اتفاق التحكيم

دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى وقوانين التحكيم العربية

إعداد

الدكتور/رمضان إبراهيم عبد الكريم علام

أستاذ قانون المرافعات المساعد

كلية الشريعة والقانون ـ طنطا. جامعة الأزهر الشريف.

2020

توطئة

أولى الإسلام العدالة أهمية كبيرة ،فاعتبر القضاء ولاية من أهم ولايات الدولة،إذ به تصان الدماء وتحفظ الأموال والأعراض،لذا كان من الأعمال الجليلة والقربات العظيمة إلى الله سبحانه.

وبجانب القضاء العام وجد نظام آخر لايقل أهمية عن القضاء العام،هو التحكيم بما له من بساطة فى الإجراءات وسرعة فى الفصل فى المنازعات.فالتحكيم يعد آلية خاصة بديلة عن القضاء في حل المنازعات.

وإذا كان يمكن القول في وقت ما . طبقا للاتجاه التقليدي . بأن التحكيم يعد طريقا استثنائيا لفض المنازعات،إلاأن الواقع اليوم يؤدي إلى القول بأن التحكيم قد أصبح ضرورة لامحيد عنها،خاصة على صعيد منازعات التجارة الدولية؛بل أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية([1]). بل يذهب البعض([2])إلى أبعد من هذا ويرى أن التحكيم أصبح يقف على قدم المساواة مع المحاكم الوطنية،بل أصبح باعتباره الوسيلة الطبيعية التي يلجأ إليها المتنازعون على مسرح التجارة الدولية

([1]) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص 8،دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

([2])حفيظه السيدالحداد، الاتجاهات المعاصرة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ص7،دارالفكرالجامعي،الاسكندرية، 1996،وقارب: أبو زيد رضوان،المرجع السابق،ص 7-8.

متقدماعلى قضاء الدولة،إذإن الأولوية من قبل هؤلاء الأطراف تعطى لقضاء التحكيم وليس إلى قضاء الدولة.

فالتحكيم له ميزات تجعل منه نظاما ضروريا للسياسة الاقتصادية في أي بلد يتجه نحو الانفتاح الاقتصادي وجلب رؤوس الأموال والاستثمارات التي تساعد على التنمية، فهو وسيلة لتشجيع الاستثمار الأجنبي، لبساطة إجراءاته وبعدها عن التعقيدات،والتي عادة ما تستغرق وقتا طويلا،إذا تم رفعها أمام القضاءالعادي.

وهكذا يمكن القول مع بعض الفقه([1]) . وفي مرحلة ازدهار التجارة الدولية . أن التحكيم تطور من كونه بديلا عن محاكم الدولة لدرجة أصبح فيها هو الوسيلة الوحيدة المقبولة لتسوية الخلافات الناشئة عنها.وبالتالي أصبح التحكيم هوالقضاءالأصيل للتجارة الدولية؛نظرا لما يتمتع به من سرية وحرية للأطراف في اختيار القواعد المطبقة على الإجراءات والموضوع.

([1]) مصطفى الجمال،عكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 56-57، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 1998، عبدالحميد الأحدب،التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي، ص 35، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون: التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، طرابلس، 2000،منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، ص 7-9،منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.

وفي مجال المنازعات النفطية ،فقد لاقى التحكيم رواجا كبيرا بالمقارنة مع الالتجاء إلى القضاء، ذلك أن معظم الشركات التي تتعامل في هذا المجال تصر على تواجد شرط التحكيم في عقودها.

و يرجع السبب في ذلك إلى العديد من المميزات التي يتمتع بها التحكيم – دون القضاء– تجعل منه أكثر ضمانة و فاعلية في التصدي للمنازعات النفطية([1]).

أهمية موضوع البحث: وتعود أهمية هذا الموضوع إلى أن المرحلة الأساسية الأولية التى يبدأ بها وينطلق منهاالتحكيم هوالاتفاق على التحكيم la Convention d'arbitrage. فهو المفترض لوجود التحكيم.ومن هنا فضلت أن يكون موضوع البحث متعلقا باتفاق التحكيم ([2])باعتباره النواة الحقيقية التي يتمخض عنها التحكيم

([1]) فاطمة خالد المحسن ،المنازعات النفطية، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، هامش3ص40. يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية،العدد التاسع والعشرون – يناير 2016 – ربيع الثاني 1436.

([2]) يختلف الفقه في طبيعة اتفاق التحكيم وهل هو عقد أم اتفاق؟ ولو كان عقدا فهل هو عقد إجرائي أو موضوعي؟ ولو كان عقدا موضوعيا،فهل هو ملزم للجانبين أم لجانب واحد؟ وهل هو من عقود المعاوضة أم لا؟. لكن بالرغم من ذلك فإني أفضل تسميته باتفاق التحكيم، حيث لم يتفق الفقه على كلمة سواء في التمييز بين العقد والاتفاق،وأن التمييز بينهما من الناحية العملية ليس أمرا ذي بال،فلا توجد نتائج عملية تترتب على هذا التمييز.فلا مناص من القول بأن اتفاق التحكيم هو اتفاق أو عقد من طبية خاصة. ويكون من المفضل جدا تسميته باتفاق التحكيم،وليس عقد التحكيم؛لأنه الاستعمال الشائع لهذا المصطلح ، فهو الأشمل والأوفى من الناحية العملية،خاصة في مجال التحكيم الدولي،ومنعا للالتباس بينه وبين عقد التحكيم؛ إذ يطلق "عقد

برمته. ولذلك تجمع التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية على ضرورة وجود اتفاق تحكيم لمباشرة إجراءات التحكيم كوسيلة لفض المنازعات،فمن هذا الاتفاق يستمدالمحكم سلطته في الفصل في النزاع محل التحكيم،وفي حدود نطاقه يباشرولايته،فلا يحكم في مسائل لايشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدوده([1]).كما يستبعد القضاء من نظرهذا النزاع بموجب هذا الاتفاق.

منهج وخطة البحث:وقد كان منهج البحث هواتباع الدراسة المقارنة،بين الشريعة([2]) والقانون بهدف التوصل إلى أفضل الحلول الممكنة،من خلال المقارنة بين هذه الأنظمة، وعرض الآراء الفقهية المختلفة في خصوص مسألة ما.

التحكيم" على العقد بين الأطراف والمحكمين.راجع في ذلك:أحمد مخلوف،اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية،ط2،ص52ومابعدها،بند48،طبعة2005. وتأييدا له:أحمد إبراهيم عبد التواب،اتفاق التحكيم،ص46 بند16،دار النهضة العربية2013.

([1]) سميحة القليوبي،دور القضاء المصري في تفعيل اتفاق التحكيم،،ص41،مجلة التحكيم العربي،العدد الرابع عشر.

([2]) الشريعة في اللغة: ما شرع الله تعالى لعباده، والظاهر المستقيم من المذاهب. القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى ،ط8،ج1ص733.تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة،بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،1426 هـ 2005 م.وقد غلب استعمالها فى الدين وجميع أحكامه. قال تعالى:"شرع لكم الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا إليك" سورة الشورى: من الآية 13. وقوله تعالى:" لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا"سورة المائدة:الآية48. وقوله تعالى:" ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها" سورة الجاثية:الآية18. وفِي الاصطلاح: هي ما نزل به أوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأحكام فِي الكتاب أو السنة مِما يتعلق بالعقائد والوجدانيات وأفعال المكلفين، قطعيا كان أو ظنيا. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي

وقسمت البحث إلى مقدمة وأربعة فصول وخاتمة على التفصيل الوارد بالبحث:

العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملى،ط1، جـ1ص32. ،دار الفكر، بيروت،1404هـ1984م.وتختلف الشريعة عن الفقه: فالفقه في اللغة: فهو العلم بالشيء والفهم له، والفطنة فيه، وغلب على علم الدين لشرفه، الفقه، بالكسر: العلم بالشيء والفهم له والفطنة، وغلب على علم الدين لشرفه. القاموس المحيط.ط8،جـ1ص1250. وفِي الاصطلاح هو: العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسب من أدلتها التفصيلية.نهايةالمحتاج،المرجع السابق،جـ1ص31، البحر المحيط في أصول الفقه،أبوعبد الله بدرالدين محمدبن عبد الله بن بهادرالزركشى،ط1، جـ1ص34. دار الكتبى، 1414هـ 1994م. ويتضح مما سبق أن الشريعة والفقه بينهما عموم وخصوص وجهى، فيجتمعان في الأحكام العملية التي وردت بالكتاب أو بالسنة أو ثبتت بإجماع الأمة، وتنفرد الشريعة في أحكام العقائد، وينفرد الفقه في الأحكام الاجتهادية التي لم يرد فِيها نص من الكتاب أو السنة ولم يجمع عليه أهل الإجماع. الموسوعة الفقهية الكويتية،جـ 32ص194 وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية،الكويت،1404م 1427 هـ. وقد ساد الخلط بين الاصطلاحين،فأطلق اصطلاح الشريعة على الفقه وما يتصل به. وكثر استعماله حتى إنه لا يفهم الآن من الشريعة الإسلامية عند الإطلاق إلا هذا المعنى. إلا أنه مما يخفف من كل هذا أنه لا مشاحة فى الاصطلاح.

الفصل الأول

تعريف اتفاق التحكيم ودليل مشروعيته ومدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه

تقسيم: ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين،نتناول في الأول منهما مفهوم اتفاق التحكيم ودليل مشروعيته،وفي الثاني نتحدث عن مدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه،وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

تعريف اتفاق التحكيم ودليل مشروعيته

تقسيم: ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:الأول في تعريف اتفاق التحكيم،والثاني في دليل مشروعيته.

المطلب الأول

تعريف اتفاق التحكيم

أولا: تعريف التحكيم في اللغة

التحكيم في اللغة: جعل الحكم فيما لك لغيرك،يقال حكمت الرجل: أى فوضت الحكم إليه,وهو مأخوذ من مادة حكم ، ومعناه المنع ، وحكموه بينهم طلبوا منه أن يحكم بينهم ويقال حكمنا فلاناً فيما بيننا : أي أجزنا حكمه بيننا ، وحكمه في الأمر فاحتكم : جاز فيه حكمه ، ويقال حكمت فلاناً : أطلقت يده فيما شاء([1]).

ثانيا: التحكيم في الاصطلاح

أ . في الاصطلاح الشرعى:هو اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما للفصل في خصومتهما ودعواهما([2]).

وبعبارة أخرى هو اتفاق الخصمين على قبول حكم شخص معين في فصل الخصومة بينهما ([1]).

([1]) المصباح المنير جـ 1 ص145 ، المطبعة العلمية بالقاهرة ط 1315 هـ ، لسان العرب،محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى،ط3، مادة حكم ج12ص142،دار صادر،بيروت1414 هـ، تهذيب اللغة،محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروى، أبو منصور، ط1،جـ4ص71، محمد عوض مرعب،دار إحياء التراث العربى، بيروت، 2001م.

([2]) القاموس الفقهى لغة واصطلاحا، سعدى أبو حبيب، ،ط2، ص 96، دار الفكر. دمشق،سورية، 1408هـ 1988 م.

وعـرف كـذلك بأنــه "عقـد بـين طـرفين متنـازعين يجعـلان فيــه برضــاهما شخصــا آخر حكما بينهما للفصل في خصوماتهما بدلا من القاضي"([2]).

وهذا المعنى متفق عليه عند فقهاء المذاهب([3]). وهو نفس ماذهبت إليه المادة"1790" من مجلة الأحكام العدلية،حيث عرفته بأنه:"عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما ؛ لفصل خصومتهما ودعواهما. فالذي يحكم بين الخصوم هنا هو "المحكم"، فيكون المحكم فيما بين الخصوم كالقاضى في حق كافة الناس،وفى حق غيرهما كالمصلح([4]). ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة".وقد يكون الحكم رجلا أو أكثر.

([1]) معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلعجى ،حامد صادق قنيبى،ط2،ص123،،دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، 1408 هـ 1988 م .

([2]) مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام ، ص555، بند 685.

([3]) شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام،جـ7ص316،دار الفكر،بدون طبعة وبدون تاريخ،حاشية ابن عابدين ،جـ 5ص428، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى المالكى، جـ4ص135،دار الفكر، شرح مختصر خليل للخرشي،محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ،جـ 7ص145،دار الفكر للطباعة ، بيروت،بدون طبعة وبدون تاريخ، مغني المحتاج، جـ 6ص267،جـ10ص94، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى ، جـ6ص308، دار الكتب العلمية .

([4]) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام،علي حيدر خواجه أمين أفندي،ط1،جـ4ص578، دار الجيل، 1411هـ1991م.نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ،عبد الكريم زيدان، ط3، ص247،مؤسسة الرسالة1419هـ1998م.سليم رستم باز،شرح المجلة،ط3،ص1163،داراحياء التراث العربي،1305هـ.

ب . في اصطلاح القانونيين : عرفه البعض بأنه:" اتفاق الأطراف على اختيار شخص"محكم" أو أكثر يفصل فيما يثور فعلا أو قد يثور بينهم مستقبلا من منازعات بحكم ملزم دون المحكمة المختصة([1]).

وعرفه البعض بأنه:"عقد خاص يتم باتفاق الطرفين،ويعتبر مظهرا لسلطان إرادتهم"([2]). كما عرفه البعض الآخر بأنه:" اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم دون قضاء الدولة لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"([3]).

كما عرفه جانب من الفقه بأنه: " الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم دون القضاء العادي"([4]).

([1]) أحمد السيد صاوى،التحكيم طبقا للقانون رقم27لسنة1994 وأنظمة التحكيم الدولية،ص10،بند5، ط2002م،وط2،ص12، دار النهضة العربية2004وقارب: وجدى راغب،النظرية العامة للعمل القضائى،ص380،منشأة المعارف،الاسكندرية1974.

([2]) فتحى والى،الوسيط فى قانون القضاء المدنى،ص942،بند460،دار النهضة العربية2001.

([3]) أحمد السيد صاوى،التحكيم،المرجع السابق،ص33 بند19.

([4]) قارب: عباس العبودي،شرح أحكام قانون المرافعات المدنية،ص350،دار الكتب للطباعة والنشر،الموصل2000، ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد =

=المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، ط.1 ، 1996، ص.209،انظر حول تعريف التحكيم بشكل عام:أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 8 وما بعدها، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، ص 15-16 ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001.

وعرفته محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبى التحكيم بأنه:"نظام خاص للتقاضي يلجأ الأطراف بمقتضاه إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة،للفصل فيما بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم بعد أن يدلي كل منهم بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي"([1]).

كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه:"طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وماتكفله من ضمانات([2]).

وعرفته المادة 1/10 من قانون التحكيم المصرى ونفس المادة من قانون التحكيم العماني بأنه:" اتفاق الطرفين على الالتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

وفى خصوص التحكيم الدولي :فقد عرفته المادة 37 من اتفاقية لاهاي الأولى عام 1907م بأنه :"تسوية المنازعات فيما بين الدول بواسطة القضاة الذين تختارهم وعلى أساس احترام القانون الدولى".

([1]) نقض مدني،أبو ظبي،الطعن رقم554لسنة2008،س2ق،جلسة25/ 12/ 2008،سلسلة مبادئ النقض،ص106 ومابعدها، الطعنان رقما"485"لسنة18ق، مدني،"138"ق،شرعي، جلسة1997/2/26،مجموعة الأحكام،السنة19،العدد الأول،ص161.

([2]) طعن رقم449،لسنة21ق،جلسة11/ 4/ 2001، مجموعة الاحكام،ع2س23ق، ص706ومابعدها،أحمد أبو الوفا،التحكيم الختياري والإجباري،ط5،بند60، ص139ومابعدها، منشأة المعارف،الاسكندرية 1988.

وورد تعريفه في المادة2/ 1من اتفاقية نيويرك لعام1958 بأنه:"اتفاق مكتوب يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة تجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

كما عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه:" وسيلة مناسبة لفض النزاعات بين الناس"([1]).

ومن جماع ماسبق يمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنه:"اتفاق . أيا كانت صورته . يقررطرفاه الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

وكما يكون الاتفاق على التحكيم قبل نشوء الخلاف، ويكون منصوصاً عليه ابتداءً تحسباً لوقوع الخلاف، ويسمى الاتفاق فى هذه الحالة بشرط التحكيم ([2]) .

([1]) GAVALDA Christian, CLAUDE lucas de leyssac, L'arbitrage, Edition Dalloz, Paris, 1993, p 1.

([2]) راجع المادة الأولى من نظام التحكيم السعودى ،والمادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى. ويسميه القانون اللبناني بـ "العقد التحكيمي" قحطان الدوري ،عقد التحكيم فى الفقه الإسلامي والقانون الوضعى،ص22،الخلود،بغداد 1405هـ .

فإنه يكون طارئاً بعد حدوث الخلاف بين المتنازعين، ويسمى مشارطة أو وثيقة التحكيم. وفى الحالتين يتمّ عقد التحكيم بتراضي الطرفين ([1]).

ويستنتج مما سبق أن: 1. التحكيم هووسيلة لفض المنازعات صنو القضاء ،تنحصر فيه مهمة المحكم بما يقرره ويحدده اتفاق التحكيم. 2. التحكيم يعد قضاء اتفاقيا يخضع لاتفاق الأطراف،إلا أنه في بعض الحالات يكون منشؤه القانون،حيث تنص بعض القوانين الخاصة على حل بعض النزاعات عن طريق التحكيم([2]).

([1]) وجدي راغب،النظرية العامة للعمل القضائي،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة عين شمس،ص381،أحمد أبو الوفا،عقد التحكيم وإجراءاته ،ص15، منشأة المعارف بالاسكندرية 1974 ، محمود محمد هاشم ،النظرية العامة للتحكيم ،جـ1ص72 وما بعدها ،دار الفكر العربى بالقاهرة 1990.

([2]) ومن ذلك ماينص عليه القانون اللبناني من حل نزاعات العمل بواسطة مجالس العمل التحكيمية،وكذلك الخلافات بين المصرف والمصرف المركزي.هشام بشير ،إبراهيم عبد ربه إبراهيم،التحكيم الالكتروني،ص16،دار الكتب والدراسات العربية2019.

المطلب الثاني

دليل مشروعية التحكيم

أولا: من القرآن الكريم

قول الله تعالى :"وإنْ خِفتم شِقاقَ بينِهما فابعثوا حَكَماً مِن أهلِه وحَكَماً مِن أهلِها إنْ يُريدا إصلاحاً يوفقِ الله بينَهما"([1]). فهذا نصّ صريح يطلب المشرع من خلاله التحكيم بين الزوجين عند وجود خلاف بينهما، ولو كان التحكيم غير جائز في الشرع لما طلبه الله تعالى، ويقاس على النزاع بين الزوجين كل النزاعات الأخرى، بجامع أن المشرع حض على ترك الخصومات بين الناس، لقوله تعالى :"وَلا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ"([2]).

ثانيا: من السنة النبوية

1 . ما ورد من واقعة التحكيم التي كانت بين المسلمين من جانب ويهود بني قريظة من جانب آخر، وكان المحكّم فيها هو سعد بن معاذ رضي الله عنه. روى البخارى بسنده عن أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه – قال : نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ ، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى سعد ، فأتي على حمار ، فلما دنا من المسجد ، قال للأنصار :قوموا إلى سيدكم أو خيركم ، فقال :

([1]) سورة النساء:الآية 35.

([2]) سورة الأنفال، من الآية 46.

هؤلاء نزلوا على حكمك . فقال : تقتل مقاتلتهم ، وتسبى ذراريهم ، قال –صلى الله عليه وسلم– : قضيت بحكم الله ، وربما قال بحكم الله([1]).

ففى هذا دلالة على مشروعية التحكيم، فقد أقر النبى صلي الله عليه وسلم نزول بنى قريظة على حكم سعد بن معاذ – رضي الله عنه –

2 . ما جاء عن شريح بن هانئ عن أبيه هانئ أنه لما وفد إلى رسول الله سمعه وهم يكنون هانئا أبا الحكم، فدعاه رسول الله فقال له: إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم؟ فقال:إن قومى إذا اختلفوا في شيء أتونى فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: ما أحسن هذا! فما لك من الولد؟ قال: لي شريح، وعبد الله، ومسلم، قال: من أكبرهم؟ قال: شريح، قال: فأنت أبو شريح، فدعا له ولولده"([2]).

([1]) صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ، كتاب المغازى ، باب مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة ومحاصرته إياهم ،جـ 7ص411.فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير، محمد بن علي بن محمد الشوكانى،جـ5ص195،دار الفكر ،بيروت.

([2]) السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراسانى، النسائى،جـ5ص403،حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبى،أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط،قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركى، مؤسسة الرسالة ، بيروت ،ط1، 1421 هـ 2001 م ، قال أبو داود: «شريح هذا هو الذي كسر السلسلة، وهو ممن دخل تستر» قال أبو داود: «وبلغنى أن شريحا كسر باب تستر، وذلك أنه دخل

ففي الحديث أنه استحسن تحكيم هانئ لقومه، ورضاهم بحكمه، ولو كان التحكيم غير جائز لمنع هانئاً وقومه منه، لأنه لا يسكت على منكر.

ثالثا: من الآثار

ماورد عن بعض الصحابة من التجائهم إلى التحكيم فيما وقع بينهم من خصومات([1]). ومن ذلك أن عثمان وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم([2]).وتحكيم

من سرب». سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمروالأزدي السِّجِسْتاني،جـ4ص289رقم4955،تحقيق: محمد محيى الدين عبد الحميد،المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت.

([1]) راجع في أمثلة على ذلك: فتح القدير،كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام، جـ7ص315، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، الحاوى الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعى وهو شرح مختصر المزنى، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى، الشهير بالماوردى،ط1،جـ16ص325،تحقيق: علي محمد معوض،عادل أحمد عبد الموجود،دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 1419 هـ ،1999 م ، عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص248بند451.

([2]) البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير،ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعى المصرى،ط1 ،جـ9ص556،تحقيق، مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال،دار الهجرة للنشر والتوزيع ، الرياض،السعودية، 1425هـ2004م. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعى الكبير،أبو الفضل أحمد بن علىبن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانى ، ط1،جـ 4ص452، دار الكتب العلمية، 1419هـ 1989م.

على أبا موسى الأشعري،وتحكيم معاوية عمرو بن العاص . رضي الله عنهم جميعاً ([1]).وقد أجمع الصحابة على جواز التحكيم ([2]).

وقال النووي– رحمه الله– أجمع العلماء على جواز التحكيم في أمور المسلمين،وفي مهماتهم العظام،ولم يخالف فيه إلا الخوارج فإنهم أنكروا على على رضي الله عنه التحكيم([1]).

([1]) عون المعبود شرح سنن أبى داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبى داود وإيضاح علله ومشكلاته، محمد أشرف بن أمير بن على بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقى، العظيم آبادى،ط2،جـ 13،ص81 ،دار الكتب العلمية ، بيروت،1415 هـ. تاريخ الخلفاء،عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطى،ط1،ج1. ،ص135 ،تحقيق:حمدي الدمرداش مكتبة نزار مصطفى الباز، 1425هـ2004م. تاريخ دمشق،أبو القاسم على بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر،جـ 59،ص119،تحقيق: عمرو بن غرامة العمروى،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،1415هـ 1995م.تاريخ الخميس في أحوال أنفس النفيس، حسين بن محمد بن الحسن الدِّيار بَكْرِى،جـ2،ص278، دار صادر،بيروت.

([2]) المبسوط،محمد بن أحمد بن أبى سهل شمس الأئمة السرخسى ،جـ21،ص62،دار المعرفة،بيروت،1414هـ 1993م. البناية شرح الهداية،أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى ، جـ9ص58 دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، 1420 هـ2000 م، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق و وبهامشه حاشية الشِّلْبِى، عثمان بن على بن محجن البارعى، فخر الدين الزيلعى الحنفى،ط1،جـ4 ص193،المطبعة الكبرى الأميرية ،بولاق، القاهرة، 1313 ،مغنى المحتاج،جـ6ص267. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملى ،جـ8ص242، دار الفكر، بيروت،1404هـ1984م ،أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء،قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوى الرومى الحنفى،المحقق: يحيى حسن مراد،دار الكتب العلمية، 2004م1424هـ.

وقد أجاز الحمهور من الفقهاء التحكيم مطلقا([2])وقيده البعض بعدم وجود قاض في البلد،بداعى أن تعيين الخصمين حكماً يحكم بينهما يعتبر افتئاتاً على الإمام([1])

([1]) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح،على بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروى القارى،ط1،جـ6ص2548،دار الفكر، بيروت، لبنان 1422هـ 2002م،نخب الأفكار فى تنقيح مبانى الأخبار في شرح معانى الآثار،أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى،ط1،جـ12ص197،تحقيق:أبو تميم ياسر بن إبراهيم،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،قطر، 1429 هـ 2008 م.فقه الدعوة في صحيح الإمام البخاري،سعيد بن علي بن وهب القحطانى،ط1،جـ2ص755.رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد،1421هـ،أخذ المال على أعمال القُرَب ،عادل بن شاهين بن محمد شاهين،ط1،جـ2ص647،رسالة ماجستير،دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع،1425 هـ 2004 م.

([2]) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسى المغربى، المعروف بالحطاب الرُّعينى المالكى ،ط3،جـ 6ص112،دار الفكر،1412هـ 1992م.كنز الدقائق، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفى،ط1،جـ 1ص465،تحقيق:سائد بكداش،دار البشائر الإسلامية، دار السراج،1432هـ 2011م، المهذب في

فقة الإمام الشافعى،أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازى، جـ 3ص378،دار الكتب العلمية،المبدع في شرح المقنع،إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين،ط1،جـ8 ص159،دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،1418 هـ1997م. مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى،مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقى الحنبلى ،ط2،جـ6ص471،المكتب الإسلامى، 1415هـ1994م. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين،أبو بكر (المشهور بالبكرى) عثمان بن محمد شطا الدمياطى الشافعى،ط1،جـ4ص253،دار الفكر للطباعة والنشر والتوريع، 1418 هـ 1997م، أحكام القرآن ،القاضى محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربى المعافرى الاشبيلى المالكى، ط3،جـ1ص543، مراجعة وتعليق: محمد عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، 1424 هـ 2003 م.

بينما منعه مطلقاً ابن حزم الظاهرى ([2])،والشافعية في قول لهم ([3])؛لأن تقليد القضاء من مناصب الإمام فلا يثبت للآحاد،ولأن في ذلك افتئاتًاعلى الإمام والحكام،وإنما تحاكم عمروعثمان مع خصميهما؛ لأنهما خصميهما؛ ولأنهما إمامان فتحكيمهما تولية للحكم([4]). ويستمد اتفاق التحكيم شرعيته من إجازة القانون للأفراد الاتفاق على التحكيم دون قضاء الدولة([5]).

مفاتيح الغيب" التفسير الكبير"أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمى الرازى "الملقب بفخر الدين الرازى"،ط3،جـ 10ص74،دار إحياء التراث العربى ،بيروت 1420 هـ.

([1]) أدب القضاء،شهاب الدين أبى إسحاق بن إبراهيم عبدالله الهمدانى الحموى المعروف بابن أبى الدم، ط1،جـ1 ص 428، تحقيق محيى هلال السرحان،مطبعة الإرشاد،بغداد 1404هـ 1984م، وتحفة المحتاج،جـ10ص118. النجم الوهاج في شرح المنهاج،كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدَّمِيرى أبو البقاء الشافعى ،ط1،جـ10 ص156،دار المنهاج (جدة)، 1425هـ 2004. روضة الطالبين،أبو زكريا يحيى بن شرف النووى،جـ11ص121،المكتب الإسلامى1395هـ1975م. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى،جـ8ص243،شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر،1386هـ1967م.

([2]) حيث ذكرأنه :" لايجوز الحكم إلا ممن ولاه الإمام القرشى الواجبة طاعته....فليس كل من حكم فهو نافذ حكمه،فوجب أن لاينفذ حكم أحد إلا من أوجب القرآن ورسول الله صلى الله عليه وسلم. المحلى، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى، جـ 9،ص435،تحقيق:أحمد محمد شاكر،دار التراث،القاهرة.

([3]) روضة الطالبين، جـ11ص121.النجم الوهاج ،ط1،جـ10 ص156.نهاية المحتاج، جـ8ص242.

([4]) النجم الوهاج ،ط1،جـ10 ص156.

([5]) أحمد السيد صاوى،التحكيم،المرجع السابق،ص31 بند19..

المبحث الثانى

مدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه

تقسيم: ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:الأول: مدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه في الفقه الإسلامي،والثاني: مدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه في القانون الوضعي.

المطلب الأول

مدى إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه

فى الفقه الإسلامي

لم يتفق الفقهاء على كلمة سواء فيما يتعلق باتفاق التحكيم،وإنما اختلفوا حول مدى لزوم هذا الاتفاق.ولم يقتصر الخلاف على لزوم عقد التحكيم بعد الاتفاق عليه ،بل امتد هذا الخلاف إلى مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم([1]).وسوف نعرض لهذه الآراء بالدراسة والتحليل والترجيح فيما يلى:

([1]) قال فى نهاية المطلب،بيانا لهذه الاختلافات:" ولو رضيا، ثم رجع أحدهما قبل أن يتم حكمه، لم ينفذ حكمه وفاقاً، وإنما الخلاف فيه إذا استمرا على الرضا حتى حكم، ولم يجددا رضاً. هذا هو المذهب. ومن أصحابنا من قال: إذا رضيا أولاً، ثم لما خاض، رجع أحدهما، لم يؤثِّر رجوعُه، ونفذ الحكم، وهذا بعيد. ولو رضيا، ثم رجع أحدهما قبل أن ينشىء الخوضَ، فلا وجه إلا إبطالُ الحكم، وفيه شيء.نهاية المطلب في دراية المذهب،عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجوينى، أبو المعالى، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين،ط1،جـ18 ص583.تحقيق :عبد العظيم محمود الدّيب،دار المنهاج، 1428هـ2007.

الفرع الأول

قبل صدور حكم المحكم

تشعبت الآراء بالفقه الإسلامى حول لزوم عقد التحكيم من عدمه إلى عدة آراء، نعرض لها فيما يلى:

1. الرأى الأول: يرى أن عقد التحكيم يصبح لازماً بمجرد الاتفاق عليه،فصدور الإيجاب من طرف مقترنا بالقبول من الطرف الآخر يجعل التحكيم لازماً لهما ، وليس لواحد منهما الاستقلال حق بفسخ عقد التحكيم وحده دون موافقة من الطرف الآخر([1]) .

قال ابن الماجشون من المالكية:"ليس لأحدهما أن يبدو له كان ذلك قبل أن يفاتحه صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره نظر لصاحبه كما ينظرالسلطان في حق الغائب([2]).فإذا تحاكم

([1]) ركن التحكيم إيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر، ويكون الإيجاب بالألفاظ التي تدل على التحكيم كقول: قد حكمناك أو نصبناك حاكما. درر الحكام ،المرجع السابق،جـ4ص578.

([2]) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام،إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى،ط1،جـ1، ص63،مكتبة الكليات الأزهرى، 1406هـ 1986م. المنتقى شرح الموطإ،أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبى القرطبى الباجى الأندلسى،ط1،جـ5ص227،مطبعة السعادة 1332 هـ.

رجلان إلى من يصلح للقضاء وحكماه بينهما، جاز ونفذ حكمه([1]).وهذا يعنى لزوم التحكيم بمجرد الرضا به.

2. الرأى الثانى : يرى أن اتفاق التحكيم لايلزم أطرافه بشئ مطلقا،بل إنَّ حكم التحكيم ذاته لايلزمهم مالم يتراضيا عليه ويتفقا على الخضوع لمقتضاه.وهذا يعنى أن حكم المحكم لا ينفع ويؤثر إلا برضا الخصمين ، ويشترط استمرار هذا الاتفاق إلى انتهائه([2]).وهذا اعتدادبإرادة الأفراد إلى أبعد حد.فحكم المحكم لايعنى شيئا مالم يتراضيا ويتفقا عليه. فهو أشبه مايكون بالفتوى. وسند هذا القول أن رضا أطراف التحكيم معتبر في بداية التحكيم ومعتبر في نهايته ، وأن إلزامهما بحكم الحكم فيه افتئاتٌ على القاضى والإمام .

والحق أنه لايمكن قياس التحكيم على الفتيا،فهو قياس مع الفارق . والمدار فى العقود على الاتفاق ابتداء ،فهذا ينتج أثره لاحقا،ولايشترط استمرار الاتفاق حتى النهاية. وإلا لأمكن تفريغ العهود والعقود والالتزامات من مضمونها.فلا يبق أى عقد أو اتفاق أو التزام. كما أن التحكيم ليس فيه افتئات على القاضي والإمام لأن سلطة

([1]) مختصر الإنصاف والشرح الكبير ، محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمى النجدى،ط1، جـ1ص756،تحقيق مجموعة من العلماء ، مطابع الرياض، الرياض.

([2]) إعانة الطالبين،جـ4ص254. مختصر الإنصاف والشرح الكبير،محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمى النجدى،ط1،جـ1ص756،تحقيق:عبد العزيز بن زيد الرومى، محمد بلتاجى، سيد حجاب،مطابع الرياض،الرياض. النجم الوهاج ،ط1،جـ10 ص157.

المحكم محصوره فيما اتفق عليه الخصمان ، أما سلطة القاضي والإمام فتشمل كل القضايا([1]).

3. الرأى الثالث : أن اتفاق التحكيم غير ملزم حتى الشروع في الحكم،فإذا شرع في إجراءات الحكم أصبح لازماً .قال ابن القاسم إذا حكماه وأقاما البينة عنده ليس لأحدهما رجوع إذا أبلى ذلك صاحبه لأنه حق له وجب براحته من نظر القضاة ([2]). وقال أصبغ: لكل واحد منهما الرجوع ما لم ينشبا في الخصومة عنده فيلزمهما التمادي فيها، كما ليس لأحدهما إذا ترافعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلا أو يعزله([3]).

فلكل واحد من المتحاكمين الرجوع قبل شروع المحكم فى الحكم، لأنه لا يلزم حكمه إلا برضى الخصمين؛ وهو أشبه برجوع الموكل عن التوكيل قبل التصرف

([1]) كما يفارق خكم المحكم حكم القاضي المولى من حيث إن حكم هذا الحكم إنما ينفذ في حق الخصمين ومن رضي بحكمه، ولا يتعدى إلى من لم يرض بحكمه بخلاف القاضى المولى. الفتاوى الهندية،المرجع السابق، جـ3ص403.

([2]) الذخيرة،أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي،ط1،جـ10 ص37،دار الغرب الإسلامي،بيروت، 1994 م. تبصرة الحكام ،ط1،جـ1، ص63، المنتقى شرح الموطإ،المرجع السابق ،ط1،جـ5ص227. كشاف القناع عن متن =

=الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى،جـ6ص309،دار الكتب العلمية.

([3]) تبصرة الحكام،المرجع السابق،ط1،جـ1ص63.

فيما وكل فيه، أما بعد شروعه في الحكم قبل تمامه؛ فلا يصح رجوع أحدهما كرجوع الموكل بعد صدور ما وكل فيه من وكيله([1]).

4. الرأى الرابع : أن اتفاق التحكيم لايلزم أطرافه ،ويستمر الأطراف فى حل من هذا الاتفاق إلى أن يصدر الحكم.فإذا صدر الحكم أصبح لازما فى حقهما([2]).

قال سحنون في كتاب ابنه: لكل واحد منهما الرجوع ما لم يفصل الحكم بينهما([3]).وهذا يعنى أن لكل من أطراف الاتفاق على التحكيم الحق في فسخ التحكيم والتنصل منه ما دام الحكم لم يصدر ، قياساً على الوكيل حيث للموكل الحق في فسخ عقد الوكالة مادام الوكيل لم ينفذ المهمة الموكلة إليه وقياساً على سلطة السلطان في عزل القاضى .

والحق أن قياس التحكيم على التوكيل قياس مع الفارق ، إذ الوكيل يعد نائبا عن الموكل،فيكون للموكل الحق في الاستغناء عنه . كما أن الوكالة تتم من قبل إرادة واحدة،في حين أن اتفاق التحكيم يتم بإرادة شخصين. وما ثبت بتراضى الطرفين وجب أن لا يفسخ إلاّ بإرادتيهما معا.

([1]) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى،مصطفى بن سعد بن عبده السيوطى الحنبلى ،ط2،جـ6 ص472،المكتب الإسلامى، 1415هـ1994م .

([2]) تبيين الحقائق ،المرجع السابق،ط1،جـ4 ص193،تبصرة الحكام،المرجع السابق،ط1،جـ1، ص63. المنتقى،المرجع السابق، جـ5ص227. وراجع أيضا:النجم الوهاج ،ط1،جـ10 ص157، الموسوعة الفقهية الكويتية،جـ10ص244،وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الكويت.

([3]) تبصرة الحكام،المرجع السابق،ط1،جـ1، ص63. المنتقى،المرجع السابق، جـ5ص227.

ثم إن الله تعالى قد وصف المحكم بالحكم، فقال: "فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها" وهذا نص من الله سبحانه أنهما قاضيان، لا وكيلان، ولا شاهدان([1]).

الترجيح:والحق الذى يبدو لى أن الرأى الأول القائل بلزوم الاتفاق لأطرافه والتزامهم بمضمونه هو الأقرب للصواب،نظرا لعموم الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والعهود وسائر الالتزامات. ومن ذلك قول الله تعالى: "ياأيها الذين

آمنوا أوفوا بالعقود"([2]). فضلا عن رد أدلة با قى الآراء الأخرى. بالإضافة إلى أن الاتفاق على التحكيم بمثابة عقد بين أطرافه.والأصل في العقود اللزوم إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك.بالإضافة إلى أن التحكيم يعد ولاية خاصة بالحكم بين الخصمين ،وقد انعقد اتفاقهم عليه، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالرجوع عنه إلا برضا الآخر.

والقول بغير ذلك يؤدى فى المحصلة النهائية إلى تفريغ اتفاق التحكيم من مضمونه. كما يؤدى إلى إمكانية النكوص عن الوفاء بالعقد،وفى أى لحظة. وهذا على خلاف مقتضيات النصوص الشرعية التى تأمر بالوفاء بها.وعليه لايمكن

([1]) فتح القدير،محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكانى اليمنى،ط1،جـ1ص534،دار ابن كثير، دار الكلم الطيب ، دمشق، بيروت1414هـ. أحكام القرآن،القاضى محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربى المعافرى الإشبيلى المالكى،ط3،جـ1 ص539،تخريج أحاديثه وتعلّيق: محمد عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، 1424 هـ 2003م.

([2]) من الآية رقم 1سورة المائدة.

لآحاد أطراف الاتفاق على التحكيم الرجوع عنه على استقلال بمعزل عن الطرف الآخر ،يستوى أن يكون ذلك قبل صدور الحكم أو بعده. مالم يتفق الأطراف جميعا على ذلك.

الفرع الثاني

بعد صدور حكم المحكم

ومع الاختلاف السابق بين الفقهاء في مدى إلزامية التحكيم قبل صدور الحكم ،فإنهم يكادون يتفقون على أن الحكم إذا صدر من المحكم أو المحكمين فإنه لازم للخصمين ، فلا يجوز لهما ، أو لأحدهما الرجوع عن التحكيم ، ولا عزل المحكم، وأن رجوعهما باطل ، ولكن هذا الحكم خاص بهما فقط فلا يتعداهما إلى غيرهما ، وذلك لأنه صدر بحقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما فقط على اختيار الحكم للحكم عليهما ، فلا يسري أثر الحكم على غيرهما([1]).

ومع ذلك وجد من يقول بإمكانية عزل المحكم حتى بعد صدور الحكم، وما لم يتفق الطرفان على الحكم بعد صدوره لاينفذ فى حقهما، إذ يشترط الرضا فى الابتداء والانتهاء.لكن على الأظهر لايشترط رضاهما([2]).

([1]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى المالكى،جـ4ص136،الناشر: دار الفكر. مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، جـ6ص471.

([2]) المادة23من قانون التحكيم المصرى،والمادة21من نظام التحكيم السعودى.

المطلب الثاني

مدى إلزام اتفاق التحكيم طبقا للقانون الوضعى

تمهيد وتقسيم: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم حقوقا كانت أو التزامات تنصرف إلى العاقدين دون أن تتعداهم إلى سواهم. غير أن هذه القاعدة لم تسلم من وجود بعض الاستثناءات التي يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الغير، إذ كشفت الظروف والأحوال أن هذا الغيرقد يتأثر بهذا الاتفاق،وهومايشكل وجه استثناء على هذه القاعدة.وسوف نتحدث عن قاعدة النسبية في فرع أول وعن الاستثناءات الواردة عليها في الفرع الثاني،على النحو التالي:

الفرع الأول

مبدأ نسبية أثر العقود من ناحية الأشخاص

مبدأ نسبية آثار العقود: إعمالا للقاعدة العامة التي تقضي بنسبية أثر العقود من ناحية الأشخاص، فان القوة الملزمة لاتفاق التحكيم حقوقا كانت أو التزامات تنصرف إلى العاقدين دون أن تتعداهم إلى سواهم.

والقانون يعتبر أن اتفاق التحكيم . سواء جاء شرطاً في العقد قبل حدوث النزاع (شرط التحكيم) أو جاء بعد حدوث النزاع من خلال اتفاق مستقل (مشارطة التحكيم) . ملزم للطرفين فلا يجوز لأحدهما الاستقلال بفسخه دون الآخر . بل إن قانون التحكيم المصرى ونظام التحكيم السعودى قد اعتبرا شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته.وبناءعليه فإن اتفاق التحكيم سواء كان مطلقاً أو مقيدا يعد لازما وملزما لطرفيه،وليس لأحدهماأن يستبد بفسخه،أو يعطل أحكامه،أويمتنع عن تنفيذه بإرادته المنفردة وإلاّ انعدمت قيمة التحكيم برمته.

ومن ثم لا يمكن التنصل من هذا الاتفاق، أو التحلل من الالتزام الوارد به بطريقة أحادية الجانب، حتى في الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم جزءاً من عقد معين أُبرم بين طرفين ثبت بطلانه أو فسخه.

ووفقاً لهذا المعنى قررت المحكمة العليا في سلطنة عمان في أحد أحكامها بأن العقد شريعة المتعاقدين، ومقتضى هذه القاعدة أن القاضي يطبق شروط العقد كما لوكان يطبق قانوناً، فالعقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بين المتعاقدين، فلا يجوز نقضه إلا باتفاق الطرفين، كما لا يجوز تعديل شروط العقد إلا باتفاقهما، فلا يجوز لأحدهما أن يعدل في شروط العقد "[1].

والمستند في هذا مايعرف بمبدأ نسبية آثار العقود والاتفاقات،والذي يقود إلى القول بأن اتفاق التحكيم يلزم . في الأساس . طرفيه،ولايمتد أثره لغير أطرافه،ممن لم يوقع على هذا الاتفاق بنفسه أو عن طريق ممثل له. فمقتضى نسبية اتفاق التحكيم أن يتمتع الاتفاق بالقوة الملزمة لطرفيه ، وتفرض على كل منهما تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه،وهذه القوة الملزمة لا تتعلق بغيرطرفي التحكيم[2].

ومن ثم فإن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بصوره المتعددة، تقتصر. كقاعدة . على من كان طرفا.

([1]) المحكمة العليا ، قرار رقم (5)، في الطعن رقم 2003/172م، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا "الدائرة التجارية "، المكتب الفني،ص 16.

(2)بل إن هيئة التحكيم إذ تستمد ولايتها من اتفاق التحكيم ،وهذا الاتفاق نسبى الأثر ،ولهذا لا يمكن إلزام الغير أومن لايمتد إليه الاتفاق بالخضوع لسلطة المحكمين. فالعقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير. وإن كان من الممكن أن يكسبه حقاً. طعن اتحادي رقم 73لسنة2016،س10 ق أ،س16 ،جلسة7/ 10/ 10،2016،ص469.

فاتفاق التحكيم كغيره من التصرفات الإراديةلا تنصرف آثاره إلا إلى طرفيه دون أن يفيد منه الغير أويضاربه [1].

وتأسيساً على ماسبق، فإنه يمتنع على أيّ من طرفي الاتفاق التحلل منه بإرادته المنفردة، واللجوء مباشرة إلى قضاء الدولة ، وإلا جاز للطرف الآخر الشريك في الاتفاق التمسك باتفاق التحكيم؛ بهدف منع قضاء الدولة من نظر النزاع، والفصل فيه.

ويرى البعض[2]أن شرط التحكيم كصورة من صور اتفاق التحكيم هو مجرد وعد بإبرام مشارطة التحكيم عند قيام النزاع،ومع ذلك فإنه يقبل التنفيذ العيني جبرا عن أطرافه. والحق أن هذا الرأي يتعارض مع التحكيم في حد ذاته،وكونه وسيلة سريعة لفض الخصومات؛إذ يتطلب الأمر الحصول على حكم قضائي حائز لقوة

(1)محمد نور شحاته ، دراسة تحليلية وتطبيقية لمبدأ نسبية أثر التحكيم على الغير،ص18، دار النهضة العربية، القاهرة2006. وقد قضت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها بأن مبدأ نسبية العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع بما يعني أن أثر العقد يقتصر على طرفيه والخلف العام أو الخلف الخاص أو الدائنين، فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه أو الالتزامات المتولدة عنه إلا لعاقديه. راجع على سبيل المثال: نقض مدني ،طعن رقم 3411 لسنة 65ق، جلسة 1996/9/18، مجموعة الأحكام،س47، عدد2، ق213، ص1175 ، نقض مدني،طعن رقم 2740 لسنة 59ق، جلسة 1994/5/12، مجموعة الأحكام ،ص45، عدد1، ق157، ص822، نقض تجاري، طعن رقم 498، لسنة 70ق، جلسة 2011/3/22، متاح على موقع المحكمة www.cc.gov.eg .

(2) أحمد السيد صاوي،التحكيم،المرجع السابق،ص461.

الأمر المقضي،بتعيين هيئة التحكيم،وهو مايعرقل إجراءات خصومة التحكيم،ويؤدي إلى بطئها الوقت اللازم للفصل في النزاع من جانب القضاء[1].

على أننا نبادر إلى القول بأن فكرة الطرف تشمل أطراف الاتفاق الأصليين [2] وخلفهما العام والخاص أوالدائنين[3].فيمتد اتفاق التحكيم إلى الخلف العام أو

---

(1) قارب: محمود السيدالتحيوي،اتفاق التحكيم وقواعده،ط1،ص90،منشأة المعارف، الاسكندرية2003.

(2) أطراف الاتفاق هم: كل من اشترك في إبرام العقد سواء تم التعاقد أصالة أو عن طريق النيابة، ويجب أن تنصرف إرادتهم إلى المساهمة في إبرام اتفاق التحكيم وانصراف آثاره إليهم.

(3) الخلف العام هو الشخص الذي يخلف شخصاً آخر في كل ذمته المالية، أو في جزء شائع منها، بما يترتب عليها من حقوق والتزامات مثل: الوارث لكل التركة أو الوارث مع آخرين للتركة، وكذلك الموصى له بحصة في التركة، ويتم ذلك في حالة الوفاة فيخلف المتوفي ورثته، فيكون لهم حقوقه وعليهم التزاماته، فإذا أبرم شخص اتفاق تحكيم وتوفي، انتقلت حقوق التحكيم والتزاماته إلى ورثته والموصي له.

أما الخلف الخاص فهو: من يخلف الشخص في عين معينة بالذات، أو في حق عيني عليها، ومثاله:المشتري لشيء مادي كالعقار كالمشتري والمنتفع ، أو شيء معنوي كحوالة الحق، وكذا الموهوب له والموصي له بعين معينة بالذات ، والخلف الخاص بعكس الخلف العام لا تنصرف إليه آثار العقود التي يبرمها السلف، إلاإذا إذا توافرت شروط معينة:1. أن يكون العقد الذي أ برمه السلف سابقاً على العقد الذي انتقل به الشيء إلى الخلف الخاص، أما جميع العقود التي يبرمها السلف بعد انتقال الشيء إلى الخلف لا تسري في مواجهة الخلف ويعتبر من الغير بالنسبة لها . 2. أن يكون الحق أو الالتزام الذي نشأ عن العقد الذي أبرمه السلف بشأن الشيء الذي انتقل إلى الخلف من مستلزمات هذا الحق، والحقوق التي تعتبر من مستلزمات الشيء هي المكملة للحق الذي انتقل إلى الخلف .كون

الخلف عالماً وقت انتقال الشيء إليه بالحق أو الالتزام الذي سبق لسلفه .3 . علم الخلف وقت انتقال الشيء بالحق أو الالتزام الذي سبق لسلفه أن أبرمه، وان كان اشتراط العلم لا يثور من

الخاص،سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا،كما يظهرهذا الامتداد أيضا في حالة مالو تم التنازل عن العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم للغير الذي يصير بموجب هذا التنازل طرفا في هذا الاتفاق،رغم عدم مشاركته في إبرامه ؛نزولا على مقتضى التنازل[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك حالات لا تنتقل فيها آثار العقود إلى الخلف العام، مثل: عقد العمل وعقد الوكالة وعقد الشركة إذا تم النص على انتهائها بوفاة أحد الشركاء،فهذه العقود تنتهي بوفاة أحد أطرافها،والعقود التي يبرمها أصحاب المهن الحرة، مثل: المحامون والمهندسون،فتنتهي بوفاة صاحب المهنة.كما لايتأثر الخلف العام بالعقد ولاتنتقل إليه آثاره،إذانص في العقد على عدم انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف العام،باعتبار أنها ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على مخالفتها[2].وقد نصت المادة 145من القانون المدني المصري على

الناحية العملية إلا في حالة الالتزامات أما في حالة الحقوق فلا تثور مشكلة علم الخلف من عدمه، فهو لن يعترض على إضافة حق إلى حقوقه ولكنه سيتذرع بعدم علمه لكي لا يضاف التزام إلى التزاماته. انظر : محمد طلعت عبد الرحيم، " الغير في خصومة التحكيم"، ص19ومابعدها،مقال منشور على الرابط.http://mm-talaat-sh.blogspot.com :هذا كله مالم يتبين من طبيعة التعامل أومن نص القانون أو اتفاق الطرفين أن العقد لاتنصرف آثاره إلى الخلف.

(1) بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الأجنبية ص321،دار الجامعة الجديدة،2007.

([2]) محمد طلعت،الغير في خصومة التحكيم، سنة 2012، على الموقع: mm-talaat-sh.blogspot.com

أنه:"ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام. دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام.

فالقاعدة هي : عدم امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير؛ بحسبان أن الغير يعد أجنبيا عن العقد فلايتأثر به ،واتفاق التحكيم باعتباره عقدا يخضع لمبدأ نسبية أثر العقود، فلا يلزم سوى أطرافه، ولا تمتد آثاره إلى غيرهم، يستوي أن يرد في صورة شرط أو مشارطة أو كان اتفاقا عن طريق الإحالة.

وإذا كان مبدأ نسبية العقود يحتم عدم امتداد آثار اتفاق التحكيم من الناحية الشخصية لغير أطرافه وخلفهم العام والخاص، بالمعنى سالف الذكر. فإنه أيضا لايشمل من الناحية الموضوعية سوى ماتضمنه هذا الاتفاق من موضوعات محددة،بحيث لايتعداها إلى غيرها من الاتفاقات الأخرى التي يبرمها الخصوم،مادامت خارج نطاق اتفاق التحكيم. فإرادة المتعاقدين هي التي تحدد النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم، وكذا القانون الواجب تطبيقه بصدده ، ومتى اتفق الأطراف على الموضوع محل النزاع تعين على هيئة التحكيم أن تفصل فيه دون غيره من المسائل والموضوعات التي تخرج عنه.

فاتفاق التحكيم هو الذي ينشئ التحكيم ويحدد نطاقه من حيث الأشخاص والمسائل التي يشمله والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها

والإجراءات المتبعة أمامها، ومتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم، وهو ما يستتبع نسبية أثره، فلا يحتج به إلا في مواجهة من ارتضاه وقبل خصومته.

ويترتب على اتفاق التحكيم، التزامات على أطرافه وأخرى على القضاء، ويتمثل هذا الالتزام بالنسبة للأطراف في وجوب عرض نزاعهم محل الاتفاق على هيئة التحكيم .ولا يجوز لأي منهم التنصل من هذا الالتزام منفردا.أما بالنسبة للقضاء، فإن الاتفاق يشكل مانعا يحظر معه على المحاكم التدخل والتصدي للنزاع، ولو رفع أحد الأطراف دعوى بذلك أمامها ، بل عليها الامتناع عن نظرها، باعتبارها من اختصاص هيئة التحكيم.

فإذا التزم أطراف الاتفاق بالتحكيم وجب عليهم فض نزاعهم بهذه الوسيلة، والتقيد بالحكم الصادر فيه، وتنفيذه شأنه في ذلك شأن الأحكام القطعية النهائية الصادرة عن القضاء. حيث لا يقتصر اتفاق الأطراف على مجرد اعتبار الحكم التحكيمي قطعيا ونهائيا،إنما يتضمن التحكيم وفي جميع الأحوال تفويض المحكم بتسوية النزاع [1].

(1)أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي ، والداخلي، ص443 ،دار النهضة العربية، القاهرة2004 ، حفيظه السيدالحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم،ص 14 ،دار الفكر الجامعى،الاسكندرية2001.

وبوجه عام، فان مثل هذا الاتفاق جائز وملزم لطرفيه في كل من القانون المصري والعماني والإماراتي [1].

([1]) تم تنظيم أحكام التحكيم في مصر بموجب قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994وتعديلاته، وفي عمان بموجب المرسوم السلطاني رقم 47لسنة1997، والمرسوم السلطاني رقم 3 / 2007 بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 47 / 97،وفي الإمارات العربية المتحدة بموجب الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية رقم 11 لسنة 1992 (المواد 203–218). والذي عدل بموجب قانون التحكيم الجديد رقم (6) لسنة 2018.

الفرع الثاني

الاستثناء(امتداد اتفاق التحكيم للغير)

استثناء: إمكانية امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير،أو بمعنى آخر : توجد حالات يعتبر فيها الغير طرفا،وتمتد . من ثم . إليه آثاراتفاق التحكيم.

فإذا كانت قاعدة نسبية اتفاق التحكيم يترتب عليها أن تنصرف آثار الاتفاق لطرفي التعاقد والخلف العام والخلف الخاص، وإذا كان الأصل أن اتفاق التحكيم لا يرتب أثرا لغير هؤلاء، إلا أن التوجه القانوني والقضائي استقرا على وجود حالات يمتد فيها أثر اتفاق التحكيم للغير. فما المقصود بالغير؟وما هي حالات امتداد الاتفاق للغير؟ وآثار هذا الامتداد؟ هذا ما سوف نوضحه فيما يلي:

أولا:مفهوم الغيروالأساس القانوني في امتداد اتفاق التحكيم إليه

أ . مفهوم الغير:يقصد بالغير بصفة عامة :كل من ليس طرفا[1]، ،وهو كل شخص عدا المتعاقدين وخلفهما العام والخاص.

---

(1) تردد مصطلح الغير فى مواضع كثيرة ومدلوله واحد، ففى باب الخصومة فإن الغير فى الخصومة القضائية هو كل من لم يمثل فيها، وفى بابى الأحكام والعقود هو كل من لم يكن طرفا فيها. ويعبر=

= عن ذلك بالقول بنسبية آثار الأحكام والعقود، بمعنى أنها لا ترتب أثرًا إلا فى مواجهة أطرافها. وقد ورد مصطلح الغير في القانون الروماني ويراد به الأجنبي، والغير في القانون الفرنسي وفق المادة 1165 من القانون المدني هو من لا ينفعه العقد ولا يضره.

وعرفه البعض بأن الغيرفي اتفاق التحكيم هو: كل شخص ليس طرفاً في الاتفاق ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد أطرافه [1].

وعرفه البعض الآخر بأنه هو : كل شخص طبيعي أو شخص معنوي لم يوقع على الاتفاق[2].

ومعيار التمييز بين الطرف والغير يعتمد على معيارين، الأول شكلي ومقتضاه أن من وقع الاتفاق وقام بتبادل الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة فيعد طرفاً، ويشترط هنا أن يتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة ولا يعتد بالتعبير الضمني، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أن الاتفاق على التحكيم لا يفترض ويلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف إرادة الخصوم إلى اتباع هذا الطريق[3]، والمعيار الثاني موضوعي وفيه يعد طرفاً كل من كان ممثلاً في الاتفاق، وكل من لم يكن طرفاً في الاتفاق وفقاً للمعيارين السابقين فهو من الغير[4].

([1])نقض تجاري 7595 لسنة 81، جلسة 2014/2/13، متاح على موقع المحكمة، سميحة القليوبي: مرجع سابق .

([2]) Juan Pablo, la clause d' arbitrage et son extension à des parties non signataires en arbitrage interne et international, le 28 Décembre 2013, sur le site, www.correadelcasso.com/fr

([3]) نقض مدني 607 لسنة 63، جلسة 2007/3/27، س58، ق51، ص295.

([4]) د. محمد نور شحاتة: دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، 4 مايو 2013، متاح على الموقع: www.facebook.com/permalink.php.

ب . الأساس القانوني في امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير

يمكن القول بأن الآساس القانون لامتداد اتفاق التحكيم إلى الغير إذا ورد في صورة شرط في عقد،أن اتفاق التحكيم في هذه الحالة يعد جزءا . وإن كان مستقلا . عن العقدالذي ورد به،والقاعدة المقررة في هذا الشأن أن الجزء يتبع الكل،والملحقات تتبع الأصل، في خصوص انتقال آثار العقد إلى الغير، بمعنى أن انتقال آثار العقد إلى الغير يستتبعه حتما انتقال شرط التحكيم كذلك إليه. فانتقال الحقوق والالتزامات المتولدة عن الأصل يستتبعه انتقال الملحقات " وهي الحقوق والالتزامات التابعة لهذا الأصل" أيضا وبنفس القدر[1].

والعلة في تقرير القاعدة السابقة تكمن في تمكين صاحب الحق بمجموع هذه الحقوق والالتزامات من استعمال هذا الحق في الغرض المقصود من هذا الحق،وشرط التحكيم في هذا الخصوص يعد من ملحقات العقد ،فإذ انتقل الحق إلى الغير انتقل إليه أيضا وبالتبعية شرط التحكيم[2].

ولايمكن أن يتعارض القول بمتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغيرفي خصوص الحقوق والالتزامات ،باعتبار أن اتفاق التحكيم يعد في هذه الحالة تابعا للعقد وملحقا به،مع القول باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به. إذ استقلال شرط التحكيم يعني عدم تأثر شرط التحكيم بمصير العقد

([1]) راجع:رضا وهدان،انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص،ط1،ص202، دار الجامعة الجديدة1999.

