

إشكاليات التحكيم في المنازعات العينية العقارية

الباحث/ أحمد صابر محمد حسنين

إشكاليات التحكيم في المنازعات العينية العقارية

الباحث/ أحمد صابر محمد حسين

مقدمة

١- ملخص ب التعريف بموضوع البحث:

نتطرق بالبحث إلى إشكاليات التحكيم في المنازعات العينية العقارية، كأحد المسائل القانونية التي يثور الحديث عن مدى جواز اللجوء فيها إلى التحكيم بدلاً من المحاكم من أجل تسوية المنازعات التي تثار حول الحقوق المرتبطة بها. ويبدو أن الدافع وراء اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء بسبب ما عرف عن نظام التحكيم من أنه يوفر الكثير من المزايا التي تتفوق فيها على نظام القضاء التقليدي. بل أن التوجه العالمي في الوقت الراهن يميل إلى ترجيح كفة التحكيم على القضاء في تسوية المنازعات القانونية المتعلقة بالعقود، لاسيما عقود التجارة الدولية.

ويكتسب التحكيم في المنازعات العينية العقارية أهمية كبيرة في الوقت الحالي، لاسيما وأنه في السنوات القليلة الماضية قد أثرت مسألة مدى جواز التحكيم في المنازعات العقارية، والأمر لم يتوقف على ذلك بل هناك اتفاقات للتحكيم قد أبرمت من أجل رفع الدعاوى التحكيمية أمام هيئات تحكيم بغرض الحصول على أحكام بصحة التعاقد في عقود بيع العقارات.

ويهدف أطراف عقد البيع من وراء ذلك إلى التحايل على القانون وقواعده الآمرة والتهرب من سداد رسوم الشهر العقاري المستحقة على شهر صفح الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، كما أن الأمر لا يقتصر على ذلك بل له آثار ترتد على المصلحة العامة في الدولة تتمثل في النيل من استقرار المراكز القانونية لأصحاب وملاك العقارات ويفتح الباب أمام التحايل والغش والاستيلاء على أملاك وعقارات الآخرين والحصول على أحكام بصحة ونفاذ عقود البيع، وهو ما يهدد الأمن والاستقرار القانوني في المجتمع.

٢- إشكالية البحث:

تعد إشكالية البحث في مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في الحقوق العينية العقارية على الرغم من أن المنازعات العينية قد وضع لهما المشرع طريق واحد يحميها وهو اللجوء إلى محاكم الدولة مع سلوك إجراءات شهر صفح الدعاوى وهي تنقسم إلى نوعين: نصوص أو قواعد قانونية موضوعية تتعلق بمحل الاتفاق على التحكيم وهو الحقوق العينية العقارية التي وضع لها المشرع وسيلة قانونية وحيدة وهي المحاكم أو

القضاء النظامي في الدولة وبسبب تعلقها بالنظام العام. والنوع الثاني قواعد إجرائية خاصة بضرورة شهر صحف دعاوى الحقوق العينية العقارية قبل رفع الدعاوى التي المحاكم حتى تستطيع المحكمة السير في الدعوى والحكم بصحة ونفاذ العقد، مع سداد الرسوم المستحقة على صحيفة الدعوى والتي نص عليها قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، وقانون المرافعات المدنية والتجارية لعام ١٩٦٨ وبالتالي فالطريق الوحيد لحسم هذه المنازعات هو عن طريق محاكم الدولة وفي مقابل ذلك لم يضع المشرع تلك القواعد الإجرائية حتى تتبع أمام هيئات التحكيم.

وهو ما أدى إلى إثارة اختلاف في الفقه بين مؤيد لرفع دعاوى المنازعات العقارية أمام هيئات التحكيم من أجل الحصول على أحكام بصحة ونفاذ عقود البيع ثم إيداع هذه الأحكام والحصول على صيغ بتنفيذها. وبين من رفض مثل هذا الأمر تأسيساً على أن محاكم الدولة هي الوحيدة المختصة بالفصل في هذا النوع من الدعاوى دون غيرها.

المبحث الأول

إشكاليات التحكيم في المنازعات العينية العقارية

تمهيد تقسيم:

يثير التحكيم في المنازعات العينية العقارية العديد من الإشكاليات التي تعترض سبل الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم ينص على اللجوء إلى تسوية المنازعات الخاصة بأحد الحقوق العينية العقارية للتحكيم. ومصدر هذه الإشكاليات يتمثل في وجود نصوص قانونية أمرت بمصدرها في النظام العام تمنع من الاتفاق على التحكيم في منازعات الحقوق العينية العقارية، وقد تكون هذ النصوص نصوصاً إجرائية أو موضوعية، وهي في كلا الحالتين تتعلقان بالنظام العام في الدولة، والخاصة بالمشرع إلى قصد الاختصاص بنظر هذه المنازعات مع القضاء العام في الدولة، ولم يسمح للأفراد باللجوء إلى القضاء الخاص ممثلاً في قضاء التحكيم، وعلى ذلك فإن دخول المنازعات العينية العقارية في الاختصاص القضائي المانع يحول دون سلب اختصاص محاكم الدولة وإعطائه إلى هيئات التحكيم.

وتتعلق إشكاليات التحكيم في المنازعات العينية العقارية بفكرة السبب المشروع الذي يتعين أن يستند إليه اتفاق التحكيم، وإلا كان اتفاقاً باطلاً، وذلك على اعتبار أن اتفاق التحكيم يعد عقداً من العقود التي تخضع للتنظيم التشريعي الذي وضعه المشرع في القانون المدني الخاص بأركان العقد وشروط صحته التي إذا تخلف أحدها بطل العقد.

كذلك من الإشكاليات التي تثار هو مدى جواز التحكيم في المنازعات العينية العقارية، وهل إجازة أو عدم إجازة التحكيم في مثل هذه المنازعات يتوقف على نوع المنازعة العينية العقارية؟ بمعنى إذا كانت المنازعة العينية العقارية قد وضع المشرع لها قنوات إجرائية معينة، يتعين على من يطالب بحقه على عقار معين، أو يرغب في حماية مركزه القانوني على أحد العقارات- أن يتبع هذه الإجراءات؛ حتى يقبل ادعائه ما هو الوضع القانوني في حالة مخالفة هذه الإجراءات واللجوء إلى التحكيم؟ وهل هذه الإجراءات القانونية التي تتبع أمام المحاكم للفصل في المنازعات العينية العقارية تشمل كل أنواع هذه المنازعات، أم يخرج منها البعض الذي يمكن إخضاعه للتحكيم والقضاء على السواء؟

ونحاول أن نتناول الإشكاليات السابقة بالبحث والدراسة والمسائل المرتبطة بها وذلك من خلال المطالبين الآتئين:-

المطلب الأول: الاختصاص القضائي المانع للتحكيم في المنازعات العينية العقارية.

المطلب الثاني: أثر النظام العام على حظر التحكيم في المنازعات العينية العقارية.

المطلب الأول

الاختصاص القضائي المانع للتحكيم

في المنازعات العينية العقارية

تمهيد وتقسيم:

تشير مسألة التحكيم في المنازعات العينية العقارية العديد من الصعوبات والإشكاليات، ويأتي في مقدمتها: مدى تعارض اتفاق التحكيم المبرم من أجل فض النزاع بواسطة التحكيم مع الاختصاص القضائي أو المانع لقضاء الدولة، ومدى جواز التحكيم في مسائل ونزاعات يقتصر الفصل فيها على قضاء الدولة حسب المحكمة المختصة بنظر النزاع التي حدد القانون المسائل التي تختص وحدها بالفصل فيها.

وأثارت مسألة الاختصاص القضائي الحصري والمانع لقضاء الدولة التساؤل عن العلاقة بين قابلية محل النزاع للتحكيم، والاختصاص المانع القضاء الدولة، وهو ما يحتاج إلى تمييز وتفرقة بين كل منهما؛ واستناداً إلى ذلك التمييز يمكن أن نخلص إلى جواز أو عدم جواز الاتفاق على التحكيم في أحد النزاعات التي تدخل تحت مظلة الاختصاص القضائي الحصري لقضاء الدولة.

لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتئين:

الفرع الأول: العلاقة بين قابلية محل النزاع للتحكيم والاختصاص القضائي المانع.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي المانع والاتفاق على التحكيم في المنازعات العقارية.

الفرع الأول

العلاقة بين قابلية محل النزاع للتحكيم والاختصاص القضائي المانع

يتعين- كما سبق القول- أن يكون النزاع الذي يرغب اطرافه في حسمه بواسطة التحكيم من النزاعات التي تقبل التحكيم، وإلا كان إبرام اتفاق تحكيم بشأنه ينطوي على سلب اختصاص قضاء الدولة وإعطائه لقضاء خاص هو قضاء التحكيم، وهو ما يعبر عن مخالفة الأطراف لقواعد الاختصاص التي وضعها المشرع، والتي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها. فإن فعل أطراف النزاع ذلك كان اتفاقهم على التحكيم باطلاً، وإذا عرض النزاع على هيئة التحكيم وفصلت فيه كان حكمها باطلاً بدوره.

ويعد ذلك نتيجة طبيعية تترتب على كون النزاع من النزاعات التي لا يجيز المشرع حلها بواسطة التحكيم، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن قابلية محل النزاع للتحكيم يترتب عليها خلق الاختصاص التحكيمي^(١). فإذا كان موضوع النزاع يقبل التحكيم فهذا يكفي لنشأة الاختصاص التحكيمي، أما إذا كان لا يقبل التسوية بالتحكيم فلا يمكن أن ينشأ الاختصاص التحكيمي، ويتعين على أطراف النزاع ولوج الطريق الطبيعي لحسم المنازعات التي نشبت بينهما، ألا وهو القضاء العام في الدولة بمختلف محاكمها.

ويستند ذلك إلى أن أطراف النزاع لا يجوز لهم الاتفاق فيما بينهم على اتباع إجراءات مغايرة لتلك الإجراءات التي وضعها المشرع^(٢). ومن بينها إجراءات الفصل في النزاع التي يأتي على رأسها الاختصاص القضائي، أي المنازعات التي يتعين عرضها على القضاء دون غيره، وفي هذا الحالة يتعلق الاختصاص القضائي بقواعد قانونية إجرائية آمرة، يهدف المشرع من وراء منع الأفراد من مخالفتها إلى تحقيق أهداف يقدر أهميتها لارتباطها بالمصلحة العامة للدولة.

