انعكاسات مبادئ المحكمة الدستورية العليا
علي أحكام التحكيم التجاري

إعداد
د/ مروة محمد محمد عبدالحميد العيسوي
أستاذ القانون التجاري المساعد
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة القصيم

بسم الله الرحمن الرحيم

عندما يطرح التساؤل عن دور القضاء بشأن التحكيم ينصرف الذهن على الفور – وفي الغالب الأعم – إلى دور القضاء العادى بشأن التحكيم دون القضاء الدستورى على الرغم من الدور الأساسى والهام الذي يباشره قضاء المحكمة الدستورية العليا في هذا الخصوص.

وينحصر دور القضاء العادى في التطبيق المجرد للقانون؛ إذ لهذا القضاء – طبقاً للقانون – دور مساعد ومعاون للتحكيم حتى يتولى تعيين المحكمين نيابة عن الأطراف الرافضين لممارسة هذا الحق، وحين يتولى المساعدة في حصول هيئات التحكيم على الأدلة في الدعوى التحكيمية المطروحة وحين تجبر محاكم الدولة الشهود على الحضور أمام هيئات التحكيم.

وللقضاء دور مواز لدور هيئات التحكيم حين يمارس القضاة اختصاص إصدار الأوامر التحفظية في قضايا تحكيمية معينة إلى جانب اختصاص هيئات التحكيم بإصدار مثل هذه الأوامر.

وللقضاء العادى الدور الأهم والبارز، وهو الدور الرقابي حين تنظر دعاوى بطلان أحكام التحكيم وكذلك عند تنفيذ أحكام التحكيم(١).

وإذا كان التحكيم بهذه الصورة يتم من البداية إلى النهاية تحت مظلة القضاء العادى، فإنه من خلال الدور الرقابي للتحكيم يتمكن القضاء من فرض الضمانات الأساسية التي تحقق عدالة الفصل في المنازعات وتضمن حقوق الدفاع والمواجهة وأن تسير كامل الإجراءات على النحو المحدد بالقانون.

إلا أن التحدث عن دور القضاء الدستورى بشأن التحكيم، فإن ذلك يعنى ضرورة إبراز دور أساسى وبالغ الأهمية لهذا النوع من القضاء بشأن التحكيم، فهو الذي يضع ويضمن قيام التحكيم على أسس دستورية سليمة نابعاً من المبادئ الأساسية لنظام التحكيم، ومنها مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، ومبدأ المساواة، ومدى دستورية مبدأ التقاضى على درجتين، بالإضافة إلى إبراز

(١) يراعى أن ذلك الموضوع سيكون محل بحث لاحق من جانب الباحثة.

الضمانات التي وضعها الدستور لحماية حقوق أطراف الدعوى التحكيمية، هذا إلى ان القضاء الدستورى قد أرسى قواعد باتت منهاجاً في تفسير وإرساء مبادئ راسخة تكمل التشريعات وتفسير النصوص، وكذلك تقويم الأعوار والعيوب التي تشوب بعض النصوص التشريعية عن طريق الحكم بعدم دستوريتها وضرورة تدخل المشرع لإجراء التعديل التشريعى بما يتفق وحكم المحكمة الدستورية العليا.

وقد حرصت الباحثة من هذا المنطلق لا تغفل في ضرورة إبراز الدور المبدع والفعال للقضاء الدستورى المصري في هذا الخصوص. ومن ثم، يتم تناول موضوع ذلك المبحث من خلال هذين المطلبين التاليين:

مطلب أول: دور القضاء الدستورى إزاء المبادئ الأساسية لنظام التحكيم

ويتم تناول موضوع ذلك المطلب من خلال الفروع الأربعة الآتية:

فرع أول: مبدأ سلطان الإرادة من منظور المحكمة الدستورية العليا

يتم تناول مبدأ سلطان الإرادة من خلال بعض الجوانب القانونية من منظور الأحكام الصادرة في هذا الشأن من المحكمة الدستورية العليا، وذلك على النحو التالي:

أولاً: حق الاختيار بين الالتجاء إلى قضاء الدولة أو نظام التحكيم لفض المنازعات

تتضمن الدساتير الحديثة بوجه عام وواضح النص على ضمانة أساسية لكل ذى شأن تتعلق بحقه في الالتجاء إلى القضاء وإلى محاكم الدولة لإنصافه إذا وقع عدوان من أى نوع من حقوقه، وتضمن التجاءه إلى قاضيه الطبيعى لرفع ما وقع من عدوان عليه[1]، إذ قضت المحكمة الدستورية العليا – في هذا الصدد – إلى أن: " الالتزام الملقى على عاتق الدولة وفقاً لنص المادة الثامنة والستين من دستور ١٩٧١

(١) تنص المادة (٩٧) – في إطار بعض العبارات أمعن في الدلالة في هذا الشأن – من الدستور المصرى الجديد (٢٠١٤) على أن: " التقاضى حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضى، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعى، والمحاكم الاستثنائية محظورة".

يقتضيها أن توفر لكل فرد – وطنياً كان أم أجنبياً – نفاذاً ميسراً إلى محاكمها بالإضافة إلى الحماية الواجبة للحقوق المقررة بتشريعاتها، وبمراعاة الضمانات الأساسية اللازمة لإدارة العدالة إدارة فعالة وفقاً لمستوياتها في الدول المتحضرة. متى كان ذلك، وكانت الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص القانونية يلازمها بالضرورة – ومن أجل إقتضاتها – طلب الحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع لها باعتبار أن مجرد النفاذ إلى القضاء في ذاته لا يعتبر كافياً لضمانها، وإنما يتعين أن يقترن هذا النفاذ دوماً بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة من العدوان عليها، وبوجه خاص ما يتخذ منها صورة الأشكال الإجرائية المعقدة كى توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يقوم على حيدة المحكمة واستقلالها، ويضمن عدم استخدام التنظيم القضائى كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها أو للتحامل عليها، وكانت هذه التسوية هى التي يعمد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يطلبها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، فإن هذه الترضية – وبافتراض مشروعيتها واتساقها مع أحكام الدستور – تندمج في الحق في التقاضى، وتعتبر من متمماته لارتباطها بالغاية النهائية المقصودة منه برابطة وثيقة. وآية ذلك أن الخصومة القضائية لا تقام للدفاع عن مصلحة نظرية لا تتمخض عنها فائدة عملية، ولكن غايتها طلب منفعة يقرها القانون، وتحدد على ضوئها حقيقة المسألة المتنازع عليها بين أطرافها وحكم القانون بشأنها، وذلك هو ما أكدته هذه المحكمة بما جرى عليه قضاؤها من أن الدستور أفصح بنص المادة الثامنة والستين منه عن ضمان حق التقاضى كمبدأ دستورى أصيل مردداً بذلك ما قررته الدساتير السابقة ضمناً من كفالة هذا الحق لكل فرد – وطنياً كان أو أجنبياً – باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، ورد العدالة عليها"[1].

كما حرصت المحكمة الدستورية العليا – في إطار إبراز تبلور الطبيعة الرضائية للتحكيم تطوراً تاريخياً، حيث ظل التحكيم على امتداده عملاً إرادياً – فإنه لأهمية ما سرده قضاء المحكمة الدستورية بشأن ترسيخ مبدأ سلطان الإرادة، فإن

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣، القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية"، منشور في الجزء الخامس – المجلد الثاني الصادر عن المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٢ حتى آخر يونيو ١٩٩٣)، ص ١٥٠ إلى ص ١٧٢.

الباحثة تحرص على ذكر بعض المقتطفات مما جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية في هذا الخصوص، وذلك على النحو التالى:

- " لا تنافى الأحكام التي أتى بها قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، التنظيم المقارن، بل يظاهرها، ويقوم إلى جوارها، ولاسيما بالنسبة إلى ما كان من صورة دولياً. ومرجعها بوجه خاص إلى القانون النموذجى للتحكيم التجاري الدولى الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى في ٢١ يونيو ١٩٨٥. فقد نص هذا القانون على أن المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية محددة بين طرفين، أو التي يمكن أن تتولد عنها، يجوز بناء اتفاق إحالتها إلى محكمين سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في شكل اتفاق منفصل ..."[١].
- " وانبثاق التحكيم عن الاتفاق باعتباره مصدر وجوده، وهو القاعدة التي تبنتها الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي (٢١ يونية ١٩٦١)، وذلك فيما نصت عليه من أحكامها في شأن كل اتفاق يتغيا تسوية نزاع قائم أو محتمل يرتبط بالتجارة الدولية، ويكون مبرماً بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين ..."[٢].
- " وهذه القاعدة ذاتها هى التي رددتها اتفاقية نيويورك (١٠ يونيو ١٩٥٨) التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى في شأن تقيد الدول – كل في نطاق إقليمها، وفي مجال اعترافها بقرارات المحكمين وتنفيذها – بالاتفاق الكتابى الذي يتعهد الأطراف فيه بعرض نزاعاتهم – ما كان منها قائماً أو محتملاً – على التحكيم ..."[٣].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" منشور في الجزء السادس الصادر من المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٣ حتى آخر يونيو ١٩٩٥)، ص ٤١٩.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، سابق الإشارة إليه، ص ٤١٩.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، سابق الإشارة إليه، ص ٤٢٠.
يراعى أن اتفاقية نيويورك سيتم تناولها بقدر من التفصيل في إطار دور القضاء الرقابي إزاء تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

- " وأصداء هذه القاعدة تعكسها كذلك، الاتفاقية المبرمة فيما بين الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية [٣٠ يناير ١٩٧٥] بإعلانها صحة كل اتفاق يتعهد بمقتضاه طرفان أو أكثر بعرض نزاعاتهم الحالية – أو ما يظهر مستقبلاً منها – على محكمين ..."(١).
- " كذلك تقرر القوانين الوطنية في عدد من الدول، أن الاتفاق مصدر للتحكيم. فقد عقد قانون المرافعات المدنية الفرنسى عدة فصول ضمنها كتابه الرابع منظمة بها شرط التحكيم واتفاق التحكيم، ومحدداً القواعد التي تجمعهما ..."(٢).
- كما جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية: " كذلك عدل القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٩٣ الصادر في رومانيا – بعد زوال التأثير الشيوعى من تنظيماتها القانونية – أحكام الباب السابع من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، متبيناً نظاماً للتحكيم يخول الأشخاص حرية فيه لتسوية نزاعاتهم، ومقرراً كذلك أن التحكيم لا يتم إلا بمقتضى اتفاق يدون كتابة، وأن هذا الاتفاق إما أن يكون تفاهماً قائماً بذاته بين طرفين لمواجهة نزاع شجر بينهما بالفعل Compromise وإما أن يكون متخذاً شكل شرط بالتحكيم – Copromissory Clause مندمجاً في عقد نافذ بين الطرفين المتنازعين، ويستقل في صحته عن العقد الذي يتضمنه، على أن يتناول هذا الشرط تخويل المحكمين فض ما قد يثور بينهما مستقبلاً من نزاع يكون ناشئاً عن ذلك العقد أو مرتبطاً به، ويعتبر اتفاق التحكيم مانعاً من مباشرة جهة القضاء لاختصاصها بنظر المسائل التي أحالها ذلك الاتفاق إلى التحكيم. ويكون لأعضاء هيئة التحكيم السلطة الكاملة

---

(١) كما جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية: " ... كذلك تلتزم بالأحكام السالف ببيانها، الاتفاقية المبرمة في شأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (١٧ مارس ١٩٦٥).

La Convention Pour Le reglement des Differends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats".

حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، سالف الإشارة إليه، ص ٤٢٠.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، سالف الإشارة إليه، ص ٤٢٠.

التي يحددون من خلالها ما يدخل في اختصاصهم من المسائل، وذلك بقرار لا يجوز الطعن فيه"[١].

- كذلك جاء بحيثيات حكم المحكمة: " تؤكد النصوص القانونية جميعها، أن التحكيم وفقاً لأحكامها لا يكون إلا عملاً إرادياً، وأن الطرفين المتنازعين إذ يبرمان فيما بينهما اتفاق تحكيم، ويركنان برضائهما إليه لحل خلافاتهما، ما كان منها قائماً عند إبرام هذا الاتفاق أو ما يتولى منها بعده، إنما يتوخان عرض موضوع محدد من قبلهما على هيئة من المحكمين تتولى – بإرادتهما – الفصل فيه بما يكفل إنهاء نزاعهم بطريقة ميسرة في إجراءاتها وتكلفتها وزمنها، ليكون التحكيم بذلك نظاماً بديلاً عن القضاء، فلا يجتمعان ..."[٢].

يتضح مما سبق سرده من بعض مقتطفات لحيثيات حكم المحكمة الدستورية، أنه طرأ تطوراً تاريخياً ظل التحكيم على امتداده عملاً إرادياً من منطلق أن مبدأ سلطان الإرادة أضحى متغلغلاً في كل جوانب نظام التحكيم؛ إذ لم يعد المحكم في إطار هذا التطور، مجرد شخص تم اختياره لعلائق يرتبط بها مع الطرفين المتنازعين، وإنما غدا التحكيم تنظيماً مهنياً تقوم عليه أحياناً جهة تحكيم دائمة تكون أقدر على تقديم خدماتها إلى رجال الصناعة والتجارة، بل إن نطاق المسائل التي يشملها التحكيم – بموجب إرادة المحتكمين – بات متبايناً ومعقداً، ولم يعد مقصوراً على تفسير العقود أو الفصل فيما إذا كان تنفيذها متراخيً أو مشوباً بسوء النية أو مخالفاً – من أوجه أخرى – للقانون، وغير ذلك من المسائل الخلافية ذات الطبيعة القانونية، كل ذلك فإن الاتفاق يظل دائماً – باعتباره تصرفاً قانونياً وليد الإرادة ناشئاً عنها – منبسطاً على

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، سابق الإشارة إليه، ص ٤٢١.
من مطالعة حيثيات حكم المحكمة الدستورية بشأن تعديل القانون الرومانى، يتضح أنه اعتد بالمبادئ الأساسية لنظام التحكيم من ذلك مبدأ سلطان الإرادة، مبدأ استقلال شرط التحكيم، مبدأ الاختصاص بالاختصاص، مبدأ عدم جواز الطعن في حكم التحكيم، علاوة على اتفاق التحكيم مصدر سلطة هيئة التحكيم.

(٢) حكم محكمة الدستورية العليا جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، سابق الإشارة إليه، ص ٤٢١.
يتضح مما تم سرده من حيثيات – بالتحديد السالف تبيانه – مدى تغلغل الإرادة في جوانب شتى لنظام التحكيم.

أعمال التحكيم، سواء في صورتها التقليدية، أو في أبعادها الجديدة، ليكون مدخلاً إليها، وطريقاً وحيداً لها، ليكون التحكيم بذلك نظاماً بديلاً عن القضاء، فلا يجتمعان.

ثانياً: مبدأ سلطان الإرادة ليس بالمبدأ المطلق

تنص المادة ٨٧ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن: " ١- تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في المادة (٧٢) من هذا القانون. ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجرى في مصر وفقاً لأحكام القانون المصرى.

٢- وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصرى وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً".

ويتم تناول المادة ٨٧ من خلال بعض الجوانب منها المحكمة الدستورية في إطار من النقاط الآتية:

أ- أثر تعارض أحكام المادة ٨٧ من قانون التجارة على مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار مكان وقانون التحكيم من المنظور الفقهى.

ذهب جانب من الفقه – أنه طبقاً لنص المادة ٨٧ سالف الذكر – إلى أنه لا يجوز لأطراف عقد نقل التكنولوجيا الاتفاق على قانون غير القانون المصرى حتى ولو لم يكن ذلك القانون مخالفاً لقواعد النظام العام في مصر، بل حتى ولو كان هذا القانون متفقاً في أحكامه مع القانون المصرى. وخلص إلى أنه مما لاشك فيه إن مسلك المشرع المصرى في هذا الشأن لا يخلو من المغالاة، فكان الأولى بالمشرع النص على جواز النص اختيار قانون أجنبى مع الاكتفاء بالنص على عدم سريان أى بنود اتفاقية تتعارض مع النصوص الآمرة الواردة في الفصل الخاص بنقل التكنولوجيا. وهو ما يحقق الغاية التشريعية من عدم جواز الالتفاف حول النصوص الآمرة لعقد نقل التكنولوجيا في القانون المصرى هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، قيد المشرع من سلطة الأطراف في اختيار مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فتنص المادة ١/٨٧ من قانون التجارة على أنه: " ... يجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجرى في مصر وفقاً لأحكام القانون المصرى". وهذا النص يعنى أن المشرع المصرى قصر جواز الاتفاق على التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا على الأحوال التي يتفق فيها الأطراف على أن يجرى التحكيم في مصر،

وتخضع إجراءاته لقانون التحكيم المصرى. ومن ثم يقع الاتفاق على التحكيم باطلاً إذا اتفق على إجرائه خارج مصر أو اتفق على خضوعه لقانون تحكيم أجنبى. وقد أضاف ذات الفقيه – في إطار التعقيب على نص المادة (١/٨٧) – أنه مما لاشك فيه أن في هذا النص قدر من الجنوح والخروج عن فلسفة المشرع المصرى في تنظيم التحكيم. واستطرد أن الأمر يبدو – من وجهة نظره – في غاية الغرابة؛ إذ أن المشرع المصرى بمقتضى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية)، يسمح بإجراء التحكيم في مصر وخارجها دون شرط أو قيد حتى بالنسبة للعقود الإدارية. وخلص إلى أن الحكم المنصوص عليه بالمادة (١/٨٧) لا يتفق مع حسن السياسة التشريعية من حيث أنه يضعف من موقف المتفاوض المصرى دون مبرر، كما أن المصلحة المبتغاة من وراء هذا النص تبدو ضئيلة بالمقارنة لمساوئه، والمساس بالقدرة التنافسية لمصر على جذب الاستثمار، وكان الأولى بالمشرع بإلغاء هذا الشرط(١).

