبب[1]. أما الأركان الشكلية هي التي تتعلق بنطاقه الخارجي ممثلة في الركن الشخصي – القاضي – والمطالبة القضائية والشكل[2]. وتخلف أحد هذه الأركان يؤدي إلى انعدام العمل أو الحكم وعدم وجوده. فالحكم لا يتواجد إلا إذا توافرت جميع أركانه ومنها الركن العضوي، أي القاضي والركن الشكلي أي الإجراءات. وتخلف أي من هذه الأركان يؤدي إلى انعدامه. فالحكم يكون منعدماً[3]. إذا فقد ركناً من

---

(1) فالعمل القضائي إعلان عن إرادة القاضي، ولكن هذه الإدارة ليست فارغة المضمون، بل تنصب على شيء معين، هو محل العمل، وتقوم على مبررات معينة هي سببه في تفصيل ذلك انظر د. وجدي راغب نظرية العمل القضائي: ص ٤١٤ وما يليها.

(2) فالنظام الخارجي للعمل القضائي يتمثل في شخص ممن يقوم بهذا العمل، أي القاضي الذي يصدره، ومفترضة المطالبة القضائية والشكل بالمعنى الدقيق، وتتميز الشكلية في العمل القضائي إنها لا تقتصر على وسيلة التغير عن إرادة القاضي وهي الحكم و إنما شكلية إجرائية تمثل مراحل تكوينية وهي ما يعرف بالخصومة. انظر د. وجدي راغب: المرجع السابق ص ٥٥٠ وما يلها د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق ج١ ص ٤٥ وما بعدها بين ١٠٧ وما بعدها ص ٥٣٥ وما يلها بين ٢٢٠ وما يليه.

Normand: le juge et le litige L.K.cit

وتتميز الأركان الشكلية بحرية المشرع في تحديدها خلافا لأركانه الموضوعية التي تمثل مضمون العمل، وتنبع عن طبيعة، وتقتصر حرية المشرع فيها على تحديد المقتضيات القانونية. إلا أن حرية المشرع في تحديد الأركان الشكلية ليست تحكمية، وإنما يحكمها فكرة العمل القضائي، وهو ما تتكفل ببيانه نظرية العمل القضائي د.وجدي راغب: ص ٥٥٠

(3) د. احمد أبو ألوفا: نظرية نظريه الأحكام. ص ٣٢٠بين ١٣٦ نظريه الدفوع: ص ٥٦٥ وما بعدها بين ٢٦٦ وفي تطبيق ذلك انظر نقض ١٩٨٣/١١/٦ طعن ٥/٤٠٨ نقض ١٩٧٩/٣/١٤ طعن

أركانه الأساسية أو شابه عيب جوهري إصابة كيانه.

١٣- أما العمل التحكيمي وإن اعتمدته الدولة كطريق استثنائي لمباشرة وظيفتها القضائية[١] لكنه يباشر بواسطة أفراد عاديين - المحكمين - هؤلاء لا يعدون من العضو القضائي للدولة، وأن كانوا يباشرون وظيفته[٢] فممارسة هيئة التحكيم للنشاط الذي يمكن أن يمارسه القاضي هو وجه أساسي لا يمكن إنكاره أو دحضه، ولكن التقارب بين العمليين له حدود يقف عندها ولا يتجاوزها، فلا يمكن أن يصل إلى حد الدمج أو الخلط

٤٨/١٠١٧ نقض ١٩٨٤/٢/١٤ طعن ٤٦/٤٤ نقض ١٩٩١/٥/٢٦ طعن ٥٤/٦١٢/نقض ١٩٩٠/٧/٢٥ طعن ٦٠/١١٢

(١) اعتمدت الدولة القانونية الحديثة طريقان لمباشرة الوظيفة القضائية: الطريق الأول، هو الطريق العام والأصلي، وبمقتضاه يلجأ الأفراد إلى العضو القضائي للدولة لكي يفصل فيما هم مختلفين فيه عن وسائل وتتعدد صور الحرية القضائية لهذا الطريق د. وجدي راغب : ص ٨٣-١٣١ المؤلف: شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢ ص ١٤٦ وما بعدها

HEBRAUD – P - L'acte, Juridciliounel et la classification des contenlieux.R.AL.T.1949 P.313- 206.

أما الطريق الثاني، فهو طريق استثنائي، يتيح إمكانية مباشرة الوظيفة القضائية بواسطة أفراد عاديين أنظر. د. نبيل عمر: التحكيم:ص ٣ وما بعدها د. مصطفى الحمال وعكاشة: ص ٤ وما بعدها. د. أحمد أبو ألوفا، ألتحكيم بالقضاء وبالصلح: ١١ وما بعدها من ١ وما بعد.

Motusky: Ecrits etudes et notes ap. Cit.

Patrice level : L'ambiable composition dans le decret du 14 Mai 1980 relatif Al'arbitrage Rev. arb. 1980 p. 651 elss.

والطريقان المذكورين هما طريقان متوازيان لا يمكن دمجهما من ناحية كما لا يمكن إنكار وجود التقارب بينهما من ناحية أخرى. د. احمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير طريق الطعن فيها أو النظام للمراجعة الطبعة الثانية الملحق الخاص بمراجعة أحكام المحكميه: ص ٦،٧ والهوامش المشار لديه.

(٢) فحكم المحكم وإن أعتبر عملاً قضائيا، فإنه يتميز بأن ما يصدره ليس قاضيا معينا من الدولة ضمن تنظيمها القضائي القائم دائما والذي يعمل باضطراء، و إنما يصدره شخص يتم أختيارة بالنسبة لكل تحكيم على حده يسمى المحكم. د. احمد أبو ألوفا: الجديد في عقد التحكيم و إجراءاته مجلة الحقوق السنة ١٥ العدد الأول ص ٣ وما بعدها. د. أحمد هندي : التحكيم واجراءاته ص٨٨ وما بعدها بند ٢١ وما بعدها .

بينهما[1]. ومرجع ذلك ومبناه أن التحكيم قوامه إرادة الأطراف، فهي التي توجد التحكيم، وهي التي تحدد نطاقه، وهي أيضاً يستمد منها المحكم ولايته. ولكن ما لا يملكه الأطراف، هو منح المحكم صفة القاضي، ولذا فإنه لا يتمتع خلال نظر النزاع بما يتمتع به القاضي من سلطة الأمر أو الجبر[2] كما أنه لا يتقيد في مباشرة نشاطه بإجراءات ونظم المرافعات، إلا في الحدود الطبيعية التي تقررها النصوص الواردة في قانون التحكيم ومن تطبيقاتها المادة ٣٨ تحكيم مصري[3] وبذلك يتخلف الركن الشكلي للعمل القضائي في عمل المحكم.

وبتخلف الركن العضوي أو الشكلي للعمل القضائي في عمل المحكم، فإنه يظل متميزاً بذاته لا يختلط بعمل القاضي فيكون لكل من العمليين ذاتيته الخاصة[4]. والذاتية الخاصة للعمل التحكيمي[1]. تخول للمحكم العمل

---

(1) د. احمد ماهر زغلول المرجع السابق الملحق ص ٨.

(2) كما لا يخضع لإجراءات المخاصمة، بل يكون مسئولا عن أي خطأ يرتكبه، وله أن يرفض التحكيم. فإذا امتنع عن الحكم بعدم القبول، لا يعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، بل يلتزم بتعويض الضرر ويعفي من هذا التعويض إذا كان هناك سبب جدي لتنحيه، كما يمكن عزله باتفاق الأطراف. د. فتحي والي التحكيم: ص ٢٥٣ وما بعدها من ١٣٢،ص ٣ (٣ من ١٩٩ . د. وجدي راغب: رسالة: ص ٣٨٣ المؤلف: طرق وسائل الإثبات في التحكيم: ص ٧٧ وما بعدها من ٣١ .

(3) فعلى سبيل المثال تنص المادة ٣٨ تحكم على أن " ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم في الأحوال ووفقا للشروط المقررة لذلك في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ويترتب على انقطاع الخصومة الآثار المقررة في القانون المذكور. في انقطاع الخصومة التحكمية أنظر د. فتحي والي: ص ٣٧٥ وما بعدها من ٢١٢ وما بعدها .

Fouchard, Gaillard et Goldman: op. cit. p. 465. N. 742.

وفي تطبيق ذلك: انظر: نقض مدني ١٩٨٨/٢/١٤ في الطعن ٥٤/١٦٤ق

(4) وقد حرصت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات على التأكيد على هذه الذاتية والتميز بين أحكام المحكمين والأحكام القضائية بتقريرها أن" حكم المحكمين ليس حكما قضائيا" في ذاتية نظام التحكيم أنظر د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ١٨ وما بعدها من ٨. د. حسني المصري: ص ٧ وما بعدها.

E.Loquin:L'intance arbitrale La proceduce devant les arbitres. Jus. closs. Pre. Civ. Fasc.1036.

فقط في حدود ما يتفق عليه الأطراف، وما يزودونه به من عناصر تحقيق النزاع، ولذا لا يصدر قراراً بالمعنى الفني يعلن فيه عن إرادته، وإنما يعلن رأيه الذي يقيد الأطراف بناء على اتفاق التحكيم، وبناء على ذلك لا يكون لهذا الرأي استقلالاً ذاتياً كالرأي القضائي، بل ترتبط قوته المقيدة باتفاق التحكيم، ويكون رهناً بصحة هذا الاتفاق، ويصدر في حدوده[٢] وتجاوز المحكم هذه الحدود باستبعاد القانون المتفق على تطبيقه بإرادة الأطراف على موضوع النزاع يجعل حكم المحكم باطلاً وليس منعدماً[٣] وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع وفقاً لصراحة المادة ٢/٥٤ تحكيم مصري[٤].

وترتيباً على ذلك تنتفي الصفة القضائية عن عمل المحكم. ونفي هذه الصفة، بتخلف الركن العضوي أو الشكلي عن عمله، وهوا ما تبنته صراحة المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون

---

(١) والذاتية الخاصة للعمل ألتحكيمي لا تعني فصم كل صلة له بالقضاء، فرغم ذاتيته فإن صلة التحكم بالقضاء، تظل موصولة لا تنقطع. في مظاهر هذه الصلة. انظر. د. احمد ماهر زغلول: المرجع السابق الملحق ص ١٠-١٢ حاشية.

(٢) د. وجدي راغب: رسالة ص ٣٨٤. تأصيل الجانب الإجرائي لهيئة تحكيم في معاملات الأسهم بالأجل مجلة الحقوق الكويتية السنة ٧ العدد ٤ عام ١٩٨٣ ص ١١٠. د. نبيل عمر: التحكم ص ٢٧٩ من ٢٣٨. د. بليغ حمدي : رسالة ص٤١٨ وما بعدها.

(٣)والجامع بين البطلان والانعدام أن كلاهما جزاء إجرائي من الجزاءات الإجرائية التي تلحق بالعمل القضائي، يتنوع تباعا لهما الجزاء لتنوع العيوب التي يمكن أن تشوب العمل القضائي، منها الحكم القضائي، وما دون ذلك، فهما مختلفان لاختلاف جسامة العيب. والأثر المترتب علية والمحكمة التي تنظره والوقت الذي يثار فيه ومدى إمكانية تصحيحية والنزول عنه. انظر في تفصل ذلك. د. احمد ابو الوفا: نظرية الأحكام ص ٣٢٠- ٣٣٧ من ١٣٦- ١٤٦. د. وجدي راغب: رسالة ٤٠٣ وما بعدها. د. فتحي سرور رسالة: ص ١٨٤ من ١٣٠، ص ٢١٠- ٢١٦ من ١٥٢-١٥٥

Glasson, Tissier et morel: lic. Cit.

(٤) وتطبيقا لذلك قضي بأن خروج المحكمين في حكمهم عن مشارطه التحكيم يجب أن يتمسك به الخصوم أمام المحكمة المختصة لا يكون لها أن تقضي به من تلقاء نفسها لعدم تعلق ذلك النظام العام تقضي ١٩٨٨\٢\١٤ مشار إلية سابقا. استئناف القاهرة ، دائرة ٦٢ تجاري دعوى ٤٨ س١٢٣ق جلسة ٢٠١٢/١٢/٥ ار في أحكام التحكيم مركز القاهرة الإقليمي ٢٠١٤ ج٥ اعداد د. محي الدين علم الدين، ص١٠٤.

المرافعات الحالي، فقد أعفى قانون التحكيم المحكم من إتباع إجراءات المرافعات وجعل حكمه غير قابل للاستئناف، بل يمكن بشأنه في كل الحالات رفع دعوى البطلان الأصلية، كما هو في حالة الاستبعاد موضوع الدراسة.

الفصل الثاني
استبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه كسبب للبطلان

١٤- تمهيد وتقسيم:

إذا توافر مفترض البطلان – على النحو الفائت – باتفاق الأطراف على القانون الموضوعي الواجب التطبيق، فإن هيئة التحكيم تكون ملزمة بتطبيق أحكام هذا القانون، وإلا اعتبرت مخالفة لأهم القواعد الأساسية في نظام التحكيم، الممثلة في إعطاء الحرية لأطرافه في تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق، والتي تستمد منه هيئة التحكيم ولايتها، وتؤدي هذه المخالفة إلى بطلان حكم التحكيم الصادر عن هذه الهيئة، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع المصري، وبعض التشريعات المعاصرة، حيث أجاز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً لنص المادة ٢/٥٢ تحكيم إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع تطبيقاً للمادة ٣/١/د تحكيم مصري. المادة ٥٠/د من نظام التحكيم السعودي الجديد .

وتطبيقاً لذلك، يحق لأطراف التحكيم التمسك ببطلان حكم التحكيم الذي استبعد القانون الذي اتفقوا على موضوع النزاع. والاستبعاد هو أن تفصل هيئة التحكيم في موضوع النزاع وفقاً لقانون مغاير للقانون الذي اتفق عليه الأطراف، وأن يكون في تطبيقها للقانون المغاير أثره الواضح على نتيجة الحكم، بمعنى أن تتغير نتيجته في حالة التزام الهيئة بتطبيق القانون المتفق عليه.

وإذا كان هذا هو المقصود بالاستبعاد – وعما تكشف عنه هذه الدراسة – فهل يعد استبعاداً للقانون خطأ المحكم في تطبيقه وتأويله، أو الخطأ في تطبيق القانون

إلى درجة مسخه، أو تطبيق فرع من فروع القانون المتفق عليه، أو استبعاد المحكم للشروط الخاصة بالعقد محل النزاع. في غضون مبحثين نتناول فيها ما لا يعد استبعاداً للقانون، وما يعد استبعاداً ويرتب البطلان.

المبحث الأول: ما لا يعد استبعاداً للقانون ولا يرتب البطلان.

المبحث الثاني: ما يعد استبعاداً للقانون المتفق على تطبيقه ويرتب البطلان.

المبحث الأول
ما لا يعد استبعاداً للقانون

١٥- تمهيد:

في مسائل أربعة هي:خطأ المحكم في تطبيق القانون أو تأويله، والخطأ في تطبيق القانون إلى درجة مسخه، أو تطبيقه لفرع من فروع القانون المتفق عليه، واستبعاده للشروط الخاصة بالعقد محل النزاع وعدم تطبيقه للأعراف الجارية. نتناولها تباعاً على النحو التالي:

أولاً: خطأ المحكم في تطبيق القانون أو تأويله:

١٦- العيوب التي يمكن أن تشوب الحكم وتوجب مراجعته: أما أن تكون لعيب في الإجراء أو لعيب في التقدير[١].

والعيب في الإجراء الذي يشوب الحكم: فالحكم يعتبر عملاً قانونياً إجرائياً يخضع لمقتضيات معينة، ويجب أن تسبقه أعمال إجرائية أخرى يلزم أن تتم صحيحة كي ينتج الحكم آثاره القانونية. فإذا ما شاب الحكم عيب، سواء كان عيباً ذاتياً فيه، أو في عمل سابق عليه يترتب عليه البطلان، فقد وجد خطأ في الإجراء، هذا الخطأ قد يكون بسيطاً لا يؤثر في صحة الحكم القضائي

---

(١) في التفرقة بين الخطأ في الأجراء والخطأ في التقدير ودون الدخول في دراستها التفصيلية لأنه موضوع يتجاوز نطاق هذه الدراسة. انظر: د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ٦٦٢ وما بعدها من ٣٤٦. قانون التحكيم: ص ٥٦٦ وما بعدها من ٣١٨. د. نبيل عمر: أصول المرافعات منشأة المعارف ١٩٨٦ ص ١١٧٢ من ٩٩٥. الوسيط في الطعن بالاستئناف ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص ٢٤٢ وما بعدها من ١٠٠.التحكيم: ص ٣٩٣ من ٣٢٣. د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام: ص ١٣٢ وما بعدها من ٧٢. د. محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم الشرطي ١٩٩٨ دار النهضة العربية ص ٥٨٨ وما بعدها من ٦١ وما بعد.

أو التحكيمي ولا يؤدي إلى بطلانه[1] وقد يؤثر هذا الخطأ الإجرائي في صحة الحكم ويؤدي إلى بطلانه[2].

أما العيب في التقدير: فذلك أن الحكم – فضلاً عن وجوب صدوره كعمل قانوني وفقاً لمقتضيات معينة – يجب أن يطبق إرادة المشرع في النزاع المعروض. فإذا اخطأ في هذا فإنه رغم صحته كعمل قانوني، يكون معيباً بمخالفة القانون، ويكون الحكم كذلك إذا اعتبر الحكم قاعدة قانونية موجودة وهي لا وجود لها، أو اعتبر قاعدة غير موجودة وهي موجودة، أو إذا اعتبر القاعدة القانونية المجردة منطبقة على رابطة معينة أو مركز معين لا يخضع لها. أو تطبيقها على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدها القانون،

---

(1) فقد يكون الخطأ في الأجراء بسيطا لا يؤثر في صحة الحكم ولا يؤدي إلى بطلانه، وحدد القانون هذه العيوب ونظم طرق علاجها بغير طرق الطعن فيها سواء للحكم القضائي أم الحكم التحكيمي.
=

= بالنسبة للحكم القضائي، تتمثل حالات مراجعته بغير طرق الطعن فيه حالات ثلاثة الأخطاء المادية وفقا للمادة ١٩٠ مرافعات، الغموض والإبهام مادة ١٩٢ مرافعات، اغفال الفصل في بعض الطلبات الموضوعية مادة ١٩٣ مرافعات، في تفصيل ذلك انظر: د. احمد ماهر زغلول: المرجع السابق.
أما الحكم ألتحكيمي فلا تخرج حالات مراجعته بغير دعوى البطلان عن حالات مراجعة الحكم القضائي، وهي الأخطاء المادية وفقا للمادة ٥٠ تحكيم مصري. الغموض والإبهام مادة ٤٩ تحكيم. اغفال الفصل في بعض الطلبات الموضوعية بحكم إضافي وفقا للمادة ٥١ تحكيم. المادة ٢/١٤٨٥ مرافعات فرنسي في تفصيل ذلك انظر: د. احمد ماهر زغلول المرجع السابق الملحق. د. عزمي عبد الفتاح: سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم. مجلة حقوق الكويت السنة الثامنة العدد الرابع ديسمبر ١٩٨٥.

ROBERT et MOREOU: ap. Cit.p. 183 et 185. N.212ets:1685
Fouchard, Goldman et Goillarel: op. cit., p. 953.

(2) ويكون التمسك ببطلان الحكم القضائي وفقا لنظام الطعن في الأحكام وفي المواعيد والإجراءات المقررة قانونا انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص ٢٣٩ وما بعدها من ٩٩ وما بعد– ١٠ وقد يكون الخطأ في الأجراء جسيما بحيث يجرد الحكم القضائي من أركانه الأساسية ويجعله غير صالح لأداء وظيفته وفي هذه الحالة يكون الحكم منعدما أنظر فيما سبق بند ١١ وما بعده.

أو برفض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها، فحيث يتم العمل في الدعوى بقاعدة قانونية لا تنطبق عليها نكون بصدد خطأ في تطبيق القانون، كما لو اعتبر الحكم الصادر أن البيع الصادر من البائع بعقد غير مسجل بيعًا لملك الغير، وأنه لا يصح توقيع الحجز على باقي الثمن من دائن البائع .

أما الخطأ في تأويل القانون فيوجد عندما يخطئ القاضي في تفسير قاعدة قانونية أو نص قانون غامض[1]. وتفسير النص أو القاعدة القانونية هو تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة وتعيين نطاق تطبيقها، وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصددها تطبيق هذه القاعدة[2].

فالتأويل يستعمله المشرع بمعنى التفسير ، حيث يخطئ القاضي في فهم المقصود بالقاعدة القانونية الواجبة الإعمال أو يعرف حكمها على معنى لم يقصده الشارع أو يعطي القاعدة معنى وأثرًا تفتقده هذه القاعدة بحسب مراد الشارع فيها، وذلك كأن يفسر القاضي النصوص المتعلقة بتصحيح الإجراء الباطل وتحوله في قانون المرافعات على نمط تصحيح العقد الباطل أو تحوله

---

(1) د. فتحي والي: الوسيط ص٧٧٩ بند ٣٨٣ د. وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص٣٩٣ وما بعدها. د. نبيل عمر: الفساد في الاستدلال أهم عيوب تسبيب الأحكام القضائية دار الجامعة الجديدة ٢٠١١ ص٥٣ وما بعدها بند ٣١. الوسيط في الطعن بالنقض ٢٠٠١ دار الجامعة الجديدة ص١٠٩ وما بعدها بند ١٤٦ وما بعدها. محمد وعبد الوهاب العشماوي: قانون المرافعات ج٢ ص٩٨٨ وما بعدها بند ١٣٦٥. د. أحمد السيد صاوي: شرح قانون المرافعات ص٨٨٤ وما بعدها بند ٥٣٣ د. أحمد مليجي: التعليق على قانون المرافعات ج٥ ص١٣٩ وما بعدها. محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه. الجزء الأول ١٩٩٥ ص١٧٢١ وما بعدها.

MOREL: op. cit. p. 509. N. 660.

(2) د. أحمد هندي : قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٣ ، دار الجامعة الجديد ، ص١٠٥٦، بند ٣٣٢.

في القانون المدني[1].

١٧- والأوجه المختلفة للخطأ في تطبيق القانون أو تأويله، لا تتعلق بعيوب مستقلة، وإنما تعد مقدمات أو مترادفات لعيب واحد، وهو الاختلاف بين قضاء القاضي وصحيح القانون، وهو ما يمكن تسميته بمخالفة القانون بمعناه الواسع.

والمقصود بالقانون، هو القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه على موضوع النزاع، وليس القانون الإجرائي، والقانون بمعناه الواسع، بحيث يشمل كل قاعدة لها قوة القانون أياً كان مصدرها، فيدخل في هذا المعنى القانون بمعناه العام فضلاً عن النصوص التشريعية الواردة في مجموعات القوانين الرئيسية واللوائح المنفذة لها، وأحكام الشريعة الإسلامية والعرف والعادة والاتفاقيات الدولية، وما يحيل إليه القانون الوطني من قواعد أجنبية[2] كما يدخل في هذا المعنى لوائح مراكز وغرف التحكيم الوطنية والأجنبية وعلى الكل قواعد العدالة.

والقاعدة[3] أن الخطأ في التقدير لا يكون إصلاحه إلا بالطعن في الحكم بالطرق التي اعتمدها القانون، فالحكم في هذه الحالة يكون قد استوفى شروط صحته كعمل قانوني إلا أنه غير عادل لأنه ينسب إلى المشرع إرادة ليست له في الواقع. ومن ثم فإن الخطأ في التقدير مهما كانت جسامته لا يؤدي إلى

---

(١) د. نبيل عمر : الطعن بالنقض : الإشارة السابقة .

(٢) د. أحمد هندي : قانون المرافعات المدنية والتجارية٢٠٠٣ ، دار الجامعة الجديد ، ص١٠٥٣ وما بعدها بند ٣٣٢. محمد وعبدالوهاب العشماوي: ص٩٩٠ بند ١٣٦٦. د.نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض. الإشارة السابقة د. أحمد السيد صاوي: شرح ص٨٤٥ وما بعدها بند ٥٣٣.نطاق رقابة محكمة النقض دار النهضة العربية ص٢٩-١٠٥ بند ١٧-٩٥. محمد كمال عبد العزيز: ص١٧٠١ وما بعدها بند ١٧١٩. طعن ٥٤/١٢٢٧ ق نقض ١٩٨٧/١١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٨ ص١٠٢١.

(٣) د. فتحي والي: الوسيط: ص٦٦٣ وما بعدها بند ٣٤٧. التحكيم: ص٥٦٧ بند ٣١٨. د. نبيل عمر: أصول قانون المرافعات، الإشارة السابقة، التحكيم: الإشارة السابقة.

بطلان الحكم القضائي ، وبالتالي لا يجيز رفع دعوى ببطلانه[1].

والمعتمد أن دعوى بطلان حكم المحكم ليست من طرق الطعن في الأحكام، كما أنها ليست استئنافاً للحكم وعلى الكل فإن حكم المحكم لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن وفقاً لصراحة المادة ١/٥٢ تحكيم مصري. ٤٩ من نظام التحكيم السعودي ، ١/١٤٩١ مرافعات فرنسي .

١٨- ومع اعتماد ذلك، لم يستقر الفقه والقضاء على رأي موحد بشأن خطأ المحكم في تطبيقه للقانون أو تأويله، وهل يعد أحد صور استبعاد القانون ومن ثم يرتب البطلان أم لا؟ أسفر عدم الاستقرار عن اتجاهين متعارضين. أحداهما يرى أن خطأ المحكم في تطبيقه للقانون أو تأويله يعد صورة من صور الاستبعاد ويرتب البطلان. والآخر: يرى عكس ذلك.

الاتجاه الأول:خطأ المحكم في تطبيقه للقانون أو تأويله يعد صورة لاستبعاد القانون يرتب البطلان:

يرى فقه[1] هذا الاتجاه، مؤيداً ببعض أحكام القضاء[2] إلى أن خطأ

---

(1) فالأحكام القضائية لا يجوز الطعن عليها بالبطلان بدعوى مبتدأة، مادام القانون قد نظم طرق الطعن عليها، وذلك تقديراً لحجيتها. وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي في المادة ٤٦٠ مرافعات بالنص على أنه لا يجوز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن التي ينظمها القانون.

La Nullite d'un jugement en peut
éTre de mandee que por les voies de recaures prevues par La Loi"

وما اعتمده المشرع استقر عليه القضاء انظر في تطبيق ذلك:
نقض ١٩٦٥/٦/١ مجموعة أحكام النقض ١٦ ص٧٢٨. نقض ١٩٦٧/١/١٧ المجموعة ١٨ ص١٠٤ نقض ١٩٦٨/٦/٤ المجموعة ١٩ ص١٠٩٣. نقض ١٩٨١/٤/٢١ طعن رقم ٤٥/٧٧٢ق. ثم انظر في دعوى البطلان الأصلية والتي محلها الحكم المنعدم فقط وهو الحكم الذي تجرد من أركانه الأساسية . د. عيد القصاص : حكم التحكيم ٢٠٠٠ دار النهضة العربية ص٢٤٢ وما بعدها د. خالد أحمد حسن : المرجع السابق ، ص١٤٥ وما بعدها .

المحكم في تطبيقه للقانون المتفق عليه من قبل الأطراف يعادل استبعاد هذا القانون، مما يسمح برفع دعوى بطلان ضد حكم التحكيم استناداً لنص المادة ٥٢/١/د تحكيم مصري. ويكمل البعض[٣] بقوله بأن هذا الخطأ يعد من قبل التعسف إذا ارتكبه المحكم يبرر طلب بطلان الحكم، ويدلل هذا الاتجاه علي صحة مسعاه بأن القول بغير ذلك يجعل تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ضرباً من العبث، كما يجعل رقابة محكمة المادة ٩ تحكيم مصري والتي تنظر دعوى البطلان على التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون المختار رقابة روتينية لا جدوى منها. فضلاً عن هذا وذاك قد يجعل المحكم يتجاوز حدود سلطاته في تطبيق القانون، وهو على علم بأنه محصن من الرقابة القضائية. ومن ثم يجب مقاومته وإدراج الخطأ في تطبيق القانون ضمن حالات الاستبعاد التي توجب بطلان الحكم.