وعلى ذلك يمكن القول بأن قابلية محل النزاع للتحكيم تعد فكرة موضوعية وتمثل شرطاً لصحة اتفاق التحكيم، فهي تعبر عن محل اتفاق التحكيم الذي يجب أن يكون من الأمور التي يجوز فيها الصلح، وهو ما يجعله في هذه الحالة قابلاً للتحكيم، كما أن عدم

(١) د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي "طبيعته- نشأته- انعقاده-

صحته"، ٢٠٠٢، بدون دار نشر، ص ١٤٥.

(٢) د. عاطف شهاب، المرجع السابق، رقم ١١١، ص ١٧١.

تحديد أطراف الاتفاق لموضوع النزاع يجعل اتفاقهم باطلاً؛ لانعدام المحل، كما أنه يعد كذلك إذا كان باطلاً لمخالفته للنظام العام. أما الاختصاص القضائي المانع أو الحصري لمحاکم الدولة الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته تعبر عن مسألة مختلفة تماماً عن مسألة القابلية للتحكيم^(٣). وذلك لأنه تعبير عن قواعد إجرائية أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالنظام العام.

لذلك يجب التمييز بين عدم قابلية محل النزاع للتحكيم كفكرة موضوعية ومدى تعلقها بالنظام العام، وبين الاختصاص الحصري والمانع للقضاء الوطني كفكرة إجرائية ومدى ارتباطها بالنظام العام.

أولاً- عدم القابلية للتحكيم كفكرة موضوعية ومدى ارتباطها بالنظام

العام:

يمارس المحكم وظيفه قضائية، وهو عند الفصل في النزاع المعروض عليه يماثل القاضي؛ لذلك تعد أولى المهام الملقاة على عاتقه- تطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص النظر في مدى صحة ومشروعية اتفاق التحكيم، فإذا كان الأخير باطلاً فإنه يحكم بعدم اختصاصه، وانتفاء أية صلاحية له في نظر النزاع بسبب بطلان اتفاق التحكيم، ولا يمكن التمسك في هذا الصدد بمقولة: إن المحكم لا يجوز أن يقضى ويحكم بشيء لم يطلبه الخصوم؛ لأن المحكم لا يقضى ببطلان اتفاق التحكيم وإنما يكشف عن الآثار المترتبة عليه، ومن أهمها: أن بطلان هذا الاتفاق يعنى نفى سلطته، وفقدانه لصلاحية الفصل في النزاع، وفي هذه الحالة يحكم بعدم اختصاصه؛ لكي يتجنب السير في خصومة التحكيم التي سوف يكون مصيرها في نهاية المطاف هو البطلان^(٤).

وعلى ذلك فإن المحكم يقوم بالتأكد من صحة اتفاق التحكيم المبرم؛ حتى يعلم مدى اختصاصه أو عدم اختصاصه وهذا من خلال التحقق من توافر أو انتفاء الشروط الموضوعية والشكلية التي يلزم توافرها في اتفاق التحكيم حتى يكون صحيحاً ومرتباً لآثاره القانونية، ويعلن عدم اختصاصه من تلقاء نفسه في حالة عدم توافر هذه الشروط دون أن ينتظر أن يدفع بعدم اختصاصه من جانب أحد أطراف الاتفاق؛ وذلك حتى لا

(٣) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول "اتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٤١٤ وما بعدها.

(٤) د. وفاء فاروق محمد حسنى، مسؤولية المحكمة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، بدون سنة نشر، ص ١٤٨.

يبدأ المحكم في إجراءات خصوم التحكيم وعندما تشارف على الانتهاء يكتشف أنه ليس لديه صلاحية أو سلطة الفصل في النزاع محل الاتفاق، بسبب عدم توافر الشروط اللازمة لصحة اتفاق التحكيم، أو لتجاوزه حدود النزاع أو لانقضاء مدة الاتفاق^(٥)، أو لأن موضوع النزاع لا يقبل من حيث الأصل تسويته بواسطة التحكيم^(٦).

ويرى بعض الفقه أن المحكم إذا لم يقر بذلك فإنه يعد مشاركاً في مخالفة إرادة المشرع الذي حظر التحكيم في المسألة أو الموضوع الذي أبرم أطراف النزاع الاتفاق بشأنه، وهو اتفاق باطل في الأصل، كما أنه رضى بالسير في إجراءات التحكيم التي سوف تنتهي بالبطلان، وبالتالي يكون المحكم قد أضاع الوقت والجهد وتبديد أموال أطراف الاتفاق بدون وجه حق، وكل ذلك لأنه لم يعلن عدم اختصاصه منذ البداية ولم يفحص صحة أو عدم صحة اختصاصه قبل السير في إجراءات التحكيم^(٧).

وتعد الحالات الخاصة التي يتعرض المحكم للفصل في نزاعات غير قابلة للتحكيم - وبالتالي ضرورة أن يعلن عدم اختصاصه بالفصل فيها - من الحالات النادرة، إلا إن الواقع العملي كشف عن حدوثها، ومن هذه الحالات: إذا اكتشف المحكم أن اتفاق التحكيم قد ورد ضمن شروط عامة في وثيقة مكتوبة وقع عليها الأطراف، أو إحالة الأطراف التحكيم وشروطه على شروط عقد نموذجي خاصة بالخضوع للتحكيم، أو ارتباط التحكيم بعقد آخر مازال سارياً أو انتهى سريانه يتضمن شرط تحكيم^(٨)، أو تم تجديد العقد الذي يتضمن اتفاق التحكيم، أو توكيل الغير في إبرام اتفاق التحكيم. لذلك فإن هيئة التحكيم تقرر اختصاصها في حالة توافر الرغبة المشتركة والرضا من جانب

(٥) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، رقم ١٧٧، ص ٣١٣؛ د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ص ١٥٥؛ د. محمد نور عبد الهادي شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، نطاقها ومضمونها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢٠٧.

(٦) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص ١١٥.

(٧) د. أنور علي أحمد الطشى، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، الطبعة الأولى دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٩، ص ١٨٢-١٨٣.

(٨) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، رقم ١٣٥، ص ٢٣٢.

الأطراف في خلق الاختصاص التحكيم لها بنظر النزاع في حالة تلاقى رغبة وإرادة أطراف الاتفاق، مع تسوية النزاع عند نشوئه في المستقبل أو بعد وقوعه^(٩). كذلك تقوم هيئة التحكيم بإعلان عدم اختصاصها في حالة اكتشافها تعيب إرادة أحد الأطراف بأحد العيوب التي تؤثر في صحة الرضا، مثل: الإكراه أو الغلط أو التدليس، أيضاً في حالة عدم توافر أهلية التصرف وإبرام العقود لدى أحد الأطراف^(١٠)، كما لو كان أحد الأطراف قاصراً أو محجوراً عليه، أو أشهر افلاسه فإن هيئة التحكيم تعلن عدم اختصاصها بنظر النزاع^(١١)، أيضاً إذا ثبت للهيئة سقوط اتفاق التحكيم، أو اثناء السير فيها طالما أنه لم يتم تصحيحه من قبل الأطراف فإذا قاموا بالتصحيح فإن الهيئة تعلن اختصاصها، وتتولى الفصل في النزاع.

كذلك في الحالة التي يتبين فيها لهيئة التحكيم أن أطراف اتفاق التحكيم قد لجأوا إلى التحكيم بدلاً من قضاء الدولة من أجل التهرب من الأحكام القانونية والنصوص الأمرة التي كانت سوف تطبق لو طرح النزاع على القضاء، بسبب ما تضمنته نصوص القانون من قيود أو إجراءات يهدف الأطراف إلى التهرب من تطبيقها، وبالتالي سلخوا طريق التحكيم لتجنبها، وهو ما يعنى أنهم رغبوا في الاستفادة من الحرية التي يتمتع بها الأطراف في اتفاق التحكيم في تحديد الإجراءات وفي اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع^(١٢).

فإن في هذه الحالة تعلن هيئة التحكيم عدم اختصاصها بنظر النزاع بسبب تهرب أطراف النزاع من الأحكام القانونية التي نص المشرع على انطباقها على النزاع الخاص بهم، كما أنها لا يمكن أن تشارك في التحايل على القانون ومخالفة نصوصه؛ وهي تعد بمثابة المحكمة التي تمارس ذات الوظيفة القضائية التي تمارسها محاكم الدولة المختصة في الأصل^(١٣).

(٩) د. أنور على احمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(١٠) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٧٤.

(١١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٥٤ وما بعدها؛ د. عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء المنصورة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م، رقم ١٣٤، ص ٢٤٨.

(١٢) د. أحمد شرف الدين، سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، رقم ١٦، ص ٥٣.

(١٣) د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٥٥ - ٥٦.

كذلك تحكم هيئة التحكيم بعدم اختصاصها في حالة عدم تحديد أطراف اتفاق التحكيم لموضوع النزاع بصورة دقيقة، لأن سلطة الهيئة وصلاحياتها تتحدد وفقاً لإطار النزاع الذي يحدده الأطراف. كما تحكم الهيئة بعدم اختصاصها إذا اتضح أن الأطراف في حالة ما إذا لم يلق حكم التحكيم قبولاً لديهم فإنهم سوف يعاودون اللجوء إلى القضاء مرة أخرى؛ لأن الاتفاق على التحكيم في هذه الحالة يعد غير صحيح^(١٤).

ثانياً - عدم القابلية للتحكيم كفكرة إجرائية ومدى ارتباطها بالنظام

العام:

تعد القابلية الإجرائية لعرض النزاع على التحكيم الوجه الآخر لفكرة قابلية محل النزاع للتحكيم من الناحية الموضوعية؛ لأن عدم القابلية الإجرائية تتعلق بالاختصاص المصرى لمحاكم الدولة بنوع معين من المنازعات^(١٥) لا يجوز الاتفاق بشأنها على اسناد النزاع إلى التحكيم واستبعاد قضاء الدولة، ولا سيما أن القضاء العادى في الدولة هو صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات المدنية والتجارية^(١٦).