كما ذهب جانب آخر من الفقه – في إطار التعقيب على نص المادة ٨٧ تجارى – إلى أنه من الواضح من عبارات المادة ٨٧ بفقرتيها أنها تتعلق بالنظام العام وبصفة خاصة ما جاء بعجز الفقرة الثانية من عبارات حيث تضمنت: " وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً". وأضاف أن قانون التجارة يعد قانوناً خاصاً بأحكام التجار والأعمال التجارية، كما يعد قانون التحكيم قانوناً خاصاً. ووفقاً لقاعدة تنازع القوانين من حيث الزمان فإن الأفضلية تكون للنص اللاحق بالإضافة إلى أن الأفضلية دائماً تكون للنص الآمر أياً كان تاريخ نفاذه. وبتطبيق هذه القواعد، فإن الأفضلية تكون لحكم المادة (٨٧) تجارى لتعلقها بالنظام العام الآمر الذي يترتب عليه إفراغ القواعد الأصولية للتحكيم من مضمونها، وإهدار أهم مبادئ التحكيم القائمة على حرية إرادة الأطراف سواء في اختيار طريق التحكيم لفض المنازعات أو التسوية الودية أو القانون الواجب التطبيق أو مكان التحكيم. وخلص إلى أنه إزاء هذا

(١) د. هانى صلاح سرى الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد ٧٢، ٢٠٠٢، ص ٤٠١ – ٤٠٢.

التعارض فإنه يرى تعديل نص المادة (٨٧) تجارى بما يجعل حكمها مقرراً غير متعلق بالنظام العام بحيث يعد هادياً وإرشادياً لأطراف عقود نقل التكنولوجيا[١].

ب- المادة ٨٧ من قانون التجارة وما تثيره من إشكاليات من منظور المحكمة الدستورية العليا

لفت انتباه محكمة استئناف القاهرة[٢] أثناء طرح طعن استئناف عليها يتعلق بسياق نص المادة ٨٧ من قانون التجارة رقم ١١٧ لسنة ١٩٩٩ وما تتضمنه من إشكاليات قانونية على نحو يوصمه بعدم الدستورية، الأمر الذي حدا بمحكمة الاستئناف أن تستعمل مكنة الإحالة[٣] إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية نص المادة (٨٧) من قانون التجارة.

وترى الباحثة أنه من منطلق أهمية ما جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية بشأن المادة (٨٧)، وما تضمنته من دلالات ذات صلة وثيقة بمبدأ سلطان الإرادة، فإن ذلك يقتضى – طبقاً للمجرى المألوف والمنطقى للأمور – استعراض أوجه الدفوع التي عولت عليها محكمة استئناف القاهرة طبقاً لما جاء بنص المادة (٨٧) من قانون التجارة لكى تقرر إحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية لمعرفة مدى دستوريتها هذا

---

(١) د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصرى، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص ١٠٤ – ١٠٥.

(٢) جدير بالذكر أنه بتاريخ ١٩ أغسطس ٢٠٠٢، ورد إلى قلم كتابة المحكمة الدستورية العليا ملف الاستئناف رقم ٦٣٣ لسنة ١١٩ قضائية من محكمة استئناف القاهرة بعد أن قضت الدائرة السابعة التجارية بها بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٤ بوقف الاستئناف وإحالة أوراقه إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية نص المادة (٨٧)، حيث قيدت الدعوى بجدول قضايا المحكمة الدستورية العليا تحت رقم ٢٥٣ لسنة ٢٤ قضائية " دستورية ".

(٣) ذهب جانب من الفقه إلى أن الحق في الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا هو حق مخول لجميع المحاكم بجميع أنواعها ودرجاتها، سواء في مجال القضاء العادى، أو في نطاق القضاء الإدارى، ومخول – أيضاً – لكل هيئة من الهيئات ذات الاختصاص القضائى. وخلص إلى أن نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩،= =جاء مطلقاً دون أى تحديد، بما يعنى أن هذا الحق مقرر لكل محكمة، ولكل هيئة ذات اختصاص قضائى. أنظر المستشار الدكتور/ عبد العزيز محمد سالمان (رئيس هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا)، إجراءات الدعوى الدستورية، الجزء الأول، دار سعد سمك، الطبعة الأولى، ٢٠١٥، ص ٣٤٩.

من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن الأمر يستلزم – أيضاً – استعراض ما ساقته المحكمة الدستورية العليا من حيثيات لكى تحكم برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (٨٧) من قانون التجارة، وأخيراً ضرورة إبراز المبادئ القانونية المستخلصة من حيثيات حكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن. لذا، يتم تناول ما سبق ذكره من خلال النقاط الآتية:

١- حكم الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا

حيث أن حكم الإحالة ينعى على النص الطعين (المادة ٨٧) مخالفته للدستور من وجهين:

الوجه الأول: أن التراضى هو أساس التحكيم، ومصدر سلطان المُحكم، ولكن النص الطعين خرج على هذه القاعدة، وفرض قسراً على المخاطبين بأحكامه لغة التحكيم ومكانه والقانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع وموضوعه، وعلى هذا النحو يكون قد أهدر مفترضاً أولياً للتحكيم في عقد نقل التكنولوجيا فأثقله بقيود تهدم بنيانه، كما أنه جاوز الحدود المنطقية التي تعمل فيها إرادة الاختيار، التى تعتبر حرية التعاقد المظهر الأساسى لها بما ينال من الحرية الشخصية التي صانها الدستور وأوجب عدم المساس بها في المادة (٤١) منه (أى الدستور المصرى الصادر ١٩٧١).

الوجه الثاني: أن الأمر السابق بذاته يخل بالحق في الملكية لما ينطوى عليه من مساس بالمصالح المالية للمخاطبين بأحكامه، بالمخالفة للمادتين (٣٢ ، ٣٤) من دستور عام ١٩٧١، فضلاً عما يرتبه من انعكاس سلبى على المصالح الوطنية بعزوف مصدرى التكنولوجيا عن تصدير فكرهم الصناعى والمعلوماتى بما يعود بالخسران على الوطن والمواطن.

٢- رد المحكمة الدستورية بشأن ما جاء بأوجه الدفع بعدم دستورية المادة ٨٧ من قانون التجارة – سالفتى الذكر – وتفنيدها.

تمثل رد المحكمة الدستورية العليا بخصوص أوجه الدفوع التي أبديت بعدم دستورية المادة (٨٧)، في إطار ما تتضمنه حيثيات الحكم الصادر من ذات المحكمة الدستورية، حيث جاء بها بخصوص الدفع الأول ما نصه: " وحيث أن النعى في وجهه الأول مردود بما جرى في أسواق التجارة الدولية، فقد حرص على النص على سريان أحكام الفصل المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا على كافة العقود ذات الشأن سواء

كان النقل دولياً أو داخلياً دون أن يعوّل على جنسية أطراف العقد أو موطنهم، كما عمد إلى بسط ولاية المحاكم المصرية على المنازعات الناشئة عن هذه العقود كقاعدة عامة، إلا أنه أجاز الاتفاق على حل مثل هذه المنازعة بالطريق الودى، أو عن طريق تحكيم اشترط أن يجرى في مصر طبقاً لأحكام القانون المصرى في جميع الأحوال. فإذا تم مخالفاً لذلك كان مصيره البطلان، وذلك حماية للمصالح الوطنية في تلك العقود، وهو ما يدخل في إطار السلطة التقديرية للمشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وذلك في ضوء المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلقة، مما يظهر فساد الفكرة القائلة بمخالفة هذا النص للمادة (٤١) من الدستور متعيناً الالتفات عنها[١].

كما ذهبت ذات المحكمة – في إطار ما جاء بحيثيات حكمها بشأن الرد على الدفع الثاني – إلى أنه: " وحيث أن النعى في وجهه الثاني غير سديد كذلك، ذلك أن الملكية في إطار النظم الوضعية التي تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة لم تعد حقاً مطلقاً، ولا هى عصية على التنظيم التشريعى، ومن ثم فقد ساغ تحميلها بالقيود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وهى وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكماً، بل يميلها واقع اجتماعى معين في بيئة بذاتها لها خصاص ومقوماتها وتوجيهها إليها، يستأنف المشرع سلطته في المواظنة والترجيح لما يراه من المصالح أجدر بالحماية وأولى بالرعاية، وذلك كله تحت مظلة الدستور ووفقاً لأحكامه. لما كان ذلك، وكان النص الطعين قد تغيا حماية الطرف الضعيف في العلاقة وهو الطرف الوطني باعتباره الأكثر حاجة إلى التعاقد من أجل نقل التكنولوجيا، حتى تتاح له سبل المنافسة أمام السلع والخدمات الأجنبية، فلا يتخلف عن ركب العصر، مما دعا المشرع إلى التحوط لمصلحة ذلك الطرف بتحديد القانون الواجب، ومكان وإجراءات التحكيم. ومن ثم، فإن إدعاء انتهاك النص الطعين لحق الملكية الذي أوجب الدستور صيانته لا يكون قد قام على أساس صحيح. وحيث أن النص الطعين لا يخالف أى حكم آخر من أحكام الدستور. فلهذه الأسباب حكم المحكمة برفض الدعوى"[٢].

٣- المبادئ القانونية المستخلصة من واقع ما جاء بحيثيات حكم الدستورية العليا

(١) تنص المادة (٤١) من دستور ١٩٧١ (المصرى) على أن: " الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس ...".

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٥ أبريل ٢٠٠٧، حكم سالف الإشارة إليه.

تتمثل تلك المبادئ القانونية في الآتي:

أ- **حرية التعاقد – جواز تنظيمها**

للمشرع أن يورد في شأن كافة العقود – حتى ما يكون واقعاً منها في دائرة القانون الخاص – قيوداً يراعى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها، بما مؤداه أن للمشرع أن يرسم حدوداً لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ومن ثم لا تكون حرية التعاقد – في إطار ذلك المدلول – حقاً مطلقاً بل موصوفاً.

ب- **النظام العام – مفهومه**

جرى قضاء هذه المحكمة على أن للمشرع أن يورد في شأن كافة العقود – حتى ما يكون واقعاً منها في دائرة القانون الخاص – قيوداً يراعى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها، كان يخضعها لشكلية معينة ينص عليها. وقد يعيد إلى العقود توازناً اقتصادياً اختل فيما أطرافها، وأنه ليتدخل في عقود بذواتها محوراً من التزامات الضعفاء فيها انتصافاً؛ كما في عقود الإدغان والعمل، بما مؤداه: "أن للمشروع أن يرسم للإرادة حدوداً لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ومن ثم لا يتكون فليس إطلاق هذه الحرية وإعفاؤها من كل قيد بجائز، وإلا آل أمرها سراباً أو انفلاتاً"(١).

وأضافت المحكمة الدستورية – في إطار إبراز مفهوم النظام العام وأهميته: "وفكرة النظام العام – بما يحكمها من نسبية من حيث الزمان والمكان – هى أحد خطوط دفاع النظام القانوني عن نفسه، أو لجماعة عن ذاتها من جموح الإرادة الفردية، إذ تلفت نظرها إلى وجوب مراعاة أسس النظام القانوني القائم فيما تشرع فيه من تصرفات حتى تنهض وتستوى صحيحة، متى كان ذلك كله، وكان قانون التجارة

(١) بتاريخ التاسع عشر من أغسطس سنة ٢٠٠٣، ورد إلى قلم الكتاب بالمحكمة الدستورية ملف الاستئناف رقم ٦٣٣ لسنة ١١٩ قضائية من محكمة استئناف القاهرة بعد أن قضت الدائرة السابعة التجارية بها بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٤ بوقف الاستئناف وإحالة أوراقه إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية نص المادة (٨٧) من قانون التجارة.
وقيدت القضية برقم ٢٥٣ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية". وقد صدر حكم المحكمة الدستورية العليا بشأن هذه القضية في ١٥ أبريل ٢٠٠٧، وهذا الحكم منشور بالجزء الثاني عشر (المجلد الأول) الصادر عن المحكمة [حيث يشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ٢٠٠٦ حتى آخر يونيو ٢٠٠٩]، من ص ٣١٤ إلى ص ٣٢١.

قد راعى في تنظيم عقود نقل التكنولوجيا – وعلى ما دلت عليه مذكرته الإيضاحية – حماية المصالح الوطنية دون المساس بالمصالح المشروعة للطرف مورد التكنولوجيا، وبحيث يؤمن الطرف المستورد – وهو مصرى غالباً – أسباباً حقيقية للتكنولوجيا تضمن لها أن تكون أداة لتطوير الاقتصاد الوطنى وإفساحاً للمجال أمامه من أجل فرصة أرحب للمنافسة.

ج- الملكية – تنظيمها – ووظيفتها الاجتماعية

لم تعد الملكية – في إطار النظم الوضعية التي تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة – حقاً مطلقاً، ولا هى عصية على التنظيم التشريعى، ومن ثم فقد ساغ تحميلها بالقيود تقتضيها وظيفتها الاجتماعية.

ثالثاً: مبدأ سلطان الإرادة وعدم دستورية التحكيم الإجبارى

أصدرت المحكمة الدستورية في مصر عدة أحكام – في إطار تكريس مبدأ سلطان الإرادة – بعدم دستورية بعض النصوص الواردة في بعض التشريعات فيما تضمنته بشأن التحكيم الإجبارى[1].

وقد أسست المحكمة الدستورية العليا قضاءها في عدم دستورية نصوص التحكيم الإجبارى على أساس أن التحكيم في المفهوم الحديث نتاج منطقى لمبدأ سلطان الإرادة الذي يجيز للأطراف بإرادتهم الحرة الصحيحة التنازل عن الحق في الالتجاء إلى محاكم الدولة للفصل في منازعة أو منازعات معينة وتفويض هيئات تحكيم للفصل فيها سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً وأن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء، فلا يجتمعان؛ ذلك إن ولاية التحكيم لا تستنهضها قاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، بل مردها الإرادة التي يفصح عنها اتفاق التحكيم، ومن ثم، فإن التحكيم الإجبارى الذي يبسط مظلته على بعض المنازعات جبراً يكون منافياً للأصل فيه باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة، ولا يجوز إجراؤه تسلطاً وكرهاً، وأن التحكيم الإجبارى بهذا النحو، يكون منتحلاً

(١) يراعى أنه سيتم سرد نصوص تلك التشريعات والأحكام القاضية بعدم دستوريتها بقدر من التفصيل الموجز وذلك في إطار المطلب الثاني المتعلق بتقويم عوار بعض نصوص التشريعات. ومن منطلق حرص الباحثة على إتباع نهج عدم التكرار والإطناب. لذا، فإنه لمزيد من التفصيل في هذا الشأن فإنه يفضل الإحالة إلى المطلب الثاني من ذلك المبحث.

ومنطوياً بالضرورة على إخلال لحق التقاضى بحرمان المتداعيين من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى بالمخالفة للمادة (٦٨) من الدستور عام ١٩٧١.

فرع ثان: مبدأ الاختصاص بالاختصاص(١)

يتم تناول مبدأ الاختصاص بالاختصاص كأحد المبادئ الرئيسية لنظام التحكيم من خلال هذين الجانبين:

أولاً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص من منظور القضاء الدولى

تعتبر سلطة المحكمة الدولية في تقرير اختصاصها بوجه عام من أهم السلطات التي تتمتع بها المحكمة الدولية. والأساس القانوني لهذه السلطة المخولة بالنسبة لمحكمة العدل الدولية لتقرير اختصاصها هو المادة (٦/٣٦) من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية[٢]؛ إذ تنص على أنه:" ٦- في حالة قيام نزاع في شأن ولاية المحكمة تفصل في هذا النزاع بقرار منها".

وقد ذهب جانب من الفقه – بحق – إلى أن النص المذكور لم يأت بجديد على صعيد النظام القانوني؛ فعلى صعيد النظام القانوني الوطنى، نجد أن القاعدة العامة في كافة النظم القانونية تشير إلى أن لكل محكمة سلطة تقرير اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر الدعوى المرفوعة إليها[٣]. وعلى صعيد النظام القانوني الدولى، فقد ذهب جانب آخر من الفقه – في ذات المعنى – إلى أن النص المذكور لم يفعل سوى تكرار ما سبق أن سلم به واستقر عليه العمل منذ البدايات الأولى لنشأة

---

(١) The Principle of " Kompetenz – Kompetenz" in German or " La Compétence de la Compétence In French or " Competence to Competence" in English.

(٢) هذا عن الأساس القانوني لسلطة محكمة العدل الدولية في تقرير اختصاصها، أما عن أصل هذه السلطة ومنشأها فستمد – في الواقع – من قاعدة تقليدية يميلها المنطق القضائى ومعمول بها في نطاق القانون الداخلى ومفادها أن:قاضى الموضوع هو قاضى الدفع – Le juge d L'action est le Juge de L'exception – أنظر د. وجدى راغب فهمى، مبادئ القضاء المدنى (قانون المرافعات)، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ٢٠٠١، ص ٣٣٨.

(٣) د. فتحى إسماعيل والى، الوسيط في قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٨١، ص ٣٢٩؛ د. أحمد الرشيدى، الوظيفة الإفتائية لمحكمة العدل الدولية، الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٩٣، ص ٢١٦.

التحكيم والقضاء الدوليين[١]، وبالتحديد منذ قضية تحكيم الألباما الشهيرة بين الولايات المتحدة وبريطانيا عام ١٨٧٦م[٢]. فمنذ ذلك التاريخ استقر الرأى على التسليم بسلطة المحكمة الدولية في تقرير اختصاصها من خلال النص عليها في أغلب الأنظمة الأساسية لهذه المحاكم، نذكر منها.

- **القوانين المنشئة لمحاكم التحكيم المختلطة التي أنشئت في إطار تسويات الحرب العالمية الأولى[٣].**

١- النظام الأساسى للمحكمة الدائمة للعدل الدولى[٤].

٢- النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية[٥].

٣- النظام الأساسى للمحكمة العسكرية الدولية لنورمبرج[٦].

---

(١) See Ibrahim Shihata, the power of the International Court to determine its Jurisdiction: Compétence de la Compétence, the Hague Nijhoff, ١٩٦٥, p. ١١.

(٢) Ibrahim Shihata, op. cit., p. ١٢.