([2]) قارب: مها عبد الرحمن الخواجا،امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، ص83.

الأصلي،لاختلافهما عن بعضهما سببا وموضوعا وخضوع كل منهما لنظام قانوني يختلف عن الآخر. وهذا المعنى لايتعارض مع القول بانتقال الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد الأصلي بما في ذلك شرط التحكيم إلى الغير[1].

ثانيا:حالات امتداد اتفاق التحكيم للغير

استقر التوجه القانوني والقضاء على وجود حالات يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الغير، استثناء على الأصل العام بقصر آثار الاتفاق على طرفيه والخلف العام والخلف الخاص، وتتمثل تلك الحالات في الآتي:

([1]) قارب: رضا وهدان،الإشارة السابقة،مها عبد الرحمن ،الإشارة السابقة.

أ . الاشتراط لمصلحة الغير:

يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير عندما يبرم شخصان عقدا و يشترط أحدهما على الآخر حقا لشخص ثالث يستمده من العقد مباشرة بحيث لا يمر بذمة المشترط[1].

وقد نصت المادة 154 من القانون المدني المصري على أنه:" 1 . يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له فى تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية عادية كانت أو أدبية. 2. ويترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ولكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد. 3 . ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، الا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك.

كما نصت المادة 163 من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه:"إذا اشترط أحد المتعاقدين حقا لمصلحة الغير ، فإنه يترتب على هذا الاشتراط الآثار التالية ، ما لم يتفق المتعاقدان على غيرها أو تكون مخالفة لمقتضى العقد:

([1]) عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، مصادر الالتزام،ص266، مطبعة نهضة مصر سنة 1954.

1. يكتسب المنتفع حقا مباشرا قبل المشترط عليه يستطيع بمقتضاه أن يطالبه بتنفيذ الاشتراط ، كما يكون للمشترط نفسه مطالبة المشترط عليه بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة الغير. .

2 . للمشترط عليه التمسك نحو المنتفع بالاشتراط بكل الدفوع التي تنشأ عن العقد .

3 . يجوز للمشترط نقض اشتراطه قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة من الاشتراط ما لم يتعارض ذلك مع مقتضى الاشتراط ، ويسقط هذا الحق بوفاة المشترط .

4 . يجوز للمشترط إحلال شخص آخر محل المنتفع بالاشتراط ويجوز له أن يستأثر بنفسه بالانتفاع من الاشتراط.

ويترتب على الاشتراط لمصلحة الغير اكتساب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه.

وهذا النظام يشكل خروجا على القواعد الأساسية في مبدأ نسبية أثر العقد،والتي تعني عدم انصراف أثر العقد لغير أطرافه. وهنا ينشأ حق لطرف آخر بعيد عن العقد هو المستفيد.وإذا كان قبول المستفيد يعد لازما لنشوء هذا الحق،إلاأن له أثرا هاما يتمثل في إسقاط حق المشتري في نقض الاشتراط.

والتساؤل :هل يمتد شرط التحكيم الوارد في العقد إلى الغير"المستفيد" فيلتزم به،وتترتب آثاره في مواجهته؟.

لاشك . إجابة على هذا التساؤل . أن الاشتراط لمصلحة الغيريمكن أن يرتب حقوقا للغير دون أن يرتب عليه التزامات،ولهذا فإن شرط التحكيم في عقد يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير،يمكن للغير الاستفادة منه،وله . كما للمشترط . أن يطالب بإعمال شرط التحكيم للمطالبة بحقوقه من هذا الطريق،فإذا صدر الحكم ،فإن الغير يستطيع أن يستفيد منه. ومن ناحية أخرى يمكن للغير أيضا ان يكون طرفا في شرط التحكيم عن طريق إعلان رغبته صراحة بقبول هذا الشرط ، يستوي أن يطلب ه ابتداء أو يتدخل في الخصومة التحكيمية القائمة بين طرفي العقد.وعلى هذا الأساس ،فإن للمشترط له أن يتمسك بالشرط دون الالتزام به[1].

ب . الحوالة

وكما ينتقل اتفاق التحكيم وتمتد آثاره إلى الغير بموجب الاشتراط لمصلحة الغير،فإ هذه الآثاريمكن أن تنتقل أيضا عن طريق الحوالة.فإذا كان الأصل أن الاتفاق لا يلزم إلا أطرافه. إلا أنه استثناء من هذا الأصل فإن حوالة العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم، ينقل شرط التحكيم وجميع الالتزامات الواردة به مع العقد الأصلي إلى المحال له،وإذا تم رفع دعوى بهذا الخصوص،فإن

([1]) أحمد أبو الوفا،التحكيم،المرجع السابق،ص132،فتحي والي،قانون التحكيم، المرجع السابق،بند87،ص171.

المحكمة . بناء على دفع من صاحب المصلحة . تحكم بعدم قبول الدعوى اعتدادا بشرط التحكيم.

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة الاتحادية بأبو ظبي [1]بأن :" الاتفاق على التحكيم لحل النزاع بين المتعاقدين لا يلزم إلا أطرافه سواء كانوا اثنين أو أكثر، والمتعاقد في هذا الاتفاق هو من صدر منه التعبير عن إرادة الالتزام به فيساهم في تكوينه، ولا يكفي لذلك ورود اسم غير المتعاقدين فيه أو أن يوقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة. ومع ذلك فقد يسري شرط التحكيم على الغير في بعض الحالات، كما في حالة حوالة العقد الاصلي الذي يتضمن هذا الشرط أو الذي يشير إليه فينتقل شرط التحكيم مع العقد الاصلي إلى المحال له، ومن المقرر أن استخلاص أطراف شرط التحكيم وحوالة العقد الاصلي المتضمن شرط التحكيم إلى الغير من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب متى كان قضاؤها في ذلك سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق. لما كان ذلك وكان العقد المؤرخ 2008/10/23 المبرم بين الطاعنة وشركة ..... قد تضمن في البند رقم 45 منه "ان يتم إحالة أي نزاع لم يتم تسويته إلى التحكيم وتسويته بشكل نهائي وتضم لجنة التحكيم ثلاثة محكمين على النحو المحدد في الاتفاقية. وانه بتاريخ 2011/5/19 اتفقت الطاعنة والمطعون ضدها وشركة ..... على نقل كل الالتزامات

([1]) طعن رقم 73لسنة2016،س10 ق أ،س16 ،جلسة7/ 10 / 10،2016،ص469.

التشغيلية للاتفاقية المبرمة بين الطاعنة وشركة ..... بتاريخ 2008/10/23 إلى المطعون ضدها اعتباراً من 2011/6/1 وكان لا خلاف بين الاطراف انه تم حوالة العقد المؤرخ 2008/10/23 وجميع الالتزامات الواردة به على المطعون ضدها وأصبحت هي المسؤولة عن تنفيذ ما ورد به من التزامات، ومن ثم فينتقل شرط التحكيم مع العقد الأصلي إلى المحال له "المطعون ضدها" لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم على سند من ان الطاعنة أحالت العقد المؤرخ 2008/10/23 وما به من التزامات على المطعون ضدها، وقد تمسكت المطعون ضدها بشرط التحكيم الوارد به، وإذ كان ما خلصت إليه محكمة الموضوع سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق ويتضمن الرد المسقط لكل ما تثيره الشركة الطاعنة في هذا الخصوص. وأياً كان وجه الرأي . فيما إثارته من ان موافقتها على الحضور أمام غرفة التجارية الدولية بباريس في الدعوى التحكيمية المقامة من المطعون ضدها وتعيينها محكماً عنها كان للحفاظ على حقوقها وخشية توقيع عقوبات عليها من قبل الغرفة، إذ لا تأثير لذلك على ان شرط التحكيم يسري على النزاع القائم بين الطاعنة والمطعون ضدها، ومن ثم يكون النعي بما تقدم على غير أساس.

ج . مجموعة العقود(العقد الجماعي والعقود المتتابعة والمجموع العقدي)

1 . العقد الجماعي هو: العقد الذي يتم توقيعه بين مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية، وبين فرد أو مجموعة من الأفراد مثل عقد العمل الجماعي التي

توقعه نقابة العمال مع صاحب العمل، فهذه الاتفاقات الجماعية ينصرف أثرها إلى الجميع سواء من وقع عليها من العمال ومن لم يوقع عليها[1].

2 . العقود المتتابعة(سلسلة العقود) هي:عقود متتابعة على محل واحد. وفي هذه الصورة تتابع العقود على ذات المحل رغم اختلاف أطرافها،مكونة بذلك سلسلة عقدية متصلة،كما هو الحال في عقو البيع المبرمة بين صاحب العمل والمقاول الأصلي،وبين المقاول الأصلي مع المقاول الباطن الأول،وبين هذا الأخير ومقاول الباطن الثاني ، أو قيام المستأجربإيجار شئ في عقد الإيجار ،وقيامه بتأجير هذا الشئ لشخص آخر، ومثال هذه الحالة:إبرام عقد بيع بين شخصين،وقيام المشتري ببيع نفس الشئ إلى مشتر ثان . أو إبرام عقد مقاولة عن نفس المحل أو جزء منه إلى مقاول آخر"مقاول من الباطن"[2]، فتنشأ العلاقة بين هذه العقود المختلفة ،بحسبان أنها تتعلق بعمل واحد أو بمشروع واحد[3].

فهل يمتد اتفاق التحكيم لسائر العقود، لو أبرمت عقود متتابعة على محل واحد وكان أحدها يتضمن شرط تحكيم؟.

([1])سميحة القليوبي، المرجع السابق،ص67.

([2]) في هذه الأمثلة:فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص175،مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد أثر التحكيم إلى الغير،ص97،جامعة الشرق الأوسط،2012/ 2013.

([3]) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال،المرجع السابق،ص494.

يذهب بعض الفقه[1] في هذه الحالة إلى أنه شرط التحكيم يمتد إذا كان رجوع أحد طرفي العقدين على الطرف الآخر بالدعوى غير المباشرة،حيث يكون الدائن في هذه الحالة مستعملا حق مدينه الناشئ عن عقد يتضمن شرط التحكيم،ويلتزم الدائن بهذا الشرط الذي يقيد حق مدينه، غير أن الشرط لايمتد إلى الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن ضد مدين مدينه في الحالات التي يخوله القانون ذلك.مثل رجوع المقاول من الباطن على رب العمل[2].أو رجوع المؤجر على المستأجر من الباطن[3].

وتبرير ذلك مرجعه إلى أن الدائن في استعماله للدعوى غير المباشرة في مواجهة مدين المدين ،إنما يستعمل حقا خاصا به نص عليه القانون،لاحق مدينه المقيد بشرط التحكيم. ولهذا لايمتد شرط التحكيم الوارد في العقد في هذه الحالة إلى الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن ضد مدين مدينه.

([1]) فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص175ومابعدها.عكس هذا،مصطفى الجمال،وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية،بند344،ص506.

([2])تنص المادة662 من القانون المدني المصري على أنه:"يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدرالذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل.

([3])تنص المادة1/596 من القانون المدني المصري على أنه:" يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر.

وعلى ذلك لايجوز للمقاول من الباطن أن يرجع على رب العمل بالدعوى المباشرة بطريق التحكيم ،استنادا إلى شرط التحكيم الوارد في عقد المقاول الأصلي،وإنما يجب عليه رفع دعواه إلى القضاء،دون أن يستفيد من شرط التحكيم الوارد في عقد المقاولة الأصلي،إلا إذا كان رجوعه على رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة[1].

ويذهب رأي[2] إلى إلى أن عقد المقاولة من الباطن إذا أشار إلى العقد الأصلي ،فإن الشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي يمتد لعقدالمقاولة من الباطن،ويمكن للمقاول من الباطن في هذه الحالة أن يستفيد من شرط التحكيم،ويمكنه . حال توافر شروط التدخل . أن يتدخل في الخصومة القائمة بين المقاول الأصلي والجهة المتعاقد معها، أما إذا لم يشرالعقد المقاولة من الباطن لم يتضمن إشارة إلى العقد الأصلي،فإن شرط التحكيم لايمتد إليه.

3 . **المجموع العقدي:** المجموع العقدي عبارة عن:مجموعة عقود مرتبطة معاً تقوم على فكرة وحدة المحل أو وحدة السبب بهدف تحقيق عملية واحدة ، فتشكل هذه العقود عملية اقتصادية واحدة وتهدف لتحقيق هدف مشترك، مثل اتفاق الكونسرتيوم consortium والمشروع المشترك، وعقود المقاولات من الباطن بهدف إنجاز مشروع مشترك، فهذه العقود مرتبطة معاً لتنفيذ مشروع واحد. فإذا وجد

([1]) فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص176.

([2]) هدى مجدي،ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، ص98ومابعدها،دار النهضة العربية2006..

اتفاق تحكيم في أحد تلك العقود دون بقية العقود المرتبطة بإنجاز مشروع معين امتد أثر اتفاق التحكيم إلى باقي العقود المرتبطة contrats liés بالمشروع. فمثلا لو أبرمت الشركة"الكونسيرسيوم" وطرف آخر اتفاق تحكيم،فإن هذا الاتفاق يعد ملزما لكافة الأشخاص الذين ضمنهم تلك التسميات،بحيث يجوز لأي منهم تحريك إجراءات التحكيم ضد الطرف الآخر،أو ضد الأشخاص المعنيين مجتمعين أو ضد أي منهم[1].

د . مجموعة الشركات والشركات المندمجة

1 . **مجموعة الشركات"الكونسيرتيوم" :يقصد بمجموعة الشركات** :عدد من الشركات الخاضعة لسلطة الرقابة والتوجيه التي تمارسها إحداها وتسمى بالشركة المسيطرة أو الشركة الأم، وتسمى الشركات الخاضعة بالشركات التابعة أو الوليدة، وهي أداة قانونية لتنظيم المشروع الرامي للتوسع[2].

وقد عرفها البعض بأنها:"تجمع عدد من الشركات تتمتع فيه كل شركة بشخصية قانونية مستقلة ومتميزة،في حين لايتمتع هذا التجمع يالشخصية القانونية بل بوحدة القرارات والإدارة والرقابة"[3].

([1]) محمود عمر محمود،إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية الأهرامات،ص32.

([2]) علي سيد قاسم: مرجع سابق، ص70.

([3]) عاطف الفقي،التحكيم التجاري متعدد الأطراف،ص26،دار النهضة العربية،2007.

ويتم تجمع الشركات بخضوع مجموعة من الشركات التي تمارس نشاطا اقتصاديا متماثلا أو مكملا لإدارة اقتصادية موحدة،ورقابة على ذمتها المالية،عن طريق إحدى الشركات التي تأتي على رأس المجموعة،وتسمى "الشركة الأم"[1].

وتتميز مجموعة الشركات بأنها تخضع لقرار اقتصادي . لاقانوني . واحد،وفي نفس الوقت تتمتع كل شركة بالمجموعة باستقلالية عن باقي شركات المجموعة.فهل يسري اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات هذه المجموعة في مواجهة باقي الشركات؟.

لم تتفق الآراء في خصوص الإجابة على هذا السؤال: 1 . ذهب رأي [2] مؤيدا بأحكام القضاء[3] إلى أنه وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة الاستقلالية التي تتمتع

([1]) عاطف الفقي،التحكيم التجاري متعدد الأطراف،المرجع السابق،ص24.

([2]) علي سيد قاسم ، نسبية اتفاق التحكيم،، بند25،ص38ومابعدها،دار النهضة العربية2000،محمود عمر: إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرامات "دراسة مقارنة"، ص29، على الموقع: www.gcac.biz .

([3]) حكمت محكمة النقض المصرية قبل صدور قانون التحكيم رقم27لسنة1994،بعدم انصراف آثار العقد إلى غير أطرافه،وفقا لنص المادة145 من القانون المدني،سواء كانت هذه الآثار حقا أم التزاما،وإذا كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة"المشترية" قد تفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه =

=من اختصاص هيئة التحكيم،وإذا لم تكن الشركة الناقلة طرفا في هذا العقد وتتحدد حقوقها والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينهما وبين الشركة البائعة،فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لايمتد أثره إلى الشركة الناقلة،ولايجوز التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين

بها كل شركة في مواجهة الأخرى فإن أي اتفاق تحكيم أو غيره من العقود تبرمه إحدى شركات المجموعة لا يلزم باقي شركات المجموعة. ويؤدي ذلك إلى عدم سريان امتداد شرط التحكيم لباقي شركات المجموعة استناداً لمبدأ سلطان الإرادة واستقلالية كل شركة عن الأخرى.

وطبقا لهذا الرأي ،فإن اتفاق التحكيم لايسري إلا في مواجهة الأشخاص الموقعة عليه دون غيرها،ويعد الغير أجنبيا عن العقد لايتأثر بما ينشئه من حقوق والتزامات.

2 . بينما ذهب رأي آخر[1]، إلى أنه نظراً لوجود علاقة ارتباط بين هذه الشركات، وتداخل بعض شركات المجموعة في تنفيذ المشروعات والعقود التي تبرمها إحداها، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاط لدى المتعاملين معها،فإن شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى هذه الشركات يمتد إلى باقي الشركات الأخرى،حتى ولولم توقع عليه،؛وذلك نظرا لوجود إرادة مشتركة لهذه الشركات في جميع الاتفاقات التي توقعها إحداها، طالما تدخلت في تنفيذ العقد أو كانت بحكم مراكزها ونشاطها مفترض فيها العلم بوجود شرط التحكيم ونطاقه.

الطاعنة"المشترية" تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقود. طعن رقم510جلسة20 يناير 1971،س35ق،مجموعة أحكام النقض،المكتب الفني،ص146.

([1])فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص173،أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق،ص301 هامش448،صفاء العيساوي: التحكيم متعدد الأطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، ص29، على الموقع: www.iasj.net/iasj

وهذا الرأي يستند إلى مفترض مؤداه وجود إرادة ضمنية للشركة الداخلة في المجموعة،والتي يراد مد اتفاق التحكيم إليها،اعتدادا بالظروف المحيطة والدور الذي ساهمت به الشرطة في المفاوضات السابقة على إبرام العقد وتنفيذه وفسخه،فقبول التحكيم والتوقيع على الاتفاق بشأنه،لايشترط أن يكون صريحا،بل قد يكون ضمنيا ،ومنه هذه الحالة.فالفرق قائم بين وجوب كتابة اتفاق التحكيم والتوقيع عليه[1].

ومن هذا المنطلق قضت محكمة النقض المصرية أن كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات ،لا يعد دليلاً على التزامها بالعقود التي تبرمها شركة أخرى داخل المجموعة، ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى، ولما كانت الشركة لم تكن طرفاً في الاتفاق ولم تتدخل في تنفيذه فلا يجوز إلزامها بشرط التحكيم أو قبول إدخالها في خصومته [2].

كما قضت هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي بأن اتفاق التحكيم يشمل جميع المشروعات النؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقدا تضمن شرط تحكيم،وأن شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من

([1]) راجع في هذا:فايزعبدالله الكندري،مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير،مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق،جامعة عين شمس،العدد الثاني، السنة42،يوليو2000 ص219ومابعدها.

([2]) نقض مدني 4729 لسنة 72، جلسة 2004/6/22، س55، ق117، ص638.

أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم،مادامت قد شاركت في تكوين العقد ةتنفيذه وإنهائه[1].

وعلى العكس من ذلك ذهبت هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي إلى أن ذلك الاتجاه لم ظهر إلا في التحكيمات الدولية المتعلقة بالشركات متعددة الجنسيات،والتي تكون مجموعة اقتصادية واحدة وتنفذ عملياتها التجارية والاستثمارية في البلاد المختلفة،تحت ستار الشركات الفرعية التي تكتسب جنسيات الدول التي يجري النشاط فيها،بحيث ينظر إلى اكتسابها لجنسية الدولة على اساس أنه عالمل يساعدها على مباشرة نشاطها وييسره لها،ولايكون كيانها القانوني المستقل إلا ستارا يمكنها من أدائها النشاط المذكور في سهولة ويسر في البلد الذي اكتسبت جنسيته،وأن القانون المصري قد حدد في المادتين145[2]، 152 [3] من القانون المدني على سبيل الحصر الحالات التي يمتد فيها العقد إلى الشركات التي تكون في مجموعة اقتصادية واحدة تمتعت كل منها بشخصية قانونية مستقلة[4].

([1]) حكم هيئة التحكيم في القضية التحكيمية رقم 109،لسنة1998،مركز القاهرة الإقليمي،جلسة1999/3/11،مجلة التحكيم العربي،العدد الثاني،ص224.

([2]) تنص على أنه:" ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام. دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام.

([3])تنص على أنه:" لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير. ولكن يجوز أن يكسبه حقا.

([4]) حكم هيئة التحكيم ،مركز القاهرة الإقليمي ،في القضية التحكيمية رقم 234،لسنة2001،جلسة1999/3/11،مجلة التحكيم العربي،العدد الخامس،ص189ومابعدها.

وهو ماانتهت إليه محكمة استئناف القاهرة، إذ حكمت ببطلان حكم التحكيم الذي قضى بإدخال شركة لم توقع على اتفاق التحكيم في خصومة التحكيم،وبإلزامها بالتضامن مع الشركة الموقعة عليه،وذلك على أساس أنه تجمعهما وحدة اقتصادية واحدة،واستند الحكم إلى أن شرط التحكيم لايمتد إلى الشركة الأخرى ولايلزمها،مالم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى[1].

وينتقد بعض الفقه[2] ماذهب إليه الرأي الثاني من امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في هذا الخصوص، وقرر بأن الأمر قد يصل إلى ماأسماه بـ " التحكيم الغيابي" نتيجة مد أثراتفاق التحكيم اذي أبرمته إحدى الشركات إلى شركات المجموعة،فالشركة الأم تخشى أن تجلب إلى التحكيم وهي راغمة،لمجرد أن الشركة الوليدة ضمنت عقدها مع الغير اتفاق تحكيم.

فمجرد الاستناد إلى تفسير إرادة الأطراف الضمنية لتقير الالتزام بالشرط،من شأنه أن يخلق نزعة توصف بالاستحواذ التحكيمي،وقد يلجأ المحكمون إلى تفسير هذا الأمر تفسيرا واسعا يجعله سلطة تحكمية.

([1]) نقض تجاري،في الطعنين رقما4729، 4730،جلسة22 / 2004/6، مجموعة الأحكام،ص1018.

([2]) حفيظة الحداد،الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم،المرجع السابق،ص145 ومابعدها،عاطف الفقي،التحكيم التجاري،المرجع السابق،ص83ومابعدها.

والأولى من هذا كله من وجهة نظر هذا الفقه أن التحكيم قد ازدهر وانتشر في هذا العصر وأصبح صنو القضاء ، وهذا يقتضي التيقن والتحقق من وجود الإرادة الصريحة للأطراف في الالتزام باتفاق التحكيم ،دون افتراض وجود هذه الإرادة ، ومد أثره إلى الغير.

والباحث يرجح الرأي الأول،ذلك أن الاتفاق على التحكيم لايفترض،وإنما يجب أن يكون صريحا وواضحا ومعبرا عن انصراف نية الأطراف إلى اتباع هذا الطريق،وأن يتضمن تحديد المنازعة أو المنازعات التي ينصرف إليها[1].

الشركة وفروعها: أما في حالة الشركة وفروعها،فإنه إذا أبرمت الشركة عقدا عن عمل يتعلق بأحد فروعها،ويحتوي على شرط تحكيم،فإن هذا الشرط . في ظل عدم تمتع الفرع بشخصية معنوية مستقلة عن الشركة ،وأنها مجرد إدارات تابعة للشركة الأم . يسري في حقها ويمتد للفرع أيضا.

أما إذا حدث العكس وأبرم الفرع اتفاق تحكيم ،فإن هذا الاتفاق أيضا يسري في حق الشركة؛طالما أن الشركة الأم قد ساهمت في إبرام العقد أو تنفيذه،كما أن

([1]) قارب:طعن رقم115لسنة52ق،جلسة11/16 / 1987،مجلة القضاء،س26ق،العدد الأول1988،ص414.

الفرع لايتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الشركة، فهو يبرم الاتفاق نيابة عنها[1].

وبالنسبة للشركة القابضة"الأم" والشركة التابعة لها،فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحداها لايسري إلا في مواجهتها فقط دون الأخرى ؛حيث تتمتع كل واحدة منهما بالاستقلالية في مواجهة الأخرى[2].

2. الشركات المندمجة

الاندماج يكون عن طريق الضم "الابتلاع" أوالمزج . أما الاندماج بطريق الضم أو الابتلاع فهو:فناء شركة أو أكثر من شركة من شركة أخرى قائمة ،بمعنى أن أحد الشركات تظل حية وتبتلع الشركة أو الشركات الأخرى ،أما الاندماج بطريق المزج فهو فناء شركتين أو أكثر وقيام شركة جديدة تنتقل إليها ذمة الشركات الغائبة.

والاندماج كما عرفه التوجه القانوني هو: اتفاق يرتب اتحاد شركتان قائمتان على الأقل في شركة واحدة تكون لها شخصية معنوية جديدة بعد اتخاذ إجراءات التأسيس، أو أن تبتلع شركة تسمى الشركة الدامجة شركة أخري تسمي المندمجة .

([1]) فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص175،أحمد السيد صاوي،التحكيم، المرجع السابق،بند39،ص58وما بعدها.

([2]) فتحي والي،الإشارة السابقة ،أحمد السيد صاوي،الإشارة السابقة.

والاندماج بذلك له صورتان: الأولى بطريق الضم وفيه تندمج شركة في شركة قائمة فعلاً، فتنقضي الشركة المندمجة لمصلحة الشركة الدامجة التي تبتلعها، والثانية بطريق المزج وترتب نشوء شركة جديدة تخلف الشركات المندمجة[1].

ويترتب على الاندماج انقضاء الشركة المندمجة في حالة الاندماج بالضم، أو انقضاء الشركات المندمجة في حالة الاندماج بالمزج، وفي كلا الحالتين تخلف الشركة الناتجة عن الاندماج خلافة عامة للشركات المنقضية بالاندماج فتخلفها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات.

وفي خصوص اتفاق التحكيم يذهب بعض الفقه [2]إلى أنه في حال الاندماج لاتلتزم الشركة التي لم تكن طرفا في اتفاق التحكيم به ،وإن كانت الشركة المندمجة معها قد عقدت الاتفاق المذكور ،فالالتزام بالاتفاق قاصر على هذه الأخيرة.

بينما يذهب رأي آخر [3]إلى امتداد اتفاق التحكيم في هذه الحالة،اعتبارا بالإرادة المشتركة لهذه الشركات، والتي تقتضي الاشتراك في جميع الاتفاقات التي توقعها

([1]) محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري، ط1، الجزء الأول، ص637 ، دار نشر الثقافة، الاسكندرية1951،مصطفى كمال طه، القانون التجاري "الشركات التجارية"، ص341 ، دار الجامعة الجديدة 1996، أحمد محمد محرز: الوسيط في القانون التجاري،ط2، ص596،منشأة المعارف،الاسكندرية 2004.

([2]) فوزي محمد سامي،التحكيم التجاري الدولي، ط1،ص227دار الثقافة،عمان2012.

([3]) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، خصومة التحكيم،ط1ص647،مطبعة جامعة القاهرة2007.

إحداها، فشرط التحكيم يمتد إلى باقي الشركات التي انغمست في تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم،والمنازعات المتعلقة به على نحو يفترض معه قبولها لاتفاق التحكيم، ولو تقم بالتوقيع عليه.

فإذا أبرمت إحدى الشركات اتفاق تحكيم ثم انقضت بالاندماج، فإن الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج أو الشركة الدامجة تحل محلها في آثار اتفاق التحكيم[1].

وهذه الحالة اعتبرها البعض . بحق . ليست استثناء على مبدأ نسبية اتفاق التحكيم باعتبار أن الشركة الدامجة أو الشركة الناتجة عن الاندماج تعد من الخلف العام، وبالتالي ليست من الغير، بل هي تطبيق للمبدأ ولا تعد من حالات امتداد اتفاق التحكيم للغير[2].

هـ . المرسل إليه في عقد النقل

تعتمد التجارة الدولية على النقل كثيرا،وبصفة خاصة النقل البحري والجوي،وإذا كان عقد النقل يبرم بين الناقل والبائع لمصلحة المشتري"المرسل إليه" الغائب . غالبا . عن مجلس العقد. فهل يمتد اتفاق التحكيم المبرم بين الناقل والبائع إلى المشتري"المرسل إليه"؟.

([1]) مها عبدالرحمن الخواجا: مرجع سابق، ص106 .

([2]) سميحة القليوبي، المرجع السابق،ص78.

اختلفت الآراء في هذه الحالة: فيذهب البعض[1] إلى الأصل أن المرسل إليه ليس طرفاً في عقد النقل أو سند الشحن،لأنه لايلتزم إلا بالشروط المتعلقة بالنقل وتلك الناشئة عنه،ولايعتبر شرط التحكيم من بينها. بينما يذهب رأي آخر[2] إلى أنه إذا تضمن سند الشحن شرط التحكيم فيعد هنا طرفاً في العقد، إذ ينتج سند الشحن أثره في حق المرسل إليه،باعتباره طرفا منضما لسند الشحن،اعتماداعلى فكرة الإرادة الضمنية للأطراف الأصليين. وعليه فإن اتفاق التحكيم،يسري في مواجهة المرسل إليه،استنادا إلى وجود ارتباط بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم.

وأقرت محكمة النقض المصرية امتداد أثر اتفاق التحكيم في حق المرسل إليه على أساس وجود ارتباط بين العقد الأصلي الذي هو في ذات الوقت محل اتفاق التحكيم[3].

ولم تجد محكمة تمييز دبي بدا من الحكم بعدم وجود شرط التحكيم متى كان واردا في سند الشحن وهو غير مقروء ومطبوع بخط دقيق بطريق تعجز الشخص العادي عن قراءته،ويتعين إبطاله وعدم الالتزام به. ولايغير من ذلك كون

([1]) مصطفى كمال طه، العقود التجارية،بند162،ص177ومابعدها،دار الفكر الجامعي2005.

([2]) راجع:محمد عبد الفتاح ترك،التحكيم البحري،ص577ومابعدها،دار الجامعة الجديدة2005، محمود عمر محمود،إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية الأهرامات،ص32.

([3]) نقض 453 لسنة 42، جلسة 1981/2/9، مشار إليه لدى د. سميحة القليوبي: مرجع سابق & وانظر أيضاً د. محمد نور شحاتة: مرجع سابق.

المتعاقدتين شركتان تعملان في مجال النقل البحري،وأنه يفترض علمهما بوجود شرط التحكيم بحكم تعاملهما في سندات الشحن([1]).

ويترتب على امتداد اتفاق التحكيم للغير، أن يصبح كلاً من الغير وأطراف الاتفاق في مركز سواء، وما يحق لطرفي الاتفاق يحق للغير، ويرتب اتفاق التحكيم لكلاهما أثران، أحدهما سلبي في حرمان اللجوء للقضاء بصدد موضوع التحكيم، وثانيهما إيجابي بفض المنازعة بطريق التحكيم.

([1]) حكم محكمة تمييز دبي،طعن رقم 87لسنة2003،جلسة10 / 5/ 2003، العدد الرابع عشر،ج1،ص567.

الفصل الثانى

شروط اتفاق التحكيم

تقسيم: ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعالج في الأول منهما الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم،وفي الثاني نعالج الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

الشروط الموضوعية

تمهيد:الاتفاق على التحكيم يعتبر عقداً من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة، وتسري عليه القواعد العامة التي نظمتها النظرية العامة للعقد([1]).

ويعد اتفاق التحكيم– شرطا كان أومشارطة – تصرفا قانونيا يجب أن تتوفر له أركانه كسائر العقود التي ينظمها القانون المدني ،ومن ثم فهو يخضع للشروط اللازمة لصحة العقد من ضرورة توافر الرضا والأهلية والمحل المشروع والسبب([2])، فهذه شروط عامة لازمة لصحة أي اتفاق أو عقد. ونعرض لذلك فيما يلي:

([1]) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م ، ص: 37.محمود السيد التحيوي، اركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكرالجامعي، الإسكندرية، 2008م، ص 135 .

([2]) استقر قضاء المحكمة العليا بسلطنة عمان على أنه : " يكون العقد باطلاً إذا اختل ركنه بأن لم يتطابق القبول مع الإيجاب، أو إذا كان الرضا صادراً ممن لم تتوفر فيه الأهلية، وكان المحل

المطلب الأول

الرضا

بحسبان أن اتفاق التحكيم يعدعقدا،فإنه يجب أن يتوافرالتراضي لدى أطرافه، ويكون التراضي متحققا بالنسبة لشرط التحكيم، وذلك بالمفاوضات التي تدور حول كل بنود أو شروط العقد، ومن بينها شرط التحكيم، ثم الاتفاق على مجمل العقد في النهاية. وليس ثمة هناك حاجة إلى تراض خاص بشأن شرط التحكيم([1]).

ويتحقق التراضي بقبول مبدأ التحكيم ذاته كموضوع للعقد، واثبات التراضي على ذلك كتابة إضافة إلى توقيع اتفاق التحكيم من الأطراف([2]).

كما يتحقق التراضى على اتفاق التحكيم بتبادل الرسائل أو البرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديث،التى تكشف عن رغبة الأطراف فى اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التى تثار بينهم.

أو السبب فاقداً شرطاً من شروطه كذلك يبطل العقد إذا كان من العقود الشكلية، ولم يتوفر بشأنه الشكل الذي يتطلبه القانون "· . حكم المحكمة العليا ، في الطعن رقم (2004/26) ، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا، الدائرة التجارية، مسقط،المكتب الفني، 2005م، ص 146.

([1]) قارب: عبد المنعم زمزم،قانون التحكيم الالكتروني،ص16،دار النهضة العربية1430هـ ،2009م.

([2])أحمد عبد الكريم سلامة،التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية . دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2006، ص216.

كما يتحقق التراضى على التحكيم إذا أحال الأطراف فى اتفاقهم إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم،إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد.

والمرجع في توافر التراضي وخلوه من العيوب التي تبطله ،يكون إلى القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم،وقد يكون هذا القانون هو قانون الإرادة ،أوقانون الموطن المشترك،أو قانون مكان التحكيم ([1]).

وطبقا لبعض الفقه ([2]) فإنه كما يكون الرضا صريحا،فإنه يمكن استخلاصه ضمنا، ويمكن أن يتحقق ذلك في حال مالو درج أحد الأشخاص في سياق معاملاته مع طرف آخر على التحكيم كوسيلة معتادة لفض المنازعات فيما بينهما،ثم أغفلا هذه الوسيلة في عقد من نفس النوع،أو عند تجديد نفس العقد. وذلك كما لو أبرم عقد بين شركتين علاقتهما التجارية متصلة،وجاء هذا العقد تبعا لعقود أخرى سابقة تحوي شرط التحكيم،وقامت نفس الشركتين بإبرام نفس نوع العقد أو قامتا بتجديد نفس العقد دون أن يتضمن شرط التحكيم.فهنا يمكن القول بوجود اتفاق ضمني نتيجة عمق العلاقات وتواترها بينهما واستقرار العمل بينهما على اللجوء للتحكيم.

([1]) اتفاق التحكيم،سميحة القليوبي،بحث مقدم إلى ندوة بعنوان التحكيم في عقود الأشغال والمقولات،عقد في الشارقة،دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 4 . 7 ديسمبر 2005،ص57.

([2]) محسن شفيق،التحكيم التجاري الدولي،ط1،ص175،دار النهضة العربة1997.

غيرأنه لايمكن قبول هذا القول في ظل الشرط الشكلي الذي لايكتمل اتفاق التحكيم بدونه،وهو وجوب كتابة اتفاق التحكيم بأي وسيلة كانت.فالرضا بالتحكيم لايفترض ،ولا عبرة باتفاق تحكيم غير مكتوب،ولايمكن استخلاصه ضمنا،حتى ولو دلت الظروف والقرائن على ذلك الاستخلاص الضمني،فهذا إذا صح في العقد،فإنه لايتماشى مع اتفاق التحكيم،وذلك لوجود المانع الشكلي وهو وجوب كتابة اتفاق التحكيم ؛نظرا للآثار الخطيرة التي تترتب عليه.

وإذا انتفت الإرادة عن اتفاق التحكيم كان باطلا. لذا وجب أن يكون التراضي سليما، قائما على إرادة متبصرة بموضوع اتفاق التحكيم، وعلى إرادة حرة غير مضطرة إلى إبرام هذا الإتفاق. وتجدر الإشارة إلى أن القانون لا يعتد بهذه الإرادة إلا إذا تم التعبير عنها في شكل معين. فالإرادة مسألة نفسية، وبالتالي لا تكفي وحدها لقيام اتفاق التحكيم، لذا يلزم الإفصاح عنها، بأن تخرج من نفس صاحبها إلى العالم الخارجي الملموس وذلك بالتعبير عنها([1]). فيجب أن يعبر عنه بصورة صريحة، حتى لا تثار صعوبات حول استجلاء إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم من عدمه ، فلا يعتبر السكوت قبولا ينعقد به اتفاق التحكيم،فلو أن أحد طرفي النزاع وجه إيجابا يعرض فيه فض المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما

([1]) محمود السيد التحيوي، اركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكرالجامعي، الإسكندرية، 2008م،المرجع السابق، ص379 .

عن طريق التحكيم،وحدد موعدا للرد على إيجابه،وانتهى هذا الموعد دون رد،فلا يعتبر ذلك قبولا للتحكيم([1]).

كما يجب أن تكون إرادة أطراف النزاع فى هذا الشأن واضحة لالبس فيها ولاغموض،لاتقبل تأويلا وليست محلا لأى شك يثار حولها.

وتطبيقا لذلك: فإن مجرد إرسال أحد طرفي العقد المتضمن شرط التحكيم إلى الغير المتعاقد معه لأخذ رأيه في الجوانب الفنية في هذا العقد لا يعني أنه أصبح مرتبطا بشرط التحكيم المدرج فيه.

والحكمة من ذلك أن التحكيم وسيلة استثنائية لحل المنازعات،واللجوء للقضاء هو الطريق العادى،وعليه وجب أن تكون الإرادة صريحة وقاطعة فى الاتفاق على التحكيم.

وقد اشترطت ذلك المادة12 من قانون التحكيم العمانى،حيث لايعتد القانون العمانى بالإرادة الضمنية فى هذا الخصوص.وقد جاء نص هذه المادة فى الصيغة الآتية:"يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا،ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمن ماتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

([1]) سميحة القليوبي،دور القضاء المصري في تفعيل اتفاق التحكيم،مجلة التحكيم العربي،العدد الرابع عشر،ص47.

كما يجب أن يكون هذا التراضي خالياً من جميع العيوب التي قد تشوب الإرادة،وأن يكون صادراً من شخص يتمتع بالأهلية القانونية لإبرام اتفاق التحكيم،أي تكون لديه أهلية التصرف في حقوقه بالنسبة للشخص الطبيعي([1]).

ويرى بعض الفقه([2]) أنه لامجال للغلط . كعيب من عيوب الإرادة . في محل العقد . ([3])؛بحسبان أن المحل واحد لايختلف من حالة إلى أخرى.كما لامحل للغلط في القيمة،حيث إن محل العقد . في نطاق التحكيم . ليس له قيمة مالية تقبل الزيادة أو النقصان. وإن كان الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته أمر متصور.

غير أن الغلط . كعيب من عيوب الرضا . الذي يلحق بمحل العقد الأصلي أو بقيمة المعقود عليه لايؤثر في اتفاق التحكيم؛لاستقلال كل منهما عن الآخر، مالم يكن الغلط مشتركا بين العقد الأصلي وشرط التحكيم أيضا،فيؤثر الغلط في هذه

([1])"م11"من قانون التحكيم المصري. وتثبت الأهلية . كأصل عام . ببلوغ سن الرشد21سنة.وتختلف هذه السن باختلاف القوانين المنظمة لها.

([2]) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية،ط3،ص45،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية2010.

([3]) يتمثل المحل هنا في إخراج النزاع من ولاية القضاء للفصل فيه من قبل المحكم.

الحالة في العقد والشرط معا([1]). كما لو وقع إكراه على أحد المتعاقدين،فإن هذا الإكراه يؤثرفي صحة العقد والشرط معا.

وعلى هذا إذا ما لحق اتفاق التحكيم عيب من عيوب الرضا، كالخطأ أو التدليس أو الإكراه فإن الإتفاق عندها يكون باطلا.

ويترتب على هذا أنه لا يعتد بإرادة الصبي غير المميز لفقدانه الأهلية. كذلك لا يعتد برضا المجنون أو السكران سكرا بينا يفقده القدرة على التمييز([2]).

غير أن انعدام التمييز لدى أحد العاقدين لا بد أن يصيب العقد الأصلي، واتفاق التحكيم الملحق به معا، بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر،ومن ثم فإذا دفع أحد طرفي التحكيم ببطلان العقد لانعدام إرادته عند التوقيع، فإن البطلان لا يقتصر على العقد الأصلي وحده، وإنما يمتد إلى عقد التحكيم، وبطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة إنما يكون لعيب ذاتي فيه وليس لمجرد ارتباطه بالعقد

([1]) وذلك كما لو كان المتعاقد هو شخص محل اعتبار اعتبار في العقد، فالغلط في صفة من صفات من صفات المتعاقد ،كما يؤثر في صحة العقد،فإنه يمتد بالتبعية إلى اتفاق التحكيم الوارد في هذا العقد،لأن المتعاقد في الحالين واحد.

([2]) مصطفى الجمال،عكاشة محمد عبد العال،التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، النهضة العربية،القاهرة،الطبعة الأولى،ص 388.ويمكن تبعا لذلك رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إذا صدر بناء على إرادة معيبة،وهذا ماصرحت به الفقرة (1/ب) من المادة(53)من قانون التحكيم المصري،حيث نصت على أنه:" 1- لاتقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الاحوال الآتية :"... ب – إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إيراده فاقد الأهلية او ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

الأصلي. وهو لذلك لا ينفي استقلال شرط التحكيم على نحو تظل النتائج المترتبة على مبدأ استقلال التحكيم قائمة. وأخصها في هذه الحالة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة وجود اتفاق التحكيم وبطلانه. إعمالا لحكم المادة (23) من قانون التحكيم المصري([1]).

ولايكفي أن يتوافر الرضا لدى المتعاقدين فحسب، بل يجب أن تتجه إرادتهما إلى إحداث الأثر القانوني الذي يرتبه التصرف،وأن يدرك المتعاقدين معنى التصرف الذي يقصدانه([2]).

ويمكن القول بناء على ذلك أن الإرادة لابد أن تكون إرادة حقيقية تتجه إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات،فينعدم الاتفاق لانتفاء الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني الذي يرتبه العقد إذا كان الرضا صوريا،وبالتالي فإن اتفاق التحكيم لايوجد إلا إذا اتجهت إرادة الطرفين بوضوح إلى فكرة التحكيم، وجوهرها الاتفاق على إحالة نزاعاتهم إلى التحكيم وتسويتها بهذ الطريق[3].

([1]) راجع: نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، التحكيم التجاري الدولي، ص 66-67، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

([2])عبدالفتاح عبد الباقي،نظرية العقد والإرادة المنفردة،دارالنهضة العربية،القاهرة، 1984م، ص88، نادية محمد عوض، التحكيم التجاري الدولي،دارالنهضة العربية،القاهرة، 2002، ص 63.

(3)أبو الوفا، التحكيم الإختياري والاجباري،ط5، ص15 ،منشأة المعارف،الاسكندرية2001، أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، ص 47 ،دار النهضة العربية،2000.وقرب:يزيد أنيس نصير،التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن،مجلة الحقوق،تصدرهاجامعة الكويت،عدد4،السنة27،ديسمبر2003،ص93،فايز نعيم رضوان،اتفاق

وعليه:لا يكفي الاتفاق على مجرد عدم الالتجاء إلى القضاء للقول بوجود اتفاق على التحكيم ([1]).

وفيما يتعلق بالقانون الواجب تطبيقه على التراضى،فإنه يخضع للقانون الواجب تطبيقه على اتفاق التحكيم([2]).

وإذا كانت معظم قوانين التحكيم العربية قد اعتبرت الكتابة ركنا شكليا في اتفاق التحكيم([3])؛حملا لأصحاب الشأن على التروي قبل قبول التحكيم،وإدراكهم لعاقبة ماهم مقبلون عليه،فإن الكتابة تضحى هي الوسيلة الحصريه الوحيدة للتعبير عن الإرادة، وعليه يجب أن تتطابق العبارات المكتوبة مع إرادة من نسبت إليه،وحصرالتعبيربالكتابة يعني إهدار كل قيمة قانونية للرضا الذي يتم التعبير عنه بوسيلة أخرى غير الكتابة ما لم يتم التعبير عنه بعد ذلك في محرر مكتوب،فحيث

التحكيم،مجلة الأمن والقانون،تصدرها أكاديمية شرطة دبي،السنة15،العدد الأول يناير2002،ص69.

([1]) مصطفى الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص 388.

([2]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص221،وفى تأييده: محمود لطفى محمود عبد العزيز،الوجيز فى قانون التحكيم العمانى،ص43،دار الكتاب الجامعى2017.

([3]) م12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م ،والفصل"6"من مجلة التحكيم التونسي.

يحصر القانون التعبير عن الإرادة بالكتابة، فإنه يكون قد وضع أمام حرية التعبير قيداً شكلياً لا يجوز مخالفته([1]).

إلا أن هذه القوانين لم تستوجب في هذه الكتابة شكلاً خاصاً،فتصح في شكل كتابة رسمية أوعرفية،مكتوبة باليدأو بالآلة الكاتبة،أو كانت عبرالوسائل الالكترونية الحديثة.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان التحكيم الكترونيا،فإن اتفاق التحكيم فيه يمكن أن يكون بالوسائل الالكترونية أو التقليدية على حد سواء،وفيه يتم العقد بين الطرفين بتبادل التعبير عن الرضا،حيث يتطابق القبول الالكتروني مع الإيجاب الالكتروني،وذلك كالضغط على مفتاح القبول في العقود النموذجية التي تتضمن شرط التحكيم الالكتروني"أو التقليدي" ،فإن ذلك يعد كافيا لصحة اتفاق التحكيم([2]).

([1])عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون(دون طبعة وتاريخ نشر)، ص: 57 .

([2])عبد المنعم زمزم،التحكيم الالكتروني،المرجع السابق،ص62،وتأييدا له :هشام بشير وإبراهيم عبد ربه،التحكيم الالكتروني، المرجع السابق،45.

المطلب الثاني

الأهلية

يقصد بالأهلية: "صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات"([1]). ولما كان اتفاق التحكيم تصرفا قانونيا، تتجه إرادة طرفيه إلى إحداث أثر قانوني، يتجلي في نزع الاختصاص عن القضاء في نظر منازعات الأطراف، ومنحه لهيئة التحكيم،كان من الضروري، أن تتوفر لدى كل طرف أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لإبرام الاتفاق.

ومناط أهلية الأداء، هو توفر أهلية التصرف في الحقوق، فكل من يملك التصرف في حقوقه المالية أصلا أو بإذن من المحكمة أو بحكم القانون، يكون أهلا لإبرام اتفاق التحكيم[2]. ونتناول فيما يلي أهلية الشخص الطبيعي والمعنوي لإبرام اتفاق التحكيم.

([1]) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد ، المرجع السابق، ص244 .ويفرق القانون بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء.فأهلية الوجوب هي :صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات،وهذه تثبت للشحص بمجرد ولادته حتى مماته،.أما أهلية الأداء فيقصد بها:صلاحية الشخص لاستعمال الحق والقدرة على التعبير عن إرادته بنفسه تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه. لمزيد من التفصيل: عبد الرازق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام،ج1 بند145ص222ومابعدها،تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي،مؤسسة الأمل بالتعاون مع نقابة المحامين المصريين2007.

(2)وهذا ما ذهبت إليه تشريعات التحكيم في البلاد العربية. على سبيل المثال:م11من قانون التحكيم المصري،وم11 من قانون التحكيم العماني ،وم6 قانون التحكيم اليمني،وم5 من مشروع

أولا:أهلية الشخص الطبيعي

الأهلية اللازمة فيمن يبرم اتفاقا على التحكيم هي أهلية التصرف[1]. لما يترتب على هذا الاتفاق من آثار إجرائية خطيرة،ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة، أي تنازلا عن الضمانات التقليدية التي يوفرها القضاء للأفراد،وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر[2].

وبناء عليه يقصد بالأهلية هنا: الأهلية اللازمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم . ولا يمكن للشخص أن يجري اتفاقا على ذلك إلا إذا كانت له أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمها بالتحكيم[3].

قانون التحكيم الليبي، وم8 من قانون التحكيم التونسي،وم7من قانون التحكيم الموريتاني،وم233من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني،وم9 من قانون 9من قانون التحكيم الأردني،وم3/173من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي،وم2من نظام التحكيم السعودي،وم4/203 من قانون الإجراءات المدنية والتجراية الإمارتي.

(1) حكم محكمة النقض بدولة الإمارات ،طعن رقم 405 لسنة2016،س10ق .أ،لسنة2016،جلسة21/ 6/ 2016،مكتب تنفيذي10،ص1070،وطعن رقم4لسنة2010، س10، ق.أ،201،جلسة 25/ 2/ 1،2010، ص395.

(2) قد يترتب على التحكيم فقدان الحق إذا قضى المحكمون لغير صالح أحد الخصوم،أو قضوا بتعديل نطاق مزايا الحق. فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص109،أحمد السيد صاوي،ص38.

(3)محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، النظرية العامة للتحكيم،ص112 ،دار الفكر الجامعي، القاهرة،1990م.

والحكمة من ذلك:أن اتفاق التحكيم يعد تصرفا قانونيا تتجه فيه إرادة الأطراف إلى إحداث أثر قانوني معين،يتمثل في الاتجاه إلى التحكيم لحسم المنازعة بينهم ،وصرف النظر عن قضاء الدولة،ولكي يبرم هذا الاتفاق،فإنه يجب أن يتوافر لطرفيه أهلية التصرف في الحقوق محل التحكيم، أي لابد أن يكون الشخص قد بلغ سن الرشد[1]. وعلى ذلك نصت المادة11من قانون التحكيم المصري بقولها:" لايجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه".

وأهلية التصرف لا تثبت إلا لمن يصل سن الرشد ولم يكن محجورا عليه لجنون أو عته أو سفه أو ذو غفله. مع الوضع في الاعتبار النصوص القانونية الخاصة بالولاية على المال،والتي تجعل للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم إليه أو يوضع تحت إمرته لأغراض النفقة،وكذا النصوص التي تجعل لمن يبلغ سنا معينة من عمره أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر.

وتطبيقا لهذا الشرط لا يجوز لعديم الأهلية أو للقاصر ما لم يكن مأذونا له بالإدارة إبرام عقد تحكيم[2].فمقتضى الاعتراف للقاصر المأذون له بالتعاقد والتصرف في إطار معين يقتضي أن يعترف له أيضا بالحق في الاتفاق على

(1)أحمد عبد الكريم سلامة،قانون التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق،ص349.

(2)أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري،مجلة الحقوق،ص5 ،السنة السادسة،العددان الأول والثاني1952- 1954م .

التحكيم في كل ما يتعلق بالعقود التى هو أهل لإبرامها وفقا للإذن الممنوح له [1]. وكذلك الولي أو الوصي أوالقيم لا يستطيع إبرام اتفاق التحكيم، إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة[2].

كما لايجوز لمن أشهر إفلاسه أن يبرم اتفاق تحكيم،وإن أبرم اتفاق تحكيم،فإنه لاينفذ في مواجهة جماعة الدائنين.كما لايجوز لمن أشهر إفلاسه أن يبرم اتفاق تحكيم،وإن أبرم اتفاق تحكيم،فإنه لاينفذ في مواجهة جماعة الدائنين.مالم يكن ذلك قبل شهر إفلاسه أو فترة الريبة،أو كان الاتفاق متعلقا بالأموال التي لم تدخل في التفليسة،وهي تلك التي لايجوز الحجز عليها والأموال التي لم يشملها غل يد المدين[3].

(1) قارن: من يرى أنه رغم الإذن للقاصر من الجهة المختصة في القيام بالإدارة ،فإن صافي دخل القاصر لايجوز له التصرف فيه إلا بالقدر اللازم لسداد نفقته قانونا ،سواء كان الإذن بالتجارة شاملا لكل أنواع التجارة أو خاضعا بنوع أو أكثر منها.سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم،المرجع السابق،ص12.

(2)مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق،ص434، 1998م.

(3)فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،ط1، ص109وهامش3بذات الصفحة والمراجع التي أشار إليها، منشأة المعارف،الإسكندرية، 2007م.وإذا أبرم المفلس اتفاق تحكيم قبل الإفلاس،فإنه يكون قد وقع منه وهو كامل الأهلية،فإذا أفلس بعد ذلك،فإنه يحل محله وكيل التفليسة. عبد الحميد الأحدب،موسوعة التحكيم في البلاد العربية،ج1،ص65، دار المعارف،1998.

ولايصح للوكيل إبرام عقد تحكيم إلا إذا كان مزودا بوكالة خاصة،ومن ثم لا يملك الوكيل وكالة عامة،إبرام اتفاق تحكيم، لأنه ليس له أهلية التصرف، ولكن له أهلية الإدارة والحفظ فقط ، وعلى هذا فإن الوكالة العامة التي ترد في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع العمل القانوني محل التوكيل لا تخوله القيام بذلك[1].

وقد حكمت محكمة النقض بدولة الامارات بـ :"عدم جواز التحكيم في الحق المدعي به إلا بتوكيل خاص من الموكل صاحب الحق إلى الوكيل . وببطلان الاتفاق على التحكيم من غير الموكل به توكيلاً صحيحاً من صاحب الحق[2].

---

(1)محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم،المرجع السابق،ص123 . وهذا ما قررته: المادة 732 مرافعات ليبي حيث تنص على أنه :"لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعي به وإلا التحكيم فيه".

(2) طعن رقم179لسنة2011،س5ق أ،جلسة16/ 10/ 2011،المكتب الفني ،ص201.وقد جاء بهذا الحكم:" لما كانت المالكة السابقة للفندق وحسب المادة الأولى من عقد الإدارة إنما عينت شركة أبوظبي المطعون ضدها لإدارة الفندق بالنيابة عنها ، وفوضت لها بموجب المادة 3/12 من هذا العقد صلاحية إبرام عقود مع الغير لاستغلال منافذ وأقسام الفندق على أن تنتهي هذه العقود بانتهاء مدة عقد الإدارة . ولم تفوض لها صلاحية الاتفاق على التحكيم لحل أي نزاع ينشأ عن تنفيذ هذه العقود . والمطعون ضدها لما أبرمت عقد الامتياز مع الفندق الطاعن إنما أبرمته كوكيلة عن المالكة السابقة . ولذلك فإن شركة بيرل أزور المطعون ضدها لما اشترت الفندق وحلت بموجب عقد الحلول محل المالكة السابقة كطرف في عقد الإدارة ، فإنها تكون قد حلت محلها في عقد الامتياز كطرف أصيل وليس كخلف =

=خاص . لكن حيث لما كان التحكيم في الحق المدعى به لا يصح عملا بالمادة 2/58 المذكورة أعلاه بغير تفويض خاص به من الموكل للوكيل . فان الاتفاق على التحكيم الذي أبرمته المطعون ضدها مع الطاعن ضمن عقد الامتياز بغير تفويض خاص به من مالكة الحق المدعى به للمطعون ضدها يعتبر اتفاقا باطلا . ولذلك فالحكم بتعيين محكم لحل النزاع الصادر سندا إليه

لا يرتب أي أثر تجاه المطعون ضدها،ما دامت لم تأذن به . وبهذه العلة القانونية المستمدة من الوقائع المعروضة على قضاة الموضوع والمرتكزة على مقتضيات المادة 2/58 إجراءات مدنية تعوض المحكمة علة الحكم المنتقدة وهي " ان الحكم الصادر بتعيين محكم لفض النزاع لا يعتبر حجة على المطعون ضدها،لأنها لم تكن طرفا فيه " . مما يكون معه ما قضى به الحكم المطعون فيه من تأييد الحكم الابتدائي الذي رفض الدفع بسبق الفصل في النزاع مبررا بالعلة القانونية المشار إليها أعلاه ، ويضحي النعي على غير اساس .

كما قضت أيضا في حكم آخربوجوب أن يكون للاتفاق على التحكيم وكالة خاصة. وإبرام الوكيل الصفقة لحساب الموكل لا يخوله حق الموافقة على الالتجاء للتحكيم مما ينشأ عنها من نزاع طالما لم يفوضه تفويضاً خاصاً. وتوقيع الوكيل على العقد المتضمن شرط التحكيم وكتابة كلمة المدير العام تحت توقيعه لا تفيد موافقة الشركة على شرط التحكيم طالما لم يفوض تفويضاً خاصاً بذلك ولم يثبت تعيينه مديراً لها. وتفويض المحامي أهلية الالتجاء للتحكيم أو الموافقة عليه أو أي تصرف يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً. موافقته بعد إقامة الدعوى بإحالته للتحكيم أو تمسكه بوجود شرط التحكيم لا يحتاج إلى توكيل خاص.