وعلى ذلك فإن عدم القابلية الإجرائية لمحل النزاع للتحكيم تتعلق بالنظام العام، أي أن الغاية التي استهدفها المشرع تحقيقها تعبر عن مصلحة معينة ترتبط بالنظام العام، إذ تقضي قواعد الاختصاص القضائي بضرورة عرض النزاع على قضاء الدولة وحده، مع عدم السماح لأي قضاء خاص بالمشاركة في هذا الاختصاص. ويختلف ذلك عن النصوص القانونية المتعلقة بالنظام العام التي وضعها المشرع من أجل أن تنظم العلاقة القانونية محل النزاع، أي التي أسفرت في أثناء تنفيذها عن نزاع معين. وهذا يعني أن هناك وجهين للنظام العام، الأول: أن مخالفة أطراف العلاقة القانونية للتنظيم القانوني الذي وضعه المشرع لحكم هذه العلاقات وترتيب الآثار القانونية المختلفة يعني أن مخالفة أطراف العلاقة لهذا التنظيم القانوني يؤدي إلى بطلان العقد أو الاتفاق، ولا تنشأ عنه أية آثار قانونية، ويتميز هذا الوجه بالطبيعة الموضوعية.

(١٤) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري، مرجع سابق، رقم ١١٩، ص ١٨٣؛ د. أحمد شرف الدين،

سلطة القاضي، مرجع سابق، رقم ١٧، ص ٥٥؛ د. نبيل عمر، التحكيم، مرجع سابق.

(١٥) د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٥٨.

(١٦) نقض جلسة ٦، ٣٠، ٦، ١٩٩٦م، طعن رقم ٣٢٣٨ لسنة ٦٠ق، س ٤٧ ص ١٠٥٩، عدد ٢، رقم ١٩٩.

أما الوجه الثاني: فيتمثل في النصوص القانونية التي وضعها المشرع من أجل بيان أسلوب حل النزاع أو الجهة المنوط بها الفصل في النزاع المتخلف عن العلاقة القانونية. وهو ضرورة عرض أطراف العلاقات القانونية للنزاع القائم بينهم على القضاء وحده دون التحكيم^(١٧). ويعبر ذلك عن الطبيعة الإجرائية لهذا الجانب أو الوجه للنظام العام. لذلك تختلف القابلية للتحكيم بالمفهوم الموضوعي عن المفهوم الإجرائي لها، وتستند مخالفة النظام العام ليس بسبب انتهاك القواعد المنظمة لمحل النزاع التي تتعلق بالنظام العام، وإنما تنصب المخالفة على القاعدة الإجرائية أو القناة الإجرائية التي يلتزم أطراف النزاع بولوجها وهي عرض النزاع على قضاء الدولة وحده، مع حظر الاتفاق على التحكيم بشأن هذا النزاع. وبالتالي تتميز عن القواعد الموضوعية المنظمة لموضوع أو محل النزاع وتنتقل عنها، وتتعلق القاعدة الإجرائية سالف الإشارة بالقانون المنظم للوظيفة القضائية في الدولة، سواءً أكان قانون المرافعات، أم القانون المنظم للتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، ومن ثمَّ لا ترتبط بالقواعد الموضوعية المنظمة للعلاقات القانونية المباشرة بين الأشخاص التي تنتمي لكل من القانون المدني والقانون التجاري^(١٨)، لأن محل اتفاق التحكيم هو حق التقاضي المتمثل في عرض النزاع على هيئة التحكيم لكي تتولى الفصل فيه، فهو اتفاق بين الأطراف على تعديل الطريق الطبيعي لتسوية النزاع، ويقوم هذا التعديل على استبدال التحكيم بالقضاء العادي، دون ان يمس هذا التعديل الحق الموضوعي^(١٩). أساس العلاقة القانونية التي أسفرت عن نشوب النزاع.

الفرع الثاني

الاختصاص القضائي المانع والاتفاق على التحكيم في المنازعات العينية العقارية

نصت المادة ١٠٩ مرافعات على أن: "الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى".

(١٧) د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ١٦٠.

(١٨) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(١٩) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، رقم ٤٦ ص ٦٠؛ د. أحمد الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص ٢٠ رقم ٣.

ويتضح من النص السابق أن قواعد الاختصاص القضائي والنوعي والقيمي تتعلق بالنظام العام؛ لأن المشرع نص عليها من أجل تحقيق مصلحة عامة تتمثل في حسن سير القضاء وسلامة أدائه لوظيفته. ويترتب على ذلك النتائج الآتية^(٢٠):

١- لا يجوز للخصوم الاتفاق على خلاف قواعد الاختصاص الولائي أو النوعي، وإذا تم الاتفاق فإنه يكون باطلاً؛ لأنه يهدر المصلحة العامة التي ابتغى المشرع تحقيقها من خلال توزيع العمل على جهات القضاء وعلى درجات وطبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة؛ لذلك لا يجوز للخصوم الاتفاق على طرح منازعة مدنية على القضاء الإداري، أو طرح مسألة إدارية على القضاء المدني؛ لأن ذلك يعد مخالفة لقواعد الاختصاص الولائي، أيضاً لا يجوز للخصوم الاتفاق على رفع دعوى من اختصاص المحكمة الجزئية أمام المحكمة الابتدائية؛ لأن ذلك الاتفاق يعد مخالفة لقواعد الاختصاص النوعي. وتطبيقاً لذلك لا يجوز لأطراف النزاع إبرام اتفاق تحكيم من أجل سلب ولاية القضاء العادي فيما يتعلق بنظر المنازعات المدنية والتجارية ومنحة لقضاء خاص ممثلاً في قضاء التحكيم؛ لأن هذا الاتفاق يمثل اعتداء على اختصاص القضاء العادي الذى نظمه المشرع وهو اعتداء يمس النظام العام. وفي المنازعات العينية العقارية والدعاوى العقارية بصفة عامة لا يجوز إبرام اتفاق تحكيم وإسناد الفصل في تلك المنازعات إلى هيئة تحكيم داخلية، أو هيئة تحكيم دولية؛ لأن المنازعة العقارية تدخل في الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، وإذا صدر حكم تحكيم في دعوى عقارية فلا يعتد به ويتعين رفع دعوى من جديد أمام المحكمة المختصة^(٢١).

٢- ويجوز لأى من أطراف الخصومة- سواء المدعي أم المدعى عليه- التمسك بالدفع بعدم الاختصاص في أية حالة كانت عليها الدولة، حتى لو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض^(٢٢). وعلى ذلك إذا رفع المدعي الدعوى أمام محكمة غير مختصة، وإن كان ذلك يفهم على أنه قبول منه لعدم الاختصاص إلا

(٢٠) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون جهة وسنة نشر، ص ٥٤١.

(٢١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٢٢) نقض ١٩٩٥، ٢٣، ٥، ٤٦ ص ٧٩٧ رقم ١٥٧؛ نقض جلسة ١٤/٥/١٩٨٩م، س ٤١ ص ٢٨٠، عدد ٢، رقم ٢٠٦.

إن ذلك لا يقيد، أيضاً المدعي عليه قبوله لعدم الاختصاص والمستفاد من سكوته عن الدفع بعدم الاختصاص وتعرضه لموضوع الدعوى أو ابدائه للدفع الخاصة بعدم القبول لا يؤدي إلى سقوط حقه في التمسك بعدم الاختصاص بعد ذلك، ويستند ذلك إلى أن الاتفاق الصريح على مخالفة قواعد الاختصاص لا يمثل أي قيد على الخصوم، ومن باب أولى فإن ذلك ينطبق على القبول الضمني لهم^(٢٣).

٣- يتعين على النيابة العامة في حالة تدخلها في الدعوى كطرف منضم أن تدفع بعدم الاختصاص، حتى ولو لم يدفع به أحد الخصوم.

٤- يجب على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها بنظر الدعوى بسبب انتفاء ولايتها أو بسبب نوعها أو قيمتها، حتى وإن لم يتمسك أحد أطراف الخصوم بالدفع بعدم الاختصاص^(٢٤).

وفيما يتعلق بقواعد الاختصاص المحلي فالأصل أنها لا تتعلق بالنظام العام، وفي ذلك نصت المادة ١/١٠٨٠ مرفعات على أن: "الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات- يجب إبدائها معاً قبل ابداء أي طلب أو دفاع في الدعوى، أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها....".

ويتضح من النص السابق أن قواعد الاختصاص المحلي لا تتعلق بالنظام العام- وذلك كقاعدة عامة- لأنها لا تتعلق بالمصلحة العامة، وإنما وضعها المشرع لمراعاة مصلحة الخصوم، وتيسير سبل التقاضي عليهم من خلال جعل الاختصاص للمحكمة القريبة من موطن الخصوم، أو محل الأموال المتنازع عليها^(٢٥).

ولذلك يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي، ويكون اتفاقهم على المحكمة المختصة ملزماً لهم، حتى لو اتفقوا على أن يعهدوا إلى محكمة

(٢٣) نقض مدني ١٩٩٧/٥/٢١، مجموعة النقض ٢٦ ص ١٠٥٨ ق ٢٠١، مشار إليه في كتاب د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص ٥٤٢.

(٢٤) نقض مدني ١٩٩٧/٤/٥، الطعن رقم ٣٩٢٩ لسنة ٦١ ق، مشار إليه في كتاب د. أحمد السيد صاوي، شرح قانون المرافعات، ص ٥٤٣.

(٢٥) نقض مدني ٢٦ فبراير ١٩٩٨ م، طعن رقم ٦٠٦٠ لسنة ٦٦ ق، مشار إليه في كتاب د. أحمد السيد صاوي، شرح قانون المرافعات، ص ٥٤٣.

أخرى غير محكمة موطن المدعى عليه بنظر النزاع، كما لا يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم الاختصاص لأنه ملزم بالاتفاق الذي أبرمه مع المدعى^(٢٦).

وإذا كان ذلك هو الأصل، إلا إنه المشرع في بعض الحالات يخرج عليه ويمنح الاختصاص لمحكمة أخرى غير المحكمة التي يقيم المدعى عليه في دائرتها، وفي هذه الحالة لا يجوز للخصوم مخالفة هذا الاختصاص.