(٣) د. أحمد حسن الرشيدى، مرجع سابق، ص ٢١٧. وقد ذهب البعض – في معنى آخر – إلى أن: " المحكمة قاضى اختصاصها يشكل مبدأ كرسته منذ وقت غير قريب الأحكام الصادرة عن محاكم التحكيم الدولية". أنظر د. محمد صافى يوسف، المحكمة الدولية لقانون البحار، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٨٩.

(٤) طبقاً لحكم المادة (٤/٣٦) من النظام الأساسى للمحكمة الدائمة للعدل الدولى.
Permanent Court of International Justice Statute [hereinafter P.C.I.J].

(٥) طبقاً لحكم المادة (٦/٣٦) من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية.
International Court of Justice Statute [hereinafter I.C.J].

(٦) طبقاً للمادة (٣) من ميثاق المحكمة العسكرية الدولية لنورمبرج.
International Military Tribunal [hereinafter I.M.T].
See in this context, M. Cherif Bassiouni, the Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Transnational Publishers, Hudsom, New York, ١٩٩٦, p. ٢٤٧

٤- النظام الأساسى للمحكمة الإدارية للأمم المتحدة[١].

وعلى أثر ذلك التواتر، خلصت محكمة العدل الدولية إلى أن السلطة المخولة لها في تقرير اختصاصها إنما تستند إلى القانون الدولى حتى لو لم تكن تلك السلطة منصوص عليها على النحو المحدد في المادة (٦/٣٦) من النظام الأساسى للمحكمة[٢]. الأمر الذي حدا جانب من الفقه إلى القول بعدم استلزام النص على سلطة المحكمة الدولية في تقرير اختصاصها[٣]، باعتبار أن ذلك أضحى بمثابة قاعدة من قواعد القانون الدولى العرفى[٤]، وأن مجرد إضفاء الصفة القضائية التحكيمية أو القضائية على هيئة معينة يكفى في حد ذاته لكى تخول وتثبت لها البت في تقرير اختصاصها. لذا، ذهب جانب آخر من الفقه – وبحق – إلى القول بأن أية محكمة هى سيدة تحديد اختصاصها، فهى التي تملك اختصاص تحديد الاختصاص[٥].

---

(١) محكمة الإدارية الأمم المتحدة.

United Nations of the Administrative Tribunal [hereinafter UNAT].

See Article ٢, Paragraph ٣, of the Statute of UNAT stated that "in event of a dispute as to whether the Tribunal has competence, the matter shall be settled by the Decision of the Tribunal".

(٢) وطبقاً لما قضت به محكمة العدل في هذا الشأن.

"Since Albama Case, it has been generally recognized, following the earlier precedents … an international Tribunal has the right to decide as to its own jurisdiction …" and "holding that the power of the ICJ Statute". See Case (Liechtenstein V. Guatemala) ICJ Reports ١٩٥٣, p. ١١١ et seq. (١٢ March ١٩٥٣).

(٣) Ibrahim Shihata, op. cit., p. ٣٩.

(٤) M. Cherif Bassiouni, op. cit., p. ٢٤٨.

(٥) د. أحمد أبو الوفا، التعليق على قضاء محكمة العدل الدولية (التعليق الخامس "قضية تطبيق منع والعقاب على جريمة إبادة الجنس)، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد ٤٩، ١٩٩٣، ص ٢٥٠.

٥- اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام ١٩٨٢[١].

٦- المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة.

في ٢٣ يونية ١٩٩٥ وأمام دائرة المحاكمة بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة دفع المحامى عن المتهم تاديتش Tadić بعدم اختصاص المحكمة الدولية ليوغسلافيا السابقة وفي ١٠أغسطس ١٩٩٥ قضت دائرة المحاكمة برفض الدفع، واستندت في ذلك إلى ما جاء بنص المادة الأولى من النظام الأساسى للمحكمة. وفي ١٤ أغسطس ١٩٩٥ أودع الدفاع إخطاراً بقلم المحكمة الدولية بالعزم على تقديم طعن عارض ضد قرار دائرة المحاكمة بشأن اختصاص المحكمة أمام دائرة الاستئناف[٢].

وقد قضت دائرة الاستئناف، أن تلك السلطة المعروفة بـ " مبدأ الاختصاص بالاختصاص" تشكل – بالفعل – جزءاً جوهرياً من الاختصاص الأصيل لأية محكمة قضائية أو تحكيمية. إذ بمقتضى ذلك المبدأ فإن المحكمة تملك تحديد اختصاصها. ويعد هذا المبدأ عنصراً جوهرياً – لا غنى عنه – لمباشرة الوظيفة القضائية ولا يشترط أن ينص عليه صراحة في الصكوك المنشئة لتلك المحاكم"[٣].

---

(١) لمزيد من التفصيل – في هذا الصدد– أنظر محمد صافى يوسف، مرجع سابق، ص ص ١٤–١٥، ١٩، ١٨٩–١٩٠.

(٢) د. محفوظ سيد عبد الحميد، دور المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا في تطوير أحكام القانون الدولى الإنساني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١٥٩.

(٣) وطبقاً لما جاء بقرار دائرة الاستئناف.

"This power, known as the principle of "kopetenz-kompelenz" in German or " La Compétence de la compétence" in French, is part and indeed a major part, of the incidental or inherent jurisdiction of any judicial or arbitr al Iribunal, consisting of its " Jurisdiction to delermine its own jurisdiction". It is a necessary component in the exercise of the judicial Function and doas not need to be expressly provided for in the constitutive documents of those tribunals" see Tadić Jurisdiction Decision on interlocutory Appeal on Jurisdiction ٢ October ١٩٩٥, paragraph ٣.

نقلاً عن د. محفوظ سيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ١٥٩ وهامش رقم ٢.

٧- النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية[١]

يتضح من استعراض الصكوك الدولية بشكل عارض ومقتضب – آنفة الذكر – أنها أرست المفهوم القانوني المستقر عليه بشأن "مبدأ الاختصاص بالاختصاص". هذا عن مسلك القضاء الدولى إزاء ذلك المبدأ.

ثانياً: ترسيخ مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القضاء الدستورى

أقرت المحكمة الدستورية العليا في حكم لها ترسيخ مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يعد من المبادئ الأساسية التي يعول عليها نظام التحكيم.

وقد ساقت المحكمة العديد الأسانيد القانونية، من خلال ما جاء في حيثياتها للاعتداد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص. ومن منطلق أهمية ذلك الحكم في هذا الشأن، فإن ذلك يقتضى سرد بعض الحيثيات لدلالتها القانونية بقدر من الإسهاب.

حيث أن المدعية تنعى على نص الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من قانون التحكيم[٢] مخالفته لأحكام المواد (٨ ، ٤٠، ٦٥، ٦٨، ١٦٥) من الدستور لما يتضمنه من إخلال بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون، واعتداء على استقلال القضاء وحصانته، فضلاً عن إهداره حق التقاضى الذي يكفله الدستور للناس كافة، كما خالف النص المطعون فيه المادة (١٥) من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية والتي عقدت ولاية الفصل في المنازعات للمحاكم[٣].

---

(١) طبقاً لحكم المادة (١/١٩) من النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية.
لمزيد من التفصيل – في هذا الصدد – أنظر: د. محمود شريف بسيونى، المحكمة الجنائية الدولية، دون ذكر دار للنشر، ٢٠٠٢.
William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Second Edition Cambridge University Press, ٢٠٠٤.

(٢) تنص الفقرة (١) من المادة (٢٢) على أن: " 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".

(٣) بتاريخ ٢٨ فبراير ٢٠٠٠، أودعت المدعية صحيفة الدعوى رقم (٥٠) لسنة ٢٢ قضائية " دستورية " قلم كتاب المحكمة بطلب الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصري.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا – في ضوء ما سبق – بما نصه: "وحيث عن النعى في جملته مردود، ذلك أنه وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما وفقاً لشروط يحددانها ليفصل في النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية، وهو ما مؤداه اتجاه إرادة المحتكمين إلى ولوج هذا الطريق لفض خصوماتهم بدلاً من القضاء العادى. ومن ثم، فإن المشرع – بما له من سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق الحقوق – قد حجب المحاكم عن نظر المسائل التي يتناولها التحكيم استثناءً من أصل خضوعها لولايتها، وإذ كان النص الطعين قد خول هيئة التحكيم الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، فذلك لاعتبارات تتفق والمنطق القضائى قوامها إن عرض نزاع ما على هيئة التحكيم يعتبر وسيلة قضائية يحسم من خلالها النزاع موضوع التحكيم برمته، بما فيه أوجه دفاع ودفوع، فلا تتجزأ الخصومة محل التحكيم لتفصل في موضوعها هيئة التحكيم، بينما تفصل في دفوعها هيئة أخرى، وذلك حتى تتمكن هيئة التحكيم من القيام بواجبها في الفصل في النزاع المطروح عليها دون أن تتمزق أوصاله، وما ذلك إلا تطبيقاً للقاعدة المتفق عليها فقهاً وقضاءً وهى أن " قاضى الدعوى هو قاضى الفرع".

كما أضافت المحكمة:"... كما أنه سبق للمحكمة الدستورية العليا أن قضت في الدعوى رقم(١٥٥) لسنة ٢٠ قضائية " دستورية" برفض الطعن بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (١٣) من قانون التحكيم التي توجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أو تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع في الدعوى، وهو ما مؤداه أن هيئة التحكيم أصبحت هى الجهة الوحيدة التي تستطيع الفصل في الدفوع التي قد يثيرها الخصوم بشأن اتفاق التحكيم. لما كان ذلك، وكان الاتفاق على عرض نزاع ما على هيئة التحكيم لا يحول دون أن تفرض جهة القضاء العادى رقابتها على أحكام هيئة التحكيم التي تنتهى بها الخصومة كلها فقد جعل المشرع لجهة القضاء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم والتظلم منه، كما جعل لها وحدها الاختصاص بنظر دعوى بطلان أحكام المحكمين ليتمكن من خلالها الخصوم وغيرهم من ذوى الشأن الذين يستطيل حكم التحكيم إليهم إبداء ما يعن لهم من مطاعن تؤدى إلى بطلان ذلك الحكم. ومن ثم، لا

يكون النص الطعين قد أخل بالحق في التقاضى أو تضمن عدوانا على استقلال القضاء أو حصانته".

" وحيث إنه لما كان المقصود بالمساواة التي تعنيها المادة (٤٠) من الدستور عدم التميز بين أفراد الطائفة الواحدة الذين تتماثل مراكزهم القانونية. ومن ثم فلا محل للقول بالإخلال بتلك المساواة في إعمال النص الطعين، كما أن إعماله لا يتصل بفرص قائمة تقدمها يجرى التزاحم عليها، وبالتالى فإن قالة مخالفة مبدأ تكافؤ الفرص تكون لغواً".

" وحيث أنه عن النعى بمخالفة النص الطعين فيه لنص المادة (١٥) من قانون السلطة القضائية الصارة بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فإنه لما كانت الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية القوانين واللوائح، مناطها قيام تعارض بين نص قانون وحكم في الدستور، فإنه لا شأن لها بالتناقض بين نصين قانونيين سواء جمعهما قانون واحد أم تفرقا بين قانونين مختلفين. وخلصت إلى حيث أنه يبين مما تقدم أن النص المطعون فيه لا يتعارض مع أحكام المواد (٨، ٤٠، ٦٥، ٦٨، ١٦٥) من الدستور ولا يخالف أى نص دستورى آخر فإنه يتعين القضاء برفض الدعوى"[١].

المبادئ القانونية المستخلصة من واقع حيثيات – سالفة الذكر – حكم المحكمة الدستورية العليا.

تتمثل في الآتي:

- الحرص على عدم تجزأ خصومة التحكيم، والحيلولة دون بعثرة أوصالها بين أكثر من جهة، مما يعضد الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم في العدالة الناجزة، والسرعة التي تعتبر أبرز سماته.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٥ ديسمبر ٢٠٠٢، القضية رقم ٥٠ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية"، منشور في الجزء العاشر الصادر عن المحكمة الدستورية (حيث يشتمل على الأحكام التي أرصدتها المحكمة من أول أكتوبر ٢٠٠١ حتى آخر أغسطس ٢٠٠٣)، ص ٧٧٤ – ٧٧٦.

- ترسيخ قاعدة " أن قاضى الدعوى أو الأصل هو قاضى الدفع". وأن تلك القاعدة تعد – من وجهة نظر الباحثة – بمثابة مبدأ من المبادئ العامة للقانون(١).
- سلطة المشرع في تنظيم الحقوق ومنها اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها.

أصل التحكيم هو عرض نزاع بين طرفين على محكم من الأغيار ليفصل فيه. مصدره: إرادة المحتكمين في اختيار هذا الطريق بدلاً من القضاء العادى؛ إذ حجب المحاكم عن نظر المسائل التي يتناولها التحكيم من قبيل سلطة المشرع التقديرية في تنظيم الحقوق.

يراعى أنه سبق لقضاء المحكمة الدستورية أن أشار إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث جاء في حيثيات حكم المحكمة الدستورية في هذا الشأن ما نصه: " ... ذلك أن الآثار التي يرتبها اتفاق التحكيم من نوعين، آثار إيجابية قوامها إنفاذ هذا الاتفاق ... وآثار سلبية جوهرية أن اتفاق التحكيم يعزل جهة القضاء ويمنعها من الفصل في المسائل التي أحيلت إلى المحكمين. بل إن الاتجاه السائد اليوم يخولهم عند إنكار ولايتهم، تقرير الاختصاص بما يدخل في نطاقها La Competence de leur Competence، وإن كان ذلك لا يحول بين جهة القضاء وبين أن تفرض رقابتها في الحدود التي يبينها القانون"(٢).

وقد سبق أن أثير أمام محكمة استئناف القاهرة دفع بعدم دستورية نص المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم بزعم مخالفته للمواد (١٦٥) و (١٦٦) الخاصة باستقلال السلطة القضائية، وكذا المادة (٦٨) الخاصة بحق المواطن في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى. وذلك على أساس أن النص يفقد هيئة التحكيم استقلالها؛ إذ يجعل للمحكمين مصلحة شخصية في رفض الدفع بعدم الاختصاص حرصاً منهم على

(١) لمعرفة الشروط اللازمة لاعتبار القاعدة القانونية الوطنية مبدأ من المبادئ العامة للقانون. أنظر د. مفيد محمود شهاب، المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولى، مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولى، العدد ٢٣، ١٩٦٧.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية، منشور في الجزء السادس الصادر عن المحكمة (يشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٣ حتى آخر يونيو ١٩٩٥)، ص٤٢٢.

الحصول على أتعابهم كاملة. وقد رأت المحكمة أن هذا الدفع غير جدى اعتباراً منها أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها لا يخل بحيادها واستقلالها، ولا يجعل الأمر موكولاً كلية إلى هيئة التحكيم إذ أنها إن فصلت في مسألة لا تدخل في اختصاصها فإن حكمها يتعرض للبطلان برفع دعوى البطلان في حكمها المهنى للخصومة، فضلاً عن أن وجود المحكم غير الصالح الذي لا يهمه سوى أتعابه أمر استثنائى، وأن اختصاص هيئة التحكيم باختصاص يتفادى طرح مسألة اختصاصها على القضاء مما يطيل أمد النزاع، ويتنافى مع اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لحسم خلافاتهم دون إطالة أو لدد[١].

فرع ثالث: تقرير مبدأ المساواة في مجال التقاضى عن طريق عدم التمايز بين طرفي الخصومة التحكيمية

مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة (٥٣) من دستور ٢٠١٤ والذى رددته الدساتير المصرية جميعها[٢]، بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق والحريات على اختلافها وأساساً للعدل والسلام الاجتماعى، غايته صون الحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها، باعتباره وسيلة لتقرير الحماية المكتافئة التي لا تمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة، فلا يقتصر مجال إعماله على ما كفله الدستور من حقوق، بل يمتد كذلك إلى تلك التي يقررها القانون.

وبتاريخ الثالث والعشرين من مايو سنة ١٩٩٩ أودع المدعى صحيفة الدعوى الدستورية قلم كتاب المحكمة الدستورية طالب الحكم بعدم دستورية البند (٣) من المادة (٥٨) من قانون التحكيم[٣].

---

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة جلسة ٨ يناير ٢٠٠٢ ، الدعوى رقم ٧٢ لسنة ١١٧ قضائية "تحكيم".

(٢) أنظر – في هذا الصدد – المادة (٤٠) من الدستور المصرى ١٩٧١؛ المادة (٢٤) من دستور الجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٤؛ المادة (٧) من الدستور المصرى المؤقت ١٩٥٨؛ المادة (٣١) من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٥٦؛ المادة (٣) من مشروع دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٥٤م؛ المادة (٣) من دستور ١٩٣٠؛ المادة (٣) من دستور ١٩٢٣.

(٣) وقد قيدت صحيفة الدعوى الدستورية بقلم كتاب المحكمة الدستورية برقم (٩٢) لسنة ٢١ قضائية "دستورية".

حيث المدعى ينعى على النص الطعين أنه إذ يخول طالب التنفيذ التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ بينما يحرم المحكوم ضده من التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ، فإنه يتعارض مع مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ويخل بحق التقاضى بالمخالفة لأحكام المادتين (٤٠)، (٦٨) من الدستور.

وقد جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستور العليا في هذا الشأن ما نصه: " ... إن النص الطعين بمنحه الطرف الذي يتقدم بطلب تنفيذ حكم المحكمين الحق في التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ... وحرمانه الطرف الآخر في خصومة التحكيم مكنة التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ، يكون قد مايز – في مجال ممارسة حق التقاضى – بين المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية، دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية تقتضيه، بما يمثل إخلالاً بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وعائقاً لحق التقاضى مخالفاً بذلك أحكام المادتين (٤٠) ، (٦٨) من الدستور مما يتعين معه القضاء بعدم دستورية النص الطعين. ولا يقيل ذلك النص من عثرته التذرع بالطبيعة الخاصة لنظام التحكيم وما يهدف إليه من تيسير الإجراءات وتحقيق السرعة في حسم الأنزعة؛ ذلك أنه فضلاً عن أن هذا الاعتبار لا يجوز أن يهدر المبادئ الدستورية السالف الإشارة إليها، فإن الأمر بالتنفيذ الذي يصدره القاضى المختص وفقاً لأحكام قانون التحكيم لا يعد مجرد إجراء مادى بحث يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين، وإنما يتم بعد بحث الاختصاص ثم التأكد من عدم تعارض هذا الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية، وأنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً. ومن ثم، فإنه وقد أجاز النص الطعين لأحد أطراف الخصومة التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ فقد بات حتماً تقرير ذات الحق للطرف الآخر بالتظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ إن تبين له أن هذا الأمر قد صدر دون التحقق من توافره على الضوابط السابق الإشارة إليها".