وقد جاء في هذا الحكم أن :"تمسك الطاعنة بإجازة المطعون ضدها شرط التحكيم عند دفع محاميها الموكل توكيلاً خاصاً باللجوء للتحكيم أو الموافقة عليه دعوى إثبات حالة بينهما بعدم قبولها لوجود شرط التحكيم. دفاع جوهري. عدم رد الحكم المطعون فيه عليه وقضاؤه ببطلان حكم التحكيم إخلال بحق الدفاع وقصور. و نص في المادة235 من القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1984 بشأن الشركات التجارية الواردة في الباب الخاص بالشركات ذات المسؤولية المحدودة على أن "يتولى ادارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة مديرا أو اكثر...." وفي المادة 237 منه على أنه " ما لم يحدد عقد تأسيس الشركة سلطة المدير، يكون لمدير الشركة السلطة الكاملة في ادارتها وتعتبر تصرفاته ملزمة للشركة بشرط أن تكون مشفوعة ببيان الصفة التي يتعامل بها..." تدل مجتمعة على أن الاتفاق على التحكيم لا يكون صحيحا الا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع، لان الاتفاق على التحكيم يعنى التنازل عن رفع الدعوى الى قضاء الدولة بما فيه من ضمانات للمتقاضين ولذا يستلزم الاتفاق عليه وجود وكالة خاصة، وأن مجرد ابرام الوكيل صفقة لحساب موكله لا يخوله الحق في الموافقة على الالتجاء للتحكيم مما ينشأ عن هذه الصفقة من نزاع بين الموكل والطرف الآخر طالما أن الموكل لم يفوضه تفويضا خاصا في هذا الخصوص. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن العقد المبرم بين الطرفين

وفي خصوص المدير بالشركة ذات المسئولية المحدودة فقد أقرت هذه المحكمة بأهليته لإبرام اتفاق تحكيم وتسمية المحكم،فقضت بأن :"لمدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة وعلى ما تفيده المادة 37 من قانون الشركات التجارية لسنة 1984 السلطة الكاملة في إدارتها وهي تشمل أهليته في الاتفاق على التحكيم، ولا يغير من ذلك ما تقضي به المادة 2/58 من قانون الاجراءات المدنية الإمارتي من أنه "لا يصح بغير تفويض خاص الاقرار بالحق المدعى به أو التنازل عنه أو

بتاريخ 2008/5/4 انه نص في البند 3/22 منه "على الطرفين ان يحاولا تسوية كافة الأمور التي تنشأ بموجب هذا العقد وديا لكي يتم تسوية كافة المنازعات المتعلقة بهذا العقد التي يتعذر تسويتها وديا خلال مدة معقولة بشكل نهائي استنادا الى لوائح التحكيم لغرفة التجارة الدولية بدون اللجوء الى المحاكم العادية". وموقع عليه من " ..... المدير العام" عن الشركة المطعون ضدها وكان التوكيل الصادر له من رئيس مجلس ادارة الشركة وهي شركة ذات مسؤولية محدودة وقد ورد به "تشهد هذه الوثيقة أن رئيس مجلس الإدارة قد نصب وعين بموجب هذه الوكالة السيد ..... مدير المشروع من شركة ..... ليعمل بصفته الوكيل الفعلي والشرعي بالنيابة عن الشركة وللقيام بعمل وتنفيذ اي من جميع التصرفات والأمور التالية وباسم الشركة، وكانت تلك الوكالة لم تتضمن تفويضه الاتفاق على التحكيم ، كما أن هيئة التحكيم أثبتت اطلاعها على سند التوكيل الممنوح له بتاريخ 2007/3/6 وانتهت في حكمها انه تبين بشكل=

= واضح ودون أي لبس أو غموض أن ذلك التوكيل لم يمنح صراحة السيد ..... صلاحية توقيع الاتفاقية الكاملة بما فيها بند التحكيم. وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد تعيينه مديرا للشركة ذات المسؤولية المحدودة وكان توقيعه على العقد وكتابة كلمة "المدير العام" تحت توقيعه لا يفيد بمجرده موافقة الشركة المطعون ضدها ضمنا على شرط التحكيم الذي تضمنه العقد طالما أن الموكل لم يفوضه تفويضا خاصا في هذا الخصوص، واذ رتب الحكم المطعون فيه قضاءه على هذا النظر فانه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعى على غير أساس. طعن رقم 405 لسنة2016،س10ق .أ،لسنة2016،جلسة21/ 6/ 2016،مكتب تنفيذي10،ص1070.

الصلح أو التحكيم...) إذإن حكم هذا النعي ينصرف فحسب إلى الوكيل بالخصومة أمام المحكمة، ولا يتعدى إلى سلطة مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة في إدارتها وأهليته في الاتفاق على التحكيم. لما كان ذلك وكانت الشركة الطاعنة هي شركة ذات مسؤولية محدودة وأن ..... هو مديرها – وفقا لما ورد بسبب النعي –ومن ثم يكون له السلطة الكاملة في إدارتها وهي تشمل أهليته في الاتفاق على التحكيم وتسمية المحكم...ومن ثم فإنه إن كان التوكيل الممنوح من الموكل للمحامي لرفع الدعوى أمام القضاء يخول المحامي في الاتفاق على التحكيم، ووافقه لاحقا على إحالة النزاع للتحكيم ووقع على وثيقة التحكيم ،استنادا إلى شرط التحكيم المبرم بين موكله وخصمه والذي تمسك به خصمه فيمتنع على الموكل أن يتمسك بعدم وجود توكيل خاص للمحامي للاتفاق على التحكيم، أو توقيع وثيقة التحكيم، إذ لا يحتاج إلى توكيل خاص من موكله فيما يبديه من موافقة على التحكيم باعتبار أن ذلك يقع ضمن وكالته، ومن صميم الإجراءات الموكل بها أثناء ترافعه نيابة عن الموكل. لما كان ذلك وكان الثابت أن الشركاء في الشركة الطاعنة قد عينوا ..... مديراً للشركة وفوضوه في الاتفاق على التحكيم وتعيين المحكمين وطلب التصديق على قرارتهم وقد وكل بدوره المحامي ..... ليكون وكيلا منفردا في المرافعة والمرافعة في الدعوى رقم 53 لسنة 2013 تحكيم مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري وما تتفرع عنها من دعاوى أو تبعات أو مطالبات مدنية أو إجراءات تنفيذية، كما أنه مفوض في الإقرار والصلح والإبراء والإسقاط

وتعيين الخبراء والمحكمين أمام مركز التحكيم وتسمية المحكمين ،كما أنه مفوض في كل ما يراه مناسبا لصالح الشركة بهذه الوكالة مصدقا من الآن على جميع ما يقوم به أو من ينوب عنه في هذا الخصوص. وبالتالي فهو مفوض في التوقيع على كافة مستندات التحكيم ومحاضر الجلسات واتخاذ كافة القرارات التي قد تكون لازمة لإجراء التحكيم وأن له كامل السلطات لاتخاذ القرارات في هذا الخصوص، ومن ثم فإنه لا يقدح في صحة الحكم قول الطاعنة أن مديرها فوض المحامي المذكور في الحضور لتقديم دفاعها وليس للتوقيع على وثيقة التحكيم ،طالما أن الثابت من التوكيل الذي منحه له أنه فوضه صراحة في اعتماد القرارات وإبداء الموافقات والاعتراضات حسبما يراه مناسبا نيابة عن الطاعنة، وأنه مفوض في جميع ما يقوم به من فعل أو قول نيابة عنها فيما يتعلق بالقضية موضوع التحكيم، وإذ أقام الحكم قضاءه على ذلك النظر فإن النعي يكون على غير أساس([1]).

وكما تكون الوكالة صريحة ،فإنها قد تكون ضمنية تستفاد من واقع الحال. وفي هذا الخصوص قضت محكمة أبوظبي الاتحادية بأن:"الاتفاق على اللجوء الى التحكيم لا يصح إلا ممن كانت له أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه وليست أهلية الالتجاء الى القضاء، وأن موافقة وكيل الخصم على التحكيم تحتاج الى تفويض خاص من الموكل، الا أن سلطة الوكيل قد تكون صريحة أو ضمنية أو

([1]) حكم المحكمة الاتحادية بأبو ظبي،طعن رقم4لسنة2010،س10،ق.أ،201،جلسة 25/ 2/ 2010،1، ص395.

ظاهرة، ويكون التفويض صراحة إذا كان بالكلام قولاً أو كتابة، ويكون التفويض ضمنا إذا كان يستنتج من واقع الحال، وأن في الوكالة الخاصة ليس للوكيل سوى مباشرة الأمور المعنية فيها وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات والعرف الجاري، فاذا تضمنت تفويض المحامي الموكل أصلية الالتجاء للتحكيم أو الموافقة عليه والاقرار بالحق المدعى به أو التنازل عنه او الصلح أو التحكيم فيه أو اي تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضا خاصا، وكان المحامي لم يخرج عن نطاق وكالته ووافق لاحقا بعد إقامة الدعوى على إحالة النزاع إلى التحكيم استنادا الى شرط التحكيم المبرم بين موكله وخصمه أو تمسك بوجود شرط التحكيم فإنه لا يحتاج إلى توكيل خاص من موكله فيما يبديه من موافقة أثناء موالاة نظر الدعوى أمام المحكمة، ذلك أن المحامي الموكل في الخصومة يقوم مقام موكله في الترافع نيابة عنه في الدعوى المرفوعة منه أو عليه وأن ذلك يقع ضمن وكالته ومن صميم الإجراءات الموكل بالقيام بها أثناء ترافعه نيابة عن الموكل، إذ هو لا يحتاج في هذه الحالة الى توكيل خاص فيما يبديه من رد على خصمه ،وأن يتمسك في دفاعه بوجود شرط التحكيم([1]).

([1]) وكان رئيس مجلس ادارة الشركة المطعون ضدها قد أناب عنه المحامي في الدعوى رقم 146 لسنة 2011 مستعجل أبوظبي المرفوعة من الطاعنة، وفي كل ما يتفرع عنها وله في سبيل ذلك المرافعة..... والصلح والإسقاط والإبراء والترك والإقرار والإنكار وفي القبض والصرف، وله حق اللجوء الى التحكيم والمحاسبة وانتداب الخبراء والمحكمين والمصفين والمحاسبين وطلب عزلهم وتعيين غيرهم وفي الاعتراض على تعيينهم.... وحق طلب التصديق على قرار التحكيم وفسخه.... وأن له على العموم اتخاذ كافة ما يراه ضروريا ولازما لاداء المهام

ويرجع إلى قانون الشخص لتحديد الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم،فعلى سبيل المثال :إذا ثار نزاع أمام القضاء المصري أو العمانى بخصوص اتفاق تحكيم ودفع أحد الخصوم بعدم اكتمال أهليته لإبرام هذا الاتفاق ،فإن القاضى يطبق المادة11 من القانون المدني المصري والمادة11 من قانون المعاملات المدنية العماني والتى تتضمنان النص على سريان الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم وفقا لقانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم..." [1].

الموكله اليه وممارسة ما سبق ذكره من صلاحيات. ومن ثم فان تلك الوكالة توكله في الاتفاق على التحكيم والتمسك بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم طالما أن الثابت من التوكيل الذي منحه اياه رئيس مجلس إدارة الشركة المطعون ضدها أنه فوضه صراحة في اللجوء إلى التحكيم وإبداء الموافقات أو الاعتراضات حسبما يراه مناسبا نيابة عن الشركة، وله حق تقديم الطلبات والرد على طلبات المدعية... وله حق التنازل والإقرار والصلح والإنكار، واذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على بطلان شرط التحكيم إذ إن من وقع على العقد المبرم بينهما والمتضمن شرط التحكيم لم يكن مفوضا بالاتفاق على التحكيم ولم يرد على ما تمسكت به المطعون ضدها من أن الطاعنة أجازت شرط التحكيم عندما تمسك به وكيلها أمام المحكمة بوجود شرط التحكيم رغم إيرادها هذا الدفع الأمر الذي يصيب حكمها بالإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب مما جره الى الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه. طعن رقم 405 لسنة2016،س10ق .أ،لسنة2016،جلسة21/ 6/ 2016،مكتب تنفيذي10،ص1070. وحكمها،طعن رقم4لسنة2010،س10،ق.أ،201،جلسة 25/ 2/ 1،2010، ص395.

(1) تنص المادة (1/11 من القانون المدني المصري على أن:" الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد

في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته". كما تنص المادة1/11 من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه:" يسري على الحالة المدنية

أما إذا كان النزاع حول أهلية أحد الأطراف لإبرام اتفاق التحكيم مطروحا على قضاء دولة تنص قواعد الإسناد بها على تطبيق قانون الموطن على الأهلية فإنه يطبق قانون الدولة التى يتوطن بها هذا الشخص،وذلك للتأكد من توافر أهلية الاتفاق على التحكيم لديه.

وإذا كانت أهلية الاتفاق على التحكيم تخضع لقانون الجنسية وقت إبرام اتفاق التحكيم،فإن هذا القانون هو الذى يحدد متى يعتبر الشخص رشيدا ومتى يعتبر ناقص الأهلية،كما يحدد الحالات التى يجوز فيها للقاصر إبرام اتفاق التحكيم،والجزاء الذى يترتب على إبرام هذا الاتفاق دون أن يكون أهلا لإبرامه.

ولمعرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الأهلية يتم الرجوع إلى القانون الشخصي لأطراف الاتفاق، والقانون الشخصي يتحدد بموجب الرابطة بين الشخص وبين الدولة التي يخضع ذلك الشخص لقانونها. ونظرا لأن أهلية الأداء تخضع للقانون الشخصي لأطراف التحكيم وليس قانون التحكيم،فإن معظم الدول العربية تأخذ بقانون الجنسية للتعرف على مدى كمال أهلية أطراف التحكيم[1].

للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في سلطنة عمان وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه، فإن الأجنبي يعتبر في هذه الحالة كامل الأهلية ".

(1)المادة 11 القانون المدني المصري ،والمادة11 من قانون المعاملات المدنية العماني.،والمادة 1/10 من القانون المدني الجزائري.

ووفقالما سبق يشترط لإبرام اتفاق التحكيم أن يتوافر لدى طرفيه أهلية التصرف فى حقوقهما،فكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أصلا،أو بإذن من المحكمة أو بحكم القانون،يكون أهلا لإبرام اتفاق التحكيم،ولايكفى هنا أهلية اللجوء للقضاء[1].

ثانيا:أهلية التحكيم للشخص المعنوي

لاتقتصر الأهلية فقط على على الشخص الطبيعي،وإنما تشمل أيضا الشخص المعنوي الذي يملك التصرف في حقوقه،وذلك كالشركات المدنية والتجارية ،العامة والخاصة، والهيئات والمؤسسات العامة.

والأشخاص الاعتبارية قد تكون عامة أو خاصة. فالشخص الاعتباري العام هو الدولة بوحداتها المختلفة والمؤسسات العامة،وهي تكتسب الشخصية المعنوية ظهورها وجودها في الحياة القانونية[2].

أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة فلا تكتسب الأهلية إلا بعد اكتسابها الشخصية المعنوية ،وهذه لاتكتسبها إلا بقيدها في السجل التجاري[3].

---

(1)أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص202.

(2) نصت المادة 42من قانون المناقصات والمزايدات رقم89لسنة1998على أنه:"يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

(3) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، المرجع السابق،بند253،ص267ومابعدها.

والشخص الاعتباري،سواء كان عاما أو خاصا لاتكون له إلا أهلية الأداء،ويكون للشخص الاعتباري أو من يمثله إبرام اتفاق التحكيم.

وفيما يتعلق بأهلية الدوله أو أحد أشخاصها المعنويه العامه لإبرام اتفاق التحكيم، فإنه لاجدال حول أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة والعامة في إبرام اتفاق التحكيم .

وعلى ذلك نصت الماده 11من قانون التحكيم المصري والعماني علي أنه:" لا يجوز الاتفاق علي التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح.

كما نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري والعمانى على أنه:" مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها جمهورية مصر العربية "فى السلطنة" تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر " السلطنة" أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

وبهذا النص الأخير يكون المشرعان المصري والعمانى قد صرحا للشخصية الاعتبارية العامة،أو الخاصة أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم،يستوي أن يكون التحكيم داخليا أو خارجيا،وقطعا للجدل الفقهى والقضائى الذى يمكن أن يثار حول أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة فى إبرام اتفاق التحكيم.

هذا بالإضافة إلى أن المشرع المصري قد اعترف في قانون المناقصات والمزايدات رقم89لسنة1998 بأهلية الدولة والأشخاص الحكومية الأخرى والتي ينطبق عليها هذا القانون بالأهلية لإبرام اتفاقات تحكيم.؛إذ لايمكن الشك في قدرة الدولة الكاملة على إدارة أموالها الخاصة والعامة والتصرف فيها،فكيف لايمكن أن يكون لها أهلية إبرام اتفاق تحكيم بشأن المعاملات التي تتعلق بتلك الأموال؟[1].

وعلى ذلك يمكن القول بأن التحكيم هو إحدى الأدوات التي يمكن أن تلجأ إليها الدولة لحل المنازعات التي تكون طرفا فيها،بما لها من أهلية إبرام اتفاقات التحكيم.

والأمر كذلك بالنسبة لاتفاقات التحكيم في مجال المنازعات البحرية الدولية التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية طرفا فيها ،سواء تم التحكيم داخل مصر أو خارجها،والمرجع في تحديد الأهلية لقانون الدولة التي يوجد بها مركزها الرئيسي،باعتباره قانون الدولة التي ينتمي إليها جنسيتها، إذا تعلق التحكيم بشركة أجنبية[2].

وفي خصوص العقود الإدارية ،ورغم وضوح نص المادة الأولى من قانون التحكيم في سريانه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، فقد صدرت أحكام من مجلس الدولة وكذا فتاوى صادرة من قسم

(1) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، المرجع السابق،بند253،ص267ومابعدها.

(2) فتحي والي، قانون التحكيم،المرجع السابق،ص110.

الفتوى أشارت إلى عدم جواز التحكيم في العقد الإداري[1]."فلا يكفى أن تصدق السلطة التشريعية على العقد الإدارى الذى يتضمن شرط التحكيم لأن هذا العمل لا يعد قانونا من حيث الموضوع.

وكانت محكمة القضاء الادارى في مصرقد قضت بأنه "لا يجوز سلب اختصاص محاكم القضاء الإدارى بنظر منازعات هذا العقد بموجب نص فيه يسند هذا الاختصاص إلى هيئة التحكيم،ويتعين الالتفات عن هذا النص العقدى وإعمال أحكام القانون التى أناطت الاختصاص بذلك الى مجلس الدولة دون غيره[2].

والحق أن هذا القضاء قد جاء مسايرا للاتجاه السائد قبل صدور قانون التحكيم رقم 1994/27،الأمر الذي دعا المشرع إلى إضافة فقرة إلى نص المادة الأولى تنص على أنه: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة،ولايجوز التفويض في ذلك"[3].وطبقا للنص سالف الذكر، فإنه يشترط لصحة

---

(1) على سبيل المثال:فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري،جلسة2/19/ 1997. مجلس الدولة – المكتب الفنى – المبادئ التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الجزء الأول – خلال المدة من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيه سنة 2000 – صـ 132

(2)فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري،جلسة2/19/ 1997.سابق الاشارة إليها.

(3)أضيفت هذه الفقرة بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.وهو ذات مانص عليه قانون

اتفاق التحكيم بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة موافقة الوزير المختص،أومن له سلطة الوزيرعلى هذاالاتفاق،ولم يسمح القانون بالتفويض في ذلك.

والحق أنه لايمكن الاحتجاج بعدم موافقة الوزير المختص لترتيب بطلان حكم التحكيم كأثر مترتب لعدم الموافقة،إذ الموافقة تعد شأنا داخليا خاصا بجهة الإدارة،ولادخل للطرف الآخر بها. فجهة الإدارة هي المنوط بها القيام باتخاذ مايلزم لجميع إجراءات التعاقد،وماتستلزمه من موافقات واعتمادات مالية وسائر التدابير التي يتطلبها القانون،بحسبان أنها هي المهيمنة على على هذه الإجراءات،فإذا أهملت في اتخاذ هذه الإجراءات فعليها وحدها تحمل عاقبته.فالنص القانوني بموافقة الوزير المختص إنما هو خطاب موجه في الأساس لجهة الإدارة،لادخل للمتعاقد معها فيه،ومن ثم لايتصور أن يترتب بطلان حكم التحكيم كجزاءعلى عدم موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم.

ويمكن تبرير هذا الأمر بأن البطلان لايتقرر إلا بنص،والقانون في خصوص النص المذكور لم ينص على البطلان كجزاء لعدم موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم،وكل مايترتب على ذلك هو هو إعمال قواعد المسئولية التأديبية قبل الموظف المسئول عن التعاقد دون الحصول على هذه الموافقة،وإلا كان في مكنة الطرف المخطئ أن يستفيد من خطئه على حساب الطرف الآخر ،وهذا أمر يتنافى

الإماراتي ونظام التحكيم السعودي،حيث لايجوز التحكيم في المنازعات الإدارية . طبقا لهذين القانونين . إلا بعد موافقة مجلس الوزراء. راجع :جابر جاد نصار،التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة،الكتاب الأول،ص98،دار النهضة العربية2001.

مع أبسط قواعد العدالة[1]. كما أن إتاحة الفرصة لإمكانية إبرام اتفاق تحكيم بخصوص العقود الإدارية تهدف إلى جذب الاستثمار.

وفي هذا الخصوص فإنه لايكفي لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام،وإنما يجب أن يتعلق العقد بنشاط أو تسيير مرفق عام،وأن تكون جهة الإدارة قد استخدمت بشأنه أسلوب الإدارة العامة"أي استعملت وسائل القانون العام"[2].

ومن هذا المنطلق فإن العقود المسماة بعقود"البوت" (BOOT/.B.O. T) [3] ،وعقود الشراكة (PPP) (Private Public Partnership)بين الدولة والقطاع الخاص، لاتتطلب موافقة الوزير المختص،بالرغم من أن الدولة تعد طرفا فيها[4].

---

(1)من حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ،في الدعوى التحكيمية رقم495 لسنة2006،جلسة17/ 5 /2007،مجلة التحكيم العربي،ص349،عدد10،سبتمبر 2007.

(2)من حكم مركز القاهرة الإقليمي الدولي ،في الدعوى التحكيمية رقم155 لسنة2000،جلسة19/ 12 /2000،مجلة التحكيم العربي،ص215،عدد4،أغسطس2000.

(3) عقود البوت هي اختصار لكلمة (Build – Own– Operate–Transfer)

(4) عقود الشراكة : هي أحد الصور والمستجدات بالقانون العام الإداري والاقتصادي، ذلك الفرع من فروع القانون العام الذي يعني بمعاملات الدولة ذات الطبيعة الدولية على الصعيد الدولي. محمد عبد المجيد إسماعيل، الأنماط الجديدة لمشروعات البنية الأساسية وضابط موافقة الوزير المختص في قانون التحكيم المصري تقديم – فكرة العولمة الثقافية القانونية ،مجلة التحكيم والقانون الخليجي،ص43، يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية العدد السابع والعشرون =

فهذه صور جديدة من مشاركة القطاع الخاص للدولة في تمويل وتشييد مشروعات البنية الأساسية عن طريق الآليات الحديثة غير التقليدية ،والتي صدر بها قانون الشراكة المصري الصادربالقانو رقم 67 سنة 2010.

ولعل الهدف الرئيسي من هذا النظام التعاقدي بمشاركة القطاع الخاص هو ضمان تمويل القطاع الخاص لمشروعات البنية الأساسية ،حيث يقدم القطاع الخاص نوعا من المؤازرة بهذا التمويل للموازنة العامة، فهو يقوم في الأساس بتمويل المشروع المتعلق_بالمرفق العام وإدارته واستغلاله وتقوم الجهة الإدارية المتعاقدة برد هذه الكلفة عن طريق المبالغ التي تدفعها له مقابل الحصول على عوض مالي ، يأخذ صورة إيجار يرتبط أحيانا بطبيعة الاستثمار والإنشاءات التي يقيمها المتعاقد وما يبذل منه غاية لإنجازها[1].

ويقوم هذا النظام "البوت"أساسا على الترخيص من جانب الدولة لمستثمر من القطاع الخاص للقيام بأحد مرافق البنية الأساسية ، وتمويله على نفقته الخاصة وتملك أصوله وتشغيل المرفق وصيانته وتحصيل عائد تقديم الخدمة للمنتفعين ،كيما يتمكن المستثمر من استرداد نفقاته وتكاليفه الاستثمارية الرأسمالية ونفقاته الجارية Cost Running وتحقيق هامش ربح له بجانب ذلك يكون حافزا على الاستمرار في المشروع والدخول في مشروعات أخرى ،ويكون حافزا لغيره من

= يونيو 2015،العدد السابع والعشرون – يونيو 2015 – رمضان 143. وفي خروج عقود البوت والشراكة من موافقة الوزير المختص، محمد عبد المجيد إسماعيل ،المقال السابق،ص46.

(1)محمد عبد المجيد إسماعيل، ،المقال السابق،ص44.

المستثمرين على الدخول في ذات التجربة الاستثمارية التي ولابد وأن تحقق جدواها الاقتصادية من وجهة نظرهم ،وإلا تخالف توقعاتهم الاقتصادية التي وضعوها في اعتبارهم عند البدء في المشروع[1].

وصفوة القول أن عقود البوت (BOOT– BOT) وعقود الشراكة PPP كلاهما ليسا من العقود الإدارية ،وسواء كانت هذه العقود عقودا تجارية أم ذات طبيعة مختلطة ،لظهور الدولة ببعض من مظاهر السلطة العامة ،وكانت بعض العقود الإدارية لم تستلزم هيئات التحكيم أن يتحصل الشخص المعنوي الخاص المتعاقد مع الدولة على موافقة الوزير المختص،واعتبرت نكول الجهة الإدارية عن الحصول على هذه الموافقة بمثابة سوء نية من جهة الإدارة المتعاقدة ،الأمر الذي قضت هيئات التحكيم باختصاصها بنظر المنازعة على الرغم من عدم اقتران شرط التحكيم بموافقة الوزير المختص ،إذ إن نكول جهة الإدارة عن الحصول على هذه الموافقة لا يتحمله الشخص الخاص المتعاقد معها،وإنما تتحمل هي مغبة ذلك ؛بحسبان أن جهة الإدارة هي المخاطبة بأحكام القانون رقم 9 لسنة 1997 ،باستلزام موافقة الوزير المختص مع عدم جواز التفويض في ذلك ،مما يقطع بعدم استلزام موافقة الوزير المختص في العقود التي تبرمها جهة الإدارة ولا تندرج في عداد العقود الإدارية، ومنها عقود البوت، ومن باب الأولى عقود الشراكةPPP [2].

---

(1)محمد عبد المجيد إسماعيل، ،المقال السابق،ص42.

(2) بحسب نص المادة الأولى من مواد الإصدار لقانون الشراكة الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2010، والتي قررت عدم خضوع عقود الشراكة لقانون المناقصات والمزايدات المصري الصادر

وتسري هذه القواعد على الشخص المعنوي الخاص،فيما لو كان شركة من الشركات، فلابد من أن تكون لديه أهلية التصرف أي لديه القدرة على التصرف في الحقوق التي يكتسبها ،ومن ثم يتعين أن يستوفي الشخص المعنوي الشروط التي يتطلبها القانون لاكتساب الشخصية كالقيد في التجاري، وبالنسبة للشركات الأجنبية فإنها تخضع لقانون البلد الذي يوجد به مركزها الرئيسي.

وعلى ذلك فإن للممثل القانوني للشركة إبرام اتفاق التحكيم فيما لو نص عقد التأسيس على منحه صلاحية إبرام اتفاق التحكيم ،أما إذا لم يكن هناك نص صريح على ذلك فإنه لايجوز للمدير أن يقوم بأعمال ليست لازمة لتحقيق أغراض الشركة، أو بعقد صلح أو تحكيم إلا بموافقة الشركاء[1].

بالقانون رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية ،وقانون التزام المرافق العامة المصري رقم 129 لسنة 1947 ،وقانون التزامات موارد الثروة الطبيعية المصري رقم 61 لسنة 1958 ،وما استتبع ذلك من إسباغ طبيعة قانونية جديدة لعقد الشراكة PPP ،بحسب المستقر في نص المادة الأولى من مواد الإصدار سالفة البيان والعلة من تشريعها. محمد عبد المجيد إسماعيل، ،المقال السابق،ص46.

(1)السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 309،دار إحياء التراث العربي، بيروت،(بدون تاريخ نشر)، علي يونس، الشركات التجارية، الشركة المساهمة، ص 210 ، دار الفكر العربي،القاهرة،(بدون تاريخ نشر).

وللمدير الشريك في شركة التضامن أن يبرم اتفاق تحكيم نيابة عن الشركة دون حاجة إلى تفويض بذلك.بينما لا توجد هذه السلطة للشريك الموصي أو للمدير غير الشريك[1].

ثالثا: الجزاء المترتب على مخالفة قواعد الأهلية

وفقا للفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم بناء على طلب المحكوم عليه إذا كان أطراف الاتفاق التحكيم طبقا لقانون الذى ينطبق عليهم عديمى الأهلية. ولاشك أن أهلية الأطراف لاتخضع للقانون الذى يحكم إجراءات التحكيم لقانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم،وإنما يطبق على أهلية الخصوم قاعدة الإسناد المنوصوص عليها فى قانون الدولة التى يراد تنفيذ الحكم فيها،ولذا فإنه إذا طلب تنفيذ حكم تحكيم أجنبى فى سلطنة عمان ،وكان تنفيذه يخضع لأحكام اتفاقية نيويورك، وطلب المحكوم عليه رفض تنفيذ الحكم استنادا إلى عدم اكتمال أهليته ،فإن القاضى العمانى يطبق المادة11 من قانون المعاملات المدنية والتجارية والتى تقضى بخضوع الأهلية لقانون الجنسية،وبالمقابل فإنه إذا كانت الدولة التى يراد تنفيذ الحكم فيها تنص قواعد الإسناد بها على تطبيق قانون الموطن على الأهلية، فإنه يتعين على القاضى تطبيق قانون الدولة التى يتوطن فيها الشخص،وذلك للتأكد من اكتمال أهليته.

(1)فتحي والي، قانون التحكيم ،المرجع السابق، ص110.

ورغم أن النص سالف الذكر يتحدث عن انعدام الأهلية كسبب لرفض تنفيذ الحكم،إلا أن رفض تنفيذ الحكم قد يرجع إلى نقص أهلية أطراف اتفاق التحكيم[1].

وكل مافى الأمر أن صياغة هذه الفقرة من الاتفاقية كانت تنقصها الدقة،إذ إنها تنص على رفض تنفيذ الحكم إذا كان طرف الاتفاق المشار إليه فى المادة الثانية بمقتضى القانون الذى ينطبق عليهم عديمى الأهلية. وقد يستفاد من القراءة الحرفية لهذه المادة أنه يشترط لرفض تنفيذ الحكم وفقا لأحكام الاتفاقية أن يكون طرفا اتفاق التحكيم عديمى الأهلية.

والواقع أنه يكفى أن يكون أحدهما فقط ناقص الأهلية أو عديمها . ومن ناحية أخرى يمكن رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت المحكوم عليه أن اتفاق التحكيم غير صحيح، ووفقا لأحكام الاتفاقية يرجع إلى قانون الإرادة لبيان مدى صحة اتفاق التحكيم،سواء من حيث شروط الانعقاد وعيوب الإرادة وكذلك من حيث آثار وانقضاء هذا الاتفاق ، وقد وضعت الاتفاقية ضابط احتياطى يحكم صحة اتفاق التحكيم فى حالة تخلف قانون الإرادة،وهذا الضابط هو قانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم.

وليس لاتفاق التحكيم خصوصية في هذا الشأن إلا في صورة شرط التحكيم المدرج في عقد أصلي يكون هذا الشرط تابعا له، مما يعني أن انعدام التمييز لدى

(1)جمال محمود الكردى،جنسية حكم التحكيم وأثرها فى تحديد مركزه فى الإقليم الوطنى،دار النهضة العربية2007،ص96.

أحد العاقدين لا بد أن يصيب العقد الأصلي، واتفاق التحكيم الملحق به معا، بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر، ومن ثم فإذا دفع أحد طرفي التحكيم ببطلان العقد لانعدام إرادته عند التوقيع، فإن البطلان لا يقتصر على العقد الأصلي وحده، وإنما يمتد إلى عقد التحكيم، وبطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة إنما يكون لعيب ذاتي فيه وليس لمجرد ارتباطه بالعقد الأصلي. وهو لذلك لا ينفي استقلال شرط التحكيم على نحو تظل النتائج المترتبة على مبدأ استقلال التحكيم قائمة. وأخصها في هذه الحالة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة وجود اتفاق التحكيم وبطلانه[1].

رابعا:نوعا البطلان

اذا تخلف شرط من شروط التحكيم السالف الإشارة اليها كان الأتفاق باطلا،وجاز رفع دعوى البطلان المنصوص عليها فى المادة 53 من قانون التحكيم المصري.

فإذا قام من لا يملك سلطة التصرف بإبرام اتفاق تحكيم مخالفاً بذلك قواعدالأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم فإن الاتفاق الذي أبرمه يقع باطلاً. كما لو كان أحد طرفي إتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته. ويتنوع البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي.

(1)نادية محمد عوض، التحكيم التجاري الدولي،المرجع السابق، ص 63.

1.البطلان المطلق ـ كجزاء لتخلف الأهلية[1]

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأنه إذا ما أبرم اتفاق التحكيم ممن لا يملك سلطة التصرف في حقوقه فإن اتفاق التحكيم يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، وتكون جميع الإجراءات التي بنيت عليه باطلة بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، أي أن المحكمة تملك أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما يجوز لكل خصم أن يتمسك بعدم الاعتداد باتفاق التحكيم إذا ما رفع الأمر إلى القضاء أو إلى هيئة التحكيم ، كما يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بذلك[2].

2.البطلان النسبي ـ كجزاء لتخلف الأهلية[3]

بينما يذهب أنصار البطلان النسبي، إلى القول بأن البطلان المترتب على إبرام اتفاق التحكيم ممن لا يملك التصرف في حقوقه، هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام، فلا تملك المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها،وبالتالي إذا عرض النزاع على هيئة تحكيم جاز للقاصر أو من يمثله قانوناً التمسك ببطلان اتفاق

---

(1)أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م، ص: 57 ، محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ص: 114 . ود. محمود التحيوي، ، اركان الاتفاق على التحكيم المرجع السابق، ص493.

(2)مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،المرجع السابق، ص419 .

(3)عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، في قانون المرافعات، ص 244دار الفكرالعربي، القاهرة، 1984م، محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص:235 . احمد صدقي محمود، الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية،القاهرة، الطبعة الأولى، 2004م، ص21.

لتحكيم، ولا يجوز لأي شخص آخر التمسك بهذا البطلان، لأنه مقرر لمصلحة القاصر.

الرأي الراجح: الحق أن إطلاق القول بالبطلان المطلق أو النسبي لكل اتفاقات التحكيم التي يتخلف فيها شرط الأهلية عن أحد أطراف اتفاق التحكيم،هو قول تعوزه الدقة؛بحسبان أن الشخص قد يكون معدوم الأهلية أو ناقصها،وتعميم الحكم في كلا الحالين لايمكن قبوله،وعليه يمكن القول بأنه يكون باطلا بطلانا مطلقا اتفاق التحكيم الذى يبرمه المحجور عليه،لأى سبب كان ،كالجنون أو السفه أو العته أو الغفلة،مع مراعاة التفرقة بين اتفاق التحكيم الذى يبرمه المجنون قبل قرار الحجر وبعده،حيث يكون اتفاق التحكيم الذى يبرمه المجنون باطلا إذا أبرمه بعد قرارا الحجر أو قبل قرارا الحجر فى غير حالة إفاقته، أما فيما يتعلق باتفاق التحكيم الذى يبرمه المعتوه والسفيه وذو الغفلة،فإن المادة156 من قانون الأحوال الشخصية المصري قد نصت على أنه:"...ب . تطبق على تصرفات المعتوه والسفيه وذى الغفلة الصادرة بعد الحجر عليه الأحكام المتعلقة بتصرفات الصغير المميز. جـ تصرفات المعتوه قبل الحجر عليه صحيحة مالم تكن حالة العته شائعة وقت التعاقد ولم يكن الطرف الآخر على علم بها. د. تصرفات ذى الغفلة قبل الحجر عليه صحيحة مالم تكن نتيجة استغلال وكذا تصرفات السفيه قبل الحجر عليه مالم تكن نتيجة استغلال أو تواطؤ.

وتطبيقا للمادة سالفة الذكر فإن اتفاق التحكيم الذى يبرمه السفيه أو المعتوه أو ذى الغفلة قبل قرارا الحجر يكون صحيحا إلا إذا كان هذا الاتفاق قد أبرمه السفيه نتيجة استغلال أو تواطؤ أو كان قد أبرمه وحالة العته شائعة وقت التعاقد وكان الطرف الآخر على علم بها. وبالنسبة لاتفاق التحكيم الذى يبرمه ذى الغفلة قبل الحجر عليه،فإنه يكون صحيحا مالم يكن نتيجة استغلال،أما بالنسبة لاتفاق التحكيم الذى يبرمه المعتوه والسفيه وذو الغفلة بعد الحجر عليهم فيطبق بشأنه الأحكام المتعلقة بتصرفات الصغير المميز،ولما كانت التصرفات التى يبرمها الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحة الصغير،وكان اتفاق التحكيم يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر،فإن اتفاق التحكيم الذى يبرمه السفيه أو المعتوه أو ذو الفغلة يكون قابلا للإبطال لمصلحته،وهذا يعنى أن الاتفاق يعد صحيحا ومنتجا لآثاره مالم يتم التمسك بإبطاله.

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم الذى يبرمه القاصر فقد نصت المادة 144من قانون الأحوال الشخصية العمانى على أن:"أ. تصرفات الصغير غير المميز باطلة بطلانا مطلقا. ب . تصرفات الصغير المميز المالية صحيحة متى كانت نافعة له نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة به ضررا محضا. ج . تصرفات الصغير المميز المالية المترددة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحة الصغير،ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز الصغير التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو القاضى وفقا للقانون.

ويتضح من نص هذه المادة أن اتفاق التحكيم الذى يبرمه القاصر "الصبى المميز " يكون قابلا للإبطال لمصلحته ،وذلك لأن اتفاق التحكيم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

غير أن وجود القاعدة العامة سالفة الذكر والتى تقضى بأن اتفاق التحكيم الذى يبرمه القاصر يكون قابلا للإبطال لمصلحته،لاينفى وجود استثناءات على تلك القاعدة،حيث أورد القانون العمانى استثناءات أقر بالنسبة لها صحة تصرفات القاصر،وبالتالى فإن اتفاق التحكيم الذى يبرمه القاصر فى تلك الحدود يكون صحيحا ،فقد نصت المادة146 من قانون الأحوال الشخصية العمانى على أنه:" للوصى بعد موافقة القاضى أن يأذن للصغير المميز بإدارة أمواله أو جزءا منها إذا أتم الخامسة عشر من عمره وآنس منه حسن التصرف،كما نصت المادة 147 من ذات القانون على أنه:" إذا أتم الصغير المميز الخامسة عشر من عمره وآنس من نفسه القدرة على حسن التصرف وامتنع الوصى عن الإذن له فى إدارة أمواله أو جزءا منها يرفع الأمر إلى القاضى. وقد أشارت المادة148 من القانون سالف الذكر إلى أن القاصر المأذون له كامل الأهلية فيها إذ له فيه ،وهذا يعنى أنه يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية،سواء أكانت أعمال الإدارة أو التصرف،وبالتالى يكون اتفاق التحكيم الذى يبرمه القاصر الذى تم ترشيده فى إطار الحدود المرسومة له صحيحا ومنتجا لآثاره.

وبالنسبة للمفلس فإنه لايستطيع إبرام اتفاق تحكيم،وذلك لأنه بصدور حكم الإفلاس تغل يد المفلس عن إدارة أمواله،أو التصرف فيها يكون اتفاق التحكيم باطلا إذا أبرمه المفلس بعد صدور حكم بإفلاسه[1].

ويقتصر التمسك بالبطلان لنقص الأهلية على صاحب المصلحة فيه دون غيره من أطراف اتفاق التحكيم[2].

المطلب الثالث

المحل

لما كان لكل الاتفاقات والعقود . أيا كان موضوعها . محل يشترط فيه أن يكون موجوداً و ممكناً و معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً؛ فإن لاتفاق التحكيم محلاً يتجلى كيانه في المسألة أو مجموعة المسائل الواقعية مثار النزاع بين الطرفين، والتي يصار إلى حسمها عن طريق التحكيم ، سواءً من خلال النص عليه في مشارطة التحكيم إذا ما كان النزاع قائماً ومحدداً موضوعه تفصيلاً، أم من

---

(1)أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص210.

(2) وأكدت محكمة النقض المصرية هذا الحكم بقولها:"لئن كان الأمر في الدعوى الماثلة أن مشارطة التحكيم أبرمت بين الطاعن والمطعون عليها عن نفسها ونيابة عن أولادها القصر بعد أن رفضت محكمة الأحوال الشخصية الإذن لها بذلك،كما رفضت التصديق على حكم المحكمين عقب صدوره،فإنه لايكون للطاعن الحق في التمسك ببطلان حكم المحكمين،ويكون ذلك الحق مقصورا على المحتكمين من ناقصي الأهلية الذين صدر حكم المحكمين حال قصرهم،وذلك بعد بلوغهم سن الرشد. طعن رقم 275 لسنة36ق،جلسة 1971/2/16،مجموعة أحكام محكمة النقض،س22ق،العدد الأول 1973،ص181،مطبعة دار القضاء العالي1972.

خلال احتمالية أن تكون هذه المسألة مدار النزاع مستقبلاً، وهو ما يتم تعيينه في شرط التحكيم السابق على النزاع، فالمهم في كلا الأمرين أن تكون هذه المسألة من المسائل والموضوعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم[1].

ومحل اتفاق التحكيم هو: المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ في المستقبل ،والتي اتفق الأطراف على حلها عن طريق التحكيم.

فبالإضافة إلى الأهلية يتطلب اتفاق التحكيم أن يكون محله مشروعا. فيجب أن يكون محل التحكيم مما يقبل التحكيم،وأن يكون محددا، و ألا يكون مخالفا للنظام العام أوالآداب العامة وأن يكون من الأمور التي يجوز فيها التحكيم.

وإذا كانت العقود بصفة عامة تخضع لمبدأ سلطان الإرادة،فإرادة الطرفين حرة طليقة في أن تبرم ماتشاء من العقود ،وتضع ماتشاء من الشروط،كما لايلزم أن تكون هذه الشروط منصوصا عليها في القانون،بل يمكن أن تكون من ابتداع الطرفين ابتداء،إلا أن كل ذلك في الأول والأخير محدود بحدود قواعد النظام العام

(1)علي بن عبدالله بن محمد الهنائي،الاتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال العقود الإدارية،ورقة عمل مقدَّمة ضمن فعاليات المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم الإدارية العربية المنعقد بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بالعاصمة اللبنانية بيروت خلال الفترة: من 21 إلى 2017/8/23م،ص12.

والآداب العامة في كل دولة،وليس في تعديل العقد أوإلغائه انتقاص من هذا المبدأ، بل على العكس إعلان عن انتصار جديد له في مجال نظرية العقد[1].

وإذا كانت لا تثار هناك أي صعوبة في تحديد المحل عندما يرد اتفاق التحكيم في صورة مشارطه تحكيم ،حيث يتم بعد حدوث النزاع ،ويكون بالتالي محل النزاع محددا ومعروفا ،إلا أن الصعوبة تثارعندما يرد اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم في العقد الأصلي"أي قبل حدوث النزاع"، ولذلك فإن المستقرعليه عملا في هذه الحالة هوعدم لزوم تحديد موضوع النزاع إذا ورد في صورة شرط تحكيم؛حيث يتم الاتفاق في هذه الصورة قبل حدوث النزاع أصلا،وبالتالي لايمكن تحديده مسبقا،أو أن يرد شرط الإحالة إلى التحكيم في صورة عامة،بحيث يشمل التحكيم كافة المنازعات التي قد تنشا عن العقد دون تحديد،وحيث يشمل التحكيم كل أوبعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بين الطرفين بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أوغيرعقدية.

وهذا الاتفاق إما أن يتمثل في شرط تحكيم اتفق عليه قبل نشوب النزاع ،وأدرج في العقد أو في وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم أحال إليها العقد أوفي اتفاق مستقل. وقد يتمثل الاتفاق في مشارطة تحكيم تبرم بعد قيام النزاع ويتفق فيها على إحالة النزاع إلى التحكيم للفصل فيه،وفي بعض الأحيان لا ترد بالتفصيل في اتفاق

(1) القضية التحكيمية رقم265 لسنة2001،جلسة2/ 2/ 2002، مجلة التحكيم العربي،ص191،العدد الخامس،سبتمبر ،2002.

التحكيم ،كأن يشار فقط إلى أن النزاعات بين الطرفين بالنسبة لنوعية البضاعة يصار حلها بالتحكيم [1].

ووفقا للمادة11 من قانون التحكيم المصري يشترط أن يكون محل التحكيم مما يجوز فيه الصلح، وهو ذات مانصت عليه المادة11 من قانون التحكيم العمانى . ولهذا لايجوز التحكيم بشأن مسائل الأحوال الشخصية والمسائل الجنائية وتلك التى تتعلق بالنظام العام أو بسيادة الدولة،كما هو الحال بالنسبة لمسائل الجنسية.

ولقد نصت المادة4/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه:" ولايجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح...". وهو ذات مانص عليه قانون التحكيم الأردني في المادة9،والمشرع اللبناني في المادة762 من قانون أصول المحاكمات.

كما قرر المشرع اللبناني أيضا [1] بأنه لايجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح،سواء أكان النزاع مدنيا أو تجاريا،فنص في المادة762من

(1) لم تتناول اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين المسائل التى يجوز أو لايجوز فيها التحكيم،ولكنها أشارت فى المادة الخامسة منها إلى إمكانية رفض تنفيذ حكم التحكيم،إذا كان قانون البلد لايجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم. كما أن قانون الأونسترال النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لم يحدد أيضا المسائل التى يجوز فيها التحكيم،حيث نصت المادة الأولى فى فقرتها الخامسة على أنه:" لايمس هذا القانون أى قانون آخر لايجوز بمقتضاه تسوية منازعات معينة بطريق التحكيم،ولايجوز عرض منازعات معينة على التحكيم طبقا لأحكام أخرى غير أحكام هذا القانون".

قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه:"يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندا ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره".فيما نصت المادة1037من قانون موجبات والعقود اللبناني على أنه:" لاتجوز المصالحة على الأمور المختصة بالأحوال الشخصية أو بالنظام العام ولاعلى الحقوق الشخصية التي لاتعد مالا بين الناس. وإنما تجوز على مصلحة مالية ناشئة عن أمر يتعلق بالأحوال الشخصية أو عن إحدى الجرائم".

والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي التي تتعلق بالحالة الشخصية أو بالنظام العام فلا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية أو في الجرائم وغيرها من المسائل التي تتعلق بالنظام العام ، على أنه يجوز التحكيم في الحقوق المالية التي تترتب على هذه المسائل ، كالتعويضات الناشئة عن ارتكاب الجرائم أو الحقوق المالية المرتبطة بمسائل الزواج أو الطلاق.

وتلعب فكرة النظام العام دورا بارزا في مجال التحكيم ، حيث تحد من سلطة الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم ، فلا يجوز لهم الاتفاق على التحكيم في هذه المسائل التي تتعلق بالنظام العام[2].

---

(1) راجع:أحمد بشير الشرايري،بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض(التمييز) عليه،رسالة دكتوراه، ط1،ص53 معهد البحوث والدراسات العربية،مصر 1432هـ . 2011م.

(2)راجع في أمثلة عديدة لايجوز أن تكون محلا للتحكيم:فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص124ومابعدها.

والحق أن المسائل التي تنظمها قواعد آمرة تتعلق بالسياسة العامة للدولة وتمس الكيان الأساسي للمجتمع، تخرج عن محل التحكيم ويتصدى لها القضاء حصرا.

ويبطل اتفاق التحكيم إذا كان محله مسألة تتعلق بالنظام العام أو الأحوال الشخصية أو الجنائية التي لاتصلح أن تكون محلا للتحكيم، ويمكن لصاحب المصلحة التمسك بالبطلان في أي مرحلة كانت عليها الإجراءات،كما يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

وقد توسع المشرع العمانى في تحديد الموضوعات التى يجوز بشأنها اللجوء إلى التحكيم.فنصت المادة الأولى من من قانون التحكيم على أنه:" مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في السلطنة تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في السلطنة أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

ويستفاد من ذلك أن المشرع العمانى قد وضع قاعدة عامة تتمثل في إمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات أيا كان نوعها أو مصدرها،وإن أورد على هذه القاعدة استثناء مؤداه عدم جواز التحكيم في المسائل التى يجوز فيها

الصلح[1].وبهذا يكون المشرع قد حدد إطاراً عاماً للمسائل والموضوعات التي يجوز فيها الصلح، وأما عدا ذلك من المسائل فتكون غير قابلة لتسويتها من خلال التحكيم[2].

(1)وفقاً لنص المادة (508) من قانون المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني (2013/29) فقد اشترط في المصالح عنه، أن يكون مما يجوز أخذ العوض في مقابله، وأن يكون معيناً فيما يحتاج إلى القبض والتسليم.

(2) وفقاً للمادة (105) من قانون محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان ،والتي نصت بالقول على أنه تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية وغيرها من القوانين المرتبط بها أو المتفرعة =

=عنها فيما لم يرد بشأنه نص خاص، وبما لا يتعارض وطبيعة الخصومات الإدارية ، ومن ثم فإن تقدير المسائل التي يجوز فيها الصلح من عدمه في مجال التحكيم في العقود الإدارية وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية انما ينبغي تقدير الأخذ به أو بمراعاة تركه بما لا يتصادم وطبيعة الخصومة الإدارية، ذلك أن القضاء الإداري يحرص على الالتزام بالنظام العام وقواعده تلك التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العليا للبلاد ، بحسبان أن الحرص على التمسك بهذه الغايات السامية من شأنه أن يكون مؤثراً في محل التحكيم ، بحيث يتجلى مظهر هذا التأثير في الحد من إرادة الأطراف عند أبرام الاتفاق، فيترتب على ذلك بطلان هذا الاتفاق فوراً ، إذا ما ورد على مسألة أو موضوع يتعلق بالنظام العام ، وبالتالي فإن سيادة النظام العام تعد مبدأ قانونياً عاماً معترف به دولياً ينص على أن : " العقود التي تنتهك تماماً المعايير الاخلاقية، والسياسية العامة الدولية غير شرعية، وغير قابلة للتنفيذ، وأنها لا بد أن يصدر القضاء أو المحكمون بشأنها عقوبات رادعة "، وقد تتصور المسائل التي لا يجوز تسوية منازعتها عن طريق التحكيم منها تلك المتعلقة بأعمال السيادة أو المسائل المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، والأسلحة والذخائر، وبالتالي ينحسر نظام التحكيم عن جميع هذه المسائل والموضوعات؛ لأنها تدخل ضمن مفهوم النظام العام ، التي تتسم قواعده بطبيعته الآمرة التي لا يجوز التحكيم فيها. علي بن عبدالله بن محمد الهنائي،الاتجاهات الحديثة،المرجع السابق،ص12ومابعدها.

غير أن المشرع العماني لم يحدد أيضا في القانون المدنى المسائل التى يجوز فيها الصلح[1]،خلافا للقانون المدنى المصرى،والتى نصت المادة551 منه على أنه:" لايجوز الصلح في المسائل التى تترتب على الحالة الشخصية أو النظام العام[2]،ولكن يجوز الصلح على المسائل المالية التى تترتب على الحالة الشخصية،أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم". ومع ذلك فقد اشترطت المادة507 من القانون المدنى العمانى أن يكون المصالح عنه مما يجوز أخذ العوض في مقابله.

وعلى ذلك لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب والتبنى والحضانة والميراث والوصية والحالة والأهلية والحجر. حيث إن هذه المسائل يكون الاختصاص بها قاصرا على قضاء الدولة. ولذا لايجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها، فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم لتحديد أهلية شخص،أو تقرير صحة عقد زواج أو بطلانه[3].

ومن الجدير بالملاحظة في هذا الخصوص أن الحقوق المالية المترتبة على الحالة الشخصية يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها. فمثلا :إذا كان لايمكن اللجوء إلى التحكيم لتحديد ماإذا كان حق النفقة مقررا للزوجة من عدمه،فإنه من الممكن اللجوء إلى التحكيم لتحديد مقدار النفقة . والعلة في ذلك تكمن في أن الحقوق

(1)محمود لطفى محمود ،المرجع السابق،ص44.

(2) تعود الحكمة في هذا المنع إلى رغبة المشرع في بسط ولاية القضاء العام عليها.

(3)محمود لطفى، المرجع السابق،ص45.

المالية المترتبة على الحالة الشخصية يمكن للمستفيد منها أن يتصالح بشأنها،ومن ثم فلا يوجد مايمنع من بع إقرارها من التنازل عنها أو بعضها[1].

كما لايجوز التحكيم في المسائل التى تتعلق بالنظام العام،حيث تخضع هذه المسائل للقضاء الوطنى،وتطبق بشأنها قواعد موحدة[2]. ومن أمثلتها:التحكيم بشأن دين قمار،أو علاقة غير مشروعة ،أو مبلغ دفع على سبيل الرشوة.

ووفقا للمادة2/5 من اتفاقية نيويورك :يجوز للسلطة المختصة فى البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها: أ. أن قانون ذلك البلد لايجيزتسوية النزاع عن طريق التحكيم. ب . أن فى الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه مايخالف النظام العام فى هذا البلد.

أ . عدم قابلية النزاع للتحكيم: أشارت اتفاقية نيويورك إلى هذا السبب فى المادة 2/5أ ، بيد أن الاتفاقية قد قررت أن عدم قابلية النزاع للتحكيم كسبب من اسباب رفض تنفيذه تخضع لأحكام قانون الدولة التى يراد تنفيذ الحكم فيها وليس قانون الدولة التى صدر فيها الحكم، ولذا فإن مسالة قابلية النزاع للتحكيم تختلف من دولة إلى أخرى تبعا لاختلاف الأنظمة القانونية ، فالمسائل التى لايجوز فيها التحكيم فى سلطنة مصر أو في عمان أو غيرهما،قد يجوز فيها التحكيم فى دولة أخرى. ولذا

(1)بالتفصيل أحمد السيد صاوى،الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم27لسنة1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية،ط3،ص79ومابعدها،2010.

(2)محمود لطفى، المرجع السابق،ص45.

ينبغى على القاضى المعني أن يرفض تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى دولة أجنبية ،طالما كان الحكم صادرا فى مسألة لايجوز فيها التحكيم وفقا لقانون دولة مقر التحكيم.

ب . إذا كان الاعتراف بالحكم وتنفيذه يخالف النظام العام: يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر أو في سلطنة عمان ألا يكون متعارضا مع النظام العام ،مع ملاحظة أنه لايقصد بالنظام العام كسبب لرفض تنفيذ الحكم الأجنبى النظام العام الداخلى،ولكن يقصد النظام العام الدولى. والفارق بين النظام العام الدولى والنظام العام الداخلى يتمثل فى أن الأخير عبارة عن مجموعة القواعد الآمرة في القانون المصري أو العمانى ،أما النظام العام الدولى فهو عبارة عن مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية التى يقوم عليها المجتمع المصري أوالعمانى.

وهذا هو بالضبط مانص عليه القانون النموذجي،في المادة"34/ 2/ ب" فطبقا لنص هذه المادة يجوزللمحكمة المنصوص عليها في المادة"6" من هذا القانون إلغاء أي قرار تحكيم إذا وجدت:1. أن موضوع النزاع لايقبل التسوية بالتحكيم طبقا لقانون هذه الدولة.

2. أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة. كما يمكن . في مرحلة التنفيذ . رفض تنفيذ هذا الحكم بهذه الحالة.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم الالكتروني لايختلف عن اتفاق التحكيم التقليدي من حيث المحل،إذ يشترط في كليهما أن يكون ممكنا وغير مخالف للنظام العام[1].

(1) عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الالكتروني، المرجع السابق،ص65ومابعدها.

المطلب الرابع

السبب

ذهبت النظرية التقليدية إلى أن سبب الالتزام قد يكون إنشائي،أي"مصدر الالتزام"،والذي يتمثل في العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وقد يكون سبب الالتزام السبب الدافع "أي الباعث" على التصرف الذي دفع الملتزم إلى أن يترتب الالتزام في ذمته. وقد يكون السبب قصدي،أي"الغاية المباشرة "أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من جراء التزامه، والسبب يتميز عن الباعث،حيث إن السبب هو النتيجة الأولى المباشرة التي يصل إليها الملتزم،ويعقبها الباعث كنتيجة غير مباشرة تتحقق بعد تحقق السبب[1].

بينما تقوم النظرية الحديثة على اعتبار أن السبب هو الباعث الدافع على التعاقد وليس مجرد الغاية المباشرة من الالتزام،فيجب الاعتداد بفكرة السبب كفكرة مجردة،أي الاعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد باعتباره الإرادة الظاهرة المجردة من عيوب الإرادة ،كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة[2].

([1]) في عرض النظرية التقليدية ،راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،مصادر الالتزام،ج1،بند262 ،ص437،دار إحياء التراث العربي. وفي انتقادها،المرجع السابق،بند277،ص451ومابعدها.

([2])عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،المرجع السابق،بند277، ص451ومابعدها.

ويختلف السبب عن المحل في أن السبب هو إجابة عن سؤال:لماذا التزم المدين؟ أما المحل هو جواب عن سؤال:بماذا التزم المدين؟.

وقد نصت المادة 136من القانون المدني المصري على أنه :"إذا لم يكن للإلتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا.

بينما نصت المادة 1/137 على أنه:"كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا. ما لا يقم الدليل على غير ذلك.

وفي نطاق الطلب القضائي،لم تلق فكرة السبب اتفاقا بين العلماء حول تحديد مضمونها، فذهب البعض إلى أن السبب في هذا الإطار هو : الواقعة القانونية التي يقوم عليها الطلب.بينما ذهب البعض الآخر إلى أن سبب الطلب القضائي هو أساس الادعاء،أو هو القاعدة القانونية التي يستند إليها المدعي،وذهب البعض إلى أن سبب الطلب القضائي هو الأساس القانوني الذي يقوم عليه الطلب وليس الواقعة القانونية[1].

([1]) في عرض الآراء المختلفة ،أحمد السيد صاوي،الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه،ص79ومابعدها،بند44،رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة1971.

وفي مجال الحكم القضائي يقصد بالأسباب على وجه العموم: الأدلة الواقعية والقانونية التى بنى عليها القاضى حكمه[1] ويعد تسبيب الأحكام بناء على ذلك: بيان المقدمات الواقعية والقانونية التى تبنى عليها المحكمة النتيجة التى انتهت إليها[2].

فالمقدمات أو الأدلة أو الأسباب الواقعية هى: مجموع الوقائع والأدلة التى يستند إليها الحكم فى تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة الأساسية، وأما الأسباب القانونية: فهى بيان القاعدة القانونية أو المبدأ القانونى الذى يصدر الحكم تطبيقا له، وتشتمل على الحجج القانونية التى يستند إليها الحكم[3].

وتحتل الأسباب مكانا بارزا فى ورقة الأحكام، وتسبق بعبارة "بما أن" أو "بناء على" أو "حيث إن" كما أنها تسبق منطوق الحكم، وتنفصل عنه بعبارة "لهذه الأسباب" par ces motifs[4].

([1]) راجع: محمد العشماوى، وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن جـ 2 1958، ص696 بند 1081، رمزى سيف، الوسيط ، المرجع السابق، ص 672 بند 498.

([2]) أحمد مسلم، أصول المرافعات ص 48 بند 48،دار الفكر العربي1971.

([3]) وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات ص 515 وما بعدها، منشأة المعارف 1974 ،وفى هذا المعنى، إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص، جـ2 ،بند 384،ص252 ومابعدها بدون سنة نشر.