وفي ذلك نصت المادة ٦٢ مرافعات على أنه: "إذا اتفق على اختصاص محكمة معينة يكون الاختصاص لهذه المحكمة أو للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه". على أنه في الحالات التي ينص فيها القانون على تحويل الاختصاص لمحكمة على خلاف حكم المادة ٤٩ لا يجوز الاتفاق مقدماً على ما يخالف هذا الاختصاص.

ومن أمثلة هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٥٠ مرافعات بقولها: "في الدعاوي العينية العقارية ودعاوي الحيازة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً في دوائر متعددة".

ويبين النص السابق أن الخصوم لا يجوز لهم مخالفة نص المادة ١/٥٠ مرافعات التي أعطت الاختصاص بنظر الدعاوي العينية العقارية ودعاوي الحيازة للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه، وهو ما يعنى أنه لا يجوز للخصوم أن يتفقوا مقدماً أثناء إبرام العقد المتعلق بعقار معين، أو قبل بداية الخصوم على تحويل محكمة أخرى النظر في الخصومة على خلاف المحكمة التي يقع في دائرتها العقار^(٢٧).

ولكن في بعض الحالات الأخرى فإن جعل الاختصاص بنظر نوع معين من الدعاوي لمحكمة معينة يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للخصوم مخالفة النص القانوني؛ لأن المشرع يهدف من ورائه إلى حسن سير القضاء، وبالتالي لا يجوز للخصوم في مثل هذه الحالات مخالفة ما نص عليه القانون؛ لأنه يتعلق بالنظام العام، ومن أمثلة: هذه الحالة دعوى تسليم العقارات التي تختص بنظرها المحكمة الجزئية التي يقع العقار في دائرتها. وفي ذلك نصت المادة ٣/٥٠ مرافعات على أنه: "استثناء من حكم المادة ١٠٨ من هذا القانون تختص المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها العقار دون غيرها بدعاوي تسليم العقارات".

(٢٦) د. أحمد السيد صاوي، شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، رقم ٣٤٢ ص ٥٤٣.

(٢٧) د. أحمد السيد صاوي، شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٤٣.

واستناداً لما سبق فإن قواعد الاختصاص المطلق للقضاء التي تتمثل في الاختصاص الولائي والنوعي والقيمي تتعلق بالنظام العام^(٢٨)، وبالتالي لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها، وهو ما يعنى أنه لا يجوز إبرام اتفاق تحكيم خاص بأحد الدعاوي العينية العقارية، يتفق فيه الأطراف على إخراج هذه الدعاوي من الاختصاص المانع للقضاء المصري، ومنح الاختصاص بنظرها لأحدى هيئات التحكيم، سواءً أكان التحكيم داخلياً أم دولياً؛ لأن في ذلك الاتفاق إهدار للمصلحة العامة التي استهدفها المشرع المصري تحقيقها التي تتمثل في توزيع العمل على جهات القضاء وعلى طبقات المحاكم ودرجاتها داخل الجهة القضائية الواحدة.

وبالنسبة لقواعد الاختصاص المحلى ينطبق ذات الأمر؛ لأن الدعاوي العينية العقارية، أو المنازعات العينية العقارية التي تثار حول عقار معين أو حول أحد الحقوق العينية الأصلية فإن المشرع جعل الاختصاص فيها للمحكمة الجزئية التي يقع العقار في دائرتها وخاصة دعاوي تسليم العقارات، وبالتالي لا يجوز للخصوم الاتفاق على منح نظر دعوى تسليم العقار إلى هيئة تحكيم بالمخالفة للنصوص القانونية الأمرة التي وضعها المشرع، وإن فعلوا ذلك كان اتفاق التحكيم باطلاً، وإن صدر حكم من هيئة التحكيم كان هذا الحكم باطلاً بدوره؛ لمخالفته للنظام العام.

المطلب الثاني

أثر النظام العام على حظر التحكيم في المنازعات العينية العقارية

تمهيد وتقسيم:

نتناول من خلال هذا المطلب فكرة النظام العام الحمائي ودورها في الحيلولة دون الاتفاق على التحكيم في بعض المنازعات، ونتعرض لبعض العلاقات القانونية التي يحظر فيها التحكيم وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: فكرة النظام العام الحمائي والتحكيم في الحقوق التي يحميها.

الفرع الثاني: التحكيم في المنازعات العينية العقارية.

الفرع الأول

فكرة النظام العام الحمائي والتحكيم في الحقوق التي يحميها

تهدف قواعد النظام العام إلى حماية العديد من المصالح العامة للدولة، مثل: المصالح السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، وغير ذلك من المصالح التي تعد إحدى

(٢٨) د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات على ضوء أحكام محكمة النقض وآراء الفقهاء، الجزء الثاني، ٢٠٠٨م، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص ٣٨٥.

دعائم وجود الدولة، لكن المشرع يتدخل في بعض العلاقات الخاصة بين أفراد المجتمع، ويضع قواعد قانونية وموضوعية أمره تتعلق بالنظام العام، وبالتالي يتعين على أفراد المجتمع عند الدخول في علاقات قانونية معينة مراعاة هذه القواعد وعدم مخالفتها. وإذا كانت قواعد النظام في مجملها تهدف إلى تحقيق وحماية مصالح معينة- قد تكون مصالح عامة خاصة بسياسات الدولة الاقتصادية- إلا إن هناك بعض المصالح الخاصة الفردية التي تنعكس آثارها على المصالح العليا للدولة على الرغم من أنها قد تنحصر بين أطراف العلاقة القانونية الواحدة، ولكن المشرع يحمي طائفة أو طبقة اجتماعية معينة نظراً لقلّة كفاءتها وضعفها من الناحية الاقتصادية والاجتماعية عدم قدرتها على الدفاع عن مصالحها وحمايتها تجاه الطرف الآخر في العلاقة القانونية، ومن أمثلة ذلك: طبقة العمال، وحماية المستهلكين من أبناء الدولة، وحماية المستأجر في العلاقة الإيجارية. وإذا كان يترتب على العلاقة القانونية لمثل هؤلاء الطبقات اكتساب حقوق معينة فإنه لا يجوز التخلي عن هذه الحقوق أو إجبار أحد أطراف العلاقة القانونية- وخاصة الطرف الأقوى على الطرف الأضعف- على التخلي عن حقوقه بصورة مسبقة، فهذا لا يجوز ويتعارض مع النظام العام. واتفاق التحكيم في مثل هذه العلاقات ليس محظوراً، ولكن يجب أن يراعي القواعد القانونية الأمرة التي تنظمها، وعدم الخروج عليها، كما يجب مراعاة الوقت الذي يستطيع فيه أصحاب هذه الحقوق التصرف فيها^(٢٩)، والكيفية التي يتم بها التحكيم، والنطاق الذي يشمل اتفاق التحكيم. ويجب التفرقة بين وقت نشأة الحق ووقت انتهائه أو ترتيبه لآثاره القانونية لمعرفة مدى جواز التحكيم في الحقوق المتعلقة بالنظام العام الحمائي، ففي حالة اكتساب الحق بمجرد إبرام العقد فإنه يمكن التخلي عنه منذ البداية على أن يكون هذا التخلي أو التنازل تم في ذات العقد وأقر القضاء بصحة التنازل عن الحق، أو كما هو الحال في عقد الإيجار، أقر إعادة تجديد مدة الإيجار للمستأجر في الإيجار التجاري بمجرد إبرام العقد. أما في الحالة الثانية فإن التنازل عن الحق لا يمكن أن يتم إلا من خلال التتابع، أي ينشأ الحق ثم يتم التنازل عنه؛ وذلك من أجل كفالة التنفيذ المنضبط للعقد، فبعد أن يكتسب الشخص الحق يستطيع التنازل عنه، كما هو الحال بالنسبة للعامل فبعد أن يتبين له الحق في أجره، يستطيع التنازل عنه؛ لأنه أصبح حقاً مستحق الأداء، أما التنازل المسبق فإنه لا يجوز.

(٢٩) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦،

ويرى البعض أن اكتساب الحقوق لا يعد مبرراً كافياً للتنازل عنها من جانب أصحابها^(٣٠)، لأنه في بعض الحالات يكون من اكتسب الحق في أشد الحاجة إلى حماية ما اكتسبه من حقوق بسبب ما يعانیه من ضعف اقتصادي واجتماعي؛ لذلك لا يمكن السماح بالتنازل طالما أن هناك علاقة تبعية بين صاحب العمل والعامل، لذلك نص قانون العمل الفرنسي على أن: العامل لا يستطيع التنازل عن بعض الحقوق- مثل: التعويض عن الانهاء التعسفي لعقد العمل، لذلك يجب مراعاة هذه القيود لمعرفة مدى قابلية مثل هذه الحقوق للتحكم فيها. وعلى الرغم من أن الأصل أن التحكيم لا يجوز إلا في الحقوق التي يمكن الصلح فيها، والتي تتعلق بالحقوق المالية فإن بعض المعاملات المالية تتعلق بالمصلحة العامة وترتبط بالنظام العام؛ لأنها تتعلق بالنظام الاقتصادي في الدولة، لذلك قد يفسح المشرع المجال في بعض المعاملات المالية للحرية في تسوية النزاع المثار بشأنها بمعرفة أطراف العلاقة القانونية ومن خلال الاتفاق على وسائل بديلة عن اللجوء للقضاء. وأحياناً أخرى يرغب المشرع في حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، بل وحماية الغير حسن النية الذي لا صلة له بالمعاملة المالية؛ لأن المشرع يقدر أن آثار هذه العلاقة سوف تنعكس عليه وسوف يتأثر بها^(٣١).

ومن المجالات التي ترك فيها المشرع الحرية للنشاط الفردي من أجل ضمان حرية التجارة وتداول واستثمار الأموال مجال حق الملكية؛ إذ سمح المشرع للمالك بأن يتصرف فيما يملك حيث يشاء دون أن يقيد في تصرفه، وفي حالة التقييد فإنه يجب أن يكون مستنداً على سبب مشروع وإلا كان باطلاً. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ٨٢٣ مدني بقولها: "١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة. ٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير".