وخلصت المحكمة إلى أنه: " وحيث أن الحجية المطلقة التي أسبغها قانون هذه المحكمة على أحكامها في المسائل الدستورية لازمها نزول الدولة بكامل سلطاتها وتنظيماتها عليها لتعمل بوسائلها وأدواتها – من خلال السلطة التشريعية كلما كان ذلك ضرورياً – على تطبيقها؛ وإذ كان القضاء بعدم دستورية النص الطعين، يعنى أن الحظر الذى أورده يناقض الدستور، مما يفيد بالضرورة انفتاح طريق التظلم لمن صدر ضده الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فإن ذلك يقتضى تدخلاً تشريعياً لتحديد

إجراءات وميعاد وشروط هذا التظلم. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية البند (٣) من المادة (٥٨) قانون التحكم فيما نص عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم"[١].

المبادئ المستخلصة من واقع حيثيات حكم المحكمة الدستورية

- المساواة في حق التقاضى من خلال عدم التمايز بين المحتكمين إزاء حق التظلم من الأمر القضائى الصادر بتنفيذ حكم التحكيم.

الناس لا يتمايزون فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعى. كذلك في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة أو في طرق الطعن. ومن ثم، فإن الحرمان من مكنة التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم المحكمين، مع منح الطرف الذي يتقدم بطلب التنفيذ الحق في التظلم من رفضه، دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية مؤداة الإخلال بمبدأ المساواة وحق التقاضى.

- طبيعة التنفيذ القضائى في إطار التحكيم

أمر التنفيذ القضائي لحكم التحكيم لا يعد مجرد إجراء مادى بحث يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية عليه، وإنما يتم يعد بحث الاختصاص والتأكد من عدم تعارض هذا الحكم مع حكم صادر من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، وأنه لا يخالف النظام العام، وصحة إعلانه للمحكوم عليه، وتحقيق المساواة بين الطرفين يقتضى تقرير حق التظلم من الأمر الصادر بتنفيذه.

فرع رابع: مبدأ التقاضى على درجتين

قبل التطرق لموقف قضاء المحكمة الدستورية العليا لمبدأ التقاضى على درجتين، فإن الأمر يقتضى استعراض مسلك المشرع العادى بشأن ذلك المبدأ، ويكون ذلك من خلال الآتي:

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٦ يناير ٢٠٠١، القضية قم ٩٢ لسنة ٢١ قضائية " دستورية "، منشور في الجزء التاسع الصادر من المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١)، ص ٨٤٩ – ٨٥١.

أولاً: مسلك المشرع العادى بشأن ذلك المبدأ

إن مبدأ التقاضى على درجتين يعتبر من الضمانات الضرورية لحسن القضاء وتحقيق العدالة؛ إذ أن القاضى قد يخطئ في فهم أو إثبات الوقائع، أو فهم أو تطبيق القانون، لذلك يرى جانب من الفقه أنه يصبح للخصم المتضرر من هذا الخطأ الحق في إعادة طرح النظام مرة أخرى أمام محكمة أعلى درجة لتصحيح هذا الخطأ(١).

وبالرغم من أهمية مبدأ التقاضى على درجتين، إلا أنه لم يتصل بالنظام العام، بدليل أن المشرع قد جعل التقاضى على درجة واحدة فقط بخصوص الجنايات، حيث أن الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات نهائية لا تقبل الطعن بالاستئناف(٢).

كما أنه أمام القضاء الإدارى لا يطبق مبدأ التقاضى على درجتين في أغلب الدعاوى، حيث أن أحكام محكمة القضاء الإدارى باعتبارها محكمة أول درجة – بالنسبة لمعظم الدعاوى التي تطرح عليها ابتداءً باستثناء الطعون التي ترفع إليها بصفتها محكمة القضاء الإدارى بهيئة استئنافية في الأحكام الصادر من المحكمة الإدارية هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، إن المحكمة الإدارية العليا تعتبر – في بعض الحالات – أول وآخر درجة. وقد ذهب جانب من الفقه(٣) – في إطار إبراز المقصود بذلك – إلى الأصل أن المحكمة الإدارية العليا هى محكمة طعن أى لا يجوز الالتجاء إليها لأول مرة بطلب من الطلبات التي تدخل في اختصاص مجلس الدولة، إلا أن المشرع في بعض الحالات رأى أنه من الملائم أن تكون المحكمة الإدارية العليا هى محكمة أول وآخر درجة في بعض الحالات التي رأى عدم جواز أو

---

(١) د. أحمد هندى، مبدأ التقاضى على درجتين، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٣ – ٤.

(٢) بيد فطن المشرع الدستورى لأهمية مبدأ التقاضى على درجتين في إطار القانون الجنائى. لذا، حرص الدستور المصرى الجديد ٢٠١٤ على تضمينه نصاً في هذا الشأن، إذ تنص المادة (٢٤٠) منه على أن: " تكفل الدولة توفير الإمكانيات المالية والبشرية المتعلقة باستئناف الأحكام الصادرة في الجنايات، وذلك خلال عشر سنوات من تاريخ العمل بهذا الدستور، وينظم القانون ذلك".
لمزيد من التفصيل – في هذا الصدد – أنظر د. إبراهيم إبراهيم عبد الصمد، مبدأ التقاضى على درجتين في المجال الجنائى (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٣.

(٣) مستشار دكتور/ محمد ماهر أبو العينين، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، الجزء الأول، دار أبو المجد للطباعة بالهرم الجيزة، ٢٠٠٠، ص ٦٥.

عدم ملائمة تعدد درجات التقاضى بالنسبة لحساسية موضوع الدعوى، فضلاً عن هذا فإن طبيعة المنازعة لا تسمح باستمرار اهتزاز وضع صاحب الدعوى مدة تطول حتى يتسنى نظر دعواه أمام محكمة القضاء الإدارى، ثم أمام المحكمة الإدارية العليا، خاصة في ظل هيمنة المحكمة الإدارية العليا على رقابة الواقع والقانون معاً – على خلاف رقابة محكمة النقض – بالنسبة للأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى أو المحاكم التأديبية، وهناك حالتان في هذا الخصوص:

الحالة الأولى: نص عليها قانون مجلس الدولة في المادة (١٠٤) منه، حيث جاء بها أنه تختص إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها أعضاء مجلس الدولة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم وذلك عدا النقل والندب متى كان مبنى الطلب عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو خطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة".

الحالة الثانية: نص عليها القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٩ بتعديل بعض أحكام القرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية، حيث نصت المادة (٤٠) مكرراً من هذا القانون على أن تختص إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها أعضاء النيابة الإدارية بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم متى كان مبنى الطلب عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة ...".

أما بالنسبة للقضاء المدنى، فالقاعدة هى أن جميع الدعاوى يجب طرحها على محكمة الدرجة الأولى، ثم يطرح موضوعها بعد ذلك على محكمة الاستئناف. ولكن المشرع نفسه خرج على ذلك المبدأ في حالات معينة أباح فيها جعل التقاضى على درجة واحدة.

فقد أخرج المشرع الدعاوى ضئيلة القيمة من دائرة مبدأ التقاضى على درجتين، فقصر التقاضى في الدعاوى التي لا تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه أو أقل على المحكمة الجزئية حيث يكون حكمها فيها انتهائياً، بحيث لا يجوز الطعن

بالاستئناف في الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى[١]، كذلك الحال بالنسبة للأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية في دعاوى قيمتها لا تجاوز أربعين ألف جنيه[٢]، ويبرر ذلك قلة أهمية هذه الدعاوى وصغر شأنها مما يجعل من المناسب قصر التقاضى فيها على درجة واحدة توفيراً للوقت والجهد والإجراءات.

بجانب إخراج الدعاوى ضئيلة القيمة من نطاق مبدأ التقاضى على درجتين، أخرج المشرع لاعتبارات معينة- بعض الدعاوى – أياً كانت قيمتها – من هذا النطاق فقد قرر المشرع في هذا الشأن الآتي:

- منع الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط بها إلى المحكمة الابتدائية وذلك إذا كان بينهما ارتباط يجعل من الضرورى وحسن سير العدالة أن تنظرهما محكمة واحدة[٣].
- منع الطعن في الحكم الصادر بغرامة في حالة إهمال قلم الكتاب في ضم ملف الدعوى الأصلية وإرساله إلى المحكمة الاستئنافية[٤].
- منع الطعن في الحكم الصادر في دعوى المنازعة في اقتدار الكفيل[٥].
- منع الطعن في الحكم الصادر من قاضى التنفيذ بقصر الحجز على بعض المنقولات المحجوزة[٦].

هذه استثناءات[٧]، جاء بها المشرع بنصوص صريحة على مبدأ التقاضى على درجتين، قصر التقاضى على درجة واحدة وسلب حق الاستئناف من الخصوم.

---

(١) طبقاً للمادة (٤٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى. تلك المادة عدلت أكثر من مرة، آخرها القانون رقم٧٦ لسنة ٢٠٠٧.

(٢) طبقاً للمادة (٤٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى. تلك المادة عدلت أكثر من مرة، آخرها القانون رقم٧٦ لسنة ٢٠٠٧.

(٣) الفقرة (٢) من المادة (٤٦) من قانون المرافعات.

(٤) طبقاً للشطر الأخير من الفقرة (٢) من المادة (٢٣١) من قانون المرافعات.

(٥) طبقاً للشطر الأخير من الفقرة (١) من المادة (٢٩٥) من قانون المرافعات.

(٦) وتنص الفقرة (٢) من المادة (٣٠٤) على أنه: " ولا يكون الحكم الصادر قابلاً للطعن بأى طريق".

(٧) ومن أمثلة هذه الاستثناءات أيضاً: =

ولكن الاستثناء الخطير الذي جاء به المشرع ومن شأنه أن يخل حقيقة بمبدأ التقاضى على درجتين هو ما جاء به المشرع في المادة ٢/٢١٩ من قانون المرافعات؛ إذ تنص على أنه: " ويجوز اتفاق الخصوم ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً". ومفاد النص يفصح بجلاء على أن المشرع أجاز للخصوم مخالفة مبدأ التقاضى على درجتين والاكتفاء بدرجة تقاضى واحدة هى الدرجة الأولى، وذلك بالاتفاق – ولو مقدماً – على قصر التقاضى على الدرجة الأولى، وهنا لا يجوز لأى منهم – طبقاً للمادة (٢/٢١٩) – الطعن في الحكم الصادرة ضده بالاستئناف.

وما جاء به المشرع المصرى – في المادة (٢/٢١٩) – لم يكن القانون القديم ينص عليه[١].

ولقد بررت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ هذا الاتجاه الجديد[٢] بالقول أن الاستئناف كغيره من الحقوق يجوز النزول عنه، فضلاً عن أن هذا النزول يكون أقرب شبهاً بنظام التحكيم، ولا يعتبر من جهة أخرى حرماناً

- نص المادة (٢/٤٣٢) من قانون المرافعات:" لا يقبل الطعن بأى طريق في الحكم الذي يصدر قاضى التنفيذ في أوجه البطلان في الإعلان عن البيع".
- نص المادة (٤٥٦) من قانون المرافعات: " لا يجوز الطعن بأى طريق في الأحكام الصادرة بإيقاف بيع العقار أو المضى فيه".
- نص المادة (٥١٠) من قانون المرافعات: " أحكام المحكمين لا تقبل الطعن بالاستئناف. تلك المادة قبل أن يتم إلغائها بموجب قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

بجانب بعض النصوص في قوانين خاصة مثل المادة (١٤٥) من قانون الإثبات المصرى، حيث تنص على أن: " يحكم في طلب الرد (الخبير) على وجه السرعة، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر فيه بأى طريق ..".

(١) المادة ٣٩٤ من القانون الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن المرافعات المدنية والتجارية، حيث تم إلغاء ذلك بموجب المادة الأولى – من مواد الإصدار – من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(٢) ذهب جانب من الفقه – في إطار التعليق على هذا الاتجاه الجديد – إلى أن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام وفيه مصادرة الحقوق الدفاع، فضلاً عن أنه ينطوى على إخلال بقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام والتي هى أساس النظام القضائى ومقصود بها رعاية الصالح العام. د. محمد & د. عبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، جزء ثاني ١٩٦٨، ص ٨٤٢.

للخصم من حق الالتجاء إلى القضاء بقدر ما هو منظم لهذا الحق، فضلاً عن أن هذا الاتجاه مسلم به في كثير من التشريعات الحديثة[١].

ثانياً: مسلك القضاء الدستورى إزاء مبدأ التقاضى على درجتين

يتم تناول ذلك المسلك من خلال هذين الجانبين.

أ- **نهج القضاء الدستورى قبل صدور قانون التحكيم**

يراعى من أهم المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، إن "اختصاص المحكمة الإدارية العليا بالمنازعات الإدارية المتعلقة بشئون أعضاء مجلس الدولة الوظيفية المنصوص عليها بالمادة (١٠٤) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، إلا أن اختصاصها لا يمتد إلى ما تعلق منها بالطعن في أحكام مجلس التأديب المختص بمحاكمة أعضائه وتوقيع مما يجوز توقيعها على عضو منهم"[٢].

كما يراعى أن المادة (٣٩) من قانون إعادة تنظيم النيابة الإدارية نصت على أن يكون الطعن في أحكام مجلس التأديب الخاص بأعضاء النيابة الإدارية أمام الدائرة المختصة بالمحكمة الإدارية العليا في المادة (٤) مكرراً –١ من هذا القانون خلال ستين يوماً من صدور الحكم.

ومن ثم، بإجراء المقارنة بين ما جاء بنص المادة (١٠٤) من قانون مجلس الدولة، وبنص المادة (٣٩) من قانون النيابة الإدارية، يتضح أن أعضاء النيابة الإدارية في مركز قانوني أفضل من أعضاء مجلس الدولة من حيث إمكانية الطعن في قرارات مجلس التأديب الخاص بهم أمام جهة مستقلة ومحايدة، عكس الحال بالنسبة لأعضاء مجلس الدولة الذين أصبحوا – بعد حكم المحكمة الإدارية العليا السالف الإشارة إليه – لا يملكون الطعن على قرارات مجلس التأديب الصادرة بشأنهم، الأمر الذي حدا ببعض أعضاء مجلس الدولة الدفع بعدم دستورية المادة (١٠٤) من قانون مجلس الدولة.

وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أن مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة يشكل من سبعة من أقدم أعضائه، ويفصل في خصومة موضوعها الدعوى

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية عام ١٩٦٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٧ أبريل ١٩٨٤، الطعن رقم ٩٤٨ لسنة ٢٧ قضائية مجموعة أحكام الإدارية العليا لسنة ٢٩ قضائية، ص ١١٦٠.

التأديبية وذلك بعد إعلان العضو بموضوع الدعوى والأدلة المؤيدة لها وتكليفه بالحضور أمامه، وتمكينه من إبداء دفاعه وتحقيقه، ثم يحسم فيها بحكم مسبب، تتلى أسبابه عند النطق به، وهى جميعاً إجراءات قضائية توفر لمن يمثل أمامه من أعضاء مجلس الدولة كل سبل الدفاع عن حقوقهم وتكفل لهم جميع ضمانات التقاضى، وبالتالى فإن مجلس التأديب أعضاء مجلس دولة يعتبر هيئة قضائية عهد إليها باختصاص قضائى محدد، ويكون ما يصدر عنه في هذا الشأن أحكاماً قضائية وليست قرارات إدارية"(١).

ومن ثم، فإن قرارات مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة لا يجوز الطعن فيها أمام ذات الدائرة التي تنظر شئون أعضاء مجلس الدولة. مما يعنى أن قرارات مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة تعد – طبقاً لحكم المحكمة الدستورية العليا – أحكاماً قضائية نهائية، ولا يجوز الطعن عليها، ولا يسرى عليها – بالتالى – مبدأ التقاضى على درجتين، ولا ينطوى ذلك على مخالفة للدستور.

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر لها – في هذا الصدد – إلى: " أن ما ينص عليه المشرع من عدم جواز الطعن في بعض الأحكام القضائية، لا مخالفة فيه لنصوص التي لا تحول دون قصر التقاضى على درجة واحدة في المسائل التي فصل الحكم فيها"(٢).

ب- نهج القضاء الدستورية بعد صدور قانون التحكيم

ويمكن إبراز ذلك النهج من خلال استعراض بعض الأحكام الصادرة في هذا الشأن.

قضت المحكمة الدستورية إلى أنه: " من المقرر أنه فيما عدا الأحوال التي تفصل فيها المحاكم في نزاع يدخل في إطار اختصاصها الانتهائى، ويكون قصر حق التقاضى في شأن المسائل التي يفصل الحكم فيها على درجة واحدة، واقعاً في إطار

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٦ مايو ١٩٨٢، القضية الدستورية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية " دستورية "، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء الثاني (الأحكام الصادرة من أكتوبر ١٩٨١ حتى ديسمبر ١٩٨٣)، ص ٥٠.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٧ ديسمبر ١٩٩١، في القضية الدستورية المقيدة بجدول المحكمة برقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، منشور بالجريدة الرسمية في ١٩ ديسمبر ١٩٩١ (العدد ٥١ تابع).

السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، وفي الحدود التي يقتضيها الصالح العام، فإن الأصل في الأحكام التي تفصل بصفة ابتدائية في النزاع الموضوعي هو جواز استئنافها، إذ يعتبر نظر النزاع على درجتين ضمانة أساسية للتقاضي لا يجوز حجبها عن المتخاصمين بغير نص صريح ووفق أسس موضوعية، بمؤداة: أن الخروج عليها لا يفترض، وذلك سواء نظر إلى الطعن استئنافياً في الأحكام الصادرة بصفة ابتدائية باعتباره طريقاً محتوماً لمراقبة سلامتها وتقويم إعوجاجها، أم كوسيلة لنقل النزاع برمته، وبكامل العناصر التي تشتمل عليها إلى المحكمة الاستئنافية لتنظر بصرها فيه من جديد باعتبار أن حكماً واحداً في شأن هذا النزاع لا يقدم ضماناً كافياً يرعى العدالة، ويضمن فعالية إدارتها وفقاً لمستوياتها التي التزمتها الدولة المتحضرة[١]".

كما أكدت المحكمة الدستورية في حكم آخر لها: " بأن قصر التقاضي في المسائل التي فصل فيها على درجة واحدة، وإن كان يدخل في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع، وبالقدر وفي الحدود الضيقة التي تقتضيها مصلحة عامة لها ثقلها[٢]، إلا أن المشرع إذا اختار التقاضي على درجتين، فإن كلاً منهما ينبغي أن تستكمل ملامحها، وأن يكون استنفاذها بعد الانتفاع من ضماناتها دون نقصان، ذلك أن التقاضي على درجتين كلما كان مقرراً بنصوص آمرة يعتبر أصلاً في اقتضاء الحقوق المتنازع عليها، ومؤداة أن الخصومة القضائية لا تبلغ نهايتها إلا بعد استغراقها لمرحلتيها بالفصل استئنافياً منها. ولا يعني ذلك الحكم عدول المحكمة الدستورية العليا عن قضائها السابق في هذا الشأن، لأنها أكدت في حكمها المذكور ما مؤداه جواز انغلاق طرق الطعن في الأحكام، بشرط أن يتحدد وفق أسس موضوعية لا يندرج تحتها مجرد سرعة الفصل في القضايا بما يناقض طبيعتها ومع مراعاة مبدأ المساواة أمام القانون"[٣].

كذلك قضت ذات المحكمة في حكم آخر لها بأن: " الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها بضوابط معينة

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥، في القضية المقيدة بجدول المحكمة برقم ٣٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية".

(٢) حكم محكمة الدستورية العليا بجلسة ٧ فبراير ١٩٩٨، في القضية المقيدة بجدول المحكمة رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ (العدد ٨).

(٣) حكم محكمة الدستورية العليا بجلسة ٧ فبراير ١٩٩٨، هذا الحكم سبق الإشارة إلى بياناته.

تعتبر حداً لها، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه ليس ثمة تناقض بين حق التقاضى كحق دستورى بين تنظيمه تشريعياً بشرط ألا يتخذ المشرع هذا التنظيم وسيلة لحظر حق التقاضى أو إهداره، كما أن قصر التقاضى على درجة واحدة هو مما يستقل المشرع بتقديرية بمراعاة أمرين: أولهما: أن يكون هذا القصر قائماً على أسس موضوعية تمليها طبيعة المنازعة، وخصائص الحقوق المثارة فيها.

ثانيهما: أن تكون الدرجة الواحدة محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى من حيث تشكيلها وضماناتها، والقواعد المعمول بها أمامها، وأن يكون المشرع قد عهد إليها بالفصل في عناصر النزاع جميعها – الواقعية منها والقانونية – فلا تراجعها فيما تخلص إليه من ذلك جهة أخرى"[١].

▪ قضاء المحكمة الدستورية إزاء المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم[٢]

أقرت المحكمة الدستورية العليا في حكم لها هام وحديث سلامة التنظيم التشريعى لقانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذى حظر الطعن في أحكام التحكيم بمختلف طرق الطعن العادية وغير العادية فيها.

ومن منطلق أهمية ذلك الحكم لكونه وثيق الصلة بموضوع البحث، فإن الباحثة تحرص على إيراد بعض الحيثيات بقدر من الإسهاب للإلمام بالأسانيد القانونية المبررة لتقرير التقاضى على درجة واحدة.

حيث جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية في هذا الشأن ما نصه: " ... وحيث أن الشركة المدعية تنعى على نص المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه مخالفته للدستور، من وجهة أنه ينطوى على الإخلال بمبدأ التقاضى على درجتين، وبالتالى الإخلال بالحماية الدستورية للحق في التقاضى" ... وفي رد المحكمة على هذا الدفع جاء ما هو نصه: " وحيث أن التنظيم التشريعى

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٢ سبتمبر ٢٠٠٢، في القضية المقيدة بجدول المحكمة ٢١٩ لسنة ٢١ قضائية "دستورية"، الجزء العاشر (الذي يشمل الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول أكتوبر ٢٠٠١ حتى آخر أغسطس ٢٠٠٣)، ص ٦٤٥.

(٢) تنص الفقرة (٢) من المادة (٥٤) على أن: " تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجارى الدولى المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون. وفي غير التحكيم الدولى يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع".

الذي أندرجت أحكامه في الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، وكذلك في أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المشار إليها، يحظر أصلاً الطعن في أحكام التحكيم بمختلف طرق الطعن العادية منها وغير العادية. ذلك أن اللجوء إلى التحكيم الاتفاقى يتأسس في نشأته، وإجراءاته، وما يتولد عنه من قضاء على إرادة أطرافه، التي تتراضى بحرياتها على اللجوء إليه كوسيلة لفض منازعاتهم، بدلاً من اللجوء إلى القضاء، واحتراماً لهذه الإرادات، واعترافاً بحجية أحكام التحكيم ووجوب نفاذها من جهة، ومواجهة الحالات التي يصاب فيها حكم التحكيم بعوار ينال من مقوماته الأساسية، ويدفعه إلى دائرة البطلان بمدارجه المختلفة. من جهة أخرى، أقام المشرع توازناً دقيقاً بين هذين الأمرين من خلال سماحه بإقامة دعوى البطلان الأصلية، بشروط محددة، في شأن حكم التحكيم، مستصحباً الطبيعة القضائية لهذا الحكم ليسوى بينه وبين أحكام المحاكم القضائية بصفة عامة، من حيث جواز إقامة دعوى بطلان أصلية في شأنها، احتراماً للضمانات الأساسية في التقاضى، وبما يؤدى إلى إهدار أى حكم يفتقر في مصدره إلى المقومات الأساسية للأحكام القضائية. وإذ عهد المشرع، من خلال التنظيم السابق، بدعوى بطلان حكم المحكمين إلى محكمة الدرجة الثانية، وليس إلى محكمة الدرجة الأولى، فإن ذلك لا يرتب في ذاته مساساً بالحق في التقاضى. ذلك أن تحديد اختصاصات الهيئات القضائية هو أمر متروك للمشرع طبقاً لنص المادة (١٦٧) من الدستور. فضلاً عما هو مقرر من أنه ليس ثمة تناقض بين الحق في التقاضى كحق دستورى أصيل، وبين تنظيمه تشريعياً بشرط ألا يتخذ المشرع من هذا التنظيم وسيلة إلى حظر ذلك الحق أو إهداره. وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن قصر التقاضى في المسائل التي يفصل فيها الحكم على درجة واحدة لا يناقض الدستور، وإنما يدخل في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، والتي تحرره من التقيد بأية أشكال محددة، أو بأنماط جامدة تستعصى على التغيير أو التعديل، بحيث يكون له أن يختار من الصور والإجراءات المناسبة لأنقاذ هذا الحق، ما يكون في تقديره الموضوعى أكثر اتفاقاً مع طبيعة المنازعة التي يعهد بالفصل فيها إلى محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى، دون إخلال بالضمانات الأساسية في التقاضى. لما كان ذلك، وكان المشرع قد أعمل سلطته التقديرية في النص الطعين، مستلهما الطبيعة الخاصة لأحكام المحكمين، والتي تستهدف احترام إرادة أطرافه، ومراعياً ما تستلزمه الضمانات الأساسية في التقاضى من وجوب إهدار أى حكم قضائى فاقد المقومات الأساسية وأركانه، فأجاز إقامة دعوى البطلان الأصلية في

شأن حكم التحكيم بشروط وضوابط محددة، وعقد الاختصاص بها لمحكمة الدرجة الثانية لتنظرها على درجة واحدة، لتكشف عن أى عوار عساه أصابها، تقديراً منه أن هذا المسلك هو الأنسب إلى طبيعة المنازعة التحكيمية، ومقتضيات سرعة حسمها، فإن هذا الأمر لا يكون فيه إخلال بالحق في التقاضى، وتنظيمه الدستورى، وبالتالى يكون النعى بمخالفة النص الطعين لمبدأ التقاضى على درجتين والحق في التقاضى غير سديد، ويتعين الالتفات عنه. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة برفض الدعوى ومصادرة الكفالة، وألزمت المدعية المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماه"(١).

ولأهمية ذلك الحكم، فإن الباحثة تحرص على اقتباس ما جاء به ويكون وثيق الصلة بموضوع البحث، وتستخلص منه أنه ليس ثمة تناقض بين الحق في التقاضى كحق دستورى أصيل، وبين تنظيمه تشريعياً بشرط لا يتخذ المشرع من هذا التنظيم وسيلة إلى حظر ذلك الحق أو إهداره. وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن قصر التقاضى في المسائل التي يفصل فيها الحكم على درجة واحدة لا يناقض الدستور، وإنما يدخل في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، والتي تحرره من التقيد بأشكال محددة أو بأنماط جامدة.

ويتضح من أحكام المحكمة الدستورية العليا إزاء مبدأ التقاضى على درجتين أنه لم يكن ثمة تهاتر في حيثيات بعضها البعض، بل كانت جميعها متناسقة فيما بينها لتقرير قصر التقاضى على درجة واحدة لا يناقض نص ما بالدستور، ولاسيما حق التقاضى هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى أنه بتلك الأحكام أصبح قضاء المحكمة الدستورية قضاءً راسخاً في هذا الشأن.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٩ مايو ٢٠٠٤، في القضية رقم ١٥ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية"، منشور في الجزء الحادى عشر، المجلد الأول (يشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول أكتوبر ٢٠٠٣ حتى آخر أغسطس ٢٠٠٦)، ص ٧٧٥ – ٧٧٦.

مطلب ثان: دور القضاء الدستوري في تقويم عوار بعض نصوص قانون التحكيم وغيرها عن طريق الحكم بعدم دستوريتها وأحكام أخرى ذات صلة بالتحكيم

ولإبراز دور القضاء الدستورى في هذا الشأن، فإن ذلك يقتضى استعراض ذلك الدور من خلال الفروع الآتية:

فرع أول: تقويم عوار بعض نصوص قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

تعرضت المحكمة الدستورية العليا في مصر لطعنين يتعلقان بعدم دستورية نصين من نصوص قانون التحكيم، وهو ما يتم تناول كل نص من واقع حيثيات بحكم المحكمة الدستورية في هذا الشأن من خلال هاتين النقطتين.

أولاً: نص البند (١) من المادة (١٩) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

حيث ينص البند (١) على أن: " يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده فصلت هيئة التحكيم في الطلب"[(١)].

وقد تم الدفع بعدم دستورية البند (١) – سالف الذكر – فيما تضمنه من تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في طلب الرد، أمام محكمة استئناف القاهرة التي قدرت جدية الدفع، وأذنت للمدعية، برفع دعوى دستورية في هذا الشأن.

---

(١) يراعى أن المشرع المصرى قبيل صياغته للبند (١) – سالف الذكر – قد استأنس وتأثر بالأحكام ذات الصلة الواردة بالقانون النموذجى للتحكيم التى اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (اليونسيترال – UNCITRAL) في ٢١ يونية ١٩٨٥؛ إذ تنص الفقرة (٢) من المادة (١٣) من القانون النموذجى على أن: " ... فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد، فعلى هيئة التحكيم أن تبت في طلب الرد".

بتاريخ السادس من مايو ١٩٧٧، أودعت المدعية صحيفة الدعوى الدستورية قلم كتاب المحكمة الدستورية[١] طالبة الحكم بعدم دستورية نص البند (١) من المادة (١٩) من قانون التحكيم؛ إذ تنعى المدعية على النص المطعون فيه مخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية بجعله الخصم في نزاع ما حكماً فيه، وإخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون، إذ أهدر ضمانة الحيدة الواجب توافرها في المحكمين، في حين استلزم الدستور توافرها في كل من يشغل عملاً قضائياً، الأمر الذي يشكل تمييزاً غير مبرر بإسقاطه ضمانة الحيدة التي يتطلبها كل عمل قضائى عن فئة من المتقاضين، بينما هى مكفولة لغيرهم، وتنطوى كذلك على مساس بحق التقاضى، وذلك بالمخالفة للمواد (٢)، (٤٠)، (٦٨) من الدستور ١٩٧١[٢].

وقد جاء بقضاء حكم المحكمة الدستورية العليا للتصدى إلى كل ما سبق ذكره ما نصه: " ... وحيث إن الحق في رد قاض بعينه عن نظر نزاع محدد وثيق الصلة بحق التقاضى المنصوص عليه في المادة (٦٨) من الدستور، ذلك أن مؤداه أن لكل خصومة – في نهاية مطافها – حلاً منصفاً يمثل الترضية القضائية التي يقتضيها رد العدوان على الحقوق المدعى بها. وتفترض هذه الترضية أن يكون مضمونها موافقاً لأحكام الدستور، وهى لا تكون كذلك إذا كان تقريرها عائداً إلى جهة أو هيئة تفتقر إلى استقلالها أو حيدتها أو هما معاً، ذلك أن هاتين الضمانتين – وقد فرضهما الدستور على ما تقدم – تعتبران قيداً على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في

---

(١) قيدت الدعوى برقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية " دستورية ".

(٢) وتتعلق الوقائع التي قضت محكمة استئناف القاهرة فيها بجدية الدفع، إن شركة ستاركو للفنادق والسياحة أبرمت عقد استثمار مع شركة أى اتش أس العالمية للخدمات الفندقية المحدودة. وقد نص في هذا العقد على أنه إذا ثارت منازعات بشأن تنفيذ العقد وتعذرت تسويتها ودياً فإن الأطراف سوف تلجأ إلى التحكيم الذي يعقد في إطار مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى.

وقد نشب نزاع بين الطرفين، فإن شركة أى اتش أس العالمية تقدمت بطلب التحكيم إلى مركز القاهرة الإقليمى، وأثناء نظرة طلبت شركة ستاركو رد هيئة التحكيم على سند من أنها قد مالت بإجراءاتها عن حيادها، إلا أن هيئة قضت بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٠ برفض طلب الرد تأسيساً على انتفاء أسبابه. فطعنت شركة ستاركو على حكم هيئة التحكيم أمام محكمة استئناف القاهرة، بتقرير طعن قيد برقم ٢٠٩٣٢ لسنة ١١٢ قضائية طالبة إلغاءه والقضاء برد هيئة التحكيم، وأثناء نظر الطعن دفعت بعدم دستورية البند (١) من المادة (١٩) من قانون التحكيم.

مجال تنظيم الحقوق، ومن ثم يلحق البطلان كل تنظيم تشريعى للخصومة القضائية على خلافهما".

كما أضافت المحكمة: " وحيث إن البين من نص البند (١) من المادة (١٩) – المطعون على عجزه – إنه إذا لم يتنح المحكم المطلوب رده فصلت هيئة التحكيم في الطلب، فدلت بذلك على أنها ناطت الفصل في خصومة رد المحكم، بهذا المحكم نفسه طالما أنه لم يتنح وظل متمسكاً بنظر النزاع الأصلى، إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة منه وحدة؛ أما إذا كانت تلك الهيئة مشكلة من أكثر من محكم وكان طلب الرد يتناول بعضهم يشملهم جميعاً اختصوا بالفصل في هذا الطلب. وقد كشفت الأعمال التحضيرية لنص البند المطعون عليه، عن أن المشرع قد اعتبر حكمه يظاهر استقلال هيئة التحكيم باعتباره من المبادئ الأصولية التي تقوم عليها الأنظمة المتقدمة في التحكيم".

كذلك جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية: " وحيث إن من المقرر أن مبدأ خضوع الدولة للقانون – محدداً على ضوء مفهوم ديمقراطى – مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق والضمانات التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية، مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وكان لا يجوز أن يكون العمل القضائى موطناً لشبهة تداخل تجرده ويُثير ظلالاً قائمة حول حيدته، فلا يطمئن إليه متقاضون استرابوا فيه بعد أن صار نائياً عن القيم الرفيعة للوظيفة القضائية، وكان النص الطعين قد خول هيئة التحكيم الفصل في طلب ردها لتقول كلمتها في شأن يتعلق بذاتها وينصب على حيادها، وكان ذلك مما ينافى قيم العدل ومبادئه وينقض مبدأ خضوع الدولة للقانون وينتهك ضمانة الحيدة التي يقتضيها العمل القضائى بالنسبة إلى فريق من المتقاضين، بينما هى مكفولة لغيرهم، فإنه بذلك يكون قد خالف أحكام المواد (٤٠)، (٦٥)، (٦٧)، (٦٨)، (٦٩) من الدستور، ولا ينال من ذلك ما أشارت إليه هيئة قضايا الدولة في مذكرة دفاعها بأن نظام التحكيم اتخذته معظم الدول منهاجاً وطريقاً لحل المنازعات في مجال التجارة الدولية؛ ذلك إن الرقابة القضائية على دستورية التشريع التي تباشرها هذه المحكمة – على ما جرى به قضاؤها – مناطها تعارض النصوص القانونية المطعون عليها، مع الأحكام التي تضمنها الدستور، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي تقرها السلطة التشريعية أو تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها، ومن ثم تمتد تلك الرقابة إلى النص المطعون فيه بعد أن أقرته السلطة

التشريعية ولو كان قد استعار قواعده أو بعضها من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى المشار إليه".