([4]) أحمد السيد صاوى، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه 1971، دار النهضة العربية ص 35 بند 15، الوسيط ص 545 بند 391 وراجع فى تاريخ التسبيب

وتتعلق فكرة السبب في اتفاق التحكيم بالسبب كمحل للالتزام وفقا للقواعد العامة في القانون المدني. فاتفاق التحكيم هواتفاق أو التزام مدني من طبيعة خاصة ،قوامه الاتفاق على التحكيم دون قضاء الدولة.وهذا الالتزام يقوم على سبب قانوني يتمثل في الباعث الدافع على التعاقد،وليس الأساس القانوني الذي يقوم عليه الطلب القضائي[1]. ففكرة السبب هنا لا تتعلق بسبب الطلب القضائي، وإنما تتعلق بالباعث أو الغرض الذي يقصد المدين الوصول إليه من وراء التزامه، وذلك وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني[2].

وسبب الاتفاق أى الدافع إلى اتفاق التحكيم، يكمن في إرادة الأطراف ورغبتهم في استبعاد قضاء الدولة من نظر النزاع وحله عن طريق التحكيم[3]. وهذه الرغبة مشروعة،بحسبان أنها لا تخالف القانون الذي يجيز اللجوء للتحكيم، كمالا تخالف

Bertrand chevalier: la motivation des actes Juridictionnels thé, Rennes 1974 p 2 N 2 ، إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص جـ2 ص250 بند 384، عزمى عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة ص25 – 36 الطبعة الأولى 1983.

([1])أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، ص224،دار النهضة العربية2013.

([2]) تنبغي التفرقة بين السبب في (عقد النقل البحري للبضائع) وبين السبب في اتفاق التحكيم، فسبب التزام الناقل البحري للبضائع في عقد النقل ،هو التزام المرسل أو الشاحن بدفع الأجرة أو الوعد بدفعها، وسبب التزام المرسل أو الشاحن بدفع الأجرة هو التزام الناقل بنقل البضاعة. بلباقي بومدين ،التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد /تلمسان /كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/ 2018،ص185.

([3]) فتحي والي،قانون التحكيم ،المرجع السابق،ص95.

النظام العام والآداب. ويعد هذا سببا مشروعا دائما؛ بحسبان أن القانون قد سمح بحل المنازعات عن هذا الطريق.

لكن يمكن أن يجد هذا السبب طريقا إلى عدم المشروعية إذا ثبت أن التجاء الأطراف للتحكيم كان بهدف التهرب والتحلل من تطبيق أحكام قانون ما، فيما لو تم عرض النزاع على القضاء. كما لوكان القصد من الاتفاق التحايل على القواعد والأنظمة المتعلقة بالنظام العام في المجتمع،بحسبان أن هذا يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون[1].

وعليه ينبغي أن يكون سبب التحكيم مشروعا،فإن كان غير مشروع،كما لو كان الباعث الدافع للاتفاق على التحكيم هو التهرب من بعض القيود والالتزامات التي يفرضها القانون الذي كان من الواجب تطبيقه على النزاع، فيما لو تم عرضه على قضاء الدولة، أو التهرب من الضرائب على الأرباح التجارية أو الصناعية،أوالتهرب من إجراءات الشهر،أوودفع الرسوم المستحقة لخزانة الدولة،كما هو الحال في حالة اتفاق التحكيم على صحة ونفاذ عقد بيع عقاردون اتباع إجراءات الشهرودفع الرسوم المقررة بقصد التهرب منها،كان الاتفاق باطلا[2].

---

(1) قارب:أحمد شرف الدين،الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم،ص17ومابعدها،2007.

(2) ولايمكن أن يصلح سببا لبطلان اتفاق التحكيم ، فيما لو كان السبب الدافع له هو الإفلات من مبدأ العلانية ،والذي يعد من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام الإجرائي بصفة عامة،بحسبان أن أهم مايميز التحكيم ويدفع الكثيرمن الأشخاص إلى الالتجاء إليه هو مبدأ

كما اعتبرت محكمة استئناف القاهرة اللجوء إلى التحكيم بقصد الإفلات من ضمانات إعلان الخصوم التي يوفرها إجراءات التقاضي أمام المحاكم،أو بقصد اغتيال حقوق الآخرين من بين حالات عدم مشروعية سبب اللجوء إلى التحكيم [1].

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة تطبيقا لذلك ببطلان حكم تحكيم بشأن صحة ونفاذ عقد بيع عقار،تأسيسا على عدم مشروعية السبب،لما يؤدي إليه من استبعاد الدعوى المذكورة من ولاية المحكمة المختصة،والإفلات من القواعد والإجراءات والرسوم الواجبة التطبيق على هذه الدعوى [2].

كما قضت محكمة استئناف القاهرة أيضا بأن:" الاتفاق على التحكيم بشأن صحة ونفاذ عقد بيع العقار يكون باطلا لعدم مشروعية السبب،إذ ينطوي على إحدى حالات الغش نحو القانون،والتحايل على أحكامه،عن طريق الاتفاق على استبعاد الدعوى المذكورة من اختصاص المحاكم وعرضها على محكم مختار من قبل أصحاب الشأن يقضي لهم بصحة العقد ونفاذه دون الالتزام بما أوجبه المشرع

السرية ،فمجرد توافر نية الإفلات من العلنية التي يتميزالقضاء لا ينهض بذاته سببا على عدم مشروعية .قارب: بلباقي بومدين،الرسالة السابقة،هامش 3ص185.

(1)الحكم الصادر في الدعوى رقم95،لسنة122القضائية،الدائرة91،جلسة2006/5/30. المبادئ القانونية المستنبطة من أحكام التحكيم،حسين مصطفى فتحي،مجلة التحكيم العربي،العدد التاسع،ص283.

(2)الحكم الصادر في الطعن رقم24،لسنة126القضائية، جلسة2010/1/18. المستحدث من أحكام محكمة النقض والاستئناف في مسائل التحكيم،محمد عبد الرؤوف،مجلة التحكيم العربي،العدد الرابع عشر،ص220.

بنصوص آمرة،سواء فيما يتعلق بوجوب شهر التصرفات العقارية وتسجيلها من ناحية،والالتزام بشهر صحف الدعاوى الخاصة بهذه التصرفات وأداء25% من قيمة الرسم النسبي الذي يستحق على شهر الحكم بصحة ونفاذ التصرفات المذكورة من الناحية الأخرى [1].

وإذا كان ينبغي في محل اتفاق التحكيم أن يكون مشروعا ،إلا أنه ينبغي أن لايختلط السبب غير المشروع بالمحل غير المشروع أو غير الممكن. فمحل التحكيم يتعلق بموضوع النزاع ومدى اتفاقه مع القانون أو خروجه عنه،أما السبب فهو إجابة على سؤال:لماذا اتجه الطرفان إلى التحكيم لفض النزاع بينهما؟.

وتجدر الإشارة إلى أنه يتعين التمييز بين وجود السبب وعدم مشروعيته، فعدم وجود سبب لاتفاق التحكيم يؤدي لانعدام هذا الاتفاق،بينما عدم مشروعية السبب تؤدي إلى البطلان. وتكمن التفرقة بينهما في الآثار المترتبة على الانعدام والبطلان من حيث اختلاف وسائل الطعن المقررة لكليهما.فبينما تقرر القوانين الإجرائية إمكانية الطعن في التصرفات والأحكام المنعدمة بدعاوى بطلان أصلية،فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للبطلان،فتصحيح البطلان يكون بطرق الطعن المقررة قانونا[2].

(1)حكم محكمة استئناف القاهرة "الدائرة التجارية 91" في الدعوى رقم81لسنة121ق، جلسة29/ 11/ 2005،مجلة التحكيم العربي،ص281،عدد9،أغسطس2006.

(2) أحمد إبراهيم عبد التواب،اتفاق التحكيم ،المرجع السابق،ص225.

لكن قد يختلط سبب العقد وسبب الاتفاق التحكيم، بحيث يشكلان وحدة واحدة،وجزءا لايتجأ،ويتأثر كليهما بلآخر ويؤثر فيه.

ويبدو ذلك جليا في المنازعات النفطية،فمع بداية التفاوض على بنود العقد النفطي، تصرشركة النفط الأجنبية على أن يتم إدراج شرط التحكيم،بحيث إنها قد ترفض المضي قدما في العقد دون إدراج هذا الشرط. الأمر الذي يجعل من شرط التحكيم شرطا جوهريا،بمعنى أنه الباعث للتعاقد ،مما يترتب عليه أنه في حال بطلان شرط التحكيم،فإن ذلك يؤدي إلى بطلان العقد كاملا([1]).

([1]) فاطمة خالد المحسن ،المنازعات النفطية،المرجع السابق،هامش 1 ص40.

المبحث الثاني

الشكلية في اتفاق التحكيم

تقسيم:ينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

وجوب كتابة اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم من العقود الشكلية التى لاتتم بمجرد تراضى الطرفين،وإنما يجب لتمامها إفراغها فى شكل معين يتطلبه القانون.ويتمثل هذا الشكل فى ضرورة كتابة اتفاق التحكيم.

وإذا كان اتفاق التحكيم، يختلف من حيث صوره، شرطا كان أم عقدا، فإنهما يلتقيان كليها حول ضرورة توافر شرط شكلي، استلزمه المشرع لقيام اتفاق التحكيم صحيحا منتجا لآثاره، وهو ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ، فالاتفاق الشفوي لا يعتد به في هذا الصدد. وهذا النهج هوالذي انتهجته أغلب القوانين الحديثة[1].

وتأسيساً على ذلك فإنه متى وجد اتفاق التحكيم مطبوعا بطابعه الشكلي الذي حدده المشرع؛ فإن الاتفاق يرتب أثراً مهمًا في حق الدولة ذاتها، حيث ينزع عنها

(1)لمزيد من التفصيل:أحمد صدقي،محمود،دور الكتابة في اتفاق التحكيم،المرجع السابق،ص 27 وما بعدها .

الاختصاص بفض النزاع بين طرفي الاتفاق، ويمنحه لقضاء خاص هو قضاء التحكيم، وكذلك يرتب أثراً آخر في حق الأطراف أنفسهم يمكن أن يمس ببعض حقوقهم وفقاً لما سينتهي إليه حكم المحكمين، وأيضاً قد يرتب هذا الاتفاق أثاراً في حقوق الآخرين من غير الأطراف الأصليين، وهذا في حال امتداد الاتفاق إلى عقود أخرى، أو أطراف آخرين تتصل حقوقهم بذات العقد الأصلي([1]).

ويقصد بالكتابة هنا كل ما من شأنه أن يكشف عن أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى "التحكيم" سواء كانت في مراسلات أو برقيات أو خطابات، سواء بالبريد العادي أو أي من وسائل الإتصال الحديثة كالإنترنت مثلا أو الفاكس أو غيرها. وقد نصت التشريعات العربية على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ([2]).

فقانون التحكيم المصري اشترط في اتفاق التحكيم أن يكون مكتوبا،وجعل الكتابة ركنا لايصح الاتفاق بدونها،حيث نص صراحة في المادة 12 من هذا القانون على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا".على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا. ونص في المادة (3/10) على أنه

([1]) علي بن عبدالله بن محمد الهنائي،الاتجاهات الحديثة،المرجع السابق،ص14.

([2]) راجع على سبيل المثال: المادة12 من قانون التحكيم المصرى وقانون التحكيم العماني، والمادة 7 من قانون التحكيم الجديد رقم (6) لسنة 2018،والمادة2/9من نظام التحكيم السعودى.

"..... يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد"[1].

وبذلك يكون المشرع المصري قد قطع دابر كل خلاف نشب بين الفقه،وأوضح بما لايدع مجالا للشك أن الكتابة شرط للانعقاد [2].

وقانون التحكيم المغربي رقم: 08.05، نص من خلال مقتضيات الفصل 313 منه، على أنه: " يجب أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة، إما بعقد رسمي أو عرفي وإما بمحضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة..".

كما تنص المادة (2/203) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على انه ".... لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة"[3]. فالكتابة في القانون الإماراتي ضرورية أيضا لكنها شرط للإثبات وليس الانعقاد.

([1]) انظر أيضا المادة (6) من القانون وتنص على ما يلي: "إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم".

(2)إبراهيم صبري الأرناؤوط شرط الكتابة والتحكيم الالكتروني،مجلة الشريعة والقانون،كلية القانون،جامعة الإمارات،العدد التاسع والأربعون،ص132.

(3)ولكن قبل صدور قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لسنة 1992، لم تكن الكتابة شرطا لإثبات الاتفاق. وفي هذا المجال، كان قد قضي في دبي بأنه لا يوجد في القوانين المعمول بها في دبي ما يدل على اشتراط الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم. وحسب المادة (1) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي، يحكم بالشريعة الإسلامية في حال عدم وجود النص. والفقهاء المسلمون لم يشترطوا في الاتفاق على التحكيم ان يكون مكتوبا، بل أجازوا إثبات الاتفاق بشهادة

ويتبين من هذه النصوص إن قوانين الدول العربية تتفق على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا. ولكن يختلف القانون المصري عن القانون الإماراتي، من حيث إن الكتابة في القانون المصري هي شرط انعقاد، في حين أنها شرط إثبات في القانون الإماراتي[1].

كما نصت المادة 1443من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على وجوب كتابة اتفاق التحكيم،وإلا كان باطلا،يستوي أن ترد كتابة الشرط التحكيم في العقد الأصلي،أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد[2].

وتجدر التفرقة هنا بين التحكيم الذي يستند على شرط تحكيم مدرج في العقد الأصلي، وبين التحكيم الذي يتم بناء على اتفاق مستقل عن ذلك العقد،ففي الحالة الأولى: يفترض بداهة إن العقد الأصلي ورد كتابة، وبالتالي فإن شرط التحكيم الوارد فيه هو أيضا كتابي. وهذا بخلاف ما إذا كان اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد

الشهود وبالنكول عن اليمين .طعن مدني رقم 53، تاريخ 1991/10/16، مجلة القضاء والتشريع، العدد 2، ص 466.

(1)انظر أيضا : طعن مدني رقم 101، أبو ظبي ،جلسة 1998/5/17، مجلة العدالة، العدد 20، ص 522.

(2) يجري نص هذه المادة في الصيغة التالية:

" A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

الأصلي. وفي هذه الحالة، فإن شرط الكتابة خاص باتفاق التحكيم ، وليس بالعقد الأصلي، حيث يبقى هذا العقد من حيث صحته وإثباته خاضعا للقواعد العامة.

وبمعنى آخر، فإن العقد الأصلي قد يجوز إبرامه شفويا، بل وإثباته بالشهادة، في حين أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبا.

ومثال ذلك : أن يكون العقد عقد بيع تجاري. وفي كل من القانون المصري والإماراتي، فانه يجوز إبرام مثل هذا العقد شفويا، تطبيقا لمبدأ الرضائية في العقود[1]، دون حاجة لكتابته أو لأي شكل آخر فيه. كما يجوز إثباته بشهادة الشهود[2] ، ولكن لو فرضنا أن أحد طرفيه ادعى بوجود اتفاق تحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد، فإن هذا الادعاء لا يكون مقبولا ما لم يكن الاتفاق مكتوبا.

والأصل أن تتحقق الكتابة بوجود محرر يتضمن شرط التحكيم موقعا عليه من الطرفين،ويكتفى بتوقيع الطرفين على العقد ،دون حاجة للتوقيع على الشرط،بحسبان أن التوقيع على العقد في محصلته النهائية ،يعد توقيعا على كل بند من بنوده بما في ذلك شرط التحكيم.

---

(1) يجري نصها في الصيغة التالية:" يقع باطلا ما يرد فى وثيقة التأمين من الشروط الآتية: ... ٤. شرط التحكيم إذا ورد فى الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا فى صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

(2)المادة 69 من قانون التجارة المصري ؛ والمادة 94 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

غير أنه يستثنى من هذا المفهوم مانصت عليه المادة4/750من القانون المدني المصري والتي تتضمن النص على بطلان شرط التحكيم الوارد ضمن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين؛إذ يجب أن ترد في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة[1].

وإذا كانت الكتابة ركنا من أركان اتفاق التحكيم،فإن أى اتفاق على التحكيم غير مكتوب يكون باطلا،ويبطل كذلك اتفاق الخصوم على استبعاد الكتابة أو استبدالها بغيرها.

وعلى العكس تماما من ذلك ، يتجه جانب آخر من التشريعات المقارنة إلى جعل الكتابة،مع استلزامها في كل حال،مجرد وسيلة لإثبات الاتفاق على التحكيم بحيث إذا انعدمت الكتابة لا يستتبع ذلك انعدام الاتفاق أو بطلانه بل يجعله – عند إنكاره – غير ذي فاعلية ويتعين البحث عن وسيلة أخرى لإثباته.

ومما سبق يتضح الأهمية القصوى لإفراغ اتفاق التحكيم في قالب شكلي إذ إن التشريعات المقارنة استلزمت ضرورة كتابة اتفاق التحكيم سواء لوجود اتفاق التحكيم أولإثباته.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك قد استلزمت كتابة اتفاق التحكيم حتى تعترف به الدول الأعضاء في الاتفاقية،حيث نصت على أن:"

(1) أحمد السيد صاوى، المرجع السابق،ص89.

تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذى يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التى قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية وغير التعاقدية".

ويرى جانب من الفقه أن كتابة اتفاق التحكيم حتى تعترف به الدول الأعضاء في الاتفاقية يعد شرطا من شروط صحته،وبالأولى يكون باطلا أى اتفاق على التحكيم لايكون مكتوبا[1].

ويرى جانب آخر من الفقه [2]أن كتابة اتفاق التحكيم طبقا لاتفاقية نيويورك ليست شرطا لوجوده،وذلك لأن الاتفاقية لم ترتب البطلان أو الانعدام على تخلف شرط الكتابة،وكل ما في الأمر أن الاتفاقية لم تلزم الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب, وهذا ليس معناه أن الاتفاقية تمنع الدولة العضو من الاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب إن هى أرادت ذلك وفقا لقانونها. ويؤيد ذلك أن الاتفاقية قد استخدمت اصطلاح "تعترف" ولاشك أن عدم الاعتراف إحدى الدول الأعضاء باتفاق التحكيم لايعنى أنه غير موجود،وإنما هو اتفاق موجود وتستطيع الدولة الاعتراف به إذا أرادت ذلك،ولكنها لاتلتزم بمثل هذا الاعتراف،وهذا على خلاف الاتفاق المكتوب والذى تلتزم بالاعتراف به.

---

(1) أحمد السيد صاوى، المرجع السابق،ص89.

(2) إبراهيم أحمد إبراهيم،اختيار طريق التحكيم ومفهومه، ص98ومابعدها،بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم،والتى انعقدت بكلية الحقوق،جامعة عين شمس في الفترة من22 إلى 27يناير 2000.

المطلب الثاني

شكل الكتابة وطبيعتها

تقسيم:ينقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول:شكل الكتابة،وفي الثاني:طبيعة شرط الكتابة:

الفرع الأول

شكل الكتابة

خلصنا فيما سبق إلى أن الكتابة في اتفاق التحكيم أمر ضروري كإجراء شكلي سواء كانت للانعقاد أم للإثبات، حسب نظرة كل تشريع إليه ،وهنا يثور التساؤل عن شكل الكتابة المطلوبة في اتفاق التحكيم .

والتوجه الحديث في القوانين التي تنظم التحكيم، هو التوسعة من مفهوم الكتابة، بحيث يشمل ذلك وسائل الاتصال الحديثة، مثل الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني.

ولم ينص المشرع المصري على شكل معين للكتابة،فليس هناك ثمة مايمنع من أن تكون الكتابة الكترونية،بل إن المشرع اعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا إذا

تضمنته ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة المكتوبة[1].

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا حرر ووقعه الطرفان، والكتابة شرط لازم لصحة اتفاق التحكيم، فهو شرط صحة وليس مجرد وسيلة إثبات وإن تخلفها يترتب عليه بطلان التحكيم [2].

وللكتابة عدة أشكال فقد تفرغ في محرر يوقعه الطرفان، أو فيما يتبادلانه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

وقد اشترطت ذلك المادة12 من قانون التحكيم المصري والعمانى أن يكون الاتفاق مكتوبا،وذلك إذا كان تضمنه محرر وقعه الطرفان،أوإذا تضمنه ماتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.وإلا كان هذا الاتفاق باطلا.

---

(1) م12 من قانون التحكيم المصري،م2/203من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

(2) نص قانون التحكيم المصري المعدل رقم 27 لسنة 1994 ،وقانون التحكيم العماني في المادة (12) على أنه:"يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة". ونفس التوجه سلكه المشرع المغربي في (الفصل 317) حيث نص على أنه:"يجب تحت طائلة البطلان:"أن يضمن شرط التحكيم كتابة في الاتفاق الأصلي ،أو في وثيقة تحيل إليه بشكل لالبس فيه..."

وإذا كان يمكن أن يكون الاتفاق مجرد بند من بنود العقد الأصلى،فإن التوقيع على العقد الأصلى من جانب أطرافه يكفى فى حد ذاته لإلزام أطرافه باللجوء إلى التحكيم دون الحاجة إلى التوقيع على بند التحكيم الوارد فى هذا العقد.اما إذا كان الاتفاق عبارة عن مشارطة أبرمت بعد إبرام العقد الأصلى،فإنه يجب إثبات التراضى على التحكيم كتابة،ويكون ذلك عن طريق توقيع مشارطة التحكيم بواسطة الخصوم[1].

ومما يجدر ذكره في هذا المقام أن المادة"12" سالف الإشارة إليها قد أشارت إلى محرر "وقعه الطرفان" . ويثار التساؤل الآتي:"ماذالو لم يوقع المحرر من الطرفين؟ كما لو كان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد تم أمام المحكمة وأثبت هذا الاتفاق بمحضر الجلسة، وهو لا يوقع من الطرفين. أو إذا جاء في صورة "إقرار" موقع من أحد الأطراف دون الطرف الآخر، أو جاء بوسيلة من وسائل الاتصال الأخرى كالفاكس والبريد الالكتروني فهى رسائل غير موقعة ممن صدرت عنه [2].

(1) أحمد عبد الكريم سلامة،التحكيم فى المعاملات المالية الداخلية والدولية،ص216.دار النهضة العربية.

(2) عرفت المادة 1 /ج من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15لعام2004 التوقيع الالكتروني بأنه:"مايوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أوأرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.

ويمكن القول بأن وسائل الاتصال الحديثة قد اعتد بها المشرع في اتفاق التحكيم،وقد اشترط المشرع كتابة هذا الاتفاق، وقد وسع المشرع من مفهوم الشكل الكتابى اللازم لوجود اتفاق التحكيم، حيث أعطى أهمية كبيرة لتبادل الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، وبالتالي يكون في حكم الكتابة الرسائل المتبادلة بين الطرفين وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، أي تلك الوسائل التي لم تكتشف بعد، وذلك تحسباً لما يكتشف من وسائل جديدة للاتصال، يكون لها أثر مكتوب، يمكن أن ينعقد به اتفاق التحكيم[1]. كما يشمل ذلك أيضا بعض حالات مبدأ الثبوت بالكتابة، وعلى هذا النحو إذا ما توفر مبدأ الثبوت بالكتابة،كان كافيا لوجود الشكل المطلوب،ولمن يتمسك به استكمال متطلبات الاثبات عن طريق وسائل الاثبات الاخرى .أما إذا لم يتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة فلا يجوز الالتجاء إلى وسائل الإثبات الاخرى المساوية أصلا للكتابة كاليمين أو الاستعانة بالبينة فى هذه الحالة مثلا.

(1) نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة: 2/7 على أنه : "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعتبر كذلك إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أوفي تبادل الرسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي مما يكون بمثابة سجل للاتفاق"

وتجدر الإشارة إلى أن الكتابة الرقمية (الالكترونية) [1] أصبحت من أهم الصور

الحديثة في الكتابة، وشاع استعمالها في الرسائل الرقمية (الالكترونية) التي تتم عبرأجهزة الحاسب الآلي (الكمبيوتر) وتنتقل إلى الطرف الآخر في نفس الوقت عن طريق شبكة المعلومات الدولية[2].وبالتالي ساهمت بشكل كبير في إبرام العديد من العقود، إلا أن الصعوبة تكمن في عملية إثبات تلك العقود والاتفاق على التحكيم بشأنها حيث يتجاوز إثباتها وسائل الإثبات التقليدية المعروفة في القواعد العامة[3].

وإذا كان المشرع المصري والعمانى قد تشددا فى اقتضاء الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم،إلا أنه تم التخفيف كثيرا فى كيفية تحقق هذا الشرط،حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري والعماني على أنه:" ... يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمن ماتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل المكتوبة".

---

(1) عرفت المادة 1 /ب من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15لعام2004 المحرر الالكتروني بأنه:"رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزنأو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقميةأو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة.

(2) أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص 109 ،وما بعدها . وعرفت المادة 1/ أ من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15لعام2004 الكتابة الالكترونية بأنها:"كل حروف أو أرقام أو رموزأو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونيةأو رقمية أو ضوئيةأوأية وسيلة أخرى وتعطي دلالة قابلة للإدراك.

(3) مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 883.

ووفقا لهذا النص قد يبرم اتفاق التحكيم فى الصورة التقليدية والتى تتمثل فى وجود محرر أو وثيقة موقعة من الطرفين تنطوى على وجود اتفاق بين الخصوم على عرض المنازعات التى تثور بينهم بشأن عقد معين أو علاقة معينة على التحكيم.

ولايشترط في الكتابة اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم أن تكون رسمية تتم على يد موظف عام مختص،وإنما يكفى لإبرام اتفاق التحكيم كتابة عرفية موقعة من أطرافه، ولايشترط فى الكتابة شكل معين، فيمكن أن تتم بأى عبارة طالما كانت العبارات والألفاظ المستخدمة دالة إلى اتجاه إرادة الخصوم على اللجوء إلى التحكيم[1].

ويمكن أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بخط اليد أو على آلات الكتابة،يستوى فى ذلك أن يكون الإتفاق مكتوبا بلغة الدولة التى أبرم فيها الاتفاق أو مكتوبا بلغة أجنبية.

كما قد تتمثل الكتابة فى اتفاق التحكيم فى تبادل الخطابات والبرقيات أو التلكسات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

(1)أحمد عبد الكريم سلامة،التحكيم في المعاملات المالية الداخلية ،المرجع السابق،ص240.

وفى جميع الأحوال يشترط لانعقاد اتفاق التحكيم بهذه الوسائل أن يكون هناك تبادل بين الإرادتين بصورة مكتوبة، غير أن الكتابة يجب أن تكون واضحة وبخط مقروء.

وفي هذا الخصوص حكمت محكمة تمييز دبي بعدم وجود شرط التحكيم متى كان واردا في سند الشحن وهو غير مقروء ومطبوع بخط دقيق بطريق تعجز الشخص العادي عن قراءته،ويتعين إبطاله وعدم الالتزام به. ولايغير من ذلك كون المتعاقدتين شركتان تعملان في مجال النقل البحري،وأنه يفترض علمهما بوجود شرط التحكيم بحكم تعاملهما في سندات الشحن([1]).

وعلى ذلك لاينعقد اتفاق التحكيم إذا صدر إيجاب من أحد الأطراف فى صورة مكتوبة،وصادف قبولا شفويا،أولم يصادف قبولا في الأساس.

وقد يبرم اتفاق التحكيم باستخدام البرامج الالكترونية المتصلة بشبكات الانترنت،والتى توفر تسجيلا وتدوينا للرسائل التى تنقل عبرها كالبريد الالكترونى ،فليس هناك مايمنع من قياس الرسائل الالكترونية على رسائل الفاكس والتلكس [(2)].

([1]) حكم محكمة تمييز دبي،طعن رقم 87لسنة2003،جلسة10 / 5/ 2003، العدد الرابع عشر ،ج1،ص567.

(2) نصت المادة677 من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه :"إذا كانت الوكالة عامة جاز للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات عدا التبرعات والصلح والإبراء والتحكيم والقرض والأحوال الشخصية مالم يكن مصرحا بها فى التوكيل"، ولذا فإنه لايجوز للوسيط أو الوكيل أو السمسار أن يبرم اتفاق تحكيم لصالح الغير إلا إذا كان مزودا بوكالة خاصة.

وتجدرالإشارة إلى أن المشرع المغربي، قد نص على تحديد الشكل الكتابي المتطلب قانونا لإبرام اتفاق التحكيم، فهو إما أن يأخذ شكل عقد رسمي أو عقد عرفي، وإما أن يرد في محضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة.

وقد توسع المشرع المغربي في مفهوم الكتابة، ونص من خلال مقتضيات الفقرة 2 من المادة 313 من قانون التحكيم على أنه: " يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال، والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك".

وبالتالي، يمكن أن يرد اتفاق التحكيم إما في شكل عقد رسمي أو عرفي، كما يمكن أن يضمن في المحاضر المنجزة من طرف هيئة التحكيم،أو أن يرد في شكل وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن أن يوجد اتفاق التحكيم من خلال تبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم، ولكن ذلك مقيد بعدم منازعة الطرف الآخر له في ذلك. يستوي في ذلك أن يتم تبادل المذكرات بين

الطرفين مباشرة أو من خلال مركز تحكيم؛إذ يعد ذلك بمثابة تبادل للرسائل في الاتفاق على الإحالة للتحكيم[1].

وعلى ذلك يوجد اتفاق على التحكيم في حالة مالو أعلن أحد الأطراف الطرف الآخر بالتجائه للتحكيم،وتم تبادل مذكرات بينهما في هذا الخصوص دون ممانعة.أو تقدم أحدهما إلى محكم أومركز تحكيم،وتم إعلان الطرف الآخر من المحكم أو مركز التحكيم،واستمرت الإجراءات وتبادل المذكرات،حتى صدر الحكم التحكيمي بينهما دون اعتراض منهما طيلة الإجراءات.

ونحلص مما سبق إلى أن اتفاق التحكيم لابد أن يكون مكتوبا ،أيا كانت وسيلة الكتابة تقليدية أو الكترونية[2]. ،فلا عبرة بالاتفاقات الشفوية ،وجماع الأمر أنه لابد أن تكون الكتابة . أيا كانت وسيلتها . واضحة وقاطعة في الدلالة على حقيقة المطلوب،وهو اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم لحسم النزاع بينهما.

---

(1) نصت المادة (2/7) من القانون النموذجي الذي يعد أحد المصادر الأساسية للقانون المصري صراحة على أنه يعتبر من قبيل الاتفاق الخطي "... تبادل لوائح الادعاء والدفاع والتي تم فيها الادعاء بوجود اتفاق تحكيم من قبل أحد الأطراف دون إنكار من الطرف الآخر ....".

(2) راجع في الكتابة الالكترونية،عبد المنعم زمزم،قانون التحكيم الالكتروني،المرجع السابق،ص70ومابعدها، هشام بشير وإبراهيم عبد ربه،التحكيم الالكتروني،المرجع السابق،ص49ومابعدها.

فاتفاق التحكيم المكتوب الكترونيا، شأنه في ذلك شأن اتفاق التحكيم التقليدي ،كما أن المحررات العرفية شأنها في ذلك شأن المحررات الرسمية[1].

(1) لمزيد من التفصيل:،عبد المنعم زمزم،قانون التحكيم الالكتروني،المرجع السابق،الإشارة السابقة، هشام بشير وإبراهيم عبد ربه،التحكيم الالكتروني،المرجع السابق،الإشارة السابقة.

الفرع الثاني

طبيعة شرط الكتابة

تمهيد وتقسيم:إذا كان الاتفاق على التحكيم، شرطا كان أو عقدا، يعتبر تصرفا من التصرفات التي تنعقد بإرادتين، فانه يلزم لوجود هذا الاتفاق، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، توافر أركانه وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب، والى جانب هذه الشروط هناك الشرط الشكلي المتعلق بالكتابة، الذي أوجبته غالبية التشريعات المنظمة للتحكيم.

لكن يثار تساؤل حول طبيعة شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، هل هي مجرد وسيلة لإثباته ،أم تعد من أركان اتفاق التحكيم لازمة لوجوده ؟ وما هوالجزاء المترتب على عدم كتابة اتفاق تحكيم؟

اختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها بخصوص طبيعة شرط الكتابة،ونتناول ذلك في البنود التالية:

أولا:الكتابة وسيلة للإثبات

يذهب اتجاه في الفقه إلى أن الكتابة المتطلبة في شرط التحكيم هي للإثبات فقط ، وليست لصحته أو لانعقاده، وذلك لأن اتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون عقداً رضائياً ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين، دون حاجة إلى أي إجراء آخر، فهو ليس عقداً شكلياً، لأن الكتابة ليست ركناً في العقد ولا شرطاً لصحته،

وإنما هي مجرد وسيلة لإثباته[1]. ومن ثم فإن الاتفاق يمكن أن يتحقق بواسطة تبادل المراسلات أو الخطابات التي تتضمن رغبة الأطراف في اللجوء إلى هيئة التحكيم لتسوية نزاع قائم[2].

وتذهب بعض الأنظمة،ومنها القانون التونسي والكويتي والليبي والسوري إلى أن الكتابة اللازمة لاتفاق التحكيم هي للإثبات.إذ نص المشرع التونسي من خلال مقتضيات المادة 1/6من مجلة التحكيم التونسية على أنه:"لا تثبت اتفاقية التحكيم إلا بكتب سواء كان رسميا أو خط يد أو محضرجلسة أومحضرامحررا لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها".

فالكتابة اعتبرها المشرع التونسي وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم ،وليست شرطا من شروط انعقاده، سواء أكانت الكتابة بمقتضى محرر رسمي أو عرفي.

وينتهج هذا الطريق كل من القانون الكويتي حيث نص في المادة : (1730) مرافعات على أن: "التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة ". وقانون أصول المحاكمات السوري حيث تنص المادة: (509) منه على أنه: "لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة".

وقد تطلب المشرع الليبي الكتابة في مشارطة التحكيم حيث قرر في المادة: (742) من قانون المرافعات الليبي على إنه: "لا تثبت مشارطة التحكيم إلا

---

(1)عبد الحميد أبو هيف،طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية،ط5،ص 51منشأة المعارف،الإسكندرية، 1988م.

(2)محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 438 .

بالكتابة".فنص هذه المادة الذي يشترط الكتابة لإثبات مشارطة التحكيم، " ينطبق على شرط التحكيم لاتحاد العلة في الحالتين،وذلك بتذكير ذوي الشأن بتنازلهم عن قضاء الدولة بموجب هذا الاتفاق إلى التحكيم.

كما نص المشرع السوري في المادة 509 من قانون التحكيم السوري المستخرج من قانون أصول المحاكمات المدنية، على أنه: " لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة".

وفي ضوء النصوص السابقة وغيرها ممن تأخذ بهذا الاتجاه[1]، يمكن القول بأن الكتابة الهدف منها إثبات اتفاق التحكيم وليس لصحة انعقاده، فالكتابة مجرد وسيلة لإثبات العقد، ومعنى ذلك أن تخلف دليل إثبات وجود اتفاق التحكيم (الكتابة)، لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، إذ يظل اتفاق التحكيم سليماً تماماً من الناحية القانونية، ويجوز إثباته بأية وسيلة تقوم مقام الكتابة، كالإقرار واليمين الحاسمة.

ويلاحظ أن هذه التشريعات التي تبنت هذا الاتجاه، لم تبين الجزاء الذي يترتب على تخلف الكتابة في اتفاق التحكيم، وإزاء هذا الصمت يمكن القول بأن الكتابة مع استلزامها في كل حال، هي مجرد وسيلة لإثبات التحكيم، وإن انعدام الكتابة

(1)إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، ط2، ص76ومابعدها، دار النهضة العربية، القاهرة1997م،احمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم التجاري والداخلي،المرجع السابق، ص357،السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثره بسيادة الدولة، ، ص 10، دار النهضة العربية، القاهرة ،(بدون طبعة)، 2001م، أحمد نشأت، رسالة الإثبات،ص666 ،دار الفكر العربية، ج2 1972.

لايستتبع بطبيعة الحال انعدام اتفاق التحكيم، بل يجعل إنكاره غير فعال، ومن ثم يتعين البحث عن وسيلة لإثباته[1].

ثانيا:الكتابة شرط لوجود اتفاق التحكيم وانعقاده

استلزمت المادة (12) من قانون التحكيم المصري ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، وحسنا فعل المشرع المصري، ليس فقط اتساقا مع أحكام القانون النموذجي"اليونيسترال 1985" والذي كان المرجع الرئيسي للتشريع المصري وغيره من تشريعات التحكيم في الدول المختلفة،وإنما أيضا لما يترتب على وجود هذا الشرط . على النحو الذي سنعرض له في حينه . من سلب لاختصاص قضاء الدولة، وبالتالي يجب أن يكون الشرط واضحا في التعبير عن إرادة الطرفين ولا يترك لوسائل الإثبات البديلة، وإنما استلزم المشرع الكتابة ورتب جزاء البطلان على تخلف هذا الشرط، ويستوي فى ذلك أن تكون الكتابة ثابتة في ورقةعرفيةأورسمية. والكتابة بهذا الشكل شرط للانعقاد وليست فقط شرطا للإثبات[2].

ومن بين الأنظمة التي تشترط الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم ووجوده، وليست كشرط للإثبات: المشرع المغربي والمصري والعماني والجزائري والفرنسي.

---

(1)مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصةالدولية والداخلية،المرجع السابق، ص363 ومابعدها .

(2) وهذا الحكم لايسري إلا بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي أبرم بعد نفاذ القانون،أما ذلك الذي أبرم قبل نفاذه،فإن الكتابة تظل . طبقا للمادة 501 من قانون المرافعات شرطا للإثبات. فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص137.

فبالنسبة للمشرع المغربي، نجد أنه اعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرط انعقاد، ونص في الفصل313 على وجوب إبرام اتفاق التحكيم كتابة إما على شكل عقد رسمي أو عرفي أو محضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 12 من القانون رقم: 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، على ما يلي:" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا". ويستلزم القانون الجزائري الكتابة كشرط لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا، ولكن يستوي أن ترد كتابة شرط التحكيم في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها وذلك طبقا للمادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما نص المشرع الفرنسي فيالمادة 1/1443 من قانون الإجراءات المدنية على بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكتوبا([1]).

وأمام صراحة هذا النص، يتبين أن اتفاق التحكيم هو من العقود الشكلية التي يتوقف انعقادها على إفراغها في سند كتابي، فلا يمكن إقامة الدليل على اتفاق التحكيم شفويا أو بأية وسيلة أخرى حتى بالإقرار.

ومما سبق ومن خلال النصوص السابقة يتضح أن اتفاق التحكيم، يتعين أن يكون مكتوبا. وأن الكتابة المتطلبة هي لانعقاد الاتفاق ووجوده، وليست مجرد

([1]) cette article proclame que:" A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite."

وسيلة لإثباته[1]. ولما كانت الكتابة تعد ركنا شكليا في الاتفاق على التحكيم، فان البطلان الناشئ عن تخلفها، يعتبر بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام.

الرأى الراجح: يرى جانب آخر من الفقه، أنه لما كانت قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام، فمن الواجب الاعتداد بإرادة الأطراف،بحيث إذا اتفق الأطراف على جواز الإثبات بغير الكتابة،فيما كان يجب إثباته بها،صح اتفاق التحكيم لأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام([2]).

على أنه يمكن القول خروجا من هذا الخلاف ، بأنه إذا نص المشرع صراحة على جعل كتابة اتفاق التحكيم للإثبات، فان الكتابة والحالة هذه تكون للإثبات وليست للانعقاد. ومن تم يجوز إثبات هذا الاتفاق بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرارأويمين حاسمة؛إذ إنه من المقرر أن الإقرار واليمين الحاسمة، هما وسيلتان من وسائل الإثبات يصح الإثبات بأيهما في الحالات التي يجب إثباتها بالكتابة([3]).وعلى العكس إذا نص القانون صراحة على اعتبار الكتابة ركنا في اتفاق التحكيم،وشرطا لانعقاده،فإنه لامناص من اعتبارها شرطا للانعقاد، وليس لمجرد إثبات اتفاق التحكيم.

---

(1)محمود السيد التحيوي، ، اركان الاتفاق على التحكيم المرجع السابق، ص155.

([2]) أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، ص25 ومايليها ،دار المعارف، الإسكندرية، ط5، 1988.

([3]) محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم ،المرجع السابق، ص106وما بعدها.

الفرع الثالث

الحكمة من اشتراط الكتابة والجزاء المترتب على تخلفها

أولا: الحكمة من اشتراط الكتابة

علة اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم تكمن في:

1. الحرص على عدم فتح الباب لمنازعات فرعية حول وجود أو مضمون هذا الاتفاق[1].

2- التأكد من وجود اتفاق التحكيم حتى تتمكن الدولة من رقابة أنظمة التقاضي الموازية والخاصة باعتبارها المهيمن والمسئول عن أداء العدالة [2]،إذ الاتفاق يؤدي إلى سلب اختصاص قضاء الدولة بشأن المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم،فكان لابد من التأكد من وجوده عن طريق الكتابة.

3- يرتب التحكيم آثارا في حق أطراف التحكيم أنفسهم ، يمكن أن تتضمن مخاطرة ببعض حقوقهم ولاسيما إذا كان المحكم مفوضا بالصلح يقضى وفقا لمبادئ العدل والانصاف دون التقيد بقواعد قانونية محددة ، ومن ثم يجب التحقق من أن إرادة الاطراف كانت على وعي بحقيقة ما تقدم عليه من إبرام اتفاق التحكيم .

---

(1)فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق،ط1، ص135، منشأة المعارف،الإسكندرية، 2007م.

(2) قارب:أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص238.

4- قد يمتد أثر التحكيم إلى الغير وذلك حينما يمتد اتفاق التحكيم إلى اطراف آخرين،أو عقود أخرى تتصل بذات المعاملة أو بالعقد الأصلي كما هوه الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الوليدة،حيث تمتد آثاره إلى الشركة الأم[1].فكان لابد من وجوده كتابة.

ثانيا:الجزاء المترتب على عدم كتابة اتفاق تحكيم

يرى البعض بأن البطلان المترتب على عدم كتابة اتفاق التحكيم،هو بطلان نسبي يتعلق بمصلحة من تقرر لمصلحته،إذ اتفاق التحكيم في حد ذاته لا يتعلق بالنظام العام، وما لا يثبت للأصل لا يثبت للفرع، وأن الكتابة في اتفاق التحكيم شرط لحماية أطراف التحكيم ولا يتعلق بالصالح العام للمجتمع[2].

وفي رأيي فإن البطلان المترتب على عدم كتابة اتفاق التحكيم هو بطلان مطلق طبقا لغالبية القوانين المنظمة لأحكام التحكيم التي اشترطت الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ورتبت البطلان حال تخلفها، فالكتابة تعد شرطاً شكلياً لازماً لوجود اتفاق التحكيم في ذاته، إلا أنها لم تستوجب في الكتابة أن تكون رسمية، فيكفي الاتفاق في ورقة عرفية موقعة من الأطراف، كذلك لم تحدد شكلاً معيناً ينبغي أن تصدر فيه، فتصح بأية عبارات وبأية ألفاظ، في صورة مراسلات أو برقيات بين

(1)أحمد نبيل سليمان طبوشة، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ،2011 .

(2)أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به،ط1،ص 305 ،دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م

الطرفين، أو في صورة تبادل البيانات عبر شبكة الانترنت، مادامت قاطعة في دلالتها على إرادة أطراف اتفاق التحكيم.

الفصل الثالث

صور اتفاق التحكيم واستقلاله

تقسيم:ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين،نعرض في الأول لصور اتفاق التحكيم،وفي الثاني لاستقلال اتفاق التحكيم على النحو التالي:

المبحث الأول

صور اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم:تناولت قوانين التحكيم العربية هذه الصور ،وحددتها في ثلاث صور[1].فقد يقع اتفاق التحكيم في صورة شرط يرد فى عقد معين سابق على قيام

(1) يشير بعض الفقه إلى أن قانون التحكيم اللبناني يحصرصور التحكيم في اتنتين هما: 1. شرط التحكيم ويسميه بند التحكيم،ومشارطة التحكيم وتسمى بعقد التحكيم. أحمد خليل،قواعد التحكيم،ص29،ص34،منشورات الحلبي الحقوقية2003،وراجع أيضا:أحمد إبراهيم عبد التواب،اتفاق التحكيم،بند22ص61 ،دار النهضة العربية2013. كما يقسمه البعض إلى قسمين أيضا: شرط التحكيم والمشارطة فقط ،بينما يأخذ شرط التحكيم طبقا له ثلاثة أشكال:فقد يرد النص عليه في العقد الأصلي المنظم للعلاقة بين الطرفين.2 . أو أن يرد في اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي.3 . أو يتضمن العقد الأصلي نصا يحيل فيه الطرفان إلى وثيقة خارجية تتضمن شرط التحكيم. هشام بشير وإبراهيم عبد ربه،التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص42.

كما أن التعبير السائد في القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم عن كلتا الصورتين هو تعبير اتفاق التحكيم،وهو يضم بين طياته الصورتين معا دون تفرقة بينهما في المعاملة القانونية. راجع:عاطف الفقي، النقل البحري للبضائع،ص195،دار النهضة العربية2008.

النزاع،أو فى شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية ، أو في صورة إحالة ترد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً في العقد[1].

هناك ثلاث صور للاتفاق التحكيم:1 . شرط التحكيم. 2- مشارطة التحكيم 3- الاتفاق عن طريق الإحالة.

وقد عبرت عن ذلك المادة10من قانون التحكيم المصري والعماني،فنصت على أنه:" 1. اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقرر فيه طرفاه الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية. 2. .يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع

(1)راجع في هذه الصور الثلاث في نطاق التحكيم في المنازعات البحرية،الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية،ط1،ص144ومابعدها،دار النهضة العربية1431هـ 2010م . وقد تناول المشرع العمانى الأحكام الخاصة باتفاق التحكيم فى الباب الثانى من قانون التحكيم،وقد حددت المادة العاشرة من هذا القانون فى فقرتها الثانية صور اتفاق التحكيم،حيث نصت على أنه:"..2 . يجوز أن يقع التحكيم فى شكل شرط تحكيم سابق على قيام النزاع يرد فى عقد معين أو فى شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية ،وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا". ونص المشرع العماني في الفقرة (3) من المادة (10) من قانون التحكيم على الصورة الثالثة ،حيث يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً في العقد".

في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا. ٣- ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد .".

وأوضحت المادة (5) من قانون التحكيم الإماراتي أنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواءً أكان مستقلاً بذاته أو ورد عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف، ويجوز الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أي محكمة، وفي هذه الحالة يجب أن يُحدد المسائل التي يشملها التحكيم، كما يجوز الاتفاق على التحكيم بالإحالة التي ترد في عقد أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. ونعرض لهذه الصور فيما يلي:

المطلب الأول

شرط التحكيم

شرط التحكيم هو الشرط الذي يرد في عقد من العقود ويقضى بإحالة أي نزاع حول إعمال أو تفسير أو تنفيذ العقد أو أحد شروطه إلى التحكيم، وهذا يفترض بداهة أن تكون العلاقة عقدية ،وأن يكون الشرط سابقا على قيام المنازعة .فشرط التحكيم قد يرد في العقد وقد يرد منفصلا عنه،إلا أنه على أية حال يكون سابقا على قيام النزاع.

وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأن شرط التحكيم يكون دائما سابقا على قيام النزاع ،سواء قام مستقلا بذاته أو ورد ضمن عقد معين،ومن ثم فإنه لايتصور أن يتضمن تحديدا لموضوع النزاع الذي لم ينشأ بعد ولا يكون في مكنة الطرفين التنبؤ به حصرا ومقدما،ومن هنا لم يشترط المشرع أن يتضمن شرط التحكيم تحديدا لموضوع النزاع،وأوجب ذلك في بيان الدعوى المنصوص عليها في المادة30 من قانون التحكيم المصري رقم27لسنة1994[1].

وقد عرفه بعض الفقه بأنه:"اتفاق الأطراف على حسم ماينشأ بينهم من منازعات في المستقبل حول تفسير العقد أو تنفيذه عن طريق التحكيم"[2].ويتضح

---

(1) طعن رقم7307لسنة76ق،جلسة8/ 2/ 2007،مجلة التحكيم العربي،عدد11، يوليو2008،ص221.

(2)فتحى والى، الوسيط،المرجع السابق،بند457،ص934.أحمد عبد التواب،المرجع السابق،ص66 هامش108.وقارب: عزمي عبد الفتاح،قانون التحكيم الكويتي،ط1، ص136،مطبوعات جامعة الكويت1990.

من هذا التعريف أنه يقصر الشرط على المنازعات الواردة في العقود فقط ،دون باقي الحالات التي يمكن أن يرد فيها الشرط مجردا عن العقد[1].

كما عرفه البعض الآخر بأنه:"اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفان على تسوية ماينشأ بينهما من منازعات بواسطة التحكيم"[2].

فشرط التحكيم هو ذلك الاتفاق على التحكيم الذى يرد ضمن بنود عقد معين[3] قبل قيام النزاع.كما يمكن أن يرد شرط التحكيم منفصلا عن العقد،أي قائما بذاته ولاحقا على العقد[4].

كما عرف بأنه:" اتفاق بين الأطراف على خضوع عقد أوعدة عقود للتحكيم متي نشأ عنها نزاع ". ويتعلق الشرط بالنزاع الذي يحدث مستقبلاً، سواء ورد الشرط

---

(1)أحمد إبراهيم عبد التواب،المرجع السابق،ص64،هامش103.

(2)أحمد صدقي،مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم،ص13 ومابعدها،دار النهضة العربية،2004.

(3) ويستثنى من ذلك ماتنص عليه المادة 750من القانون المدني في خصوص عقد التأمين ،حيث اشترطت لصحة شرط التحكيم أن يرد مستقلا عن وثيقة التأمين،فإن ورد كشرط في العقد فإنه يكون باطلا. وتكمن الحكمة من ذلك في منع اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان،ومنع خضوع المؤمن له للشروط المطبوعة المفروضة فرضا من قبل شركة التأمين،وضمانا للتوازن بين طرفي عقد التأمين.

(4) قارب:محمود مصطفى يونس،المرجع في أصول التحكيم،ص150 ومابعدها،بند176،دار النهضة العربية2009.

في اتفاق مستقل أو بند ضمن بنود العقد الأصلي بين الأطراف المتنازعة، باعتبار أن النزاع أمر محتمل الوقوع، وفيه ينشأ التحكيم قبل حدوث النزاع[1].

وإذا كان الاتفاق على التحكيم يمكن أن يكون مجرد بند من بنود العقد الأصلى ،فإنه يكفى فى ذاته لإلزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم دون حاجة إلى التوقيع على البند الذى يتضمن شرط التحكيم؛إذ يعد التوقيع على العقد توقيعا على كل بند من بنوده، بما في ذلك اتفاق التحكيم.ولاحاجة للتوقيع الخاص بجانب شرط التحكيم،كما لايشترط ذلك أيضا بالنسبة للإحالة إلى العقود النموذجية التي تتضمن شروطا يندرج من بينها شرط التحكيم ،طالما أن الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد[2].

ولايمنع الأطراف من إمكانية إبرام شرط التحكيم في وثيقة مستقلة منفصلة عن العقد أو ملحقة به؛بحسبان أن الأطراف قد لايستطيعون . عند إبرام العقد . التوجه إلى هذا الشرط في كيفية تسوية منازعاتهم،وقد يكون ذلك نتيجة تناسيهم هذه الوسيلة لحسم المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل. وتداركا لكل هذا ،فإن

---

(1) محمد سامي الشوا، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"مقدم لمؤتمر" التحكيم التجاري الدولي" عقدته جامعة الإمارات خلال الفترة 28:30 أبريل 2008، المجلد الأول،ص143 ،سميحة القليوبي: اتفاق التحكيم، سنة 2010، متاح على الموقع: aleyarbitration.blogspot.com/2010

(2) آمال أحمد الفزايري،دور قضاء الدول في تحقيق فاعلية التحكيم،ط1،ص46،منشأة المعارف، الاسكندرية،دون سنة للنشر.

الأطراف بمكنتهم أن يبرموا شرط تحكيم في وثيقة مستقلة بعد إبرام العقد،يعبران من خلاله عن اتجاه إرادتهم لحسم منازعاتهم عن طريق التحكيم[1].

وشرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا بذاته يكفى بمفرده للالتجاء إلى التحكيم،وإلى ممارسة المحكمين لعملهم دون الحاجة إلى إبرام مشارطة تحكيم لاحقة بعد نشأة النزاع. ومع ذلك فإنه ليس هناك ثمة مايمنع من قيام الأطراف بإبرام مشارطة تحكيم تفصيلية توضح بعض المسائل التى لم يتضمنها الشرط،وفى هذه الحالة تعتبر المشارطة بمثابة المرجع لهيئة التحكيم فى تحديد نطاق التحكيم[2].

وإذا أبرم الأطراف مشارطة تحكيم لاحقة على شرط التحكيم،فإنها تعد مكملة للشرط،ومن مجموعهما يتكون اتفاق التحكيم، فالشرط واضح في إحالة النزاع إلى التحكيم حال قيامه،والمشارطة قاطعة في تفصيل المسائل الإجرائية المتعلقة بالقضية التحكيمية. ومع ذلك فإن بطلان هذه المشارطة لايؤدى إلى بطلان الشرط الوارد فى العقد،كما أن بطلان شرط التحكيم لايرتب بطلان المشارطة[3].

ويعتمد قانون المرافعات الفرنسي هذه الصورة من صور اتفاق التحكيم،فقد نصت المادة1442من قانون المرافعات الفرنسي عليها،فشرط التحكيم طبقا لهذه

(1) قارب:التحكيم في المنازعات البحرية،المرجع السابق،ص155.

(2)فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، المرجع السابق،ص94.

(3)فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، المرجع السابق،ص94.

المادة هو اتفاق يتعهد بموجبه أطراف العقد على إحالة ماينشأ بينهما من منازعات حول هذا العقد إلى التحكيم[1].

وتعد هذه الصورة هي الأكثر انتشارا في الحياة العلمية في العقود المعاصرة،وخاصة عقود التجارة الدولية،،إذ تبين أن مايقرب من80%من هذه العقود أصبحت تتضمن شرط التحكيم،بحسبان أن شرط التحكيم باعتباره سابقا على قيام النزاع ،فإنه يبرم في جو تسوده روح الود والعلاقة الحسنة بين الطرفين،بعكس المشارطة التي تبرم بعد قيام النزاع[2].

وشرط التحكيم قد يرد على كل أجزاء العقد،وقد يتعلق بجزء أو بند منه،والمرجع في ذلك هو اتفاق الأطراف.ومثال ذلك إبرام صاحب عمل مقاولة مع مقاول،وتقسيم العقد إلى جزءين:أحدهما يتعلق بتنفيذ الأعمال،والآخر يتعلق بالكفالات وصيانة الأعمال بعد إنجازها،فيرد شرط التحكيم خاصا باجزء الأول من العقد أو الجزء الثاني منه.

---

(1) يجري نص هذه المادة في الصيغة التالية:

" La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent àsoumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage".

(2) ناريمان عبد القادر،اتفاق التحكيم،ط1، ص205،دار النهضة العربية1996.

فإذا ورد العقد بهذه الصورة ،فإن التحكيم يتعلق فقط بالجزء المتفق على غحالته للتحكيم دون الجزء الآخر. أما إذا انصرف الشرط إلى جميع المنازعات المتعلقة بالعقد،فيعد الاتفاق على التحكيم شاملا لجميع هذه المنازعات.

وعلى أية حال ، وسواء انصرفت الإرادة إلى الاتفاق الجزئي أو الشامل للمنازعات التي تثار بخصوص عقد ما ،فإنه يجب أن تكون إرادة المحتكمين صريحة وجازمة في ذلك.

المطلب الثاني

مشارطة التحكيم

مشارطة التحكيم هي اتفاق تفصيلي يبرم بين الأطراف بعد قيام النزاع بينهما على إحالة هذا النزاع إلى التحكيم. يستوي في ذلك أن تكون العلاقة الأصلية علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية. وعرفها البعض بأنها:" اتفاق بين أطراف على خضوع النزاع الناشئ بينهما للتحكيم، وهذا النزاع يستند لعقد لم يرد به نص على إحالته للتحكيم، فيتم الاتفاق على اللجوء للتحكيم بعد نشوء النزاع، كما يجوز الاتفاق على التحكيم حتى ولو كان النزاع معروضا على القضاء [1].

كما عرفها البعض الآخر بأنها:"اتفاق بين الطرفين بعد قيام النزاع على إحالة هذا النزاع إلى التحكيم[2].

([1])إبراهيم الأرناؤوط،شرط الكتابة والتحكيم الالكتروني، مجلة الشريعة والقانون،ص143،العدد 49،يناير 2012،خالد الدخيل ، التحكيم في النظام السعودي علي ضوء الفقه الاسلامي،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية بالرياض ،ص14،سنة1425ه/2004م,علي الموقع repository.nauss.edu،سميحة القلوبي، اتفاق التحكيم،المرجع السابق. ويسميها البعض بوثقة التحكيم.وينتقد البعض هذه التسمية؛بحسبان أن مصطلح الوثيقة يطلق عادة على الأوراق ذات الطابع الدول كوثيقة إعلان حقوق الإنسان.أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والإجباري،،ط5،ص98،منشأة المعارف،الاسكندرية2004.

(2) محمود هاشم،النظرية العامة للتحكيم،ط1،ج1ص 67،دار الفكر العربي2009.

ويقصد بالنزاع: مجموع الادعاءات المتبادلة بين الأطراف،فلا تكفي العباره المبهمة كالقول بأن موضوع النزاع هو تصفية جميع المشاكل المعلقة بين الاطراف .

ويتفق الشرط الوارد في عقد مع المشارطة التي تنشأ بعد قيام النزاع،في الهدف المرجو من كل منهما،إذ يهدف الطرفان من كليهما إلى إحالة كل النزاعات التي تثار بينهما أو بعضها إلى التحكيم.كما يتفق كل منهما في أنهما بمثابة اتفاق إجرائي يرد على الاجراءات وليس على الموضوع ،وبالتالي فإنهما لا يحددان حقوقا أو التزامات موضوعية.

ويختلفان في أن الشرط . بخلاف المشارطة . لايحوي بذاته تحديدا دقيقا لموضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم عند نشوئه،بحسبان أن الشرط يبرم قبل قيام النزاع،فلا يعقل أن يتضمن تحديدا لموضوع النزاع قبل نشأته،ولا يمكن للأطراف التنبؤ به مقدما. فهو اتفاق على التحكيم من حيث المبدأ،وإن أوجبت المادة30 من قانون التحكيم المصري أن تتضمن الدعوى التحكيمية بيانا لموضوع النزاع،غير أن هذا بطبيعة الحال لايكون إلا بعد معرفة موضوع النزاع وإحالته للتحكيم ورفع دعوى تحكيمية بخصوصه[1].