كذلك نصت المادة ٨٣٤ مدني على عدم جواز تغيير المالك من أجل البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات؛ لأن الشيوع في الملكية يمثل عائقاً أمام استثمار الملكية سواء في العقارات أو المنقولات، أيضاً نصت المادة ١٤٩ مدني على إمكانية

(٣٠) د. أشرف الرفاعي، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

(٣١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة

نقابة المحامين، ٢٠٠٧م، رقم ٢٣٧ ص ٣٤١.

تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها التي نصت عليها عقود الإذعان، وإذا ورد اتفاق أو نص على خلاف ذلك فإنه يكون باطلاً، وهو ما يعنى أن المشرع أراد حماية الطرف الضعيف في مثل هذا النوع من العقود. أيضاً قرر المشرع في المادة ١٢٩ مدنى إبطال العقد أو انقاص الالتزامات في حالة وقوع أحد المتعاقدين في استغلال من جانب الطرف الآخر. أيضاً في حالة الحوادث الطارئة نصت المادة ١٤٧ مدنى من جواز انقاص الالتزام المرهق. ونصت المادة ٢٢٤ مدنى على جواز تخفيض الشرط الجزائى ومن النصوص التي توفر نوعاً من الحماية للمتعاقد، كما نصت عليه المادة ٢٢٧ مدنى من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذى يسمح به القانون.

كذلك هناك من الأحكام المتعلقة بالنظام العام التي يهدف من خلالها المشرع إلى حماية الغير حسن النية، ومن أهمها: ما نص عليه قانون الشهر العقارى فيما يتعلق بشهر الحقوق العينية العقارية؛ إذ يعد باطلاً أي اتفاق يبرم بين البائع والمشتري ينص على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العقار أو العين المبيعة سارية في حق المشتري حتى ولو لم تشهر هذه الحقوق على النحو الذى نص عليه القانون.

وهو ما يعنى أن التصرفات التي تقع على الحقوق العينية الأصلية- ومن أهمها حق الملكية والحقوق الأخرى المترتبة عنه- يجب شهرها في التصرف العقارى وفقاً للإجراءات التي نص عليها قانون الشهر العقارى؛ حتى ترتب آثارها بين المتعاقدين وفى حق الغير حسن النية، حتى لا يمكن الاحتجاج عليه إلا إذا أشهرت. ويستهدف المشروع من وراء ذلك تحقيق نوعين من المصالح المتعلقة بالنظام العام، النوع الأول: هو استقرار المراكز القانونية وحماية الغير حسن النية بالنسبة للتصرفات التي ترد على الحقوق العينية. أما النوع الثانى: فهو تحصيل الرسوم التي نص عليها القانون عند شهر وتسجيل هذه التصرفات فيما يعود على الدولة من نفع اقتصادى نتيجة للرسوم التي سوف تحصل عليها نتيجة الإجراءات الشهر والتسجيل. وبالتالي لا يجوز للأطراف الاتفاق على خلاف نصوص قانون الشهر العقارى وتحرير عقود عرفية وغير مسجلة، بل لا يجوز اللجوء إلى التحكيم من أجل الحصول على أحكام بصحة ونفاذ هذه التصرفات من أجل التهرب من تطبيق أحكام قانون الشهر العقارى، والتهرب من قواعد الاختصاص القضائى المانع التي عهدت إلى المحاكم وحدها بسلطة الفصل في هذا النوع من التصرفات. وإذا أبرم اتفاق تحكيم على ذلك فإنه يكون باطلاً؛ لمخالفة قواعد موضوعية وإجرائية متعلقة بالنظام العام، وإذا اصدر حكم بالتحكيم فإنه بدوره يعد حكماً باطلاً؛ لأنه تأسس على اتفاق باطل.

الفرع الثاني

التحكيم في المنازعات العينية العقارية

نصت المادة ١١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على قاعدة مؤداها أن التحكيم لا يجوز في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. وهو ما يعنى أن التحكيم- بمفهوم المخالفة- يجوز في المسائل التي تقبل الصلح بشأنها.

كذلك فإن الحق محل العلاقة القانونية التي يجوز الاتفاق على تسوية ما ترتب عليها من نزاع بواسطة التحكيم يجب أن يكون حقاً مالياً، ويجوز التصرف فيه، فإذا توافرت هذه الشروط كان اتفاق التحكيم صحيحاً ويصلح للاعتراف به وتنفيذه أمام قضاء دولة التنفيذ، ولا يتعارض مع النظام العام^(٣٢) وذلك على النحو سالف البيان.

وبتطبيق هذه الشروط على المنازعات العقارية فإن ذلك يعنى أن الصلح جائز في هذا النوع من المنازعة، وذلك من المطالعة الظاهرية للنصوص القانونية المنظمة للحقوق العينية العقارية، ولكن بالرجوع إلى نصوص قانون الشهر العقارى وقانون المرافعات نجد بعض الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام التي تحول دون اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه المنازعات، ومن هذه الاعتبارات: أن استقرار الأوضاع القانونية للعقارات التي يتم التعامل عليها سواء بالإنشاء أو النقل أو الزوال- يجب أن تخضع لإجراءات الشهر التي نص عليها القانون؛ لكى يتم الاحتجاج بها على الغير، فإذا لم يتم شهر التصرفات الخاصة بالحقوق العقارية- فإنها لا ترتب آثارها القانونية في مواجهة الغير^(٣٣)، لاسيما أن قواعد وإجراءات شهر وتسجيل التصرفات التي نص عليها قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م تعد من النظام العام، وهو ما يعنى أن أطراف العلاقة العقارية لا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، لأنها قواعد إجرائية أمره يجب احترامها وأى اتفاق يخالفها يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً^(٣٤).

لذلك نصت المادة ٩ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م على أن: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك- يجب شهرها بطريق

(٣٢) د. حسام الدين ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٣٣) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة، ١٩٩٣م، ص ٧٠٦ وما بعدها.

(٣٤) مريم محمد العوا، مدى جواز التحكيم في العقود العقارية، مجلة التحكيم، العدد الخامس، يناير ٢٠١٠، السنة الثانية، ص ١٤٧.

التسجيل، ويدخل في هذه التصرفات: الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن...".

كذلك نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه: "يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصيل لم يشهر - تسجل تلك الدعاوى.

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية، وتحصيل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة".

وأما التنظيم التشريعى الخاص بضرورة شهر صحف الدعاوى الخاصة بإنشاء أو نقل أو إزالة حق من الحقوق العينية العقارية أو الطعن عليه، ودعاوى استحقاق الحقوق العينية العقارية، مع سداد الرسوم المقررة بموجب قوانين الشهر العقارى واللوائح المعينة فقد لجأ أطراف العلاقات القانونية الخاصة بالحقوق العينية العقارية أو المنازعات المتعلقة بها إلى التهرب من هذه الإجراءات التشريعية، وتوجهوا نحو طريق آخر لتسجيل العقود الخاصة بهذه الحقوق يتمثل في رفع دعاوى صحة التعاقد أو صحة ونفاذ هذه التصرفات من أجل عدم سداد الرسوم المقررة وتفاذى الإجراءات الخاصة بشهر وتسجيل هذه الحقوق، وتسجيل صحف الدعاوى المتعلقة بها. وترتب على ذلك ضياع الثروة العقارية وخلق مناخ من عدم استقرار المراكز القانونية لأطراف الحقوق العينية، مع حرمان الدولة من الرسوم المستحقة في حالة تسجيل هذه الحقوق أو صحفها في الشهر العقارى^(٣٥).

وترتب أيضاً على هذا الملك تزايد أعداد دعوى صحة ونفاذ العقود أمام المحاكم بصورة أدت إلى تكدس هذا النوع من الدعاوى وإثقال عاتقها^(٣٦) دون أن يكون هناك نزاع

(٣٥) مريم محمد العوا، مرجع سابق، ص ١٤٩.

(٣٦) د. محمد المنجى، موسوعة الشهر العقارى، ج ٣، أمثلة عملية للشهر العقارى، تسجيل الحقوق المنفردة عن الملكية والحقوق الشخصية، تسجيل الدعاوى والأحكام وقيد الحقوق العينية التبعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، ص ٤٤٩.

حقيقى بين البائع والمشتري يستوجب رفع الأخير لدعوى صحة ونفاذ عقد البيع مع الأول، وإنما يهدف الطرفان إلى تلافى تسجيل العقود وما يتطلبه هذا التسجيل من إجراءات شهر وسداد للرسوم. ويعد ذلك تحايلاً من المتعاقدين على قواعد إجرائية أمره تتعلق بالنظام العام؛ الأمر الذي دفع المشرع إلى تعديل قانون المرافعات من خلال إضافة فقرة أخيرة للمادة ٦٥ التي أوجبت على رافع دعوى الصحة والنفاذ شهر صحيفة الدعوى وسداد ٢٥% من الرسم النسبي المقرر على تسجيل العقد مع شهر الصحيفة؛ لذلك نصت المادة ٦٥ مرافعات في فقرتها الأخيرة على أنه: "ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إذا أشهرت صحيفةها"^(٣٧).

وفى تعليق المذكرة الإيضاحية للمادة ٦٥ مرافعات ورد: "أن الظاهرة التي سجلها التطبيق العملى ... هي أنه بالرغم من خطورة الأثر القانوني الذي رتبته القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م على عدم شهر التصرفات العقارية فإن نسبة كبيرة من المواطنين تحجم عن اجراء هذا الشهر في اكتفاء من بعضهم بالمحركات العرفية، ولجوء البعض الآخر منهم إلى القضاء للحصول على أحكام بصحة ونفاذ هذه المحركات دون تسجيلها، حتى إن نسبة دعاوى صحة التعاقد- كما تكشف عنها الإحصاءات- تبلغ لدى كثير من المحاكم أكثر من ٥٠% من مجموع الدعاوى المدنية المنظورة أمامها. ... وفى مجابهة لظاهرة إجماع أغلب المتعاملين في الحقوق العينية العقارية- وخاصة عقود بيع العقارات- عن تسجيل الحقوق التي تلقوها، ولجؤهم إلى طريق رفع دعاوى صحة ونفاذ العقود المبرمة بشأن هذه التصرفات...