فوفقاً لهذا الاتجاه، يعد خطأ المحكم في تطبيق القانون على النزاع نوعاً

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوي : التحكيم التجاري الدولي ٢٠١١ ، دار النهضة العربية ص٥٠٣ بند ٣٦٩. د. أحد السيد صاوي: التحكيم، ص٢٣٢ وما بعدها بند ١٧٧. د. رضا السيد عبد الحميد: مسائل في التحكيم. دار النهضة العربية: ص١٢٦، د. عيد القصاص: حكم التحكيم دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن ٢٠٠٠. دار النهضة العربية ص٢٦٧ ومؤلفه : قانون التحكيم ٢٠١٥ ص٥٦٢ بند ٢٠٢ . د. عصام فوزي الجناني: تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن رسالة ٢٠١٢ ص٤٢٣ وما بعدها . فاطمة صلاح الدين: دور القضاء في خصومة التحكيم – دراسة مقارنة في القانون الأمريكي والقانون المصري، رسالة ، القاهرة، ٢٠١٠، ص٣٢٤ بند ٧٦٢. د. رجب السيد أحمد: حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية رسالة أسيوط. ٢٠١٠ ص٤٣٢. د. عبد المنعم زمزم : ص٢٦٥ بند ٤٧٠.

(٢) استئناف القاهرة الدائرة ٧ تجاري في ١٩٩٥/١٢/٥ دعوى التحكيم رقم ١٩٩٤/١٦ استئناف القاهرة في ١٩٩٩/٩/٧ في الدعوى رقم ٨ لسنة ١١٥ق تحكيم مشار إليهما لدى د. فتحي والي: التحكيم ص٥٨٢.

(٣) د. أحمد إبراهيم عبد التواب: الإساءة في إجراءات التقاضي، التنفيذ، ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ، ص ٥٥٣ بند ٢٦٥ ثم انظر: في الوسائل العلاجية للتعسف ليس البطلان وإنما الغرامة والتعويض، نفس المرجع ص ٦٦٣ وما يليها بند ٣٢٣ وما بعده.

من استبعاد القانون الواجب التطبيق، وهو سبب من أسباب البطلان التي نصت عليه المادة ٢/٥٢ تحكيم، ويؤكد فقه هذا الاتجاه بقوله[١] أن دعوى بطلان حكم المحكم هي أسلوب جامع لما يمكن أن تنطوي عليه أسباب الطعن على حكم المحكم، باعتبارها الأسلوب المناسب لطبيعة التحكيم وآلياته. الأمر الذي يفهم منه رغبة المشرع في ضرورة مراعاة الطبيعة الخاصة للتحكيم وإيجاد أسلوب واحد لإصلاح خطأ المحكم يتسع لكل غوار حكم التحكيم، سواء سمى هذا الأسلوب بدعوى البطلان أو بالاستئناف إذاً الهدف دائماً واحداً وهو إلغاء حكم التحكيم المعيب[٢].

١٩- وفي تصورنا، إن هذا الاتجاه محل نظر، لتعارضه مع مبادئ قانونية مسلم بها، وقواعد قانونية مستقرة، ونصوص قانونية معتمدة، وأحكام قضائية ثابتة.

فمن المبادئ القانونية المسلم بها: أن الحكم يجب أن يطبق إرادة القانون في النزاع المعروض، فإذا أخطأ في هذا، فإنه رغم صحته كعمل قانوني. يكون معيباً بمخالفة القانون، وهو شأن الخطأ الذي يلحق بالحكم في تقديره، أي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وفي تأويله. هذه المخالفة مهما كانت

---

(١) د. أحمد السيد صاوي: ص٢٢٠ وما بعدها بند ١٧١. وفي نفس المعني د. عزمي عبد الفتاح ، بند ٢٦٥، قانون التحكيم ص ٣٥٤، د.معتز عفيفي، المرجع السابق ص ١٨٢ وما بعدها.

Fnédérique Ferrand: Appel. Rép. Pr civ. Dalloz. Mois 1999. p. 31.

(٢) فالمحكم كالقاضي كلاهما بشر غير معصوم، فقط يخطئ المحكم في تقدير الواقع أو القانون، فإذا كان حكم المحكم مشوباً بالخطأ في تقديره للوقائع أو بالخطأ في تطبيق أو تفسير وتأويل القانون، فأنه يمكن تصحيح هذا الخطأ عن طريق مراجعته وإعادة فحص النزاع مرة ثانية. د. مصلح أحمد الطرواته: تنفيذ حكم التحكيم الباطل وفقاً لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨. ورقة عمل مقدمة للمؤتمر السنوي السادس عشر- التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة .

جسامتها لا تؤدي إلى بطلان الحكم، وبالتالي لا يجوز رفع دعوى ببطلانه، وإنما بإصلاح هذا الخطأ بطرق الطعن المقررة قانوناً[1].

والطعن يقوم على إدعاء بوجود خطأ يكتنف الحكم ويرفع إلى محكمة الطعن، التي تكون هي ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، أو محكمة أعلى منها مرتبة، بطلب إصلاح هذا الخطأ، وتمارس محكمة الطعن سلطتها التي تختلف بحسب طريق الطعن، وتنتهي إما إلى نفي الخطأ عن الحكم ومن ثم تأييده، وأما إلى نسبة الخطأ إليه ومن ثم إلغائه وإهداره بما تضمنه من قضاء و ما رتبه من آثار[2].

ويرتب الإلغاء هذا الأثر أياً كان الوجه الذي بنى عليه، وسواء كان ذلك الخطأ الذي نسب للحكم يتعلق بالوقائع أم بالقانون، وسواء كان الخطأ في القانون يتجسد في مخالفة لقواعد القانون الإجرائي أو لقواعد القانون الموضوعي[3].

وترتيباً على ذلك، فعيب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله لا يكون إصلاحه إلا بطرق الطعن المقررة قانوناً. هذا العيب أياً كانت درجة

---

(1) ويجري تصنيف طرق الطعن التي يمكن مباشرتها ضد الأحكام إلى طرق طعن عادية وغير عادية وأساس هذا التصنيف يكمن في أنه بينما يطلق القانون أسباب الطعن العادي، بحيث يمكن ولأي سبب يقدر فيه المحكوم عليه وجود خطأ في الحكم سواء في تطبيق القانون أو في تقدير الوقائع محل هذا التطبيق أو في الإجراءات فإنه يحصر الأسباب التي تجيز الطعن في الحكم بطرق الطعن غير العادية. في تفصيل ذلك. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف، الوسيط في الطعن بالنقض، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر، مرجع مشار إليها سابقاً. Cornu et Foyer: op., cit. P. 477 ats.

(2) د. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها – دراسة لأساسيات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية الطبعة الثانية ١٩٩٦ دار النهضة العربية ص١٢٧ وما بعدها. محمد كمال عبد العزيز: المرجع السابق ص١٤١٥ وما بعدها مادة ٢٢١.

(3) د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق، ص١٣٠ بند ٨٧.

جسامته لا يبرر رفع دعوى بطلان أصلية حتى ولو كان حكم محكمة[1]. لأن هذه الدعوى تتميز بأنها توجه إلى الحكم كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه هذا الحكم من خطأ في التقدير. ولهذا فإن العيوب التي يجوز التمسك بها بدعوى البطلان، يجب أن تكون لخطأ في الإجراء، أي لعيوب إجرائية. فإذا شاب الحكم عيب في الإجراء، فإن هذا العيب يمكن أن يؤدي إلى بطلانه وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع المصري وفقاً للمادة ٥٣ تحكيم والمشرع الفرنسي وفقاً للمادة ١٥٢٢ مرافعات.

وما اعتمده المشرع في كون الخطأ في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يمكن أن يعد سبباً لدعوى البطلان وفقاً لصراحة المادة ٣/١٥٢٢ مرافعات فرنسي، استقر عليه القضاء سواء بالنسبة لأحكام المحاكم[2] أو أحكام التحكيم[3] فقضى تطبيقاً لذلك[4] بأن "النعي على حكم التحكيم باستبعاد تطبيق قانون التعاون الإسكاني ولائحته التنفيذية واجبة التطبيق وأعمال القانون المدني بدلاً منها والخطأ في تطبيق القرار الوزاري رقم

---

(1) د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير طريق الطعن فيها. بدون سنة نشر، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ص ٣١. أما إذا أمتد البطلان إلي كيان الحكم نفسه فاعدمه في وجوده وزال أحد أركانه: فيقف عندئذ أعمال القاعدة الأصلية في مراجعة الأحكام – الطعن – ويصبح من حق الخصم أن يرفع دعوى أصلية بالبطلان. انظر: د. فتحي والي؛ أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات ١٩٩٧ ص ٧٨٤ وما بعدها بند ١١٤ وما بعده.

(2) نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص١٥١٩. نقض ٥/٥ /١٩٦٥ المجموعة السنة ١٦ ص٥٥٧.

(3) الطعنان رقما ٦٥٢٩، ٦٥٣٠ السنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٢ المحاماة العدد الأول ٢٠٠١ ص٣٣. استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجارى في الحكم ٩٩ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٦ استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري في الحكم ٩٩ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٩ مجموعة أحكام النقض في التحكيم التجاري من ٢٠٠٠ إلي ٢٠٠٧.

(4) الدائرة ٩١ تجاري في القضية رقم ٤٢ لسنة ١١٩ تحكيم في ٢٠٠٣/١١/٢٢. الدائرة ٩١ تجاري قضية رقم ٥٧ لسنة ١١٩ق تحكيم في ٢٠٠٣/٥/٢٨.

٤٦ لسنة ١٩٨٢ في غير محله، لأنه أياً كان وجه الرأي في صواب ما انتهى إليه حكم التحكيم، فإنه من المقرر أن دعوى البطلان ليست طعناً بالاستئناف".

من ناحية ثانية، يتعارض هذا الاتجاه مع القاعدة المعتمدة في كون التحكيم درجة واحدة للتقاضي، ودون أن يعد استثناءاً على مبدأ التقاضي على درجتين[١] فمحكمة المادة ٩ تحكيم مصري والمختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم ليس لها سلطة بحث موضوع النزاع من جديد. كما ليس لطرفي هذه الدعوى أن يثيروا أمامها هذا الموضوع[٢] لأن المحكمة ليس لها سلطة إعادة الفصل في النزاع الذي سبق وأن فصل فيه المحكم لتأييده أو تعديله، وإنما سلطتها قاصرة على التحقق من خلو هذا الحكم من أسباب البطلان التي حددها القانون. فموضوع دعوى البطلان هو حكم المحكم وليس النزاع الموضوعي الذي فصل فيه هذا الحكم[٣] نظراً لوجود الاتفاق الإرادي كأساس تعاقدي لحكم المحكم والذي بمقتضاه تم البعد عن قضاء الدولة. وعلى ذلك، فرقابة المحكمة على حكم التحكيم، وهي بصدد بحث بطلان هذا الحكم يقتصر على رقابة المشروعية أو الصحة، أي أنها تنصب على رقابة كيفية إصدار المحكم لقراره وليس ما تم تقديره ولا كيفية هذا التقدير[٤].

---

(١) انظر في الحالات المتعددة للخروج على مبدأ التقاضي على درجتين، وليس من بينهما التحكيم. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، رسالة الإسكندرية ٢٠٠٤ ص٥٢٤ وما بعدها بند ٥١٧.

(2) NORMAND: principes direcTeure du porcés office de juge introduction declanchement et extinction de instance. Jun.class. pr. Civ. 1974. fasc. 150. p. Lon. 105.

وفي تطبيق ذلك انظر "حيث قضى بأن المحكمة التي تنظر دعوى البطلان لا تبحث مسألة التطبيق الصحيح للقانون على وقائع النزاع.

Coss. Civ, 1957, 1980. Rev, orb. 1986. p. 57.

(٣) د. وجدي راغب: المقال: ص١٢٦ قارن د. عبد التواب مبارك: ص١٣٦ بند ٤٢.

(٤) د. نبيل عمر: التحكيم: ص٣٩٣ بند ٣٢٣. حيث يبقى الفارق جوهري، بين الطعن ببطلان حكم المحكم، وطرق الطعن المقررة لأحكام القضاء بطلان حكم المحكم لا يجوز

فمن المسلم أن دعوى البطلان ليست طريقاً لإعادة نظر النزاع مرة أخرى[1] كما هو الحال بالنسبة للاستئناف، فحكم المحكم يصدر نهائياً لا يتوائم مع طرق الطعن في الأحكام التي تهدف إلى إعادة فحص النزاع من قاضي الطعن بعد إلغاء الحكم المطعون فيه في الأحوال التي يتم فيها ذلك[2] ونتيجة ذلك ليس للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان أن تتعرض لموضوع النزاع، لأنه لو سمح لها بذلك فأنها تستبدل تقدير المحكم بتقديرها الخاص. وحتماً سوف يكون تقديرها ضار أكثر منه فائدة، لأن الكلمة الأخيرة ستكون لقاضي الدولة، والتحكيم يصير مرحلة أولي، وبالتالي تذهب الغاية منه [3].

ويعد هذا المسلك تجسيداً لفكرة رئيسية تسود الآن معظم تشريعات التحكيم[4] وهي أن حكم التحكيم لا يقبل الرقابة عليه من قبل القضاء سواء فيما يتعلق بالأسلوب الذي اتبعه المحكم عند الفصل في موضوع النزاع أو في كيفية تطبيق القانون أو فهمه للواقع، إذا أن تلك المسائل يجب أن تبقى بمنأى عن رقابة القضاء، فلا يجوز أن ينبني الطعن بالبطلان على أساس عدم عدالة الحكم، أو خطأ المحكم في تحصيل الوقائع أو في تطبيق أو تفسير القانون[5] وتطبيقاً لذلك قضى "أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعن عليه

أن يبني على أساس يهدف إلى مراجعة تقدير ما قضى به المحكم. بخلاف طرق الطعن التي قد ترمي إلى مراجعة تقدير القاضي. د. عيد القصاص: حكم التحكيم، ص ٢٤٢ وما بعدها.

(1) د. فتحي والي: التحكيم. ص٥٥٨ وما بعدها بند ٣١٤.

(2) د. نبيل عمر: التحكيم: الإشارة السابقة. ولذلك ذهب البعض إلي أن الطعن بالبطلان درب من دروب النقض والدليل علي ذلك أن الطلبات التي تعد مقبولة هي الطلبات التي ترمي إلي الإبطال إلي الإصلاح أو التعديل في حكم المحكمة. د. محمد نور شحاته: الرقابة علي أعمال المحكمين، ص ٣٠٢.

(2) Pieer. Mayer: La sentence contraire al' ardre public aufond. Rev. arb. 1994. N.4.

(4) انظر فيما سبق بند ٧.

(5) د.فاطمة يوسف: المرجع السابق، ص٣١٨ بند ٧٤٣ ص٣٥٠ بند ٨٢٧.

بالاستئناف فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعيب قضاء الحكم فيه، وأنه ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملائمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه، لأن ذلك كله من اختصاص قاضي الاستئناف"[1]. كما قضي بأنه لا يجوز الطعن بالبطلان لسبب آخر خلاف ما أورده نص المادة ٥٣ تحكيم مصري، فلا يجوز الطعن علي حكم المحكم للخطأ في تهم الواسع أو القانون أو مخالفته[2].

والقول بغير ذلك، يجعل البطلان وسيلة للتوصل إلى النص على الحكم بذات أوجه النعي التي تصلح سبباً للاستئناف، وبالتالي يجعل رفع دعوى البطلان منطوياً على العودة بذوي الشأن إلى ساحة القضاء من باب خلفي، وهو ما يصطدم مع إرادة المشرع الصريحة في منع الطعن في أحكام المحكمين بأي طريق من طرق الطعن التي تنص عليها مجموعة المرافعات ومنها الطعن بالاستئناف تطبيقاً للمادة ١/٥٢ تحكيم مصري، المادة ٤٩ من نظام التحكيم السعودي.

وتمتد هذه الرقابة وبنفس الصورة لتشمل رقابة القضاء على حكم المحكم

---

(١) استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري الحكم ٣٩ لسنة ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٦/٢٩، استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري في الحكم ٩٩ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٩، استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٨ في الدعوى ٢٧٠ لسنة ٢٠٠٢. الدائرة ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٦ في الدعوى ١٧ لسنة ١٩٩ق.= =الدائرة ٩١ تجاري في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩٩ق تحكيم جلسة ٢٠٠٣/١١/٢٢ الدائرة ٩١ تجاري القضية رقم ٤٠ لسنة ١٢١ق جلسة ٢٠٠٥/٣/٣٠. الدائرة ٩١ تجاري قضية رقم ٢٤ لسنة ١٢٠ تحكيم جلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠.

(٢) استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري دعوى رقم ٢٩ لسنة ١٢٢٣ ق تحكيم جلسة ٢٠٠٥/٩/٢٥.

المراد الحصول على أمر بتنفيذه[1]. فهذه الرقابة هي الأخرى ليست كالرقابة التي تمارسها محاكم الطعن، لذلك فطلب الأمر بالتنفيذ ليس طعناً في الحكم الصادر من المحكم. فالمحكمة المختصة بإصدار الأمر لا تعد هيئة استئنافية عند قيامها بإصدار أمر التنفيذ، فهي لا تقوم ببحث عدالة قضاء حكم التحكيم أو المساس بموضوع النزاع من حيث الواقع أو القانون أو كفاية الأسباب التي بنى عليها، كما لا تملك تعديل الحكم أو الإضافة إليه[2]. وإنما تقتصر سلطة

---

(1) أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها. وتبقى هذه الحجية طالما بقى الحكم قائماً، وفي غالبية الأحيان تنفذ هذه الأحكام طواعية واختياراً. فمن الناحية العملية تنفذ أحكام التحكيم تلقائياً من جانب المحكوم عليه دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية معينة، فهو قد خضع للتحكيم بإرادته وكثيراً ما يهمه الاحتفاظ بعلاقته مع الطرف الآخر، لذلك فإنه ينفذ الحكم رضاء. فالتنفيذ الاختياري لأحكام التحكيم يبدو في الواقع العملي كثير الحصول، بل أنه كاد أن يصبح القاعدة على الأقل في نطاق التحكيم المؤسسي. ويتم التنفيذ الاختياري دون حاجة لاتخاذ إجراءات سابقة، أي دون لزوم استصدار أمر التنفيذ.
على أنه قد يرفض الطرف المحكوم عليه تنفيذ حكم تحكيم اختياراً، وهنا تظهر أهمية تنفيذ هذا الحكم تنفيذاً جبرياً، وذلك بالحصول على أمر بتنفيذه، وقد اهتمت التشريعات الحديثة بتنظيم هذه المسألة، كذلك عالجته الاتفاقيات الدولية في تفصيل د. أحمد هندي: تنفيذ أحكام المحكمين دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩ وما يليها بند ٢ وما بعده. د. عصام الجنانى: المرجع السابق، ص ٢٦٠ وما بعدها.د. عزت البحيري: تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية. رسالة مقارنة حقوق عين شمس ١٩٩٦. ص٦ وما بعدها. =
= د. نبيل عمر: التحكيم: ص٣٣٩ وما بعدها. بند ٢٨٤ وما بعده. د. حسني المصري: ص٥٣٧ وما يليها. د. هدى عبد الرحمن: المرجع السابق ص٣٦٣ وما بعدها بند ٢٧٨ وما بعده.

De Boisséon, juglart et Bellet: op. cit, p. 341 elsN, 401.

ROBERT et MOREAU: op. cit, p. 193els. N. 218. MOTULSKY: op. cit. p. 380. N. 36.

(2) د. أحمد هندي: ص٨٥-٩٥ بند ١٩، التحكيم ص ٢٧٧ وما بعدها من ٦٦. د. عزت البحيري: رسالة ص ٢٢٧ وما بعدها: د. نبيل عمر: التحكيم ص٣٤٨ بند ٣٨٧. د. أحمد صاوي: التحكيم: ص٢٧٠ بند ٢٠٨. د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم/ ص٣٠٥ بند ١٢١. د. عاطف الفقي، ص٧٤٠. د. هدى عبد الرحمن: ص٣٧٤ بند ٢٨١. د. فاطمة

هذه المحكمة في إصدارها للأمر بالتنفيذ على البحث من توافر شروط إصدار الأمر، وعدم توافر أي مانع يمنع من تنفيذه. فالمحكمة لا تبحث موضوع النزاع، ولا تراقب ما انتهى إليه حكم التحكيم في هذا الشأن، وعلة ذلك، عدم اعتبارها هيئة استئنافية في هذا الصدد[1].

وعلى ذلك، فرقابة القاضي الذي يصدر الأمر، هي رقابة لحكم المحكم من حيث الشكل، وعليه ففحص شريعته الشكلية، أي مدى صحة حكم

يوسف: ص٤٠٧ بند ٩٦٠ وما بعده. د. محمد نور شحاته: الرقابة على أعمال المحكمين منشأة المعارف، ص٣٧٢؛ د. عصام الجناني: المرجع السابق، ص ٢٦٠ وما بعدها.

Fouchard, Gaillard et Galdmon: op. cit. p. 897N. 1578 Paulsson: L'eXecution des Senlecnces arbitrales dans le made de demain. Rev, arb. 1998. p. 637.

PEYRE:Le juge de L'exequatur Fantôme ou réalite Rev. arb, 1985. p. 235.

فليس للقاضي سلطة الرقابة على الحكم من الناحية الموضوعية بالبحث عن مدى عدالته ومطابقته للقانون نقض مدى ٢٧ مارس ١٩٩٦ مجموعة النقض السنة ٤٧ ج١ ص٥٥٨. مع مراعاة أنه تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، إذا كان قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم يخضع تنفيذ أحكام التحكيم المصرية المطلوب تنفيذها في الدولة للمراجعة الموضوعية، فإن على المحكمة المصرية عندما يطلب منها إصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين الصادر في هذه الدولة القيام بمراجعة هذا الحكم. د. محسن شفيق: المرجع السابق، ص٣١٦وما بعدها بند ٢٢٤. ومراجعة القضاء الموضوعية على أحكام المحكمين والتي تأخذ بها العديد من الدول مثل السويد وفلندا وألمانيا وإنجلترا والولايات المتحدة والذي يعرف بنظام slalulary arbilration ومقتضاه يحق للطرف المحكوم له بمقتضى حكم المحكمين أن يطلب من المعاون القضائي إصدار أمر بتنفيذه، ويبلغ خصمه نسخة من طلبه يقدم اعتراضه إذا كان لديه اعتراض. وإذا لم يكن هناك اعتراض، فإنه يعطي صيغة التنفيذ بمجرد تقديم حكم المحكمين. أما إذا كان هناك اعتراض فإن على المعاون القضائي فحص مدى هذه الاعتراض، فإذا ابدا له جديتها رفض طلب التنفيذ، ولا يكون أمام طالب التنفيذ إلا الطعن في قرار المعاون الصادر بالرفض أمام محكمة أول = = درجة ويكون حكم هذه المحكمة قابلاً للطعن بالاستئناف في تفصيل ذلك انظر: محمد نور شحاته: المرجع السابق، ص٣٧٦ وما بعدها.

(١) الطعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٧/١٦ س ٤١ ع٢ ص ٤٣٤، الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧ س ٤٧ ع١ ص ٥٥٨ ، الطعن رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٥٦ ق، جلسة ١٩٩٩/٣/١٥ Coss. Civ. 14. Des. 1983. Rev., arb, 1984. p. 483. Note Rondeau

المحكم من حيث الشكل، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب أغلب التشريعات[1] والاتفاقيات الدولية[2] واستقرت عليه أحكام القضاء[3] وقضى

---

(1) والرقابة الشكلية هي التي اعتمدها المشرع المصري في تشريعاته المتعاقبة ابتداءاً من قانون المرافعات الملغي ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والذي كان يعطي سلطة إصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكم لقاضي الأمور الوقتية وفقاً للمادة ٨٤٤، ومن بعده قانون المرافعات الحالي، والذي كان يخول هذه السلطة لقاضي التنفيذ وفقاً للمادة ٥٠٩ ملغاة، حيث أن كلاهما كان يقصر رقابة القاضي على حكم المحكم قبل صدور الأمر بتنفيذه على التأكيد من وجود مشارطة التحكيم، وأن المحكم تدارك الشكل الذي يتطلبه القانون سواء عند الفصل في النزاع أو عند كتابة الحكم، دون أن يخول للقاضي بحث الحكم من الناحية الموضوعية أو مدى مطابقته للقانون. انظر: د. محمد نور شحاته: المرجع السابق، ص٣٦٧ وما بعدها.
ونفس المسلك اتبعه المشرع في ظل قانون التحكيم الحالي ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذي خول لرئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ أو من ينتدبه من قضاتها بإصدار هذا الأمر بتنفيذ حكم المحكمين وفقاً للمادة ٥٦ ودون أن يخول للمحكمة بحث الحكم من الناحية الموضوعية.
وفي القانون الفرنسي: كان يختص بإصدار أمر التنفيذ وفقاً للمادة ١٥٠٠ من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي ١٩٨١ والمادة ١٤٧٧ من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي ١٩٨٠، قاضي التنفيذ ودون أن يخول له بحث الحكم من الناحية الموضوعية.
انظر: PEYRE: op. cit. p. 235. etss.
أما في القانون الجديد ٤٨ لسنة ٢٠١١ أصبح يختص بأمر التنفيذ رئيس محكمة الأمور المستعجلة أو رئيس المحكمة التي تنظر الطعن مادة ١/١٤٩٧ مرافعات.

(2) المادة ٢/٥ من اتفاقية نيويورك لا تجيز المراجعة الموضوعية لحكم التحكيم، لأنه لا يسمح لمحاكم الدولة المتعاقدة جميعها ممارسة رقابة موضوعية على أحكام التحكيم عند طلب= =تنفيذها، فإن ذلك سيؤدي إلى فتح الباب أمام من يريد إعاقة التنفيذ بفتح باب مناقشة حكم المحكمين أينما كان التنفيذ مطلوبا. انظر: د. عزت البحيري ص٢٢٩ وما بعدها.

(3) الطعن رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢١، الطعن رقم ٢٠١٠ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٨/١/٢٢، المبادئ ، ص ٢٠٠ وما بعدها قاعدة ٢١٩، نقض ١٩٩٩/٣/١ طعن رقم ٥٦/١٠٣٥ق مجموعة أحكام النقض السنة ٥٠ ج١ ص٣٢٧، نقض ١٩٩٠/٧/١٦ في الطعن ٥٧/٢٩٩٤ق، طعن ٢٣/٩٣ق مجموعة أحكام النقض السنة ٥٠ ج١ ص٣٢٧، نقض ١٩٩٠/٧/١٦ في الطعن ٥٧/٢٩٩٤ق. طعن ٢٣/٩٣ق نقض ١٩٧٥/١١/١٤ المجموعة ٧ السنة الثامنة ص٢٢٩، استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري دعوى رقم ٢٩ لسنة ٢٢ بحكم جلسة ٢٠٠٥/٩/٢٥.
Paris. 31 nov, 1987. Rev, arb. 1989. p. 62. Paris. 9 juill 1983. Rev. arb. 1983. p. 497. Paris, 11 Juill 1978. Rev, arb. 1978. p. 538. Note Vialte Paris 16 fev 1995. Rev. arb,

تطبيقاً لذلك بأن "تقدير المحكم غير الصحيح للعناصر الواقعية لا يدخل ضمن نطاق دعوى البطلان، وكذلك عدم تطبيق المحكم للقانون تطبيقاً صحيحاً" وقضى بأن "أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حجبه الشيء المحكوم به بمجرد صدورها، وتبقى هذه الحجية طالما بقى الحكم قائماً، ومن ثم لا يملك القاضي عند الأمر بتنفيذها التحقق من عدالتها أو صحة قضائها في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد".

وترتيباً على ذلك، فرقابة محكمة المادة ٩ تحكيم مصري – المختصة أصلاً بنظر النزاع – سواء في إصدارها الأمر بتنفيذ حكم المحكم، أو في نظرها لدعوى البطلان، ليس هو إعادة الفصل في النزاع الذي سبق وأن فصل فيه المحكم لتأييده أو تعديله. فموضوع الأمر، وكذلك موضوع دعوى البطلان، هو حكم المحكم، وليس النزاع الموضوعي الذي فصل فيه المحكم، كما أن هذه المحكمة ليس لها بحث كيفية تطبيق المحكم للقانون أو فهمه للواقع، ولا إجراءات التحكيم، ولا ما قدمه الخصوم من مذكرات أو دفاع في القضية التحكيمية، ولا صحة أو بطلان الحكم، إذا أن تلك المسائل يجب أن تبقى بمنأى عن رقابة القضاء. فلا يجوز أن ينبني الأمر بالتنفيذ أو رفضه، أو الحكم ببطلان الحكم على أساس عدم عدالته أو خطأ المحكم في تحصيل عناصر الواقع أو في تطبيقه أو تفسير للقانون. الأمر الذي لا يستقيم معه ما ذهب إليه الاتجاه السابق بالقول أن خطأ المحكم في تطبيقه للقانون المتفق عليه من قبل الأطراف يعادل الاستبعاد ويبرر رفع دعوى البطلان.