(1) قضت محكمة النقض المصرية بأن:" شرط التحكيم يكون سابقا دائما على قيام النزاع،سواء جاء مستقلا بذاته أو ورد ضمن عقد معين،ومن ثم فإنه لايتصور أن يتضمن تحديدا لموضوع النزاع الذي لم ينشأ بعد،ولا يكون في مكنة الطرفين التنبؤ به به مقدما،ومن هنا لم يشترط المشرع أن يتضمن شرط التحكيم تحديدا لموضوع النزاع ،وأوجب ذلك في بيان الدعوى المنصوص عليها

وهذا لاينفي بطبيعة الحال أن يتضمن شرط التحكيم بيانا لموضوع النزاع . قبل نشأته . بصفة عامة،كأن ينص في عقد على إحالة ماينشأ من منازعات بين أطرافه حول تفسيره أو تنفيذه إلى التحكيم.

ولايتصور أن تكون مشارطة التحكيم سابقة على نشوء النزاع. ولذا فإن مشارطة التحكيم تختلف عن شرط التحكيم فى أن المشارطة قد تكون بسبب نزاع نشأ بالفعل بين الخصوم،بينما الشرط لايكون إلاسابقا على قيام النزاع.

فنشأة النزاع مفترض ضروري لصحة مشارطة التحكيم،التي تنطوي على شروط تفصيلية واضحة للعملية التحكيمية،باعتبارها لاحقة على قيام النزاع،ولايتصور غبرام مشارطة قبل قيام النزاع،وإلا كنا بصدد الصورة الأولى من صور اتفاق التحكيم،وهي"شرط التحكيم"[1].

ولذا يتعين معرفة متى يعتبر النزاع قد نشأ بالفعل بين الخصوم؟ من المؤكد أن النزاع بين الطرفين ينشأ أولا دون مظهر خارجى ،وعندئذ لايعتد به،وإنما يعتد به ويعتبر أنه قد نشأ . فى مفهوم المادة10 من قانون التحكيم المصري والعمانى . منذ ظهوره،وهذا الظهور قد يتحقق قبلها فى نفس مشارطة التحكيم ،بأن يتفق الطرفان

في المادة30من قانون التحكيم رقم27لسنة1994. طعن رقم7307لسنة76ق،جلسة8/ 2/ 2007،مجلة التحكيم العربي،ص221،عدد11،يوليو2008.غير أن مخالفة ذلك وعدم إيرادموضوع النزاع في بيان الدعوى التحكيمية لايترتب عله بطلان،حيث لم تنص المادة 10،أو المادة53من قانون التحكيم المصري على البطلان في هذه الحالة.

(1) الوليد البرماني،التحكيم في المنازعات البحرية،المرجع السابق،ص148.

على التحكيم فى منازعات بينهما يحددانها، وقد يتحقق فى تبادل رسائل وخطابات بين الطرفين،أو فى الرد على إنذار من أحد الطرفين إلى الآخر بحيث يحمل الرد معنى عدم التسليم بما جاء فى الإنذار،وقد يبدو فى عمل من أحد الطرفين يتضمن عدم الوفاء بالتزام معين ناشئ عن علاقة تعاقدية بين الطرفين أو عن القيام بخطأ سبب ضررا لآخر يخوله دعوى المسئولية التقصيرية[1].

وقد نصت المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري والعمانى فى فقرتها الثانية ،كما نصت المادة11من قانون التحكيم الأردني على أنه:"يجوز أن يقع التحكيم ...فى شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية،وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا".

ويتضح من هذا أن الأطراف بعد قيام النزاع بينهما يمكنهم أن يبرموا مشارطة تحكيم،سواء قبل اللجوء إلى القضاء أو حتى بعد اللجوء إليه،حيث إن مشارطة التحكيم التى تبرم بعد عرض النزاع أمام جهة القضاء تكون صحيحة ،حتى ولو كانت الدعوى فى مرحلة المداولة لإصدار الحكم،وفى هذه الحالة تتخذ مشارطة التحكيم إحدى صورتين:الأولى:أن يبرم الخصوم مشارطة تحكيم يتم تقديمها إلى المحكمة التى تنظر النزاع، والتى تقوم بدورها بإحالة النزاع إلى التحكيم. أما الصورة الثانية فتتمثل فى أن يتفق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم أمام القاضي،ويدون

(1)فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، المرجع السابق،ص94.

القاضى هذا الاتفاق فى محضر الجلسة بكافة تفاصيله وبياناته،ويصدر قرارا بإحالة النزاع إلى التحكيم[1].

ولا يجبر الطرفان على إبرام مشارطة في حال وجود الشرط ،إلا إذا نص صراحة على ذلك ،وأن بطلان أي منهما . كما سبق . ليس من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الآخر[2].

وتحديد المسائل المتنازع يساعد المحكم أو هيئة التحكيم في ممارسة صلاحيتها وعدم مد سلطتها إلى أمور لم يرد ذكرها في الاتفاق . ويفترض أن الشرط قد جاء على ذكر القواعد التي تحكم العملية التحكيمية وحدد القانون الواجب التطبيق واللغة والمكان وغيرها من العوامل ، فلا بد من تحديد مسائل النزاع في الاتفاق[3].

وقد وردت هذه الصورة في المادة 1442 من قانون المرافعات الفرنسي سالفة الذكر،حيث أجازت هذه المادة للأطراف الاتفاق على على التحكيم في صورة مشارطة يتفقون عليها على إحالة النزاع بعد قيامه إلى التحكيم.ومما تجدر الإشارة

(1)مصطفى المتولى قنديل،،محمد الصاوى إبراهيم،التحكيم فى القانون الإماراتى،ط1، ص128،الآفاق المشرقة2015.

(2)فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، المرجع السابق،ص94.

(3)أحمد حداد، دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن ،ط1،ص132،ط 2015 .

إليه أن القانون الفرنسي قد نص على ضرورة أن تشتمل المشارطة على تحديد عناصر النزاع،وإلا كانت باطلة"م1445"[1].

وقد يأتي اتفاق التحكيم ،سواء ورد في صورة شرط أو مشارطة على هيئة مراسلات متبادلة بين الطرفين. وعلى ذلك تضمنت المادة (12) من قانون التحكيم المصري والعماني النص على أشكال الاتفاق علي التحكيم ،وهو الاتفاق المكتوب الذي تضمنه محرر موقع بين الطرفين إذا تضمنه ما يتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. وهو مانص عليه قانون التحكيم المغربي في الفصل 2/313 حيث نص على أنه:"...ويعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أوبرقيات أوأية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده"أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق التحكيم دون أن ينازعه الطرف الأخر في ذلك".

كما نصت المادة2/2من اتفاقية نيويورك على أنه:"يقصد باتفاق مكتوب، شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

---

(1)تجري هذه المادة في الصيغة التالية:

" A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige.

وفي كل الأحوال لا يقتصر اتفاق التحكيم على العلاقات القانونية العقدية بل يتعداها إلى العلاقات غير العقدية وفقا للمادة الأولى من قانون التحكيم التجاري .لكن مثل هذه العلاقات لا ترد كشرط تحكيمي؛لأنه لا يمكن توقعها كما هوالحال في المسؤلية عن حوادث النقل أو التصادم والإنقاذ البحري وغيرها [1].

فمشارطة التحكيم يلجأ إليها الأطراف في النزاعات البحرية الناشئة عن حالات المساعدة البحرية والإنقاذ،حيث تكون السفينة مبحرة،ويتعين لها مايستوجب إنقاذها من طارئ معين، فيقوم الأطراف بإبرام مشارطة لاحقة على عملية المساعدة والإنقاذ ،لتقديم قيمة مكافأة المساعدة [2].

ويمكن أن تبرم المشارطة دون أن يسبقها شرط التحكيم،كما يمكن أن تكون لاحقة عليه،ولايؤدي إبرام المشارطة إلى إلغاء شرط التحكيم المبرم قبلها،إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك [3].

وتعد المشارطة بمثابة عقد تفصيلي بين أطرافه ،مستقلة عن العقد الأصلي، تتضمن تحديدا للنزاع ،كما تتضمن تعيينا للمحكم أو المحكمين ،كما يتحدد من خلالها إجراءات التحكيم.

---

(1)احمد حداد،المرجع السابق،ص 215 .

(2)آمال كيلاني،التقاضي في عقد النقل النهري،رسالة دكتوراه،ط1ص270،مطبعة الرسالة،طنطا2001.

(3) فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص103.

وقد جاء المشرع المصري في 10 /2 من قانون التحكيم فقرر أنه متى كان النزاع قائما،جاز غبرام مشارطة تحكيم،سواء كان النزاع الأصلي قد أثير أمام القضاء أو لم تتم إثارته.،فيمكن غبرام مشارطة تحكيم في اية حالة كانت عليها الدعوى أمام القضاء،وأمام اي درجة من درجات التقاضي،بل وأمام محكمة النقض ذاتها،كما يمكن غبرام المشارطة ولو كانت الدعوى في مرحلة المداولة لإصدار الحكم[1].

(1) فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص210.

المطلب الثالث

الاتفاق بالإحالة " التحكيم بالإحالة"

لا تثار مشكلة إذا أفرغ الأطراف إرادتهم المشتركة حول اللجوء إلى التحكيم في وثيقة حرروها بأنفسهم وتحمل توقيعاتهم جميعا ، إذ إن الأمر لا يحتاج إلى أية إشارة أو إحالة إلى شروط أخرى [1].غير أن اتفاق التحكيم يمكن أن يوجد عن طريق الإحالة [2].

ويقصد بهذه الصورة:الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم[3].مثل إحالة الطرفين إلى شروط عقد بيع نموذجي أو اتفاقية دولية أو وثيقة تتضمن شرط التحكيم،دون أن يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي،أوإلى نظام قانوني يجيز التحكيم صراحة،كما لو أحيل في عقد مناقصة عامة أو محدودة لنظام قانوني يجيز التحكيم،أو إحيل في سند شحن لشرط التحكيم الوارد في وثيقة إيجار السفينة[4].

---

(1)أحمد نبيل سليمان طبوشة،النظام القانوني لاتفاق التحكيم ،ص211،ط2011 .

(2) راجع في هذه الصورة الثالثة من صور اتفاق التحكيم:فايز رضوان،اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،مجلة الأمن والقانون،العدد الأول،ص9ومابعدها،س15 يناير 2007 .

(3) يدرج البعض هذه الصورة ضمن شرط التحكيم،فكما قد يرد شرط التحكيم في عقد من العقود،أو منفصلا عنه،فإنه قد يرد في صورة مستند ملحق بالعقد ويطلق عليه شرط التحكيم بالإحالة.أحمد عبد التواب،المرجع السابق،ص68.

(4) أحمد السيد صاوي، التحكيم،المرجع السابق،بند 21ص32.

ومما تجدر الإشار إليه أن بعض قوانين التحكيم العربية تعتمد الصورتين الأولتين فقط ، كما تستخدم تعبيرات مختلفة عن صور التحكيم. فقانون التحكيم الإماراتي يستعمل تعبير وثيقة التحكيم للدلالة أحياناعلى اتفاق التحكيم،أو للدلالة على كونها صورة من صور هذا الاتفاق. كما يستخدم قانون التحكيم السعودي ذات المصطلح السابق للدلالة على مشارطة التحكيم،والاتفاق بين الأطراف والمحكمين. كما يستخدم المشرع التونسي تعبير اتفاقية التحكيم بمعنى اتفاق التحكيم. ويستعمل المشرع اللبناني تعبير العقد التحكيمي بمعنى اتفاق التحكيم،وهو ذات التعبير المستخدم من قبل المشرع العراقي،ولكن للدلالة على مشارطة التحكيم.

كما أن الفقه لم يستعمل مصطلحات موحدة للدلالة على هذه الصور. فبعض الفقه يعبر عن اتفاق التحكيم بعقد التحكيم،والبعض الآخر يعبر به عن مشارطة التحكيم،ويعبر البعض عن مشارطة بمصطلح الوثيقة [1].

ويعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد الى وثيقة تتضمن شرط تحكيم ، إذا كانت الاحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد.

وكما تكون الإحالة صريحة ،فإنها يمكن أن تكون ضمنية،طالما كانت دالة على إرادة الطرفين في اتفاق التحكيم بالالتزام بشرط التحكيم الوارد به[2].

(1) راجع:أحمد إبراهيم عبد التواب،اتفاق التحكيم، المرجع السابق،بند36،ص99ومابعدها.

(2) أحمد السيد صاوي، التحكيم،المرجع السابق،بند 8ص17.

فلا يكفي لتحقيق هذه الصورة أن يبرم عقد عرفي بين الطرفين ينطوي على شرط تحكيم، ثم يقومان بإبرام عقد رسمي آخر بهذا الخصوص ولايشيران فيه إلى شرط التحكيم المتضمن بالعقد العرفي. وقد قضت محكمة النقض بدولة الإمارات بأنه:" يعد قصورا من محكمة الاستئناف التفاتها عن ما تمسك به الطاعن من خلو عقد العمل الرسمي اللاحق على العقد العرفي من شرط التحكيم وأخذه بما ورد في العقد العرفي من الاتفاق على شرط التحكيم[1].

وهذه الصورة تختلف عن تلك التى تندرج تحت الصور السابقة في عدم اشتمال العقد بذاته على اتفاق التحكيم، وانما جاء إدراج الاتفاق على التحكيم عن طريق الإشارة أو الإحالة فى العقد الموقع، إلى شرط التحكيم الوارد فى وثيقة أخرى

(1)طعن رقم 1223لسنة2010،س5 ق أ ،جلسة12/ 6/ 2011،السنة2010.وقد جاء بهذا الحكم:"لما كانت المادة 129 إجراءات مدنية تنص على أن الأحكام يجب أن تشمل على الأسباب التي بينت عليها، ولما هو مقرر في تطبيق هذه المادة في أن عدم بحث المحكمة لدفاع جوهري له تأثير في البت في الدعوى وقع التمسك به أمامها، وعدم ردها عليه يعد قصوراً في التسبيب بعيب الحكم ويجعله منعدم التسبيب. لما كان ذلك، وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن عقد العمل الرسمي المبرم بين الطرفين لاحقاً لم يتضمن بشرط التحكيم الذي تضمنه العقد العرفي السابق. وبأن العقد الرسمي قد نسخ العقد العرفي . ولما كان يبين من عقد العمل الرسمي الواجب على الطرفين الالتزام به انه قد خلا من أي شرط للتحكيم ويمنع الطاعن في اللجوء للقضاء .فإن محكمة الاستئناف لما أيدت الحكم الابتدائي الذي قضى بعدم قبول دعوى الطاعن لوجود شرط تحكيم استناداً للعقد العرفي السابق، ودون ان تبحث ما تمسك به الطاعن في ان هذا العقد قد نسخه عقد العمل الرسمي المبرم بين الطرفين في تاريخ لاحق، والذي لا ينص على أي شرط تحكيم يمنع الطرفين مما يعرضه للنقض .

والمحال اليها،واعتباره جزءا مكملا للعقد ،بحيث تعد الإحالة إليها فى مجموعها السند المبرر لتطبيق شرط التحكيم الوارد ضمن بنود تلك الوثيقة.

وقد أقر قانون التحكيم المصري رقم 4 لسنة 1994،وكذا قانون التحكيم العماني، وقانون التحكيم الأردني في المادة 10/ب ،بوجود اتفاق تحكيم إذا تضمن العقد إحالة الي وثيقة أو اتفاقية دولية أو لأحكام عقد نموذجي، وجب العمل بهذه الوثيقة بما تشتمل عليه من أحكام خاصة التحكيم، لكن من المتعين أن تكون الإحالة واضحة قاطعة في اعتبار هذا الشرط جزءا من هذا العقد،فنصا كلاهما في المادة3/10على أنه:"...ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد.

وهو ما سار عليه قضاء المحكمة العليا في سلطنة عمان [1]، على تأكيد الأخذ بهذه الصورة، فقررت في أحد أحكامها أن : "اتفاق التحكيم قد يكون في شرط سابق على قيام النزاع في العقد، أو بموجب إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم ".

(1)المحكمة العليا في الطعن رقم 2004/9 م، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا ، المكتب الفني،الدائرة التجارية، مسقط، 2005، ص 99.

كما نصا أيضا في المادة6 على أنه:" إذا اتفق طرفاً التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم.

كما نص المشرع المغربي في الفصل 313 /3منه على أنه "ويعد في حكم اتفاق التحكيم المبرم كتابة كل إحالة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرطا تحكيما إذا كانت الإحالة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد" [1].

وقد وردت هذه الصورة في المادة 1443 من قانون المرافعات الفرنسي ،حيث أجازت هذه المادة للأطراف الاتفاق على التحكيم في صورة إحالة إلى عقد سابق بينهم يشتمل على شرط التحكيم[2].

وقد انتهت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص إلى أن: "اتفاق التحكيم الدولي يعد صحيحاً وقابلاً لإحداث آثاره القانونية بما فى ذلك استبعاد القضاء الوطني، ولو لم يقم أطرافه المحتكمين باختيار أو تسمية المحكمين بأشخاصهم شرطه أن يتضمن هذا الاتفاق ما يشير صراحة أو ضمناً إلى

(1)قانون رقم05. 08والذي حل محل الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

(2) تجري في الصيغة التالية:

"A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

انصراف إرادة أطرافه إلى الإحالة إلى هيئة تحكيم دائمة يتم اختيار المحكمين – عند قيام النزاع – وفقاً لقواعدها"[1].

فالنص علي الإحالة الي هيئة تحكيم دائمة أو اتفاقية دولية أو عقد نموذجي للتحكيم جائز بشرط أن يوجد في العقد ما يشير صراحة الي انصراف إرادة الأطراف الي الإحالة الي هذه الاتفاقية أو هذا العقد أو تلك الهيئة[2].

وتجدر الإشارة إلى أن الوثيقة المحال إليها والتي تتضمن شرط تحكيم قد تكون عقدا نموذجيا أو لائحة مركز تحكيم أو قواعد موحدة صادرة عن غرفة تجارية أووثيقة صادرة من أحد طرفي النزاع أو شخص ليس طرفا في النزاع [3].

وتوجد هذه الصورة كثيرا في عقود النقل البحري،حيث يكون العقد الأصلي المبرم بين الأطراف،وهو سند الشحن[4] الذي نشأت المنازعة بسببه،لايتضمن اتفاقا على التحكيم،وإنما تضمن الإشارة غلى عقد آخر قائم بين الأطراف "مشارطة الإيجار"يتضمن شرط التحكيم.

---

(1)الطعن رقم 2660 لسنة 59 ق جلسة 27 / 3 / 1996 ،المكتب الفني،س 47 ج 1 ص 562.

(2) في هذا المعنى:فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص98.

(3) في هذا المعنى:فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص97ومابعدها.

(4) يقصد بسند الشحن:الورقة التي تكتب عند شحن البضاعة على السفينة بالفعل لإثبات واقعة الشحن ذاتها". علي البارودي،مبادئ القانون البحري/ص146،منشأة المعارف،دون سنة للنشر.

وفي أحد أحكامها ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن استئجار الناقل البحري للسفينة بمشارطة إيجار تتضمن شرط التحكيم،فإن الإحالة إلى هذه المشارطة في سند الشحن أو في عقد النقل البحري الذي يبرم بين الناقل البحري والشاحن،يجعل المنازعات التي تنشأ بينهما بخصوص عقد النقل البحري أو سند الشحن ، تسوى عن طريق التحكيم بمقتضى هذه الإحالة[1].

كما تظهر هذه الصورة من صور التحكيم في العقود الدولية التي تبرم عن طريق التلكس أو الفاكس،وتتم الإحالة فيها إلى وثائق أخرى تلحق بها كالعقود النموذجية،كما توجد أيضا في العقود الدولية المتشابكة والمرتبطة،والتي يرتبط بعضها ببعض،وتهدف إلى تحقيق غاية معينة،وذلك كعقود المشارطة وبوالص الشحن،ويعد العقد الذ ي أحال إلى وثيقة أخرى بمثابة عقد متضمن لشرط التحكيم بالإحالة[2]،ومن ثم لايجوز لأطرافه التنصل من هذه الإحالة بحجة استقلال العقد الأصلي عن العقد السابق أو العقد النموذجي أو الشروط العامة المحال إليها والمتضمنة لشرط التحكيم[3].

---

(1) طعن رقم450لسنة40ق،جلسة 5/ 3/ 1975،مجموعة أحكام النقض،المكتب الفني،س26،ج1،ص535.

(2) رضا عبيد،شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية،كلية الحقوق،جامعة أسيوط،العدد السادس، ص193، يونيو1984.

(3) محمد بن عبد الفتاح ترك،شرط التحكيم بالإحالة،ص230،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية2006.

ويشترط في الإحاله لكي تنتج أثرها أن تكون مكتوبة وواضحة في اعتبار شرط التحكيم الوارد في الوثيقة المحال إليها جزءا من العقد المبرم بين الطرفين[1].

أما إذا كانت الإحالة عامة كأن يتفق الأطراف على أن الشروط العامة الواردة في وثيقة معينة تعد بمثابة جزءا من عقدهما، فإن تلك الإحالة لا تعد كافية للاتفاق على التحكيم [2].

ولإزالة الغموض حول اتجاه إرادة الأطراف في اعتبار شرط التحكيم الوارد في الوثيقة المحال إليها جزء من العقد المبرم بينهما الذي يتضمن الإحالة إلى هذه الوثيقة، يفضل أن تتضمن الإحالة العبارة التالية :"... بما في ذلك شرط التحكيم".

(1)عاطف الفقي، التحكيم في المانزعات البحرية،ص147،دار النهضة العربية 2003.

(2)مصطفى المتولى قنديل،محمد الصاوى إبراهيم،التحكيم فى القانون الإماراتى،المرجع السابق،ص126.

المبحث الثاني

استقلال اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم: بعدأن عرضنا للشروط الموضوعية والشكلية لاتفاق التحكيم ، والتي من شأنها قيام اتفاق التحكيم وترتيبه لآثاره ، والتي من أهمها سلب الاختصاص عن قضاء الدولة وانعقاد التحكيم للمحكم أو هيئة التحكيم المختصة بنظر النزاع وقفا لاتفاق ذوي الشأن .

غير أنه كثيرا ما تثار مشكلة مدى ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الاصلي ، فقد يتعرض العقد الأصلي المتفق بشأنه على التحكيم للبطلان أو الفسخ او الانهاء . فما هومصير اتفاق التحكيم؟. وهل إذا أبطل العقد الاصلي يبطل معه شرط التحكيم الموجود فيه؟. سنعالج هذه المسألة فيما يلي: نتعرض لاستقلال شرط التحكيم وأساسه القانوني في مطلب أول،والنتائج المترتبة على هذا الاستقلال في مطلب ثان:

المطلب الأول

مفهوم استقلال اتفاق التحكيم وأساسه القانوني

تقسيم: ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع : الأول في: مفهوم استقلال اتفاق التحكيم،والثاني في : موقف القضاء من استقلال شرط التحكيم ،والثالث في: الأساس القانوني لاستقلال اتفاق التحكيم.

الفرع الأول

مفهوم استقلال اتفاق التحكيم

المصطلح الشائع لهذا المبدأ هو مصطلح استقلال شرط التحكيم إلا أن الأصح أن يقال استقلال اتفاق التحكيم، لأن كلمة اتفاق تستوعب كلا من: الشرط والمشارطة والوثيقة، بينما مصطلح الشرط قاصر عن استيعاب كافة صور الاتفاق على التحكيم.

ولعل هذا هو مادفع البعض للتعبير عن ذلك بقوله:"وإذا كان القانون المصري قد حرص على النص على استقلال شرط التحكيم الوارد ضمن شروط العقد الأصلي، فإن هذا الاستقلال يتوافر بالنسبة لشرط التحكيم الذي يبرم في اتفاق

مستقل بعد إبرام العقد الأصلي، كما أنه يتوافر كذلك بالنسبة التفاق التحكيم الذي يبرم في صورة مشارطة([1]).

وعلى أية حال ينصرف مفهوم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم إلى معنيين أساسيين: المعنى الأول: استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي تضمنه:أي أن اتفاق التحكيم رغم وروده ضمن عقد معني ،إلا أنه مستقل عن هذا العقد، وقد أصبح هذا المبدأ . بهذا المعنى . من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي ([2])، سواء كان هذا الاتفاق في شكل شرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يثور النزاع بشأنه، أو كان في شكل اتفاق مستقل عن العقد([3]).

ويقصد باستقلال اتفاق التحكيم:أن اتفاق التحكيم . أيا كانت صورته . ورد ضمن بنود عقد معين ،أو في صورة مشارطة أو في صورة إحالة، فإنه يعد اتفاقا

([1]) فتحي والي، قانون التحكيم ،المرجع السابق،ص95،أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، ص272، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2006م.

([2]) راجع في: التشريعات التي تبنت هذا المبدأ على المستوى الدولي وعلى المستوى الداخلي: الشهابي إبراهيم الشرقاوي،نحو مفهوم حديث لمبدأ «ا ستقلال اتفاق التحكيم »محاولة ترسيخ مفهوم حديث للمبدأ في ضوء أحكام القضاء،ص33ومابعدها. مجلة التحكيم والقانون الخليجي ،يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية العدد السابع والعشرون – يونيو 2015– رمضان 1436.

([3]) انظر: محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، ص99 و 100 والهامش المشار إليه بالصفحة 100،دار النهضة العربية2011.

مستقلا قائما بذاته على الرغم من كونه بندا من بنود هذاالعقد[1].فاتفاق التحكيم لاعلاقة له بالعقد الوارد به،فهو متحرر من ارتباطه بالعقد الأصلي، لايؤثر ولايتأثر به،مالم يكن السبب مشتركا بين الاثنين معا.وهذا لاينفي وجود رابط بين الشرط والعقد الذي أدرج فيه من ناحية محل اتفاق التحكيم ،وهو المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي.

فاستقلال اتفاق التحكيم يعني:عدم تأثره بمصير العقد الذي ورد فيه، وعدم تأثر اتفاق التحكيم شرطا أو مشارطة بمصير العقد الأصلى،فإذا فسخ العقد الأصلى الذى ورد الشرط ضمن بنوده، أو أبطل ،فإن ذلك لايؤثر على شرط التحكيم ونفاذه ، طالما أن اتفاق التحكيم ذاته كان مستوفيا للأركان والشروط، وفي الفرض العكسي،فإن بطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر بالضرورة في صحة العقد الأصلي [2]. فمن المتصور أن يبطل شرط التحكيم دون أن يترتب على ذلك بطلان العقد الأصلي،كما هو الحال فيما لو كانت المسألة محل التحكيم لايجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها،فذلك لا يؤثر على صحة وسلامة العقد الأصلي الذي يبقى

(1)إبراهيم أحمد إبراهيم،اختيار طريق التحكيم ومفهومه،بحث مقدم إلى الدورة العامة إعداد المحكم،والتى انعقدت بكلية الحقوق ،جامعة عين شمس فى الفترة من 22إلى 27يناير 2000ص106،أحمد عبدالكريم سلامة،المرجع السابق،ص266.

(2)حمدالله محمد حمدالله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، ص 147-148،دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، قارن: الجمال وعبدالعال، التحكيم، المرجع السابق،ص 356.

صحيحا ونافذا ما دامت شروطه وأركانه قد تم استيفاؤها[1]. وقد يبطل العقد دون الشرط ،إلا كان سبب البطلان يشمل الشرط أيضا،كما لو كان العقد أحد أطراف العقد معدوم الأهلة،فهذا ؤدي إلى انعدام العقد والشرط معا.

واستقلال الشرط عن العقد الذي ورد به يقود إلى القول بإمكانية عرض مسألة صحة العقد الأصلي أو بطلانه أو إنهاؤه على المحكمين إعمالا للشرط الصحيح الوارد به، كما قد يؤدي إلى احتمال بطلان الشرط لعيب ذاتي فيه دون أن يؤثر ذلك في صحة العقد الأصلي[2].

واستقلال شرط التحكيم لايقتصر على استقلاله عن العقد فحسب،بل يمتد ليشمل أيضا استقلاله عن سائر العقود الأخرى،ولو كانت مرتبطة بالعقد الأصلي.كما يشمل أيضا استقلاله عن مشارطة التحكيم،بحيث لاتؤثر صحة أو بطلان أحدهما في صحة أو بطلان الآخر[3].

كما يتجلى مفهوم استقلال اتفاق التحكيم في عدم ربط وتأثر هذا الاتفاق بمصير العقد الأساسي، بل يبقى ملزما ومرتبا لآثاره في اللجوء إلى التحكيم بدلا من قضاء الدولة لحل منازعات أطرافه المتفق على تسويتها عن طريق

---

(1)حفيظه السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص43. منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. ، 2003.

(2)قارب:عاشور مبروك،النظام الإجرائي لخصومة التحكيم،ط2،ص435،دار الفكر العربي2011.

(3)قارب:فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،بند43،ص94.

التحكيم،واستمرار هيئة التحكيم في مباشرة مهمتهم التحكيمية،بدلا من وقف النزاع حتى يفصل القضاء في صحة العقد الأصلي. فالقول بعدم استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي إلى عدم إمكان السير في إجراءات التحكيم، حتى يفصل القضاء في المنازعات المتعلقة باختصاص هيئة التحكيم أو بانعدام ولايتها،وفي هذا ضياع للوقت والجهد والنفقات.كما يؤدي ذلك إلى وضع القضاء العادي يده على التحكيم ذاته، حيث يمكنه من خلال البت في صحة العقد الأصلي، أن يتصدى لموضوع النزاع [1].

وقد يبدوالقول باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى . كما يرى البعض [2]. هو محض "خيال قانوني". ذلك أنه لا يصدق عمليا أن الأطراف عند إبرامهم عقدا ما يتضمن شرط تحكيم يقصدون إبرام عقدين. فهناك عمليا إيجاب واحد وقبول واحد ينصبان على شروط العقد جملة ومن بينها شرط التحكيم. واستثناء شرط التحكيم دون الشروط الأخرى من نطاق بطلان العقد يعد تكلفا،كما أن إلزام الأطراف بالتحكيم رغم بطلان العقد يخالف الطبيعة الاتفاقية للتحكيم.

(1)سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.منشأة المعارف،الاسكندرية 1984ص 108،وقارب من هذا: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص26.

(2)الجمال وعبدالعال، التحكيم،المرجع السابق، ص 353، أبو الوفا، التحكيم، المرجع السابق، ص 34.

كما أن هذا القول يتعارض مع المبادئ العامة التى تقضى بأن الجزء يتبع الكل،أوأن مابنى على باطل فهو باطل[1]. فإذا كان العقد الأصلي باطلا ،فإن ذلك يستتبعه بطلان شرط التحكيم ولو كان في ذاته صحيحا، لأن العقد الأصلي ما كان ليتم بغيرالشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فلا يستقيم القول بأن شرط التحكيم هو الذي يبقى وحده دون باقي الشروط التي تحكم موضوع العلاقة القانونية بين الطرفين، إلاأن العكس صحيح، بمعنى أنه يمكن القول بأنه . تطبيقا لنظرية انتقاص العقد . متى كان شرط التحكيم باطلا فإن باقي شروط العقد الأصلي تظل صحيحة، إن لم يلحق بها سبب من أسباب البطلان، وعلى طرفي العقد عندما يثور نزاع بينهما أن يلجآ إلى قضاء الدولة دون عرضه على التحكيم([2]).

والقاعدة المعتمدة طبقا لهذا الرأي عدم استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد به. فالمحكم ستمد سلطته من العقد الوارد به شرط التحكيم،فإذا كان العقد محل خلاف بين أطرافه،حول فسخه أوبطلانه،فإن هذا يعني عدم إمكانية نظره من قبل المحكم، بل ولايمكن للأطراف الادعاء ببطلان العقد أو صحته أو فسخه أمام هيئة التحكيم، التي يتعين عليها وقف إجراءات التحكيم،حتى يتم عرض هذه المسألة

(1)إبراهيم أحمد إبراهيم،اختيار طريق التحكيم ومفهومه،المرجع السابق،ص105 .

([2]) محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي،ص109، دار النهضة العربية 2011.

على القضاء[1]. فشرط التحكيم هو جزء لايتجزأ من العقد يتبعه صحة وبطلانا وفسخا.

إلا أنه يمكن الرد على ذلك من خلال مايراه بعض أنصار استقلال شرط التحكيم من خلال زاويتين:

1 . يمكن القول بأن نظرية انتقاص العقد يمكن أن تكون أساسا قانونيا للقول باستقلال شرط التحكيم ،وإن ورد كبند أو شرط في العقد الأصلي، وهذه النظرة تقضي بأن العقد إذا كان باطلا في جزء منه ،فإن هذا الجزء هو الذي يلحقه البطلان دون باقي الأجزاء،ويزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح، وفي ظل استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد به سببا وموضوعا. فإذا بطل العقد لأي سبب ،فإن هذا لايؤثر في اتفاق التحكيم مادام هذا الشرط صحيحا في حد ذاته،والعكس صحيح[2].

2. إن قوانين التحكيم قد نصت على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الوارد به. فقد نص قانونا التحكيم المصري والعماني في المادة 23على أنه:"كما نص الفصل318 من قانون التحكيم المغربي صراحة على استقلال شرط التحكيم عن

(1) محسن شفيق،التحكيم التجاري الدولي،دراسة في قانون التجارة الدولية،ط1،ص47،دار النهضة العربة1997.

(2) قارب: فوزي سامي،شرح قانون التجاري،التحكيم الدولي،مجلد5،ص214،دار الثقافة،عمان.

العقد الأصلي،ولايترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه متى كان الشرط صحيحا في ذاته.

ونصت المادة (6) من قانون التحكيم الإماراتي على أن يكون اتفاق التحكيم مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على اتفاق التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الاتفاق صحيحاً في ذاته إلا إذا تعلق الأمر بنقصان أهلية أحد المتعاقدين، لا يترتب على الدفع ببطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الذي تضمن الاتفاق على التحكيم وقف إجراءات التحكيم، ولهيئة التحكيم أن تفصل في مدى صحة ذلك العقد

وتحقيقا لهذه النصوص،وعلى الرغم من سلامة منطق المعارضين لاستقلال اتفاق التحكيم نظريا، فإن مبدأ استقلال شرط التحكيم يعد ضرورة عملية لتيسير التحكيم وتوسيع نطاقه.

وبحسب هذا الاتجاه فإن مبدأ استقلال التحكيم يستند إلى اعتبارات عملية أكثر من تأسيسه على قواعد نظرية([1]). إذ يؤدي إلى تيسيرعمل المحكم ويوسع من نطاق التحكيم: ويتحقق الاعتبار الأول بفضل تقليل الادعاءات الكيدية التي تهدف إلى تعطيل التحكيم من خلال نقل النزاع إلى المحاكم بدلا من التحكيم استنادا إلى أن المحكم لا يمكنه نظر النزاع إلا بعد الفصل في صحة العقد الأصلي الذي يحوي

([1]) حمدالله، النظام القانوني،المرجع السابق، ص 117ومابعدها.

شرط التحكيم([1]). وأما توسيع نطاق التحكيم فينتج من خلال تخويل المحكم صلاحية النظر في صحة العقد الأصلي ونفاذه، دون أن يؤثر ذلك في شرط التحكيم الذي يشكل أساس اختصاص المحكم؛ كما أن المحكم وإن وجد أن العقد الأصلي باطل أو أنه جدير بالفسخ فإنه يمكن أن يتابع النظر في آثار البطلان أو الفسخ لأن شرط التحكيم لن يسقط تلقائيا تبعا لمصير العقد الأصلي([2]).

ويمكن التمييز في هذا الصدد بين أمرين: الأول:أن ينص في شرط التحكيم صراحة على أن هذا الشرط جوهري،بحيث يبطل العقد إذا ما بطل هذا الشرط،ففي هذه الحالة،لامناص من اعتبار العقد باطلا ببطلان شرط التحكيم. الثاني:ألا يكون قد نص في الشرط أو في العقد على أن شرط التحكيم كان هو الدافع الرئيسي لإبرام العقد الأصلي،بمعنى أنه لولا هذا الشرط ما أقدم طرفا العقد أو أحدهما على الأقل على الاتفاق. ففي هذه الحالة إذا أبطل شرط التحكيم ،فلا يؤثر على وجه الإطلاق في صحة وسلامة العقد،مالم يكن العقد الأصلي باطلا لذات السبب.،ولاغرو في ذلك،فبطلان الفرع لايستتبع بطلان الأصل بحسب الأصل[3].

([1]) الجمال وعبدالعال، التحكيم،المرجع السابق، ص 350.

([2]) منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، ص 117؛ منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، الجمال وعبدالعال، التحكيم، ص 355.

(3) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط4، ص148، منشأة المعارف، الاسكندرية 1983 .

ويترسخ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إذا توافرت أركان وجوده وصحته القانونية، وأن يكون قد تم إبرامه بشكل صحيح وسليم، فلا يكون الاتفاق مستقلا إذا أبرمه شخص فاقد الأهلية، أو مسلوب الإرادة، أو أن يكون موضوع النزاع في مسألة لا يجوز التحكيم فيها، أو خارج حدود اختصاص هيئة التحكيم . والأهم من هذا كله، أن لا يكون ً الأطراف قد اتفقوا على اعتبار اتفاق التحكيم جزءا لا يتجزأ من العقد الأصلي، إذ يرتبط بمصيره وجودا وعدما لأنه في هذه الحالة، لا يجوز مخالفة إرادة الأطراف، بل يجب احترامها، لأنهم غير ملزمين إلا بما اتفقوا عليه، آخذين بعين الاعتبار أن نظام التحكيم يعتمد في الأساس على إرادة أطراف النزاع، باعتباره نظاما رضائياًواتفاقياً [1].

وليس لاتفاق التحكيم خصوصية في هذا الشأن إلا في صورة شرط التحكيم المدرج في عقد أصلي يكون هذا الشرط تابعا له، مما يعني أن انعدام التمييز لدى أحد العاقدين لا بد أن يصيب العقد الأصلي، واتفاق التحكيم الملحق به معا، بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر، ومن ثم فإذا دفع أحد طرفي التحكيم ببطلان العقد لانعدام إرادته عند التوقيع، فإن البطلان لا يقتصر على العقد الأصلي وحده، وإنما يمتد إلى عقد التحكيم، وبطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة إنما يكون لعيب ذاتي فيه وليس لمجرد ارتباطه بالعقد الأصلي. وهو لذلك لا ينفي استقلال شرط التحكيم

(1)أحمد خليل،قواعد التحكيم، ص 45 منشوارت الحلبي الحقوقية، ، بيروت، لبنان 2003.

على نحو تظل النتائج المترتبة على مبدأ استقلال التحكيم قائمة. وأخصها في هذه الحالة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة وجود اتفاق التحكيم وبطلانه[1].

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم لايتعلق بالنظام العام،بحسبان أن القانون نظمه ونص عليه وأوجب ضرورة وجوده للسير في إجراءات التحكيم،اعتدادا بالمصلحة الخاصة للأطراف،وتعلقا بإرادتهم في هذا الخصوص. ومن ثم يمكن العدول عنه صراحة أو ضمنا [2]بإرادة الأطراف معا، وباتفاقهم جميعا على هذا العدول. كما أنه يمكن التمسك به في صورة دفع أمام المحكمة لو أقيم أمامها النزاع المتفق على التحكيم بصدده.وليس للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها،بل هي بحاجة لدفع به من صاحب المصلحة.

وتأسيا بما سبق يمكن القول بأن مبدأ استقلال التحكيم عن حكم العقد الأصلي أضحى من المبادئ القانونية المستقرة،سواء على مستوى القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية أو لوائح التحكيم . وعليه يعد استقلال شرط التحكيم من الميزات التي تلحق بالتحكيم، فالعقد الأصلي هدفه الأساس يمكن في تحديد الحقوق والالتزامات الموضوعية لكلا طرفيه ، بينما اتفاق التحكيم ينصب موضوعه على

(1) نادية محمد عوض، التحكيم التجاري الدولي،المرجع السابق، ص 63.

(2) النزول الضمني عن اتفاق التحكيم يستفاد من واقع الحال الذي يدل عليه موقف كلا الطرفين. فمثلا لو رفع أحد الأطراف دعوى أمام القضاء،فهذا يدل على تنازل منه عن اتفاق الحكيم،ولكن لايعتد بهذا النزول إلا بموافقة الطرف الآخر،ولو كانت موافقة ضمنية،كما لو لم يقدم دفعا بوجود اتفاق التحكيم في الميعاد المحدد له قانونا"أي قبل الكلام في الموضوع أو قبل إبداء دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول.

الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي تضمنها العقد الأصلي . وبناءً على هذه الحقيقة فإن اتفاق التحكيم ولئن ورد كشرط ضمن الشروط العامة للعلاقة العقدية ، إلا أنه يعتبر في جوهره عقدا آخر من طبيعة مختلفة ، له كيانه الخاص والمستقل عن العقد الأصلي.

الفرع الثاني

موقف القضاء من استقلال شرط التحكيم

يمكن القول بأنه . في ظل تبني المشرع المصري صراحة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم . ليس ثمة صعوبة في تبني هذا المبدأ من جانب القضاء المصري

وهذا هو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: إن المادة 23 من هذا القانون صريحة في نصها، على أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأن بطلان العقد الذي أدمج هذا الشرط فيه، أوزواله بالفسخ أو الإنهاء، ليس بذي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط في ذاته صحيحا.

وأكدته أيضا محكمة النقض المصرية ،حيث قضت بأن النص في المادة 23 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بأن شرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته ، وهذا يدل على أن استقلال شرط التحكيم عن شروط هذا العقد الأخرى ،يعد أحد القواعد الأساسية التي تعتبر من ركائز التحكيم،فلا يصيبه ما قد يصيب العقد من جزاء الفسخ و أسباب البطلان أو الإنهاء، ومن ثم ففسخ العقد الأصلي أو بطلانه أو إنهاؤه لايمنع من إنتاج شرط التحكيم لآثاره طالما هو صحيح في ذاته. ومؤدى ذلك أن اتفاق التحكيم سواء كان منفصلا في هيئة مشارطة التحكيم أو ورد في صورة بند من بنود

العقد الأصلي، فإنه يتمتع باستقلال قانوني ،بحيث يصبح بمنأى عن أي عوار قد يلحق الاتفاق الأصلي([1]).

وهذا القضاء لم يصادف قبولا لدى المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة، والتي قضت بأن بطلان العقد الأصلي لانعدام الأهلية لدى أحد الطرفين أو كلاهما، يستتبعه بطلان اتفاق التحكيم.

فبطلان العقد الأصلي إذا كان راجعا اختلال ركن الأهلية لدى المتعاقدين أو أحدهما أو مشروعية المحل أو مشروعية السبب،ينسحب إلى كافة بنود العقد بما فيها شرط التحكيم، ولااعتبار في تلك الحالة للقول بأن محل شرط التحكيم مختلف عن محل العقد، فرغم صحة هذا القول من حيث العموم، إلا أن هذا الاختلاف لا ينفي عن المحل في شرط التحكيم صفة التبعية، بحيث يمكننا القول: إنه لولا وجود العقد الأصلي لما وجد شرط التحكيم، حتى لو اعتبر هذا الشرط مستقلا داخل العقد الأصلي، فإنه يكون تابعا للعقد الأصلي يدور معه وجودا وعدما ،صحة وبطلانا.

([1]) نقض مدني، الطعنان رقما824 و 933 لسنة 71 قضائية بتاريخ 2007/5/24. وهو ذات ماانتهى إليه القضاء في لبنان ،وذلك في حكم لمحكمة استئناف بيروت جاء فيه " أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الذي ورد فيه، فيبقى قائماً بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد فيه". استئناف بيروت ،تاريخ 4/3 / 2003، المجلة اللبنانية ،عدد 26،ص45.استئناف بيروت ،تاريخ 2004/10/14،المجلة اللبنانية ،عدد 32،ص21.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد أحكامها ،حيث قضت ببطلان شرط التحكيم لبطلان العقد الأصلي الذي انطوى على معاملة محرمة شرعا،ومن ثم أبقت الاختصاص في بطلان العقد معقودا للقضاء صاحب الولاية العامة في الفصل في النزاع،تأسيسا على أن بطلان عقد الوكالة "الذي تضمن شرط التحكيم" لمخالفته للنظام العام لورود محله على عمليات المضاربة على شراء وبيع العملات الأجنبية المستقبلية ،والتي لايتم فيها أي تسليم أو تسلم ،وبأن الغرض منها هو المضاربة على فروق أسعار العملة صعودا أوهبوطا، وبأن السعر المضارب عليه مجهول عند التعاقد ،ويقوم على التنبؤ، فيكون العقد قائما على الغرروالمقامرة المخالف للشرع والقانون، فلا يرتب أثرا ،بحيث ينفسخ كل ما تم بناء عليه ،وتعود الحالة بين الطرفين إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

وقررت المحكمة في حكمها إعادة المبلغ الذي تسلمه البنك المطعون ضده، ولم تقبل القول بأن البنوك تباشر هذا النشاط في نطاق التصاريح الصادرة لها، مقررة أن هذا التصريح لا يقلب التصرف المحظور شرعا إلى تصرف صحيح ،ولأن مفهوم التصريح هو القيام به وفقا لأحكام القانون وأن يكون ذلك عن عمليات بيع حقيقة .

أما إذا كان بطلان العقد الأصلي أو فساده لسبب آخر غير ذلك، كما لو كان لعدم استيفاء الشكل في العقد الشكلي، فإنه يمكن قبول القول باستقلال شرط التحكيم في هذه الحالة، وليبقى حينئذ شرط التحكيم صحيحا رغم بطلان العقد الذي

تضمنه، لاختلاف المحل من جهة، وعدم تأثير وجه بطلان العقد على شرط التحكيم الذي تضمنه من جهة أخرى([1]).

لكن هذه المحكمة ذاتها التي قضت بعدم استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي،سرعان ماعادت تتراجع، لتعتنق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فقد تبنت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية بوضوح مبدأ استقلال اتفاق التحكيم،متبعة في ذلك نهج الأنظمة القضائية الحديثة، مقررة أن النص في المادة 1/203-2 من قانون الإجراءات المدنية يدل على اتجاه إرادة المشرع الى اعتبار أن اتفاق التحكيم بين طرفي التعاقد مستقلا عن العقد الأساسي، وأن اعتباره كشرط من شروطه لا ينفي عنه ذاتيته واستقلاله، فشرط التحكيم له موضوعه الخاص به ،والذي يتمثل في استبعاد النزاع المشترط التحكيم فيه من ولاية المحاكم وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة التحكيم، فيكونا اتفاقين لموضوعين مختلفين، أحدهما متعلق بذات الحق والآخر متعلق بتحديد الجهة صاحبة ولاية الفصل في النزاع المشترط التحكيم فيه، ويترتب على ذلك أن زوال شرط التحكيم قرين ببطلانه في حد ذاته، أما بطلان العقد الأساسي المتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو إنهائه لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم ساريا ومنتجا لأثره بالنسبة للنزاع المشترط التحكيم فيه من حقوق والتزامات طرفي العقد الأساسي الناجمة عن بطلانه أو فسخه أو إنهائه، وأن

([1]) حكم المحكمة الاتحادية العليا، طعن مدني رقم 209 لسنة 15ق ،جلسة22 /1/ 1995،ق 11، المكتب الفني،16،ص63 .

المبادئ القانونية قد أرست قاعدة أن مجرد بطلان العقد الأساسي لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم باعتباره مستقلا بذاته عنه ،فلا يتبعه وجودا وعدما([1]).

وجاءت محكمة النقض بابو ظبي تتبنى الموقف الحديث للمحكمة الاتحادية العليا، فقررت أن بطلان العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو إنهاؤه، لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم منتجا لأثره وساريا ،ما لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم هذا، فيكون في هذه الحالة لا أثر له، باعتبار أن شرط التحكيم له موضوعه الخاص به، والذي يتمثل في استبعاد النزاع من ولاية المحاكم، وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة التحكيم.

لما كان ذلك وكان الخلاف بين أطراف النزاع أن وزارة الاقتصاد قد شطبت الوكالة بناء على طلب المطعون ضدها بانتهاء أجلها بتاريخ 2006/12/26 ،مع الاحتفاظ للطاعنة بطلب الحكم بالتعويض عن الأضرار التي حلقت بها، فإن انقضاء عقد الوكالة بشطبها لا يترتب عليه سقوط أو انقضاء شرط التحكيم المشتمل عليه بل يبقى على الآثار المترتبة وساريا هذا الشرط قائما على انقضاء ذلك العقد باعتباره مستقلا عنه([2]).

([1]) طعن مدني رقم 166 لسنة 2008 ق،جلسة2010/2/1 ص ،240 المكتب الفني،16،ص63.

([2]) نقض أبو ظبي، الطعن رقم 108 لسنة 3 ق بتاريخ 2009/3/12 مكتب ، لطعن رقم 795 لسنة 2010 ق،مكتب فني ، 3 ،الجزء 1 ص 315 . أيضا:نقض مدني،جلسة9/ 2010/12،مكتب فني، 4 الجزء 3 ص 1309.والطعن رقم 353 لسنة 2011 ق بتاريخ

وفي قضاء مملكة البحرين أيضا مايقود إلى القول باستقلال اتفاق التحكيم،فالاتفاق على التحكيم بتلاقي إرادة أطرافه على طرح نزاعهم بشأن تنفيذ عقد معين على محكمين بدلا من القضاء العادي،هو عقد قائم بذاته له كيانه المستقل عن العقد الأصلي محل النزاع،سواء ورد ضمن المحرر المثبت لهذا العقد في صورة شرط من شروطه،أو ورد في وثيقة خاصة منفصلة،فلا يتأثر مصيره بمصير ذلك العقد بطلانا أو فسخا طالما وجد النزاع الناشئ عن تنفيذه وهو محل عقد التحكيم([1]).

2011/8/24 مكتب فني 5 الجزء 2 ص1210. الطعن رقم 216 لسنة 2012 س 6 ق . أ ،لسنة2012 ، جلسة 2012/12/17،س10،ص691.

([1])تمييزالبحرين،طعن رقم254لسنة2002،جلسة5/19 /2005،مجلة التحكيم،ص206،عدد4، أكتوبر2009.وقارب:تمييز دبي،الطعن رقم164لسنة2008،جلسة12/ 10/ 2008، مجلة التحكيم،ص179،عدد42009.

الفرع الثالث

الأساس القانوني لاستقلال اتفاق التحكيم

ويعود الأساس القانوني لاستقلال شرط التحكيم إلى:

1. اختلاف شرط التحكيم عن العقد الأصلى من حيث السبب،ذلك أن سبب اتفاق التحكيم هو رغبة الأطراف فى سلب اختصاص القضاء وتخويل هيئة التحكيم مهمة الفصل فى النزاع،أماسبب العقد الأصلى فيتمثل فى الباعث الدافع إلى التعاقد[1].

2. اختلاف شرط التحكيم عن العقد الأصلى من حيث الموضوع، فموضوع العقد الأصلى يتمثل في تنظيم حقوق ومراكز قانونية تهم الأطراف،بينما موضوع اتفاق التحكيم هو تسوية النزاع بين الخصوم بواسطة التحكيم[2].

3. اختلاف شرط التحكيم عن العقد الأصلى من حيث الهدف ،فالأهداف المرجوة من اتفاق التحكيم تختلف كليا عنها في العقد الأصلي ،فبينما يهدف العقد الأخير إلى تحديد الحقوق والالتزامات التي ترتبها شروطه على أطرافه وتنظيمها وتنفيذها، وهذه المسألة موضوعية، بينما يقتصردور اتفاق التحكيم على استبدال قضاء الدولة بقضاء التحكيم في حل المنازعات بين أطرافه، وعلى الإجراءات

---

(1)قارب:فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص95.

(2)حفيظه السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص119 منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. ، 2003.

الواجب اتباعها للفصل في المنازعات الناجمة عن الشروط الموضوعية للعقد الأصلي بالتحكيم، وهذا أمر إجرائي[1].

وبمعنى آخر :يعد شرط التحكيم اتفاقا إجرائيا يتضمن وسيلة لحل النزاع الناشئ عن العقد الأصلي، بينما يتضمن الأخير قواعد موضوعية تحدد حقوق الأطراف([2]).

3. يؤدى القول بارتباط مصير شرط التحكيم بالعقد الأصلى إلى عدم إمكان السير فى خصومة التحكيم بمجرد أن ينازع أحد الخصوم فى صحة العقد الأصلى،وهذا يعني التزام هيئة التحكيم بوقف الفصل فى النزاع لحين قيام القضاء بالبت فى صحة العقد.أما القول باستقلال شرط التحكيم فيمكن هيئة التحكيم من الفصل فى النزاع دون وقف السير فى الدعوى،وهذا يؤدى إلى الاقتصاد فى الوقت والنفقات[3].

---

(1)أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص268 .

([2]) حمدالله،النظام القانوني،المرجع السابق،ص 119ومابعدها، حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة، ص 20، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص 108ومابعدها ،دار الثقافة، عمان، 1997،

(3)أحمد السيد صاوي ، التحكيم طبقا للقانون رقم27 لسنة1994 ،المرجع السابق،ص57 ، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص26.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على استقلال اتفاق التحكيم

يمكن القول بأن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يتضمن نتيجتين هامتين:1. عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي .2. اختلاف القانون الواجب التطبيق على كل منهما،ونتناول ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

وهذا يعني أن وجود وصحة اتفاق التحكيم لا يرتبط ولا يتوقف على مصير العقد الأصلي، فبطلان العقد الأصلى أو فسخه لايؤثرعلى شرط التحكيم،والعكس صحيح،فالعقد واتفاق التحكيم وإن تضمنهما ورقة واحدة، إلا أنهما في الحقيقة مستقلان ومنفصلان لا يتأثر أحدهما بالآخرولا يؤثر فيه،وأن التوصل إلى تسوية بشأن الحقوق أو الالتزامات الواردة في العقد الأصلي ، لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء شرط التحكيم [1].

(1)وهذا ما أقرته معظم أنظمة التحكيم ، ومن ذلك: القانون المصري والعماني في المادة (23) والمادة6 من القانون الإماراتي ، والفصل318من القانون المغربي،والقانون الأردني في المادة (22) والقانون التونسي في الفصل(7) .

لأن الربط بين الأمرين، يعني زوال اتفاق التحكيم بزوال العقد الأصلي، والعودة بالمنازعات إلى ساحات القضاء،دون أي اعتبار لإرادة الأطراف في هذا الخصوص[1].

وبناء عليه يبقي شرط التحكيم قائما وصحيحا رغم بطلان العقد الأصلي،إلا إذا كان سبب البطلان يشمل شرط التحكيم كذلك،كما لو كان العقد الأصلي . الذي احتوى على شرط التحكيم . قد أبرم بواسطة شخص ناقص الأهلية أوعديمها [2].ذلك أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي الوارد فيه[3].

وعلى الرغم من أن محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي في حكم لها قد انتهت إلى أن بطلان العقد الأصلي مؤداه بطلان شرط التحكيم،ويترتب على ذلك انعقاد الاختصاص بالفصل في النزاع حول بطلان العقد للقضاء باعتباره صاحب الولاية العامة بالفصل في المنازعات[4].

---

(1)أحمد خليل،قواعدالتحكيم، ص45،منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت،لبنان2003. حفيظه السيدالحداد، الموجز ،المرجع السابق ، ص119.

(2)فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص96، عاشور مبروك،النظام الإجرائي لخصومة التحكيم،ط2،ص435،دارالفكر العربي2011.

(3)حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 8 تجاري، الدعوى رقم108 لسنة126ق، جلسة 2010/2/15، مجلة التحكيم العربي، ص450.

(4)طعن رقم58لسنة2007،س1،ق.أ،جلسة2007/10/30. وهو ذات ماانتهى إليه حكم للمحكمة الاتحادية بدولة الإمارات العربية، فقد قضت بأن بطلان العقد الأصلي مؤداه بطلان شرط التحكيم،ويترتب على ذلك انعقاد الاختصاص بالفصل في النزاع حول بطلان العقد للقضاء

إلا أن هذه المحكمة سرعان ماعادت تتراجع إذ قضت بأن انتهاء العقد المتضمن شرط التحكيم لايمنع من أن يظل شرط التحكيم ساريا ومنتجا لآثره بالنسبة للآثار المترتبة على إنهاء العقد' فقررت أن بطلان العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو إنهاءه لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم ساريا ومنتجا لأثره ما لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته، فيكون في هذه الحالة لا أثر له باعتبار أن شرط التحكيم له موضوعه الخاص به – والذي يتمثل في استبعاد النزاع من ولاية المحاكم، وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة التحكيم، لما كان ذلك وكان لا خلاف بين أطراف النزاع أن وزارة الاقتصاد قد شطبت الوكالة بناء على طلب المطعون ضدها بانتهاء أجلها بتاريخ 2006/12/26 مع الاحتفاظ للطاعنة بطلب الحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها، فإن انقضاء عقد الوكالة بشطبها لا يترتب عليه سقوط أو انقضاء شرط التحكيم المشتمل عليه بل يبقى على الآثار المترتبة وساريا هذا الشرط قائما على انقضاء ذلك العقد باعتباره مستقلا عنه[1].

باعتباره صاحب الولاية العامة بالفصل في المنازعات' طعن مدني رقم209لسنة15ق، جلسة1995/1/22،مجموعة الأحكام ،السنة السادسة عشرة،العدد الأول،القاعدة11،ص63.

(1)نقض أبو ظبي، الطعن رقم 108 لسنة 3 ق بتاريخ 2009/3/12 مكتب فني 3 الجزء 1 ص 315،الطعن رقم 795 لسنة 2010 ق بتاريخ 9/ 12 /2010،مكتب فني 4 الجزء 3 ص 1309 ، والطعن رقم 353 لسنة 2011 ق، جلسة2011/8/24 ،مكتب فني 5، الجزء 2 ص 1210.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الأثرلايوجد بشأنه أى خلاف فى الفقه،إلا أن الفقه جد مختلف حول نطاقه: فبعض الفقه [1] يرى أن استقلال شرط التحكيم لايمكن إعماله إلا فى حالة بطلان هذا العقد،ففي هذه الحالة لا يتأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي باعتباره مستقلا عنه .وعليه يمكن القول بأن العقد يمكن أن يكون باطلا والشرط صحيحا، وقد يكون الشرط باطلا دون أن يؤثر في صحة العقد.غير أنه إذا كان سبب البطلان عاما فإن الطلان يلحق بالشرط والعقد في هذه الحالة،كما لو أبرم العقد بواسطة شخص معدوم الأهلية.

أما في حالة انعدام العقد الأصلى فلا يوجد استقلال، ويتأثر اتفاق التحكيم بمصير العقد في هذه الحالة ، فاتفاق التحكيم يعد منعدما إذا كان العقد الذي تضمنه منعدما، ،ذلك أن انعدام العقد الأصلى يفترض الغياب الكامل لرضا الأطراف،ولايمكن أن يتصور اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بصدد عقد معين لم يوجد أصلا.