إضافة فقرة جديدة إلى المادة ٦٥ من قانون المرافعات، جرى حكمها بأن لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية، إلا إذا أشهرت صحيفةها..."^(٣٨).

ويتضح من المذكرة الإيضاحية أن قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م كان قبل تعديل المادة ٦٥ مرافعات قد تبين ما ابتدعه العمل وأقره القضاء وأيده الفقه بالنسبة لدعوى صحة التعاقد، وذلك من خلال المادة ٢/١٥ منه التي نصت على أنه: "ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية".

(٣٧) الجريدة الرسمية العدد ١٠ مكرراً في ١٤/٣/١٩٩١م.

(٣٨) النشرة التشريعية، العدد الثالث، مارس ١٩٩١م، ص ٣٠٧، ٣١٩-٣٢٠.

ولكن ظل تسجيل صحيفة الدعوى اختيارياً يتوقف على إرادة المدعى الذى يرغب في الاستفادة من النتائج المترتبة على التسجيل، وإذا لم يرغب في ذلك فإنه يتجه إلى القضاء للحصول على حكم بالصحة والنفذ على أحد الحقوق العينية العقارية، ولكن مع انتشار هذه الظاهرة التي ورد ذكرها في المذكرة الإيضاحية للقانون، تدخل المشرع؛ من أجل التصدي لهذه الظاهرة وجعل من تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد أمراً إجبارياً، كما أنه يعد شرطاً لقبول الدعوى الأصلية. وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٦٥ مرافعات.

وكان دافع المشرع هو الحفاظ على استقرار الملكية العقارية وهو ما يشكل مصلحة قانونية، وللحيلولة دون ضياع رسوم التسجيل على الخزنة العامة للدولة نتيجة للرسوم المستحقة على شهر الصحيفة في حالة عدم تسجيلها^(٣٩). وهو ما يعبر عن مصلحة اقتصادية، وتتعلق كل من المصلحتين بالنظام العام في الدولة؛ لذلك لا يجوز لأطراف العلاقة القانونية التي محلها حق عيني- عقارى مخالفة ما نص عليه المشرع وإبرام اتفاق تحكيم للحصول على حكم بصحة ونفذ التصرف الخاص بحق من الحقوق العينية العقارية، ولا سيما عقد بيع العقار.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة عام ٢٠٠٥م بـ "بطلان الاتفاق على التحكيم بشأن صحة ونفذ عقد بيع العقار لعدم مشروعية سببه لانطوائه على إحدى حالات الغش نحو القانون أو التحايل عليه، وذلك بالاتفاق على استبعاد دعوى صحة ونفذ عقد البيع من اختصاص المحاكم النظامية للدولة وعرضها على هيئة التحكيم لتقضى لهم بصحة العقد ونفذه"^(٤٠).

وأستت محكمة استئناف القاهرة قضائها على المادة ٦٥ مرافعات في فقرتها الأخيرة، وعلى نص المادة ٢٤ مكرراً من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١م بشأن رسوم التوثيق والشهر^(٤١) المعدل للقرار بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤م بشأن رسوم التوثيق والشهر على أن "تحصل مؤقتاً عند شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية، أو عند شهر طلب عارض، أو طلب تدخل، أو طلب إثبات يتضمن صحة

(٣٩) د. محمد المنجى، أمثلة عملية للشهر العقارى، مرجع سابق، ص ٤٥٢-٤٥٣.

(٤٠) محكمة استئناف القاهرة، طعن رقم ٨١ لسنة ١٢١ق، د ٩١ تجارى، جلسة ٢٩/١١/٢٠٠٥.

(٤١) المادة ٢٤ مكرر مستبدلة بالقانون رقم ٩٦، ٢٢٤ المنشور بالجريدة الرسمية، العدد ٢٧ مكرر بتاريخ ١/٤/١٩٩٦م، والمذاع بالمنشور المالى ١١، ٩٦.

التعاقد على حقه من هذه الحقوق أمانة قضائية تورد لخزينة المحكمة المختصة على نمة شهر الحكم الذى يصدر في الدعوى، أو الطلب العارض مقدارها ٢٥% من قيمة الرسم النسبى المستحق على شهر الحكم محسوباً على أساس ثمن العقار....". وتشير المحكمة في قضائها إلى أن أطراف اتفاق التحكيم لجأوا إلى التحكيم في دعوى صحة و نفاذ العقود المتعلقة بالحقوق العينية العقارية على الرغم من عدم وجود نزاع حقيقى، ولكنهم قصدوا هذا الطريق من أجل الهروب من الإجراءات والأحكام الخاصة بشهر وتسجيل جميع التصرفات وصحف الدعاوى التي يتمثل محلها في الحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية التي تولت تنظيم الإجراءات الخاصة بشهرها المواد من ٩ إلى ١٥ من قانون الشهر العقارى رقم ١٤ لسنة ١٩٦٤م والمادة ٦٥ مرافعات.

واستفاد الخصوم من بساطة وسهولة إجراءات التحكيم التي لم يرد بينها ما يلزمهم لشهر بيان الدعوى التحكيمية، أو سداد رسوم خاصة بموضوع التحكيم، أو الحكم الصادر، أو عند طلب الحصول على الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم الذى يجوز حجية الأمر المقضى. كذلك أصدر وزير العدل منشوراً فنياً برقم ١٣ بتاريخ ٢٠٠٨/١١/١١م موجهاً إلى مصلحة الشهر العقارى والتوثيق بجميع فروعها وإداريتها، إذ نصت المادة ٤ على أنه: "يصدر المكتب الفنى للتحكيم بوزارة العدل قراره كتابة بقبول أو عدم قبول طلب إيداع حكم التحكيم بعد التحقق فيما يأتي:

أولاً: أن الحكم المطلوب إيداعه:

- أ. لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب.
- ب. لا يتعلق بأى حق عيني على عقار أو بحيازته أو تسليمه أو تثبيت ملكيته أو قسمته، وأنه لا يتعلق بعقار بأى صورة من الصور..
- ج. لا يتضمن القضاء بإثبات الصلح في إحدى المسائل المشار إليها في البنود السابق".

كذلك صدر قرار وزير العدل رقم ٨٣١٠ لسنة ٢٠٠٨م بتنظيم إجراءات إيداع أحكام التحكيم طبقاً لنص المادة ٤٧ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م^(٤٢). من أجل منع التحايل على نصوص القانون بشأن التحكيم في الحقوق العينية العقارية المتعلقة بالنظام العام؛ إذ نصت المادة ٤ من هذا القرار على أنه: "يبدى المكتب الفنى للتحكيم

(٤٢) منشور في الوقائق المصرية، العدد ٢٣٠ في ٢٠٠٨/١٠/٧م.

بوزارة العدل رأيه كتابة بقبول أو بعدم قبول طلب إيداع حكم التحكيم، وذلك بعد التحقق فيما يأتي: أولاً- أن الحكم المطلوب إيداعه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية، أو أن التحكيم لا يتعلق بمسائل لا يجوز فيها الصلح".
وتعليقاً على الحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة سالف الذكر، فقد ذهب بعض الفقه^(٤٣) إلى توجيه النقد إلى ما انتهت إليه المحكمة من حكم، وذلك تأسيساً على أنها خالفت صحيح القانون، وفقه المرافعات:

١. فبالنسبة لمخالفة القانون يذهب هذا الرأي أن الحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة- وما استندت إليه من نصوص قانونية- لم يرد بينها ما يدل على عدم جواز التحكيم في الحقوق العينية العقارية، ولا ما يدل على أنها تتعلق بالنظام العام. أما بالنسبة لنظام شهر وتسجيل الحقوق العينية العقارية وصحف الدعاوى الخاصة بها هي التي تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لم يكن للمحكمة أن تقضى ببطان شرط التحكيم؛ لأنه صدر بدون نص يقره، والقاعدة أنه لا بطلان إلا بنص. كما أن محكمة الاستئناف قضت بجزء غير الذي نص عليه المشرع، وهو ما يمثل مخالفة لصريح القانون لأنها انتهت إلى بطلان شرط التحكيم، وبطلان الحكم الصادر استناداً إلى هذا الشرط في منازعات صحة ونفاذ العقود التي ترد على الحقوق العينية العقارية، على حين أن الجزء الذي نص عليه المشرع في المادة ٦٥ مرافعات على عدم شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد هو عدم قبول الدعوى. وإذا كانت المحكمة قد استندت إلى النصوص التي تحظر التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وفي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح والنصوص الخاصة بشهر صحف الدعاوى المتعلقة بصحة ونفاذ العقود الخاصة بالحقوق العينية العقارية- فإنه من الأولى بها أن تنتهي إلى الحكم بعدم قبول الدعوى؛ لعدم إشهار بيان دعوى التحكيم، لأن بيان الدعوى التحكيمية يتماثل مع صحيفة الدعوى المتعلقة بحق من الحقوق العينية العقارية إذا أشهر تكون الغاية من نص المادة ٦٥ مرافعات قد تحققت، خاصة لعدم وجود ما يمنع ذلك من الناحية القانونية، فإذا أشهر بيان الدعوى التحكيمية ولجأ أطرافها إلى هيئة التحكيم فلا يوجد مسوغ للحكم بالبطلان ولا بعدم قبول الدعوى.

(٤٣) مريم محمد العوا، مدنى جواز التحكيم في العقود العقارية، مرجع سابق، ص ١٥١ وما بعدها.

ويستطرد صاحب الرأي على القول بأن المشرع إذا كان يرغب في تنظيم الملكية العقارية والحقوق المرتبطة بها وذلك من أجل حماية من تتعلق حقوقهم بها دون أن تقتصر على مصلحة المتنازعين؛ ولذلك جعل إجراءات شهر هذه الحقوق من النظام العام، وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم لمنع التلاعب والتواطؤ على اكتساب الحقوق العينية العقارية عن طريق أحكام التحكيم، لكن يمكن تحقيق ذلك من خلال تطبيق هذه الإجراءات على الدعوى التحكيمية من خلال شهر بيانها إذا كان هناك أي حق آخر قد سبق قيده على ذات العقار، وحتى يمنح أطراف اتفاق التحكيم في شهر بيان دعواهم يتعين التأكد من خلو سجل العقار من قيد أسبقية أي حق آخر عليه، أو تنازل صاحب الحق الشهر عنه بصورة مسبقة في السجل العقارى.