٢٠- الاتجاه: خطأ المحكم في تطبيقه للقانون أو تفسيره أو تأويله لا يعد إحدى صور الاستبعاد:

يذهب الفقه الغالب[1] بالقول إلى أن خطأ المحكم في تطبيق القانون أو

1996. P. 128, abs. Pellerin, Coss. Civ. 19. Des 1983. Rev. arb. 1984. p. 483. abs. Rondeau. Bell-1-N. 295. Coss Civ. 3 Juin 1998 Rov. Arb 1999. N° 1, p. 71.

(1) د. فتحي والي: التحكيم: ص٥٦٦ وما بعدها بند ٣١٨، ص٥٨٢ بند ٣٢٥ د. أحمد هندي : التحكيم ص١٩٤ وما بعدها بند ٤٥ د. بليغ حمدي ، رسالة ص٤٢٤. مجمود

تأويله لا يعد استبعاداً للقانون ولا يرتب البطلان. كما لا تحقق هذه الحالة إذا كان حكم التحكيم قد طبق مضمون القانون المتفق على تطبيقه، وأن أخطأ في الإشارة إلى اسم القانون، لأن الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله يشكل سبباً للطعن في الأحكام طبقاً لقانون المرافعات[1] – والقول بكونه إحدى صور الاستبعاد – يخرج بنا من نطاق دعوى البطلان إلى نطاق دعوى الاستئناف، والأخيرة تسمح للقاضي بمراقبة التقدير الموضوعي، وكيفية تكييف الوقائع وتفسير النصوص وإنزال حكمه على هذه الوقائع[2] وكل هذا يخرج تماماً من

مختار بريري: ص٢٢٤ بند ١٣٨. د. أحمد شرف الدين: سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم ص٧٨، ٧٩. د. عاطف الفقي: المرجع السابق، ص٦٤٣. د. حفيظة الحداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادر في المنازعات الخاصة دار الفكر الجامعي ص١٨٤. د. محمود مصطفى يونس: المرجع في أصول التحكيم ٢٠٠٩. دار النهضة العربية ص٥٧٥ وما بعدها بند ٧١٩. د. عبد التواب مبارك: ص٥٢ وما بعدها بند ١٩. د. عادل محمد النجار: البطلان المؤثر في حكم التحكيم رسالة عين شمس، ٢٠١٠ ص١٢٦. د. خالد أحمد حسن بطلان حكم التحكيم رسالة عين شمس ٢٠٠٦ ص٣٩٠ وما بعدها. د. معتز عفيفي : ص٤٥٦.

Fouchard, Gillard et Goldman: op. cit. p. 959N. 1634. Poulsson,: L'execution des senloences. Op. cit. p. 637.

(1) د. نبيل عمر : الوسيط في الطعن بالنقض ص١٨١ وما يليها . د. أحمد هندي : قانون المرافعات : ص١٠٥٣ وما بعدها بند ٣٣٢ .

Jacques . Bore : La cassation en Matiere. Civil, Dalloz 1997. p. 47.

(2) فالاستئناف وفقاً للأثر الناقل للاستئناف يترتب عليه نقل موضوع النزاع إلى محكمة الاستئناف وإعادة طرحه عليها مع أسانيده القانونية وأدلته الواقعية، ويتعين على هذه المحكمة أن تقول كلمتها في موضوع النزاع وأن تفصل فيه، متى كانت محكمة أول درجة قد استنفدت ولايتها. فمحكمة الاستئناف إذا تبين لها بطلان الحكم، فهي لا تقف عند تقريره، بل عليها أن تفصل في الموضوع بحكم جديد، تراعى فيه الإجراءات الصحيحة. انظر: د. نبيل عمر الوسيط في الطعن بالاستئناف ص٦٧١ وما يليها بند ٢٧١ وما بعده. د.وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني ص٧٦٦ وما بعدها.

= Cadiet: op. cit., p. 741etss.

= وفي تطبيق ذلك انظر: طعن رقم ٦١/٦٥١ق نقض ١٩٩٥/٦/٥ مجموعة الأحكام ٤٦ ص ٨٣٥، نقض ١٩٧٩/٤/٤. مجموعة الأحكام ٣٠ ع٢ ص١٠ نقض ١٢/ ٥/

نطاق دعوى البطلان التي لا تعد طريقاً للطعن وفقاً لصراحة المادة ١/٥٢ تحكيم مصري [١]. كما أن الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله ليس من بين أسبابها التي أوردها المشرع المصري[٢] أو الفرنسي[٣] على سبيل الحصر[٤] واستقرت عليه أحكام القضاء[٥] وقضى تطبيقاً لذلك بأن الخطأ الذي يرتكبه

١٩٧٩ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ص ٣٢٨. نقض ١٩٧٤/٢/١٩ مجموعة الأحكام ٢٦ ص٤٤٠. استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري الدعوى ٤٠ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٥/٣/٣٠.

(١) والتي تنص على أنه " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية". والمادة ٤٩ من نظام التحكيم السعودي الجديد .

(٢) انظر في الحالات التي حدده المشرع وفقاً للمادة ٥٣ تحكيم والتي تنص على أنه "لا دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية...."

(٣) حيث نصت المادة ١٤٩١ مرافعات على أنه "لا يكون الطعن في حكم التحكيم جائزاً إلا إذا....."

Si L'arbitre a Statué sone convention d'arbtrage ou sur convention nulle exprimee.."

(٤) د. عزمي عبد الفتاح: التحكيم ص٣٦٠. د. عبد التواب مبارك: ص٢٤ وما بعدها بند ١١ د. فاطمة يوسف ص٣١٩ بند ٧٤٦. د. معتز عفيفي : ص٤٥١ وما بعدها ، د. فتحي والي : التحكيم ، ص٥٧١ بند ٣٢٠ ، د. أحمد هندي : التحكيم : ص١٧١ وما بعدها بند ٣٩ .

De Boisseson, juglart et Bellet: op, cit. p. 274.

Fouchard, Gaillard et Galdman. Op, cit. 936. N. 1603. Vincent et Guinchard: op. cit. p. 1017. N. 1687.

قارن د. محمود مختار بريري: ص٢٣٥ وما بعدها بند ١٤٣ د. أحمد السيد صاوي: ص٢٢٠ بند ١٧١.

(٥) استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجاري الدعوى رقم ٣٢ لسنة ١٢٢ق تحكيم جلسة ٢٠٠٦/١/٢٩. الدائرة ٩١ تجاري في الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٢٢ق تحكيم جلسة ٢٠٠٥/٩/٢٥. الدائرة ٩١ تجاري ٢٠٠٣/١/٢٩ حكم رقم ١٩/٣٧ق. نقض مدني طعن ٧٠/٢٩١ق جلسة ٢٠٠١/١٦/١٧. نقض ٢٠٠٠/١/١٢ الطعنان رقما ٦٥٢٩، ٦٢/٦٥٣٠ق مشار إليه سابقاً. استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري الدعوى ٤٠ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٥/٣/٣٠، استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري الدعوى ٣٩ لسنة

المحكم في تطبيق القانون أو تأويله لا يعتبر بحال من حالات البطلان التي حددتها المادة ٥٣ تحكيم مصري ١٤٩٢ مرافعات فرنسي.

ثانياً: خطأ المحكم الجسيم في تطبيق قانون الإرادة إلى درجة مسخه لا يعادل الاستبعاد ولا يسمح بطلب البطلان:

٢١- مسخ القانون يقصد به الخطأ في تفسيره وتأويله، وذلك بإعطائه معنى لا يطابق المعنى الذي يودي إليه التفسير السليم للقانون والذي كان يتعين إعطاؤه له إذا ما اتبعت القواعد القانونية في التفسير، بحيث يؤدي ذلك إلى إعطاء النصوص القانونية معنى لم يقصده المشرع ولم يهدف إليه الشارع، ولم يوضح القانون لحكم المسألة المطبقة عليها[١]. فالمسخ يعني عدول المحكم وميله عن المعنى الواضح والمحدد للمحرر إلى معنى لا يفيده، ينتج آثاراً قانونية مختلفة، وذلك نتيجة تفسيره له، رغم أن عباراته واضحة ومحددة المعنى لا تحتاج إلى تفسير. مما يؤدي إلى عدم منطقية النتيجة[٢] التي انتهى إليها حكم المحكم في منطوقه طبقًا لما جاء في مقدمات القياس الذي باشره المحكم وتعني بها الأسباب الواقعية والقانونية للحكم .

وتعتبر النتيجة منطقية أو على العكس غير منطقية استنادًا إلى العقل ،

٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٩، نقض ٢٠٠٧/٥/٢٤ طعنان رقما ٨٢٤، ٩٣٣ لسنة ٧١ق. =

=تميز كويتي: ١٠ يونيو ١٩٨٧ الطعن ٨٧/١٩ تجاري مجلة القضاء والقانون السنة ١٥ العدد الثاني ديسمبر ١٩٩٤ ص٤٢. تميز كويتي ٢٢ فبراير ١٩٨٤ الطعن ٨٣/٤٦ تجاري المجلة السنة ١٢ العدد الأول مارس ١٩٨٧ ص١٣٣.

Paris. 20 mai 1994. Rev. arb. 1994. 397. civ. 20 dec 1993. Rev. arb. 1994. p. 126.

Paris 7 Oct. 2004. Rev. Ocb. 2004, p. 983.

(١) د. نبيل عمر: الفساد في الاستدلال: ص ٥٩ بند ٥٩؛ د. عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة ١٩٨٣ الطبعة الأولى ص ٤٨٠ وما بعدها.

(٢) د. وجدي راغب : نظرية العمل القضائي : ص٥٣٨ : د. عزمي عبد الفتاح : الإشارة السابقة.

وتصرف المحكم كمُحكم معتاد ، فالمعقولية هي المعيار الوحيد في مثل هذه الحالات .

ومسخ القانون يتصل أوثق الصلة بعملية التكييف القانوني الذي يقوم به القاضي أو المحكم لوقائع النزاع، فحدوث الخطأ في التكيف هو الذي يؤدي إلى حدوث المسخ في القانون[1] ويحدث ذلك عندما يطبق المحكم القانون الأجنبي بدلاً من القانون المصري، أو العكس بصدد واقعة اتفق الأطراف على تطبيق القانون المصري بشأنها، ويتم ذلك نتيجة الخطأ في التكييف، وفي عملية المقارنة بين المجموع الواقعي الذي طرحه الخصوم وأثبتوه، وبين الواقع النموذجي القائم في مفترض القاعدة القانونية المحتملة التطبيق والتي أوجدها المحكم. فإذا قدر المحكم انطباق المجموع الواقعي على المجموع النموذجي بشكل خاطئ نتيجة خطأه في التكييف، فإن الوصف واللون القانوني الذي أسبغه المشرع على المجموع النموذجي للوقائع ينتقل ويلون المجموع الواقعي الذي طرحه الخصوم. هذا النشاط يرد على محل مادي وقانوني، فإذا أخطأ المحكم في فهم الواقع المادي أو النموذجي، فيؤدي هذا إلى خطأ موازي له يتمثل في مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه إلى درجة مسخه[2].

---

(1) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة، د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأصلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء. مجلة المحامي الكويتية. السنة التاسعة. الإعداد ١٠ أكتوبر ونوفمبر وديسمبر ١٩٨٦ ص٩٨. د. أحمد السيد صاوي: نطاق رقابة محكمة النقض دار النهضة العربية ص١٩١ بند١١٨. د. أحمد هندي : التحكيم : ص١٩٦ بند ٤٣.

Jacques. Voulet: Le Grief de dénaturation devant La cour. de cassation, La semaine juridique 1971. Dectrine -1- 1971. N. 2410.

وفي تطبيق ذلك انظر: نقض مدني ١٩٧٤/٦/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص١١٠٥.

(2) نفس المعنى انظر: د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص٦٠ بند ٣٥. الوسيط في الطعن بالنقض ص٢١٠-٢١٢ بند ٨٦ دعوى البطلان: ص٢٨ بند ١٥ المؤلف: الدفع بالإحالة ص١٣٦ وما بعدها بند ١٢٨ وما بعده. د. أحمد هندي : التحكيم ص١٩٦ بند ٤٣.

هذا المسخ يعد أحد الصور التي تفرض محكمة النقض فيه رقابتها على قاضي الموضوع وفقاً لضوابط وشروط معينة[1]. أما بالنسبة للمحكم، هل يعادل مسخه للقانون استبعاده له، مما يبرر طلب بطلانه وفقاً للمادة ٥٣/د تحكيم مصري؟ المسألة جد دقيقة وشائكة[2] أسفر تناول الفقه والقضاء للمسألة عن اتجاهين متعارضين. اتجاه يرى بأن خطأ المحكم الجسيم في تطبيقه لقانون الإرادة إلى درجة مسخه يعادل الاستبعاد، ومن ثم يبرر طلب البطلان، واتجاه أخر يرى عكس ذلك.

٢٢- الاتجاه الأول: يرى فقه هذا الاتجاه[3] مؤيداً ببعض أحكام

---

(١) د. نبيل عمر: الفساد في الاستدلال: الإشارة السابقة، الطعن بالنقض، الإشارة السابقة، د. فتحي والي: التحكيم: ٥٨٥ بند ٣٢٥. د. أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص١٨٩ وما بعدها. شرح قانون المرافعات ١٩٩٧ دار النهضة العربية. ص٨٥٦ وما بعدها بند ٥٥٢. د. عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاه في المواد المدنية والتجارية الطبعة الأولى، ١٩٨٣ ص٤٢٧ وما بعدها.

BORE: La cassation en matiere civil. Sinry. Paris. 198.. N. 2307.

نقض مدني ١٩٦١/٥/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص٤٤٤.

(٢) د.عماد مصطفى قميناسي: سلطة القاضي إزاء القوة التنفيذية للأحكام، رسالة عين شمس ص٤٠٣ بمد ٤٧٥ Voulet: Lic. Cit.

(٣) د. نبيل عمر: دعوى بطلان حكم التحكيم، ص٢٥ وما بعدها، بند ١٥ د. عبد المنعم زمزم : المرجع السابق ، ص٢٦٥ بند ٤٧٠ د. مختار بريري: المرجع السابق، ص٢٢٥ بند ١٣٨. د. أكثم الخولي: الاتجاهات العامة في قانون التحكيم الجديد – مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم مشار إليه لدى د. عماد قميناسي ص٤٠٢ ورأيه هو الأخر من هذا القبيل ص٤٠٣ وما بعدها. د. حفيظة الحداد: ص١٨٤. د. محمود مصطفى يونس: المرجع السابق، ص٥٧٦ وما بعدها بند ٧٢٠. د. أحمد السيد صاوي: التحكيم ص٢٢٢ بند ١٧١. ص٢٣٢ وما بعدها بند ١٧٧. د. رضا السيد: ص١٢٦. د. هدى عبد الرحمن: ص٣٠٧ بند ٢٣٨. د. فاطمة يوسف: ص٣٢٤ بند ٧٦٢. د.رجب محمد السيد: ص٤٣٠ وما بعدها. د. بليغ حمدي : رسالة : ص٤٢٦ وما بعدها .

Viatte: La denaturation est elle uv cause de Nullitte des sentences arbitrates. G. p. 1974. Doctrai. P. 979.

De Boisséson, juglort et Bellet: op. cit.p, 383.

القضاء[1] إلى أنه يعتبر من قبيل الاستبعاد الذي يوجب البطلان قيام المحكم في إطار ونطاق القانون المتفق عليه بتطبيق فرع فيه لا يستجيب لوقائع النزاع حسب التكيف السليم. كما لو اتفق الأطراف على أعمال القانون المصري على النزاع فقامت هيئة التحكيم بتطبيق القانون المدني المصري بدلاً من القانون الإداري المصري الذي كان من الواجب إعماله حسب التكييف السليم لوقائع النزاع. فالخطأ في التكييف وإن أدى إلى البقاء في ذات القانون الذي اختاره الأطراف يعتبر فيه مخالفة لقانون إرادتهم، إذا أسفرت عن تطبيق قانون لا يتلائم مع حقيقة النزاع وفقاً للتكييف السليم.

فوفقاً لهذا الاتجاه يعادل استبعاد القانون الخطأ في تطبيقه إلى درجة مسخه، مما يسمح برفع دعوى بطلان حكم التحكيم استناداً لنص المادة ١/٥٣/د تحكيم مصري. والقول بخلاف ذلك وفقاً لفقه هذا الاتجاه[2] يجعل رقابة المحكمة المختصة بدعوى البطلان على التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون المختار رقابة روتينية لا جدوى منها، كما يجعل من الأمر الصادر بتنفيذ الحكم المخالف للقانون المختار صورة من صور الاعتداء على المبادئ العامة

---

(1) حيث قضت إحدى دوائر محكمة استئناف القاهرة "بإنه إذا تضمنت العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق بمعرفة هيئة التحكيم هو القانون المصري، وكان الثابت أن العقد هو عقد إداري، فإن المقصود بالاتفاق يكون هو تطبيق القانون الإداري المصري، فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق عليه في العقد بما تتوافر معه حالة البطلان المنصوص عليها في المادة ١/٥٣ تحكيم مصري. حكم ١٩٩٥/١٢/٥ في الدعوى التحكيمية رقم ١٦ لسنة ١٩٩٤ وحكمها في ١٩٩٩/٩/١٧ في الدعوى رقم ٨ لسنة ١١٥ ق تحكيم.
وهو نفس الضرب التي كانت تنهجه محكمة استئناف باريس في العديد من أحكامها قبل عام ١٩٨٠ والتي اعتبرت مسخ القانون من العيوب المؤثرة في الحكم التحكيمي، ومن شأنه يؤدي إلى البطلان

Paris, 9nov 1973. Rev. arb. 1973. p. 173. Paris. 2 Rev. 1976. et 16 mars 1978. Rev. arb. 1978.p. 501.

(2) د. أحمد السيد صاوي: التحكيم: ص٢٢٢ وما بعدها بند ١٧١ د. رجب محمد السيد أحمد: المرجع السابق، ص٤٣٢. د. محمود سمير الشرقاوي : التحكيم : ص٥٠٥ بند ٣٦٩ .

للإرادة، وأداء العدالة، وكلاهما يعد أمر مخالف للنظام العام[1] وشأن هذا وذاك يجعل المحكم يتجاوز حدود سلطاته في تطبيق القانون، وهو على علم بأنه محصن من الرقابة القضائية. كما أنه يخلق نوع من الحماية المفرطة للطرف المحكوم له على حساب الطرف الآخر الذي قد يضار ضررًا بالغًا من جراء هذا الحكم المعيب[2] .

ويدلل فقه هذا الاتجاه على صحة مسعاه، بما ورد في تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب بشأن قانون التحكيم المصري الحالي، والذي يقول "كما استحدثت اللجنة البند (د) لنص المادة ٥٣ لتضيف إلى حالات قبول دعوى بطلان حكم التحكيم، حالة استبعاد حكم التحكيم القانون الواجب التطبيق الخطأ في تطبيقه إلى درجة مسخه"[3].

٢٣- هذا الاتجاه محل نظر، ففضلاً عن عدول بعض أنصاره[4] وعدول القضاء هو الأخر[5] عما ذهب إليه، ذلك أنه في هذا الفرض لم يتفق الأطراف

---

(1) د. عماد مصطفى قمبناسي: ص٤٠٤ بند ٤٧٥.

(2) د. عبد المنعم زمزم : المرجع السابق ، ص٢٧١ بند ٤٩١ . مما دفع بالبعض إلى اقتراح تعديل المادة ٥٣٥ تحكيم مصري على نحو يسمح بإضافة حالات الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره د. ياسر عبد السلام : دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري ٢٠٠٢ ص١١٩ مشار إليه لدي د. عبد المنعم زمزم : الإشارة السابقة .

(3) مضبطة مجلس الشعب الجلسة الحادية والخمسون في ٢٠ فبراير ١٩٩٤ ص٣٢.

(4) حيث يرى البعض بأن الخطأ في تفسير القانون أو في فهم الواقع في الدعوى، وكذلك الأمر بالنسبة للتفسير الخاطئ من قبل هيئة التحكيم للوثائق والأدلة المقدمة في الدعوى لا يشكل أي من ذلك سبباً للبطلان في القانون المصري. د. نبيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم: ص٧٩ وما بعدها بند ٥٣.
ويرى البعض أن تطبيق أي فرع من فروع القانون الواجب التطبيق لا يبطل الحكم. د. محمود مصطفى يونس: المرجع السابق، ص٥٨١ بند ٧٢٦.

(5) حيث قضت محكمة استئناف القاهرة إلى أن "النعي باستبعاد تطبيق حكم القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع إذا استبعد الحكم المطعون فيه أحكام القانون المدني المنطبقة وأعمل بدلاً منها أحكام قانون التجارة الجديد، هو غير سديد، ذلك أن شرط التحكيم المبرم بين طرفي النزاع الماثل قد تضمن الاتفاق على تطبيق

على تطبيق فرع من القانون بعينه، وإنما على تطبيق القانون المصري. والأخذ بمنطق هذا الرأي، يؤدي على حد تعبير البعض[1] إلى إنه إذا اتفق الأطراف على تطبيق القانون المصري وأخطأ حكم التحكيم في تطبيق هذا القانون أو خالف حكماً من أحكامه، فإنه يكون باطلاً على أساس أن الحكم بذلك يكون قد استبعد القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه، إذ هما اتفقوا على تطبيق سليم لأحكام القانون، وهو ما يؤدي إلى توسيع حالات البطلان لتشمل ما لا يتسع له البطلان بالمعنى الفني الدقيق. إذ من المسلم أن مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أياً كانت المخالفة لا تعتبر سبباً للبطلان. خاصة وإن نص المادة ٥٣/١/د تناول الاستبعاد وليس الخطأ في تطبيق القانون مهما كانت جسامته.

والقول بأن الخطأ في القانون إلى درجة مسخه يعادل الاستبعاد، ويجعل

القوانين المصرية دون تخصيص لأي فرع منها، كما أن تقدير مدى صواب قضاء حكم التحكيم بالنسبة لتطبيق أحكام قانون معين من القوانين المصرية دون غيرها لن يتأتى إلا بإعادة النظر في موضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم، بما في ذلك إعادة تكييف العقد محل التداعي، وتحديد طبيعته القانونية، وكل ذلك يخرج عن نطاق دعوى البطلان وأسبابه كما حددتها المادة ٥٣/٥٢ من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ "الدائرة ٩١تجاري في حكمها ٢٠٠٣/١/٢٩ في الدعوى ٣٧ لسنة ١١٩ق وحكمها في الدعوى رقم ٩٣ لسنة ١٢٠ق تحكيم جلسة ٢٠٠٦/١/٢٩.

والقضاء الفرنسي هو الآخر من عام ١٩٨٠ استقر قضاؤه على أن المسخ والتحريف ليس من أسباب بطلان حكم المحكم. فاستقر قضاء محكمة استئناف باريس على أن تشويه هيئة التحكيم لاتفاق الأطراف أو المستندات لا يعد سبباً للبطلان.

Paris- 18. Janv 2003.G.p. 2003. N. 150 ets. Paris. 5 Nov. 1985. Rev. ocb. 1987. 81 Note. Moreau.

وقضت بأن الخطأ الجسيم أو الظاهر الذي يرتكبه المحكم في تطبيق القانون أو في وقائع النزاع لا يعد من حالات البطلان المنصوص عليها في المادة ١٤٩٢ مرافعات

Paris. 16. Juin 1994. et 16 fev. 1995. Rev arb. 1996. p. 128. abs pellerin.

(١) د. فتحي والي: التحكيم، ص٥٨٢ بند ٣٢٦. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

رقابة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع سواء عند نظرها لدعوى البطلان، أو عند إصدارها للأمر بتنفيذ حكم المحكم، مجرد رقابة روتينية، قول يتناقض مع ما أجمع عليه أصحاب هذا الاتجاه فقهاً وقضاء على أنه لا يجوز بحال أن تتطرق هذه المحكمة إلى بحث مدى سلامة أو صحة قضاء التحكيم[1]. فيمتنع على محكمة البطلان بحث ما قضي به حكم المحكم في الموضوع تحت ستار مراقبة تسبيب الأحكام، كما أنه ليس للمحكمة احلال تفسيرها للواقع وما يندرج تحته محل تفسير المحكم، إذ هو وحده الذي يملك تحديد ما إذا كانت المستندات المقدمة أو الواقع المطروح واضح أو على العكس غير واضح ، ومن ثم يحتاج إلى تفسير من عدمه[2] ، فمراجعة محكمة البطلان للتفسير المشوه للمستندات غير مقبول في مادة التحكيم سواء الداخلي أم الخارجي ، باعتبار أن محكمة البطلان يتعين عليها أن تحترم ما قام به المحكم من تفسيره للمستندات ، فهذا داخل في سلطة المحكم وليس قاضي البطلان ، وإذا حدث منه ذلك يعد متجاوزًا لسلطته [3].

وترتيبًا على ذلك إذا قامت محكمة البطلان بما سبق تكون قد خرجت عن حدود ولايتها، لأن المحكمة لا تعد هيئة استئنافية، ومن ثم لا يصح القول[4] بأن دعوى البطلان شأن الطعن بالاستئناف لكون الهدف منهما واحد، وهو

---

(1) انظر فيما سبق بند ٢٠.

(2) د. فتحي والي : التحكيم : ص٥٧١ وما بعدها بند ٣٢٠ .

Fouchord, Goldmom et Gaillard: op. cit., p. 937 N°1603.

(3) د. معتز عفيفي : المرجع السابق ، ص٤٥٩ وما بعدها ، والمراجع والأحكام المشارة لذلك . د. عبد المنعم زمزم ، ص٢٧٩، بند ٥١٨.

(4) د. أحمد السيد صاوي: التحكيم ص٢٢٣ بند ١٧١. قارن استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري دعوى رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٣/٣٠ ، استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري دعوى ٣٩ لسنة ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٦/٢٩.

إلغاء الحكم المعيب، لأن هذا القول يتعارض مع صراحة المادة ٥٢ تحكيم مصري والتي تنص على أنه "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية". كما أن هذا القول يتعارض مع نص المادة ١٤٩١ مرافعات فرنسي التي أوجدت الطعن بالإستئناف حالة الاتفاق عليه من جانب الأطراف بدلاً من الطريق الأصيل دعوى البطلان وإلا كان ذلك تزايد من جانب المشرع .

وإذا كان صحيح أن تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب بشأن قانون التحكيم قد أدخلت في مفهوم نطاق استبعاد القانون الواجب التطبيق الخطأ في تطبيقه إلى درجة مسخه. فهذه العبارة لا تغير إرادة المشرع الواضحة من نص المادة ٥٣ تحكيم مصري[١] والتي حصرت حالات البطلان[٢] فصياغة النص واضحة في أن سبب البطلان يرتبط باستبعاد القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع[٣]. وطالما أن صياغة النص واضحة فلا يجوز الانحراف عنها أو البحث في حكمة التشريع ودواعيه أو التحدي بالأعمال التحضرية[٤] فهذه الأعمال يجب الحذر عند الرجوع إليها، فكثير ما يدون في التقارير أو يقال في جلسات البرلمان لا يعبر إلا عن رأي فردي لأحد المشتركين في وضع التقارير أو في المناقشات البرلمانية، ولا يعبر بالتالي عن إرادة الشارع، وليس للأعمال التحضرية على وجه العموم قيمة تفسيرية إلا بقدر

---

(١) د. فتحي والي: ص٥٨٢ بند ٥٢٥. د. معتز عفيفي : الإشارة السابقة قارن د. عيد القصاص : التحكيم ص٥٦٣ بند ٢٠٢.

(٢) انظر فيما سبق ص١٠.

(٣) د. محمود مختار بريري: ص٢٢٤ بند ١٣٨ د. أحمد شرف الدين: ص٧٨ بند ١٩.

(٤) نقض مدني ١٩٦٠/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ص٧٨٢ مشار إليه في مجلة محكمة النقض يونيه ٢٠٠٦ العدد الأول ص٥٩.

اتفاقها مع ظاهر النصوص، وهي على كل حال غير ملزمة للفقيه أو القاضي، فكثيراً ما تحتوي هذه الأعمال أخطاء واضحة[1].

ويؤكد وجوب الحذر عند الرجوع إلى الأعمال التحضرية ما أشارت إليه المادة الأولى من المجموعة المدنية المصرية بنصها على أن "تسري النصوص التشريعية في جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها". فالمشرع يقرر بأن تفسير نصوص التشريع يكون بلفظها، ذلك أن المشرع لا يعبر عن إرادته تعبيراً يراعى في المقصود بألفاظ هذا النص سواء في اللغة العادية أو في لغة القانون، فإذا لم يوصل اللفظ إلى معنى النص، فإن القضاء يستخلص هذا المعنى من فحوى النص أي من روح التشريع[2].