أما الفريق الآخر[2] فيرى أنه لامبرراللتفرقة بين بطلان العقد وانعدامه، خاصة وأن مفهوم الانعدام من الموضوعات التي يصعب تحديدها، وذلك لأن كليهما

---

(1) فتحى والى ، المرجع السابق،ص490 بند 285 ، أحمد هندى،المرجع السابق، ص477 بند 175،حفيظة الحداد، المرجع السابق،ص44، الجمال ، عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق،ص355.

(2)أحمد مخلوف،اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية المنازعات عقود التجارة الدولية،المرجع السابق،ص122.

عدم،والعدم لاتفاوت فيه،كما أن إعمال هذه التفرقة قد يؤدى إلى فتح الباب لاستبعاد تطبيق قاعدة الاستقلال ،وبالتإلى يؤدى إلى فقدان التحكيم لفاعليته.

والحق أن معاهدة جنيف الموقعة في أنه 21/4/1961 تناصر هذا الرأي وتؤيده في عدم التفرقة بين بطلان العقد وانعدامه، فقد رفضت هذه المعاهدة بشكل واضح وصريح هذه التفرقة ،فنصت في مادتها الخامسة على أنه:" لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الذي يشكل اتفاق التحكيم جزءا منه"[1].

إلا أننا من ناحية أخرى لايمكننا مسايرة هذا الرأي للنهاية، فالتفرقة بين الانعدام والبطلان . في مجال القانون الموضوعي والإجرائي على حد سواء . هي تفرقة موجودة وقائمة وإن لم تكثر الكتابات فيها، إلا أن ذلك لاينهض مبررا للقول بعدم وجودها،أوحتى القول بصعوبة تحديدها[2].

وقد اعتبرت محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي الحكم المطعون فيه مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال، ذلك أنه أقام قضاءه على أن عقد استثمار المدرسة قد انتهى في2007/7/11،ومن ثم يكون شرط التحكيم قدانتهى بانتهاء العقد،وإذ أقيم حكم المحكمين على شرط تحكيم قد سقط بانتهاء

(1)مصطفى الجمالوعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق،ص355.

(2)راجع في التفرقة بين الانعدام والبطلان:بحثنا،الحكم القضائي المعدوم.دارالوفاءللطباعة والنشر،2013.

العقد الأصلي الذي تضمنه ،فإن حكم المحكمين يكون باطلا،برغم أن العقد امتد لمدة مماثلة حتى 2012/7/11،مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وكان قد صدر حكم المحكمين وحكمت محكمة أول درجة بالتصديق عليه،واستأنف المطعون ضده هذا الحكم،وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم المصادقة الصادر من محكمة أول درجة لبطلانه،تأسيسا على أن العقد الأصلي قد انتهى بتاريخ2007/7/11،ومن ثم يكون شرط التحكيم منتهيا بانتهائه،ويكون قد سقط بانتهاء العقد الأصلي الذي تضمنه،وإذا كان هذا الذي خلص إليه الحكم،فإنه يكون مشوبا بالفساد في الاستدلال،لأن انتهاء العقد الأصلي لايترتب عليه بمفرده سقوط شرط التحكيم،بل يظل قائما وساريا ومنتجا لأثره بالنسبة للآثار المترتبة على إنهاء العقد الأصلي،مادام لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته،ومن ثم يكون الحكم معيبا بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن [1].

(1)طعن رقم795،س4ق.أ،جلسة2010/12/9.سابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني

إمكانية اختلاف القانون الواجب التطبيق

كما يترتب على استقلال شرط التحكيم عن بنود العقد الأصلى إمكانية خضوعهما لقوانين مختلفة.

والأصل في تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع،مرجعه إلى اتفاق التحكيم،وعى هذا تنص المادة39 /1 ،2 من قانون التحكيم المصري والعماني على أنه:"1- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان ،وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

2- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

فقد يخضع اتفاق التحكيم لقانون يختلف عن القانون الذى يحكم العقد الأصلى. فإذا ورد اتفاق التحكيم في بند من بنود العقد محل النزاع،فإن الاتفاق يخضع . في هذه الحالة . للقانون الذي يجب يخضع له العقد. أما إذا ورد الاتفاق في صورة مشارطة ،فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على الاتفاق في هذه الحالة يجري على أساس القواعد المعمول بها منظورا إلى هذا الاتفاق في ذاته. أما في حالة أن

الخصوم لم يتفقوا بشكل مباشر أو غير مباشر على القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم ، فقداختلف الفقه في هذا الشأن، فمن المتصور إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون يختلف عن القانون الذي يخضع له موضوع العقد الأصلي[1]، ويختلف الفقه في هذه الحالة:

1 . فيذهب رأي إلى أن اتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة محل التحكيم؛بحسبان أن اتفاق التحكيم يعد جزءا من إجراءاته التي تخضع لقانون محل التحكيم. فالقول بأن اتفاق التحكيم ذو طبيعة إجرائية ،يقود إلى تطبيق قانون مكان التحكيم قياسا على تطبيق قانون القاضي على الإجراءات بوجه عام([2]).

ويمكن الرد على هذا الرأي بأن إجراءات التحكيم لاتخضع بالضرورة لقانون محل التحكيم،وإنما يخضع لاتفاق التحكيم،فإذا لم يوجد اتفاق بهذا الخصوص،فإن لهيئة التحكيم إخضاعها لقانون آخر غير قانون محل التحكيم.كما أن اتفاق التحكيم لايعد جزءا من إجراءات التحكيم،بحسبان أنه يشكل بذاته مرحلة مستقلة وسابقة على هذه الإجراءات[3].

---

(1)محمود عمر السيد التحيوي،التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، ص79.منشأة المعارف،الاسكندرية2002.

([2]) مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال،التحكيم،ص 305.

(3) في عرض هذا الرأي وانتقاده:فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص139.

كما أن الأخذ بهذ الرأي ،يؤدي إلى انتهاك سيادة الدولة،عندما يخضع خصومتها لقانون دولة أخرى([1]).

2 . غير أن رأيا آخر . نراه راجحا . ذهب يفسر التحكيم في إطار مبدأ سلطان الإرادة، إلى أن للأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم النزاع ،فقانون الإرادة الذي يحدده الاتفاق هو القانون الذي يجب تطبيقه في هذه الحالة[2].

ومن الواضح جدا أن هذه النظرية تعطي الأطراف قدرا كبيرا من الحرية لتحديد كيفية سير عملية التحكيم والقواعد المطبقة على الإجراءات والموضوع،وليس هناك من قيد على هذه الحرية إلا احترام النظام العام الداخلي بالنسبة للتحكيم الوطني،والنظام العام الدولي بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي([3]).

([1]) قارب: خالد سعد زغلول حلمي ، إبراهيم الحمود ، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية. ط2،ص303 – 300، الكويت2000.

(2) في ترجيح هذا الرأي:فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص139.

([3]) حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة،المرجع السابق، ص 55.مصطفى الجمال و عكاشة عبدالعال، التحكيم، المرجع السابق، ص 38؛ فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص140.

وطبقا لقواعد الإسناد التي قررها القانون المدني المصري في المادة19 منه([1])،فإن العقد يخضع لقانون دولة الموطن المشترك لهما،مالم يتفقا على غير ذلك([2]).

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أن الدولة متى كانت مرتبطة باتفاقية دولية تحدد قواعد أخرى للإسناد،فإن هذه القواعد تكون هي الواجبة التطبيق([3]).

([1]) تنص هذه المادة على أن:"1- يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه. 2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار.

([2]) أحمد شرف الدين، ،الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وأثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، ص67.

([3]) أحمد شرف الدين،الإشارة السابقة. وتنص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري على أنه:" مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون . وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولايجوز التفويض في ذلك.

كما تنص المادة (23) من القانون المدني المصري على أنه": لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر.والمادة (24) على أنه:"تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص".

ومؤدى ذلك أن اختصاص القضاء المصري بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم استنادا إلى بطلان اتفاق التحكيم،لايستلزم تطبيق القانون المصري على صحة اتفاق التحكيم،إذ متى كانت المسألة ذات عنصر أجنبي،وجب على القاضي أن يتقيد في بحثها بالقانون الواجب التطبيق عليها طبقا للقواعد العادية،أو طبقا لقواعد الإسناد في قانونه في حالة عدم وجود هذه القواعد[1].

وهذا الرأي ينطلق من أن اتفاق التحكيم يتميز. كنظام . بذاتية خاصة تميزه عن غيره. ووفقا لهذا الاستقلال يمكن أن يخضع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي،بالرغم من وروده كشرط في هذاالعقد.وذلك حسب مايتفق عليه الأطراف،فإن لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون معين،فإن التحكيم في هذه الحالة يخضع لقانون الدولة التي يصدر فيها حكم التحكيم[2].

(1)أحمد شرف الدين،الإشارة السابقة.

(2)فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص141، أبو زيد رضوان الأسس العامة، ص 33-35. .

الفصل الرابع

نطاق اتفاق التحكيم والآثار المترتبة عليه

تقسيم:ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:الأول في نطاق اتفاق التحكيم،والثاني في الأثر المترتب على اتفاق التحكيم،والمتمثل في الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

نطاق اتفاق التحكيم

تقسيم: ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:الأول في النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم،والثاني في النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم.

المطلب الأول

النطاق الشخصى لاتفاق التحكيم

تقسيم: ينقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول منهما:النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي،وفي الثاني نتناول النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في القانون الوضعي.

الفرع الأول

النطاق الشخصى لاتفاق التحكيم

فى الفقه الإسلامى

من المقرر فى الفقه الإسلامى أن حكم المحكم يلتزم به أطراف التحكيم،ولكن هذا الإلزام الذي يتصف به حكم الحكم ينحصر في الخصمين فقط، ولا يتعدى إلى غيرهما، ذلك لأنه صدر بحقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما على اختيار الحكم للحكم فيما بينهما من نزاع وخصومة. ولا ولاية لأي منهما على غيره، فلا يسري أثر حكم المحكم على غيرهما([1]).

وتطبيقا لهذا المبدأ: لو أن رجلا ادعى على رجل بألف درهم ونازعه في ذلك فادعى أن فلانا الغائب ضمنه له عن هذا الرجل فحكما بينهما رجلا والكفيل غائب فأقام المدعي شاهدين على المال وعلى الكفالة بأمره أو بغير أمره فحكم المحكم بالمال على المدعى عليه وبالكفالة عنه فحكمه جائز على المال المدعى به؛ لأنه رضي بحكمه والكفيل لم يرض فصح التحكيم في حقهما دون الكفيل، وكذلك إن حضر الكفيل والمكفول عنه غائب فتراضى الطالب والكفيل والكفالة بذلك بأمر

([1]) الفتاوى الهندية،المرجع السابق، جـ3ص403،النجم الوهاج ،ط1،جـ10 ص156، نهاية المطلب في دراية المذهب،المرجع السابق،ط1،جـ18ص583. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار،محمد بن علي بن محمد الحِصْنى المعروف بعلاء الدين الحصكفى الحنفى،ط1، جـ1 ص474،تحقيق:عبد المنعم خليل إبراهيم،دار الكتب العلمية، 1423هـ2002م.

المطلوب أو بغير أمره فحكم المحكم بذلك كان حكمه جائزا على الكفيل دون المكفول عنه([1]).

ولو حكم الخصمان رجلا في عيب البيع فقضى الحكم برده، لم يكن للبائع حق برده على بائعه، إلا أن يرضى البائع الأول والثاني والمشترى بتحكيمه، فحينئذ يرده على البائع الأول([2]).

ولم يشذ عن هذا المبدأ غير مسألة واحدة نص عليها الحنفية، هي: ما لو حكم أحد الشريكين وغريمه رجلا فحكم بينهما، وألزم الشريك شيئا من المال المشترك نفذ هذا الحكم، وتعدى إلى الشريك الغائب؛ لأن حكمه بمنزلة الصلح في حق الشريك الغائب. والصلح من صنيع التجار. فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح، وما في معناه([3]).

([1]) الفتاوى الهندية ،جـ3ص403. راجع فى هذه التطبيقات: الموسوعة الفقهية الكويتية،جـ10ص245، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ،الكويت.

([2]) الدر المختار،المرجع السابق، جـ1 ص474،الموسوعة الفقهية الكويتية،جـ10ص245.

([3]) الدر المختار،المرجع السابق، جـ1 ص474،الموسوعة الفقهية الكويتية،المرجع السابق، جـ10ص246.

الفرع الثاني

النطاق الشخصى لاتفاق التحكيم

فى القانون الوضعى

وفى القانون الوضعى:فإن خصومة التحكيم تختلف عن الخصومة أمام القضاء، إذ إن لهذه الخصومة خصوصية تميزها عن الخصومة أمام القضاء([1]). وتخضع العقود . او الاتفاقات . لما يعرف بمبدأ نسبية الآثار . ومعناه أن آثار العقود تقتصر حسب الأصل على عاقديها ولاتمتد إلى غيرهما. فاتفاق التحكيم . كقاعدة .

([1]) خصومة التحكيم تختلف عن الخصومة أمام القضاء. فالقاضى يحكم لعموم الخصوم. ويتعدى حكمه إلى غير الخصوم، فالحكم القضائى يحوز حجية الأمر المقضى التى تمنع الخصوم من تجديد النزاع مرة أخرى،كما تلتزم المحكمة التى أصدرته وغيرها من المحاكم بإعمال مضمونه فى كل قضية يثار فيها.

كما أن الخصومة أمام القضاء تشمل أطرافاً غير المدعى والمدعى عليه ، فيتسع نطاقها أثناء سير الدعوى، عن طريق تدخل شخص من الغير لم يكن طرفاً في الدعوى استنادا إلى وجود مصلحة له من وراء تدخله." المادة 126 مرافعات" سواء كان التدخل هجومياً (للمطالبة بحق شخصى له في مواجهة المدعى والمدعى عليه أو أحدهما) أو انضمامياً (للدفاع عن أحد الخصوم).

لايلزم سوى أطرافه الذين أبرموه([1])،ومن ثم لايستفيد من هذا الاتفاق إلا أطرافه،ولايضار منه غيرهم،ولايملك التمسك ببطلانه غيرهم([2]).

كما أن المحكم لا يحكم إلا بين خصوم ارتضوا حكمه بموجب شرط وارد في عقد او مشارطة تحكيم.كما أن حكم المحكم لا يتعدى الخصوم إلى غيرهم إلا إذا ارتضاه هذا الغير،وشمله اتفاق التحكيم.

وبناء على ماسبق يمكن تقرير قاعدة مفادها أن اتفاق التحكيم يقتصر على أطرافه فحسب،دون أن يتعداهم إلى غيرهم. كما لايجوز تدخل الغير فى خصومة التحكيم ، سواء كان تدخلا هجوميا أو انضماميا ، ما لم يتفق جميع أطراف الاتفاق على التحكيم على تدخل الغير فى خصومة التحكيم، سواء باتفاق مسبق على قيام النزاع او باتفاق لاحق عليه([3])،أو امتد أثر اتفاق التحكيم إليه.

وهذ يعنى أنه حال اتفاق أطراف التحكيم على هذا التدخل يصير المتدخل طرفا فى خصومة التحكيم ،له ماللطرف الأصلى من حقوق وما عليه من التزامات. كما يعنى من ناحية أخرى أن لأطراف الاتفاق على التحكيم مكنة الاعتراض على

([1]) يتسع مفهوم الطرف فى خصومة التحكيم ليشمل الخلف الخاص والعام،كالورثة والمحال إليه. راجع أمثلة لذلك:سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة،ص336 بند184.

([2]) أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختيارى والإجبارى،ط5،ص139بند54،سامية راشد،المرجع السابق،ص336بند184.

([3]) أحمد أبو الوفا،المرجع السابق،ص139بند53.

هذا التدخل ،سواء كان تدخلا هجوميا أو انضماميا. فهو لايتم إلا بعد موافقتهم عليه.

وحال عدم قبول التدخل من أطراف التحكيم،فليس أمام المتدخل الذى رفض تدخله من أطراف التحكيم سوى اللجوء إلى القضاء،وتظل خصومة التحكيم منحصرة فى أطرافها الأصليين ،إلا إذا كان النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم عبارة عن علاقة قانونية متعددة الأطراف وغير قابلة للتجزئة ، ورفض أطراف الاتفاق تدخل من لم يشمله هذا الاتفاق، فلامحل للاستمرار في خصومة التحكيم، ويضحى النزاع من اختصاص القضاء ، بحسبان أنه الجهة الأصلية صاحبة الاختصاص العام فى نظر وحسم المنازعات بين الأفراد،ولايعتد باتفاق التحكيم فى هذه الحالة، حيث لاتجوز إحالة النزاع من هيئة التحكيم إلى المحكمة ،والعكس صحيح([1]).

ويستفاد مما سبق أن وجهة نظر القانون تتفق مع وجهة النظر الشرعية فى هذا الخصوص.

وبناء على ذلك: وإعمالا لهذا المبدأ،فلاغرو أن انتهت محكمة النقض المصرية في قضائها إلى أن:" مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لايعد دليلا على التزام الأخيرة

([1]) أحمد أبو الوفا،المرجع السابق،ص139بند53.،محمود محمدهاشم، النظرية العامة للتحكيم،المرجع السابق،ص244بند81.

بالعقود التي تبرمها الأولى مشتملة على شرط التحكيم مالم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى[1].

وقد أكدت محكمة النقض على مبدأ نسبية أثر الاتفاق على التحكيم،وأنه لايسري إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت،أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية،فإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها ،وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم،وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا يحتج به إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه وقبل خصومته[2].

وفي هذا الإطار سبق لمحكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي أن أوضحت أن علاقة الخصوم بوكلائهم أمام محكمة الموضوع من شأن الخصوم وحدهم،ولايجوز لغيرهم ولا لتلك المحكمة أن تتصدى لهذه العلاقة من تلقاء نفسها،طالما لم ينكر صاحب الشأن وكالة وكيله،كما أن الاتفاق على التحكيم الذي

---

(1)االطعنان 4729 ، 4730 لسنة 72 ق جلسة 22/ 6/ 2004، س 55 ق مجموعة الأحكام، المكتب الفني ،117، ص 638،ويراجع في ذلك:أحمد شرف الدين،الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم في ضوء أحكام محكمة النقض،ص29ومابعدها.

(2)نقض مدني،طعن رقم4729لسنة72ق،جلسة2004/6/22،سابق الإشارة إليه.

يبرمه الوكيل متجاوزا فيه الأمور المعينة في عقد الوكالة يكون باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة الموكل . الأصيل . دون خصمه،فيكون للموكل وحده حق التمسك ببطلان الاتفاق على التحكيم والتوقيع على وثيقة التحكيم.

وخلصت المحكمة إلى أنه:" لما كان ذلك،وكانت الشركة المطعون ضدها لم تنكر وكالتها لمن وكل المحامي الذي رفع بموجبها الدعوى،ومن ثم فلا تقبل من الطاعنين أن ينازعا في تلك الوكالة. ولايصح لهما التمسك ببطلان حكم المحكم تأسيسا على تجاوز محاميها حدود وكالته،وأن التوكيل لايخول له سلطة الاتفاق على التحكيم أو التوقيع على اتفاقية التحكيم،ومن ثم يكون النعي في هذا الخصوص على غير أساس[1].

وإذا كان الاتفاق على التحكيم يقتصر على طرفيه،ولايمتد إلى غيرهما،فإن ذلك لايخل بالأحكام المتعلقة بالتضامن. والقاعدة المقررة في هذا الشأن أن التضامن فيما ينفع لافيما يضر. ومن ذلك:فإن اتفاق التحكيم الذي يبرمه دائن متضامن،يمكن معه للدائنين المتضامنين معه التمسك بهذا الاتفاق والالتجاء إلى التحكيم ضد المدين،أو الالتجاء إلى قضاء الدولة حسب اختياره. وفي المقابل ،فإن

(1)طعن تجاري رقم942لسنة2009،س3ق.أ،جلسة17/ 12/ 2009،مكتب فني 4 الجزء 3 ص 1309.

اتفاق التحكيم الذي يبرمه مدين متضامن لايحتج به على المدين المتضامن معه،ولكن يجوز لهذا المدين الاحتجاج به، إذا كان ذلك في مصلحته[1].

غير أنه استثناء من قاعدة نسبية اتفاق التحكيم،فإن اتفاق التحكيم قد يرتب أثرا يمتد إلى الغير، من ناحية الاتفاق ذاته ،ومن ناحية الحكم الصادر بناء عليه.ويتضح ذلك في الأمثلة الآتية[2]: 1 . الاشتراط لمصلحة الغير :فالاشتراط لمصلحة الغير يرتب حقوقا مباشرة للغيرفي مواجهة المتعهد،فيمكن للغير المشترط لصالحه في اتفاق يتضمن الاشتراط لصالحه أن يطلب إعماله لصالحه،فيطالب المتعهد بحقه بواسطة التحكيم[3]. 2 . كما قد يمتد أثر التحكيم إلى الغير حال امتداد اتفاق التحكيم إلى أطراف آخرين،أو عقود أخرى تتصل بذات المعاملة أو بالعقد الأصلي ،كما هوه الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الوليدة،حيث تمتد آثاره إلى الشركة الأم[4].

كما يمتد اتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة إلى فروعها،حيث لاتتمتع الفروع بشخصية اعتبارية مستقلة عن الشركة[5]. وإذا امتد الاتفاق،فإنه يمكن لمن امتد إليه

---

(1)فتحي والي،قانون التحكيم، المرجع السابق، ط1 ،ص162.

(2)فتحي والي،قانون التحكيم ، المرجع السابق ، ص171. 176.

(3)فتحي والي،قانون التحكيم، المرجع السابق،ص171.

(4)أحمد نبيل سليمان طبوشة، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ،2011 .

(5)فتحي والي،قانون التحكيم ،المرجع السابق،ص 175، ومزيد من الأمثلة: فتحي والي،قانون التحكيم، المرجع السابق،ص 171 . 176.

أن يتدخل في خصومة التحكيم حينئذ. وقد سبق معالجة امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير،فلا داعي لتكراره هنا[1].

(1) انظر ماسبق ص....

المطلب الثاني

النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم

تقسيم:ينقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:الأول في: النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم فى الفقه الإسلامي ،والثاني في النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم فى القانون الوضعى.

الفرع الأول

النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم

فى الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على جواز التحكيم في الأموال والمعاوضات وما يدخله الصلح([1]). واختلفوا فيما عدا ذلك على قولين : القول الأول : إن التحكيم يصح في كل القضايا ولا يستثنى من ذلك شيء ، فمن صح حكمه في مال صح حكمه في غيره([2]).

([1]) فتح القدير، جـ7 ص318، وتبصرة الحكام جـ1ص62ومابعدها، وأدب القاضى للماوردى 380/2، المجموع شرح المهذب "مع تكملة السبكى والمطيعى" أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووى،جـ20ص127،دار الفكرجـ18ص363ومابعدها.

([2]) مغنى المحتاج جـ6ص268. تبصرة الحكام ،جـ1ص62،النجم الوهاج ،ط1،جـ10 ص156، مطالب أولى النهى،ط2،جـ6 ص471، أحكام القرآن،المرجع السابق، جـ1 ص543،الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن

القول الثاني : إن التحكيم يصح في كل القضايا إلافى الحدود والقصاص والطلاق والنكاح واللعان والنسب ونحوها ، لأن لهذه القضايا مزية على غيرها ، فلا بد أن يكون نظرها من قبل الإمام أو من يقوم مقامه وينوب عنه وهو القاضى ([1]).

والحق أنه لامجال للحديث اليوم عن التحكيم فى الحدود والقصاص، وإنما يمكن الحديث عن التحكيم فى الصلح والتعويض وليس العقوبة،إذ العقوبة تعد حقا للمجتمع يناط بولى الأمر"قضاء الدولة" لالغيره القيام به،حتى لاتكون فتنة فى الأرض وفساد كبير.

وفى هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأنه :"لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلاً لمخالفته للنظام العام ، ولما كان البين من محضر التحكيم والصلح المؤرخ 12/4/1984 – محل

حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى،جـ1 ص707،دار المؤيد ، مؤسسة الرسالة. تبيين الحقائق،المرجع السابق،ط1،جـ4 ص193.

([1]) الذخيرة، جـ10 ص34، المنتقى ،جـ5 ص229 ،بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير،أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتى، الشهيربالصاوى المالكى،جـ4ص199،دار المعارف، الحاوى الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعى وهو شرح مختصر المزنى، أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى، الشهير بالماوردى،حقيق:علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود،جـ 16ص325ومابعدها،دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 1419 هـ 1999م، تبصرة الحكام جـ1ص62ومابعدها. حاشية الدسوقى على الشرح الكبير،محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى المالكى ،جـ4 ص136،دار الفكر. النجم الوهاج،ط1،جـ10 ص156.البحر الزخار لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن يحى بن المرتضى،جـ5ص114،دار الكتاب الإسلامى،القاهرة.

التداعي – أنه فصل في مسألة جنائية هي ما أسند إلى شقيق الطاعن الثاني من اتهام بقتل شقيق المطعون عليه الأول – منتهياً – إلى ثبوت هذا الاتهام في حقه على قالة أنه تبين للمحكمين أن المتهم .....(شقيق الطاعن الثاني) هو القاتل الحقيقي للمجني عليه .....(شقيق المطعون عليه الأول) وأن باقي المتهمين وهم .....فلم يثبت لديهم اشتراكهم في الجريمة إذ نفى شقيق المجني عليه اشتراكهم في قتله أو اتهامه لهم ، وأنه تأسيساً على ذلك حكموا على الطاعنين بدفع عشرين ألف جنيه للمطعون عليه بشرط ألا يرد الاعتداء ، بما مؤداه أن التحكيم انصب على جريمة القتل العمد ذاتها واستهدف تحديد المتهم بالقتل وثبوت الاتهام في حقه ، وأنها كانت سبباً للإلزام بالمبلغ المحكوم به على نحو ما أورده حكم المحكمين ، وإذ كانت هذه المسألة تتعلق بالنظام العام لا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعاً لتحكيم مما لازمه بطلان الالتزام الذي تضمنه حكم المحكمين لعدم مشروعية سببه([1]).

وبناء على ماسبق يمكن التقرير بأن النطاق الموضوعى للتحكيم في الفقه الإسلامى إذا كان ينحسر عن مجال الحدود واللعان ونحوهما مما هو من حقوق الله تعالى ، فإنه يتسع ليشمل كافة المسائل المالية والاقتصادية والاجتماعية والدستورية والسياسة الشرعية ونحوها،ويغطى مجالات التحكيم فى القانون الوضعى بمصطلحاتها المعاصرة.

([1])الطعن رقم 795 لسنة 60 ق،جلسة1996/5/26،مجموعة الأحكام،س47،جـ1،ص863.

الفرع الثاني

النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم

فى القانون الوضعى

لا جدال في أن التحكيم يعد عقدا رضائيا، لا يلتزم به سوى أطرافه،ولايجوز إجبار أحد باللجوء إلى التحكيم والتنازل عن حقه في التقاضي إلا إذا ثبت دخوله في اتفاق تحكيم.ومن ناحية أخرى، وتطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد لا يلزم الغير باتفاق التحكيم.

بل يجب أن يكون اتفاق التحكيم قد تم عن اختيار واضح ومؤكد ولا شبهة حوله من كل الأطراف المتمتعة بالأهلية اللازمة لقبول هذا الطريق([1]).وإذا كان اتفاق التحكيم بمثابة عقد، فإن محله . كسائر العقود . يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة المتطلبة في محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام، فيجب أن يكون محل اتفاق التحكيم، موجودا وممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا.

وتجدر الإشارة إلى أنه حتى في الحالات التي يمكن القول فيها بامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير بسبب الحوالة أو تضامن المدينين أو العلاقة بين الكفيل

([1])حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة،المرجع السابق، ص 135وما بعدها.

والمدين أو الاشتراط لمصلحة الغير ،إلا أن ذلك أيضا يبقى أثيرالقواعد العامة التي تتعلق بمبدأ نسبية العقد([1]).

ويقصد بمحل اتفاق التحكيم، تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم، والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته، والذي يرتبط وجوده بوجودها. غير أن المنازعة التي تكون محلا لاتفاق التحكيم، قد توجد مستقبلا في شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حالا في عقد التحكيم، الذي يتم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل([2]).

ويعود أساس اتفاق التحكيم إلى القانون ذاته ،منه يستمد شرعيته،وسلطة الخصوم فى إبرام الاتفاق على التحكيم ليست طليقة من كل قيد.فالقانون قد أتاح هذه المكنة وقيدها بقيود لاتتعداها،وإلا كان الاتفاق باطلا،وكان الحكم الصادر بناء عليه باطلا بالتبعية.

وفى هذا الخصوص يجب أن ينحصراتفاق التحكيم فى المسائل التى يجوز فيها الصلح ولاتتعارض مع النظام العام([3]). والمسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي

([1]) انظر على سبيل المثال: أبو الوفا، التحكيم،المرجع السابق، ص 139–143؛ منير، التنظيم القانوني،المرجع السابق، ص 122، 128، 129.

([2])ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم ،المرجع السابق،ص240.

([3]) لايقتصر الأمر على الاتفاق فحسب بل يمتد ليطال أحكام التحكيم ذاتها.فتنفيذ هذه الأحكام مقيد بمالايتعارض مع النظام العام. ومن ثم يمكن القول بأنه طبقا للمادة298مرافعات

لا يجوز التحكيم فيها، تكون مرتبطة بالدرجة الأولى بالقواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، والمتعلقة بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد. ومن أمثلة تلك المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته، المسائل الجنائية، المنازعات المتعلقة بصحة براءات الاختراع، أو العلامات التجارية، أو تلك المتعلقة بكسب الجنسية أو فقدها([1]).

ومسائل الأحوال الشخصية، لا تصلح أن تكون محلا لاتفاق التحكيم؛نظرا لارتباطها بوضع الشخص ومركزه داخل الأسرة. فلا يجوز التحكيم مثلا في مسالة تتعلق بمدى شرعية الولد ، وبما إذا كان الشخص وارثا أو غير وارث، في حين أنه يجوز التحكيم في المسائل والمصالح المالية التي تترتب عليها.

مصرى،والمادة58 من قانون التحكيم المصرى، فإنه لايجوز تذييل أحكام التحكيم الأجنبية بالصيغة التنفيذية وإصدار

أمر بتنفيذها إلا بعد التحقق مما يأتى:1.....2.....3.....4. أن حكم التحكيم لايتعارض مع حكم أوأمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولايتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها.وراجع أيضا:حكم محكمة النقض السابق.

([1]) أحمد عبد الكريم سلامة، " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية،المرجع السابق، ص225.

فموضوع الاتفاق يظل منحصرا فى المسائل التى يجوز فيها الصلح ولاتتعارض مع القيم والأخلاق والأسس التى يقوم عليها المجتمع.فالمبدأ السائد فى القانون المقارن هو جواز التحكيم فى المسائل التى يجوز فيها الصلح([1]).

وقد حددت القوانين المختلفة أمثلة ونماذج لمايعد من النظام العام([2]) ،وإن كان هذا يختلف بحسب طبيعة كل بلد. فحددت المادة3من قانون المعاملات المدنية الإماراتى رقم5لسنة1985ذلك بقولها:"يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب،والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها.من الأسس التى يقوم عليها المجتمع وذلك بما لايخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية.

وقد أشارت المادة 30 / 1 من قانون التحكيم المصري إلى ضرورة تحديد المسائل محل النزاع فى اتفاق التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً. ويتحدد نطاق اتفاق التحكيم بما تلاقت عليه إرادة الطرفين،فقد سبق للمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري،أن أوضحت أنه:" من المبائ الأساسية في العقود . ومنها عقد التحكيم . أنه ينبغي أن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعة الخاضعة للتحكيم"،ومن ثم خلصت إلى أن:" التحكيم يقتصر على مااتفق بصدده من

([1]) اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به.أحمد إبراهيم عبد التواب،ص270 بند،73،دار الجامعة الجديدة2008.

([2]) يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع الأسس والقيم والتقاليد الدينية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية السائدة فى مجتمع ما.

منازعات،وعلى ذلك فإنه إذا حصل الاتفاق في عقد على عرض جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ أو تفسيره على محكمين،فإن هذا يشمل كل المنازعات لتي تقع بين المتعاقدين . بشأن التنفيذ أو التفسير ،سواء وقت قيام العقد أو بعد انتهائه[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تطابقا بين محل التحكيم ومحل الصلح. إذ ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، و ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم. وقد حرصت بعض التشريعات على النص صراحة على هذا المبدأ.

وفي هذا الخصوص نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري والعماني على أنه:"...لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".فقد استلزمت هذه المادة أن يكون التحكيم في المسائل التي يجوزالصلح فيها.

كما تطلبت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ضرورة كون موضوع النزاع مما يجوز فيه التحكيم فنصت على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أوحالة الأشخاص وأهليتهم".

ونصت المادة 1100 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق

(1)الطعن رقم886لسنة 30 القضائية،جلسة18/ 1/ 1994. المكتب الفني – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة التاسعة والثلاثون – الجزء الأول (من أول أكتوبر سنة 1993 إلى أخر فبراير سنة 1994) ص 691.

الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكنه يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ عن الجريمة".

ولمعرفة المسائل التي يجوز فيها الصلح تنص المادة 551 من القانون المدني المصري على أنه:"لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم. **وبناء عليه** :لا يجوز التحكيم في مسائل الأهلية والحالة المدنية والأمور المتعلقة بصحة الزواج أو إثبات النسب، كما لا يجوز التصالح في الجرائم الجنائية كقاعدة عامة ،مع مراعاة أن القانون قد أتاح الصلح في بعض الجرائم الجنائية([1]). وخلاصة ماسبق أنه يشترط للاعتداد بإرادة الأطراف في اتفاق التحكيم،ألا يكون هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام والآداب،وألا يكون أمرا محظورا على وفق القوانين السائدة [(2)].

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه يختلف في حالة مالو اكتنف اتفاق التحكيم غموض حول نطاقه.كما لو اتفق الأطراف على إحالة "جميع المنازعات الناشئة

([1]) ومن أمثلتها:جرائم التهرب الضريبي والتهرب الجمركي وبعض جرائم قانون البنوك الجديد.

(2)أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري،ط4،ص31،منشأة المعارف، الاسكندرية1983.

عن تنفيذ العقد إلى التحكيم".فهذا يثير اللبس حول مدى شموله للنزاعات المتعلقة بصحة العقد أو فسخه أو تفسيره.

فيرى البعض . أخذا بالتفسير الموسع لاتفاق التحكيم . أن الشك حول نطاق اتفاق التحكيم يفسر لمصلحة اللجوء إلى التحكيم، بحسبان أن إرادة الأطراف اتجهت ضمنا لإحالة جميع نزاعاتهم إلى التحكيم بدلا من تجزئتها بين القضاء والتحكيم. إضافة إلى أن إحالة نزاع معين إلى التحكيم – مثل النزاع حول تنفيذ العقد – يتضمن بدلالة الاقتضاء أن تحال النزاعات الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع إلى الهيئة نفسها، كالنزاع حول صحة العقد أو تفسيره([1]).

بينما يتجه البعض إلى التضييق في تفسير كنه إرادة أطراف اتفاق التحكيم، فإذا اتفق الخصوم على التحكيم فى شأن عقد معين فلا يمكن القول بانسحاب هذا الاتفاق إلى المنازعات الناشئة بينهم عن عقد آخر[(2)].

([1]) منير عبدالمجيد ، التنظيم القانوني،المرجع السابق، ص 105، حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة،المرجع السابق، ص 159. وقد اوضحت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري أنه:" من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى فهم نصوص وثيقة التحكيم والتعريف على ماقصد منها دون التقيد بألفاظها بحسب ماتراه أوفى إلى نية أصحاب الشأن ، ومستهدية في ذلك بوقائع الدعوى ومأأثبت فيها، ولارقابة عليها في ذلك مادامت قد بينت الاعتبارات المقبولة والتى دعتها إلى الأخذ بما ثبت لديها والعدول عما سواه. الطعن رقم4173 لسنة61قضائية،جلسة21/ 1997/6.

(2)أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري،ط4،ص31،منشأة المعارف،الاسكندرية1983.

المبحث الثانى

الأثر المترتب على اتفاق التحكيم

يمكن القول بأن اتفاق التحكيم يرتب آثارا معينة :أحدها إيجابي يتمثل في وجوب الالتزام بهذا الاتفاق من قبل أطرافه،والثاني سلبي :يتمثل في عدم الالتجاء إلى القضاء بناء على هذا الاتفاق،وبموجب هذا الاتفاق ينشأ أثر إجرائي آخر يتمثل في دفع يسمى الدفع باتفاق التحكيم لمنع القضاء من نظر النزاع حال عرضه من أحدهم على القضاء، إذا كان هناك اتفاق تحكيم بصدده، ،وسنعرض لهذه الآثار في المطالب التالية:

المطلب الأول

الأثر الإيجابي

الالتزام باتفاق التحكيم

تقسيم:ينقسم هذا المطلب إلى فرعين:الأول في الالتزام باتفاق التحكيم في الفقه الإسلامى،والثاني في الالتزام باتفاق التحكيم في القانون الوضعي.

الفرع الأول

الالتزام باتفاق التحكيم

في الفقه الإسلامى

يقر الفقه الإسلامى اتفاق التحكيم،سواء ورد مقترنا بالعقد أو فى صورة اتفاق لاحق عليه ومستقل عنه. ويمكن القول بأنه يترتب على وجود اتفاق التحكيم ، بوصفه العقد الذي تعهد الأطراف فيه حل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشا بينهم بواسطة التحكيم، احترام الأطراف لهذا الاتفاق ،انطلاقا من مبدأ القوة الملزمة للعقود، وأن العقد شريعة المتعاقدين[1].

وفى هذا الخصوص يقول ابن تيمية: "إن الأصل في العقود الجواز والصحة " ويستدل على ذلك بالنقل والعقل: "أما النقل فلقوله تعإلى "ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ([2]).وأما العقل فـ " إن العقود أوالشروط من باب الأفعال العادية وليست من العبادات والأصل فيها عدم التحريم...([3]).كما يقول:" الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه. وهو الصحيح؛ فإن الكتاب والسنة قد دلا على

---

(1)رضوان عبيدات،الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفق أحكام القانون الأردني والمقارن، دراسات،علوم الشريعة والقانون، المجلد 38،العدد2،ص2011.

([2]) بعض الآية رقم 1من سورة المائدة.

([3]) مجموع الفتاوى، تقى الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحرانى ، مجموع الفتاوى، جـ29ص150،تحقيق:عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ1995م.

الوفاء بالعقود والعهود وذم الغدر والنكث؛ ولكن إذا لم يكن المشروط مخالفا لكتاب الله وشرطه .فإذا كان المشروط مخالفا لكتاب الله وشرطه كان الشرط باطلا([1]).

فاتفاق التحكيم . تطبيقا لماجاء به القرآن الكريم والسنة واجتهاد الفقهاء . يعد من العقود الصحيحة وفقا للشريعة الإسلامية. وهوملزم لأطرافه إلا إذا تضمن موضوعا حرمه الله،أوكان مخالفا للنظام العام.

ولقد رأينا فيما سبق أن الفقه الإٍسلامى لم يتفق على كلمة سواء فى خصوص الأثر المترتب على اتفاق التحكيم.

فهناك اتجاه يرى أن أطراف اتفاق التحكيم يصيرا ملزمين بحكم المحكم منذ ارتضائهما بالمحكم. حتى قبل أن يحقق فى موضوع النزاع.

بينما يرى البعض أن أطراف اتفاق التحكيم يصيران ملزمين بحكم المحكم إذا شرع في الحكم "أي باستيفائه للبينات وكشفه لحال الخصوم".

بينما يذهب اتجاه ثالث إلى أن اتفاق النحكيم لا يصير ملزما إلا بعد صدور حكم المحكم. فلهم الرجوع عن تحكيم المحكم وعزله بعد شروعه في الحكم وتحقيقه للنزاع.

([1]) مجموع الفتاوى، المرجع السابق،جـ29 ص346ومابعدها.

بينما يرى اتجاه رابع أن أطراف اتفاق التحكيم فى حل من الالتزام باتفاق التحكيم وحكم المحكم.فلهم عزل المحكم و الرجوع عنه وعن حكمه حتى بعد صدور الحكم منه.

والحق أن الفقه الإسلامى لاينكر على أطراف الاتفاق على التحكيم العدول عنه بمحض إرادتهما معا،وذلك فيما لوتم العدول منهم جميعا. إذ يعد العدول منهم فى هذه الحالة بمثابة اتفاق جديد معدل للاتفاق السابق وملغ له.أما عدول واحد منهم فقط بعد الاتفاق على التحكيم فهذا أمر تأباه الشريعة وينكره العقل. بالإضافة إلى أن القول بغير ذلك مدعاة للمماطلة وضياع الحقوق؛حيث يمكن للطرف الذى يرى أن حكم المحكم لن تتمخض نتيجته لصالحه أن يرتد عن اتفاقه،ويعزل المحكم ويبطل التحكيم برمته،مايؤدى إلى إهدار المقصود من التحكيم.

وبناء عليه يجب على أطراف اتفاق التحكيم الوفاء به وعرض نزاعهم على هيئة تحكيم،حسب هذا الاتفاق؛احتراما لالتزاماتهم التعاقدية ،فكل عقد يتضمن أي شرط مقبول بموجب الشرع الإسلامي هو عقد قانوني ملزم لأطرافه،استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم:"المسلمون عند شروطهم"[1].

(1)المستدرك على الصحيحين،أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع ،ط1،ج2، ص57،رقم2310،تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية ،بيروت ، 1411 – 1990.

وعليه إذا أصدر المحكم حكمه وكان موافقا لقواعد الشريعة وأصولها وفى نطاق الاختصاص المخول له شرعا بموجب اتفاق التحكيم،واكتملت فى المحكم والمحتكمين الشروط اللازمة ،فإن لازم ذلك التزام الأطراف بهذا الحكم. ولا يستطيع أحدالأطراف بمفرده التملص من اتفاقه أو الرجوع عن حكم المحكم ؛لأنه حكم صحيح صادر عن ولاية شرعية كاملة.فاتفاق الأطراف ابتداء يعنى رضائهم بحكم المحكم انتهاء.

الفرع الثاني

الالتزام باتفاق التحكيم

في القانون الوضعى

اتضح مما سبق أن التحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطان الارادة ؛ لأن إرادة الأطراف ممثلة في اتفاق التحكيم هي أساسه ابتداء وانتهاء،فهي المنطلق الذي تنطلق منه عملية التحكيم،وإليه المنتهى،فإرادة الأطراف اتجهت منصرفة إليه فأوجدته، ثم حددت نطاقه[1]، ولهذا السبب وتطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فإن اتفاق التحكيم باعتباره وليد إرادة طرفيه من جهة، وبوصفه عقداً من العقود الملزمة للجانبين من جهة أخرى، فإنه يخضع لمبدأ للقوة الملزمة للعقود، نظراً لما يرتبه على عاتق طرفيه من التزام نتيجة معينة، وهي ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم[2]؛ تمهيداً لعرض النزاع على المحكمين، والامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة، فبمجرد توقيع طرفي النزاع على هذا الاتفاق والموافقة عليه، فإنه لا يمكن التنصل من هذا الاتفاق، أو التحلل من الالتزامات الواردة به بطريقة أحادية الجانب، حتى في الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم جزءاً من عقد معين أُبرم بين طرفين ثبت بطلانه أو فسخه[3].

---

[1] أنظر في هذا المعنى : د. فتحي والي، المرجع السابق ، ص 161.

([2]) انظر في هذا المعنى : د. أحمد عبدالكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 161.

([3])علي بن عبدالله بن محمد الهنائي،المرجع السابق،ص15.

وتأسيساً على ذلك الاتفاق فإنه يمتنع على أيّ من طرفيه التحلل منه بإرادته المنفردة ، واللجوء إلى قضاء الدولة ، وإلا جاز للطرف الآخر الشريك في الاتفاق التمسك باتفاق التحكيم؛ بهدف منع قضاء الدولة من نظر النزاع، والفصل فيه، لأن إخلال أحد الطرفين باتفاق التحكيم المبرم؛ فإنه يكون . بلا شك . قد أخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وهذا غير جائز، فالعقد هنا يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بين المتعاقدين، وبالتالي لا يحق لأحدهما نقض التزامه، أو تعديل شروط العقد إلا باتفاق الطرفين معاً [1].

وهذا يعني أن يمتنع الأطراف من اللجوء إلى المحاكم من أجل حل نزاعاتهم المتفق على إحالتها إلى هيئة التحكيم . كما يعني تخلي قضاء الدولة عن نظر أي خلاف أبرم الأطراف اتفاق تحكيم بخصوصه. ويتقيد القضاء بهذا الالتزام بمجرد وجود اتفاق على التحكيم،سواء وجدت هيئة تحكيم أو لم توجد،وسواء بدأت إجراءات التحكيم أو لم تبدأ بعد[2]. ولايجوز الرجوع عن اتفاق التحكيم الا باتفاق الطرفين على العدول عن هذا الاتفاق. وهذا هو ما تواترت معظم التشريعات الوضعية العربية([3]).

([1])علي بن عبدالله بن محمد الهنائي،المرجع السابق،ص15.

(2)أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص281.وقارب فى هذين الأثرين: باسمة لطفى دباس،شروط اتفاق التحكيم وأثاره،ص367،دار النهضة العربية2006.

([3]) راجع على سبيل المثال: المادة الرابعة من قانون التحكيم الأدرنى والمادة 233 من مرافعات بحريني والمادة 253 من قانون المرافعات العراقى.

ووفقاً لهذا المعنى قررت المحكمة العليا بسلطنة عمان في أحد أحكامها بأن العقد شريعة المتعاقدين، ومقتضى هذه القاعدة أن القاضي يطبق شروط العقد كما لوكان يطبق قانوناً، فالعقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بين المتعاقدين، فلا يجوز نقضه إلا باتفاق الطرفين، كما لا يجوز تعديل شروط العقد إلا باتفاقهما، فلا يجوز لأحدهما أن يعدل في شروط العقد ".[1]

ومن هذا المنطلق حرص المقنن العماني على تأكيد القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم، ورتب أثراً معيناً على عاتق الطرف الذي يتقاعس عن تنفيذ التزامه ببدء إجراءات التحكيم ، فأوجب ضرورة التنفيذ العيني للالتزام؛ بحسبان إنه لا يحوز لطرفيه التحلل من هذا الالتزام، والانسحاب منه فوراً متى نشأ النزاع بينهما في اتخاذ إجراءات التحكيم إلا بأحد أمرين : الأول منهما صدور حكم حاسم في النزاع بينهما من قبل هيئة التحكيم المناط بها نظر النزاع، أم الأمر الثاني فيتمثل في اتفاقهما معاً إما على إنهاء خصومة التحكيم قبل صدور حكم فيها، أو تنازلهما معاً عن هذا الاتفاق صراحةً أو ضمناً، واللجوء إلى القضاء العام في الدولة صاحب الاختصاص الأصيل بنظر نزاعاتهم[2].

([1]) المحكمة العليا ، قرار رقم (5)، في الطعن رقم 2003/172م، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا "الدائرة التجارية "، ص 16.

([2])علي بن عبدالله بن محمد الهنائي،المرجع السابق،ص15.

المطلب الثاني

الأثر السلبي لاتفاق التحكيم عدم الالتجاء إلى القضاء([1])

كما يرتب اتفاق التحكيم أيضا أثرا سلبيا،يتمثل في سلب ولاية المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع،واستبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعة محل الاتفاق على التحكيم[(2)].

وبناء عليه فلا غرو أن تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية أن:"التحكيم يعتبر نظاما بديلا عن القضاء ،فلا يجتمعان؛لأن مقتضى الاتفاق عليه أن تعزل المحاكم عن نظر المسائل التي انصب عليها التحكيم استثناء من أصل خضوعها لولايتها.

([1]) لايعني ذلك التنازل عن الحق في الالتجاء إلى القضاء،بقدر مايعني منح المحكم سلطة الفصل في النزاع محل الاتفاق ،كبديل عن القضاء في هذا الخصوص. ولقد جاء حكم مركز القاهرة التحكيمي يؤكد هذا المعنى ،فقضى بأن:" الفقه والقضاء قد استقرا على أن التحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا في النزاع دون المحكمة المختصة به،...فالمحتكم لاينزل عن حماية القانون أو حقه في الالتجاء إلى القضاء،وإلا فإن المشرع لايعتد بهذا النزول ولايقره،لتعلقه بالنظام العام،وعليه فإن إرادة المحتكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع. الدعوى التحكيمية رقم173،لسنة2000،جلسة14/ 12/ 20000،مجلة التحكيم العربي،عدد4، أغسطس2001،ص211.

(2) حكم محكمة النقض بدولة الإمارات ،طعن رقم 405 لسنة2016،س10ق .أ،لسنة2016،جلسة21/ 6/ 2016،مكتب تنفيذي10،ص1070.

وقد رصد المشرع لاحترام هذا الاتفاق وسيلة تفرض مضمونه ،وتلزم الأطراف باحترامه،والاعتداد بالحكم الصادر فيه،هي الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

وقد جاء حكم مركز القاهرة الإقليمي يؤيد هذا المعنى،فقد قضى فى دعوى تحكيمية مقدمة أمامه بأن اتفاق التحكيم مؤداه حرمان الأطراف من الالتجاء إلى القضاء بصدد الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم،وفضها بطريق التحكيم،والاعتداد بالحكم الصادر فيه([1]).

وقد اعتبر المشرع الاتفاق على التحكيم مانعا من نظر الدعوى.وبناء عليه أوجب المشرع المصري والعماني في المادة 13من قانون التحكيم ،على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضي بعدم قبول الدعوى،شريطة أن يدفع المدعى عليه بذلك قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى.

وقدحكمت المحكمة الدستورية في مصر برفض دعوى طلب الحكم بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة 13[(2)]،والفقرة الأولى من المادة 22من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون

([1]) الدعوى التحكيمية سالفة الذكر.

(2)تنص الفقرة الأولى والثانية من المادة (13) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم27لسنة1994 على أنه: " (1) يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. (2) ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

رقم27لسنة1994[1]،وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعية بالمصروفات ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة عن الدعوى[2].

وقد أكدت المحكمة في حكمها . آنف البيان . على أن الأصل فى التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما وفقاً لشروط يحددانها ليفصل فى النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة ، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية ، وبذلك يكون التحكيم عملاً إرادياً ركيزته اتفاق خاص، مبناه اتجاه إرادة المحتكمين إلى ولوج هذا الطريق لفض الخصومات بدلاً من القضاء العادى ومقتضاه حجب المحاكم عن نظر المسائل التى يتناولها استثناء من أصل خضوعها لولايتها.

وهذا الالتزام الذي يرتبه اتفاق التحكيم في شقه السلبي،هو التزام إرادي، فإذا ما أخل أحد الطرفين به ورفع دعواه إلى القضاء كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بوجود الاتفاق على التحكيم .غير أن دور القضاء لا يستبعد بصفة نهائية في الخصومة التحكيمية، حيث تظل المحكمة مختصة بتقديم المعونة والمساعدة

---

(1)تنص الفقرة الأولى من المادة 22 على أنه:" (1) تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ...".

(2)الدعوى رقم 66لسنة 22قضائية"دستورية،جلسة2002/12/15. منشور بالجريدة الرسمية العدد 52 فى 2002/12/26 ص 249. والدعوى رقم155لسنة20 قضائية،جلسة13/ 2002/1.من موقع المحكمة الدستورية

http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/RuleViewer.jspx

للمحتكمين وهيئة التحكيم.من ذلك إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة ،من أجل تنفيذه و إمهاره بالصيغة التنفيذية .[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الشخص باتفاقه على التحكيم لاينزل عن حقه فى الالتجاء إلى القضاء،أو حماية القانون،وإلا فإن المشرع لايعتد بهذا النزول ولايقره،إذ الحق في الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق التي تتعلق بالنظام العام،غاية الأمر أن اتفاق التحكيم يعطي للمحكم أو هيئة التحكيم الحق في الفصل في النزاع بدلا من المحكمة المختصة أصلا بنظره،أي أن إرادة المحتكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع،بحيث إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة سيرتها الأولى .[2]

كما أن اتفاق التحكيم لا يسلب اختصاص القضاء الوطني سلبا تاما، وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات، إذ إن اللجوء إلى التحكيم لا يعني سلب اختصاص المحاكم سلبا تاما، فالتحكيم في بعض الأحيان يحتاج إلى مطالعة رأي المحاكم في مسائل محددة، وأحوال معينة، سواء عند بدء عملية التحكيم، أو في مرحلة

(1)أحمد هندي ،تنفيد أحكام المحكمين ،الأمر بتنفيد أحكام المحكمين الوطنية و الأجنبية، دار الجامعية الجديدة،2001،ص20 .

(2)إبراهيم صبري الأرناؤوط،شرط الكتابة والتحكيم الالكتروني،مجلة الشريعة والقانون،جامعة الإمارات العربية المتحدة،العدد التاسع والأربعون، ص147.

الإجراءات ، أو بعد صدور مرحلة الحكم المنهي للخصومة[1]، فيبقى التحكيم خاضعا لشكل أو آخر لرقابة القضاء من خلال تنفيذ اتفاق التحكيم أو حكم التحكيم أو التدخل للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم وتسيير إجراءات التحكيم.وعلى سبيل المثال لا يسلب التحكيم اختصاص القضاء الوطني بشأن الإجراءات المستعجلة [2].

ويعود ذلك إلى أن نظام التحكيم ينبع أساسا من اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات إلى المحكمين، للفصل فيها بحكم نهائي، إلا أن المحكمين بطبيعة الحال ليسوا قضاة معينين من قبل الدولة ، فهم لا يستمدون ولايتهم واختصاصهم القضائي من القانون فحسب، وانما هم ينطلقون في القيام بمهاهم من هذا الاتفاق، ولهذا يفتقدون إلى سلطة الأمر التي يحوزها القضاء العام في الدولة، ونظراً لذلك نجدهم دائماً بحاجة إلى مساندة القاضي الوطني المختص في تنفيذ مهامهم (3).

([1]) انظر في هذا المعنى : حفيظة الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها.

(2)أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، ص 134-135،منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001.

(3)علي بن عبدالله بن محمد الهنائي، المرجع السابق،ص21

وقد استقر قضاء المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة على جواز الطعن في الأحكام التي تصدر بالإحالة إلى التحكيم، أو رفضها استقلالا؛لتعلق ذلك بالاختصاص الولائي[1].

وقد نعى الطاعن أمام محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون.وفي بيان ذلك قال: :"إن الحكم انتهى في قضائه إلى إلغاء الحكم المستأنف وإحالة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها بالمخالفة لنص المادة5/203 من قانون الإجراءات المدنية التي عقد المشرع بموجبها الاختصاص بنظر النزاع لهيئة التحكيم،فينحسر بذلك الاختصاص عن القاضي الطبيعي؛احتراما لإرادة المتعاقدين واختصارا لإجراءات التقاضي أمام المحاكم،كما أقام الحكم رابطة بين طلب فسخ أو بطلان العقد الأساسي وبين شرط التحكيم دون مسوغ من القانون،مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وقدرأت المحكمة أن هذا النعي صحيح؛تأسيسا على الآتي: أن النص في المادة 203من قانون الإجراءات المدنية على أنه:"يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة. وفي الفقرة الخامسة من ذات المادة على أنه:" وإذا اتفق الخصوم

(1)الطعن رقم193لسنة1919ق.ع.نقض مدني،جلسة1999/4/25،مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة،العدد102،ابريل2000،ص66.

على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغيا".

واستخلصت المحكمة مما تقدم أنه:"يدل على أن الأصل هو أن الاتفاق على التحكيم . شرطا كان أو مشارطة . في صدد نزاع معين يمنع المحكمة المختصة به أصلا من نظره،وهذا هو الأثر السلبي لاتفاق التحكيم،وأن الاستثناء هو إمكان نظر ذات النزاع أمام القضاء مالم يعترض الخصم في الجلسة الأولى منكرا أي حق لخصمه في الالتجاء إلى القضاء،ومن الأصول المقررة أن الاستثناء لايقاس عليه ولايتوسع في تفسيره[1].

(1)طعن رقم458لسنة2009،س3ق.أ،جلسة2009/7/26. على الموقع https://www.adjd.gov.ae/AR/judgment

المطلب الثالث

الدفع بوجود اتفاق التحكيم

تمهيد: سواء كان دفعا بعدم اختصاص المحكمة أودفعا بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم ، فإن الخصم يهدف من وراء هذا الدفع بوجود اتفاق تحكيم عدم فصل المحكمة فى الدعوى المرفوعة أمامها في هذا الخصوص،غير أنه فى حالة الدفع بعدم الاختصاص يستند إلى خروج النزاع عن حدود ولاية المحكمة . لأنها لاتختص به وإنما يدخل فى اختصاص محكمة أو جهة أخرى،وبالتالى فإن الخصم ينكر على المحكمة اختصاصها،أما الدفع بعدم قبول الدعوى،فإن الخصم يسلم باختصاص المحكمة ،ولكنه ينكر على خصمه الالتجاء إلى القضاء وطلب الحماية القضائية، لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى.

ولاخلاف في الفقه والقضاء على أن المحكمة المختصة لا تملك الحكم بعدم القبول أو عدم الاختصاص من تلقاء نفسها، بل يجب أن يثار هذا الدفع من أحد الخصوم بوجود اتفاق التحكيم، ذلك أن سكوت المدعي عليه عن الدفع بالاتفاق عن التحكيم، واستمراره في الدعوى وتقديمه طلبات ودفوع في الموضوع يعد بمثابة تنازل منه عن اتفاق التحكيم.

ولاخلاف أيضا على أن الدفع باتفاق التحكيم هو دفع شكلي،يجب أن يثار قبل الكلام في الموضوع،وإلا سقط الحق في إبدائه،حيث يعد السكوت عن إبداء هذا

الدفع في الوقت المحدد له بمثابة نزول ضمني عنه،حتى ولو وجد بالأوراق مايجزم بوجود اتفاق على التحكيم، نظرا للطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها اتفاق التحكيم[1].

ويترتب على هذا عدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام، وهذا بدوره يترتب عليه:

1 . وجوب إبداء هذا الدفع في الجلسة الأولى[2]. قبل الكلام في الموضوع أو إبداء دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول. وهذا يعني جوب اتخاذ المتمسك به موقفاً

---

(1)أحمد شرف الدين،الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وأثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، ص12،سميحة القليوبي،اتفاق التحكيم،المرجع السابق،ص70، طعن رقم167لسنة31ق،جلسة 24 /5/ 1996.مجموعة المكتب الفني،س17،ص1223.