وخلصت المحكمة إلى أنه: " وحيث إن إبطال هذه المحكمة للنص الطعين، يقتضى تدخل السلطة التشريعية لإقرار نص بديل يتلافى العوار الدستورى السابق بيانه. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية العبارة الواردة بالبند (١) من المادة (١٩) من قانون التحكيم، والتي تنص على أنه "فضلت هيئة التحكيم في الطلب"[١].

ذهب جانب من الفقه[٢] – في إطار التعقيب على ما جاء ببعض حيثيات المحكمة الدستورية – إلى أن ما حرصت المحكمة الدستورية على تأكيده – في هذا الصدد – جدير بالتأييد ليس فقط لما بنت عليه المحكمة قضائها من ممارسة الرقابة القضائية الدستورية، ولكن لسبب آخر تعرضت له المحكمة الدستورية، ويتعلق بأن القانون النموذجى للتحكيم ليس معاهدة دولية أبرمتها مصر فتحترم قواعدها باعتبارها تعلوا على الدستور، وإنما يعد مجرد قواعد قانونية لكل دولة الحرية في أن تتبنى ما تراه منها ملائماً لها. ويترتب على ذلك التبنى أن تصبح هذه القواعد مجرد قواعد وطنية يتعين خضوعها للرقابة الدستورية في الدولة دون أن تشكل هذه الرقابة أدنى مساس بالقانون النموذجى للتحكيم[٣].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٦ نوفمبر ١٩٩٩، القضية رقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية "دستورية"، منشور في الجزء التاسع الصادر عن المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١)، من ص ٣٨٥ إلى ص ٣٩٧.

(٢) د. حفيظة السيد حداد، الدور الإنشائى والخلاق للقضاء في إطار التحكيم، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي تصدر عن الاتحاد العربي للتحكيم الدولى، العدد التاسع – أغسطس ٢٠٠٦، ص ٩٢.

وتشير الباحثة إلى أنه جاء بعنوان المقال للفقيهة الكبيرة كلمة " ... الخلاق ...". ولا تحبذ الباحثة استخدام كلمة "خلاق" للتعبير عما هو من صنع البشر، وتدعو إلى قصر استخدام هذه الكلمة وكذلك كلمة " خلق " للتعبير عما هو من خلق الله سبحانه وتعالى، امتثالاً لقول الحق تبارك وتعالى في الآية رقم ٥٩ من سورة الواقعة: " أأنتم تخلقونه أم نحن الخالقون".

(٣) جدير بالذكر أن الجمعية العامة بمنظمة الأمم المتحدة قررت بتاريخ ١٧ ديسمبر ١٩٦٦ إنشاء لجنة دائمة تسمى "لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية" "The United Nations Commission of International Trade Law"=.

وقد اضطر المشرع المصري – في ضوء مناشدة حكم المحكمة الدستورية بتدخل السلطة التشريعية على النحو السالف ذكره – إلى إصدار القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ مستبدلاً البند (١) من المادة(١٩) من قانون التحكيم التي قضى الحكم بعدم دستوريته نصاً جديداً يقرر اختصاص المحكمة المشار إليها في المادة(٩) من قانون التحكيم بالفصل في طلب الرد(١).

ذهب جانب من الفقه – في إطار إبراز علة صياغة البند (١) إبان سن قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ – إلى أن الذى دفع المشرع المصري إلى ما كان يقرره من جعل الاختصاص بالفصل في طلب الرد لهيئة التحكيم ذاتها رغبته في سرعة اتخاذ القرار تجنباً لتعطيل عملية التحكيم، مكتفياً بتخويل طالب الرد الحق في الطعن في الحكم الصادر في طلب الرد أمام القضاء. وخلص إلى أن ذات المشرع ونزولاً على حكم المحكمة الدستورية العليا ترجيح اعتبارات العدالة على اعتبارات السرعة(٢).

= وتعرف اختصار باسم: اليونسيترال – UNCITRAL وهى الحروف الأولى من الكلمات المكونة لاسم هذه اللجنة.

وتهدف لجنة اليونسيترال إلى تنسيق وتوحيد القواعد القانونية في مجال التجارة الدولية. لذا، فقد أنجزت عدداً من القوانين النموذجية منها:

القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى في يوليو ١٩٨٥. وقد سبق هذا القانون النموذجى وضع مجموعة قواعد التحكيم سنة ١٩٧٦، وهى القواعد المعروفة باسم " قواعد اليونسيترال للتحكيم الدولى"، والتي تتبناها بعض منظمات التحكيم من ذلك مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجاري الدولى. ذهب جانب من الفقه إلى أن المشرع المصرى استعان بالقانون النموذجى للتحكيم عند وضع قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. أنظر د. محمود سمير الشرقاوى، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٤٦ وما بعدها.

(١) جاء سياق البند (١) بعد استبداله بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ كالآتي: " يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم ينتج المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن".

(٢) د. أحمد السيد صاوى، الوجيز في التحكيم (طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية)، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة ٢٠١٣، ص ١٨٢.

وترى الباحثة أن تعديل البند (١) بهذا النحو – سالف الذكر – يحمل في طياته العودة إلى ما كانت تنص عليه نصوص التحكيم الملغاة[١] التي كان يتضمنها قانون المرافعات، حيث كانت تجعل الفصل في طلب رد المحكم من اختصاص القضاء لتتحقق بذلك الحيدة من خلال تجنب تعارض المصالح، حيث تكون هيئة التحكيم بمثابة الخصم والحكم في ذات الوقت إذا أوسد لها الفصل في طلب الرد[٢]، وهو ما يخالف المنطق القانونى وينافى قيم العدل ومبادئه، ويشكل إهداراً لفكرة الرد كضمانة أساسية لطرفى التحكيم في مواجهة من يختارهم كمحكمين[٣].

ويستخلص من البند (١) بعد تعديله – على النحو السالف ذكر – بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

---

(١) إذ تنص المادة (٥٠٣) الملغاة من قانون المرافعات المدنية والتجارية – في هذا الصدد – على أن: "... ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى ...".
كما تنص (المادة الثالثة) من مواد إصدار القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن: " تلغى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية ...".
ذهب جانب من الفقه – في إطار إبراز إطلالة على مواد الإصدار – إلى أن قانون الإصدار يتضمن عدداً محدوداً من المواد تتضمن أحكاماً بشأن العمل بالقانون بالمرفق وهو القانون الصادر بقانون الإصدار، وبصدد إلغاء ما يستهدف القانون الجديد المرفق إلغاءه، وأضاف أن مواد قانون الإصدار يجرى ترقيمها بأرقام مسلسلة تكتب لقلتها حروفاً وتستقل في ترقيمها عن ترقيم مواد القانون المرفق التي تكتب بالأرقام. أنظر د. سرى محمود صيام، صناعة التشريع (الكتاب الأول)، دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ١٨٧ – ١٩٠.
(٢) وهو ما تقرر صراحة المادة ١/١٩ من قانون التحكيم العمانى.
(٣) المحكمة الدستورية العليا، جلسة ٦ نوفمبر ١٩٩٩، في القضية رقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية " دستورية"، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا. http:www.hccourt.gov.egوكذلك منشور في الجزء التاسع والصادر عن المحكمة (ويشتمل على الأحكام التى أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١)، ص ٢٩٦ – ٢٩٧.

١- إن ما انتهى إليه المشرع المصري بعد التعديل الذي أجراه على البند (١) من تخويل الاختصاص بطلب رد المحكم إلى جهة القضاء يمثل المسلك ذاته المتبع لدى غالبية تشريعات الدول العربية[١].

٢- وفقاً لنص المادة(١/١٩) من قانون التحكيم المصرى – بعد تعديلها بموجب القانون رقم٨ لسنة٢٠٠٠ – يتعين تقديم طلب الرد إلى هيئة التحكيم وليس إلى المحكمة المختصة مباشرة، حيث أن هيئة التحكيم هى الجهة التي خصها المشرع فقط بتلقى طلب الرد، بينما تختص المحكمة المشار إليها في المادة(٩) من قانون التحكيم بالفصل في طلب الرد في حالة عدم تنحى المحكم عن نظر النزاع خلال المدة المحددة قانوناً وإحالته لها من قبل هيئة التحكيم[٢].

٣- ويتعين أن يقدم الطلب كتابة، فلا يجوز إذاً تقديمه شفاهة في الجلسة حتى ولو كان ذلك في حضور الخصم الآخر. ويجب أن يبين في الطلب أسباب الرد وأى الوقائع والظروف المحددة التي لها سند في الأوراق والتي تصلح كمبرر معقول للشك في حيدة المحكم، أو في استقلاله. كما يصبح طالب الرد ملزماً ببيان وقت علمه بتوافر سبب الرد إذا تعلق الأمر برد المحكم الذي عينه، لأنه لا يجوز تقديم طلب الرد في هذه الحالة إلا لسبب تبينه الطالب بعد تعيين المحكم[٣]. وقد ذهب البعض إلى أن هذا الشرط يبدو منطقياً لأنه إذا كان سبب الرد معروفاً لطالب الرد قبل اختياره للمحكم

---

(١) حيث اعتد بهذا المسلك على سبيل المثال كل من: المشرع الإماراتي (مادة ٤/٢٠٧ من قانون الإجراءات المدنية)؛ والمشرع التونسى (مادة ٤/٢٢ من قانون التحكيم)؛ والمشرع اللبنانى (مادة ٢/٧٧٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد)؛ والمشرع اليمنى (مادة ٢٤ من قانون التحكيم)؛ والمشرع السورى (مادة ١/١٩ من قانون التحكيم)؛ والمشرع العراقي (مادة ١/٢٦١ من قانون المرافعات المدنية والتنفيذ)؛ والمشرع السعودى (مادة ١/١٢ من نظام التحكيم)؛ والمشرع الليبى (مادة ٧٤٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية)؛ والمشرع القطرى (مادة ٢/١٩٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية)؛ والمشرع الأردنى (مادة ١٨/أ من قانون التحكيم).

(٢) أنظر في ذلك: حكم محكمة استئناف القاهرة – دائرة ٩١ تجارى– جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٢، في دعوى التحكيم رقم١٢٠ لسنة ١١٩ق.

(٣) إذ تنص الفقرة (٢) من المادة (١٨) من قانون التحكيم المصري على أنه: " لا يجوز لأى من طرفى التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين".

فكان من واجبه الامتناع عن اختياره[١]. وفضلاً عن ذلك، فقد نصت المادة (٢/١٩) من قانون التحكيم على أنه " لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب رد المحكم نفسه في ذات التحكيم"[٢]. والهدف الذي يبتغيه المشرع المصرى من وضع الضوابط السابقة – طبقاً لما ارتأه جانب من الفقه – هو ألا يتخذ الخصوم من الرد وسيلة سهلة لتعمد تعطيل إجراءات التحكيم[٣].

٤- وإذا قدم طلب الرد إلى هيئة التحكيم، فإن للمحكم المطلوب رده أن يتنحى من تلقاء نفسه. ولا يعتبر التنحى إقراراً بصحة أسباب الرد. ولاشك أن المحكم لابد وأن يستشعر الحرج من نظر النزاع بعد أن يقدم طلب برده. فإذا لم ينتح المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، فعلى هيئة التحكيم إحالة الطلب (بغير رسوم) إلى المحكمة المشار إليها في المادة(٩) من قانون التحكيم للفصل فيه، أى إلى محكمة استئناف القاهرة إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، ومحكمة أول درجة المختصة إذا لم يكن كذلك.

٥- بعد أن أناط المشرع في قانون التحكيم بالمحكمة المختصة الفصل في طلب الرد نص في الشطر الأخير من البند (١) من المادة (١٩) على أن الحكم الصادر في طلب الرد لا يقبل الطعن فيه[٤]. وهو نهج محمود وصائب من المشرع المصري من أجل الحيلولة دون استطالة أمد النزاع في هذا الشأن، الأمر الذي يتفق وما يقتضيه التحكيم من سرعة حسم كل ما يثور بشأنه من مشكلات. ونهج المشرع المصري في هذا الشأن مستسقى من القانون النموذجى للتحكيم (اليونسيترال)؛ إذ تنص الفقرة (٣) من المادة (١٣) من القانون النموذجى على أن: "... جاز للطرف الذي قدم طلب الرد أن يطلب من المحكمة، أن تبت في طلب الرد، وقرارها في ذلك يكون غير قابل لأى طعن ...".

---

(١) د. أسامة روبى عبد العزيز الروبى، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسى (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة – العدد ٨٣، ٢٠١٠ ص ٥٨١.

(٢) وهو ذات الضابط الذي اعتد به كل من: المشرع العمانى في المادة (٢/١٩) بقانون التحكيم، والمشرع السورى في المادة (٤/١٩) تحكيم، والمشرع الأردنى في المادة (١٨ / ب) تحكيم.

(٣) د. أحمد السيد صاوى، الوجيز في التحكيم، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٤) إذا إلى ما سبق تناوله بقدر من التفصيل مبدأ التقاضى على درجتين وموقف كل من المشرع المصري والقضاء الدستورى إزائه.

وترى الباحثة أنه كان من الأجدر من المشرع المصرى أن يتبع مسلك المشرع الفرنسى في هذا الشأن؛ إذ خولت المادة ١٤٦٣ من قانون المرافعات الفرنسى رئيس المحكمة – وليس المحكمة بكامل هيئتها – سلطة الفصل في طلب الرد على وجه الاستعجال باعتباره قاضياً للأمور المستعجلة، على نحو يتم السرعة بشكل فعلى وملموس في الفصل في طلب الرد، ويكون المشرع الفرنسى بهذا النهج قد طوع القواعد الحاكمة للتحكيم على نحو يحقق فعالية السرعة لمنظومة التحكم التي تعد من سماته، والعدالة الناجزة من حسناته، بعكس لو أسند الفصل في طلب الرد للمحكمة المختصة بكامل أعضائها، حيث يتطلب الأمر – في هذه الحالة إتباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى–، وما يستلزم ذلك من إعلانات ومراحل نظرها إلى أن يصدر الحكم، إذ من شأن هذه الإجراءات تعطيل الفصل في طلب الرد. لذا، توصى الباحثة – من هذا المنطلق – المشرع المصري بتبنى نهج المشرع الفرنسي وإجراء تعديل تشريعى آخر على ذات البند (١) من المادة (١٩) في هذا الشأن.

لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم

ينص البند (٣) من المادة (١٩) على أنه: " لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم، وإذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم، بما في ذلك حكم المحكمين، كأن لم يكن".

ويتضح من سياق النص القانوني للبند (٣) – سالف الذكر – الآتي:

أ- وفقاً للمادة ٣/١٩ من قانون التحكيم: " لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم". وهذا يعنى أن طلب رد المحكم على خلاف طلب رد القاضى[١]، لا يترتب عليه وقف إجراءات التحكيم، وإنما تستمر الإجراءات رغم طلب الرد.

وقد أثيرت أمام المحكمة الدستورية مسألة عدم دستورية نص البند (٣) – سالف الذكر – من المادة (١٩) من قانون التحكيم فيما يقضى به من أن رفع دعوى

(١) طبقاً للمادة ١٦٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية والمعدلة بموجب بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، أنه يترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم فيه...". ذهب جانب من الفقه – في إطار التعقيب في هذا الشأن – إلى أن الوقف يتم في هذه الحالة بقوة القانون دون حاجة لحكم يقرره أو سلطة تقديرية من جانب المحكمة في تقريره. بحيث يعتبر أى حكم أو إجراء يتخذ في الخصومة بعد تقديم طلب الرد منعدماً. أنظر د. أحمد السيد صاوى، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ١٦٢.

الرد لا يؤدى إلى وقف إجراءات التحكيم؛ إذ قضت ذات المحكمة برفض الدعوى وبدستورية نص المادة (٣/١٩) فيما تضمنته من النص على أن رفع دعوى الرد لا يترتب عليه وقف إجراءات التحكيم انطلاقاً من أن المشرع المصرى قد وازن بين ما تمليه الاعتبارات العملية لمنظومة التحكيم وبين احترام ضمانات التقاضى مرجحاً في ذلك الاعتبارات التي تقضى بسرعة الفصل في المنازعات التحكيمية دون التقيد بالأوضاع التقليدية للتقاضى، وذلك تجنباً لتعطيل إجراءات التحكيم(١). بيد أجازت قواعد بعض مراكز التحكيم العربية(٢) لهيئة التحكيم أن تقرر وفقاً لتقديرها للظروف والاحتمالات المصاحبة لطلب الرد إما الاستمرار في إجراءات التحكيم أو وقفها.

ب-ويتوقف – طبقاً للمادة (٣/١٩) أيضاً – مصير ما يتم من إجراءات في خصومة التحكيم بما فيها حكم المحكمين على الفصل في طلب الرد من المحكمة المختصة. ومن ثم، فإن المحكمة المختصة قد تنتهى في حكمها إلى أحد احتمالين:

الأول: أن تقبل طلب الرد، وتحكم برد المحكم. وهنا – وبنص الفقرة (٣) – سالف الذكر – يعتبر ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم، بما في ذلك حكم التحكيم، إن كان السير في إجراءات خصومة التحكيم لم يتوقف وانتهت خصومة التحكيم بصدور حكم فيها، اعتبر كل ذلك كأن لم يكن.

أما الاحتمال الثاني: فإنه يتمثل في رفض طلب الرد، إذا تبين للمحكمة المختصة أنه غير قائم على أساس، ولم يقصد منه سوى المماطلة والتسويف وتعطيل

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٢ نوفمبر ٢٠٠٣ في القضيتين رقمى ١١٤ و ١١٥ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية". منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا. http: www.hccourt.gov.eg.

وكذلك منشور في الجزء الحادى عشر – المجلد الأول – الصادر عن المحكمة (ويشتمل على الأحكام التى أصدرتها المحكمة من أول أكتوبر ٢٠٠٣ حتى آخر أغسطس ٢٠٠٦.

(٢) من ذلك، ما تنص عليه المادة (٢٧) من قواعد جمعية المجمع العربي للوساطة والتحكيم في الملكية الفكرية التابعة للمركز العربي للوساطة والتحكيم في الملكية الفكرية من أنه: "لهيئة التحكيم، بما لها من سلطة تقديرية أن توقف أو تواصل إجراءات التحكيم أثناء النظر في طلب الرد". أنظر في عرض هذه القواعد، الموقع الالكترونى:

http: //www.aipmas.org.