وقراءة نص المادة ٥٣/د تحكيم مصري في ضوء ما تقدم تنص على أن دعوى البطلان لا تقبل إلا إذا استبعد حكم التحكيم القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، وهي عبارة واضحة للفظ في أن سبب البطلان يرتبط باستبعاد القانون المتفق على تطبيقه. والقاعدة أنه لا يجوز الخروج عما تعبر عنه ألفاظ النص[3] بالبحث عن حكمة التشريع ودواعيه أو

---

(1) د. محمود جمال الدين ذكي: دروس في مقدمة الدراسات القانونية ط٢ ١٩٦٩ ص٢٥٦ بند ١٥٨. د. سليمان مرقس: شرح القانون المدني. المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٧ ص٢٦٨ وما بعدها بند ١٣٤ د. نعمان محمد جمعة: دروس في المدخل للعلوم القانونية دار النهضة العربية ١٩٧٩ ص٢٦٣. د. محمد شكري سرور النظرية العامة للقانون ١٩٨٦ ص٧٦٦ بند ٢٦٤؛ د. نبيل سعد: المدخل إلى القانون – نظرية القانون – ٢٠١٦، دار الجامعة الجديدة، ص ٣٩٢ وما بعدها؛ د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ٢٠٠٩، دار الجامعة الجديدة، ص ٤١٥.

(2) د. سمير تناغو: المرجع السابق ص٧٥٧ بند ٣٥٨، ص٧٦١ بند ٣٦٢. د. محمد شكري سرور، ص٣٩٠ بند ٤٠٣، ٤٠٤. د. فتحي والي: التحكيم ص٥٨٣ وما بعدها بند ٣٢٥.

(3) د. فتحي والي: الإشارة السابقة، د. محمود مختار بريري: ص٢٤٢ بند ١٣٨ د. محمد شكري سرور ص٣٩١ بند ٤٠٥.

التحدي بالأعمال التحضرية[1] لتعارضه مع النص الصريح للتشريع، فالعبرة بالإرادة المعلنة بالتشريع لا بإرادة واضع التشريع[2] ووفقاً لذلك، فإن سبب البطلان لا يتحقق إذا قام المحكم بتطبيق القانون المتفق عليه، حتى ولو أخطأ في تفسيره أو تأويله تأولاً يصعب قبوله، طالما أن أمر تفسير واجتهاد تحتمله نصوص القانون الذي يطبق أعمالاً لإرادة الأطراف[3].

والاستناد إلى إرادة وضع التشريع، والخروج عن الإرادة المعلن بها التشريع، يدخل بنص المادة ٥٣/١-د تحكيم ضمن حالات التفسير الواسع، في حين أن هذه الحالة لكونها تمثل جزاء إجرائي – البطلان يحاول المشرع دائماً تقيده وحصره في أضيق نطاقه – يبرز فيها ما يظهر في غيرها من الحالات التي يتعين ضرورة تفسيرها تفسيراً ضيقاً، لأن من شأن التوسع في تفسير هذه الحالة أن يؤدي إلى نتائج بالغة الخطورة[4] في مقدمتها يخرج بنا من نطاق دعوى البطلان إلى نطاق دعوى الاستئناف، ويسمح للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بمراقبة التقدير الموضوعي وكيفية تكييف الواقع وتفسير النصوص وإنزال حكمها على هذه الوقائع. وكل هذا يخرج من نطاق دعوى البطلان[5].

---

(1) نقض مدني ١٩٦٠/١١/١٤ مشار إليه سابقاً.

(2) د. فتحي والي: الإشارة السابقة.

(3) د. محمود مختار بريري: الإشارة السابقة.

(4) د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٧ دار النهضة العربية ص٢٢٠ وما بعدها. وفي النتائج الخطيرة: انظر: د. عزت البحيري: رسالة ص٢٧٧ وما بعدها. د. نبيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة ص٨٩ وما بعدها . دراسة في السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجزاء الإجرائي ٢٠٠٨ ، دار الجامعة الجديدة، ص١٥ وما يليها .

(5) د. محمود مختار بريري: الإشارة السابقة نقض مدني ١٦ يوليو ١٩٩٠ السنة ٥١ ص٤٣٤.

Fouchard, Goldman et Gaillard: op. cit., p. 937, N°1603.

فمن المبادئ المسلم بها في معظم القوانين، مبدأ نهائية حكم التحكيم[1] فيصدر حائزاً لقوة الأمر المقضي به وغير قابل للطعن بأي طريق، ودور القضاء بعد صدور هذا الحكم يقتصر على رقابة صحته من ناحية الشكل لا المضمون، فهي رقابة يجب أن تكون في أضيق الحدود حفاظاً على هوية هذا النظام، وعدم تحويله إلى مجرد مرحلة مبدئية من مراحل التقاضي. وقد عبر البعض[2] وبحق أن السماح للأطراف باللجوء إلى القضاء لمراجعة الحكم من حيث الواقع أو القانون يضيف إلى عملية التقاضي أمام المحاكم مرحلة جديدة، هي مرحلة ما قبل رفع الدعوى، وهو ما يتنافى مع هوية التحكيم والغرض الأساسي منه وجعله نظاماً مستقلاً وبديلاً لفض المنازعات خارج ساحات المحاكم.

ولو على فرض القول بأن النص غير واضح في لفظه لوجب أن تغلب صحة العمل على بطلانه، لأن الأصل في الأعمال الصحة لا البطلان. وقد عبر المشرع عن إرادته في المذكرة الإيضاحية للقانون بإشارتها إلى أنه لوحظ في تعيينها – أي حالات البطلان – المطابقة بينها وبين حالات البطلان المنصوص عليها في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك تحقيقاً لوحدة التشريع" وليس في

Sophie CREPIN: les sentences arbitrales Devant le juge francais. Thésé 1994.p. 154. N. 147.

وفي تطبيق ذلك انظر : طعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ق جلسة ٢٠٠٧/٢/٨ . طعن ٤٧٢١ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٧/١٢/٢٧. الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٢ طعن رقم ٤١٤ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٩/١/٨ . المبادئ القانونية لمحكمة النقض ص١٥٩ وما بعدها القواعد ١٦٤، ١٦٥ ؛ ١٦٦ ، ١٦٧.

(1) د. فتحي والي: التحكيم: ص٤٦٠ وما بعدها، بند ٢٦٤ وما بعده د. محمود مختار بريري: ص١٧٢ بند ١٠٤ د. فاطمة يوسف: ص٣٦٢ وما بعدها بند ٨٥٧. د. عبد المنعم زمزم : ص٢٧٩ بند ٥١٧.

(1) Amy – schmitz: Ending Mud Boul Supra. P. 123.

مشار إليه لدى د. فاطمة يوسف ص٣٦٣.

Mayer : La sentence op. cit., N°4.

نصوص اتفاقية نيويورك أو غيرها[1]أي نص على أن مسخ القاعدة القانونية واجبة التطبيق يؤدي إلى بطلان الحكم.

٢٤- ولعدم صحة الاتجاه السابق، لعدم دقة أساسه، نرى مع اتجاه أخر جدير بالتأييد[2]إلى أن الخطأ في تكييف القاعدة القانونية والذي يؤدي إلى الخطأ في تحديد الفرع من القانون الواجب التطبيق على النزاع. كما أن الخطأ في تفسير القانون أو في فهم الواقع في الدعوى، وكذلك الأمر بالنسبة للتفسير الخاطئ من قبل المحكم للوثائق والأدلة المقدمة في الدعوى، وكذلك الفساد في الاستدلال، مما يترتب عليه الخطأ في تطبيق القانون إلى درجة مسخه. كل ذلك لا يعد صورة من صور استبعاد القانون، ولا يشكل سبباً للبطلان في القانون المصري. ومعظم أنظمة التحكيم المقارن التي تستلزم أن تكون مساعدة القضاء لنظام التحكيم في أضيق الحدود حفاظًا على هوية هذا النظام وعدم تحويله إلى مجرد مرحلة مبدئية من مراحل التقاضي[3].

---

(١) وقد أكدت المذكرة الإيضاحية الصادرة عن أمانة اليونستيرال، أن أسباب البطلان الواردة في المادة٣/٣٤ من هذا القانون قد وردت على سبيل الحصر، وليس من بينها مسخ القانون كسبب للبطلان.

(٢) د. فتحي والي: التحكيم: الإشارة السابقة. د. أحمد شرف الدين: ص٧٧ وما بعدها خاصة حاشية ص٨٠. د. نبيل عمر: دعوى بطلان حكم التحكيم: ص٧٩ وما بعدها بند ٥٣ د. محمود مصطفى يونس: ص٥٨١ بند ٧٢٥ د. خالد حسن: رسالة ص٣٩٠ وما بعدها. د. عادل على النجار: رسالة: ص١٢٦ وما بعدها. د. عبد التواب مبارك: ص٥٣. د. أحمد هندي : التحكيم : ص١٩٦ بند ٤٣ . د. معتز عفيفي : المرجع السابق : ص٤٥٩ وما بعدها .

Fouchazd, Goldman et Gaillard: op. cit., p. 937 N°1603 ets.

(٣) ولذلك أشار البعض ويحق أثناء جلسات الإعداد لقانون التحكيم الموحد بالولايات لمتحدة إلى أن السماح للأطراف باللجوء إلى القضاء لمراجعة الحكم من حيث الواقع والقانون ، يضيف إلى عملية التقاضي أمام المحاكم مرحلة جديدة هي مرحلة "تحكيم ما قبل رفع الدعوى" وهو ما يتنافى مع العرض الأساسي من التحكيم، وجعله نظامًا مستقلاً وبديلاً لفض المنازعات خارج ساحات المحاكم .

انظر : Amy. J. Scnmitz, Ending a Mudbowl, supra. P. 123. مشار إليه لدي د. عبد المنعم زمزم : ص٢٧٩ وما بعدها بند ٥١٩ .

فإذا طبق المحكم فرعاً من فروع القانون المتفق على تطبيقه، كأن يتفق الأطراف على تطبيق القانون المصري، ويطبق المحكم القانون المدني، في حين كان يجب تطبيق القانون الإداري، فلا يعد ذلك استبعاداً للقانون المتفق على تطبيقه. فطالما لم يتفق الأطراف على تطبيق فرع معين من فروع القانون المصري، كالقانون المدني، وطبق المحكم فرعاً أخر غير القانون المدني، فلا يعد استبعاداً للقانون ولا يرتب البطلان.

وفي تطبيق ذلك قضى[1] بأن النعي باستبعاد تطبيق حكم القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، إذا استبعد الحكم المطعون فيه أحكام القانون المدني المنطبقة وأعمال بدلاً منها أحكام قانون التجارة الجديد، هو غير سديد، ذلك أن شرط التحكيم المبرم بين طرفي النزاع الماثل قد تضمن الاتفاق على تطبيق القوانين المصرية The Egyption laws دون تخصيص لأي فرع منها، كما أن تقدير مدى صواب قضاء حكم التحكيم بالنسبة لتطبيق أحكام قانون معين من القوانين المصرية دون غيره لن يتأتى إلا بإعادة النظر في موضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم بما في ذلك إعادة تكييف العقد محل التداعي وتحديد طبيعته القانونية، وكل ذلك يخرج عن نطاق دعوى البطلان وأسبابه كما حددتها المادتان ٥٢، ٥٣ تحكيم مصري. المادة ٤٩، ٥٠ من نظام التحكيم السعودي المادة ١٤٩٢ مرافعات فرنسي.

---

(1) نقض مصري الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧ق جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٦ ، الطعن رقم ٢٦١٩ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٨/١٢/١١. استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري في ٢٠٠٣/١/٢٩ في الدعوى رقم ١١٩/٣٧ق وحكمها في ٢٠٠٥/٤/٢٧ في الدعوى رقم ١٢١/١١٦ق تحكيم، وحكمها في ٢٠٠٦/٢/٢٩ في الدعوى رقم ٩٣ لسنة ١٢٠ق تحكيم.

وما اعتمده القضاء المصري استقر عليه الفقه[1] والقضاء الفرنسي[2] فقد تواترت أحكام استئناف باريس[3] على أن الخطأ الجسيم أو الظاهر الذي ترتكبوه هيئة التحكيم في تطبيقها للقانون إلى درجة مسخه، أو في وقائع النزاع لا يعد من حالات البطلان المنصوص عليها في المادة ١٤٩٢ مرافعات.

وما تواترت عليه أحكام استئناف باريس، أكده قضاء النقض هو الأخر، والذي لا يرى في مسخ القانون سبباً لبطلان حكم التحكيم، فقضى بأنه[4] إذا كان استئناف حكم التحكيم الصادر في الدرجة الأخيرة يعتبر مقبولاً استثنائياً عندما يهدف إلى بطلان الحكم – بسبب مخالفة الحكم للنظام العام أو حقوق الدفاع – إلا أن هذا المفهوم لا يتسع لحاله مسخ القانون أو تحريف الوثائق التي تخضع للمحكمين.

وترتيباً على ذلك، لا تتحقق بحال حالة الاستبعاد إذا طبق المحكم القانون

---

(1) Fouchord, Gaillord et Goldman: op. cit. p. 916 N. 1596. De Boissesn, juglart et Bellet: op. cit. p. 838.

(٢) والقضاء الأمريكي قضى بأنه على الأطراف الالتزام بما قضت به هيئة التحكيم، ما لم يكن الحكم مخالفاً للقانون مخالفة واضحة. وعلى الرغم من تناول هذا القضاء لهذا السبب بكثافة في الكثير من الأحكام، فإن معظمها أن لم يكن جميعها قد رفضت الحكم بالبطلان لعدم توافر شروط هذا السبب. فعلى الرغم من كثرة لجوء الأطراف لإثارة هذا السبب في محاولة لإبطال أحكام التحكيم، تعمل المحاكم الأمريكية من جهة أخرى على إحباط تلك المحاولات من خلال التأكيد على أن مخالفة القانون هو سبب استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا في الحالات النادرة التي يكون فيها حكم التحكيم غير مستند بشكل كلي إلى أي أساس من المنطق أو القانون انظر في موقف القضاء الأمريكي. د. فاطمة يوسف: المرجع السابق ص٣٤٥ وما بعدها والأحكام المشارة لديها.

(3) Paris. 20 avr.2000 Rev. orb.2001, p. 805. Paris. 25 mai1985. Rev. arb. 1989. p. 228.

(4) Coss.Civ. 15 act. 1980 G.P. 1981. p. 155. cass. Civ. 28. avr. 1980 G.P. 1980-2-490. cass. Civ. 6 avr. 1994, Rev. arb. 1995. p. 263. cass. Civ. 9. Dec 1981. Rev arb. 1982. p. 183. Note Couchez

الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، وإن أخطأ في تطبيقه أو تأويله على نحو يصعب قبوله. كما لا تتحقق هذه الحالة إذا كان المحكم قد طبق مضمون القانون المتفق على تطبيقه وأن اخطأ في الإشارة إلى اسم القانون. فالخطأ في القانون إلى درجة مسخه لا يمكن أن ينال من الحكم التحكيمي[1].

ويعد هذا الاتجاه تجسيداً لفكرة رئيسية تسود الأن معظم تشريعات التحكيم، وهي أن حكم التحكيم لا يقبل الرقابة عليه من قبل القضاء، فيما يتعلق بالأسلوب الذي اتبعه المحكم عند الفصل في موضوع النزاع أو كيفية تطبيق القانون أو فهم الواقع وتكييفه. إذ أن تلك المسائل يجب أن تبقى بمنائى عن رقابة القضاء، فلا يجوز أن يبني البطلان على أساس عدم عدالة الحكم أو خطأ المحكم في تحصيل عناصر الواقع أو في تطبيق وتفسير القانون لدرجة مسخه. لأن ذلك ينطوي على تشويه لنظام التحكيم ككل وإهدار لأهم مميزاته ، إذ أنه ينقل عيوب وصعوبات التقاضي أمام قضاء الدولة إلى نظام التحكيم الذي كان الهدف من اللجوء إليه في البداية هو تفادي عيوب التقاضي . فالمحكم لم يستبعد القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه . ولكن الوضع يختلف إذا كان الطرفين قد اتفقا على تطبيق فرع معين من فروع القانون كالقانون الإداري المصري . فطبق المحكم القانون المدني المصري ، فعندئذ يكون المحكم قد استبعد القانون الذي اتفق الطرفين على

---

(1) وقضي بأن "المحكم لم يرتكب مخالفة عدم التقيد بالقانون المطبق، لأنه طبق القانون المصري وأن أشار إلى القانون الفرنسي ومواد مطابقة بينهما".

Paris 10 Mairs. 1988 Rev. arb. 1993. p.88. Note Gaillard. Paris. 19 dec. 1986. Rev. orb. 1987. p. 359.

تطبيقه[1]. وقضي تطبيقًا لذلك[2] بأنه "إذا تضمن العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق بمعرفة هيئة التحكيم هو القانون المصري : وكان الثابت أن العقد الإداري، فإن مفاد ذلك هو تطبيق القانون الإداري المصري، فإذا اعمل حكم التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري المصري ، فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق عليه في العقد بما تتوافر معه حالة البطلان المنصوص عليها في المادة ٥٣/١/د.

ثالثاً: عدم تطبيق شروط العقد لا يعد استبعاد للقانون المتفق على تطبيقه ولا يؤدي إلى البطلان:

٢٥- والمقصود بشروط العقد، ذلك الشروط التي تنصرف إلى مضمون العقد الأصلي – محل النزاع – والتي تحدد حقوق والتزامات الأطراف[3]. فهي قواعد قانونية خاصة معينة اتفق الأطراف على إخضاع العقد لحكمها إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة[4]. كما لو اتفق الأطراف على ضرورة إرسال انذار قبل مدة معينة من فسخ العقد، أو على غرامة تأخير في ظروف معينة، أو على إعفاء أحد الطرفين من المسئولية عن الخطأ غير العمدي أو على إمكانية ضمان العيوب الخفية في محل العقد أو على مكان التسليم والمواصفات[5] أو على أن عبء الإثبات يقع على إحداهما دون الأخر أو على جواز الإثبات بطريق معين من طرق الإثبات دون الأخر، أو إلى غير ذلك من الشروط التي يجوز

---

(١) د. فتحي والي : التحكيم ص٥٨١ وما بعدها بند ٣٢٥ ، د. أحمد هندي : التحكيم ، ص١٩٦ وما بعدها بند ٤٣. د. معتز عفيفي : المرجع السابق ص٥٥٦ وما بعدها والأحكام المشار لديه .

(٢) استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري دعوى رقم ٣٧ لسنة ١١٩ق جلسة ٢٠٠٣/١/٢٩.

(٣) د. محمود مختار بريري: ص١٣٠ وما بعدها بند ٨٤. د. أحمد السيد صاوي: ص٢١٠ بند ١٦٥.

(٤) د. فتحي والي: ص٥٨٥ بند ٣٢٦. د. حسني المصري: ص٣٦١ وما بعدها . حاشية.

(٥) د. فتحي والي: الإشارة السابقة.

قانوناً أن يتضمنها العقد مما لا يخالف النظام العام أو الآداب أو نصاً أمراً.

٢٦- هذه الشروط يتعين على هيئة التحكيم مراعاتها عند الفصل في موضوع النزاع، سواء كان الأطراف قد اتفقوا على قواعد قانونية تطبق على موضوع النزاع أم لم يتفقوا، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع، فنصت المادة ٣/٣٩ تحكيم مصري على أنه "يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع..." [١]. هذه الشروط مغايرة تماماً للقواعد التي اتفق عليها الأطراف بشأن الفصل في موضوع النزاع. فإذا كانت شروط العقد تنصرف إلى مضمون العقد الأصلي، وكيفية تحديد حقوق والتزامات الأطراف، فالقواعد التي اتفق الأطراف عليها بشأن الفصل في موضوع النزاع، تنصرف إلى ما تضمنه اتفاق التحكيم، شرطاً أم مشارطة، بخصوص إرشاد الهيئة إلى القواعد الموضوعية التي تلتزم بتطبيقها على المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يربط بين الأطراف[٢].

وتبدو هذه المغايرة واضحة من مقارنة الفقرة الثالثة من المادة ٣٩ تحكيم مصري بنص الفقرة الأولى من هذه المادة، فوفقاً للفقرة الأولى "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك. فالمقصود "بالقواعد التي اتفق عليها الطرفان لابد وأن يختلف عن المقصود بشروط العقد التي توجب الفقرة الثالثة

---

(١) والمادة ٤/٢٨ من القانون النموذجي للتحكيم، المادة ٣/٣٣ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي. المادة ٢/١٧ من لائحة غرفة تحكيم باريس. المادة ١/٣٨/ج من نظام التحكيم السعودي.

(٢) د. محمود مختار بريري: ص١٣٠ وما بعدها بند ٨٤.

على هيئة التحكيم أن تراعيها، وإلا كان النص معيب بالتكرار[1].

٢٧- وعلى الرغم من المغايرة السابقة، وما تنصرف إليه كل من الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٣٩ تحكيم، يرى اتجاه في الفقه[2]. إلى أن سلطة المحكم تتقيد كالقاضي تماماً بألا تمتد من خلال التفسير إلى تعديل التزامات الأطراف العقدية بإضافة أو حذف بعض الشروط، وإلا كان تحريفاً للعقد ومسخاً لأحكامه، على نحو يبطل الحكم سواء كان تحكيماً بالصلح أم بالقضاء، خاصة وأن نص المادة ٣/٣٩ تحكيم يقضي بأنه "يجب ان تراعى"[3].

هذا الاتجاه محل نظر لتعارضه من ناحية مع ما انتهينا إليه إلى أن الخطأ في تطبيق العقد، ومن ثم في القانون محل التطبيق إلى درجة مسخه لا يعد استبعاداً للقانون[4]. ومن ناحية ثانية، مع ما استقر عليه القضاء من أن خطأ المحكم في تفسير العقد لا يبطل حكم التحكيم[5]. ومن ناحية ثالثة، يخلط هذا الاتجاه بين ما ورد بالفقرة الأولى والثالثة من المادة ٣٩ تحكيم، رغم المغايرة الواضحة لكل فقرة وما تنصرف إليه. أو على الكل مع فكرة تعديل العقد بواسطة المحكم[6].

---

(١) د. فتحي والي: ص٥٨٦ بند ٣٢٦. د. أحمد هندي : التحكيم : ص١٩٧ بند ٤٣.

(٢) د. هدى عبد الرحمن: المرجع السابق ص٣٠٦ وما بعدها بند ٢٣٨.د. خالد أحمد حسن رسالة: ص٣٩٩. د. محمود سمير الشرقاوي : التحكيم : ص٥٠٦ بند ٣٦٩.

(٣) يعترض البعض على الفقرة الثالثة من المادة ٣٩ ويرى أنها تمثل نوعًا من المزايدة من المشرع لأنه من غير المقبول أن تحكم الهيئة في موضوع النزاع دون أن تراعي الشروط . د. أحمد عبد البديع شتا : المرجع السابق ، ص٣٢٧.

(٤) انظر فيما سبق بند ٢٠وما بعده.

(٤) Coss civ.9. Des 1981. Rev. arb. 1982. p. 183. Note Couchez.

(٦) حول فكرة تعديل العقد بواسطة المحكم وأساس الفكرة ومبناه القانوني في القانون المصري والفرنسي انظر: د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية. ص٤٣٠-٤٣٣والمراجع المشارة لديه.

٢٨- بينما نذهب مع اتجاه أخر جدير بالتأييد[١] بقوله إلى أن عدم تطبيق الشروط العقدية أو تطبيقها بشكل قاصر بشأن معاملة لا تمس النظام العام لا يعتبر استبعاداً للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه. ولا يشكل سبباً للبطلان على حكم التحكيم في مفهوم المادة ١/٥٣-د تحكيم مصري، وفي ضوء الالتزام الواقع على عاتق المحكم وفقاً للمادة ٣/٣٩ تحكيم بأن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع[٢].

وترتيباً على ذلك، إذا كان المقصود بشروط العقد، تلك الشروط الخاصة التي تحدد حقوق والتزامات أطرافه، فإن المقصود بالقواعد التي يتفق عليها الأطراف، هو قانون دولة معينة كالقانون المصري، أو فرع معين من هذا القانون كالقانون المدني أو التجاري، أو مجموعة القواعد في نظام قانوني معين كتطبيق الشريعة الإسلامية. فإذا جاء قانون التحكيم المصري في المادة ١/٥٣-د ونص على أنه يعتبر من حالات البطلان، حالة إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. فالمقصود بذلك هو استبعاد تطبيق قانون دولة أو فرع معين منه أو نظام قانوني معين مما تجيز المادة ١/٣٩ تحكيم للأطراف الاتفاق على تطبيقه، وليس عدم مراعاة شروط العقد المبرم بين الطرفين[٣].

---

(١) د. فتحي والي: ص٥٨٥ وما بعدها. بند ٣٢٦. د.محمود مختار بريري: الإشارة السابقة د. حفيظة الحداد: الطعن بالبطلان. ص١٦٨. د. نبيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم. ص٢٠ بند ١١. د. محمد نور شحاته: الإشارة السابقة.

(٢) أما إذا كان عدم تطبيق شروط العقد أو تطبيقها بشكل قاصر بشأن نزاع في معاملة تتعارض مع النظام العام، فإن حكم التحكيم يمكن التمسك ببطلانه لمخالفة النظام العام وفقاً للمادة ٢/٥٣ تحكيم مصري وليس لسبب استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه. د. حفيظة الحداد الإشارة السابقة.

(٣) د. فتحي والي: الإشارة السابقة، د. محمود مختار بريري: الإشارة السابقة.
د. أحمد هندي : التحكيم : ص١٩٧ بند ٤٣ د. بليغ حمدي : رسالة ص٤١٢ .

فعدم تطبيق شروط العقد، أو تطبيقها القاصر لا يعد صورة لاستبعاد القانون، ولا يترتب على عدم تطبيقها بطلان، خاصة وأن المادة ٣/٣٩ تحكيم مصري قد الزمت المحكم في قضائه بأن يأخذ هذه الشروط في الحسبان عند الفصل في النزاع. فحكم المحكم لا يكون محلاً للبطلان طالما طبق القانون المختار، ولو لم يطبق شروط العقد أو طبقتها بشكل قاصر.

رابعاً: عدم تطبيق الأعراف الجارية لا يعد استبعاداً للقانون ولا يرتب البطلان:

٢٩- تنص المادة ٣/٣٩ تحكيم مصري على أنه "يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع.... والأعراف الجارية في نوع المعاملة.." وكلمة الأعراف الجارية لا تعني قانوناً اتفق الأطراف على تطبيقه، أي لا تعد قانون دولة معينة أو نظاماً قانونياً معين، كما أوردته المادة ١/٣٩ تحكيم. وإنما المقصود بالأعراف الجارية[١] تلك القواعد التي درج الناس على إتباعها في معاملاتهم وشعروا بضرورة احترامها والالتزام بها بغير نص في العقد أو القانون أو هي الوسط المهني الذي يدور في فلكه النزاع. كالأعراف الجارية بشأن تجارة قطن أو حبوب أو تشيد مفاعل أو قرى سياحية أو فنادق أو مصنع أو سفن أو مد أنابيب بترول أو غاز أو عمل أنفاق أو مطارات أو كباري معلقة أو استصلاح أراض. أو معاملات نقل جوي أو بحري إلى غير ذلك من أنواع

---

(١) د. سمير تناغو: المرجع السابق، ص٤٢٣ وما بعدها بند ١٢٧. د. محمد شكري سرور: المرجع السابق ص٢١٦ وما بعدها بند ٢٣٨ وما بعده. د. حسني المصري: المرجع السابق ص٣٦٣ د. خالد أحمد حسن رسالة ص٣٨٢. د. بليغ حمدي : الإشارة السابقة. د.محمد حسين منصور ص٣٣٧ وما بعدها ، د. نبيل سعد : المرجع السابق ، ص٢٨٠ وما بعدها .
E. Loquin: L'instance arbitrale. Jur. Class. Proc. Civ. Fasc. 1038. N. 82 ets.

التعامل التي تحكمها أعراف تجارية[1].

وتعامل الأعراف الجارية معاملة الشروط العقدية في هذا المقام، لا يتطلب النص في العقد على تطبيق تلك الأعراف. ذلك أن المشرع وفقاً لصراحة المادة ٣/٣٩ تحكيم يلزم هيئة التحكيم بتطبيق العرف عند الفصل في موضوع النزاع ولو لم تتجه إرادة الأطراف إلى العمل بمقتضاه، ومن ثم فيكفي اختيار الأطراف لقانون أو نظام قانوني ما حتى تعتبر القواعد العرفية الجارية في نوع المعاملة بمثابة شروط عقدية[2]. يطبقها المحكم جنبًا إلى جنب مع قانون الإرادة ، شريطة ألا يكون هناك ثمة تعارض بين هذا القانون وتلك الأعراف ، فإذا وجد هذا التعارض تعين على المحكم استبعاد الأخيرة لكونها ذات طابع مكمل ، ولأنها فقدت أحد شروط سريانها باتفاق الأطراف على تطبيق قانون تتعارض أحكامه مع ما تقضي به هذه الأعراف وتلك العادات[3] ، ودون أن تكون في استبعاد المحكم لهذه الأعراف افتئات على إرادة الأطراف.