وهو ما يعنى انطباق ذات القواعد الخاصة بأسبقية القيد أو التسجيل على شهر بيان الدعوى التحكيمية المتعلقة بحق من الحقوق العينية العقارية، والمطبقة على التصرفات الأخرى الواجبة الشهر، ولا يصبح التحكيم وسيلة للتلاعب بالحقوق العينية العقارية. كذلك في حالة تحقق الفرضية الخاصة بتلاعب أطراف اتفاق التحكيم وسعيهم للحصول على حكم بصحة، ونفاذ أحد الحقوق العينية العقارية فإنه لا يمكن إجبار من تعلقت حقوقه بالعقار محل الاتفاق على التدخل في الحكم؛ وذلك تطبيقاً لقاعدة تبيين أثر اتفاق التحكيم. وفي حالة حصولهم على حكم بصحة ونفاذ التصرف فإنهم لن يستطيعوا الاحتجاج بالحكم على الغير الذى لم يكن طرفاً في الخصومة تطبيقاً لقاعدة نسبيه أثر الحكم التحكيمى^(٤٤).

وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه: "كما أن مشاركة التحكيم لا تعد من قبيل التصرفات المنشئة أو الكاشفة لحق عيى عقارى أصلى أو من قبيل صحف الدعاوى، وإنما هي مجرد اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والنزول على حكمهم، ولا يتضمن مطالبة بالحق أو تكليفاً للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم، مما مفاده أن مشاركة التحكيم لا تكون من قبيل التصرفات أو الدعاوى الواجب شهرها.... وإن سجلت أو أشر بها لا يترتب على ذلك أن الحق المدعى به إذا تقرر بحكم المحكمة وتأثر به أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل مشاركة التحكيم، لأن هذا الأثر يتعلق بالدعاوى فقط ... لما كان ذلك وكان الثابت

(٤٤) طعن بالاستئناف رقم ٤٨ لسنة ١٢٢ق، د ٦٣ تجارى، جلسة ٢٠٠٧/٢/١٩م، مجلة التحكيم، مرجع سابق، ص ١٥٣.

بالحكم الابتدائي الذي تأيد بالحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأول ... قد أشهر حق اختصاصه بأن قيده في ١٠/٦/١٩٤٤م على العقارات المنفذ عليها، وكانت الطاعنه قد سجلت عقد شرائها... والحكم الصادر من المحكمين بصحة ونفاذ عقد البيع في ١٥/٧/١٩٦٤م... أي أن المطعون عليه الأول قيد حق اختصاصه بتاريخ سابق على تسجيل الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المشار إليه...^(٤٥) ويعنى قضاء النقض السابق بمفهوم المخالفة أن محكمة النقض لم تجز شهر اتفاق التحكيم؛ لأنه لا يتضمن مطالبة بالحق أو تكليفاً للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم، ولأن بيان الدعوى التحكيمية لا يعد من صحف دعاوى، وإنما يتضمن البيان: اسم المدعى عليه أو المحتكم ضده، وعنوانه، وشرح وقائع النزاع، والمسائل المختلف عليها، وطلبات المحتكم فيها، ويرسل البيان في الموعد الذي تحدده هيئة التحكيم.

ويساوى صاحب الرأي السابق- بناء على ما سبق بين بيان الدعوى التحكيمية وصحيفة الدعوى؛ لأن كلاً منها تفتتح بهما الخصومة القضائية، ويجب أن يتضمن وقائع الدعوى، وأسباب النزاع، وطلبات المدعى، وأسانيدها، وهذه البيانات تعبر عن مضمون صحيفة الدعوى؛ ولذلك يجب أن توضح الأخيرة سبب الخصومة وموضوع الادعاء وأدلته، لذلك- في رأى ذلك الفقه- يعد بيان الدعوى في التحكيم يقوم مقام صحيفة الدعوى في قضاء الدولة؛ ولذلك يجوز شهره في حالة تعلقه بحق عيني عقارى، أو منازعة عينية عقارية.

٢. وبالنسبة لمخالفة الثابت في فقه المرافعات، يرى صاحب هذا الرأي إلى أن القاعدة في قانون المرافعات أن الأخير يقتصر على بيان الإجراءات التي تتبع أمام المحاكم، ولكنه يعد القانون العام والأساسى في المسائل الإجرائية بصفة عامة، ولا يعمل بنصوص قانون المرافعات إلا بالنسبة للأحكام العامة التي وردت به، وليس بالأحكام الشاذة أو التي جاءت على سبيل الاستثناء؛ لأن القاعدة أن الاستثناء لا يقاس عليه^(٤٦).

^(٤٥) نقض رقم ٩٣٥ لسنة ٤٤ق، جلسة ١٠/٦/١٩٨٠م، مج ٣١ ج ٢ ص ١٧١٣-١٧١٤؛ نقض رقم

٢٢١٢ لسنة ٥١ق، جلسة ٢٧/١/١٩٩١م، مجلة التحكيم، مرجع سابق، ص ١٥٤.

^(٤٦) د. محمد العشماوى، د. عبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات في التشريع المصرى، المطبعة

النموذجية، ١٩٥٧م، ج ١، ص ٧ رقم ٦.

وعلى ذلك يعد شهر صحيفة دعوى صحة ونفاذ العقود الواردة على الحقوق العينية العقارية استثناء من القاعدة العامة الخاصة بعدم وجوب شهر صف الدعاوى بصفة عامة؛ وبالتالي فإن القياس على المادة ٦٥ مرافعات يعد قياساً على استثناء، وهو ما لا يجوز^(٤٧).

- ومن جانبنا لا نسلم بما انتهى إليه الرأي السابق الذي يجيز التحكيم في المنازعات العينية العقارية وفي العقود المتعلقة بالحقوق العينية العقارية؛ وذلك للأسباب الآتية:

١. ذهب الرأي السابق إلى أن ما قضت به محكمة استئناف القاهرة - استناداً على عدم جواز التحكيم في الحقوق العينية بسبب تعلقها بالنظام العام - لا يوجد ما يدل عليه. وهو أمر غير صحيح، إذ بمطالعة المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١م والمعدل للمادة ٦٥ مرافعات والمادة ٢٤ مكرر من قانون رسوم الشهر والتوثيق قد ورد بها أن: المشرع يرغب من خلال هذا التعديل الخاص بضرورة شهر صف الدعاوى الخاصة بصحة ونفاذ التصرفات الواردة على الحقوق العينية العقارية - في مواجهة تحايل المواطنين ولجوئهم إلى رفع دعاوى بصحة ونفاذ عقود البيع الواردة على العقارات من أجل حماية واستقرار الملكية العقارية، ومن أجل تجنب ما يضيع على الخزنة العامة للدولة من موارد كانت سوف تحصل عليها الدولة في حالة القيام بإجراءات الشهر، وهو ما يعنى أن المشرع يهدف إلى تحقيق مصلحة قانونية: وهي استقرار الملكية العقارية، وتحقيق مصلحة اقتصادية: وهي حصول الدولة على رسوم التسجيل في الشهر العقارى، وهي مصالح لا يوجد شك في تعلقها بالنظام العام.

٢. أن حكم المحكمة ببطلان شرط التحكيم وبطالان حكم التحكيم الذى صدر بناء على ذلك الشرط أمر صحيح قانوناً؛ لأن ما بنى على باطل فهو باطل، فإذا كان اتفاق التحكيم كان الهدف منه هو اللجوء إلى التحكيم من أجل الحصول على حكم بصحة ونفاذ أحد العقود الواردة على حق من الحقوق العينية العقارية، فإذا كانت هذه الحقوق هي حقوق مالية - يجوز الاتفاق على الصلح بشأنها؛ ومن ثمَّ يجوز التحكيم فيها. إلا إن اتفاق التحكيم يصطدم بقاعدة إجرائية تتعلق بالنظام العام، وهي أن موضوع الاتفاق يدخل في الاختصاص القضائي المانع لمحاكم الدولة، وبالتالي لا

(٤٧) مريم العوا، مرجع سابق، ص ١٥٤ - ١٥٥.

يجوز للأطراف الاتفاق على اتباع إجراءات تتعارض مع الإجراءات المتعلقة بالنظام العام^(٤٨)، ولذلك إذا كان اتفاق التحكيم سوف يصطدم بقاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام تحول دون عرض النزاع على التحكيم بدلاً من قضاء الدولة فهذا يعني أن النزاع محل الاتفاق لا يقبل التحكيم، لأنه ما الفائدة من إبرام اتفاق تحكيم لن يتمكن أطرافه من اللجوء إلى هيئة التحكيم من أجل الفصل فيه؛ إذ سوف يصبح اتفاقاً نظرياً لا يمكن تطبيقه؛ لأن محل الاتفاق يدخل في الاختصاص القضائي القاصر على محاكم الدولة.

٣. عندما تدخل المشرع معدلاً المادة ٦٥ مرافعات بإضافة فقرة أخيرة تلزم المدعى بشهر صحيفة دعوى صحة التعاقد فإن هذا التعديل يخاطب به المشرع كل من المدعى والمحكمة المختصة بنظر الدعوى، فهو لا يخاطب بالنص هيئات التحكيم؛ وبالتالي فإن مساواة صاحب الرأي ببيان التحكيم بصحيفة الدعوى هو قياس مع الفارق، ولا يمكن القياس على المادة ٦٥ مرافعات التي استلزمت شهر صحيفة الدعوى، وبالتالي يحكم بعدم القبول في حالة عدم شهرها، وبالتالي لا يمكن - كما ذهب الرأي محل الانتقاد - القياس على ذات المادة في توقيع الجزاء الخاص بعدم القبول.