(2)راجع في المقصود بالجلسة الأولى: أنها هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو ممثله لأول مرة أمام المحكمة فتكون هناك دعوى انعقدت الخصومة فيما بين الطرفين يتناضلان فيها بإبداء دفوعها ودفاعها، ولو كان المشرع يقصد غير ذلك لنص عليه صراحة كما فعل عندما أجاز للمستأنف عليه أن يرفع استئنافا فرعيا. فنص في المادة 164 من القانون سالف البيان على انه " يجوز للمستأنف عليه حتى تاريخ الجلسة الأولى للمرافعة أن يرفع استئنافا إما بالإجراءات المعتادة وإما بمذكرة مشتملة على أسباب استئنافه " حكم محكمة النقض بأبو ظبي ،طعن رقم23لسنة2016،س10ق.أ،لسنة2016،جلسة10/ 4/ 10،2016،ص691.

كما قضت بأنه:"من المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن النص في المادتين 50،55 من قانون الإجراءات المدنية يدل على أنه يجوز أن يوكل الخصم وكيلا لينوب عنه في المثول أمام المحكمة وأن الغرض من تقديم الوكيل سند وكالته لا يعدو أن يكون مجرد إثباته لوكالته من موكله فحسب، فإذا سمحت له المحكمة بالمثول نيابة عن موكله على أن يقدم السند الرسمي الذي يثبت وكالته في جلسه لاحقه فإن تمثيله لموكله في الجلسة يكون صحيحا منتجا لكل آثاره وتعتبر تلك الجلسة هي الجلسة الأولى للخصم الذي حضر عنه، ولو لم يقدم سند وكالته عنه بل قدمه في جلسة تالية. طعن رقم23لسنة2016،سابق الإشارة إليه.

إيجابياً بالاعتراض في الجلسة الأولى على لجوء خصمه للقضاء وإلا جاز نظر الدعوى[1].

والمقصود بالجلسة الأولى: الجلسة الأولى التي يمثل فيها المدعى عليه بشخصه أو بوكيل عنه لأول مرة أمام المحكمة ، فإذا لم يكن قد حضر أمام محكمة أول درجة بشخصه أو بوكيل عنه ،وجب عليه أن يتمسك في صحيفة الاستئناف بكافة الدفوع الشكلية التي يعيبها على كافة الإجراءات أمام محكمة أول درجة ،وإلا سقط الحق في إبداء ما فاته تضمينه صحيفة الاستئناف[2].

---

(1) حكم محكمة النقض بابو ظبي،طعن رقم380لسنة2016س10ق.أ، 2016،جلسة 6/ 6 / 2016،10،ص970.

(2)حكم محكمة النقض بابو ظبي،طعن رقم380لسنة2016س10ق.أ، 2016،جلسة 6/ 6 / 2016،10،ص970. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأبو ظبي بأنه:" إذا كانت الشركة المطعون ضدها لم تمثل بأي من جلسات المرافعة ولم تقدم مذكرة بدفاعها أمام محكمة أول درجة أو لدى الخبرة المنتدبة لديها وقد صدر الحكم المستأنف بمثابة الحضوري بالنسبة لها بإلزامها بأن تؤدي إلى الطاعنة مبلغ 7,033,350 درهم ،وقد طعنت في ذلك الحكم بطريق الاستئناف وتمسكت بصحيفة الاستئناف وقبل إبداء أي دفاع موضوعي في الدعوى بعدم قبولها لوجود شرط التحكيم ضمن بنود العقد المبرم بينها والطاعنة، ومن ثم تكون قد تمسكت بهذا الدفع الشكلي قبل التعرض لموضوع النزاع، ولا يجدي الطاعنة دفاعها بسقوط الحق في إبداء هذا الدفع الشكلي لعدم إبدائه أمام محكمة أول درجة، التي لم يمثل المطعون ضدها لديها، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ،وأقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ،وبعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم ،على ما أورده بأسبابه من أن الحكم المستأنف قد صدر بمثابة الحضوري ،وأن الفرصة الأولى للدفع بوجود شرط التحكيم تكون بصحيفة الدعوى، أو المذكرة الشارحة لأسباب الاستئناف، ومن ثم يكون رفع الدعوى مخالفاً لاتفاق طرفي النزاع بالإحالة إلى التحكيم، فإنه يكون قد صادف صحيح ويضحى النعي على غير سند خليقاً بالرفض. وحيث إنه ولما تقدم فإنه

وعلى ذلك: إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ،ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى ،جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً،ويتعين على الطرف الذي يتمسك بمنع المحكمة من السير في الدعوى لوجود شرط التحكيم، أن يتخذ موقفاً إيجابياً بأن يعترض في الجلسة الأولى على لجوء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق رغم الاتفاق على شرط التحكيم ، فإن لم يدفع بذلك في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى[1].

ولاسبيل أمام المحكمة إذا ماتم الاعتراض في الجلسة الأولى لوجود شرط التحكيم،إلاأن تقضي بعدم قبول الدعوى[2].فإذا حضر وكيل المطعون ضدها بالجلسة الأولى وطلب أجلاً لسند الوكالة والرد على الدعوى دون الدفع بشرط التحكيم،فإنه يعد تنازلاً منه عنه.ذلك أنه يجب على الطرف الآخر المتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفا إيجابيا بأن يعترض في الجلسة الأولى على التجاء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق برغم الاتفاق على التحكيم، فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة جاز نظر الدعوى، والمقصود من عبارة – جاز نظر

يتعين رفض الطعن .حكم محكمة النقض بابو ظبي،طعن رقم380لسنة2016،س10ق.أ، 2016،جلسة 6/ 6 / 10،2016،ص970.

(1)حكم محكمة النقض بابو ظبي،طعن رقم380لسنة2016،س10ق.أ، 2016،جلسة 6/ 6 / 10،2016،ص970.

(2) حكم محكمة النقض بأبو ظبي،طعن رقم23لسنة2016،س10ق.أ،لسنة2016،جلسة10/ 4/ 10،2016،ص691.

الدعوى – أن نظر الدعوى أمام المحكمة يصبح صحيحا ولازما ويصبح شرط التحكيم لاغيا، أما اذا تم الاعتراض في تلك الجلسة فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم إعمالا لاتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم[1].

2 . لايجوز للمحكمة أن تثير هذا الأمر من تلقاء نفسها،بل هي بحاجة إلى دفع به من صاحب المصلحة.3. يمكن التنازل عن إبداء هذا الدفع صراحة أو ضمنا، وذلك كله نظرا للطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها اتفاق التحكيم. وقد يترتب على اتفاق التحكيم . كذلك . تطبيق إجراءات لدى نظر موضوع التحكيم،مغايرة لتلك التي يطبقها القضاء،يكون قد اختارها الطرفان أو هيئة التحكيم.

وعلى ذلك: فإن لجوء أحد الطرفين إلى القضاء دون الاعتداد بشرط التحكيم ،وحضور الطرف الآخر دون الدفع بشرط التحكيم في الجلسة الأولى، مؤداه اعتبار شرط التحكيم لاغياً،وتمسكه به في جلسة لاحقه. لا أثر له[2].

وقد أوضحت محكمة النقض المصرية طبيعة هذا الدفع بقولها:"شرط التحكيم . وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة . لايتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن

(1) حكم محكمة النقض بأبو ظبي،طعن رقم23لسنة2016،س10ق.أ،لسنة2016،جلسة10/ 4/ 2016،10،ص691.

(2)حكم محكمة النقض بأبو ظبي،طعن رقم23لسنة2016،س10ق.أ،لسنة2016،جلسة10/ 4/ 2016،10،ص691.

تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها،ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا،ويسقط الحق فيه لو أثير متأخرا بعد الكلام فى الموضوع[1].

وأكدت على ذلك في حديث قضائها بقولها:" النص في الفقرة الأولى من المادة13من القانون رقم27لسنة1994 بإصدار قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه:"يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى". يدل على أن المشرع قد أبان بصريح العبارة بأنه إذا دفع المدعى عليه أمام المحكمة في نزاع رفع إليها، ويوجد بشأنه اتفاق تحكيم،يجب على المحكمة أن تجيبه إلى دفعه ،وتحكم بعدم قبول الدعوى شريطة أن يكون قد أبدى هذا الدفع قبل إبدائه لأي طلب أو دفاع فى الدعوى،لأن في إبدائه لأي طلب أو دفاع فى الدعوى قبل دفعه بانعقاد الاختصاص لجهة التحكيم يدل على قبوله ضمنا لالتجاء خصمه لجهة القضاء العادي صاحبة الاختصاص الأصلي وتنازله ضمنا عن شرط الاتفاق على التحكيم[2].

كما حكمت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة بأنه:"...من المقرر أن شرط التحكيم لايتعلق بالنظام العام ويجوز التنازل عن

---

(1)نقض مدني،طعن رقم714لسنة47ق،جلسة1982/4/26. مكتب فني 33 ج 1 ق 80 ص 442.

(2)نقض مدني،الطعن رقم110لسنة71 قضائية،جلسة2003/1/9.على الموقع:

https://www.cc.gov.eg/civil_inquiry

التمسك به"،وقضت بأنه:"لما كان الثابت من الوقائع المدرجة بصحيفة الطعن يتبين اختيار الطاعنين طريق المخاصمة أمام القضاء دون التمسك بالتحكيم،فإن ماقضى به الحكم المطعون فيه من تفسير هذا الاختيار والقبول من الطرفين أنه تنازل ضمني عن شرط التحكيم في محله،لأن شرط التحكيم ليس من النظام العام،الأطراف التي تبنته لايقيدها في التحلل منه صراحة أو ضمنا"[1].

وتلتزم المحكمة بإعمال هذا الاتفاق بأن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا قدم صاحب المصلحة امامها دفعا بوجود اتفاق التحكيم،فإذا خالفت هذا النظر كان منها خطأ منها في القانون و في تأويله وتفسيره بما يوجب نقضه[2].

---

(1)حكم المحكمة الاتحادية العليا،طعن رقم206،لسنة11ق،جلسة26/ 12/ 1989.،وحكمها في الطعن رقم 23 ،لسنة 2016 ،س 10 ق. أ 2016 10،جلسة 2016/04/10،س10، ص691. وقارب:حكمها، طعن رقم23لسنة2016،س10ق.أ،لسنة2016،جلسة10/ 4/ 2016،10،ص691.

(2) حكم محكمة النقض بأبو ظبي بأن:"وكيل المطعون ضدها الأولى عندما حضر بهذه الجلسة لم يتمسك بالدفع بشرط التحكيم بل التمس أجلا لسند الوكالة وللرد على الدعوى واستجابت لطلبه فإنه يكون قد تنازل عنه، ولا يجديه التمسك به بعد ذلك في جلسة لاحقه. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على ما أورده بمدوناته من أنه " وكان الثابت من أوراق الدعوى أن محامى المستأنف فرعيا حضر لأول مرة بجلسة 2018/1/25 والتمس أجلا للإدلاء بسند الوكالة والرد، وبالجلسة 2015/2/4 قدم سند الوكالة ودفع بوجود شرط التحكيم، وأكد في مذكرته لذات الجلسة على الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم اختصاص المحكمة لاتفاق الطرفين على التحكيم، فالمستأنفة فرعيا لم تكن حاضرة فعلا أمام محكمة البداية بجلسة 2015/1/25 ولم تكن ممثلة تمثيلا قانونيا فيها، مادام المحامي الحاضر عنها قد طلب أجلا لتقديم سند الوكالة، فان جلسة المرافعة تكون هي الجلسة التي أثار فيها محامى المستأنفة (المدعى عليها ابتدائيا)

ومن المبادئ المستقرة فقها وقضاء أن التمسك بهذا الاتفاق كما يجوز أن يكون في صورة دعوى بطلب إعماله،يجوز أن يكون في صورة دفع من الطرف الذي يلجأ خصمه إلى القضاء لفض النزاع المرفوع بهذا الصدد[1].

وأخيرا فإنه من الجدير بالذكر أن الأخذ بشرط التحكيم وعقد الصلاحية لهيئة التحكيم مختارة للفصل في النزاع، لايعني غل يد المحكمة كلية عن النزاع ،بل تظل تقدم بعض خدمات لازمة لسير الإجراءات،او لفعالية قرار التحكيم،وخاصة الإجراءات التحفظية على الأموال،وإجراءات تقيد حرية التنقل للأشخاص والتي لايملكها سوى السلطة القضائية [2].

وإذا كان تمسك احد الخصوم أمام القضاء بوجود اتفاق التحكيم أمرا مسلما به في الفقه،إلا أن تحديد طبيعة هذا الدفع قد أثارت الكثير من الجدل،حيث يرى جانب من الفقه أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول، بينما يرى جانب آخر أن هذا الدفع هو دفع بعدم الاختصاص،وهو مانعالجه فيما يلي:

الدفع بعدم قبول الدعوى لاتفاق الطرفين على التحكيم، ويكون هذا الدفع المثار أثناءها مقبولا".حكمها، طعن رقم23لسنة2016،س10ق.أ،لسنة2016،جلسة10/ 4/ 2016،10، ص691.

(1)ينظر:حكم محكمة استئناف أبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة،جلسة 1988/5/15، مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الإمارات،العدد59يوليو1989،ص116.

(2)طعن بإعادة النظر،رقم 149لسنة1985،جلسة1985/8/10، مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الإمارات،العدد46ي،السنة الثالثة عشر،يناير1986،ص187.

الفرع الأول

الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول

الدفع بعدم القبول هو وسيلة ينكر بها الخصم على خصمه حقه فى رفع الدعوى[1]. فهذا الدفع يوجه إلى الحق فى الدعوى عن طريق التمسك بعدم توافر شرط من شروط قبول الدعوى سواء كانت شروطا عامة أو خاصة، إيجابية أو سلبية[2]. ويتميز هذا الدفع عن الدفوع الموضوعية فى أنه لا ينازع فى الحق الموضوعى ولا يتعرض له، وحتى لو تعرض للموضوع، فإن ذلك يكون بصفة عرضية تحتمه طبيعة الفصل فى هذا الدفع[3] فهو يرمى إلى منع المحكمة من مناقشة موضوع القضية عن طريق الحكم بعدم قبولها لتخلف شرط من شروط قبولها.

كما يختلف عن الدفوع الإجرائية فى أنه لا يتعلق بإجراءات الخصومة. وباعتباره لا ينصب على موضوع الدعوى ولا يتسلط على إجراءاتها وإنما يتعلق بمسألة قبول الدعوى فهو يقف موقفا وسطا بين الدفوع الإجرائية والدفوع

---

(1) إبراهيم سعد ، القانون القضائى الخاص ،ج1 ، ص649 بند 259،منشأة المعارف بدون سنة للنشر.

(2) وجدى راغب وجدى راغب ، مبادئ القضاء المدنى ، ص498، دار النهضة العربية 2001، أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ،ط 13،ص216 بند 204،منشأة المعارف1980.

(3) نبيل عمر،الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى 1981 ص130.

الموضوعية. ومن أمثلته: الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة أو على غير صفة، والدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة، والدفع بعدم قبول الطعن فى الحكم لرفعه بعد الميعاد القانونى.

ويخضع هذا الدفع لمجموعة من القواعد تميزه عن غيره من الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية:

1- فمن ناحية يمكن إبداء الدفع بعدم القبول فى أى حالة كانت عليها الدعوى. وعلى ذلك تنص المادة 115 من قانون المرافعات المصري على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه فى أية حالة تكون عليها. وهذا يعنى أن هذا الدفع لا يسقط بالكلام فى الموضوع، بل يمكن إبداؤه فى أى حالة كانت عليها الإجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[1].

كما أن الخصم لا يلتزم بإبداء الدفوع بعدم القبول معا، ولا يتقيد بترتيب معين فيها، فهى فى هذه الناحية تشبه الدفوع الموضوعية، بل أن إبداء الدفع بعدم القبول طبقا للمادة 108 مرافعات يؤدى إلى سقوط الحق فى إبداء الدفوع الإجرائية. على أنه يجب التنبيه إلى أن الدفع بعدم القبول الذى يبدى فى أى حالة تكون عليها الدعوى هو الدفع بعدم القبول الموضوعى، كالدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة أو

(1) فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، ص595 بند 287،دار النهضة العربية 1993،نقض 5/11/ 1978 مج الأحكام 29 ص1228، 12/5 /1982 طعن رقم 2062 س51ق. 1- مجموعة الأحكام،س33،جـ2،ص1116،ق202.

المصلحة، أما إذا تعلق هذا الدفع بما يسمى بعدم القبول الإجرائى مثل الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم فلا ينطبق حكم المادة 115 عليه[1].

ومن ناحية ثانية: يمكن للمحكمة – كقاعدة – أن تثير هذا الدفع من تلقاء نفسها: فحيث يتعلق سبب هذا الدفع بالنظام العام، يمكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها ، وذلك كالدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة.

ومن التطبيقات التشريعية فى ذلك ما نصت عليه المادة 116 مرافعات من أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، وهو ذات الوضع فيما لو كان سبب عدم القبول يرجع إلى واقعة تتعلق بنشأة الحق الموضوعي، كما لو لم توجد قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك به المدعى، كما لو كان يطالب بدين قمار أو كانت المصلحة التى يطالب بها اقتصادية بحتة، أما حيث يتعلق سبب هذا الدفع بمصلحة خاصة فليس للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها[2]، بل يجب على صاحب الشأن أن يتمسك به، وذلك مثل عدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين طبقا للمادة 788 مدنى[3].

---

(1)أحمد هندى ،أصول قانون المرافعات، ص483 بند 177.دار الجامعة الجديدة2002.

(2) فتحى والى،المرجع السابق، الإشارة السابقة.

(3) أحمد أبو الوفا ،المرجع السابق،ص222 بند 207 ، أحمد هندى ،المرجع السابق،ص484 بند 177.

وفي خصوص الدفع بوجود اتفاق تحكيم،يرى بعض الفقه أن الوسيلة الفنية التى رصدها القانون لفرض مضمون هذا الاتفاق هى الدفع بعدم قبول الدعوى والاعتداد بشرط التحكيم،حيث يتنازل الأطراف باتفاقهم على التحكيم عن الالتجاء إلى القضاء ،وبالتإلى تفقد الدعوى شرطا من شروط قبولها،فاتفاق التحكيم لاينزع عن القضاء اختصاصه،وإنما يمنعه فقط من نظرها مادام شرط التحكيم قائما[1]..

فالاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة، وانما يمنعها فقط من سماع الدعوى ،ما دام الشرط قائماً ،وبالتالي يكون الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم وفق رأي هذا الفقة من قبيل الدفوع بعدم قبول الدعوى ،لان الخصم ينكر به سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء العادي للذود عن حقه، وبالتالي يجوز التمسك بهذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو لاول مرة امام محكمة الاستئناف[2].

(1)أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختيارى والإجبارى،ط5،ص125ومابعدها،منشأة المعارف،الاسكندرية2001،نبيل عمر،التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،ط1، ص124،دار الجامعة الجديدة2004.

(2)احمد ابو الوفا ،التحكيم بالقضاء و بالصلح ، ص ١٠٧ ومابعدها ،ط٢٠٠٧ م.

وهذا الدفع يعد بمثابة إنكار لسلطة الخصم فى الالتجاء إلى القضاء العادى، فالتحكيم وإن كان لا ينزع الاختصاص من المحكمة، إلا أنه يعد مانعًا من سماع الدعوى، ما دام شرط التحكيم قائما([1]).

على أنه يجب التنبيه إلى أن الدفع بعدم القبول الذى يبدى فى أى حالة تكون عليها الدعوى هو الدفع بعدم القبول الموضوعى، كالدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة أو المصلحة، أما إذا تعلق هذا الدفع بما يسمى بعدم القبول الإجرائى مثل الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم فلا ينطبق حكم المادة 115 عليه[(2)].

وهذه هى مشكلة الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم،حيث جعله القانون من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام ،والتى تحكمها قاعدة وجوب إبدائها فى مستهل الكلام قبل التكلم فى الموضوع أو إبداء دفع بعدم القبول ([3]).

ويمكن تفسير هذه القاعدة فيما يتعلق بالدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم بتنازل صاحب المصلحة عن هذا الاتفاق ،وارتضائه الفصل فى النزاع من جانب

([1]) أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ،ص125،محمود هاشم،قانون القضاء المدنى، جـ2 ص 76 بند 60.

(2)فتحي والي،قانون التحكيم،المرجع السابق،ص183ومابعدها،أحمد هندى ،المرجع السابق، ص483 بند 177.

([3]) قارن:تمييز دبى،الطعن رقم293،جلسة10/ 11/ 1991،عدد2،ص486،طعن رقم337، جلسة7/ 3/ 1992، عدد3،ص257،حيث اشترطت للتمسك بالدفع بوجود شرط التحكيم أن يتمسك به صاحب المصلحة فى الجلسة الأولى ،يستوى أن يكون قد تكلم فى الموضوع أولا.

القضاء المختص.كما أن الطرف الأخر الذى بادر برفع النزاع أمام القضاء يعد قد تنازل سلفا عن هذا الاتفاق.وهو مايعنى تنازل الاثنين عن اتفاق التحكيم.

ومن القوانين التى أخذت بهذا الاتجاه قانون التحكيم المصرى والعماني،حيث نصت المادة 1/13من هذين القانونين على أنه:" 1. يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل لإبدائه أى طلب أو دفاع في الدعوى.2 . ولايحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

وهذا هو بالضبط مانصت عليه المادة 1/11من نظام التحكيم السعودي . نصت على أنه:" يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد فى شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أى طلب أودفاع فى الدعوى".

كما نصت المادة203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه:" وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ،ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض عليه الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغيا".

ويتضح من نص المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي . سالفة الذكر . أنها حددت وقت إبداء هذا الدفع بالجلسة الأولى،ولم تحدده ببداية الكلام،مما يوهم بإمكانية إبدائه بعد الخوض في الموضوع،أو إبداء دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول، والنص يحتمل هذا.

ولعل ماسبق الإشارة إليه في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي قد جاء يطابق الترجمة التي عليها نص المادة 2/ 3من اتفاقية نيويورك1958،حيث تنص على أنه:" على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم،وذلك مالم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لاأثر له أو غير قابل للتطبيق"، والمادة 8/ 1من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "الاونسيترال"1985،والتي تنص على أنه:" على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ بيانه الأول في موضوع النزاع،مالم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لايمكن تنفيذه"([1]).

ومن ثم يجب إبداء الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم فى بداية الكلام،قبل الدخول فى الموضوع أو إبداء دفع بعدم القبول الموضوعى،وإلا سقط الحق فى

([1]) أحمد إبراهيم عبد التواب،اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص132.

إبدائه واستقر الوضع صحيحا للمحكمة. فهو من هذه الناحية يشبه الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام.

وعلى ذلك يعد شرط التحكيم لاغيا طالما لم يدفع به في الجلسة الأولى أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة أول درجة،عملا بالمادة5/203من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي. أما إذا تم الاعتراض في تلك الجلسة فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم إعمالا لاتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم،والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه أو ممثله لأول مرة أمام المحكمة،فتكون هناك دعوى انعقدت الخصومة فيها بين طرفيها يتناضلان فيها بإبداء دفوعهما ودفاعهما،ولو كان المشرع يقصد غير ذلك لنص عليه صراحة"([1]).

ويستوي في تحديد الجلسة الأولى على هذا النحو أن يكون الخصم قد عرض دفاعه في موضوع النزاع و لم يعرضه،ذلك أنه من المقرر وفق ماتنص عليه المادة5/203 من قانون الإجراءات المدنية العماني،أنه يجب على الطرف المتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفا إيجابيا،بأن يعترض في الجلسة الأولى على التجاء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق برغم الاتفاق على التحكيم،فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول

([1]) الطعن رقم 23 لسنة 2016 ،س 10 ق. أ،سنة الطعن2016 ،جلسة2016/04/10 10، سنة المكتب التنفيذي10،ص691.

الدعوى،لوجود شرط التحكيم،وإعمالا لاتفاق الخصوم على اللجوء للتحكيم لفض المنازعات بينهم.

والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو ممثله لأول مرة أمام المحكمة،بين طرفيها يتناضلان فيها بإبداء دفاعهما ودفوعهما،ولايغير من ذلك طلب الوكيل أجلا لتحضير دفاعه،أو الجواب على الدعوى ،أو التعقيب على مذكرة قدمها الخصم؛إذ المعول عليه وجوب التمسك بشرط التحكيم في الجلسة الأولى التي

حضرها،سواء عرض الخصم دفاعه في موضوع النزاع أو لم يعرض له([1]).

وتطبيقا لهذا حكمت المحكمة الاتحادية العليا بأنه:" إذا لم يحصل اعتراض من صاحب المصلحة على رفع الدعوى أمام المحكمة ،ويتمسك باتفاق التحكيم في الجلسة الأولى التي يحضر إليها هو أو وكيله،فإن الشرط يعتبر لاغيا،ويجوز للمحكمة أن تسير قدما في نظر النزاع،ولايؤثر في ذلك أن يكون وكيل المطعون ضده الأول قد طلب في تلك الجلسة التأجيل للجواب على الدعوى،ذلك أن المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغيا هو حصول الاعتراض أو عدم حصوله في الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو وكيله لأول مرة أمام المحكمة،بصرف

([1]) الطعن رقم348لسنة4 ق.أ،جلسة10/28/ 2010تجاري،الطعن رقم141لسنة2007،س1،جلسة2007/11/22،الطعن رقم1240لسنة2010 ،تجاري، جلسة 2011/3/30، مجموعة أحكام ومبادئ السنة الخامسة،القاعدةرقم86،ص552.

النظر عن تعرض المدعي عليه لموضوع النزاع أو عدم تعرضه له،باعتبار أن نص المادة203 هو نص خاص بإجراءات التحكيم،مما لايجوز معه الالتجاء إلى الأحكام الخاصة بالدفوع الواردة في الفصل الأول من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية،وقد جاء هذا النص واضحا وجليا ولامحل معه للخروج عليه وتأويله والبحث عن قصد المشرع([1]).

وعلى ذلك إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء. ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم،فإن على المحكمة أن تحكم بعد قبول الدعوى،حال اعتراض الطرف الآخر وإبدائه دفعا بعدم القبول لوجود شرط التحكيم.

ويثار تساؤل حول ما إذا لم يوجد اتفاق تحكيم في الأساس بين الأطراف،ورفعت الدعوى أمام المحكمين على الرغم من عدم صحة رفعها ابتداء،وحضر أحد الخصوم أمام هيئة التحكيم دون أن يدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم ،فإن ذلك يعتبر تنازلا منه عن التمسك بهذا الدفع،وبالتالى يسقط حقه في التمسك ببطلان الحكم أم لا.

في الواقع يرى بعض الفقه أن بدء إجراءات خصومة معينة بشأن عقد لم يتفق أطرافه على اللجوء إلى التحكيم ،وحضر الطرفان أمام هيئة التحكيم دون أن يدفع

([1]) حكم المحكمة الاتحادية العليا،طعن رقم206 لسنة11ق،جلسة12/26/ 1989،ص1012،وحكمها في الطعن رقم5لسنة14ق،عدد1،س14،ص355.

أحدهما بعدم وجود اتفاق التحكيم،فإن حضوره وقيامه بمباشرة الإجراءات يشكل اتفاقا ضمنيا على التحكيم شرط أن يتم إثبات هذا الحضور وقيامه ومباشرة الإجراءات في محضر الجلسة أو في مذكرات متبادلة،وفى هذه الحالة يزول سبب البطلان([1]).

ولن يكتمل الحل فى وضع حد لاتفاق التحكيم وإلزام الأطراف به، إلا إذا جعل هذا الدفع متعلقا بالنظام العام بما يمكن المحكمة على الأقل من إثارته ،وإعمال مضمونه من تلقاء نفسها وبدون حاجة لطلب أو دفع من صاحب المصلحة.

وقد وجهت انتقادات عديدة إلى هذا الاتجاه تتمثل في الآتي:

1 . أن القول بأن الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول ،لأن اتفاق الأطراف على التحكيم يعد تنازلا عن حق الالتجاء إلى القضاء،وبالتإلى فقدان الدعوى شرطا من شروط قبولها هو قول تنقصه الدقة،وذلك لأنه يخلط بين حق الدعوى وهو حق يجوز التنازل عنه . وحق الالتجاء إلى القضاء . وهو حق عام لايجوز التنازل عنه[(2)].

ولاشك أن اتفاق التحكيم لايعد تنازلا عن حق الالتجاء إلى القضاء،وكل مافى الأمر أنه يعد اتفاقا على فض منازعتهم بوسيلة أخرى. والدليل على ذلك أن

([1]) فتحى والى،قانون التحكيم ،المرجع السابق، ص574.

(2)محمود محمد هاشم ،اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية،ص168 ،دار الفكر العربى،1985.

الخصوم قد يلجأون إلى القضاء في حالة تعذر إجراء التحكيم،ولو كان اتفاق التحكيم يعد بمثابة تنازل عن الالتجاء إلى القضاء ماكان باستطاعتهم ذلك وكان على المحكمة أن تقضى بعدم قبول التجائهم إليها[1].

2 . يترتب على تخلف شرط من شروط قبول الدعوى عدم قبولها أمام سائر المحاكم،والأمر غير ذلك عند وجود اتفاق تحكيم،إذ أن هذا الاتفاق يرتب فقط عدم اختصاص المحاكم العادية ،لأنها غير ذات ولاية مادام شرط التحكيم قائما وصحيحا[2].

3 . أن الدفع بعد القبول يجوز إبداؤه في اى حالة تكون عليها الدعوى،وهذا على خلاف الدفع بوجود اتفاق التحكيم،والذى يجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع،وإلا سقط الحق فيه.

(1)محمود محمد هاشم،المرجع السابق، ص167،عاطف بيومى،الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية،ص423،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق جامعة عين شمس،2001.

(2)سعد أبو السعود،الدفع بالتحكيم،مجلة المحاماة المصرية،العدد الثامن السنة الحادية والأربعون،ص1324.

الفرع الثاني

الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص

يرى هذا الرأي أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع شكلي بعدم الاختصاص

وفي هذا الخصوص يقصد بالدفع الشكلى أو الإجرائى[1]: الدفع الذى يتعلق بإجراءات الخصومة ويهدف إلى استصدار حكم ينهى الخصومة دون الفصل فى موضوعها أو يؤدى إلى تأخير الفصل فيه[2]. ومن أمثلة الدفوع الشكلية: الدفع بعدم الاختصاص والدفع بالإحالة والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات "م108مرافعات".

وتخضع الدفوع الإجرائية لعدة قواعد: 1- فمن ناحية: يجب إبداء الدفوع الإجرائية فى بدء النزاع قبل الكلام فى الموضوع أو الدفع بعدم القبول، وقد أكدت هذه القاعدة المادة 1/108مرافعات مصري.

ويترتب على عدم مراعاة ذلك سقوط الحق فى إبداء الدفع الإجرائى. والحكمة من ذلك تكمن فى توفير الوقت والجهد والنفقات، إذ أن إتاحة الفرصة للخصوم

---

(1) يفضل بعض الفقه استعمال تعبير الدفوع الإجرائية عن تعبير الدفوع الشكلية وإن كان هو السائد فقها وعملا، إذ أن بعض هذه الدفوع لا تتعلق بالشكل كالدفع ببطلان الإجراء لتخلف أهلية التقاضى. وقد استخدمت المادة 1/108 مرافعات تعبير الدفوع الإجرائية دون الشكلية. وجدى راغب،مبادئ القضاء المدني،المرجع السابق، ص494 هامش1.

(2) وجدى راغب ،المرجع السابق،ص494. فتحى ،الوسيط،والى ص486 بند 284.

لإبداء دفوعهم الإجرائية فى أية حالة كانت عليها الخصومة يحمل الخصم على الانتظار إلى قرب نهاية الإجراءات للتمسك بالدفع الشكلى، مما يؤدى إلى إضاعة الوقت والجهد والنفقات دون مبرر[1] .

ويمكن تأسيس ذلك على تنازل صاحب المصلحة عما لم يبد من الدفوع الإجرائية[2]. غير أنه يحد من هذه القاعدة ما إذا كان الدفع الإجرائى متعلقا بالنظام العام، فيمكن إبداؤه فى أى حالة كانت عليها الإجراءات. وذلك كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفى أو النوعى أو القيمى.

على أنه يعد كلاما فى الموضوع – يسقط معه إبداء الدفع الإجرائى – إبداء المدعى عليه لدفع أو دفاع موضوعى أو أى طلب يتعلق بالموضوع أو أدلة الموضوع ،كطلب إحالة الدعوى للتحقيق أو لسماع شهود أو طلب الحكم بتزوير السند المقدم من المدعى، ولا يعد كلامًا فى الموضوع طلب التأجيل ما لم يكن متعلقا بالموضوع[3].

2- ومن ناحية ثانية: يجب إبداء جميع الدفوع الإجرائية معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها "م1/108" وبناءً على ذلك لا يستطيع المدعى أن يبدى دفعا بالبطلان لعيب شكلى "كبطلان صحيفة الدعوى" فى جلسة أو فى مذكرة ثم يبدى

---

(1) فتحى والى ،الوسيط،ص487 بند 284.

(2) أحمد أبو الوفا ص213 بند 203، فتحى والى، الوسيط،الإشارة السابقة.

(3) وجدى راغب ،القضاء المدني،ص495، فتحى والى،الوسيط، ص478 وما بعدها بند 284.

دفعًا آخر فى جلسة أخرى أو فى مذكرة أخرى، بل يجب إبداء جميع الدفوع الإجرائية فى جلسة واحدة أو مذكرة واحدة.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بإبداء الدفوع الإجرائية معا حتى ولو لم يكن الخصم قد تكلم فى الموضوع. والحكمة من هذه القاعدة هى تفادى تعطيل الفصل فى القضية بسبب إبداء دفوع شكلية متتالية فى مناسبات متعددة[1]. كذلك يجب إبداء الدفوع الإجرائية المتعلقة بالطعن فى صحيفة الطعن وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

ويحد من إطلاق هذه القاعدة ما إذا كان الدفع الإجرائى متعلقا بالنظام العام، فيمكن إبداؤه فى أى حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[2]. وهو ذات الوضع فيما لو نشأ سبب الدفع الإجرائى بعد الكلام فى الموضوع أو بعد تقديم الدفوع الأخرى أو تقديم صحيفة الطعن إذ يعد المدعى عليه معذورا فى ذلك، غير أنه يجب التمسك بهذا الدفع فور قيام سببه[3].

---

(1) رمزى سيف ،ص379.

(2) ومن الأمثلة على ذلك الدفع بعدم الاختصاص النوعى أو القيمى أو الوظيفى. فالدفع فى هذه الحالة يتعلق بعيب فى الولاية أو فى الاختصاص أو فى الإجراءات، ويجب على القاضى أن يثيره من تلقاء نفسه، فلا يعدو أن يكون تمسك المدعى عليه بهذا العيب أن يكون تنبيها للقاضى للقيام بواجبه، ومن هنا يمكن تبرير استثناء هذه الحالة من القواعد العامة. فتحى والى ،الوسيط،ص490 بند 284.

(3) فتحى والى ،الوسيط،ص490 بند 285 ، أحمد هندى ص477 بند 175.

وإعمالا للقواعد السابقة يرى بعض الفقه[1]. أن أن المشرع لم يحالفه التوفيق في تكييف هذاالدفع على أنه دفع بعدم القبول،إذ يعد هذا الدفع في حقيقته دفعا بعدم الاختصاص. وذلك لأن وجود اتفاق التحكيم بين الخصوم ينزع الاختصاص عن قضاء الدولة ويدخله فى اختصاص هيئة التحكيم.

وقد قضت محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة أبو ظبي بقولها:"من المقرر أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم ليس دفعا موضوعيا،وإنما هو من دفع شكلي من قبيل الدفع بعدم الاختصاص،لأن المقصود منه هو إنكار اختصاص المحاكم بنظر الدعوى لخروجها عن ولايتها".

وكانت محكمة أول درجة قد قضت بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم،وتأيد الحكم في الاستئناف،وطعن في هذا الحكم بطريق النقض،وقضت محكمة النقض بأنه يترتب على بطلان العقد بطلان الشرط الوارد به شرط التحكيم تبعا لذلك،ويبقى الاختصاص في بطلان العقد معقودا للقضاء صاحب الولاية العامة في الفصل في النزاع. وحكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه،وأحالت الدعوى إلى محكمة الاستئناف للفصل فيها ،وإذ قضى الحكم المطعون فيه بإلغاء حكم محكمة أول درجة الذي سبق أن قضي بعدم قبول الدعوي لوجود شرط التحكيم،وباختصاص المحكمة بنظر الدعوى فكان عليه ألا يتصدى لنظر الموضوع

(1)محمود محمد هاشم ،اتفاق التحكيم ،المرجع السابق،ص169، ياسر عبد السلام منصور،وسائل تحديد القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم التي أغفلها القانون، ص32،مجلة التحكيم العربي،العدد الرابع عشر،قانون التنفيذ الجبري ،نجيب احمد عبدالله الجبلي ص ١٢٩،ط ٢٠٠٣-٢٠٠٤م.

وأن يعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين باعتبار أنها لم تستنفد ولايتها في الموضوع ،وإذ تصدت محكمة الاستئناف للموضوع وقضت ببطلان الاتفاقية المؤرخة1999/1/17والمبرمة بين الطاعنة والمطعون ضدها،فإنها تكون فوتت إحدى درجات التقاضي على الخصوم،مع أن مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائي التي لايجوز للمحكمة مخالفته،ولايجوز للخصوم النزول عنه. ومن ثم يكون حكمها قد خالف القانون.وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن [1].كما تبسط المحكمة المختصة بشئون التحكيم . والتى سبق لنا تحديدها . رقابتها على وجود اتفاق التحكيم من عدمه،ومدى صحته،وهي بصدد إصدار الأمر بتنفيذ الحكم من جهة،وعند نظرها دعوى بطلان حكم التحكيم من جهة أخرى.

وقد أوضحت محكمة النقض بدائرة القضاء بإمارة ابو ظبي أنه من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وفي تقدير الأدلة وفي تفسير العقود والاتفاقات وسائر المحررات بما تراه أوفي إلى نية عاقديها وأوفى إلى مقصودهم،مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها،ودون رقابة لمحكمة النقض عليها،

---

(1)الطعن رقم 89 لسنة2008،س2ق أ،جلسة2008/5/29. موقع المحكمة https://www.adjd.gov.ae/AR/judgments/ ،وقارب: حكم محكمة النقض بابو ظبي، طعن رقم380لسنة2016،س10ق.أ، 2016،جلسة 6/ 6 / 10،2016،ص970.

وذلك مادام إنها اقامت قضائها على أسباب سائغة مقبولة ،وتكفي لحمله. وبناء عليه خلصت إلى أنه:" لما كانت محكمة الموضوع قد انتهت في قضائها إلى أن الطاعنة ماهي إلا وكيل خدمات محلي للمطعون ضدها وليست وكيلا تجاريا، وكان الثابت أن الطرفين قد اتفقا على شرط التحكيم بالاتفاقية المؤرخة 2003/10/13، ومن ثم فإنه يعتد بشرط التحكيم ، وينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم،وقضت بعدم قبول الدعوى،وإذ كان هذا الذي خلصت إليه اتفاقية محل النزاع،ومؤيدا إلى النتيجة التى قضي بها من أن حقيقة الاتفاقية ان الطاعنة وكيل خدمات محلي،وليست اتفاقية وكالة تجارية، ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بما سلف لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره من أدلة الدعوى ، وبالتالي فهو غير مقبول[1].

ويترتب على اعتبار الدفع بوجود اتفاق تحكيم دفع بعدم الاختصاص انسحاب أحكام هذا الدفع المقررة فى القوانين الإجرائية عليه،فيجب إبداء هذا الدفع قبل الكلام فى الموضوع،وإلا سقط الحق فيه.

وقد نصت العديد من التشريعات العربية على هذاصراحة،ومن ذلك قانون التحكيم التونسى رقم 42لسنة1993، نصت المادة 19منه على أنه:" إذا رفع أمام المحكمة نزاع منشور أمام هيئة التحكيم بموجب اتفاقية تحكيم فعليها التصريح بعدم

(1)الطعن رقم875لسنة2009،س3ق أ ،جلسة2009/9/10. موقع المحكمة https://www.adjd.gov.ae/AR/judgments

اختصاصها بطلب من أحد الأطراف. وإذا لم يسبق لهيئة التحكيم أن تعهدت بالنزاع فعلى المحكمة أيضا التصريح من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص..."

وقانون التحكيم الموريتانى، حيث نصت المادة19 منه على أنه:" إذا رفع أمام محكمة قضائية نزاع منشور أمام هيئة تحكيم بموجب عقد تحكيم،فعلى المحكمة القضائية التصريح بعدم اختصاصها بناء على طلب أحد الأطراف". وإذا لم يسبق لهيئة التحكيم أن تعهدت بالنزاع ،فعلى المحكمة كذلك التصريح بعدم اختصاصها مالم يكن اتفاق التحكيم واضح البطلان،وفى كلتا الحالتين لايجوز للمحكمة من تلقاء نفسها إثارة عدم الاختصاص".

وقانون التحكيم الكويتى رقم38لسنة1980 ،حيث نصت المادة5/193على أنه:"...ولاتختص المحاكم بنظر المنازعات التى اتفق على التحكيم فى شأنها ويجوز التنازل عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمنا". وتطبيقا لهذا:قرر القضاء الكويتي أن اتفاق الأفراد على طرح الخلاف على جهات التحكيم ،وإن كانت أجنبية لا ينزع منها الاختصاص، إنما يمنعها فقط من سماع الدعوى ،مادام الشرط قائما([1]).

([1]) فاطمة خالد المحسن ،المنازعات النفطية بين القضاء والتحكيم ،مجلة التحكيم والقانون الخليجي، ص39،يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية،العدد التاسع والعشرون – يناير 2016 – ربيع الثاني 1436.

وقانون التحكيم اليمني،حيث نصت المادة 2/١٩ منه على أنه :"إذا تابع الطرفان إجراءات التقاضي أمام المحكمة فيعتبر اتفاق التحكيم كأن لم يكن . فمتابعة الطرفين لإجراءات التقاضي أمام المحكمة من خلال تقديم أحد الاطراف دعوى ضد الطرف الاخر، ورد الطرف الاخر عليها بالإنكار أو بدفع بعدم القبول أو بدفع بالتقادم أو باي دفع شكلي أو موضوعي آخر يعد تنازلا ضمنيا من المدعى عليه عن اتفاق التحكيم،وموافقة على اختصاص المحكمة في نظر النزاع[1].

وقانون المرافعات الفرنسي نص صراحة على فى المادة 1448 على اعتبار الدفع بالتحكيم دفع بعدم الاختصاص. حيث نصت على أنه:"عندما يعرض على قضاء الدولة نزاع ناشئ أبرم بصدده اتفاق تحكيم،فإن المحكمة تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع، في حالة رفع النزاع أمام هيئة التحكيم، مالم يكن اتفاق التحكيم باطلا أو غير قابل للتطبيق بشكل واضح. ولايمكن للمحكمة . في هذه الحالة . أن تثير مسألة الاختصاص من تلقاء نفسها[2].

---

(1)نجيب احمد عبدالله الجبلي ،قانون التنفيذ الجبري،المرجع السابق ،ص129.

(2)يجري نص هذه المادة في الصيغة التالية:

"Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

وقد تعرض هذا الاتجاه أيضا للعديد من الانتقادات منها:1. أن اتفاق التحكيم بشأن نزاع معين لاينزع الاختصاص عن المحكمة،وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى لوجود شرط التحكيم،كما أن وجود شرط التحكيم لايحجب الاختصاص عن المحكمة بصورة كلية،إذ أنه رغم وجود هذا الشرط تختص المحكمة بتقديم يد العون لهيئة التحكيم فى المسائل المتصلة بالنزاع محل الاتفاق[1].

2. ينشئ اتفاق التحكيم التزما سلبيا متبادلا على عاتق كل من طرفيه بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه. وهذا الالتزام هو التزام إرادي، فإذا ما أخل أحد الطرفين به ورفع دعواه إلى القضاء كان للطرف الأخر أن يدفع هذه الدعوى بوجود الاتفاق على التحكيم .غير أن دور القضاء لا يستبعد بصفة نهائية في الخصومة التحكيمية، حيث تظل المحكمة مختصة لتقديم للخصوم المحتكمين أحكاما يتطلبها الفصل في النزاع لسير الإجراءات القانونية، من ذلك إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة . من أجل تنفيذه و إمهاره بالصيغة التنفيذية .فاتفاق التحكيم يترتب عليه عدم جواز رفع الدعوى أمام المحكمة، كما يتعين على المحكمة المختصة بنظر النزاع أن تحكم بعدم قبول الدعوى[2].

(1)أحمد أبو الوفا،عقد التحكيم وإجراءاته،ط2،ص129،منشأة المعارف ،الاسكندرية1974.

(2)أحمد هندي ،تنفيد أحكام المحكمين ، المرجع السابق،ص20 .

3 . الدفع بوجود اتفاق تحكيم ليس دفعا بعدم الاختصاص،لأنه غير متعلق بالاختصاص الولائى أو النوعى أو المحلى،فهو لايدخل ضمن أنواع الاختصاص المعروفة فى قانون الإجراءات المدنية والتجارية[1].

(1)أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم ،المرجع السابق،ص129.

الفرع الثالث

رأينا فى الموضوع

والواقع أنه من خلال العرض السابق للقواعد التي تحكم الدفع بعدم الاختصاص أو بعدم القبول يبدو جليا أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم لايندرج ضمن القواعد التي تحكم كلا الدفعين،فلا يمكن اعتباره دفعا بعدم القبول كما ذهب الرأي الأول،وذلك لأن الدفع بعدم القبول يجوز إبداؤه فى أى حالة كانت عليها الدعوى، فى حين أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم ينبغى التمسك به قبل الكلام فى الموضوع.

كما أن الدفع بعدم القبول يستند إلى تخلف شرط من شروط قبول الدعوى،وهذا قد لايتحقق فى الخصم الذى يذهب إلى القضاء،فقد تتوافر شروط قبول الدعوى فى هذا الخصم رغم وجود اتفاق التحكيم،فقد تكون له مصلحة قانونية شخصية ولم تسقط دعواه ولم يسبق الفصل فيها،فكيف يمكن القول هنا بأن هذا الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع بعدم القبول[1].

وكذلك لايمكن اعتبار الدفع بوجود اتفاق تحكيم دفعا بعدم الاختصاص كما ذهب إلى ذلك الرأي الثاني،لأن القول بذلك يؤدى إلى امتناع الخصوم أو هيئة التحكيم عن العودة إلى المحكمة،وهذا يخالف قانون التحكيم الذى أجاز للخصوم اللجوء إلى المحكمة لطلب اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية أو طلب تعيين محكم ،وأجاز لهيئة التحكيم اللجوء إلى المحكمة لإجبار الشاهد على الحضور أمامها

(1)على سالم، ولاية القضاء على التحكيم،ص198،رسالة دكتوراه،حقوق عين شمس،1997.

وغير ذلك من أوجه الرقابة والمساعدة[1]، كما أنه لايدخل ضمن أنواع الاختصاص المعروفة.

وهذا الخلاف حول طبيعة هذا الدفع قد دفع بعض التشريعات العربية إلى الخلط بينهما،فالمشرع العماني . على سبيل المثال . قد اعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول ،إلا أنه لم يرتب تطبيق الأحكام الخاصة بهذا الدفع عليه،حيث استلزم التمسك بالدفع بوجود اتفاق تحكيم من قبل الخصم قبل الكلام فى الموضوع،وهذا ليس من خصائص الدفع بعدم القبول،إنما هو من قبيل أحكام الدفع بعدم الاختصاص ؛ذلك أن الدفع بعدم القبول يجوز التمسك به فى أى مرحلة من مراحل الدعوى،كما يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها[2].

ولعل الانتقادات التى وجهت إلى الرأيين السابقين هى التى دفعت بعض المشرعين إلى إعادة النظر فى تحديد طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم. فالمشرع الأردنى فى قانون التحكيم الصادر عام1997 كان يعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول، قد عدل عن موقفه فى قانون التحكيم الصادرعام2001، فنص في المادة 12/أعلى أنه:" على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول فى أساس الدعوى...".

(1)عاطف بيومى، الاختصاص بالتحكيم ،المرجع السابق،ص423.

(2) فتحى والى،الوسيط، ص490 بند 285 ، أحمد هندى،المرجع السابق، ص477 بند 175.

ومما تجدر ملاحظته أن اتفاق الاشخاص على التحكيم لا يبعده عن حماية القانون، ولا عن حقه في الالتجاء إلى القضاء، باعتباره حقا من الحقوق التي تتعلق بالنظام العام،ولكن بالاتفاق على التحكيم يمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلا من المحكمة المختصة بنظر النزاع بحيث إذا لم ينفد اتفاق التحكيم لأي سبب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة سيرتها الأولى مرة أخرى.

ولذلك . وانطلاقا من هذه الأحكام الخاصة . يمكن القول بأن الدفع بوجود اتفاق تحكيم،هو دفع لايندرج ضمن الدفوع بعدم القبول أو عدم الاختصاص، لأن هذه التسمية لن تكون مطابقة لأحكام أي من الدفعين،وليس هناك مايمنع من إضافة دفع جديد إلى الدفوع الواردة فى قانون الإجراءت المدنية والتجارية،وهذا الدفع يفضل أن يسمى الدفع بوجود اتفاق تحكيم[1].

ومنعا للخلاف حول طبيعة هذا الدفع،فإنه ينبغي على المشرع التدخل بنص صريح لإدراج هذا الدفع ضمن الدفوع القانونية المعروفة وانطباق أحكامها عليه صراحة منعا للالتباس. ويفضل في هذا الخصوص إدراج هذا الدفع ضمن الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام،بحسبان أنه يحمي مصلحة خاصة،وتمكين صاحب المصلحة من إبداء هذا الدفع في بداية الكلام،شأنه في ذلك شأن الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، اعتدادا بإرادة الخصوم واتفاقهم على الالتجاء

(1)أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص286.

إلى التحكيم كطريق بديل عن القضاء.وأقترح إضافته للدفوع التي عددتها المادة108من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

المبحث الثالث

العيوب التي تلحق اتفاق التحكيم

"انعدام اتفاق التحكيم و بطلانه وسقوطه وتجاوز هيئة التحكيم لحدوده"

تمهيد وتقسيم:نصت المادة 53من قانون التحكيم المصري والعمانى ،وهي بصدد تعدادها للحالات التي يمكن فيها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم،على أنه:" لاتقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية:"أ. إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته". كما أن هيئة التحكيم قد تتخطى وتتجاوز حدود مهمتها المقررة لها بموجب اتفاق التحكيم.فقد تفصل في مسائل لايشملها اتفاق التحكيم،أو قد تتجاوز الشروط الواردة فى اتفاق التحكيم.م53/و.

ويلاحظ أن هذا النص قد جاء بأربعة أسباب لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم،وهى 1. انعدام اتفاق التحكيم"عدم وجود اتفاق تحكيم" . 2. بطلان اتفاق التحكيم. 3. سقوط الاتفاق بانتهاء مدته. ونعالج هذه المسائل ،بالإضافة إلى تجاوز هيئة التحكيم لحدوده، والرقابة القضائية على اتفاق التحكيم،فيما يلي:

المطلب الأول

انعدام اتفاق التحكيم

لما كان وجود اتفاق التحكيم هو الأساس فى اللجوء إلى التحكيم،فإن أي حكم تحكيم يصدر بدون وجود هذا الاتفاق يعد حكما منعدما.ويعد هذا فرضا نادرا،لكنه ليس مستحيل الوقوع. وتفترض هذه الحالة أن أحد الخصوم لجأ إلى التحكيم رغم عدم وجود اتفاق بينه وبين خصمه على فض النزاع عن طريق التحكيم،فقد تتحقق بعض الظروف التى تجعل أحد الخصوم يعتقد بوجود اتفاق تحكيم بشأن نزاع معين،أويتمسك أحد الأطراف بشرط التحكيم الوارد في عقد معين قبل أن يوقع الطرف الآخر عليه [1]، كما هو الحال إذا كان بين الخصوم عدة عقود وكان بعضها يتضمن اتفاق تحكيم،ويلجأ أحد الخصوم إلى التحكيم بشأن عقد لايتضمن شرط التحكيم اعتقادا منه أن شرط التحكيم الوارد فى العقود الأخرى يمتد إلى هذا العقد،وفى هذه الحالة إذا كانت شروط الامتداد غير متوافرة ،فإن حكم التحكيم الصادر بهذا الخصوص يعدحكما باطلا لصدوره دون وجود اتفاق بين الأطراف على التحكيم[2].أوأن تتم الإحالة إلى ورقة أو وثيقة لاتتضمن شرط التحكيم أصلا.أو أن إرادة أحد أطراف الاتفاق لم توافق إرادة الطرف الآخر،كما لو قوبل الايجاب من طرف برفض صريح أو ضمني من الطرف الآخر،حيث يجب أن

(1)عيد محمد القصاص،حكم التحكيم،دراسة تحليلية فى قانون التحكيم المصرى والمقارن،ص374،دار النهضة العربية 2003.

(2)فتحى والى،قانون التحكيم المرجع السابق، ص574.

تكون الإرادة واضحة وصريحة في الدلالة على رغبة الطرفين في الالتجاء إلى التحكيم.

وكذلك الأمر يكون اتفاق التحكيم غير موجود، ومن ثم الحكم الصادر بناء على ذلك ، فيما لو كان بين الخصوم خطابات متبادلة أو خطابات نوايا ،واعتقد أحدهم . على غير الحقيقة . أنها تشكل اتفاق تحكيم فى حين أن المدعى عليه يعتبر أن هذه الأوراق تمثل مجرد مفاوضات بشأن إبرام العقد الأصلى،ولاتصل إلى اتفاق تحكيم ملزم[1].أو كانت صيغة الاتفاق تثير الشك حول حقيقة إرادة الطرفين ،ونظرا لوجود هذا الشك،ولما كان القضاء هو الأصل،فإنه يجب تغليب الأصل على الاستثناء[2].

أو يوجه أحد الأطراف إلى الآخر ايجابا دون أن يصادف قبولا صريحا من الطرف الآخر. وفي هذا الخصوص يثار تساؤل حول ماإذا عرض أحد الأطراف على الآخرشرطا يعرض فيه فض المنازعات فيما بينهما عن طريق التحكيم،بينما لم يتلق ردا من الطرف الآخر ،فهل يعد السكوت في هذه الحالة قبولا؟

(1)فتحى والى،قانون التحكيم المرجع السابق، ص574.

(2)راجع :حكم محكمة النقض المصرية،طعن رقم2186لسنة52ق،جلسة1986/2/6،مجموعة أحكام محكمة النقض،س37،ص178.

.يرى البعض[1] أن السكوت من جانب الطرف الآخرفي هذه الحالة يعد قبولا وينشأ معه الاتفاق على التحكيم إذا انتهت المدة المحددة دون رد من الطرف الآخر.

والحق أننا لسنا مع هذا الرأي، ففي المقابل لماذا لايعتبر السكوت هو بمثابة رفض ضمني للتحكيم،بحسبان أن اتفاق التحكيم لايفترض،وإنما يجب أن يكون صريحا وقاطعا في اتجاه إرادة الطرفين لسلب ولاية القضاء واتجاههم إلى التحكيم لفض نزاعهم،فلايكفي السكوت في هذه الحالة لنشوء الاتفاق[2].

فالتحكيم كما ذهبت إلى ذلك محكمة النقض المصرية،هو طريق استثنائي لفض المنازعات،يقوم على رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية.فإرادة الأطراف هي الت توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي

(1) أحمد الصاوي،التحكيم طبقا للقانون رقم72لسنة1994،وأنظمة التحكيم الدولية،ط2، ص35، 2004.بدون دار نشر.

(2) قارب إلى هذا المعنى حكم محكمة النقض المصرية،طعن رقم607لسنة63ق،جلسة3/27/ 2007.

يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها،فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم[1].

ولأنه يمثل الأساس في نظام التحكيم،فإن إجراء التحكيم في ظل عدم وجود اتفاق عليه يؤدي إلى انعدام حكم التحكيم الصادر فيه،ويوصم مهمة المحكم بالعدم.

ويمكن القول تبريرا لذلك بأن حكم التحكيم الصادر دون وجود اتفاق على التحكيم،يعد خروجا على النظام العام،واعتداء صارخا على القضاء صاحب الاختصاص الأصيل بنظر المنازعة[2]. كما أن صدور حكم التحكيم دون وجود اتفاق على التحكيم يعرض الحكم للبطلان. وإذا مضت مدة الطعن في هذا الحكم فإنه لايمكن تنفيذ هذا الحكم،بحسبان أن القانون يشترط لتنفيذ حكم التحكيم،تقديم طلب بتنفيذ الحكم مرفقا به صورة من اتفاق التحكيم"م2/56 من قانون التحكيم المصري، وهو مالم يوجد في حالة انعدام اتفاق التحكيم.

---

(1)نقض تجاري رقم747،سنة 73،جلسة 3/25/ 2014،ونقض مدني رقم11248،سنة68،جلسة25/ 5/ 2007. موقع محكمة النقض(www.cc.gov.eg) ، وقارب نقض رقم4729،ورقم4730،لسنة 72ق، جلسة22يونيو2004.

(2)محمة استئناف القاهرة،الدائرة91 تجاري،جلسة30/ 5/ 2006، في الدعوى رقم95لسنة122ق، مجلة التحكيم العربي،العدد التاسع،أغسطس2006،ص383، نقض تجاري رقم747،سنة 73،جلسة 3/25/ 2014،ونقض مدني رقم11248 ،سنة68،جلسة25/ 5/ 2007. موقع محكمة النقض(www.cc.gov.eg)،وقارب نقض رقم4729،ورقم4730،لسنة 72ق،جلسة22يونيو2004.

المطلب الثانى

بطلان اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة هو بمثابة عقد ينبغى أن تتوافر فيه الشروط الموضوعي والشكلية اللازمة لانعقاد العقود وهى:الرضا والأهلية والمحل والسبب.

وعليه يكون باطلا اتفاق التحكيم الذى يشوبه عيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه. كما يبطل اتفاق التحكيم إذا كان أحد أطرافه وقت إبرامه فاقدا للأهلية،أما إذا كان أحد أطراف التحكيم ناقص الأهلية،فإن الاتفاق يكون قابلا للإبطال لصالح ناقص الأهلية الذى يمكنه إجازة هذا الاتفاق. ويرجع إلى قانون الجنسية لتحديد أهليته لإبرام اتفاق التحكيم[1].