٣٠- هذه الأعراف وإن كانت مصدر من مصادر القانون، فهي مصدر قد تستأنس به هيئة التحكيم بجانب القانون الذي اختاره الأطراف أو التي اختارته هيئة التحكيم بنفسها، وهو ما يتفق ونص المادة ٣/٣٩ تحكيم والتي تلتزم هيئة التحكيم في جميع الأحوال – سواء في حالة تطبيق قانون الإرادة أو القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع – بمراعاة الأعراف الجارية في نوع المعاملة. وبالتالي لا يكون مقبولاً تحويل المصدر الاستثناسي ليصبح هو القانون الذي اختاره الأطراف

---

(١) د. أحمد السيد صاوي: التحكيم ص٢١٠ بند ١٦٥ د. علي بركات: ص٤٣٨-٤٥٢ بند ٤٤٤-٤٦١. د. خالد أحمد حسن ص٣٨٢ وما بعدها.

(٢) د. مصطفى الجمال: عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٧٣٠ بند ٤٩٨ د. حسني المصري: الإشارة السابقة.د. سمير الشرقاوي: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي. مجلة التحكيم العربي العدد الثاني يناير ٢٠٠٠ ص٢٨.

(٣) د. هشام صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص٢٠٨ ، ٢٠١٢ مشار إليه لدي د. بليغ حمدي : ص٤١٩ وما بعدها . د. نبيل سعد: ص٢٩٢ وما بعدها .

ليطبق على موضوع النزاع، ولا حتى التي تراءه الهيئة أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع. لأن لفظ القانون ينصرف أصلاً إلى اختيار قانون معين أو نظاماً قانونياً معيناً إذا اختاره الأطراف. كما ينصرف أصلاً لاختيار قانون وطني معين تربطه بالنزاع صلة ما ترجح اختياره لدى هيئة التحكيم[1]. فالمقصود بالقواعد التي يتفق عليها الأطراف وفقاً للمادة ١/٣٩ تحكيم، لابد وان يختلف عن المقصود بالأعراف الجارية التي توجب الفقرة الثالثة من المادة ٣/٣٩ تحكيم على هيئة التحكيم أن تراعيها وإلا كان النص معيباً بالتكرار.

والمشرع المصري عندما يطلب من هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع مراعاة الأعراف الجارية ، فإنه لم يشأ منحها سلطة التطبيق الكامل لهذه الأعراف، وإنما طلب منها محاولة مراعاة ظروف النزاع خاصة حالة أن يتعلق النزاع بالمعاملات الخاصة الدولية ، ودون أن يصل تصرفها لحد تجاهل قانون الإرادة؛ فتجاهل الأخير هو افتئات على إرادة الأطراف ويعرض حكمها للبطلان[2].

أما الأعراف الجارية: وإن كانت مصدر من مصادر القانون[3] ، إلا أنها ليست قانون وفقا لصراحة المادة ٣/٣٩ تحكيم، والتأكيد على مراعاة هيئة التحكيم لهذه الأعراف عند الفصل في موضوع النزاع أمراً محموداً، باعتبار

---

(1) محمود مختار بريري: ص١٣٨ وما بعدها بند ٨٩. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبدالعال: المرجع السابق ص٢٣٨ وما بعدها بند ١٥٦ وما بعده. د. بليغ حمدي : ص٤١٧ ، أحمد عبد البديع شتا : ص٣٢٧ وما بعدها .

(2) محمود مختار بريري: ص ١٤٠ بند ٩٠؛ د. بليغ حمدي : ص ٤٢٠ والمراجع المشار إليها.

(3) قديمًا كان للعرف السيادة في المجتمعات البدائية، فهو القانون المنظم للعلاقات في هذه المجتمعات ، وحتى عندما ظهرت في مرحلة لاحقة مصادر أخرى للقانون ظل للعرف الغلبة والهيمنة على بقية المصادر ، حيث كانت الحياة بسيطة ولم تكن الحاجات قد تعقدت بعد، لكن عندما تقدمت المجتمعات وتعقدت الحاجات وزادت وتيرة الحياة عجز العرف عن مجاراة ذلك، وبالتالي عجز عن الاحتفاظ بمركزه الرسمي بين المصادر الرسمية، فتخلى عنه واحتله التشريع بدلاً منه، وكلما زاد التطور زادت أهمية التشريع وتقلص دور العرف . في هذا الدور أنظر : د. نبيل سعد : ص٢٩١ وما بعدها .

أنه يسهل على القاضي الوطني الرجوع إلى قانون التحكيم في جميع الأحوال لكي يستمد منه كافة المسائل المتعلقة بيسر العملية التحكيمية، ومراعاة هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق[1].

٣١- وترتيباً على ذلك، فالمادة ١/٥٣-د تحكيم مصري بنصها على أنه يعتبر من حالات البطلان حالة إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، المقصود بذلك هو استبعاد تطبيق قانون معين أو نظام قانوني معين مما تجيز المادة ١/٣٩ تحكيم للأطراف الاتفاق على تطبيقه[2]. وليس عدم مراعاة الأعراف الجارية، والتي تعامل معاملة الشروط العقدية، والتي انتهينا في موضع سابق إلى أن عدم تطبيق الشروط العقدية لا تعد صورة للاستبعاد ولا يرتب البطلان. فعدم تطبيق الأعراف الجارية لا يعد استبعاد للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه، ولا يودي إلى بطلان حكم التحكيم وفقاً للمادة ١/٥٣-د تحكيم مصري[3].

---

(١)أحمد عبد البديع شتا : المرجع السابق، ص ١٢٨.
(٢) د. فتحي والي: الإشارة السابقة.
(٣) قارن د. خالد أحمد حسن: المرجع السابق ص٣٩٩.

المبحث الثاني
ما يعد استبعاداً للقانون ويرتب البطلان

٣٢- قلنا في موضع سابق، أن الاستبعاد هو أن تفصل هيئة التحكيم في موضوع النزاع وفقاً لقانون مغاير للقانون الذي اتفق عليه الأطراف، وأن يكون في تطبيقها للقانون المغاير أثره الواضح على نتيجة الحكم. فلو كان الحكم لن يتغير لو التزمت هيئة التحكيم بتطبيق قواعد القانون تطبيقاً صريحاً، فإنه لا يحكم بالبطلان.

وأنتهينا من قبل، أن سبب البطلان لا يتحقق إذا قامت هيئة التحكيم بتطبيق القواعد القانونية التي اتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع أياً كانت هذه القواعد سواء لائحة مراكز تحكيم معين أو أعراف تجارية معينة أو أحكام الشريعة الإسلامية أو غيرها. أو بتطبيق الهيئة لقانون دولة معينة كالقانون المصري، أو الفرنسي. أو بتطبيق فرع معين كالقانون المدني أو التجاري، ولو أخطئت الهيئة في تفسيرها أو في تأويلها للقواعد أو لنصوص القانون تفسيراً وتأويلاً يصعب قبوله، طالما الأمر يتعلق بالتفسير أو اجتهاد تحتمله نصوص القانون التي تطبقه الهيئة إعمالاً لإرادة الأطراف.

كما أن سبب البطلان لا يتحقق إذا طبقت الهيئة القواعد القانونية أو القانون المتفق عليه، ولو استبعدت الشروط الخاصة بالعقد، وكذلك الأعراف الجارية، لأن الشروط العقدية هي التي تحدد حقوق والتزامات أطراف التحكيم دون تكون هي القانون التي تلتزم بتطبيقه هيئة التحكيم. ولا تختلف الأعراف عن الشروط من حيث التطبيق.

والقول بغير ذلك، يخرج بنا من نطاق دعوى البطلان إلى نطاق الطعن بالاستئناف، هذا الخروج يسمح للقاضي بمراقبة التقدير الموضوعي، وكيفية تكييف الوقائع وتفسير النصوص وإنزال حكمها على هذه الوقائع، وكل هذا

يخرج تماماً من نطاق دعوى البطلان التي لا تسمح للقاضي إلا بالتحقق من صحة الحكم في ضوء اتفاق التحكيم وما حددته إرادة الأطراف، ونصرفت إليه، من إيداع ثقتهم في محكمين قاموا باختيارهم أو أسهموا في اختيارهم، مما لا يتسق معه تخويل القضاء سلطة إصلاح الحكم. فدوره يقتصر على إعلان بطلان الحكم أو رفض دعوى البطلان[1].

وترتيباً على ذلك ينحصر استبعاد القانون المرتب للبطلان في حالتين، إذا استبعدت هيئة التحكيم القواعد التي اتفق الأطراف على تطبيقها، أو استبعدت الهيئة قانون الدولة التي اختاره الأطراف، أو كان هذا القانون متمثلاً في فرع معين أو كان الاتفاق على تطبيق قواعد الاسناد في قانون دولة معينة فإن حكم الهيئة يكون باطلاً. حتى ولو طبقت قواعد العدالة والإنصاف أو طبقت القانون التي تراه أكثر اتصالاً بموضوع النزاع، ولو كان هو المصدر التاريخي للقواعد أو القانون المتفق عليه، أو طبقت قواعد الإجراءات التي اتفق الأطراف على اخضاع التحكيم لها، أو على الكل طبقت الهيئة أية قواعد أخرى غير التي اتفق الأطراف على تطبيقها[2] ويكون لهذا التطبيق أثره الواضح على الحل التي انتهت إليه هيئة التحكيم في حكمها على النزاع.

٣٣- ويشترط لتحقيق حالتي الاستبعاد، والتمسك بالبطلان توافر الشروط الآتية:

---

(1) نقض مدني في الطعن رقم ٧٠/٢٩١ق جلسة ١٧ يونيه ٢٠٠١. استئناف الدائرة ٩١ تجاري الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٢٢ق تحكيم في ٢٠٠٦/١/٢٩ الدائرة ٩١ تجاري في الدعوى ٢٩ لسنة ١٢٢ق تحكيم في ٢٠٠٥/٩/٢٥. الدائرة ٩١ تجاري في الدعوى ١٢٠/٢٦ق جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٢ مجلة التحكيم العربي العدد ٨ أغسطس ٢٠٠٥ ص ١٦٨.

(2) استئناف الدائرة ٩١ تجاري في القضية رقم ٩١ لسنة ١٢٠ق تحكيم في ٢٠٠٤/٤/٢٨.

١- أن يكون الأطراف قد اتفقوا صراحة أو ضمنياً على تطبيق قانون معين على موضوع النزاع كمفترض للبطلان[١] هذا الاتفاق يجسد أهم مزايا التحكيم، خاصة وإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أهميته في إمكانية التنبؤ بنتيجة التحكيم من خلال معرفة التنظيم القانوني للمعاملة أو العلاقة التعاقدية محل التحكيم في القانون المختار[٢]. فينتفي مفترض البطلان إذا لم يوجد اتفاق صريح بين الأطراف على تطبيق قانون معين، كأن يفوض الأطراف هيئة التحكيم في اختيارها للقانون، فتطبق الهيئة، القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع وفقاً للمادة ٢/٣٩ تحكيم.

٢- أن يستبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه كسبب للبطلان[٣]. ويتحقق ذلك إذا تعمد المحكم أن يؤسس حكمه على أسباب أخرى غير تلك المستمدة من نصوص القانون، بأن يتعمد المحكم عدم احترام القانون الذي اختاره الأطراف أو يتعمد استبعاده[٤]. فالعبرة بالخروج المتعمد والحقيقي من قبل المحكم على نصوص القانون الذي اختاره الأطراف بما يؤثر في الحكم. وتخلف ذلك لا يتحقق معه الاستبعاد ومن ثم لا تتوافر هذه الحالة إذا طبق المحكم هذا القانون، ولو أخطئت الهيئة في تطبيقه وتأويله إلى درجة مسخه أو أخطئت في الإشارة إلى اسم القانون أو طبقت فرع من فروعه، أو طبقت الهيئة نصاً في القانون

---

(١) انظر فيما سبق بند ٣ وما بعده.

(1) CHRISTOPH – SCHREUER: faiture To apply The Governing Law in international investment Arbilration 2002. p. 174

مشار إليه لدى د. عادل النجار: رسالة ص١٢٧.

(٣) انظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٤) Loquin: L'instance arbilral. j. op. cit N. 68.

وفي تطبيق ذلك انظر:

Coss civ. 9 déc. 1981 Rev. arb. 1982 p. 983.

المتفق عليه خلاف النص الذي احتكم إليه الأطراف[1]. كما لا تتحقق هذه الحالة إذا كان حكم التحكيم قد طبق القانون، ولم تلتزم هيئة التحكيم بالشروط العقدية ولا بالأعراف الجارية. ولهذا فإن حالة البطلان التي نصت عليها المادة ١/٥٣-د لا يتوافر إلا إذا استبعد الحكم القانون أو القواعد التي اتفق عليها الأطراف.

٣- أن يكون في استبعاد حكم التحكيم للقانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، بتطبيق المحكم لقانون آخر أو لقواعد قانونية أخرى أثره الواضح على الحل الذي انتهى إليه في النزاع. بمعنى أنه لو كان الحكم لن يتغير لو التزم المحكم بتطبيق القانون تطبيقاً صريحاً فإنه لا يحكم بالبطلان[2] وفي تطبيق ذلك أيدت محكمة النقض الفرنسية[3] ما انتهت إليه محكمة استئناف باريس[4] من رفضها لإبطال حكم التحكيم الذي صدر في نزاع كان المحكم ملزماً بالفصل فيه طبقاً لقواعد القانون، وقدر فيه – طبقاً لقواعد العدالة – التعويض المستحق لأحد الخصوم على أساس أن الحل

---

(١) د. فتحي والي: ص٥٨٠ بند ٣٢٤. د. عادل النجار: رسالة ص١٢٦.
وفي تطبيق ذلك انظر: قضى بأنه "لا يجوز الطعن بالبطلان في قرار لجنة التحكيم العالي بمصلحة الجمارك الصادر بالأغلبية في البيان الجمركي رقم ١٥٣٢ في ٩ ديسمبر ٢٠٠١ الصادر لمصلحة الجمارك بتطبيق المادة الخامسة من القرار الوزاري رقم ٧٦٥ لسنة ٢٠٠١ الذي بالقيمة الأسمية للبضاعة، دون أعمال المادة الأولى من ذات القرار الذي يأخذ بالقيمة الفعلية للبضاعة، طالما كان اتفاق التحكيم على تطبيق المادة الأولى أو المادة الخامسة من القرار الوزاري رقم ٧٦٥ لسنة ٢٠٠١ دون تفصيل ورآت اللجنة التي أصدرت الحكم أن نص المادة الخامسة هو الأكثر اتصالاً بالنزاع وفقاً للمادة = =٢/٣٩ تحكيم مصري. استئناف القاهرة في ٢٠٠٥/٢/٢٧ في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩٩ق تحكيم دائرة ٩١ تجاري.

(٢) د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية ص٣٨٨ وما بعدها. د. علي بركات: ص٤٣٥ وما بعدها بند ٤٤٠.

(3) Coss. Civ. 30 sept. 1981. Rev, arb, 1982. 431.

(1) Paris. 28. Fev.1980 Rev. arb 1980. p. 538 Note E. Loquin.

لم يكن ليختلف لو أن الأمر عرض على القاضي ليفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون.

٣٤- فإذا توافرت هذه الشروط، واستبعد حكم التحكيم القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، كان للأطراف التمسك بالبطلان. هذا البطلان يجد أساسه التشريعي في نصوص قانونية معتمدة، حيث تنص المادة ١/٣٩ تحكيم مصري على أن "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان" والمادة ١٤٧٨ مرافعات فرنسي على أنه "يفصل المحكم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية" فإذا ما استبعد حكم التحكيم هذه القواعد كان للأطراف التمسك بالبطلان وفقاً لصراحة المادة ١/٥٣-د تحكيم مصري المادة ١٤٩٢ مرافعات فرنسي[١].

- الأساس الفني للتمسك بالبطلان:

على الرغم أن البطلان يجد أساسه التشريعي في نصوص قانونية معتمدة، على نحو ما سبق، لكن الفقه لم يتفق على أساس فني موحد للتمسك بالبطلان، أسفر عدم الاتفاق عن اتجاهين متعارضين.

يؤسس بعض الفقه[٢] البطلان الوارد في المادة ١/٥٣-و تحكيم مصري على أنه تطبيقاً لمبدأ عدم تجاوز المحكم لحدود اتفاق التحكيم الوارد في المادة ١/٥٣-د لأن التجاوز يخرج المحكم عن حدود مهمته إذا تضمن اتفاق التحكيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع واستبعده المحكم، ومن ثم تندرج هذه الحالة في نطاق الحالة المنصوص عليها في المادة ١/٥٣-و والتي تجيز رفع دعوى بطلان حكم المحكم إذا جاوز حدود اتفاق

---

(١) والمادة ١/٥٣-د تحكيم عماني، والمادة ٤/٤٨ تحكيم أردني.المادة ٥٠/د من نظام التحكيم السعودي.

(٢) د. حسني المصري: ص٤٩٤. د. عاطف الفقي: المرجع السابق، ص٦٥٢. د. عبد مبارك المرجع السابق ص٥٧ بند ٢٠.

التحكيم. بما يؤدي إلى عدم احترام المحكم المهتمة[1].

ويدلل هذا الاتجاه على صحة مسعاه بعدم ذكر هذه الحالة ضمن حالات البطلان في الكثير من التشريعات وخاصة التشريع الكويتي في المادة ١٨٦ مرافعات والتشريع الفرنسي في المادة ١٤٩٢ مرافعات، اكتفاء منهما بالنص على جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم "إذا خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم"[2].

هذا الاتجاه وأن سلم به وفقاً للتشريعات التي دلل بها على صحة مسعاه، لعدم النص صراحة على البطلان حالة استبعاد حكم التحكيم للقانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، فهو غير مسلم به وفقاً لقانون التحكيم المصري والعديد من التشريعات بنصها صراحة على البطلان حالة الاستبعاد، بجانب حالة تجاوز المحكم لحدود الاتفاق على التحكيم. فنص المشرع المصري على الحالة الأولى في الفقرة "د" من المادة ١/٥٣، بينما تناول الحالة الثانية في الفقرة "و"من ذات المادة. وإن كان مرجع السببين هو عدم احترام المحكم لإرادة الأطراف. لكن المشرع أورد لكل سبب حكماً خاصاً. فاستبعاد المحكم للقواعد التي اتفق الأطراف على تطبيقها. وكذلك استبعاده لقانون الدولة الذي اختاره الأطراف لا يدخل في إطار تجاوز المحكم لحدود الاتفاق على التحكيم، وإلا كان ذلك على الأقل تزايد من جانب المشرع.

---

(١) ويعتبر المحكم متجاوزاً لمهمته عندما يحكم في النزاع بدون وجود لاتفاق التحكيم عندما يفصل في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم، كما لو كانت مهمته تقتصر على البحث عن المسئولية التعاقدية للخصوم، في حين أنه قضى على أساس المسئولية التقصيرية بجانب أحد الخصوم، فقضى بإلزام الخصم بالتعويضات نتيجة للأضرار المترتبة على إنهاء العقد. استئناف القاهرة٩١ تجاري في ٢٠٠٣/٤/٢٣ دعوى رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٣.

Paris 6 avril. 2006. Rev. orb. 2006. somm 485.

Cass. Coms. 6 mars. 2007 N. 319. Rjda 8. 9107 N. 917.

(3) Si L'arbitre a statue sans se conformer a' La Mission qui Lui avoit été Conférée.

ويؤكد ذلك، أن إصدار الحكم ببطلان حكم التحكيم تأسيساً على سبب تجاوز المحكم لحدود الاتفاق يستلزم تمسك ذي المصلحة به، إذا لم يتعلق الأمر بالنظام العام. فإذا رفعت دعوى البطلان تأسيساً على استبعاد القانون، وتبين أن هيئة التحكيم فصلت فيما لم يكن مطروحاً عليها أو تجاوز حدود الاتفاق. فإن المحكمة لا تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يتمسك أحد الأطراف بطلب البطلان تأسيساً على تجاوز المحكم للحدود الواردة في اتفاق التحكيم، وتطبيقاً لذلك قضى بأن البطلان المؤسس على تجاور حدود المشارطة بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام[1] ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[2].

ويذهب الفقه الغالب[3] مؤيداً بأحكام القضاء[4] إلى تأسيس بطلان حكم

---

(١) نقض ٢٠٠٧/١/٢٥ طعن ٨١٠ لسنة ٧١ق: نقض ١٩٨٧/١١/١٩ طعن ١٤٧٩ لسنة ٥٣ق السنة ٣٨ ص ٩٦٨. نقض ١٩٨٨/٢/١٤ طعن ٥٤/١٦٤٠ق مجموعة أحكام النقض السنة ٣٩ ص٢٤٢. الدعوى التحكيمية رقم ٢٠٠٠/١٧٣في٢٠٠٠/١٢/١٤ مجلة التحكيم العربي أغسطس ٢٠٠٠ ص٢١١.

(٢)نقض ١٩٤٣/٢/٢١ طعن ١٢/٢٦ق المجموعة الذهبية ص٥٣٩ أما إذا تعلقت المخالفة بالنظام العام،كما لو فصلت هيئة التحكيم فى أمر يجوز فيه التحكيم ولم يكن ما فصلت فيه يمكن فصله عن جملة ما قضت به، كما لو فصلت بمناسبة تحكيم عن تعويض ناشئ عن جريمة في المسئولية الجنائية للجاني، فان حكمها يقع باطلا لمخالفته للنظام العام، وتحكم به المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها مادة ٢/٥٣ تحكم مصري. كما يملك القاضي المختص بطلب الأمر بالتنفيذ رفض إصداره من تلقاء نفسه طبقاً للفقرة "ب" من المادة ٥٨ تحكيم د. احمد السيد صاوى: التحكيم ص٢٣٨ بند١٨٠ د.احمد هندى: تنفيذ أحكام المحكمين: ص٣٧-٤٢ بند٨.

(٣) د.محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية: ص ٣٨٤ وما بعدها د.على بركات: ص٤٣٣ وما بعدها بند ٤٣٨ وما بعده د.عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص٢٣٨ وما بعدها

Boisséson, juglart et bellet: op.cit.p.420 els. E.loquin: op.cit. fasc.1038 .N.68

(2) Paris 4 fev. 1966. rev. 1966. 27. Panrs. 9 dec. 1981. rev. alb. 1982. G.couchez. Paris.18juin .1947. Rov. arb. 1975 . 179.Note.Reobert .

التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه على ان المحكم المقيد بالقانون قد اغتصب سلطة المحكم بالصلح بالمخالفة لاتفاق التحكيم الذي حدد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وبدهى ان الطرفين لا يحددان للمحكم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم بالصلح، حيث يكون المحكم حراً تماماً فى اختيار القانون الموضوعي الذي يحقق العدالة والإنصاف بين الطرفين[١].

وفى موضع سابق، اشارنا إلى ان سلطة القضاء لا تمتد لتراقب كيفية تطبيق المحكم للقانون ولا لتقدير وفحص الأسباب التي ذكرها المحكم في حكمه، سواء عند نظر المحكمة لدعوى البطلان أو عند إصدارها للأمر بالتنفيذ، لما في ذلك من خطورة فى تشجيع الخصوم على رفع دعوى البطلان بحجة تجاوز المحكم لحدود مهمته ضد كل حكم يصدره ولذا ميز القضاء بين إساءة تطبيق القانون، وهو الأمر الذى قبل الخصوم ان يتحملوه. وبين اغتصاب المحكم لسلطات لم يعهد إليه الخصوم بها، ولا يقع الجزاء الأخير الا إذا ثبت ان المحكم قد استخدم بصورة ظاهرة ومؤكدة سلطات لم يعهد بها الخصوم إليه[٢].

٣٥- ويعرف الفقه[٣] والقضاء[٤] فكرة اغتصاب المحكم المقيد بقواعد القانون لسلطات المحكم بالصلح، بأنها تعمد المحكم عدم احترام القانون ويتحقق ذلك بتعمده ان يؤسس حكمه على أسباب أخرى غير تلك الأسباب المستمدة من نصوص القانون فالعبرة اذن بالخروج المتعمد والحقيقى على

---

(3) P.level: "L'amiable composition dans le décret du 14 mai 1980 nelatif a L'arbroge" Rev-arb.1980.65etss.

(4) Paris.28 fev.1980 rev.arb.1980p.538.note E.laquin.

(٣) د.محمد نور شحاته ص٣٨٧ د.على بركات: ص٤٣٤ بند٤٣٩.

(6) paris.28.fev.1980. préc.

نصوص القانون ولذا فإن مجرد ذكر المحكم خطأ انه محكم بالصلح لايعد تجاوزاً من جانبه لحدود مهمته فى حالة فصله فى مسائل تخرج عن نطاق هذه المهمة، وهذا السبب من أسباب بطلان الحكم لا يختلط مع ذلك المتمثل فى مجاوزة المحكم لنطاق اتفاق التحكيم وانما يشترط[1] ان يكون لهذا الاغتصاب أثره الواضح على الحل الذي انتهى إليه المحكم فى النزاع،بمعنى انه لو كان الحكم لن يتغير لو التزام المحكم بتطبيق قواعد القانون تطبيقاً صريحاً فإنه لا يحكم بالبطلان.

ويكمل هذا الاتجاه قوله بأن قصر البطلان على الحالات التي يوجد فيها عدم تعادل الحلول، اى اختلاف الحل الذي انتهى إليه المحكم إذا طبق القانون على الحل الذي يمكن إن ينتج عن تطبيق قواعد العدالة، وهى حالات سوف تكون بالتأكيد قليلة واستثنائية لأن القانون والعدالة يسيران – بحسب الأصل – فى نفس الاتجاه، وينتجان نفس الآثار. بالإضافة إلى ذلك فان الحل العكسي سوف يفتح الباب أمام الخصم سيئ النية للتمسك ببطلان حكم المحكم المقيد لمجرد اغتصاب الأخير سلطات المحكم الحر حتى ولو لم يكن لهذا المسلك اى تأثير على الحل الذى انتهى اليه النزاع، اى حتى ولو لم يرتب هذا الحكم ضرر بهذا الخصم، وهو ما يوسع من حالات البطلان الأمر الذي يتنافى مع فلسفة التحكيم.

---

(1) لأنه قد يحدث أن يكون الاتفاق على التحكيم عاماً وعلى الرغم من التزام المحكم بحدود هذا الاتفاق إلا أن المحكمين يتصدون للفصل في مسائل وطلبات لم يعرضها الأطراف على هيئة التحكيم وقيام المحكمين بالحكم بما لم يطلبه الخصوم يجعل حكم المحكم قائماً على سبب من أسباب البطلان انظر د.نبيل عمر: التحكيم ص٤٠٤ بند٣٣٥

ويبارك الفقه[1] هذا المسلك القضائي لأنه نقل إلى مجال التحكيم القاعدة المعمول بها أمام القضاء والتي لا تواخذ القاضي على الخطأ فى الأسباب القانونية طالما انتهى فى حكمه إلى نفس النتيجة. والتي فى النهاية يتحقق بها العدالة.

٣٥ مكرر – وعلى الرغم من وجاهة الاتجاه السابق إلا أننا لا نميل إلى ما ذهب إليه في بناء الأساس الفني للبطلان حالة استبعاد المحكم لقانون الإرادة على فكرة اغتصاب المحكم المقيد لسلطات المحكم بالصلح[2] الأمر الذي يقتضي البحث عن هذا الأساس من خلال مصدر ولاية المحكم. ولأن التحكيم ينبني على إرادة الأطراف[3] فهو وليد إرادتهم[4] ومصدر ولاية المحكم[5] واختيار الأطراف لقانون موضوعي[6] يوجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع.

وترتيباً على ذلك – ودون الحديث عن ولاية المحكم[7] – فهو لا يملك أن

---

(٢) د.على بركات: ٤٣٦بند٤٤١

(٣) ويقصد باغتصاب السلطة لدى فقه القانون الإداري بعدم الاختصاص لدى البعض، والبعض الآخر يرى أن حالات اغتصاب السلطة هي تلك التي تتعلق بركن الصدور من سلطة إدارية وتقتصر على حالات ثلاثة انظر في تفصيل ذلك د. ماجد الحلو: القرارات الإدارية ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ص ٢٣٨ وما بعدها.