٤. عندما قضت محكمة الاستئناف ببطلان شرط التحكيم وحكم التحكيم فإنها استندت إلى مخالفة الاتفاق، والحكم التحكيمي للنظام العام بمعناه الموضوعي والإجرائي، فمن حيث الموضوع يستهدف المشرع حماية مصالح المتعاملين على الحقوق العينية العقارية، وقفل أبواب التحايل على القانون بما يؤدي إلى زعزعة المراكز القانونية وهو ما يعبر عن مصلحة قانونية، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن لجوء الأفراد إلى التحكيم بدلاً من القضاء يدل على تهديدهم من الإجراءات التي نصت عليها المادة ٦٥ مرافعات و ١٥ من قانون الشهر العقارى التي تلزم بشهر صحيفة دعوى صحة التعاقد وسداد رسم نسبي مقداره ٢٥% وهو ما سوف يتسبب في ضياع مبالغ مالية طائلة على خزانة الدولة. وهو ما يعبر عن مصلحة اقتصادية من ناحية أخرى. ولا يوجد شك أن المصلحة القانونية والاقتصادية التي قضاها

(٤٨) د. رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في المنازعات العقارية، بحث مقدم في الدورة المتخصصة في التمويل العقارى والمحاكم الاقتصادية والتحكيم ينظمها مركز خدمة المجتمع بالأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا بالاشتراك مع مركز التحكيم الدولي، القاهرة، ص ٢، د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، رقم ١١١ حتى ١٧١.

المشرع تتعلق بالنظام العام. ومن الناحية الإجرائية فإن اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم يتعارض مع قواعد إجرائية متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها وهي التحكيم في مسألة تدخل في اختصاص مانع لقضاء الدولة، وهو ما يكفي لجعل التحكيم في الحق العيني العقارى محلاً غير قابل للتحكيم، وإذا أبرم الاتفاق فإنه يدل على غش وتحايل من أطراف الاتفاق كما أنه يجعل منه اتفاقاً باطلاً؛ لقيامه على سبب غير مشروع يتمثل في الاتفاق على سلب اختصاص قضاء الدولة ومنحه لهيئة التحكيم، وفي موضوع لا يقبل التحكيم لوجود قواعد إجرائية أمره تتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها^(٤٩).

٥. إذا كان صحيحاً أن الفقرة الأخيرة من المادة ٦٥ مرافعات تمثل استثناء من الأصل الذى لا يلزم رافع الدعوى بشهر صحيفتها، وإذا كانت قواعد المرافعات قواعد يعمل بها ما لم تأتى بأحكام شاذة، فإن الأصل أن الخاص يقيد العام، ونص المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى عندما نص على إشهار صحف الدعاوى الخاصة باستحقاق العقار وصحيفة دعوى الصحة والنفاد فإنه نصٌ خاصٌ يجب العمل؛ لأنه ذو طبيعة إجرائية تضاف إلى نصوص قانون المرافعات الإجرائية، وبالتالي يضحى نص المادة ٦٥ مرافعات فقرة أخيرة لم يعد استثناء؛ لأن نص المادة ١٥ شهر عقارى يضع قاعدة يجب الالتزام بها في نوع معين من الدعاوى هو دعاوى استحقاق العقار وصحة ونفاد التصرفات الواردة على الحقوق العينية العقارية. وما قضت به محكمة الاستئناف العالى يستند إلى نص المادة ١٥ شهر عقارى والمادة ٢٤ مكرر من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١م المعدل لقانون رسوم التوثيق والشهر أمام الشهر العقارى الذى فرض تحصيل نسبة ٢٥% مرافعات، كما أنها استندت في حكمها ببطلان الحكم الصادر بناء على شرط التحكيم إلى مخالفة النظام العام إلى المادة ٢/٥٣ تحكيم التي نصت على أنه: "تقضى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم، إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

أي أن المحكمة استندت إلى نص المادة ٢/٥٣ تحكيم، وهو نص خاص يعتبر نص المادة ٦٥ مرافعات العام، وبالتالي كيف يتحدى صاحب الرأي في التعقيب على حكم المحكمة بأنها قضت بجزء لم يقره المشرع لهذه المخالفة؟

(٤٩) د. محمود مختار بربرى، مرجع سابق، رقم ٣٢ ص ٥٨؛ د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ١٥٨؛ د. رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ١١.

الخاتمة

تناولت موضوع إشكاليات التحكيم في المنازعات العينية العقارية وفي سبيل التعرض بالبحث لهذا الموضوع قسمت البحث إلى مطلبين. تناولت في المطلب الأول الاختصاص القضائي المانع للتحكيم في المنازعات العينية العقارية وقسمت هذا المطلب إلى فرعيين تناولت في الفرع الأول العلاقة بين قابلية محل النزاع للتحكيم والاختصاص القضائي المانع. وفي الفرع الثاني تناولت الاختصاص القضائي المانع والاتفاق على التحكيم في المنازعات العقارية.

وفي المطلب الثاني تناولت أثر النظام العام على حظر التحكيم في المنازعات العينية العقارية وتناولت من خلال هذا المطلب فكرة النظام العام الحمائي ودورها في الحيلولة دون الاتفاق على التحكيم في بعض المنازعات في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني تناولت التحكيم في المنازعات العينية العقارية.

ومن خلال البحث توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، وهي:

أولاً: النتائج:

- (١) لا يجوز التحكيم في المنازعات العينية العقارية، وبالتالي لا يجوز إبرام اتفاق على التحكيم يكون محله منازعة عينية عقارية، لأنها من المسائل القانونية التي لا يجوز فيها الصلح، كما أن المشرع جعلها من اختصاص القضاء العام في الدولة لأنها تعد من المنازعات التي تدخل في نطاق النظام العام الحمائي.
- (٢) توجد نصوص قانونية أمرة تجد مصدرها في النظام العام تمنع من الاتفاق على التحكيم في منازعات الحقوق العينية العقارية، وتلك النصوص قد تكون إجرائية أو موضوعية وهي في كل الحالتين تتعلق بالنظام العام في الدولة، ويختص القضاء وحده بمحاكمه المختلفة بالفصل فيها.
- (٣) لا يجوز التحكيم في المنازعات العينية العقارية، لأن اتفاق التحكيم يصطدم مع نصوص قانونية أمرة في الشهر العقاري وقانون المرافعات والتي يهدف المشرع من ورائها إلى استقرار الأوضاع القانونية للعقارات، وهو ما يستلزم اتباع إجراءات شهر التصرفات العقارية وفقاً لأحكام قانون الشهر العقاري وقانون المرافعات وهي قواعد إجرائية أمرة يجب احترامها وأي اتفاق على خلافها يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ثانياً: التوصيات:

- (١) يجب أن يتدخل المشرع بتعديلات على قانوني المرافعات والشهر العقاري والقوانين ذات الصلة الخاصة بإجراءات شهر صحف الدعاوى بحيث تصبح هذه النصوص غير قاصرة على الدعاوى العينية العقارية التي ترفع أمام المحاكم ويدخل في مجالها الدعاوى التي يمكن رفعها أمام هيئات التحكيم.
- (٢) يجب على المشرع أن يتدخل بتعديل على قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٩٦م بحيث يجوز اللجوء إلى هيئات التحكيم من أجل الحصول على أحكام بصحة ونفاذ عقود البيع التي ترد على الحقوق العينية العقارية شريطة شهر صحيفة الدعاوى وسداد الرسوم المقررة لها. وبذلك يكون المشرع قد سد أي ثغرات يمكن أن يستغلها في التهرب من الاختصاص الآخر المقرر لصالح المحاكم بنظر المنازعات العينية العقارية، وبالتالي يجوز إبرام اتفاق التحكيم على تسوية المنازعات العينية العقارية.
- (٣) يجب أن تتضمن تلك التعديلات إلزام للراغبين في تسوية نزاعهم العقاري بواسطة التحكيم على شهر صحيفة التحكيم في الشهر العقاري وسداد الرسوم التي يقررها المشرع، وهكذا يكون الفصل في تلك المنازعات قد تم احتوائه، مع فرض نوع من الرقابة على تلك الأحكام ومراجعتها قبل الشروع في تنفيذها.
- (٤) يتعين على المشرع تعديل المادة ٦٥ من قانون المرافعات في فقرتها الأخيرة بحيث تصبح بالصيغة الآتية (ولا تقبل دعوى صحة التعاقد ولا دعوى التحكيم على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها).
- (٥) يتعين إدخال تعديل تشريعي على نص المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري بحيث تاتي في الصيغة الآتية (ويجب كذلك تسجيل الدعاوى ودعاوى التحكيم الخاصة باستحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الاحوال، كما يجب تسجيل دعوى صحة التعاقد على الحقوق العينية العقارية ودعوى التحكيم على أي حق عيني عقاري وتحصيل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وصحيفة دعوى التحكيم وقيدها بجدول المحكمة).

قائمة المراجع

- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧.
- د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون جهة وسنة نشر.
- د. أحمد شرف الدين، سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.
- د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات على ضوء أحكام محكمة النقض وآراء الفقهاء، الجزء الثاني، ٢٠٠٨م، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- د. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
- د. أنور علي أحمد الطشى، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، الطبعة الأولى دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٩.
- د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- د. حسن كيرو، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة، ١٩٩٣م.
- د. رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في المنازعات العقارية، بحث مقدم في الدورة المتخصصة في التمويل العقارى والمحاكم الاقتصادية والتحكيم ينظمها مركز خدمة المجتمع بالإكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا بالاشتراك مع مركز التحكيم الدولي، القاهرة.
- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول "اتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.
- د. عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء المنصورة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م.
- د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي "طبيعته- نشأته- انعقاده- صحته"، ٢٠٠٢، بدون دار نشر.

- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة نقابة المحامين، ٢٠٠٧م.
- د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.
- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. محمد العشماوي، د. عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري، المطبعة النموذجية، ١٩٥٧م، ج١.
- د. محمد المنجي، موسوعة الشهر العقاري، ج٣، أمثلة عملية للشهر العقاري، تسجيل الحقوق المنقرعة عن الملكية والحقوق الشخصية، تسجيل الدعاوى والأحكام وقيد الحقوق العينية التبعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
- د. محمد نور عبد الهادي شحاتة، المنشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، نطاقها ومضمونها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص٢٠٧.
- د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- مريم محمد العوا، مدى جواز التحكيم في العقود العقارية، مجلة التحكيم، العدد الخامس، يناير ٢٠١٠، السنة الثانية.
- د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.
- د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.
- د. وفاء فاروق محمد حسنى، مسئولية المحكمة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، بدون سنة نشر.