إجراءات التحكيم – وهنا – وبموجب الحكم الصادر من المحكمة القضائية المختصة تستعيد هيئة التحكيم ثقتها، بأعضائها وتعاود نظر الخصومة الموضوعية[١].

بيد ذهب جانب من الفقه إلى أن المشرع الكويتى لم يذكر حالة تقديم طلب بالرد من ضمن الحالات التي تقف فيها الخصومة أمام المحكمين في المادة ١٨٠ من قانون المرافعات الكويتى، فإن ذلك لا يعنى أنه لا يأخذ بهذه القاعدة، لأن تقديم طلب برد القاضى بوقف الخصومة أمامه بقوة القانون. ولأن المسألة يمليها المنطق القانوني فلا يجوز أن يستمر المحكم في عمله رغم تقديم طلب برده مما يؤثر على حيادة ويخل بحق الدفاع. واستطرد بأن قانون التحكيم المصرى أخذ بموقف مغاير تماماً حيث نص على أنه لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم وهو أمر – من وجهة نظره – غير منطقى. وأضاف إلى أنه لا يوجد سبب منطقى لاستمرار هيئة التحكيم في عملها رغم تقديم طلب الرد ويكون مصير هذه الإجراءات هو البطلان، ومن ثم بطلان حكم المحكمين الذي بنى عليها. وفي هذا مضيعة للوقت والجهد والمال وتقاضى المحكمون أتعاباً لا يستحقونها. وخلص إلى أنه من الغريب أنه قد دفع بعدم دستورية المدة (٣/١٩) لأن اتخاذ إجراءات من المحكم المطلوب رده أمر يتنافى مع حيادة، ولكن المحكمة الدستورية قضت للأسف في حكمها ٢ نوفمبر ٢٠٠٣ في الدعويين ١١٤، ١١٥ لسنة٢٤ قضائية " دستورية " برفض الدفع بعدم الدستورية على سند من القول بأن المشرع قد وازن لاعتبارات قدرها بين الاعتبارات العملية لمنظومة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات وبين احترام ضمانات التقاضى وذلك من أجل سرعة الفصل في المنازعات المعروضة على التحكيم دون التقيد بالأوضاع التقليدية في التقاضى. وهو تبرير لا يمكن التسليم به في العلم الإجرائى الصحيح[٢].

(١) وبعبارة أخرى، فإن الفقرة (٣) بهذا النحو تفترض أن سير الدعوى التحكيمية وإجراءاتها لم يتأثر بتقديم طلب الرد إلى هيئة التحكيم ابتداءً، ولا بإحالته نهائياً إلى المحكمة المختصة، فهى سائرة ومتوالية إجراءاتها، واستمرار موالاتها من جانب أطرافها، حتى الفصل في خصومة الرد، وهو نهج صائب من المشرع المصري ويتفق مع فلسفة منظومة التحكيم ولاسيما من منظور السرعة.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مؤسسة دار الكتب – الكويت، الطبعة الثانية ٢٠١٢، ص ٢٨٦ – ٢٨٧.

المبادئ المستخلصة من واقع حيثيات حكم المحكمة الدستورية تتمثل تلك المبادئ في الآتي:

- **ضمانات التقاضى**

امتداد ضمانة الفصل انصافاً في المنازعات على اختلافها – طبقاً للمادة ٦٧ من الدستور – إلى كل خصومة قضائية. حسم هذه المنازعات يتعين إسناده إلى جهة قضاء أو هيئة قضائية كفل القانون لها استقلالها وحيدتها وأحاط الحكم الصادر فيها بضمانات التقاضى.

- **التحكيم بديل عن القضاء**

التحكيم أصلاً مصدره الاتفاق وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت في الحقوق المتنازع عليها. التحكيم نظام بديل عن القضاء فلا يجتمعان.

- **حق الرد – حق التقاضى**

الحق في رد قاضى بعينه عن نظر نزاع محدد وثيق الصلة بحق التقاضى المقرر في الدستور.

- **سلطة قضائية – استقلال وحيدة**

تعادل ضمانتى استقلال السلطة القضائية وحيدتها في مجال اتصالها بالفصل في الحقوق انتصافاً لتكون لهما معاً القيمة الدستورية ذاتها من خلال تضامم وتكامل هاتين الضمانتين.

- **مبدأ خضوع الدولة للقانون**

مؤدى هذا المبدأ على ضوء مفهوم ديمقراطى ألا تخل التشريعات بالحقوق والضمانات التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية.

- **تشريع البند (١) من المادة (١٩) من قانون التحكيم**

ما نص عليه هذا البند من فصل هيئة التحكيم في طلب ردها يناقض ضمانة الحيدة التي يقتضيها العمل القضائى وينقض مبدأ خضوع الدولة للقانون. لذا، فإن

الأمر يقتضى ضرورة تدخل السلطة التشريعية لإقرار نص بديل يتلافى هذا العوار الدستور.

ثانياً: نص البند (٣) من المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصري

قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص البند (٣) من المادة (٨٥) من قانون التحكيم المصري[١]. وتنص المادة (٥٨) في فقرتها الثالثة على أنه: " لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً للمادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره".

ولقد أسست المحكمة الدستورية العليا قضائها بعدم دستورية البند (٣) – سالف الذكر – من المادة (٥٨) على مخالفة النص الطعين لمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور[٢]. إذ أن البند (٣) – سالف الذكر – بمنحه الطرف الذي يتقدم " بطلب تنفيذ حكم المحكمين الحق في التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ ليثبت توافر طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم على الضوابط الثلاثة التي نص عليها البند (٢) من ذات المادة[٣] وحرمان الطرف الآخر في خصومة التحكيم – في ذات الوقت – من مكنة التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ لينفى في المقابل توافر طلب الأمر بالتنفيذ على الضوابط عينها، يكون قد مايز – في مجال ممارسة حق التقاضى – بين المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية، دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية تقضيه".

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٦ يناير ٢٠٠١، القضية رقم ٩٢ لسنة ٢١ قضائية "دستورية"، منشور في الجزء التاسع الصادر من المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١)، من ص ٨٤٣ – ص ٨٥١.

(٢) تنص المادة (٤٠) من دستور ١٩٧١ على أن: " المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

(٣) لمعرفة تلك الضوابط، أنظر إلى ما سيتم تناوله بقدر من التفصيل عن دور القضاء الرقابي إزاء تنفيذ حكم التحكيم والتظلم منه في إطار بحث لاحق من جانب الباحثة.

ولقد أشارت المحكمة الدستورية إلى أن النص الطعين لا مجال للدفاع عنه استناداً إلى الطبيعة الخاصة بنظام التحكيم وما يتسم به من تيسير الإجراءات وتحقيق السرعة في حسم المنازعة، إذ أن هذا الاعتبار لا يجوز أن يهدر المبادئ الدستورية المتعلقة بمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون هذا من جهة. ومن جهة أخرى " فإن الأمر بالتنفيذ الذي يصدره القاضى المختص وفقاً لأحكام التحكيم لا يعد مجرد إجراء مادى بحت بحيث يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين، وإنما يتم بعد بحث الاختصاص ثم التأكد من عدم تعارض هذا الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية، وأنه قد تم إعلانه إلى محكوم عليه إعلاناً صحيحاً، ومن ثم فإنه وقد أجاز النص الطعين لأحد أطراف الخصومة التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ فقد بات حتماً تقرير ذات الحق للطرف الآخر بالتظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ إن تبين له أن هذا الأمر قد صدر بدون التحقق من توافره على الضوابط السابق الإشارة إليها"(١).

وخلص قضاء المحكمة الدستورية – في ضوء ما سبق – إلى أنه: " وحيث إن الحجية المطلقة التي أسبغها قانون هذه المحكمة على أحكامها في المسائل الدستورية لازمها نزول الدولة بكامل سلطاتها وتنظيماتها عليها لتعمل بوسائلها وأدواتها – من خلال السلطة التشريعية كلما ذلك ضرورياً – على تطبيقها؛ وإذ كان القضاء بعدم دستورية النص الطعين، يعنى أن الحظر الذي أورده يناقض الدستور، مما يقتضى بالضرورة انفتاح طريق التظلم لمن صدر ضده بتنفيذ حكم التحكيم، فإن ذلك يقتضى تدخلاً تشريعياً لتحديد إجراءات وميعاد وشروط هذا التظلم"(٢).

---

(١) تتحصل الوقائع الصادر فيها الحكم، في أنه بموجب عقد مقاولة مؤرخ بتاريخ ١٩٩٣/٤/٢٨ أسندت شركة مستشفى مصر الدولى للشركة الهندسية للإنشاءات والتعمير (درة) عملية إنشاء وتنفيذ وصيانة ملحق مستشفى مصر الدولى، وإذ نشب خلاف بينهما حول بعض جوانب تنفيذ هذا العقد، فقد تم عرضه على هيئة التحكيم، فأصدرت بجلسة ١٩٩٨/٧/٧ حكمها بإلزام الشركة المحتكم ضدها (المدعية) بأن ترد الشركة درة المحتكمة (المدعى عليها) مبلغاً معيناً مضافاً إلى الفوائد بنسبة ٥% من تاريخ المطالبة القضائية حتى تاريخ السداد.

(٢) " وقد حكمت المحكمة بعدم دستورية البند (٣) من المادة (٥٨) من قانون التحكيم فيما نص عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم". حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٦ يناير ٢٠٠١، سابق الإشارة إليه.

وبموجب هذا الحكم وإن أصبح القرار الصادر من القاضى سواء بالأمر بالتنفيذ أو برفض الأمر قابلاً للتظلم فيه، إلا أن ذلك يتطلب تدخل المشرع لإجراء تعديل تشريعى على نحو يتفق مع منطق حكم المحكمة الدستورية.

فرع ثان: تقويم عوار بعض النصوص ذات الصلة بالتحكيم في قوانين أخرى

أصدرت المحكمة الدستورية العليا بمصر عدة أحكام تفعيلاً لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم، فقضت بعدم دستورية بعض النصوص التي تعتد بالتحكيم الإجبارى باعتبار أن التحكيم الإجبارى يصادر حرية أطراف النزاع، كما يصادر حقهم في الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعى.

ومن ثم، يتم استعراض تلك الأحكام بقدر من الإيجاز[1] دون الإخلال بإبراز دور القضاء الدستورى في تقويم عوار بعض النصوص ذات الصلة بالتحكيم والواردة في قوانين أخرى، وذلك من خلال النقاط الآتية:

أولاً: نص الفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامى[2].

بتاريخ السابع من أبريل سنة ١٩٩٣ أودع المدعى قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الدستورية طالباً الحكم بعدم دستورية المادة ٢/١٨ من قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامى.

---

(١) إذ سبق الإشارة إلى تلك الأحكام في إطار مبدأ سلطان الإرادة وحظر التحكيم الإجبارى.

(٢) تنص الفقرة (٢) من المادة (١٨) على أن: " ... أما إذا كان النزاع بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد، فتفصل فيه نهائياً هيئة من المحكمين معفاة من قواعد الإجراءات، عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضى".

يتضح مما جاء بالفقرة الثانية، أنها اتخذت من التحكيم أسلوباً وحيداً لفض ما يثور من نزاع بين البنك وعملائه، وذلك سواء أكانوا من المستثمرين، أو من الجهات الحكومية، أو شركات القطاع العام، أو الخاص، أو الأفراد. وأن السياق القانوني للفقرة الثانية على هذا النحو يتحقق بشأنه مفهوم "التحكيم الإجباري".

وقد جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن ما نصه: " ... وكان النص التشريعى المطعون عليه – بالتحديد السالف بيانه – يفرض التحكيم قسراً في العلاقة القانونية القائمة بين طرفين، لا يعدو أن يكون أحدهما مصرفاً يقوم – وفقاً لقانون إنشائه – بجميع الأعمال المصرفية والمالية والتجارية وأعمال الاستثمار، وثانيهما من يتعاملون معه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وكان هذا النوع من التحكيم منافياً للأصل فيه، باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يتصور إجراؤه تسلطاً أو إكراهاً، فإن شأن التحكيم المقرر بالنص التشريعى المطعون فيه، شأن كل تحكيم أقيم دون اتفاق، أو بناء على اتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم، إذ لا يعدو التحكيم – في هذا الصور جميعها– أن يكون حملاً عليه، منعدماً وجوداً من زاوية دستورية، فلا تتعلق به بالتالى ولاية الفصل في الأنزعة أياً كان موضوعها. بما مؤداة أن اختصاص هيئة التحكيم التي أحدثها النص المطعون عليه بنظر المنازعات التي أدخلها جبراً في ولايتها، يكون منتحلاً، ومنطوياً بالضرورة على حرمان المتداعين من اللجوء – في واقعة النزاع الماثل – إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعى، فيقع – من ثم – مخالفاً لنص المادة ٦٨ من الدستور".

وأضافت المحكمة: " وحيث أن البين من المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه أن فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة، وكذلك ما ورد بفقرتيها السادسة والسابعة متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها في الفقرة الثانية، المطعون عليها – تكون في مجموعها وحدة – لا تقبل التجزئة، إذ يستحيل عزل بعضها عن بعض، ولا يتصور أن يكون لها وجود إذا حكم بعدم دستورية الفقرة الثانية المطعون عليها، فإن ذلك الحكم يكون مستتبعاً لزوماً سقوط الفقرات المشار إليها جميعاً. فلهذه الأسباب، حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامى، وبسقوط فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة وكذلك ما ورد بفقرتيها السادسة والسابعة متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها في الفقرة الثانية"(١).

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"، منشور في الجزء السادس الصادر عن المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٣ حتى آخر يونيو ١٩٩٥)، من ص ٤٠٨ إلى ص ٤٣٩.

المبادئ المستخلصة من واقع حيثيات حكم المحكمة الدستورية تتمثل تلك المبادئ في الآتي:

- التحكيم لا يكون إجبارياً إنفاذاً لقاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها؛ فالتحكيم مصدره الاتفاق، سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً.
- دعوى دستورية، نطاق الطعن فيها؛ إذ الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون بنك فيصل الإسلامى، هى التي ينحصر فيها نطاق الطعن لاتخاذها التحكيم سبيلاً وحيداً لفض النزاع بين البنك وعملائه، خلافاً لفقراتها الأولى التي تعرض المنازعات التي يثور بين البنك والمساهمين فيه.
- الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه، أثره سقوط النصوص الأخرى التي ارتبط بها.

ثانياً: نص المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣[١]

بتاريخ السابع عشر من مايو ١٩٩٨، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى الدستورية[٢] طالباً الحكم بعد دستورية المادة الخامسة من قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن نظام التحكيم في المنازعات بين أصحاب البضائع ومصلحة الجمارك، الصادر تطبيقاً للمادة ٥٧ من قانون الجمارك وبسقوط أحكام تلك المادة.

---

(١) حيث إن البين من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ أنه عقد للتحكيم فصلاً مستقلاً، هو الفصل الرابع من الباب الثالث منه، متضمناً المادتين (٥٧) و (٥٨) إذ تنص أولاهما على أنه: " إذا قام نزاع بين الجمارك وصاحب البضاعة حول نوعها أو منشئها أو قيمتها، أثبت هذا النزاع في محضر يحال إلى حكمين يعين الجمرك أحدهما ويعين الآخر صاحب البضاعة أو من يمثله، وإذا امتنع ذو الشأن عن تعيين الحكم الذي يختاره خلال ثمانية أيام من تاريخ المحضر اعتبر رأى الجمارك نهائياً، وفي حالة اتفاق الحكمين يكون قرارهما نهائياً...". أما المادة (٥٨) فقد نصت على أنه: " لا يجوز التحكيم المشار إليه في المادة السابقة إلا بالنسبة إلى البضائع التي لا تزال تحت رقابة الجمارك ...".

(٢) قيدت الدعوى برقم (١٠٤) لسنة ٢٠ قضائية " دستورية"، بجدول قلم كتاب المحكمة الدستورية.

وقد جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية في هذا الشأن ما نصه:

" وحيث إن نظام التحكيم الإجبارى الذي فرضته النصوص الطعينه – ومؤداه خضوع ذوى الشأن لأحكامه قهراً ... مما أدى عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي يتناولها منتزعاً ولايتها مستبدلاً بها تحكيماً قسرياً لا خيار لذى الشأن في رفض الامتثال، وإلا صار قرار الإدارة الجمركية نهائياً ...".

كما أضافت المحكمة: " وحيث أن النصوص الطعينة – بالتحديد السالف بيانه – قد فرضت التحكيم قسراً على أصحاب البضاعة، وخلعت قوة تنفيذيه على القرارات التي تصدرها لجان التحكيم في حقهم عند وقوع الخلاف بينهم وبين مصلحة الجمارك حول نوع البضاعة أو منشئها أو قيمتها. وكان هذا النوع من التحكيم – على ما تقدم – منافياً للأصل فيه، باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسلطاً وكرهاً، بما مؤداه أن اختصاص جهات التحكيم التي أنشأتها النصوص الطعينة بنظر المنازعات التي أدخلتها جبراً في ولايتها يكون منتحلاً ومنعدماً وجوداً من زاوية دستورية، ومنطوياً بالضرورة على إخلال بحق التقاضى بحرمان المتداعين من اللجوء –في واقعة النزاع الموضوعى الماثل– إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعى بالمخالفة للمادة ٦٨ من الدستور".

وخلصت المحكمة إلى أنه: " وحيث أنه لما كانت المادة ٥٧ من قانون الجمارك هى الأساس التشريعى الذي يقوم عليه قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ المشار إليه، وإذ كانت المادة (٥٨) من قانون الجمارك ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزية بالمادة (٥٧) منه، فإن هذه النصوص جميعها تسقط لزوماً تبعاً للحكم بعدم دستورية المادة ٥٧ المشار إليها، إذ لا يتصور بدونها وجود لتلك النصوص. فلهذه الأسباب، حكمت المحكمة:

أولاً: بعدم دستورية المادة ٥٧ من قانون الجمارك.