(٣) الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ١٢٢٣.

(٤) الطعنان رقما ٨٨٧، ١١٥٤ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٩/١١/١٤ سنة ٤٢ ع١ ص ١٨٤ المبادئ ص ٦٣ قاعدة ٤٨.

(٥) الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ س ٤٨ ثم ص ١٥٤٧ والطعن رقم ٢٠١٠ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٨/١/٢٣ المبادئ ص ١١٨ قاعدة ١١٠.

(٦) انظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٧) انظر في اتفاق المحكمين هو المحرك الأساسي لعملية التحكيم د. معتز عفيفي: المرجع السابق ص ٤٦٣ وما يليها.

يتحول إلى نظام قانوني آخر إذا ما وجد أن الحل الذي في هذا القانون غير ملائم، أو أن هناك قانون آخر يقدم – من وجهة نظره – نتيجة أكثر اتساقاً مع النتيجة التي يرغب في الوصول إليها في حسم النزاع. فهذا التصرف من جانب المحكم يشكل افتئات على إرادة الأطراف، مما يبرر مؤاخذة حكمه بالبطلان.

ولكي يشكل افتئات المحكم على إرادة الأطراف مبرراً للبطلان يشترط أن يكون هذا الافتئات أثره الواضح على الحل الذي انتهى إليه المحكم في النزاع. بمعنى أنه لو كان الحكم لن يتغير لو التزم المحكم بتطبيق قواعد القانون المختار تطبيقاً صريحاً فإنه لا يحكم بالبطلان. كما لو استرشد المحكم في معرض أعماله لقانون الإرادة بقانون آخر بحسبانه مصدراً للقانون الواجب التطبيق، فإن استرشاده بالقانون الآخر لا يمثل افتئات على إرادة الأطراف، ومن ثم لا يبرر مؤاخذة حكمه بالبطلان، فالسلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم في البحث عن مصادر ومضمون قانون الإرادة يبرر له هذا الحق[1]. ومن ثم فاافتئات المحكم على إرادة الأطراف يعد الأساس الفني للبطلان بخروجه المتعمد على قانون إرادتهم وتطبيق قانون آخر أو تطبيق لقواعد العدالة والإنصاف.

(1) Paris. 19 déc 1986 Rev. orb. 1989 p. 359. Paris 10 morc. 1988. Rev. orb. 1993. Note. E. Gaillord. P. 88.

الفصل الثالث

وسيلة إبطال حكم التحكيم

المستبعد للقانون الموضوعي

٣٦- تمهيد: بصدور حكم التحكيم تنتهى مرحلة التحكيم، وتستنفد هيئة التحكيم – التى أصدرت الحكم – ولايتهياً بالنسبة للنزاع، فإذا ما استبعد الحكم التحكيمى القانون الموضوعى المتفق عليه، كان لأى من طرفي التحكيم التمسك بالبطلان أمام القضاء العام عن طريق دعوى البطلان. فوسيلة إبطال حكم التحكيم هى دعوى البطلان، وجهة إبطاله القضاء العام ممثلاً فى المحكمة المختصة بهذه الدعوى.

فى غضون مبحثين متعاقبين، نتناول فى الأول دعوى بطلان حكم التحكيم ونظامها الاجرائى وفى الثانى اثر الحكم ببطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعى المتفق على تطبيقه.

المبحث الأول

دعوى بطلان حكم التحكيم ونظامها الاجرائى

٣٧- ماهية دعوى بطلان حكم التحكيم والفلسفة التي تقوم عليها[١] **هى دعوى مبتدأة يهاجم بها الحكم لأسباب محدده – منها استبعاد القانون الموضوعى موضوع الدارسة - بهدف الحصول على حكم تقريرى ايجابى او سلبي ببطلان او عدم بطلان الحكم المرفوع به الدعوى. وتقتصر سلطة المحكمة فى هذه الدعوى على ذلك، وتقف عند هذا الحد فهذه الدعوى ليست طريقاً من طرق الطعن فى الأحكام، تطبيقا للمادة ١/٥١ تحكيم مصري "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية**[٢]

---

(١) انظر فى دعوى البطلان د. فتحي والى: التحكيم ص٥٤١ وما بعدها بند ٣٠٦ وما بعده د.نبيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم مرجع مشار إليه سابقاً؛ د. بليغ حمدي: الدعوى ببطلان أحكام التحكيم رسالة مشار إليها سابقاً؛ د. معتز عفيفي: ص ٣٤٩ وما يليها.

(٢) وعدم قابلية حكم التحكيم للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن في القانون المصري، قد مر بتطور فقانون المرافعات الملغى ٧٧ لسنة ١٩٤٩ كان يجيز الطعن فيه بالاستئناف وبالتماس اعادة النظر وفقا للمادة ٨٤٨ ولما صدر قانون المرافعات الحالى ١٣ لسنة ١٩٦٨ نص فى المادة ٥٠١ على عدم جواز الطعن فى حكم المحكم بالاستئناف وابقى فقط على طريق الطعن بالتماس إعادة النظر. انظر د.احمد ابو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته ص٣٢١-٣٢٩ بند١٢٨ وما بعده.
فلما صدر قانون التحكيم الحالى ٢٧ لسنة١٩٩٤ ألغى الطعن فى حكم التحكيم بالتماس إعادة النظر وبهذا لم يعد هذا الحكم يقبل الطعن فيه باى طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية استئناف القاهرة دائرة ٣٦ تجارى جلسة ٢٠٠٠/٦/١٩ فى الدعوى ٦٢ لسنة ١١٧ ق تحكيم نقض ١٩٣٢/١١/٢٢ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما ص٣٩٧ رقم٨ استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري في الدعوى رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٥

فدعوى البطلان وفقا لقانون التحكيم المصري، هي الطريق الوحيد لمهاجمة حكم التحكيم بعد أن حصنه المشرع ضد طرق الطعن كلها[1] فهو حكم بات[2] من تاريخ صدوره،لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المقررة فى قانون المرافعات[3].

واختيار المشرع المصرى دعوى البطلان الأصلية لتقرير بطلان حكم التحكيم

جلسة ٢٠٠٥/٣/٣٠ استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري في الدعوى ٢٦ لسنة ٢٠٢٢.
جلسة ٢٠٠٢/٩/٢٥. استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجاري في الدعوى رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٩.

(١) أما فى القانون الفرنسي وان كان لا يجيز الطعن فى حكم التحكيم بالمعارضة ولا بالنقض الا انه يجيز الطعن فيه باعتراض الخارج على الخصومة وبالاستئناف المواد ١٤٨٩، ١٤٩١ مرافعات هذا فضلاً عن التمسك ببطلانه عن طريق دعوى البطلان، مع مراعاة انه لا يجوز الجمع بين الطعن بالاستئناف ودعوى البطلان، فالأخيرة لا يتكون مقبولة الا إذا كان طريق الاستئناف مغلقاً بتنازل الأطراف عنه او بعدم احتفاظهم بالحق فى رفعة كما فى حالة التحكيم بالصلح. انظر

Loquin: jur class proc civ 1995. Fasc 1034. BERTIN: Les nouvelles voies de necoure eN matiere d'arbitrage Goz.pol 1982.289. CADIET: op. cit.p 795etss.

ثم انظر فيما سبق هوامش بند رقم ١.

(٢) ورغم ان حكم المحكم يعتبر عملاً قضائياً مما يستتبع عدم جواز المساس به الا بواسطة طريق من طرق الطعن التى ينص عليها القانون بالنسبة له، فان تأثير الطبيعة التعاقدية للاتفاق مصدر سلطة المحكمين قد ادى الى فتح سبيل دعوى البطلان ضد حكم التحكيم د.فتحى والى التحكيم ص٥٤٢ بند ٣٠٧ د.نبيل عمر : دعوى البطلان ص٥٩ بند٣٦؛ د. أحمد هندي: التحكيم، ص ١٣٦ وما بعدها بند ٣٤.

(٣) وإذا كان قانون وفقه المرافعات فى كل التشريعات يجيز رفع دعوى مبتدأة لتقرير انعدام الحكم القضائى، وذلك عند انتهاء مواعيد الطعن فيه، فذلك يرجع الى ان هدف هذه الدعوى ليس رقابة او تصحيح أو اصلاح حكم قضائى معيب، بل ان هدفها هو محض تقرير عدم وجود الحكم أو ان هذا الحكم لم يوجد من الأصل انظر فيما سبق بند ١١ وما بعده.
وهناك بعض الأنظمة لا تجيز الطعن في حكم المحكم بأي طريق من طرق الطعن مثل نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم L.C.I.A. وقواعد نظام تحكيم الويبو wipo وقواعد الهيئة الأمريكية للتحكيم A.A.A وغرفة التجارة الدولية باريس I.C.C

يرجع الى تأثير الطبيعة التعاقدين للاتفاق مصدر سلطة المحكمين، فهذا الحكم وليد اتفاق التحكيم،وبناء عليه يصطبغ بصبغته ويتلون بلونه. من هذا المنطق اخذ المشرع المصرى بفكرة دعوى البطلان لإبطال حكم التحكيم، ولهذا الاعتبار أجازت التشريعات المختلفة الدعوى ببطلان أحكام التحكيم[1] .

والفلسفة التي تقوم عليها دعوى البطلان مستمدة من فلسفة التحكيم نفسه والذي يقوم على عاملي السرعة والعدالة. ولذا فلسفة بطلان حكم التحكيم تقوم على عدالة الحكم أو عدم عدالته، ومن ثم صحة هذا الحكم أو بطلانه دون أن تمتد إلى أبعد من ذلك. فلا يجوز أن تبنى دعوى البطلان على أساس يهدف إلى مراجعة تقدير حكم المحكمين[2]. فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع بل لمراقبة صحة تطبيق وتوافر أعمال القانون المنطبق[3].

وانطلاقاً من ذلك، لا يملك القضاء المختص بنظر دعوى البطلان سواء أن يقرر صحة الحكم أو يقضي ببطلانه، فليس لهذا القضاء مراجعة حكم المحكم لتقدير ملائمته أو مراقبة صحة تقدير المحكمين صواب وخطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه لأن ذلك كله من اختصاص قاضي الاستئناف[4] والدعوى ليست طعناً بالاستئناف[5] بل

---

(1) د.فتحى والى: الاشارة السابقة. د. نبيل عمر الإشارة السابعة

(2) د.عيد القصاص: حكم التحكيم ص ٢٤٢ وما بعدها؛ د. معتز عفيفي: ص ٣٧٣.

(3) الطعن رقم ٩٨ لسنة ٧٩ ق جلسة ٢٠٠٩/١٢/٢٤ المبادئ ص ١٣٥ القاعدة رقم ١٣٠.

(4) استئناف القاهرة ٩١ تجاري الدعوى رقم ٦٦ لسنة ١٢٠ ق جلسة ٢٠٠١/٥/٢٦. استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري الدعوى رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٥/٣/٣٠. الطعن رقم ٢٦١٩ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠٠٨/١٢/١١ استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري في الدعوى رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٦ واستئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري في الدعوى ٩٩ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٦/٦/٢٩.

(5) الطعنان رقما ١٧١٧٠، ١٧١٧١ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٠٠٧/١١/٢٢ المبادئ: ص ١٥١ قاعدة ١٥٢.

طريق استئنائي لمراجعة حكم المحكم في النواحي الإجرائية[1].

ومن المقرر ان قاضى الدعوى هو صاحب السلطة فى تكييفها التكييف القانون الصحيح، دون التقيد بما يصفه بها المدعى. فالعبرة هى بحقيقة المقصود من المدعى، وليس بالألفاظ التى صيغت بها صحيفة الدعوى، ولهذا فإن الدعوى المرفوعة الى المحكمة بطلب ابطال حكم التحكيم تعتبر فى تكييفها الصحيح دعوى بطلان ولو كانت قد وصفت بأنها استئناف، او طلب فيها المدعى الحكم مجدداً فى الموضوع الذى فصل فيه حكم التحكيم[2].

٣٨- المحكمة المختصة بدعوى البطلان وإجراءات رفعها: حددت المادة ٢/٥٤ تحكيم المحكمة المختصة بدعوى البطلان فنصت على انه "تختص بدعوى البطلان فى التحكم التجاري الدولي المحكمة المشارة أليها فى المادة ٩ من هذا القانون وفى غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع" ووفقا للنص، تختلف المحكمة المختصة حسب نوع التحكيم، فإذا كان التحكيم تحكيماً تجارياً دولياً بالمعنى التى حددته المادتان٢ ، ٣ تحكيم مصري[3] كان الاختصاص بالدعوى لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف أخرى

---

(١) الطعن رقم ٤٦٢٣ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٨ السنة ٤٨ ثم ص ١٤٩٥ المبادئ ص ١٥٠.

(٢) د.فتحى والى: ص٥٤٣ بند ٣٠٧ والحكم المشار لدى سيادته استئناف القاهرة ٩١ تجارى فى ٢٠٠٥/٦/٢٩ فى الاستئنافات ارقام ٩٣ ، ٧٠١ ، ٦٢١ لسنة ٢٣٢ ق تحكيم. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص١٣٦ وما بعدها بند ١٢٨ وما بعده.

NORMAND: Thésé. Préc. P. 144. N. 156. Rotond: consideration "Faitetdrait" R.T.D. civ. 1977. p. 14N.9.

(٣) د.مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: المرجع السابق: ص٧٣ وما بعدها بند ٥٣. د.حسني المصري: ٣٠؛ د. أحمد هندي: ص ١٤٦ بند ٣٥.

BELLET et MEZGER: L'arbitrage international dans le nauveau code de Procédure civile Rev. Git. Dip. 1981. 611.

في تطبيق ذلك أنظر: الطعن رقم ٩١٣ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٠١٠/١٢/٢٣ المبادئ ص ١٣٨.

أما إذا لم يكن التحكيم تجاريا دولياً[1] فان الاختصاص ينعقد لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع. فإذا كانت المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع هي محكمة كفر الشيخ الجزئية، فإن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان تكون محكمة كفر الشيخ الابتدائية – الدائرة الاستئنافية – وان كانت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع هي محكمة كفر الشيخ الابتدائية كانت المحكمة المختصة بالدعوى هى محكمة استئناف طنطا.

وجدير بالذكر، ان شرط اختصاص المحاكم المصرية بنظر دعوى البطلان أن يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق، فإذا لم يكن القانون المصري هو الواجب التطبيق حالة استبعاده، فان المحاكم المصرية لا تختص بنظر هذه الدعوى، ولو تحقق مفترض الاستبعاد وسببه، ويكون السبيل هو وقف تنفيذ الحكم طبقاً لاتفاقية نيويورك[2]

ويطبق فى تحديد المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع قواعد الاختصاص[3] سواء بالنسبة للاختصاص النوعي أو المحلى أما ما يتعلق بالاختصاص القيمي فهي دعوى غير مقدرة القيمة. وإذا تعددت المحاكم المختصة محلياً، لتعدد المدعى عليهم، فان دعوى البطلان ترفع أمام المحكمة الاستئنافية التي تتبعها اى منهم[4]

وترتيباً على ذلك، فان المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم هى دائماً من

---

(1) فى التحكيم الداخلي انظر د.نبيل عمر: التحكيم ص٢٣ وما بعدها بند١٧؛ د. أحمد هندي: التحكيم ص ١٤٦ وما بعدها.

(2) د. محمود مختار بريرى: ص ٢٣٨ بند ١٤٤؛ د. معتز عفيفي: ص ٧٥٢ وما بعدها.

(3) د.عبد الباسط جميعى. نظرية الاختصاص فى قانون المرافعات وتعديلاته دار الفكر المصرى ١٩٧٥ المؤلف: المرجع السابق ص١٤٤ وما يليها بند ١٣٦ وما بعده.

Solus.H. Compétence d'attribution et competence Territariate. J. c. p. 1974. dectr. N. 663.

(4) د.فتحى والى: التحكيم: ص٦١٣ بند ٣٤٠ والحكم المشار لديه استئناف القاهرة او تجارى فى ٢٠٠٥/٦/٢٩ فى الاستئنافات٣٩، ٧١، ١٠٧، ١٢٦ لسنة ١٢١ ق تحكيم.

محاكم الدرجة الثانية[1]، واختصاصها بهذه الدعوى يكون اختصاصاً نوعيا متعلقا بالنظام العام. فلا يجوز رفع دعوى البطلان فى هذا المقام أمام أى محكمة من محاكم الدرجة الأولى جزئية أم ابتدائية فإذا حصل ذلك تعين على محكمة الدرجة الأولى فى هذه الحالة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص والإحالة الى محكمة الاستئناف كما فى المادة ١/٥٤ تحكيم مصرى وتلتزم بحكم الإحالة لذات السبب الذى من اجله تمت الإحالة تطبيقاً للمادة ١١٠ مرافعات[2].

كما تجب الاحالة ايضا لعدم الاختصاص المحلى، اذا رفعت دعوى البطلان أمام محكمة إستئناف غير مختص محلياً، كان لها ومن تلقاء نفسها أن تحكم بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة التى تراها مختصة محلياً لتعلق قواعد الاختصاص المحلى لمحاكم الاستئناف بالنظام العام، حتى ولو كانت محكمة الاستئناف قد تم تحديدها فى البداية بالاتفاق حسب مايسمح به القانون فمثل هذا التحديد الاتفاقى يؤدى الى تحديد المحكمة المختصة محلياً ابتداءاً، فاذا ما تحقق ذلك صار الاختصاص المحلى متعلقاً بالنظام العام رجوعاً الى القاعدة العامة فى الاختصاص المحلى لمحاكم الدرجة الثانية، ويتعين عند المخالفة الحكم بعدم الاختصاص المحلى والاحالة ولو من تلقاء نفس المحكمة[3]

وترفع دعوى البطلان بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى[4] ويجب ان تشمل صحيفة

---

(1) د. أحمد هندي: ص ١٤٧ بند ٣٥؛ د. معتز عفيفي: الإشارة السابقة؛ د. عيد القصاص: قانون التحكيم، ص ٥٧٤ وما بعدها بند ٢٠٧.

(2) المؤلف: المرجع السابق ص٣١٤ وما بعدها بند ٣٠٥ وما بعده

(3) المؤلف: ص٣١٠ وما بعدها بند ٣٠٠ وما بعده ١٠ استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجارة جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٨ في القضية رقم ٥ لسنة ١٢٠ق تحكيم، وفى ٢٠٠٤/٤/٢ فى الدعوى ٧٩ لسنة ١٢٠ق استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٩ في الاستئنافات ٣٩، ٧١، ١٠٧ لسنة ١٢٦ ق.

(4) ومادام القانون رسم لطلب البطلان شكلا محدداً، وهو دعوى البطلان الأصلية، فانه لا يجوز ابداء هذا الطلب فى صورة دفع فى نزاع آخر نقض ١٩٣٢/١١/٢٢ مجموع القواعد فى ٢٥ عاما مشار إليه سابقاً. ولكن لا يوجد ما يمنع من آثارة وجه بطلان حكم

الدعوى على البيانات التى تنص عليها المادة ٦٣ مرافعات، المتعلقة ببيان المدعى والمدعى عليه، وتاريخ تقديم الصحيفة والمحكمة المرفوع اليها الدعوى، ووقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها. ولكون دعوى البطلان ليست استئنافاً فلا يلزم توافر ما تنص عليه المادة ٢٣٠ مرافعات[١] مع ملاحظة ان بيان طلبات المدعى يستلزم بداهية، بيان حكم التحكيم الذى يطلب ابطاله على نحو ناف للجهالة، ويجب ان يقدم الى المحكمة صورة رسمية من هذا الحكم. فلا يكفى تقديم صورة ضوئية منه، وان يضم ملف التحكيم المحتوى على حكم التحكيم الى الدعوى والا قضت المحكمة بعدم قبولها[٢]

ودعوى بطلان حكم التحكيم لاستبعاد المحكم القانون الموضوعى المتفق على تطبيقه ترفع من اى من طرفى الخصومة التحكيمية، لأن لكل منهم مصلحة قانونية فى رفع الدعوى[٣]

التحكيم المطلوب تنفيذ أمام رئيس المحكمة المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ، او فى اشكال بطلب وقف تنفيذ هذا الحكم فاذا كان هذا الوجه جديا وجوهريا بنطق به ظاهر الأوراق، مما يعدم وجود الحكم، فانه يشكل سببا لرفض طلب التنفيذ أو لوقف التنفيذ فى الاشكال د. احمد ابو الوفا: ص٣٠٦،٣٠٧ مشار اليه لدى د.احمد شرف الدين: المرجع السابق: ص ١٠١، ١٠٢ بند ٢٣؛ د. احمد هندي: ص ١٥٣ وما بعدها.

(١) والتى تنص على انه"...ويجب ان تشتمل الصحيفة على بيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الاستئناف والطلبات والا كانت باطلة" وفى تطبيق ذلك انظر: طعن ٣٠/٨٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/١٧ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٥ ص ١١٨٩. طعن ٣١/٢٩٦ق نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠ المجموعة لسنة ١٦ص ١٣٧٣.

(٢) د.فتحى والى: التحكيم: ص٦١٧ بند ٣٤٣ والأحكام المشارة لديه استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجارى فى الدعوى رقم ٥١ لسنة ١٢١ ق تحكيم. استئناف القاهرة دائرة ٦٣ تجارى جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٥ فى الدعوى ٢٦ لسنة ١١٩ق، استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجارى ٢٠٠٤/٤/٢٨ فى الدعوى ٧٩ لسنة ١٢٠ق.

(٣) ويشترك سبب البطلان لأستبعاد القانون الموضوعى الواجب التطبيق مع أسباب اخرى هى عدم وجود اتفاق على التحكيم، او لكون تشكيل هيئة التحكيم قد تم بالمخالفة لنص القانون او للاتفاق، او لكون المحكم خالف النظام العام، ففى هذه الاسباب يجوز التمسك بالبطلان من اي من طرفى الخصومة التحكيمية وما دون ذلك الأسباب يقتصر التمسك بالبطلان على صاحب المصلحة، كما لو كان الحكم باطلاً، لأن احد طرفى التحكيم كان

فاذا رفعت من غير من كان طرفاً، كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها من غير ذى صفة[1] كما يجب ان تتوافر فى رافع الدعوى الصفة الاجرائية اللازمة لرفع الدعاوى بصفة عامة[2] ودون ان يترتب على رفع هذه الدعوى وقف تنفيذ حكم التحكيم مالم تأمر المحكمة بوقف التنفيذ اذا طلب المدعى ذلك فى صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنيا على اسباب جدية، وعلى المحكمة الفصل فى طلب الوقف خلال ستين يوما من تاريخ اول جلسة محددة لنظره تطبيقاً للمادة ٥٧ تحكيم مصرى[3]

وبعد ابداء صحيفة الدعوى، تعلن الى المدعى عليه وفقا للقواعد العامة[4] ويجب ان يتم الاعلان الى الشخص المدعى عليه او فى موطنه الاصلى او فى موطنه المختار المبين فى ورقة

فاقد الاهلية او ناقصها عند ابرامه، فلا يجوز الا لناقص الأهلية أو من يمثله ان يرفع دعوى البطلان: انظر د. الأنصاري النيداني: الأثر النسبي لاتفاق التحكيم دار الجامعة الجديدة. ص١٤٣ وما بعدها. بند ٨٥. د. أحمد شرف الدين: المرجع السابق ص١٠٠ وما بعدها بند٢٣ د.محمود مختار بريرى: ص٢٣٧ بند١٤٤ الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١٢/١٦ ص ١٧٩ السنة ٢٢.

(١) استئناف القاهرة دائرة او تجارى جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٦ فى الدعوى رقم ١٦ لسنة ١١٩ق تحكيم استئناف القاهرة دائرة ٦٢٥ تجاري جلسة ٢٠٠٠/١/٥ في الدعوى رقم ٨١ لسنة ١٥ق.

(٢) د.فتحى والى: التحكيم ص٦١٨ بند ٣٤٣ والحكم المشار لديه استئناف القاهرة الدائرة ٨ تجارى جلسة ٢٠٠١/١٢/٢٦ فى الدعوى ١٤، ٤٥ لسنة ١١٧ ق تحكيم.

(١) هل لرفع دعوى البطلان اثر موقف للتنفيذ بقوة القانون، وهو يجوز طلب وقف التنفيذ، بالتبع لرفع دعوى البطلان، فى تفصيل ذلك انظر د.نبيل عمر: دعوى البطلان: ص٨٤-٨٩ بند ٥٧ ومابعده التحكيم: ص٤٢٢ وما بعدها بند ٣٥١ وما بعده؛ د. أحمد هندي: التحكيم، ص ١٥٧ وما بعدها بند ٣٧ ؛ د. عيد القصاص: التحكيم، ص ٥٧٦.

(٤) د.احمد هندى: العلم القانونى بين الواقع والمنطق فى التنظيم القانونى دار الجامعة الجديدة ١٩٩٩التحكيم دراسة إجرائية ص ١٥٩ وما بعدها بند ٣٧.

اعلان الحكم تطبيقا للمادة ٢١٤ مرافعات[١]

ويختصم فى دعوى البطلان من له صفة سلبية فى الدعوى، وهو من كان طرفا فى خصومه التحكيم، فلا يجوز ان يختصم من لم يكن طرفا فى خصومة التحكيم، ولهذا فانه لا يجوز اختصام احد المحكمين الذين اصدروا الحكم التحكيمى محل دعوى البطلان[٢] فلا يستفيد من هذه الدعوى او الحكم فيها الا من رفعها ولا يحتج بها او بالحكم فيها الا من رفعت ضده فدعوى البطلان شأنها شأن الطعن فى الاحكام لها آثر نسبي[٣] على انه يستثنى من ذلك الحالات التى ينص عليها قانون المرافعات فى المادة ٢١٨ من استثناءات[٤] وأهمها حالة ما اذا كان موضوع الدعوى التحكيمية غير قابل للتجزئية[٥] وتطبيقاً لذلك قضى[٦] بأن شرط التحكيم المدرج فى عقد دولى يتمتع بفعالية خاصة، تقتضى مد تطبيقه الى الاطراف المعنية بتنفيذ العقد، وفى المنازعات التى تتأتى عنه، متى تبين ان مركزهم التعاقدى ونشاطهم يفترض قبولهم بشرط التحكيم والذى يعلمون بوجوده وبمداه على الرغم من عدم توقيعهم للعقد الذى

---

(١) د.نبيل عمر: الوسيط فى الطعن بالاستئناف ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص٤٨٤ وما بعدها بند ٢٠٨ وما بعده.

(٢) د.فتحى والى: التحكيم ص٩١٦ بند٣٤٣ د.الانصارى النيدانى: الاشارة السابقة، د.نبيل عمر: التحكيم: ص٤٢١ بند ٣٥٠ د.محمود مختار بريري: ص٢٣٧ بند ١٤٤ الطعن رقم ١٠١٣٢ لسنة ٧٨ ق جلسة ٢٠١٠/٥/١١ المبادئ ص ٨٣ قاعدة ٧٣.

(٣) د. الانصارى النيدانى: ص١٤٦ وما بعدها بند ٨٦

(٤) د. نبيل عمر: دراسات فى فلسفة قانون المرافعات محاضرات القيت على طلب الدكتوراه للعام الجامعى٧٨، ١٩٧٩ ص٢٠ وما بعدها د.فتحى والى: قانون القضاء المدنى ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص٦٨٨ بند ٣٥٢ التحكيم: ص٦١٩ بند ٣٤٣ والحكم المشار لديه استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٥/٤/٢٧ فى الدعوى ٨٩ لسنة ١٢١ ق تحكيم.

(٥) د.مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٤٩٤ وما بعدها بند ٣٣٩ وما بعده د.فتحى والى التحكيم: ص١٦٣ بند ٧٨

(3) app. paris 21. act. 1983. Rev. arb. 1984. p.48. Note. Chopelle Paris. 28. Nov 1989. Rev. arb. 1990. p. Note. Mayer, Pierre. Coss. Civ Rev. arb. 1991. p. 453. Note. Mayer. Pierre

تضمنه"

فالامر اذن ليس مرجعه ارادة هؤلاء الافراد للالتزام بشرط التحكيم، وانما مجرد علمهم بوجوده ومداه، ومما يكشف عنه الواقع المتمثل فى مركز افراد المجموعة بالنسبة لبعضهم البعض من ناحية[1] والأنشطة التى يتولاها كل منهم فى اطار العملية الاقتصادية الواحدة من ناحية أخرى.