أما بالنسبة لمحل التحكيم ،فإنه ينبغى أن يكون مما يجوز فيه الصلح. فيبطل الاتفاق إذا تعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو الجنائية أو تلك التى تتعلق بالنظام العام أو سيادة الدولة، كما هو الحال بالنسبة لمسائل الجنسية[2].

وتقديربطلان اتفاق التحكيم ،سواء لسبب يرجع إلى تخلف أحد أركانه الموضوعية أو الشكلية،إنما يتم وفقا للقانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على

(1)محمود لطفى، المرجع السابق،ص202..

(2)محمود لطفى، المرجع السابق،ص202.

اتفاق التحكيم. وفى حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق ،فإنه يطبق قانون دولة مقر التحكيم[1].

كما أن بطلان العقد الأصلى الذى ورد فيه شرط التحكيم لايرتب بطلان شرط التحكيم،إلا إذا كان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم لايقر مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى[2].

ويبطل الاتفاق أيضا فيما لو كان قد أبرم من شخص ليست لديه أهلية إبرام اتفاق التحكيم،كأن يوقع من شخص ليست لديه وكالة خاصة ،حيث تنص المادة (1/702) من القانون المدنى المصري على أنه:"لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.كما تنص المادة 677 من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه:"إذا كانت الوكالة عامة جاز للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات عدا....التحكيم".

كما يكون الاتفاق باطلا إذا تخلفت فيه الشروط الشكلية الخاصة به والتى يستلزمها قانون التحكيم وهى الكتابة وتحديد محل التحكيم إذا تعلق الأمر بمشارطة تحكيم[1].

---

(1)أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم ،المرجع السابق،،ص170 وما بعدها، محمود لطفى، المرجع السابق،ص202.

(2)محمود لطفى، المرجع السابق،ص202.

ولقد نصت المادة 12 من قانون التحكيم العمانى على أنه :"يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا،,إلا كان باطلا..". ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا كان تضمنه محرر وقعه الطرفان،أو إذا تضمنه ماتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. ووفقا لهذا النص ينبغى أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا. فالكتابة ليست شرطا للإثبات،ولكنها للانعقاد،مع ملاحظة أن المشرع العمانى قد توسع فى مفهوم الكتابة،فلم يستلزم أن يكون الاتفاق مكتوبا فى محرر أو مستند تقليدى،حيث يكون الاتفاق صحيحا إذا أبرم بوسائل الاتصال الالكترونية الحديثة،طالما كانت الوسيلة المستخدمة توفر الشكل الكتابى كالفاكس أو البريد الالكترونى. وبالمقابل لايكون الاتفاق صحيحا إذا كانت الوسيلة المستخدمة فى إبرامه غير مكتوبة ،كما هو الحال إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بواسطة التليفون.

وقد نصت المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري و العمانى على شرط خاص بمشارطة التحكيم،وهو ضرورة أن تتضمن المسائل التفصيلية الخاصة بموضوع النزاع،وإلا كانت باطلة،حيث نصت فى فقرتها الثانية على أنه:" ... يجوز أن يقع التحكيم فى شكل شرط تحكيم سابق على قيام النزاع يرد فى عقد معين أو فى شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام

---

(1)فتحى والى،قانون التحكيم المرجع السابق، ص576ومابعدها.

جهة قضائية. وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التى يشملها التحكيم ,وإلا كان الاتفاق باطلا".

وعلى هذا يمكن القول بأن مشارطة التحكيم تختلف عن شرط التحكيم فى أن شرط التحكيم لايشترط لصحته أن تحتوى بنوده على المسائل التفصيلية الخاصة بموضوع النزاع. وهذا أمر منطقى إذ إنه يكون قبل قيام النزاع,أما بالنسبة لمشارطة التحكيم،ونظرا لأن تحريرها يأتى بعد قيام النزاع،فيجب أن تتضمن المسائل التفصيلية،وإلا كانت باطلة.

وفي مرحلة تنفيذ حكم التحكيم ،يترتب على انعدام أهلية أحد أطراف الاتفاق أو عدم صحة الاتفاق إمكانية عدم تنفيذ حكم التحكيم في هذه الحالة[1].

(1) وإذا كان الأمر واضحا في حالة انعدام الاتفاق،إلا أن بعض الفقه يذهب إلى أنه يمكن رفض تنفيذ حكم التحكيم أيضا فيما لو شاب أحد أطراف الاتفاق أيضا نقص في الأهلية. وينتقد اتفاقية نيويورك في هذا الخصوص،حيث تطلبت لرفض التنفيذ فقط انعدام الأهلية. براهيم أحمد،المرجع السابق،ص268،محمد داوود الزغبي، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية،ط1،ص244،دار الثقافة للنشر والتوزيع،2011م .1432هـ.

المطلب الثالث

سقوط اتفاق التحكيم

المقصود بسقوط اتفاق التحكيم: انتهاء مدته، فقد ينشأ اتفاق التحكيم صحيحا بين أطرافه،ولكنه يسقط بانتهاء مدته،ويكون ذلك فى **فرضين:**

1. الفرض الأول:سقوط الاتفاق لانتهاء مدته قبل صدور حكم التحكيم.

ويتحقق هذا الفرض الأول إذا اتفق الأطراف على أن تبدأ إجراءات التحكيم خلال مدة معينة،أو من تاريخ حدوث واقعة معينة. فيترتب على عدم بدء إجراءات التحكيم خلال هذه المدة سقوط اتفاق التحكيم،واسترداد كل من طرفيه الحق فى اللجوء إلى القضاء العادى،كما هو الحال إذا اتفق الأطراف عقد مقاولة على ضرورة اللجوء إلى التحكيم خلال مدة معينة من تاريخ انتهاءالأعمال محل العقد[1].

أو كما لواتفق الطرفان على وجوب تقديم طلب التحكيم خلال مدة معينة من قيام النزاع، أو من تسليم بضاعة معينة . ويسقط الميعاد في هذه الأحوال بانتهاء مدته المحددة في الاتفاق[2].

---

(1)فتحى والى،قانون التحكيم المرجع السابق، ص578،رضا السيد عبد الحميد، مسائل فى التحكيم،ص118. دار النهضة العربية2005.

(2) نبيل عمر،التحكيم،المرجع السابق،ص314،حمزة أحمد حداد،التحكيم في القوانين العربية،ط1،ج1،ص445،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت2007.

غير أنه يحول دون سقوط اتفاق التحكيم في هذا الفرض قيام قوة قاهرة حالت دون تقديم طلب التحكيم خلال الأجل المتفق عليه. فقيام القوة القاهرة من شأنه فقط أن يؤدي إلى وقف سريان المدة دون أن يمس اتفاق التحكيم.

وفي هذا الخصوص قضت محكمة المصرية بأن:"قيام القوة القاهرة لايكون من شأنه إهدار شرط التحكيم المتفق عليه،وإنما كل ما يترتب عليه هو وقف سريان الميعاد المحدد لعرض النزاع على التحكيم إن كان له ميعاد محدد[1].

وللخصم صاحب المصلحة في هذه الحالة التمسك بسقوط مدة الاتفاق أمام هيئة التحكيم التي تنظر النزاع، في صورة دفع تختص بنظره باعتباره متعلقا بأساس التحكيم،وهو الاتفاق[2]، ولها أن تقبله أو ترفضه طبقا لمجريات الأمور أمامها،فإذا رفضت الدفع،فإن الخصم صاحب المصلحة لايجوز له أن يثير هذا الدفع مرة أخرى أمام الهيئة، فإذا فصلت في النزاع بالرغم من انتهاء مدة الاتفاق،فإن حكمها

(1) طعن رقم406لسنة30ق،جلسة17/ 6/ 1965،مجموعة أحكام محكمة النقض،س16،عدد2، 1965، ص780.

(2) تنص المادة (1/22)من قانون التحكيم المصري على أن:"تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

يكون باطلا في هذا الخصوص،ويمكن رفع دعوى ببطلانه أمام المحكمة المختصة[1].

وذهب بعض الفقه[2] في هذا الخصوص إلى أنه حال أن ترفض هيئة التحكيم الدفع،فإنه يمكن للخصم صاحب المصلحة أن يلجأ إلى القضاء،على الرغم من نص المادة 3/22 من قانون التحكيم المصري ،التي تنص على أن:" تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقا للمادة(53) من هذا القانون". فهذا النص وإن كان يحظر على الخصم صاحب المصلحة إثارة الدفع للمرة الثانية أمام هيئة التحكيم،إلا أنه لايمنعه من الالتجاء إلى القضاء في هذا الصدد.

الفرض الثانى: سقوط الاتفاق لانتهاء ميعاد إصدار حكم التحكيم.

---

(1) جاء في حكم مركز القاهرة أن:" لهيئة التحكيم بما لها من هيمنة على الدعوى التحكيمية أن تتصدى من تلقاء نفسها للبحث في اختصاصها من خلال تيقنها من وجود اتفاق للتحكيم ينيط بها ويسبغ عليها ولاية الفصل فيما هو مطروح عليها من نزاع ،كما أنها هي التي تفصل في الدفوع التي تبدى في شأن عدم اختصاصها،أيا كان مبنى هذا الدفع،سواء لعدم وجود اتفاق تحكيم أو لسقوط هذا الاتفاق أو بطلانه أو عدم اندراج موضوع النزاع ضمن اتفاق التحكيم. حكم مركز القاهرة التحكيمي في الدعوى التحكيمية رقم500لسنة2006،جلسة30/ 1/ 2008،مجلة التحكيم العربي، عدد11،يونيو2008،ص232.

(2)انظر:محمود مختارأحمد بريري،التحكيم التجاري الدولي،ط3،ص220،دار النهضة العربية2007.

ويقصد بميعاد إصدار حكم التحكيم :تلك المهلة المحددة لإصدار الحكم التحكيمي والتي تنتهي بانتهائها خصومة التحكيم[1].

فيتحقق إذا صدر حكم التحكيم بعد انقضاء ميعاد التحكيم ،سواء كان هذا الميعاد قد تم تحديده من قبل الأطراف، أو لم يكن هناك اتفاق على هذا الميعاد وطبق النص الخاص بالميعاد فى قانون التحكيم[2].فصدور حكم التحكيم بعد انتهاء المدة المحددة لإصداره يعرضه للبطلان.

على أنه ينبغي العلم بأنه يمكن تمديد مدة اتفاق التحكيم ومدة إصدار حكم التحكيم بناء على مايتفق عليه الأطراف.كما يمكن تطبيق الميعاد الوارد في القانون حال عدم اتفاق الأطراف على مدة معينة لإصدار حكم التحكيم،كما أنه يجوز لهيئة

---

(1) إذا كانت قوانين التحكيم تتفق فيما بينها على تحديد ميعاد معين يصدر فيه حكم التحكيم،إما بناء على اتفاق الخصوم أو بناء على نص القانون حال عدم الاتفاق؛تحقيقا لعامل السرعة الذي يميز خصومة التحكيم عن الخصومة القضائية.إلا أن هذه القوانين تختلف فيما بينها حول هذه المدة. فطبقا م1/45من قانون التحكيم المصري والعماني ، والمادة37/أمن قانون التحكيم الأردني، فإن هذه المدة تترك لتقدير الخصوم،فإن لم يكن هناك اتفاق معين،فإن المدة تقدرباثني عشر شهرا،تبدأ من تاريخ بدء إجراءات التحكيم"، وهذه المدة هي ستة أشهرطبقا للمادة من قانون التحكيم الكويتي،تبدأ من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم . وطبقا للمادة1/773من قانون أصول المحاكمات اللبناني،فإن هذه المدة هي ستة أشهر تبدأ من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته،وطبقا للمادة1463من قانون التحكيم الفرنسي،فإنه إذا لم يحدد الاتفاق المدة، تكون مدة مهمة هيئة التحكيم هي 6 أشهر منذ إحالة النزاع إليها. ويجوز مد المدة المتفق عليها أو المدة القانونية باتفاق الأطراف أو من قبل القاضي المختص.

(2)فتحى والى،قانون التحكيم المرجع السابق، ص578،رضا السيد عبد الحميد، مسائل فى التحكيم،المرجع السابق،ص118.

التحكيم تمديد هذه المدة أيضا ،كما أنه يجوز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي وفقا لنص المادة45 من قانون التحكيم المصري[1].

ويتضح الفرق بين الفرضين الماثلين في أن الفرض الأول مفاده انتهاء المدة المحددة في اتفاق التحكيم للالتجاء إلى التحكيم،وهذه بدورها تؤدي لسقوط اتفاق التحكيم بطريق مباشر؛نظرا لانتهاء مدته المحددة. أما الفرض الثاني فمفاده سقوط اتفاق التحكيم لانتهاء المدة المحددة لإصدار حكم التحكيم بمقتضى الاتفاق أو القانون،وهذه بدورها تؤدي إلى سقوط الاتفاق بطريق غير مباشر. ويتفق الفرضين في النتيجة المترتبة على كل منهما،وهي بطلان حكم التحكيم.

على أنه ينبغي لفت النظر إلى أن شرط التحكيم يختلف عن المشارطة في هذا الخصوص،فشرط التحكيم الوارد في عقد يعد قائما ومرتبا لآثاره مادام العقد قائما،مالم يتفق الأطراف على تحديد مدة معينة لتقديم طلب التحكيم بعد نشأة

(1)تنص هذه المادة على أنه:" 1- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال أثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. 2- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفترة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة(9) من هذا القانون أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

النزاع، وإلا سقط الشرط،ويتحلل الأطراف من مضمون الشرط،ويمكن لأحدهما الالتجاء إلى القضاء لحل النزاع. أما المشارطة التي تبرم في الأساس بعد قيام النزاع، يتفق الأطراف فيها على الموضوعات التفصيلية المتعلقة بالنزاع، وترتب آثارها مالم يقيدها الأطراف بمدة معينة،فتنتهي بانتهاء هذه المدة،مالم يتفق الأطراف على تمديدها، أو يبرمان مشارطة جديدة.

وعلى أية حال،فإنه ينبغى الدفع بسقوط الاتفاق أمام هيئة التحكيم. وتختص الهيئة بالنظر فى هذا الدفع،وذلك إعمالا للمادة 22من قانون التحكيم المصري والعمانى،والتى تنص فى فقرتها الأولى على أنه:" تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع...".

وطبقا للفقرة الثالثة من المادة22 من قانون التحكيم المصري والعمانى، فإنه إذا رفضت هيئة التحكيم الدفع بسقوط اتفاق التحكيم وفصلت فى موضوع النزاع رغم إبداء هذا الدفع،فإن لصاحب المصلحة أن يطعن بالبطلان فى الحكم الصادر منها إذا كان منهيا للخصومة.

وفي هذه الحالات التي يسقط فها اتفاق التحكيم،يكون الأطراف في حل من الالتجاء إلى القضاء ورفع دعوى بالمنازعة التي انتهى الاتفاق بصددها،أو إبرام اتفاق جديد.

المطلب الرابع

تجاوز هيئة التحكيم حدود اتفاق التحكيم

تستمد هيئة التحكيم سلطة الفصل فى النزاع من اتفاق التحكيم،حيث تقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر المنازعات التى تنصرف إليها إرادة المحتكمين،ولذا يجب على هيئة التحكيم الالتزام بنطاق النزاع الذى حدده الأطراف فى اتفاق التحكيم. وعدم الفصل فى مسائل لم يشملها هذا الاتفاق.ولاينطبق عليها في هذه الحالة مبدأ"قاضي الأصل هو قاضي الفرع" بل يجب عليها التزام حدود الاتفاق وعدم الخروج عنه.وهذا هو عين ماتضمنه قانون المرافعات الفرنسي،يستوي أن يكون التحكيم داخليا"م1492/ 3،أو دوليا"م1520/ 3"[(1)].

وتعد هيئة التحكيم قد تجاوزت حدود مهمتها فى صورتين نصت عليهما المادة1/53/و،من قانون التحكيم المصري والعمانى، تتمثل الأولى فى الفصل فى مسائل لايشملها اتفاق التحكيم،والثانية تتناول تجاوز المحكم للشروط الواردة فى اتفاق التحكيم.كما قد يخالف تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءاته اتفاق التحكيم.

---

(1) يجري نص المادة1492/ 3 في الصيغة التالية:

"Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée".

، كما يجري نص المادة 1520/ 3" في الصيغة التالية:"Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée".

أولا:الفصل فى مسائل لايشملها اتفاق التحكيم

إذا فصلت هيئة التحكيم فى مسألة لم يشملها اتفاق التحكيم ،فإن حكمها يكون باطلا،وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن:"تقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر موضوع النزاع الذى تنصرف إليه إرادة المحتكمين،فإذا فصلت فى مسألة لايشملها هذا الموضوع،أو تجاوزت نطاقه،فإن قضائها بشأنه يضحى واردا على غير محل من خصومة التحكيم. وصادرا من جهة لاولاية لها بالفصل فيه؛لدخوله فى اختصاص جهة القضاء صاحبة الولاية العامة بنظره"[1].

وعلى ذلك إذا عرضت على هيئة التحكيم مسألة فرعية يكون الفصل فيها لازما للفصل فى موضوع النزاع المحدد فى اتفاق التحكيم،فيتعين عليها أن توقف الفصل فى موضوع النزاع لحين عرض تلك المسألة على المحكمة المختصة وصدور حكم فيها،وذلك لأن المحكم ليس قاضيا،وبالتالي لاينطبق عليه قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع[2].

وتوضيحا لما سبق :إذا اتفق طرفا عقد معين على فض المنازعات التى تثور بشأن تفسيره بواسطة التحكيم وتجاوزت هيئة التحكيم سلطتها وفصلت فى مسألة

---

(1) طعم رقم 86لسنة70ق،جلسة26/ 11/ 2002، مجلة المحاماة ،العدد الرابع، 2007،ص72،نقض مدني ،طعن رقم1640 لسنة54ق،جلسة 14فبراير1988،مجموعة أحكام محكمة النقض،س39ق،جزء أول يناير1988،ص242.

(2)سميحة القليوبي،دور القضاء المصري في تفعيل التحكيم،المرجع السابق،ص52.

تتعلق بتنفيذه،فإن حكمها يكون باطلا إعمالا لنص المادة 1/53/و من قانون التحكيم المصري والعمانى.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه :"لايمتد نطاق التحكيم إلى عقد آخر لم تنصرف إرادة المتعاقدين إلى فضه عن طريق التحكيم أو إلى اتفاق لاحق مالم يكن بينهما رباط لاينفصم بحيث لايستكمل دون الجمع بينهما اتفاق أو يفض مع الفصل بينهما خلاف"[(1)].

ثانيا: تجاوز حدود اتفاق التحكيم

يترتب على كون التحكيم طريقا استثنائيا لفض المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية ،وسلبا لاختصاص جهات القضاء أن تقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر موضوع النزاع الذي تنصرف إليه إرادة المحتكمين،فإذا فصلت في مسألة لايشملها هذا الموضوع،أو تجاوزت نطاقه،فإن قضائها بشأنه يضحى واردا على غير محل من خصومة التحكيم ([2]).

وقد يكون خروج هيئة التحكيم عن حدود اتفاق التحكيم بسبب عدم تحديد نطاق الاتفاق من جانب أطرافه،تحديدا دقيقا،فيلجأ المحكم لتفسير هذا الاتفاق تفسيرا موسعا يخرجه عن مضمونه.ومن هنا تبرز أهمية تحديد موضوع النزاع الذي يشمله

---

(1)نقض مدني ،طعن رقم1640 ،سابق الإشارة إليه.

([2]) نقض مدني،طعن رقم86لسنة70ق،جلسة26/ 11/ 2002،مجلة المحاماة المصرية،عدد4، 2007،ص72.

اتفاق التحكيم؛حتى يكون الأطراف وهيئة التحكيم كلاهما على بينة من الأمر، فلا يستطيع أحد الأطراف أن يدعي محلا أو يتطرق إلى موضوع آخر لم يشمله الاتفاق،كما لايمكن لهيئة التحكيم هي الأخرى أن تتجاوز هذا النطاق([1]).

وهذا سبب عام مضمونه "تجاوز حدود اتفاق التحكيم"أى مخالفة الشروط الاتفاقية الواردة فى اتفاق التحكيم؛حيث تقتصر مهمة هيئة التحكيم على فض المنازعات التى تثور بشأن المسائل المنصوص عليها فى اتفاق التحكيم، فينبغى عدم تجاوز مضمون الاتفاق والفصل فى مسائل لايشملها اتفاق التحكيم،وإلا كان حكمها باطلا.

وقد قضي بأن التحكيم يقتصر فقط على ماتنصرف إليه إرادة الطرفين،ويتعين عند تفسير العقد فيما يتعلق بالتحكيم التزام الحيطة والحذر،فلايتوسع في التفسير في تحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم،وعليه لايجوز للمحكم أن يقضي بفسخ الشركة أو تصفيتها،إذا كان شرط التحكيم يقصر ولاية المحكم على بحث المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام العقد أو المتعلقة به([2]).

على أنه ينبغي لفت النظر إلى أن الوسيلة التي رصدها القانون لتلافي وإصلاح مخالفة هيئة التحكيم لاتفاق التحكيم،أو خروجها عن مضمونه تكمن في:

([1]) قارب: نقض مدني،طعن رقم4173لسنة61ق،جلسة21/ 6/ 1997،مجموعة أحكام النقض المصرية،س48ق،ج1997،2،ص938.

([2]) نقض مدني،طعن رقم86لسنة70ق،جلسة26/ 11/ 2002سابق الإشارة إليه.

1. يلزم التمسك بمخالفة اتفاق التحكيم أو الخروج عنه،أمام هيئة التحكيم في الميعاد المحدد المتفق عليه ،أو خلال مدة معقولة إذا لم يكن هناك اتفاق عليه،مالم يتعلق الأمر بالنظام العام ([1]).

2. إذا لم يكن في مكنة الأطراف إثارة هذا الأمر أمام هيئة التحكيم ،كما لو لم تظهر المخالفة إلا بعد صدور حكم التحكيم ،أو كان متعلقا بالنظام العام،فإنه يمكن حينئذ رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم نتيجة مخالفة حكم التحكيم للاتفاق أو خروجه عنه، ويلزم التمسك بهذا الدفع من صاحب المصلحة أمام المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان ،فلا تستطيع المحكمة إثارة هذا الأمر من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام([2]).

([1]) نصت المادة8من قانون التحكيم المصري على أنه:" إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الإتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الإتفاق اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض".وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن:" خروج المحكمين في حكمهم عن مشارطة التحكيم يجب أن يتمسك به الخصوم أمام المحكمة،وإلا فلا يكون لها أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم لعد تعلق ذلك بالنظام العام. نقض مدني،طعن رقم 26لسنة12ق،جلسة21/ 1/ 1943،مجموعة القواعد،ج1،ص397.

([2]) قارب:فتحي والي، التحكيم،المرجع السابق،ص587.ويرى البعض أنه حال رفض الدفع بسقوط اتفاق التحكيم من هيئة التحكيم،أوقرارها بتأجيل الفصل فيه،فإنه يمكن لصاحب المصلحة الالتجاء إلى القضاء فورا دون انتظار الحكم المنهي للخصومة أمام هيئة التحكيم. انظر في ذلك: انظر: محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، ص220، دار النهضة العربية 2007. وهذا الفهم يتناقض مع نص المادة3/22،حيث تنص على أنه:" ... تفصل هيئة التحكيم

وتقدير مدى خروج هيئة التحكيم أو مخالفتها لاتفاق التحكيم،يخضع لمطلق السلطة التقديرية للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان لهذا السبب،ولاتتقيد في ذلك بتفسير هيئة التحكيم لحدود اختصاصها،وإنما تفسر الاتفاق حسبما انصرفت إليه إرادة أطرافه وفي ضوء وقائع النزاع التي أثيرت أمام هيئة التحكيم([1]).

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له،فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها" المادة 1/53/و".وذلك إعمالا للقاعدة العامة في بطلان العقود، والواردة في المادة 143من القانون المدني،والتي تنص على أنه:" إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبيّن أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله.

وهذا ما أكدته الفقرة"ج" من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك،والتى نصت على أنه:" يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا كان الحكم فصل فى نزاع غير وارد فى مشارطة التحكيم أو فى عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى

في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقا للمادة(53) من هذا القانون.

([1]) نقض مدني،طعن رقم86لسنة70ق،جلسة26/ 11/ 2002.سابق الإشارة إليه.

به ،ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقى أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

وعليه: لايجوز لهيئة التحكيم إصدار أحكام في مسائل غير معروضة عليها،أو لم يتفق عليها الأطراف.

ومع ذلك تذهب اتفاقية نيويورك إلى حكم هام في هذا الصدد،فتذهب إلى أنه إذا صدر حكم التحكيم متضمنا في بعض أجزائه بعض المسائل التي لم يتفق عليها الأطراف،فإنه . في مرحلة التنفيذ . يجوز تجزئة الحكم ،متى كان ذلك ممكنا،ويمكن للقاضي في هذه الحالة أن يرفض تنفيذ الجزء أو الأجزاء التي تخرج عن نطاق اتفاق التحكيم([1]).

ثالثا:مخالفة تشكيل هئية التحكيم أو إجراءات التحكيم لاتفاق التحكيم

هذه الحالة لاتتعلق باتفاق التحكيم بصفة مباشرة،وإنما تتعلق بخصومة التحكيم،غير أنها علىى أية حال تتعلق باتفاق التحكيم ولو بطريق غير مباشر،حيث لم تراعي ماورد باتفاق التحكيم،أو أنها تمت بالمخالفة له.

([1]) نصت المادة 5 /1 في الفقرة "ج"من هذه الاتفاقية على أنه:"...ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن الفصل عن باقي الأجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق".

وذلك كما لو اتفق الأطراف على اختيار محكم معين بشروط معينة، ولم تتبع هذه الشروط،أواتفقوا على وسيلة معينة لاختياره،ولم تتبع هذه الوسيلة[1].

فإذا صدر حكم التحكيم بهيئة مخالفة لما ورد في اتفاق التحكيم ،أو جاءت إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه أطراف،فإن حكم التحكيم يعد باطلا. ويمكن في هذه الحالة رفع دعوى أمام القضاء ببطلانه،أو الدفع ببطلانه في مسار إجراءات تنفيذه.أما إذا لم يوجد اتفاق أصلا،فإنه يتعين الرجوع إلى قانون البلد الذى تم فيه التحكيم فى حالة عدم وجود هذا الاتفاق.

ومرد ذلك إلى أنه ينبغى الرجوع فيما يتعلق بمسألة تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم إلى اتفاق الأطراف أولا،وفى حالة عدم وجود اتفاق بشأن هاتين المسألتين فيجب الرجوع إلى قانون الدولة التى تم فيها التحكيم.

فإذا كان اتفاق الخصوم بشأن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم يخالف القواعد الواردة فى قانون الدولة التى جرى فيها التحكيم ،فإن الأولوية تكون لاتفاق الخصوم ،حتى ولو ورد فى هذا الاتفاق مايخالف القواعد الآمرة فى قانون دولة مقر التحكيم،وذلك لأن قانون الدولة التى فيها التحكيم يكون له وفقا لأحكام الاتفاقية دوران: الأول احتياطى ويكون فى حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم على قواعد

(1) محكمة التمييز الأردنية،قرار تمييز حقوق رقم 174 لسنة1995،مجلة المحامين،ص1985 عام1995.

محددة تضمن الاتفاق تنظيما لبعض المسائل دون البعض الآخر فيتم اللجوء إلى قانون دولة التحكيم لسد النقص[1].

(1)جمال محمود الكردى،جنسية حكم التحكيم وأثرها فى تحديد مركزه فى الإقليم الوطنى،دار النهضة العربية2007،ص101.

خاتمة البحث

أما وقد وصل البحث نهايته ،فقد حان الوقت للكشف عن نتائجه الأساسية:

في ختام عرضنا لهذا البحث يتضح لنا مدى أهمية اتفاق التحكيم كنواة للتحكيم برمته،وقد توصل الباحث لعدد من النتائج والتصيات على النحو التالي:

أولا: نتائج البحث

1- يعد التحكيم . في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . وسيلة لفض الخصومات بجانب القضاء،بحسبان أنه يقوم على البساطة فى الإجراءات،وسرعة الفصل فى الخصومات.

2. الراجح في فقه الشريعة الإسلامية إلزام اتفاق التحكيم لأطرافه بمجرد إبرامه؛حتى لاتترك فرصة للتحايل على هذا الاتفاق والالتفاف عليه، وفي القانون الوضعي يعد اتفاق التحكيم عقداً من العقود الملزمة للجانبين والتي تتميز بطابع شكلي، ولكي يبرم هذا الاتفاق صحيحاً مستوفياً لكافة شروطه، فإنه يجب أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية لصحة العقود وهي التراضي بمعنى أن يتمتع من يتفق على التحكيم أهلية التصرف وهي بلوغ الشخص الطبيعي ثمانية عشر عاماً، إلى جانب ذلك ركني المحل والسبب، إضافةً إلى أنه ينبغي أن يبرم عقد التحكيم في الشكل الذي رسمه له المشرع، وهو الكتابة كشرط شكلي لازم لصحته.

3 اتفاق التحكيم ينعقد بإحدى ثلاث صور، فالصورة الأولى : تسمى بشرط التحكيم،وهي من الأساليب الشائعة للتعاقد مع المحكمين تبرم قبل نشأة النزاع.أما الصورة الثانية : فهي مشارطة التحكيم ، وتبرم بين الطرفين المتعاقدين بعد نشأة النزاع بينهما، ومن خلال تلك الصورتين يتم تحديد موضوع النّزاع المراد طرحه على التحكيم، والاتفاق على كيفية تعيين هيئة التحكيم، وجنسيات أعضائها، ومكان التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ولغة التحكيم.أما الصورة الأخيرة، فهي شرط التحكيم بالإحالة ، وتتمثل في كل إحالة ترد في عقد معين إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم،كالإحالة إلى عقد نموذجي يتضمن شرط التحكيم.

4 . اتفاق التحكيم . سواء جاء شرطاً في العقد قبل حدوث النزاع (شرط التحكيم)أوجاء بعد حدوث النزاع من خلال اتفاق مستقل(مشارطة التحكيم) . ملزم للطرفين فلا يجوز لأحدهما الاستقلال بفسخه دون الآخر،بل يمكن أن يمتد اتفاق التحكيم إلى الغيرفي بعض حالات استثنائية، عرض البحث لها .

5. يشترط لصحة اتفاق التحكيم باعتباره عقدا إجرائيا،أن تتوافر له شروط : التراضي والأهلية(سواء في ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي) ومشروعية المحل والسبب.بالإضافة لشرط الكتابة. وقد اشترطت قوانين التحكيم العربية كتابة اتفاق التحكيم، وتوسعت في هذا المفهوم،يستوي أن تكون الكتابة تقليدية، أورقمية الكترونية،وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة المكتوبة،التي تتطور بتطور الزمان ،

فتصح صياغة الاتفاق بأية عبارات وبأية ألفاظ، ما دامت قاطعة في دلالتها على اتجاه إرادة أطراف اتفاق التحكيم.

6 . يعد اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي،فلا يتأثر اتفاق التحكيم شرطا أو مشارطة، ولايرتبط بمصير العقد الأصلى،فإذا فسخ العقد الأصلى الذى ورد الشرط ضمن بنوده، أو أبطل ،فإن ذلك لايؤثر على شرط التحكيم ونفاذه ، طالما أن اتفاق التحكيم ذاته كان مستوفيا للأركان والشروط، والعكس صحيح.

7 . التحكيم جائز في الأموال والمعاوضات وما يدخله الصلح.ولامجال للحديث اليوم عن التحكيم فى الحدود والقصاص، وإنما يمكن الحديث عن التحكيم فى الصلح والتعويض وليس العقوبة،إذ العقوبة تعد حقا للمجتمع يناط بولى الأمر"قضاء الدولة" لالغيره القيام به،حتى لاتكون فتنة فى الأرض وفساد كبير. وينحصر اتفاق التحكيم فى المسائل التى يجوز فيها الصلح ولاتتعارض مع النظام العام.

8 . يعد اتفاق الخصوم على التحكيم بصدد نزاع معين بمثابة تنازل عن الالتجاء للقضاء فى خصوص موضوع هذا الاتفاق. ولايجوز الرجوع عن التحكيم الا باتفاق الطرفين. وهذا هو ما تواترت معظم التشريعات الوضعية العربية.والوسيلة الفنية التى رصدها القانون لفرض مضمون هذا الاتفاق هى الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

ويفضل النص صراحة في القوانين الإجرائية وقوانين التحكيم المختلفة صراحة على طبيعة هذا الدفع،وإدراجه ضمن الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام.

ثانيا :التوصيات

يمكن صياغة توصيات البحث بعد استخلاص نتائجه في شكل مواد قانونية، نلفت نظر المشرع إليها لمراعاتها عند تعديل قانون التحكيم،على النحو التالي:

1. اقتراح بتعديل المادة1/13 من قانون التحكيم المصري والعماني،أسوة بالقانون الفرنسي في خصوص نص المادة1448 ، لتتمكن المحكمة من نظر النزاع إذا كان اتفاق التحكيم باطلا.

ويكون النص في الصيغة التالية:" إذا رفعت دعوى أمام المحكمة بشأن نزاع اتفق طرفاه على التحكيم بصدده، فإنها تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع ،إذ كان قد تم رفعه أمام هيئة التحكيم،مالم يكن اتفاق التحكيم باطلا أو غير قابل للتطبيق ،وذلك بناء على دفع من صاحب المصلحة ".

2. اقتراح بأن تعدل قوانين التحكيم العربية،التي تجعل من الكتابة مجرد وسيلة للإثبات ،أن تنص في قوانينها على جعل الكتابة ركن من أركان اتفاق التحكيم.

ويكون النص في الصيغة التالية:" يشترط لصحة اتفاق التحكيم وانعقاده بين أطرافه باعتباره عقدإجرائيا،أن تتوافر له شروط هي : التراضي والأهلية ومشروعية

المحل والسبب،وأن يكون مكتوبا بأي وسيلة كانت،ولايجوز إثباته بغير الكتابة، مالم تدل ظروف الحال دلالة قاطعة على رضاء الأطراف الالتجاء إلى التحكيم.

3. اقتراح بأن تتضمن قوانين التحكيم العربية . قطعا لدابر أي خلاف في هذا الصدد . النص صراحة على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ،فلا يؤثر فيه ولايتأثر به.

ويكون النص في الصيغة التالية:" يعتبر اتفاق التحكيم . أيا كانت صورته . عقدا إجرائيا مستقلا عن العقد الأصلي،لا يتأثركلاهما بالآخر، ،ولايرتبط بمصيره متى كان صحيحا في حد ذاته واستوفى الشروط المعتبرة.

4. اقتراح بالنص على طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم ،وجعله من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام،باعتبار أنه يحمي مصلحة خاصة.وإضافته للدفوع التي عددتها المادة 108 من قانون المرافعات المصري،وسائر القوانين الإجرائية في البلاد العربية.

ويكون النص في الصيغة التالية:" الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان أو بوجود اتفاق تحكيم وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معا قبل إبداء أى طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها فى صحيفة الطعن.

ويجب إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

ويحكم فى هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر المحكمه بضمها الى الموضوع و عندئذ تبين المحكمه ما حكمت به فى كل منها على حدة .

مراجع البحث

المراجع مرتبة بحسب الترتيب الأبجدى لأسماء المؤلفين

أولا: مراجع فى التفسير

1. أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمى الرازى "الملقب بفخر الدين الرازى"، ، مفاتيح الغيب" التفسير الكبير" دار إحياء التراث العربى،بيروت 1420 هـ.

2. محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافرى الاشبيلى المالكى ،أحكام القرآن، مراجعة وتعلق: محمد عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، 1424 هـ 2003 م.

3. محمد بن على بن محمد الشوكانى ،فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر ،بيروت.

4. محمد بن على بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمنى، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب ، دمشق، بيروت1414هـ.

5. على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى، أبو محمد،

ثانيا: مراجع فى الحديث الشريف

6. ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن على بن أحمد الشافعى المصرى ،البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق، مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال،دار الهجرة للنشر والتوزيع ، الرياض،السعودية، 1425هـ2004م.

7. أبو الفضل أحمد بن على بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانى ،التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعى الكبير، دار الكتب العلمية، 1419هـ 1989م.

8. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدى السِّجِسْتانى،سنن أبي داود، المحقق: محمد محيى الدين عبد الحميد،المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت.

9. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على الخراساني، النسائى ،السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبى،أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط،قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ، بيروت،ط1، 1421 هـ 2001 م.

10. محمد أشرف بن أمير بن على بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقى، العظيم آبادى، عون المعبود شرح سنن أبى داود، ومعه حاشية ابن

القيم: تهذيب سنن أبى داود وإيضاح علله ومشكلاته، دار الكتب العلمية ، بيروت،1415 هـ.

ثالثا: مراجع فى الفقه الإسلامى وأصوله

11. أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي،الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعى وهو شرح مختصر المزنى،تحقيق :على محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 1419 هـ 1999م.

12. محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي النجدي ،مختصر الإنصاف والشرح الكبير، تحقيق مجموعةمن العلماء ،مطابع الرياض، الرياض.

13. إبراهيم بن على بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى ،تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ 1986م.

14. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين،المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،1418 هـ1997م.

15. أبو اسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازي،المهذب في فقة الإمام الشافعى، دار الكتب العلمية.

16. أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي،كنز الدقائق،تحقيق:سائد بكداش،دار البشائر الإسلامية، دار السراج، 1432هـ 2011م.

17. أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي،الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعى وهو شرح مختصر المزنى، تحقيق: على محمد معوض،عادل أحمد عبد الموجود،دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 1419 هـ،1999 م .

18. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوى المالكى ، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوى على الشرح الصغير، دار المعارف.

19. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكى الشهير بالقرافى،الذخيرة، دار الغرب الإسلامى،بيروت، 1994 م.

20. أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبى القرطبى الباجى الأندلسى ،المنتقى شرح الموطإ، مطبعة السعادة 1332 هـ.

21. أبو بكر (المشهور بالبكرى) عثمان بن محمد شطا الدمياطى الشافعى،إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوريع، 1418 هـ 1997م ،

22. أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف النووى ،المجموع شرح المهذب "مع تكملة السبكى والمطيعى" دار الفكرج18ص363ومابعدها.

23 . أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)المستدرك على الصحيحين،تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية،بيروت. الطبعة: الأولى، 1411 – 1990.

24. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشى ،البحر المحيط للزركشي، البحر المحيط فى أصول الفقه، دار الكتبى، 1414هـ 1994م.

25. أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسى المحاربى ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق:عبد السلام عبد الشافى محمد،دار الكتب العلمية ،بيروت 1422 هـ .

26. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى ،البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، 1420 هـ 2000 م.

27. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى ،نخب الأفكار في تنقيح مبانى الأخبار في شرح معانى الآثار،

تحقيق:أبو تميم ياسر بن إبراهيم،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،قطر، 1429 هـ 2008 م.

28. تقى الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحرانى ،مجموع الفتاوى، حقيق:عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ1995م.

29. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسى المغربى، المعروف بالحطاب الرُّعينى المالكى ،مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر،1412هـ 1992م.

30. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملى ، نهاية المحتاج نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت،1404هـ1984م.

31. شهاب الدين أبى إسحاق بن إبراهيم عبدالله الهمدانى الحموى المعروف بابن أبى الدم، أدب القضاء، تحقيق محيى هلال السرحان،مطبعة الإرشاد،بغداد 1404هـ 1984م، وتحفة المحتاج ،جـ10ص118.

32. شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكى الشهير بالقرافى ، الذخيرة،أبو العباس دار الغرب الإسلامى،بيروت، 1994م.

33. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين،نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق :عبد العظيم محمود الدّيب،دار المنهاج، 1428هـ.2007

34. عثمان بن على بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفى،تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق و وبهامشه حاشية الشِّلْبِيِّ ،المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، .1313

35. على بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري،مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت، لبنان 1422هـ 2002م.

36. على حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، 1411هـ1991م.

37. قاسم بن عبد الله بن أمير على القونوى الرومى الحنفى ،أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، المحقق: يحيى حسن مراد،دار الكتب العلمية، 2004م1424هـ.

38. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام ، فتح القدير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

39. كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن على الدَّمِيري أبو البقاء الشافعى،النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج (جدة)، 1425هـ 2004.

40. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخى،الفتاوى الهندية، ط2،جـ3ص403،دار الفكر، 1310 هـ.

41. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسى ،المبسوط، جـ21،ص62،دار المعرفة ،بيروت،1414هـ 1993م.

42. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى المالكى، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ .

43. محمد بن عبد الله الخرشي المالكى أبو عبد الله ،شرح مختصر خليل للخرشى، دار الفكر للطباعة ، بيروت،بدون طبعة وبدون تاريخ.

44. محمد بن على بن محمد الحِصْنى المعروف بعلاء الدين الحصكفى الحنفى، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق:عبد المنعم خليل إبراهيم،دار الكتب العلمية، 1423هـ2002م.

45. محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمى النجدى،مختصر الإنصاف والشرح الكبير، تحقيق:عبد العزيز بن زيد الرومى، محمد بلتاجى، سيد حجاب،مطابع الرياض،الرياض.

46. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى الحنبلى، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامى، 1415هـ 1994م.

47. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى،كشاف القناع عن متن الإقناع ، دار الكتب العلمية .

48. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى،الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد ، مؤسسة الرسالة.

رابعا:مراجع حديثة فى الفقه الإسلامى والقضاءوالتحكيم

49 . عادل بن شاهين بن محمد شاهين، رسالة ماجستير،أخذ المال على أعمال القُرَب، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع،1425 هـ 2004 م.

49 . عبدالحميد الأحدب، التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون: التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، طرابلس، .2000

50. عبد الكريم زيدان ،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة1419هـ1998م.

51. قحطان الدورى،عقد التحكيم فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى،ص22، الخلود، بغداد 1405هـ سعيد بن على بن وهب القحطانى.

52. فقه الدعوة في صحيح الإمام البخارى، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد،1421هـ.

53. محمد رأفت عثمان ،النظام القضائى فى الفقه الإسلامى، دار البيان،1415هـ1994م.

خامسا: مراجع فى القانون الوضعى

54 . إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة1997م.

55 . إبراهيم أحمد إبراهيم،اختيار طريق التحكيم ومفهومه،بحث مقدم إلى الدورة العامة إعداد المحكم، بكلية الحقوق ،جامعة عين شمس فى الفترة من 22إلى 27يناير 2000.

56. إبراهيم الأرناؤوط، شرط الكتابة والتحكيم الالكتروني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 49،يناير .2012

57. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائى الخاص ،ج1 ،ج2،منشأة المعارف بدون سنة للنشر.

58 . أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي،دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

59. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به،ط1 ،دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.

60 . أحمد إبراهيم عبد التواب،اتفاق التحكيم ،دار النهضة العربية.2013

61 . أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري،ط5، منشأة المعارف،الاسكندرية.2001

62 . أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف،الاسكندرية،الطبعة الخامسة1988.

63 . أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والإجباري،،ط5، منشأة المعارف،الاسكندرية.2004

64 . أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري والإجباري،ط4 ،منشأة المعارف،الاسكندرية1983.

65 . أحمد أبو الوفا،عقد التحكيم وإجراءاته،ط2، ،منشأة المعارف،الاسكندرية.1974

66 . أحمد السيد الصاوي، " التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 و أنظمة التحكيم العربية"، دار النهضة العربية، ط 2 ، 2004 .

67 . أحمد السيد صاوى،الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم27لسنة1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية ،2010.

68 . أحمد السيد صاوي،الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه ،رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة.1971

69 . أحمد الصاوي،التحكيم طبقا للقانون رقم72لسنة1994،وأنظمة التحكيم الدولية،ط2، 2004.بدون دار نشر.

70 . أحمد بشير الشرايري،بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض(التمييز) عليه،رسالة دكتوراه، ط1،ص53 معهد البحوث والدراسات العربية،مصر1432هـ . 2011م.

71 . أحمد حداد، دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن،ط1،ط 2015 .

72 . أحمد خليل، ، قواعد التحكيم ،منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان2003.

73 . أحمد شرف الدين،الاختصاص بنظر بطلان اتفاق التحكيم أثناء جريان التحكيم،مجلة التحكيم العربي،العدد الرابع عشر.

74 . أحمد شرف الدين،الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم،.2007

75 . أحمد صدقي محمود، دورالكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية،القاهرة، الطبعة الأولى، 2004م.

76 . أحمد عبد الكريم سلامة، " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية . دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، 2006.

77 . أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي ، والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة2004 .

78 . أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية ،دار النهضة العربية،2000.

79 . أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة وفقا لآراء الفقه وأحكام القضاء، وهيئات التحكيم العربية والدولية دار النهضة العربية ، ط3، ط 2005.

80 . أحمد محمد محرز، الوسيط في القانون التجاري،ط2 ،منشأة المعارف،الاسكندرية .2004

81 . أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، .2001

82 . أحمد مخلوف،اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية،ط2، طبعة2005.

83 . أحمد مسلم، أصول المرافعات ،دار الفكر العربي.1971

84 . أحمد نبيل سليمان طبوشة،النظام القانوني لاتفاق التحكيم ط2011 .

85 . أحمد نشأت، رسالة الإثبات، دار الفكر العربية، ج2 ، 1972.

86 . أحمد هندى ،أصول قانون المرافعات،دار الجامعة الجديدة.2002

87 . أحمد هندي،تنفيد أحكام المحكمين ،دار الجامعية الجديدة،2001.

88 . آمال أحمد الفزايري،دور قضاء الدول في تحقيق فاعلية التحكيم،ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية،دون سنة للنشر.

89 . آمال كيلاني،التقاضي في عقد النقل النهري،رسالة دكتوراه،ط1ص270،مطبعة الرسالة،طنطا2001.

90 . باسمة لطفى دباس،شروط اتفاق التحكيم وأثاره،ص367،دار النهضة العربية،2006.

91. بشار جميل عبد الهادي،التحكيم في المنازعات العقود الإدارية،ط1 ص20ومابعدها،دار وائل للنشر،عمان،الأردن،2005

92 . بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الأجنبية ص321،دار الجامعة الجديدة،.2007

93 . التحكيم التجاري متعدد الأطراف،ص26،دار النهضة العربية،.2007

94 . جابر جاد نصار،التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة،الكتاب الأول،دار النهضة العربية2001.

95 . حسين مصطفى فتحي، المبادئ القانونية المستنبطة من أحكام التحكيم،مجلة التحكيم العربي،العدد التاسع.

96 . حفيظه السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. ، 2003 .

97 . حفيظه السيدالحداد، ، الاتجاهات المعاصرة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1996.

98 . حفيظه السيدالحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم،دار الفكر الجامعى،الاسكندرية.2001

99 . حمدالله محمد حمدالله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية،دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

100 . حمزة أحمد حداد،التحكيم في القوانين العربية،ط1،ج1، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت.2007

101. خالد الدخيل ، التحكيم في النظام السعودي علي ضوء الفقه الاسلامي،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية بالرياض .

102 . خالد سعد زغلول حلمي ، إبراهيم الحمود ، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية. ط2، الكويت.2000

103 . رضا عبيد،شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية،كلية الحقوق،جامعة أسيوط،العدد السادس، ص193، يونيو.1984

104 . رضا وهدان،انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص،ط1 ، دار الجامعة الجديدة1999.

105 . رضوان عبيدات،الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفق أحكام القانون الأردني والمقارن، دراسات،علوم الشريعة والقانون، المجلد 38،العدد2، 2011.

106 . سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.منشأة المعارف،الاسكندرية 1984ص 108.

107 . سعد أبو السعود،الدفع بالتحكيم،مجلة المحاماة المصرية،العدد الثامن السنة الحادية والأربعون.

108 . سليم رستم باز،شرح المجلة،ط3،ص1163،داراإحياء التراث العربي،1305هـ.

109. سميحة القليوبي: اتفاق التحكيم، سنة 2010، علي الموقع repository.nauss.edu

110. سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة بعنوان التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات،عقد في الشارقة،دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 4 . 7 ديسمبر .2005

111. سميحة القليوبي،دور القضاء المصري في تفعيل اتفاق التحكيم،مجلة التحكيم العربي،العدد الرابع عشر .

112. الشهابي إبراهيم الشرقاوي،نحو مفهوم حديث لمبدأ «ا ستقلال اتفاق التحكيم »محاولة ترسيخ مفهوم حديث للمبدأ في ضوء أحكام القضاء،مجلة التحكيم والقانون الخليجي،يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية العدد السابع والعشرون – يونيو 2015– رمضان 1436

113 . صفاء العيساوي،التحكيم متعدد الأطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، على الموقع: www.iasj.net/iasj

114. طه أبو الخير، حرية الدفاع ، منشأة المعارف ،الاسكندرية .

115. عاشور مبروك،النظام الإجرائي لخصومة التحكيم،ط2،دار الفكر العربي2011.

116. عاشور مبروك،النظام الإجرائي لخصومة التحكيم،ط2،ص435،دارالفكر العربي.2011

117. عاطف الفقي، التحكيم في المانزعات البحرية،ص147،دار النهضة العربية .2003

118. عاطف الفقي، النقل البحري للبضائع،ص195،دار النهضة العربية.2008

119 . عاطف بيومى،الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق جامعة عين شمس،.2001

120. عباس العبودي،شرح أحكام قانون المرافعات المدنية،ص350،دار الكتب للطباعة والنشر ،الموصل2000،

121. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية،منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1988م.

122. عبد الرازق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام،ج1 بند145ص222ومابعدها،تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي،مؤسسة الأمل بالتعاون مع نقابة المحامين المصريين.2007

123. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،مصادر الالتزام،ج1،دار إحياء التراث العربي.

124. عبد الرزاق فرج السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت،(بدون تاريخ)

125. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون(دون طبعة وتاريخ نشر)

126. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية،القاهرة، 1984م.

127 . عبد المنعم زمزم،قانون التحكيم الالكتروني،ص16،دار النهضة العربية1430هـ ،2009م.

128. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، في قانون المرافعات، دار الفكرالعربي،القاهرة، 1984م.

129. عزمي عبد الفتاح،قانون التحكيم الكويتي،ط1،ص136،مطبوعات جامعة الكويت.1990

130. على سالم،ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه،حقوق عين شمس،1997.

131. علي بن عبدالله بن محمد الهنائي،الاتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال العقود الإدارية،ورقة عمل مقدَّمة ضمن فعاليات المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم الإدارية العربية المنعقد بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بالعاصمة اللبنانية بيـروت خلال الفتـرة: من 21 إلى 2017/8/23م

132. علي يونس، الشركات التجارية . الشركة المساهمة، دار الفكر العربي،القاهرة،(بدون تاريخ)

133. فاطمة خالد المحسن ،المنازعات النفطية بين القضاء والتحكيم ،مجلة التحكيم والقانون الخليجي، يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية،العدد التاسع والعشرون – يناير 2016 – ربيع الثاني 1436.

134. فايز رضوان،اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،مجلة الأمن والقانون،العدد الأول ،س15 يناير 2007 .

135. فايز نعيم رضوان،اتفاق التحكيم،مجلة الأمن والقانون،تصدرها أكاديمية شرطة دبي،السنة15،العدد الأول يناير.2002

136. فايزعبدالله الكندري،مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير،مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق،جامعة عين شمس،العدد الثاني، السنة42،يوليو2000

137. فتحى والى،الوسيط فى قانون القضاء المدنى ،دار النهضة العربية 1993.

138. فتحى وإلى،الوسيط فى قانون القضاء المدنى ،دار النهضة العربية2001.

139. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة.2007

140. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،ط1، منشأة المعارف،الإسكندرية، 2007م.

141. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 1997.

142. فوزي محمد سامي،التحكيم التجاري الدولي، ط1،دار الثقافة،عمان.2012

143. محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري، ط1، الجزء الأول، دار نشر الثقافة، الاسكندرية.1951

144. محسن شفيق،التحكيم التجاري الدولي،ط1 ،دار النهضة العربة.1997

145. محمد العشماوى، وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن جـ 2، .1958

146. محمد بن عبد الفتاح ترك،شرط التحكيم بالإحالة،ص230،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية.2006

147. محمد بن ناصر بن محمد البجاد،التحكيم في المملكة العربية السعودية،ص51،مركز البحوث والدراسات الإدارية،الرياض.1999

148. محمد داوود الزغبي، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2011م .1432هـ.

149. محمد سامي الشوا، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"مقدم لمؤتمر" التحكيم التجاري الدولي" عقدته جامعة الإمارات خلال الفترة 28:30 أبريل 2008، المجلد الأول،ص.143

150. محمد طلعت،الغير في خصومة التحكيم، سنة 2012،على الموقع: mm-talaat-sh.blogspot.com

151. محمد عبد الرؤوف،المستحدث من أحكام محكمة النقض والاستئناف في مسائل التحكيم، مجلة التحكيم العربي،العدد الرابع عشر.

152. محمد عبد الفتاح ترك،التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة2005،

153. محمد عثمان شبير،حجية الحكم التحكيمي في الفقه الإسلامي،مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، عدد61، س20، ص93،جامعة الكويت 2005 .

154. عيد القصاص،حكم التحكيم،ط2، ص18،دار النهضة العربية.2007

155. محمود السيد االتحيوي،اتفاق التحكيم وقواعده، ط1،منشأة المعارف،الاسكندرية.2003

156. محمود السيد التحيوي، اركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكرالجامعي، الإسكندرية، 2008م.

157. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية.2011

158. محمود عمر: إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرامات "دراسة مقارنة"على الموقع: www.gcac.biz .

159. محمود لطفى محمود عبد العزيز،الوجيز فى قانون التحكيم العمانى ،دار الكتاب الجامعى2017.

160. محمود محمد هاشم ،اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية، ،دار الفكر العربى،1985

161. محمود محمد هاشم ،النظرية العامة للتحكيم ،دار الفكر العربي بالقاهرة 1990.

162. محمود مختارأحمد بريري،التحكيم التجاري الدولي،ط3، دار النهضة العربية2007.

163. محمود مصطفى يونس،المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية2009.

164. محمود هاشم،النظرية العامة للتحكيم،ط1،ج1ص 67،دار الفكر العربي.2009

165. مصطفى الجمال ،وعكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

166. مصطفى كمال طه، القانون التجاري "الشركات التجارية"،دار الجامعة الجديدة 1996.

167. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية1986.

168. منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.

169. مها عبد الرحمن الخواجا،امتداد أثر التحكيم إلى الغير، جامعة الشرق الأوسط،2012/ .2013.

170. نادية محمد عوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

171 . ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، ط.1 دار النهضة العربية، ، 1996.

172 . ناريمان عبد القادر،اتفاق التحكيم،ط1، ص205،دار النهضة العربية.1996

173. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المددنية والتجارية،ط3، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية2010.

174. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م

175. نجيب احمد عبدالله الجبلي ،قانون التنفيذ الجبري ط ٢٠٠٣-٢٠٠٤م.

176. هدى مجدي،ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم،دار النهضة العربية.2006

177. هشام بشير ،إبراهيم عبد ربه إبراهيم،التحكيم الالكتروني،ص16،دار الكتب والدراسات العربية.2019

178. وجدى راغب ، مبادئ القضاء المدنى ، دار النهضة العربية 2001

179. وجدى راغب،النظرية العامة للعمل القضائى، منشأة المعارف،الاسكندرية.1974

180. الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية،ط1،ص144ومابعدها،دار النهضة العربية1431هـ 2010م

181. ياسر عبد السلام منصور،وسائل تحديد القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم التي أغفلها القانون، مجلة التحكيم العربي،العدد الرابع عشر.

182. يزيد أنيس نصير،التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن،مجلة **183.** الحقوق،تصدرها جامعة الكويت، عدد4، السنة27، ديسمبر 2003.

سادسا: مراجع لغوية

184 . سعدي أبو حبيب،القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر. دمشق،سورية، 1408هـ 1988 م.

185. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى.القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة،بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،1426 هـ 2005 م.

186. محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروى، أبو منصور ، محمد عوض مرعب،تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربى، بيروت، 2001م.

187. محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصارى الرويفعى الإفريقى ،لسان العرب، دار صادر ،بيروت1414 هـ،

188 . محمد رواس قلعجى ،حامد صادق قنيبى ،معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، 1408 هـ 1988 م .

سابعا: مراجع فى التاريخ

189 . أبو القاسم على بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر،تاريخ دمشق، تحقيق.

190 . عمرو بن غرامة العمروى،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،1415هـ 1995م.

191 . حسين بن محمد بن الحسن الدِّيار بَكْرى، تاريخ الخميس في أحوال أنفس النفيس، دار صادر ،بيروت.

192 . عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطى ،تاريخ الخلفاء، تحقيق:حمدي الدمرداش مكتبة نزار مصطفى الباز، 1425هـ2004م.

193 . عبد الرحمن بن محمد بن خلدون ،مقدمة ابن خلدون، تحقيق على عبد الواحد وافى،مكتبة الأسرة2006.

ثامنا:الدوريات والقوانين ومجموعات الأحكام

194 . قانون التحكيم الجديد رقم (6) لسنة 2018

195 . قانون التحكيم العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم47 لسنة 97.

196 . قانون التحكيم المصرى رقم 27 لسنة .1994

197 . قانون التحكيم المغربي رقم08.05بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

198 . القانون المدني المصري

199 . قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 29لسنة.2013

200 . مجلة التحكيم العربي،مجلة فصلية ،مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

201 . مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة.

202 . مجلة المحاماة المصرية،العدد الثامن السنة الحادية والأربعون.

203 . مجموعة الأحكام التى تصدرها محكمة النقض المصرية،مجموعة المكتب الفنى،جمهورية مصر العربية.

204 الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية،الكويت،1404 – 1427 هـ.

205 . نظام التحكيم السعودى الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/34بتاريخ143/5/24.

206 . مجلة التحكيم والقانون الخليجي ،يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية العدد السابع والعشرون – يونيو 2015– رمضان .1436

207 . مجلة المحاماة،تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية.

208 . مجلة التحكيم والقانون الخليجي،يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية،العدد التاسع والعشرون – يناير 2016 – ربيع الثاني 1436.

209.Code de procédure civile français

تاسعا: مواقع وروابط على الانترنت

210. http://mm-talaat-sh.blogspot.com .

211. mm-talaat-sh.blogspot.com.

212. www.facebook.com/permalink.php .

213. repository.nauss.edu.

214. aleyarbitration.blogspot.com/2010.

215. https://www.cc.gov.eg/civil_inquiry .

216. adjd.gov.ae/AR/judgmen.https://www .

217. http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/RuleViewer.jspx.