٣٩- وترفع دعوى البطلان خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ اعلان حكم التحكيم للمحكوم ضده، مادة ١/٥٤ تحكيم، وذلك دون تفرقة بين حالة صدور الحكم فى حضوره أو غيبته، وهو ميعاد حتمى لايجوز مخالفته ولو باتفاق طرفى التحكيم. ويبدأ الميعاد[2] من تاريخ اعلان الحكم الى المحكوم عليه وليس من تاريخ صدوره ومع ذلك لايوجد مانع يمنع المحكوم ضده من رفع دعوى بطلان الحكم فور صدوره او بمجرد العلم به ولو لم يعلن به[3]

ويتم الإعلان وفقا لنظام الإعلان ووسائله التى بينتها المادة ٧ تحكيم مصرى والتى تنص على انه اذا لم يوجد اتفاق خاص بين الطرفين لتحديد سبل الاعلان، يتم تسليم اى رسالة او اعلان الى المرسل اليه شخصياً او فى مقر عمله او فى محل اقامته المعتاد او فى عنوانه البريدى المعروف للطرفين او المحدد فى مشارطة التحكيم او فى الوثيقة المنظمة للعلاقة التى يتناولها التحكيم واذا تعذر معرفة احد هذه العناوين بعد اجراء التحريات اللازمة يعتبر التسليم

---

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص٢٧ وما بعدها بند ٣١، ص٤٩٩ بند ٤٤٠.

(٢) مع ملاحظة ان سريان الميعاد يعتبر مانعاً قانونياً يحول دون التقدم بطلب الحصول على أمر التنفيذ، حيث يشترط القانون لإمكان التقدم للحصول على أمر التنفيذ تمام انقضاء الميعاد المحدد لرفع دعوى البطلان. انظر د.نبيل عمر دعوى البطلان: ص٦٧ بند ٤٣

(٣) الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠١/٣/٢٢ س ٥٢ ثم ص ٤٣١ استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى فى ٢٠٠٤/٥/٢٦ الدعوى رقم ٨٣ لسنة ١٢٠ق تحكيم قارن د.عبد التواب مبارك: المرجع السابق ص١١٥ بند٣٥.
ومع ذلك يظل ميعاد دعوى البطلان مفتوحاً اذا لم يتم اعلان الحكم للمطعون عليه، وذلك طالما ان الدعوى قد استوفت باقى اوضاعها المقررة فى القانون. استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى فى ٢٠٠٦/٦/٢٨ فى الدعوى رقم لسنة١٢٣ق تحكيم

قد تم اذا كان الاعلان بكتاب مسجل الى اخر مقر عمل او محل اقامة معتاد او عنوان بريدى معروف للمرسل اليه مادة٢/٧ تحكيم.

ومع الاخذ فى الاعتبار، انه عند رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة وأثناء سيرها يتم الاعلان وفقا لقواعد قانون المرافعات، وليس وفقا لقانون التحكيم تطبيقاً للمادة ٣/٧ تحكيم، على ان قواعد الاعلان التى نص عليها هذا القانون فى الفقرتين الاولى والثانية من المادة السابقة لاتسرى احكامها على الاعلانات القضائية امام المحاكم.

ويبدأ احتساب هذا الميعاد من اليوم التالى لتاريخ الاعلان طبقا لقواعد قانون المرافعات، ويمتد بسبب المسافة[١] والعطلة الرسمية[٢] ويوقف طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن بما هو وارد فى قانون المرافعات[٣] فهذا الميعاد يخضع للقواعد العامة فى المواعيد الاجرائية – المواد ١٥ – ١٨ مرافعات – من حيث كيفية احتسابه وامتداده بسبب المسافة والعطلة الرسمية، والواقف بسبب القوة القاهرة[٤]

---

(١) وميعاد المسافة هو قدر اضافى من الزمن يضاف الى الميعاد الاصلى ايأ كان نوعه لتعويض صاحب الحق فى الميعاد عما فقده من زمن نتيجة لضرورة انتقاله من مكان لآخر لاتخاذ اجراء معين، فيضاف الى الميعاد الاصلى ميعاد مسافة بين المكان الذى يجب انتقال الشخص المستفيد من الميعاد – او يمثله– منه والمكان الذى يجب عليه الحضور فيه او القيام بعمل اجرائى ما خلال هذا الميعاد نقض ١٩٧٨/٢/١٨ مجموعة احكام النقض لسنة ٢٩ العدد الأول ص٥١٠

(٢) اذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد الى اول يوم عمل بعدها مادة ١٨ مرافعات وذلك ليستفيد المقرر له الميعاد منه كاملاً، ويمتد الميعاد بسبب العطلة ولو كان ممتداً= =بسبب المسافة، لقيام ذات العلة فى هذا الامتداد، بشرط ان تقع العطلة فى آخر يوم من ميعاد المسافة لا فى آخر يوم من الميعاد الأصلى، فاذا وقعت العطلة فى آخر الميعاد الأصلى، فلا يمتد هذا الميعاد للعطلة. وبعد ذلك نضيف ميعاد مسافة، فميعاد المسافة يضاف الى الميعاد الأصلى دون فاصل بينهما ولو صادق آخر الميعاد الأصلى يوم عطلة. نقض ١٩٧٦/٦/١٧ مجموعة احكام النقض لسنة ٢٧ ص ١٣٧٧

(٣) نقض مدنى ١٩٧٣/٢/٢٤ مجموعة احكام النقض لسنة ٢٤ص ٣٢١ نقض مدنى ١٩٧٠/٣/٥ مجموعة الاحكام لسنة ٢١ص٤١١

(٤) د.احمد السيد صاوى: التحكيم ص٢٥٠ بند ١٩٠ د.نبيل عمر: دعوى البطلان: ص٦٧ بند ٤٣

ويترتب على فوات الميعاد سقوط الحق فى رفع الدعوى[1] كما يسقط الحق فى رفع الدعوى بقبول مدعى البطلان لحكم التحكيم سوءا كان قبولاً صريحاً او ضمنياً بأقدامه على تنفيذ الحكم مثلا، مالم يتعلق البطلان بالنظام العام بينما لايعتد بنزول مدعى البطلان عن حقه فى رفعها قبل صدور حكم التحكيم وفقا للمادة ١/٥٤/ تحكيم دفعا لمغبة الاذعان عن الطرف الضعيف فى التعامل[2]

٤٠- شروط قبول دعوى البطلان" لاتقبل اى دعوى لايكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون من مادة ٣ مرافعات فدعوى البطلان شأن اية دعوى يجب توافر شرط المصلحة فيها[3] وهى تماثل شرط المصلحة فى الطعن[4] فيجب أن تتوافر

---

(١) ما لم يظهر ان الحكم كان مبنيا على غش لم يظهر الا بعد فوات الميعاد، فلقمع هذا الغش لا مفر من القول بعادة اعلان الحكم بعد كشف الغش وحساب ميعاد رفع الدعوى من هذا الإعلان الجديد، على اساس ان الاعلان لايعتبر قد تم لحكم كان مؤسساً على غش.
د.نبيل عمر: دعوى البطلان: ص٦٦ بند ٤١

(٢) د. معتز عفيفي: المرجع السابق، ص ٤٣٦ وما بعدها؛ د.فتحى والى: التحكيم: ص٦١٧ بند ٣٤٢ د.احمد السيد صاوى: الاشارة السابقة.

(٣) المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى: ص٨١ وما بعدها بند٧٨ ؛ د. عيد القصاص: التحكيم ص ٥٧٣ بند ٢٠٦.
=

= SAVAX (E) La Persannalite marale en perocédure Civile. R.T.D. civ. 1995. p. letss.

وفي تطبيق ذلك انظر: الطعنان رقما ٨٢٤، ٩٣٣ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٤ مجموعة أحكام النقض ٢٠٠٧- ٢٠٠٨ الصادر عن المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة ج١ ٢٠١٠، ص ١٧٣.

Paris. 16 moi 2002 Rev. orb. 2003. 1231 Note. E.Gaillard.

(٤) طعن ٤٦/٩٨٩ق نقض ١٩٨٠/١٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض لسنة ٣١ ص ١١٢ طعن ٤٩/١٥٧ق نقض ١٩٨٦/٢١١٠ طعن ٥٣/٥٢٠ من جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٤ مجموعة احكام النقض لسنة ٣٧ ص١٠٣٠

المصلحة بأوصافها التى نص عليها القانون[1]

وشرط المصلحة من الشروط العامة المتعلقة بالنظام العام،ولايتوافر الا لمن كان طرفاً فى الخصومة التى فصل فيها حكم التحكيم وكان محكوماً عليه، وتنتفي المصلحة اذا قبل المحكوم عليه هذا الحكم صراحة أو ضمناً وانتفاء المصلحة يترتب عليه سقوط الحق فى رفع دعوى البطلان[2]

والى جانب شرط المصلحة فى دعوى البطلان ما ينص قانون التحكيم المصرى على شرطين خاصيين لقبول هذه الدعوى، ويهدف من هذان الشرطان ضمان تمسك صاحب المصلحة بالعيب كسبب للبطلان،بمجرد تحقق هذاالعيب حتى لاتستمر خصومة التحكيم الى قرب نهايتها، ثم يفاجأ المحكوم له بدعوى خصمه ببطلان الحكم لعيب كان يمكنه التمسك به أثناء الخصومة، فيضيع الوقت والجهد والنفقات دون فائدة[3]هذان الشرطان هما:

١- الا يكون مدعى البطلان قد تنازل عن حقه فى التمسك بالعيب المبطل للحكم أمام هيئة التحكيم: فيجب فى جميع الاحوال الا يكون المتمسك بالبطلان قد سبق له النزول عن حقه فى الاعتراض على المخالفة سبب البطلان[4]وهو ماصادف اعتماد ثابت من جانب المشرع وفقاً للمادة ٨ تحكيم مصرى[5] والتى تنص على انه "اذا استمر احد طرفى النزاع فى اجراءات

---

(١) انظر تفصيل ذلك د.عبد المنعم الشرقاوى: نظرية المصلحة فى قانون المرافعات رسالة القاهرة طبعة ١٩٤٧. د. أحمد هندي : التحكيم : ص١٥٤ وما بعدها بند ٣٥.

(٢) د.فتحى والى : التحكيم: ص٦١٩ بند٣٤٤ والاحكام المشارة لديه استئناف القاهرة ٩١ تجارى جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٩ فى الدعوى ٧٤ لسنة ١٢١ق تحكيم. استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٤/٩/٢٩ فى الدعوى لسنة ١٢٠ق تحكيم.

(٣) د.فتحى والى: ص٦٢٠ بند٣٤٤.

(٤) د. فتحى والى: التحكيم ص٦٢١ بند٣٤٤ د.عبد التواب مبارك: ص١١٨ ومابعدها بند٣٦؛ د. معتز عفيفي: المرجع السابق ص ٤٣٧.

(٥) نفس المعنى المواد ٣٣ من لائحة غرفة تحكيم باريس، ٤ من القانون النموذجى للتحكيم، ٣٠من قواعد اليونيسترال، ٣٠ من لائحة مركز القاهرة الاقليمى

التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط فى اتفاق التحكيم او لحكم من احكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته، ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة فى الميعاد المتفق عليه او فى وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولاً عن حقه فى الاعتراض. وتطبيقاً لذلك قضى[1] بأنه "بافتراض صحة القول بعدم تحرير محاضر جلسات فان الشركة قد استمرت فى اجراءات التحكيم مع علمها بعدم تحرير محاضر، تتسلم صورة منها، ولم تقدم اى دليل على أنها قد أبدت اعتراضاً على ذلك فى وقت معقول او غيره، ومن ثم يعد سكوتها نزولاً منها عن حقها فى الاعتراض وفقاً لنص المادتين ٨، ٣/٣٣ من قانون التحكيم.

وترتيباً على ذلك، اذا تحقق العيب الذى يتمسك به مدعى البطلان قبل صدور حكم التحكيم محل التداعى بالبطلان ، وكان يمكن لمدعى البطلان التمسك به أمام هيئة التحكيم ولم يفعل، فان عدم تمسكه به أمامها يعتبر نزولاً ضمنياً عن حقه فى التمسك بهذا العيب بطريق دعوى البطلان – ولا يستثنى من ذلك سوى العيوب المتعلقة بالنظام العام، او العيب الذى يتم اكتشافه بعد صدور حكم التحكيم، كأن يكون عيباً فى الحكم ذاته، فالدفوع التى تتعلق بالنظام العام لا تسقط بالاستمرار فى تحكيم باطل[2]كما ان العيب الذى يشوب حكم التحكيم كعمل اجرائى يؤدى الى بطلانه، كما لو صدر الحكم بدون مداولة[3] أو لم يتضمن الحكم على ملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم[4].

٢- ان يكون مدعى البطلان قد سبق له التمسك بالعيب المبطل للحكم اثناء الخصومة

---

(١) استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجارة جلسة ٢٠٠٣/٧/٢٧ فى الدعوى رقم٧ لسنة ١١٩ من تحكيم استئناف القاهرة فى ١٩٩٦/٥/٢٩ الطعن رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٥ فى الدعوى التحكيمية رقم ١٩٩٢/٤٠ نقض مدنى فى ٢٠٠١/٦/١٧ طعن رقم ٧٠/٢٩١ق

(٢) استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٣/٧/٢٧ فى الدعوى ٩٧ لسنة ١١٩ق تحكيم

(٣) استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٩ فى الدعوى ٤٧ لسنة ٤٩ق تحكيم.

(٤) طعن ٥٨/٩٠ق نقض ١٩٩١/٣/٢٤ مجموعة احكام النقض لسنة ٤٢ ص ٧٩٣.

والا يقبل الحكم او يتنازل عن حقه فى رفع دعوى البطلان: لكى تقبل دعوى البطلان لسبب تحقق قبل صدور الحكم، يجب أن يكون مدعى البطلان قد سبق له التمسك بهذا السبب أمام هيئة التحكيم فى الميعاد المنصوص عليه فى المادتين ٢/٢٢، ٢/٣٠ تحكيم مصرى فاذا لم يكن قد تمسك به فى هذا الميعاد سقط حقه فيه، وليس له التمسك به عن طريق رفع دعوى بطلان الحكم[١]

ويمتد هذا الشرط ايضاً ليشمل حالة قبول المدعى الحكم أو تنازله عن الحق فى رفع الدعوى فقبول الحكم او التنازل عن الحق فى رفع الدعوى صراحة او ضمنياً يسقط الحق فى رفع الدعوى[٢] والقبول المانع من رفع الدعوى يعتبر تنازل من صاحبها عن الحق فى رفعها، وهو تنازل يقع باتاً، فلا يجوز له العدول عنه او الرجوع فيه، وكل مايشترط فى هذا القبول ان يكون قاطع فى الدلاله على رضا المحكوم ضده بالحكم وتركه الحق فى رفع الدعوى. واذا كان الغالب ان يصدر القبول بهذه المثابة بعد صدور الحكم[٣] الا انه ليس ثمة مايمنع من صدوره قبل اصدار الحكم[٤]ويعد من هذا القبيل، تنفيذ الحكم تنفيذاً اختيارياً اثناء سير دعوى البطلان،

---

(١) ويستثنى من ذلك ان يكون العيب مما يؤدى الى بطلان لا يقبل التصحيح وقضى تطبيقاً لذلك بأنه اذا رفعت دعوى تحكيمية ضد شخص متوفى أو انقضت شخصيته الاعتبارية قبل رفعها، فان الخصومة لا تقوم قانوناً، ويكون الحكم الصادر فيها باطلاً بطلاناً لايقبل التصحيح، ويمكن رفع دعوى بطلان الحكم ولو لم يحدث التمسك بهذا العيب قبل صدور الحكم محل البطلان، استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجارى جلسة ٢٠٠٣/٧/٢٧ فى الدعوى التحكيمية ولسنة ١٢٠ق مشار اليه لدى د.فتحى والى: ص٦٢٠ وما بعدها

(٢) د.احمد السيد صاوى: ص٢٥٠ بند ١٩٠ د.عبد التواب مبارك: ص١٢٠ بند٣٦

(٣) طعن ٥٣/١٦٠٥ق نقض ١٩٨٧/١٢/٢١ مجموعة أحكام النقض لسنة ٣٨ ص ١١٣٥ نقض ١٩٧٧/١٢/٢١ المجموعة لسنة ٢٨ص ١٨٥٩.

(٤) وعلى خلاف ما تنص به المادة ٢/٢١٩ مرافعات والتى تحيز النزول عن حق الطعن فى الإحكام القضائية ولو قبل رفع الدعوى او قبل صدور الحكم فيها، بالاتفاق على ان يكون حكم أول درجة نهائى فان تنازل المحكوم ضده عن حقه فى رفع دعوى البطلان لا ينشأ الا بصدور حكم التحكيم، وليس لشخص النزول عن حقه قبل نشأته د.فتحى والي: الوسيط

اذا يعد هذا التنفيذ تنازلاً ضمنياً عن الدعوى، فتصبح غير مقبولة، مالم يتعلق سبب البطلان بالنظام العام[1]

٤١- نظر الدعوى والحكم فيها: لم يتعرض قانون التحكيم المصرى لسلطة محكمة البطلان عند نظرها لدعوى بطلان حكم المحكم، ومن ثم يحكم بطلان هذا الحكم القواعد العامة التى نص عليها قانون المرافعات وفقاً للمواد ٢٠-٢٤ متى كان القانون الاجرائى المصرى هو المختار وفقاً للمادة ٢٥ تحكيم مصرى[2]

ورغم ان المحكمة التى تنظر دعوى البطلان هى دائماً محكمة الدرجة الثانية، الا انها لاتنظر الدعوى بإعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضى، بل بإعتبارها خصومة جديدة غير الخصومة التى فصل فيها الحكم محل دعوى البطلان، فهى لا تعيد نظر النزاع الذى فصل فيه حكم التحكم[3] واذا كان للخصوم كافة الحقوق الإجرائية التى تعرفها النظرية العامة للخصومة، كما يطبق على هذه الخصومة كافة القواعد المتعلقة بالإجراءات أمام محكمة الدرجة الثانية بإعتبارها تنظر دعوى مبتدأة بالبطلان[4] الا ان المحكمة ليس لها ان تناقش ما طرح أمام هيئة

فى قانون القضاء المدني ص١٠٢٥ بند ٥٠٩ مشار اليه لدى د.عبد التواب مبارك المرجع السابق الإشارة السابقة.

(١) استئناف القاهرة دائرة ٧ تجارى جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٥ فى الدعوى ٣٩ لسنة ١١٧ق نقض ١٩٨٠/١٢/١٤ طعن ٤٩/١٥٣٣ق.

(٢) المؤلف: القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، ص١٦ وما بعدها بند ٦ وما بعده وفي تطبيق ذلك انظر: الطعنان رقما ٦٦١، ٦٦٢ لسنة ٧٢ جلسة ٢٠٠٥/٨/١ السنة ٥٦ ص ٧٤٥.

(٣) د. فتحي والي: التحكيم ص٦٢٢ بند ٣٤٥؛ د. معتز عفيفي: المرجع السابق، ص ٧٦٥ وما بعدها.

(٤) د. نبيل عمر: التحكيم: ص٤٢٩ بند ٣٥٦، وفي تطبيق ذلك انظر: طعن رقم ٩٩٨ لسنة ٧٤ ق جلسة ٢٠١٠/٢/٢٣،الطعن رقم ٩٧٣٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠٠٨/٣/١١، الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٢ ، المبادئ، مرجع سابق، ص ١٦٤ وما بعدها قاعدة رقم ١٧٤/٧٣، ١٧٥.

التحكيم من أدلة إثبات أو دفاع أو دفوع أو أن تسمح للخصوم بتقديم أية أدلة إثبات جديدة أو أوجه دفاع أو دفوع تتعلق بالموضوع سواء مما سبق تقديمه أمام هيئة التحكيم أو ما لم يسبق تقديمه[1]. فدعوى البطلان تطرح فقط على المحكمة المختصة بها، استبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه والذي يتمسك به المدعي كسبب لطلبه بإبطال حكم التحكيم.

هذا السبب هو الذي يشكل موضوع الدعوى، والذي يتم حوله المناقشة والإثبات وتمارس عليه كافة السلطات المخولة للخصوم، وللمحكمة التي تنظر البطلان وقف إجراءات الخصومة وقفاً جزئياً أو تعليقاً لحين الفصل في مسألة أولية من المحكمة المختص بها، ويجب عليها احترام الضمانات الأساسية في التقاضي، وبصفة خاصة حق الطرفين في الدفاع، ويجوز أمامها التدخل في الخصومة تدخلاً انضمامياً ممن له مصلحة وفقاً للمادة ١٢٦ مرافعات[2]. أما موضوع الحكم المدعي ببطلانه، فلا يجوز للمحكمة أن تتناوله أو تعيد الفصل فيه أو تصلح ما به من خلل تعلق بالواقع والقانون، فهذه مسائل خاصة بهيئة التحكيم التي فصلت في النزاع، وقضي تطبيقاً لذلك[3] «دعوي بطلان حكم المحكمة عدم اتساعها لتعييب قضائي في موضوع النزاع والطعن في سلامة فهمه لحقيقة الواقع بالخطأ في تفسير القانون وتطبيقه.

ويقتصر دور محكمة البطلان على الحكم برفض الدعوى أو الحكم بالبطلان[4] وهي لا

---

(١) د. فتحي والي: الإشارة السابقة.

(٢) د. فتحي والي: ص٦٢٣ وما بعدها والأحكام المشارة لديه، الطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ ق جلسة ٢٠٠٧/٢/٨ المبادئ ص ١٥٩ قاعدة ١٦٤.

(٣) الطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ق مشار إليه سابقًا.

(٤) د. فتحي والي: الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: ص٤٣٥ بند ٣٥٩ د. أحمد شرف الدين: المرجع السابق ص١٠٩ بند ٢٦. د. محمود مختار بريري: ص٢٣٩ بند ١٤٦. د. حفيظة الحداد: ص٢٣٧. د. هدى عبد الرحمن: المرجع السابق، ص٣٧٨ بند ٢٨٤.

- Robert et Moreou: op. cit. p. 135 et. N. 159.
- Fouchard, Gaillard et Goldman: op. cit. p. 936 ets N. 1603 ets.

وفي تطبيق ذلك: استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجاري في القضية رقم ١٢٠/٩١ق تحكيم في ٢٠٠٤/٤/٢٨ في القضية رقم ١١٩/٤٦ق تحكيم في ٢٠٠٣/١١/١٢.

تقضي بالبطلان حالة استبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه إلا لتوافر حالة من حالتي الاستبعاد[1]. وإذا قضت المحكمة بالبطلان فهي لا شأن لها بموضوع النزاع. فلا تملك التصدي لفحص طلبات الأطراف، وإصدار حكم ينهي النزاع[2] احتراماً للأساس التعاقدي لحكم المحكم، وللإدارة الفردية التي يقوم عليها هذا الأساس[3] فالالتجاء إلى محكمة البطلان قاصر على طلب يخص الحكم من حيث صحته أو بطلانه وفقاً للنصوص القانونية المنظمة لذلك فلا تملك المحكمة مراجعة الحكم موضوعياً، والحكم ببطلانه تأسيساً على سوء تفسير نصوص العقد، أو الفساد في الاستدلال أو الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله إلى درجة مسخه، لأن كل ذلك – وكما انتهينا من قبل – لا يعد استبعاداً للقانون، ولا يترتب البطلان [4].

ولا تلتزم المحكمة بالفصل في الدعوى في ميعاد معين، على أنه إذا تضمنت صحيفة الدعوى طلباً بوقف حكم التحكيم وأمرت المحكمة بوقفه، فإن عليها الفصل "في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور الأمر" وفقاً للمادة ٥٧ تحكيم. مع مراعاة أن هذا الميعاد ميعاد تنظيمي لا يترتب عليه سقوط أو بطلان.

---

(1) انظر فيما سبق بند ٣٢.

(2) وذلك على عكس الطعن بالاستئناف كطريق لإبطال حكم أول درجة. فمن المعروف أنه إذا تم إبطال الحكم المطعون عليه، وكانت أول درجة قد استنفدت ولايتها، فإنه بما للاستئناف من أثر ناقل تلتزم محكمة الدرجة الثانية بنظر موضوع الدعوى الصادر فيها الحكم الباطل، وتصدر هي بنفسها حكم جديد يحل محل الحكم الذي تم إبطاله. في تفصيل ذلك انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف في ص٢٥٥ وما يليها بند ١٠٦ وما يليه.

(3) انظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(4) قضي بأن، أسباب بطلان حكم المحكمين ورودها علي سبيل الحصر، استخلاص الخطأ الموجب للتعويض ونقديره، من سلطة هيئة التحكيم في فهم الواقع، عدم اعتبارها من أسباب البطلان، انتهاء الحكم المطعون فيه إلي هذه النتيجة صحيح انظر: الطعن رقم٤١٤ لسنة ٧١ جلسة ٢٠٠٩/١/٨. الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٧١ ق ٢٠٠٨/١٢/٢٢ الطعن رقم ٩٩٨ لسنة ٧٤ ق جلسة ٢٠١٠/٢/٢٣. الطعن رقم ١٩١٠ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٠١١/١٢/٢٧ المبادئ ص ١٥٩ وما بعدها قاعدة رقم ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠.

= Coss. Civ. 25. mars. 1999. Rev. orb. 1999. p. 319 Note jarrosson. Paris. 12 avril 1991. Rev. orb. 1991. 667 obs.

Pellerin. Paris. 16. juin. 1988. Rev. orb. 1989. 320.

وتنتهي مهمة محكمة البطلان بصدور حكمها، أما ببطلان حكم المحكم، أو برفض الدعوى، ولا تمس موضوع النزاع من قريب أو بعيد[1] وإنما توقف بحكمها عند الحكم بالبطلان أو برفض الدعوى[2].

---

(1) د. نبيل عمر: التحكيم ص٤٣٧ بند ٣٥٩. د. حفيظة الحداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ص٢٣٩ وما بعدها؛ د. معتز عفيفي: ص ٧٧١ وما بعدها.

(2) قارن بعض التشريعات: حيث تنص المادة ٨٠١ من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أنه لمحكمة الاستئناف التي تنظر دعوى بطلان حكم المحكم أن تتصدى لنظر موضوع النزاع إذا أبطل الحكم. وذلك إلا إذا وجد اتفاق بين الخصوم على خلاف ذلك، وحينما تنظر المحكمة الموضوع بعد إبطال الحكم المدعي ببطلانه، فإنه تتقيد بذات القيود التي كانت تتقيد بها هيئة التحكيم انظر د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

وفي القانون الكويتي: تنص المادة ١٨٧ فقرة أخيرة من قانون المرافعات على أنه "وإذا حكمت المحكمة ببطلان حكم التحكيم تعرضت لموضوع النزاع وقضت فيه.

وفي القانون الفرنسي: في التحكيم الداخلي: أجازت المادة ٢/١٤٩٠ مرافعات لمحكمة الاستئناف عندما تحكم ببطلان حكم التحكيم أن تفصل في موضوع النزاع في حدود السلطة المخولة للمحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

انظر:

CADIET: op. cit: p. 798. N. 1553. Pellerin: L'instance au fand devant La cour d'apple après annulation de la sentence, rev. arb. 1993. 199. paris9.7.1982. Rev.arb. 1983. p. 395. Paris. 21 avril 2005. Rev. orb. 2005. p. 761 Not. Pellerin.

أما في التحكيم الدولي: لا يجوز للمحكمة إذا ما قضيت ببطلان الحكم أن تنظر موضوع النزاع، وإنما يظل شرط التحكيم سارياً ويمكن عرض النزاع مرة أخرى على التحكيم انظر:

Fouchard et Gaillard. Goldman:op. cit. p. 907, N. 1591. Paris. 18 sep. 2003. Rev. orb. 2004. N. 2. p. 311.

المبحث الثاني

أثر الحكم بالبطلان لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه

٤٢- زوال الحكم وزوال إجراءات التحكيم التي صدر فيها: يترتب على الحكم ببطلان حكم التحكيم زوال هذا الحكم كله أو جزء منه حسب ما إذا كان البطلان كلياً أو جزئياً[١] ويزول كل ما ترتب عليه من آثار بما فيها حجية الأمر المقضي به[٢] واعتبار الحكم كأن لم يكن. فيعتبر الحكم وكأن لم يصدر من البداية. وإذا كان قد صدر حكم إضافي[٣] بتفسير حكم

---

(١) فيمكن إعمال مبدأ تجزئة البطلان بالنسبة لكل أسباب البطلان – ومنها حالة استبعاد القانون الموضوعي– محل الدراسة – إذا كان موضوع النزاع الذي صدر فيه حكم التحكيم الباطل يقبل التجزئة، ويخضع في تطبيقه لأكثر من قانون. نقض تجاري ٢٢ يونيه ٢٠٠٤ في الطعنين رقمي ٤٧٢٩، ٧٣/٤٧٣٠ق غير منشور، ونقض مدني ١٩٩٠/٥/٢١ طعن رقم ٥٢/٨١٥ق نقض تجاري ٢٦ نوفمبر ٢٠٠٢ في الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ق مشار لهذا الأحكام لدى د. عبد التواب مبارك: المرجع السابق، ص١٤٨؛ د. عيد القصاص: حكم التحكيم ص ٢٨٤ وما بعدها؛ د. معتز عفيفي: ص ٧٦٩ وما بعدها.

(٢) حيث تنص المادة ٥٥ تحكيم مصري على أنه "أحكام المحكمين تحوز حجية الأمر المقضي" والمادة ١/٥٢ تحكيم على أن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات.
في حجية أحكام المحكمين انظر د. فتحي والي: التحكيم ص٤٦٠ وما بعدها بند ٢٦٤ وما بعده والأحكام المشارة لديه.

Loquin: L'abligation pour L'amiable compositeur de mativer sa sentence. Rev. arb. 1976. 223. Paris. 30 mars. 1962. j.c. p. 1962. 11. 12483. Note LEVEL.

(٣) انظر في حالات مراجعة أحكام المحكمين بغير طرق الطعن فيها د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة أحكام المحكمين بغير طرق الطعن فيها الملحق المشار إليه سابقاً. د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين مجلة العلوم القانونية والاقتصادية حقوق عين شمس ١٩٨٤ السنة ٢٦ العدوان ١، ٢ ص٥٧ وما بعدها.، د. عزمي عبد الفتاح: سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم مقال مشار إليه سابقاً.

التحكيم وفقاً للمادة ٤٩ تحكيم مصري أو بتصحيحه مادة ٥٠ تحكيم أو بالفصل في الطلب الموضوعي التي أغفلته هيئة التحكيم مادة ٥١ تحكيم، فإن هذه الأحكام تزول بزوال الحكم الأصلي، إذ أنها تعتبر متممة له مادة ٣/٤٩ تحكيم، وتزول بزواله، ودون أن يتطلب الأمر رفع دعوى بطلان مستقلة لأبطال مثل هذه الأحكام الإضافية فهي تابعة للحكم الأصلي ومكملة له وتزول بزواله.

ويرتب على زوال الحكم واعتباره كأن لم يكن، لا يجوز إعطاء الصيغة التنفيذية لهذا الحكم أو منحه أمر بالتنفيذ[١] وإذا كانت قد اتخذت بعض إجراءات التنفيذ بعد رفع دعوى البطلان وأثناء سيرها. قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم، زالت هذه الإجراءات واعتبرت كأن لم تكن لبنائها على حكم تحكيم باطل[٢] وإذا كان قد تم تنفيذه فور صدوره كما في بعض التشريعات[٣] فيجري إعادة الحالة إلى ما كان عليه قبل تمام التنفيذ[٤].

ومع اعتماد بطلان إجراءات التنفيذ تبعاً لبطلان حكم التحكيم، أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ إذا ما كان قد تم تنفيذه كما في بعض التشريعات. فإن الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم المقرر إبطاله لا يمنع من تنفيذ حكم المحكم ذاته الذي قضى ببطلانه في دولة أخرى غير الدولة التي حكم قضائها بالبطلان وهو ما حدث بالفعل في قضية

Robert et Moreau: op. cit. p. 185 etss N. 212 etss. =

= والمشرع الفرنسي في تعديله الجديد ٤٨ لسنة ٢٠١١ خول الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمة بجانب قاضي الأمور الوقتية، لرئيس المحكمة المختصة أو المستشار المعروض عليه الطعون تطبيقاً للمادة ١٤٩٧، ١٤٩٨ مرافعات.

(١) د. أحمد شرف الدين: المرجع السابق، ص١٠٨ بند ٢٦.

(٢) د. عبد التواب مبارك: المرجع السابق ص١٤٧ بند ٤٦.

(٣) حيث يجيز التشريع اللبناني تنفيذ حكم المحكم فور صدوره.

(٤) د. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها دراسة لأساسيات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية دار النهضة العربية الطبعة الثانية ١٩٩٦. نبيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم، ص٩٨ بند ٧٠.

"كرومالوي" مع الحكومة المصرية[1] والتي قضت محكمة استئناف القاهرة ببطلان حكم التحكيم الصادر في هذه القضية[2]. إلا أن الطرف الأخر في القضية استصدر أمر بتنفيذ هذا الحكم من رئيس محكمة باريس الجزئية بوصفه قاضياً للأمور الوقتية، وبالفعل صدر هذا الحكم، فطعنت الحكومة المصرية على أمر التنفيذ أمام محكمة استئناف باريس، والأخيرة أصدرت حكماً بالاعتراف بهذا الأمر وتنفيذه، على الرغم من إبطاله في مصر باعتبار أن ذلك لا يخالف النظام العام الدولي[3].

---

(1) تخلص وقائع القضية في إبرام عقد بتاريخ ١٩٨٨/٧/١٦ بين هيئة تسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصرية وبين شركة Chromalloy الأمريكية بمقتضاه= =تعهدت الأخيرة بتقديم المعدات والخدمات والمعونات الفنية، ونظراً لعدم قيام الشركة الأمريكية بالتزاماتها قام وزير الدفاع المصري بفسخ العقد عام ١٩٩١ بدون إخطار سابق وقام بناء على ذلك بصرف خطابات الضمان المقدمة من شركة كرومالوي، لم ترتضي الأخيرة بذلك، وبدأت في تفعيل شرط التحكيم، وكان القانون المصري هو القانون الموضوعي الواجب التطبيق باتفاق الأطراف، وبالفعل تم التحكيم وكان مقره القاهرة، وفصلت هيئة التحكيم في القضية وأصدرت حكمها في ١٩٩٤/٨/٤ بإلزام الجانب المصري بدفع تعويض يتجاوز ١٧ مليون دولار للشركة الأمريكية واستندت هيئة التحكيم في حكمها بأن إنهاء العقد قد تم بطريقة غير قانونية. انظر: د. حفيظة الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبعة الإدارية ص٦٣ وما بعدها. د.خالد أحمد حسن: رسالة مشار إليها سابقاً ص٣٩١ وما بعدها.

Fouchard: La portee international de L'annulation de la sentence arbitral dans son poye d'orgine. Rev. orb, 1997.p. 329.3

(2) والتي جاء في حيثيات حكمها "لما كان ذلك وكان من غير المتنازع فيه من الطرفين أن القانون المصري هو المتفق بينهما على تطبيقه على النزاع الماثل، وكذلك من غير المتنازع فيه أن العقد محل التداعي... هو عقد إداري.... فإذا تضمن ذلك العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق بمعرفة هيئة التحكيم هو القانون المصري، فإن مفاد ذلك أن المقصود هو القانون الإداري المصري، فإذا عمل حكم التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري، فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق على تطبيقه، مما تتوافر معه حالة من حالات طلب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة ٥٣/١-د من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
استئناف القاهرة دائرة ٧ تجاري جلسة ١٩٩٥/١٢/١٢ في الدعوى رقم ٩٤/١٦ق تحكيم قارن ما سبق بند ٣٢ وما بعده.

(2) Paris. 14. janv. 1997 rev. arb. 1997. p. 395.

ويحلق بزوال الحكم واعتباره كأن لم يكن زوال إجراءات التحكيم التي صدر فيها هذا الحكم واعتبارها كأن لم تكن بما فيها طلب التحكيم وما ترتب عليه من آثار، ويعود الخصوم إلى الحالة التي كانو عليها قبل بدئها[1]. ويكون الحكم بالبطلان لاستبعاد القانون الموضوعي الواجب التطبيق لا أثر له على اتفاق التحكيم[2]. فيكون لكل ذي مصلحة بعد صدور حكم البطلان الالتجاء إلى التحكيم تنفيذاً لهذا الاتفاق.

وبالرغم من بقاء هذا الاتفاق قائماً ومنتجاً لأثره، لا يوجد ما يمنع الأطراف من إبرام مشارطه تحكيم جديدة بالنسبة لنفس النزاع، وينطوي هذا الاتفاق ضمناً على النزول عن الطعن في الحكم القاضي ببطلان حكم التحكيم[3]. وفي الحالتين سواء لبقاء الاتفاق على التحكيم قائماً ومنتجاً لأثره، أو لوجود مشارطه تحكيم جديدة بالنسبة لذات النزاع، لا تقبل الدعوى أمام المحاكم تطبيقاً للمادة ١٣ تحكيم مصري. ويكون الالتجاء لحل النزاع قاصر على التحكيم بدعوى جديدة. ويمكن للخصوم الاحتجاج ببعض الإجراءات، ومنها إجراءات الإثبات التي تم اتخاذها في الخصومة التي انقضى حكمها بالبطلان متى اتفق الخصوم على ذلك، مع خضوع العمل بهذه الإجراءات لمطلق تقدير هيئة التحكيم التي تنظر الخصومة الجديدة[4].

٤٣- الطعن في الحكم الصادر ببطلان حكم التحكيم: هذا الحكم يصدر دائماً من محكمة الدرجة الثانية – الابتدائية بهيئة استئنافية أو الاستئناف العالي – فإنه يكون انتهائنا،

---

(١) د. عبد التواب مبارك: ص١٤٨ بند ٤٦.

(٢) فطالما أن الحكم لم يتعرض لمسألة وجود أو صحة أو نفاذ أو بطلان اتفاق التحكيم، فلا يكون لهذا الحكم أثر على اتفاق التحكيم. د. فتحي والي: التحكيم ص٦٢٥ بند ٣٤٦ والحكم المشار لديه استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٩ في الدعوى رقم ٩١ لسنة ١٢٠ق تحكيم.

(٣) استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٨ في الدعوى ٥٧ لسنة ١١٩ تحكيم مشار إليه لدى د. فتحي والي: ص٦٢٥.

(٤) د. عبد التواب مبارك ص١٤٩ وما بعدها بند ٤٦.

ومن ثم لا يقبل الطعن بالاستئناف، لأن الاستئناف لا يكون إلا مرة واحدة.

فإذا كان الحكم ببطلان حكم المحكم صادراً من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية، وأحكامها لا تقبل الطعن بالاستئناف[1]. كما لا تقبل الطعن بالنقض وفقاً للمادتين ٢٤٨، ٢٤٩، مرافعات[2]. ولكنه يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر إذا توافرت إحدى حالاته، ويخضع للقواعد المنظمة له في قانون المرافعات وفقاً للمواد ٢٤١ – ٢٤٧.

أما إذا كان الحكم صادرا من محكمة الاستئناف العالي في حالة ما إذا كانت هي محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، فإن الحكم الصادر يقبل الطعن بالنقض إذا كانت قيمة النزاع تزيد عن مائة ألف جنيه أو كان غير مقدر القيمة، وكان الطعن مبني على المادة ٢٤٨ مرافعات. كما يقبل هذا الحكم الطعن بالتماس إعادة النظر متى توافرت إحدى حالاته. وتخضع إجراءات الطعن والحكم فيه سواء بالنقض أو التماس إعادة النظر

---

(١) استئناف القاهرة ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٦ في القضية ٦٤ لسنة ١٢٠ق تحكيم.

(٢) وإذا كانت المادة ٢٤٩ مرافعات تجيز الطعن بالنقض في أية حكم نهائي أياً كانت المحكمة التي أصدرته، فإنها قيدت هذا الاستثناء بأن يكون هذا الحكم قد فصل في نزاع على خلاف حكم أخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي. فأعمال هذا الاستثناء مشروطاً بان يكون الحكمين المتناقضين قد فصلا في موضوع النزاع وبين الخصوم أنفسهم، انظر في تطبيق المادة ٢٤٩ مرافعات. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض ص٢٤٥ وما بعدها. بند ١٠١ وما بعده. نقض ١٩٧٥/٦/٢٧ مجموعة القواعد القانونية ج٢ ص ٧٩٥ رقم ٢٧٣ .
وهذا ما لا يتوافر في حالة الحكم ببطلان حكم التحكيم إذا أن هذا الحكم لايمس موضوع النزاع. فمحكمة البطلان تقف عند حد تقرير البطلان ولا تتعداه إلى الفصل في الموضوع. وبالتالي لا يوجد حكمين متعارضين فصلاً في موضوع النزاع بين نفس الخصوم، ومن ثم لا يطبق هذا الاستثناء على الحكم ببطلان حكم التحكيم. د. عبد التواب مبارك: ص١٥١ وما بعدها. قارن د. فتحي والي: التحكيم ص٦٢٧ بند ٣٤٧ د. نبيل عمر: دعوى البطلان ص١٠٢ بند ٧٤.

للقواعد المنظمة لطرق الطعن غير العادية المنصوص عليها في قانون المرافعات[1].

(1) وتتميز طرق الطعن غير العادية بأمرين أساسيين، أولهما: لا تجوز إلا بالنسبة للأحكام الانتهائية، وثانيهما: لا تجوز إلا بناء على الأسباب الخاصة التي حددها القانون. ويرتب على ذلك قصر سلطة محكمة الطعن فيها على مراقبة العيوب التي تقوم عليها أسباب الطعن. كما يؤدي ذلك إلى جواز الجمع بين الطريقين غير العاديين، فيجوز الطعن في= =الحكم الانتهائي بالالتماس والنقض في ذات الوقت، وتنظر كل من المحكمتين المرفوع أمامها استقلال بناء على أسباب الخاصة وذلك لأنه لا تعارض بين الطعنين لاختلاف أسبابها. د. وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني. ص٧٧٣.

خاتمة

تناولت هذه الدراسة أحد أسباب بطلان حكم التحكيم، وهو استبعاد المحكم للقانون الموضوعي المتفق على تطبيقه. وانتهت إلى أن الاستبعاد هو أن تفصل هيئة التحكيم في موضوع النزاع وفقاً لقانون مغاير للقانون الذي اتفق عليه الأطراف، وأن يكون في تطبيقها للقانون المغاير أثره الواضح على نتيجة الحكم.

ويتحقق الاستبعاد كسبب لبطلان حكم التحكيم حالة اتفاق الأطراف على القانون الموضوعي الواجب التطبيق، وطبقت هيئة التحكيم قانون مغاير لقانون الأطراف.

وينحصر استبعاد القانون الموضوعي المرتب للبطلان في حالتين، إذا استبعدت هيئة التحكيم القواعد القانونية التي اتفق الأطراف على تطبيقها، أو استبعدت الهيئة قانون الدولة التي اختاره الأطراف. أو كان هذا القانون متمثلاً في فرع معين أو كان الاتفاق على تطبيق قواعد الإسناد في قانون دولة معينة، فإن حكم التحكيم يكون باطلاً، حتى ولو طبقت هيئة التحكيم قواعد العدالة والإنصاف أو طبقت القانون التي تراه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، ولو كان هو المصدر التاريخي للقواعد أو القانون المتفق عليه.

وترتيباً على ذلك لايعد استبعاداً للقانون إذا طبقت هيئة التحكيم القانون الموضوعى المتفق عليه ولو أخطئت فى الإشارة إلى رسم القانون أو أخطئت تفسيره أو تأويله أو أخطئت فى تطبيقه إلى درجة فسخه، فالخطأ فى رسم القانون أو تفسيره أو تأويله أو فى تطبيقه إلى درجة فسخه لايمكن أن ينال من الحكم التحكيمى.

كما لايعد استبعادا للقانون إذا طبقت هيئة التحكيم القانون الموضوعى المتفق عليه ولو استبعدت شروط العقد وهى الشروط التى تحدد حقوق والتزامات الأطراف، فهي قواعد قانونية خاصة معينة اتفق الأطراف مع إخضاع العقد لحكمها إعمالاً لمبدأ سلطات الإرادة. ويلحق بذلك الأعراف الجارية وهى التى تمثل الوسط المهنى الذى يدور فى فلكه النزاع كالأعراف الجارية بشأن تجارة معينة أو تشيد مفاعل معين وغيرها من التعاملات التى تحكمها

أعراف تجارية فلا يعد استبعاد هيئة التحكيم لهذه الأعراف استبعاد للقانون ولا يرتب البطلان.

وبطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعى المتفق عليه وإن كان يجد أساسه التشريعى فى نصوص قانونية معتمده وهو ماصادف اعتماد ثابت من جانب المشرع المصرى وفقاً لنص المادة ٥٣/١أد تحكيم وغيره من أنظمة التحكيم المقارن، لكن لايمكن بحال أن يجد البطلان أساسه الفنى فى تجاوز المحكم لحدود ولايته، ولا على أساس اغتصاب المحكم المقيد سلعة كمحكم بالصلح وإنما فى افتئات المحكم على إرادة الأطراف بما يبرر مؤاخذة حكمه بالبطلان، ويتحقق ذلك بالخروج المتعمد للمحكم على قانون إرادة الأطراف وتطبيقه لقانون آخر أو بطبيعته لقواعد العدالة والإنصاف.

وأخيراً تفتقر وسيلة إبطال حكم التحكيم المستبعد للقانون الموضوعى المتفق على تطبيقه فى القانون المصرى ومعظم أنظمة التحكيم المقارن على دعوى البطلان فإذا ما استبعد حكم التحكيم القانون الموضوعى المتفق عليه كان لأى من طرفي التحكيم التمسك بالبطلان أمام القضاء العام ممثلاً فى حكم المادة ٩ تحكيم مصري والتى لاتمتد سلطاتها إلى بحث كيفية تطبيق هيئة التحكيم للقانون أو فهمها للواقع ولا لإجراءات التحكيم ولا إلى ماقدمه الخصوم من مذكرات أو دفاع فى القضية التحكيمية إذا فى تلك المسائل يجب أن تبقى بمنأى عن رقابة القضاء.

المؤلفات العامة:

١. أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات دار النهضة العربية بدون سنة نشر.

٢. أحمد هندي: أصول المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٣، دار الجامعة الجديدة.

٣. علي أبو عطية هيكل: شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني دار الجامعة الجديدة ٢٠١٠.

٤. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني ٢٠٠١ دار النهضة العربية.

٥. د. محمد حسين منصور : نظرية القانون ٢٠٠٩ ، دار الجامعة الجديدة .

٦. د. نبيل إبراهيم سعد : المدخل إلى القانون نظرية القانون ٢٠١٦ ، دار الجامعة الجديدة .

٧. نبيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية ١٩٨٦ منشأة المعارف.

٨. وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني ٢٠٠١ دار النهضة العربية.

المؤلفات الخاصة:

١. أحمد أبو الوفا: التحكيم بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧.

٢. أحمد السيد صاوي: التحكيم ٢٠٠٢، دار النهضة العربية.

٣. أحمد عبد البديع شتا: شرح قانون التحكيم ٢٠٠٩، الطبعة الرابعة.

٤. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز الحجية، دار النهضة العربية.

٥. أحمد ماهر زغلول مراجعة الأحكام بغير طريق الطعن فيها، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية.

٦. أحمد هندي: التحكيم دراسة إجرائية ٢٠١٣، دار الجامعة الجديدة.

٧. أحمد هندي: تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، دار الجامعة

الجديدة.

٨. أشرف وفا محمد: استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الأولى بدون سنة نشر.

٩. الأنصاري النيداني: الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة.

١٠. جمال الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة.

١١. حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية.

١٢. حفيظة الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبعة الإدارية.

١٣. رضا السيد عبد الحميد: مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية.

١٤. سمير الشرقاوى: التحكيم التجاري الدولي ٢٠١١، دار النهضة العربية.

١٥. سيد أحمد محمود: الكترونية القضاء، والقضاء الإلكترونية، ٢٠١٥، دار الفكر والقانون.

١٦. عبد التواب مبارك: بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية.

١٧. عبد المنعم زمزم: شرح قانون التحكيم ٢٠١٤، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة.

١٨. عزمي عبد الفتاح: التحكيم في القانون الكويتي، ١٩٩٠، مطبوعات جامعة الكويت.

١٩. علي أبو عطية هيكل: القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، ٢٠١١، دار الجامعة الجديدة.

٢٠. علي تركي: التزام القاضي بالفصل في النزاع، ٢٠١٣.

٢١. عيد القصاص: حكم التحكيم ٢٠٠٠، دار النهضة العربية.

٢٢. عيد القصاص: قانون التحكيم ٢٠١٥، الطبعة الأولي بدون نشر.

٢٣. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، منشأة المعارف.

٢٤. فتحي والي: كتابات في القضاء المدني للتحكيم- بحوث وتعليقات ٢٠١٥، دار النهضة العربية.

٢٥. قانون التحكيم الفرنسي الجديد ٤٨ لسنة ٢٠١١، ترجمة حسام منصور، حسين خليل، هبة الله عماد، دار النهضة العربية.

٢٦. محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، ٢٠١٤، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية.

٢٧. محمود مصطفى يونس: قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.

٢٨. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

٢٩. معتز عفيفي: نظام الطعن علي حكم التحكيم، ٢٠١٢، دار الجامعة الجديدة.

٣٠. نبيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ٢٠١١، دار الجامعة الجديدة.

٣١. نبيل عمر: الفساد في الاستدلال أهم عيوب تسبيب الأحكام القضائية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.

٣٢. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف، ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة.

٣٣. نبيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم، دار الجامعة الجديدة.

الرسائل:

١. بليغ حمدى: الدعوي ببطلان أحكام التحطيم الدولية رسالة طنطا، بدون تاريخ.

٢. خالد أحمد حسن: بطلان حكم التحكيم، رسالة عين شمس، ٢٠٠٦.

٣. رجب السيد أحمد: حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة أسيوط، ٢٠١٠.

٤. عادل علي النجار: البطلان المؤثر في حكم التحكيم، رسالة عين شمس، ٢٠١٠.

٥. عاطف الفقي: التحكيم في المنازعات البحرية، طبعة ٢٠٠٧، دار النهضة العربية.

٦. عزت البحيري: تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، رسالة عين شمس، ١٩٩٦.

٧. عصام فوزي الجناني: تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والقانون، رسالة اسكندرية، ٢٠١٢.

٨. علي أبو عطية هيكل: الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، رسالة الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٩. علي أمين يوسف: التحكيم في العقود الإدارية، رسالة ، إسكندرية، ٢٠١٣.

١٠. علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن ١٩٩٦، دار النهضة العربية.

١١. عماد مصطفى قميناسي: سلطة القاضي إزاء القوة التنفيذية للأحكام، رسالة عين شمس.

١٢. فاطمة صلاح الدين يوسف: دور القضاء في خصومة التحكيم، رسالة، القاهرة، ١٠ ت.

١٣. فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة ١٩٩٧، الطبعة الثانية.

١٤. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، ١٩٩٣، دار النهضة العربية.

١٥. هدى عبد الرحمن: دور المحكم في الخصومة التحكيمية، ١٩٩٧، دار النهضة العربية.

١٦. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي، ١٩٦٧ منشأة المعارف.

المقالات:

١. أحمد أبو الوفا: الجديد في عقد التحكيم وإجراءاته، مجلة الحقوق، السنة ١٥ العدد الأول.

٢. أحمد السمداني: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي مجلة حقوق الكويت العدد الأول والثاني السنة ١٧ مارس ويونيو ١٩٩٣.

٣. سمير الشرقاوي: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، يناير ٢٠٠٠ ص ٢٨.

٤. عزمي عبد الفتاح: سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة حقوق الكويت، السنة الثامنة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٥.

٥. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ويوليو ١٩٨٤ العدد الأول والثاني السنة ٢٦.

٦. وجدي راغب: تأصيل الجانب الإجرائي لهيئة التحكيم في معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق الكويتية السنة ٧ العدد ٤ لعام ١٩٨٣.

الدوريات:

١. أحكام محكمة استئناف القاهرة.

٢. أحكام محكمة النقض، المكتب الفني.

٣. المبادئ القانونية لمحكمة النقض في التحكيم التجاري ٢٠١٤.

٤. مجلة التحكيم المصرية.

٥. مجلة حقوق إسكندرية.

٦. مجلة حقوق الكويت.

المؤلفات العامة والخاصة:

١. قانون التحكيم الفرنسي الجديد ٤٨ لسنة ٢٠١١ ، ترجمة حسام منصور ، حسين خليل ، هبة الله عماد ، دار النهضة العربية.

2. **CADIET.L.** droit judiciare Prive, 1992 .

3. **CORNU et FOYER**: Procedure Civile 1996.

4. **De Boisseon, Juglart et Bellet**: Le droit Froncais de L'anbtrage. Paris 1983.

5. **MARTY et RYANAAUD**: droit civi Lles abigalions.T.I. éd sirey. 1988.

6. **Motulsky (H):** E crits. Etudes et Notes sur L'arbitrage. Dalloz 1974.

7. **NORMOND (j):** Le juge et Le Litige Thés nocy 1965.

8. **Ph. Fouchard, Gaillord et Goldman**: Traite de L'arbitrage commercial nternational lilec. 1996.

9. **Vincent et Guincharid**: procedure civile 23ed 1994. Dalloz.

المقالات:

1. **BELLET, "p"** Le juge. arbitre Rev arb 1980, P. 394.

2. **BELLET, "p"** Le juge. arbitre Rev arb 1980, P. 394.

3. **BERTIN**: Les nouvelles voies de necoure eN matiere

d'arbitrage Goz.pol 1982, 289.

4. **BREDIN. D**: L'omiable Composition et alcontral. Rev, arb, 1984, P 259.
5. **De Lvelve "p"** arbitrage et ordre public danstes paysen devela prement, Rev. arb. 1979. P. 95.
6. **E. laquin**: L'instance arbitrale arbitrage de drait et amiable composition. Jun. class. Civ. Fasc. 1038.
7. **Fouchard**: L'arbtrage international en france après le décret du12 mai 1981. jou. Dr. inte 1982. P. 398.
8. **Goldman. (B)**' La volonté de porlies et le nôte de arbiter dans L'rbitroge international Rev. orb.1981. P. 385.
9. **P.level**: "L'amiable composition dans le décret du 14 mai 1980 nelatif a L'arbroge" Rev-arb.1980. P. 65.
10. **Pellerin**: L'instance au fand devant La cour d'apple après annulation de la sentence, rev. arb. 1993.
11. **PERROT**: Les recours devant La cour d'appel empechent – its L'arbitre de Poursuivre samission "Rev arb 1987.
12. **PEYKE**:Le juge de L'exequatur Fantôme ou réalite Rev. arb, 1985. P. 235.
13. **Pieer Mager**: La Sentence contraire al' ordre public. Aufand Rev. Orb. 1994.
14. **Rotond**: consideration "Faitetdrait" R.T.D. civ. 1977. P. 14.
15. SEGURE (L) L'inexistence en procedure civite j.C.P. 1968. PP. 102 – 129.

16. **Solus.H**. Compétence d'attribution et competence Territariate. J. c. p. 1974, dectr, N. 663.

17. **Viatte**: La denaturation une elle uv cause de Nullite dela sentence arbitrale. Goz- Pol. p. 1974.

فهرس المحتويات

تمهيد وتقسيم

– موضوع الدراسة

الفصل الأول

اتفاق الأطراف على القانون الموضوعي

الواجب التطبيق كمفترض للبطلان

المبحث الأول: عدم اتفاق الأطراف علي القانون الموضوعي الواجب التطبيق انعدام مفترض البطلان

المبحث الثاني: اتفاق الأطراف على القانون الموضوعي الواجب التطبيق توافر مفترض البطلان

استبعاد هيئة التحكيم للقانون الموضوعي المتفق عليه لا يؤدي إلى انعدام الحكم

الفصل الثاني

استبعاد القانون الموضوعي

المتفق على تطبيقه كسبب للبطلان

تمهيد وتقسيم

المبحث الأول: ما لا يعد استبعاداً للقانون ولا يرتب البطلان

أولاً: خطأ المحكم في تطبيق القانون أو تأويله

ثانياً: خطأ المحكم في تطبيق القانون إلى درجة مسخه لا يعد استبعاداً للقانون

ثالثاً: عدم تطبيق شروط العقد لا يعد استبعاداً للقانون

رابعاً: عدم تطبيق الأعراف الجارية لا يعد استبعاداً للقانون

المبحث الثاني: ما يعد استبعاداً للقانون ويرتب البطلان

الفصل الثالث

وسيلة إبطال حكم التحكيم

المستبعد للقانون الموضوعي دعوى البطلان

تمهيد

المبحث الأول: دعوى بطلان حكم التحكيم ونظامها الإجرائي

- ماهية دعوى بطلان حكم التحكيم
- المحكمة المختصة بدعوى البطلان وإجراءات رفعها
- شروط قبول دعوى البطلان
- نظر دعوى البطلان والحكم فيها

المبحث الثاني: أثر الحكم بالبطلان لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه

- زوال الحكم وزوال إجراءات التحكيم التي صدر فيها

- الطعن في الحكم الصادر ببطلان حكم التحكيم

خاتمة