ثانياً: بسقوط المادة ٥٨ من هذا القانون، وكذلك بسقوط قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن نظام التحكيم في المنازعات بين أصحاب البضائع ومصلحة الجمارك"[١].

ثالثاً: نص المادتان (١٧) و (٣٥) من قانون الضريبة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١[٢]

بتاريخ العشرين من يونيو سنة ١٩٩٦ أودع المدعى صحيفة الدعوى الدستورية قلم كتاب المحكمة[٣] طالباً الحكم بعد دستورية المادتين (١٧) و (٣٥) من قانون الضريبة العامة على المبيعات.

وقد جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية في هذا الشأن ما نصه: " ... وكان قانون الضريبة العامة على المبيعات قد أورد النص على التحكيم وما يرتبط به من إجراءات في المواد ١٧، ٣٥، ٣٦ منه فإن إرادة المشرع تكون قد انصرفت بيقين إلى إنشاء نظام للتحكيم – بديلاً عن القضاء – في منازعات انفرد وحده بتعيينها وتحديد كيفية تشكيل اللجان التي تفصل فيها، وبيان الإجراءات التي تتبعها، مع أن التحكيم لا يكون إلا وليد إرادة طرفيه".

وأضافت المحكمة: " وحيث إنه متى كان ما تقدم، فإن المادتين الطعينتين تكونان قد فرضتا التحكيم قهراً على أصحاب الشأن، وخلعتا قوة تنفيذية على القرارات

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٣ يوليو سنة ١٩٩٩، القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" منشور في الجزء التاسع الصادر عن المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١)، من ص ٣١٦ إلى ص ٣٢٧.

(٢) إذ تنص المادة (١٧) من قانون الضريبة العامة على المبيعات على أن: " للمصلحة تعديل الإقرار المنصوص عليه في المادة السابقة، ويخطر المسجل بذلك بخطاب موصى عليه مصحوباً بعلم الوصول خلال ستين يوماً من تاريخ تسليمه الإقرار للمصلحة. وللمسجل أن يتظلم لرئيس المصلحة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليم الإخطار، فإذا رفض التظلم أو لم يبت فيه خلال خمسة عشر يوماً، فلصاحب الشأن أن يطلب إحالة النزاع إلى التحكيم المنصوص عليه في هذا القانون...".

كما تنص المادة ٣٥ من ذلك القانون على أنه: " إذا قام نزاع مع المصلحة حول قيمة السلعة أو الخدمة أو نوعها أو كميتها، أو مقدار الضريبة المستحقة عليها. وطلب صاحب الشأن إحالة النزاع إلى التحكيم ...".

(٣) قيدت القضية برقم ٦٥ لسنة ١٨ قضائية "دستورية".

التي تصدرها لجان التحكيم في حقهم عند وقوع الخلاف بينهم وبين مصلحة الضرائب على المبيعات، وبهذه المثابة فإن هذا النوع من التحكيم – الذي يبسط مظلته على حل منازعات هذه الضريبة – يكون منافياً للأصل فيه، باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسلطاً وكرهاً، بما مؤداه أن اختصاص جهة التحكيم التي أنشأها قانون الضريبة العامة على المبيعات – بالمادتين الطعينتين – لنظر المنازعات التي أدخلها جبراً في ولايتها يكون منتحلاً، ومنطوياً بالضرورة على إخلال بحق التقاضى بحرمان المتداعين من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى بالمخالفة للمادة ٦٨ من الدستور ومنعدماً بالتالى من زاوية دستورية".

وخلصت المحكمة إلى أنه: " وحيث إن المادة ٣٦ من قانون الضريبة العامة على المبيعات المشار إليه ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالمادتين ١٧، ٣٥ منه، فإنها تسقط لزوماً تبعاً للحكم بعدم دستوريتهما، إذ لا يتصور وجودها بدون هذين النصين. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة:

أولاً: بعدم دستورية نص المادة ١٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات.

ثانياً: بعدم دستورية نص المادة ٣٥ من ذلك القانون.

ثالثاً: بسقوط نص المادة ٣٦ من القانون المشار إليه"[١].

المبادئ المستخلصة من واقع حيثيات حكم المحكمة الدستورية تتمثل تلك المبادئ في الآتي:

– أفرد المشرع في المواد ١٧ و ٣٥ و ٣٦ من قانون الضريبة العامة على المبيعات نظاماً للتحكيم – بديلاً عن القضاء – مع أن التحكيم لا يكون إلا وليد إرادة طرفيه.

– اختصاص جهة التحكيم التي أنشأها المشرع بنظر المنازعات التي أدخلها جبراً في ولايتها يُعد اختصاصاً منتحلاً – انطواؤه على إخلال بحق التقاضى بحرمان

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٦ يناير ٢٠٠١، القضية رقم ٦٥ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، منشور في الجزء التاسع الصادر من المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١)، من ص ٨١٤ إلى ص ٨٢٢.

المتداعين من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، مخالفاً بذلك المادة ٦٨ من الدستور التي كفلت لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي.

– الحكم بعدم دستورية المادتين(١٧)،(٣٥) من قانون الضريبة العامة أثر سقوط المادة ٣٦ من ذات القانون للارتباط الذي لا يقبل التجزئة بينهم؛ إذ لا يتصور وجود المدة الأخيرة بدون المادتين(١٧)،(٣٥).

رابعاً: نص المادتان (١٣) فقرة (٤) و(١٧) من قواعد إعداد النظام الداخلى للجمعية التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضى رقم ٦٩٣ لسنة ١٩٨١[١]، والمادة (١٠) من قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢[٢].

بتاريخ الواحد والثلاثين من شهر ديسمبر سنة ٢٠٠١، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية[٣]، طالباً الحكم بعدم دستورية المادتين (١٣) فقرة (٤)، (١٧) من قرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٦٩٣ لسنة ١٩٨١ بقواعد إعداد النظام الداخلى للجمعية التعاونية للبناء والإسكان، وكذلك المادة (١٠) من قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء والإسكان المرافقة لقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ الصادر في شأن قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء والإسكان.

---

(١) نصت الفقرة (٤) من المادة (١٣) من قرار وزير التعمير رقم ٦٩٣ لسنة ١٩٨١ على أن: " يقدم طلب التحاق بالجمعية إلى مجلس الإدارة ... وأنه تراضى مع الجمعية على الالتجاء إلى التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ بينه وبينها بسبب عضويته بها".
كما نصت المادة (١٧) من ذات القرار على أن: " يكون لعضو الجمعية إذا صدر قرار يمس مصلحته من مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية للجمعية أن يتقدم إلى الجهة المختصة بالمحافظة أو الاتحاد بطلب الالتجاء إلى التحكيم ...".

(٢) نصت المادة (١٠) من قرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ على أن: " يلتزم عضو الجمعية في تعامله بما يأتي: ١- .... ٢- ..... ٣- ..... ٥- إتباع نظام التحكيم المنصوص عليه في المادة (١٧) من النظام الداخلى للجمعية في شأن أي نزاع يثور بينه وبين مجلس إدارة الجمعية أو جمعيتها العمومية".

(٣) قيد الدعوى برقم ٣٨٠ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية".

وقد جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية في هذا الشأن ما نصه: " أن النصوص الطعينة – بالتحديد السالف البيان – قد فرضت على الجمعيات التعاونية للنباء والإسكان وأعضائها نظاماً للتحكيم لا يلتفت إلى إرادتهم ولا يعول على رضائهم، ويخضع ذوى الشأن منه لأحكامه جبراً، مقوضاً بذلك أهم خصائص التحكيم متمثلة في اتفاق طرفى النزاع بإرادتهما الحرة في الأنزعة التي يحددانها وفق القواعد التي يرتضيانها، فتنزع بذلك ولاية القضاء مستبدلاً بها تحكيماً قسرياً لا خيار لذى شأن في رفض الامتثال له".

وخلصت المحكمة إلى أن: "وحيث أن النصوص الطعينة قد فرضت التحكيم قسراً على الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان وأعضائها، وكان هذا النوع من التحكيم – على ما تقدم – منافياً للأصل فيه، باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسلطاً وكرهاً، بما مؤداه أن اختصاص نظام التحكيم الذي انعقد بمقتضى النصوص الطعينة بنظر المنازعات التي أدخلتها جبراً في ولايتها يكون منتحلاً ومنعدماً وجوداً من الناحية الدستورية، ومنطوياً بالضرورة على إخلال بحق التقاضى بحرمان المتداعين من اللجوء إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعى بالمخالفة للمادة (٦٨) من الدستور. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة: بعدم دستورية المادتين (١٣) فقرة (٤) و (١٧) من قواعد إعداد النظام الداخلى للجمعية التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٦٩٣ لسنة ١٩٨١، والمادة (١٠) من قواعد العمل بالجمعيات التعاونية والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ فيما تضمنته تلك النصوص من فرض نظام للتحكيم الإجبارى على الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان وأعضائها"[(١)].

خامساً: نص الفقرة الثانية من المادة (١٠)[(٢)] والمادة (٥٢)[(١)] من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١١ مايو سنة ٢٠٠٣، القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية"، منشور في الجزء العاشر الصادر من المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول أكتوبر ٢٠٠١ حتى آخر أغسطس ٢٠٠٣)، من ص ١١١٢ إلى ١١٢٣.

(٢) تنص المادة (١٠) من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على أن: " لمجلس إدارة الهيئة بناء على أسباب جدية يبديها عدد من المساهمين الذين يملكون ٥% على الأقل من أسهم الشركة وبعد التثبت وقف قرارات الجمعية العامة للشركة التي تصدر لصالح =

بتاريخ ٧ أبريل ٢٠٠١ ورد إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية ملف الدعويين رقمى ٥٠، ٨٧ لسنة ١٧ قضائية تجارى استئناف القاهرة بعدة أن قررت تلك المحكمة بجلسة ٢٠٠١/٣/١٢ وقف السير فيهما وإحالتهما إلى المحكمة الدستورية العليا(٢) للفصل في مدى دستورية نص المادتين (١٠، ٥٢) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ في شأن سوق رأس المال(٣).

وقد جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية في هذا الشأن ما نصه: " وحيث إن حكم الإحالة ينعى على النصين المطعون عليهما – المحددين نطاقاً على النحو المتقدم – أنهما جعلا اللجوء إلى التحكيم طريقاً إجبارياً للتقاضى على خلاف الأصل من أنه وسيلة اختيارية لفض المنازعات لا تنشأ إلا عن الإرادة الحرة لأطرافه، فحالا بذلك دون اللجوء إلى القضاء ابتداءً بما يخل بحق التقاضى المنصوص عليه في المادة (٦٨) من الدستور".

وأضافت المحكمة: " وحيث أن هذا النعى صحيح، ذلك أن مؤدى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن له أطرافه

=فئة معينة من المساهمين أو للإضرار بهم أو لجلب نفع خاص لأعضاء مجلس الإدارة أو غيرهم. وعلى أصحاب الشأن عرض طلب إبطال قرارات الجمعية العامة على هيئة التحكيم ...".

(١) تنص المادة (٥٢) من ذات القانون على أنه: " يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره".

(٢) يراعى أن الحق في الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا – طبقاً للمادة (٢٩/أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – هو حق مخول لجميع المحاكم بجميع أنواعها ودرجاتها، سواء في مجال القضاء العادى، أم في نطاق القضاء الإداري، ومخول أيضاً لكل هيئة من الهيئات ذات الاختصاص القضائى.

ذهب جانب من الفقه إلى أن طريق الإحالة يعد من الروافد الجديد التي أضافها قانون المحكمة الدستورية العليا موسعاً من طرق اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية، وهو طريق لم يكن مخولاً للمحاكم في ظل قانون المحكمة العليا الصادر قرار بقانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩. أنظر د. فتحى فكرى، القانون الدستورى – المبادئ الدستورية العامة – دستور ١٩٧١، الكتاب الأول ٢٠٠٨/٢٠٠٩، دار النهضة العربية، ص ٢٧٣؛ المستشار الدكتور/ عبد العزيز محمد سلمان – رئيس هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا – إجراءات الدعوى الدستورية (الجزء الأول)، دار سعد سمك للطباعة، ٢٠١٤، ص ٣٤٧.

(٣) قيدت الدعوى برقم ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية".

أو بعضهم إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك أن القاعدة التي تتأسس عليها مشروعية التحكيم، كأسلوب لفض المنازعات يغاير طريق التقاضى العادى هى قاعدة اتفاقية ترتكز على إرادة الأطراف، سواء توجهت هذه الإرادة الحرة إلى اختيار التحكيم سبيلاً لفض نزاع قائم بينهم، أو لفض ما عساه أن يقع مستقبلاً من خلافات بينهم تنشأ عن علاقاتهم التعاقدية، ومن هذه القاعدة الاتفاقية تنبعث سلطة المحكمين الذين يلتزمون حدود وأحكام ما اتفق عليه أطراف التحكيم".

وخلصت المحكمة إلى أن: " وحيث إن البين من النصين المطعون عليهما – بالتحديد السالف بيانه – أن المشرع أنشأ بموجبهما نظاماً للتحكيم الإجبارى كجهة بديلة عن القضاء لفض المنازعات بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية، وأسبغ على القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم في هذا الشأن قوة تنفيذية، في حين أن المقرر أن التحكيم لا ينزع عن القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً إلا إذا متولداً عن الإرادة الحرة لأطرافه، بما مؤداه أن اختصاص هيئة التحكيم المنشأة بموجب النصين السالفين بالفصل في المنازعات التي أدخلت جبراً في ولايتها يكون منطوياً بالضرورة على إخلال بحق التقاضى بحرمان ذوى الشأن من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى وهو ما يخالف المادة (٦٨) من الدستور".

وخلصت المحكمة إلى أن: " وحيث أن المواد من (٥٣) إلى (٦٢) من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ والتي تتناول تنظيم إجراءات ترتبط ارتباط لا يقبل التجزئية بالمادة(٥٢) منه. كما أن تلك المادة هى الأساس التشريعى الذي تقوم عليه المادتان (٢١٠ و ٢١٢) من قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، فإن هذه النصوص جميعها تسقط حتماً كأثر للحكم بعدم المادة (٥٢) المشار إليها. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة:

أولاً: بعدم دستورية نص الفقرة (الثانية) من المادة (١٠) والمادة (٥٢) من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

ثانياً: بسقوط نصوص المواد (٥٣ و٥٤ و٥٥ و٥٦ و٥٧ و٥٨ و٥٩ و٦٠ و٦١ و٦٢) من القانون المشار إليه، ونص المادتين (٢١٠ و ٢١٢) من قرار وزير

الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانو سوق رأس المال المشار إليه"[١].

ويستخلص مما تم سرده من بعض حيثيات حكم المحكمة الدستورية العليا – بالتحديد السالف بيانه – بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

١- بالرغم من أن محكمة استئناف القاهرة قررت بجلسة ٢٠٠١/٣/١٢ وقف السير في الدعويين رقم٥٠، ٨٧ لسنة ١١٧ قضائية تجاري وإحالتهما إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية نص المادتين (١٠ و ٥٢) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ في شأن سوق رأس المال، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت علاوة على ذلك بسقوط نصوص المواد (٥٣ و٥٤ و٥٥ و٥٦ و٥٧ و٥٨ و٥٩ و٦٠ و٦١ و٦٢) من ذات القانون، بالإضافة إلى المادتين (٢١٠ و ٢١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال الصادرة بموجب قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية.

ويثور التساؤل في هذا الصدد عن مسلك المحكمة الدستورية العليا فيما قضت على النحو السالف بيانه، هل يعنى ذلك أن حكم المحكمة الدستورية العليا قضت بأكثر مما طلبته محكمة الاستئناف أم لا؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية حددت على سبيل الحصر، الأحوال التي يجوز فيها للخصوم التماس إعادة النظر ومنها إذا قضى الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم extra petit a أو بأكثر مما طلبوه Ultra Petit a[٢]. وهنا يثور تساؤل آخر من مدى إمكانية الطعن على حكم المحكمة الدستورية العليا بالتماس إعادة النظر؟

وترى الباحثة أنه من منطلق خلو نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا من التعرض لهذه الإشكالية، فيكون الرجوع بصددها إلى قواعد قانون المرافعات

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢، القضية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية"، منشور في الجزء العاشر الصادر عن المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول أكتوبر ٢٠٠١ حتى أغسطس ٢٠٠٣)، من ص ١١٩ إلى ص ١٢٧.

(٢) د. أحمد السيد صاوى، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق ص ١١٣٥.

المدنية والتجارية الذي بعد بمثابة الشريعة العامة، حيث نظم قانون المرافعات هذا الموضوع في المواد (٢٤١) وما بعدها، والتي تسرى في شأن أحكام المحكمة الدستورية العليا[١].

وإذا كان يبدو من حيث الظاهر إمكانية الطعن على الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بالتماس إعادة النظر، إلا أنه يلاحظ بشأن الرجوع إلى قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية يراعى فيه عدم التعارض وطبيعة الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية طبقاً للشطر الأخير من المادة (٥١) – سالف الذكر – من قانون المحكمة الدستورية العليا. ومن ثم، فإن القول بجواز الطعن بالتماس إعادة النظر يتعارض مع طبيعة الدعوى الدستورية وكونها دعوى عينية تستهدف القانون أو اللائحة والحفاظ على الشرعية الدستورية، وأن دور الأفراد فيها يقتصر على مجرد الطعن هذا من ناحية.

٢-تنص المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية على أن: " يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها ...".

ذهب جانب من الفقه[٢] إلى أن ما جاء بنص المادة (٢٧) يسمى " التصدى "، كما أن هذا التصدى – كما هو واضح من النص – جوازى للمحكمة الدستورية، إن شاءت تصدت، وإن شاءت امتنعت، فهو ليس حقاً لأحد، وإنما مجرد رخصة تقدر المحكمة متى تستعملها. وخلص إلى أن المحكمة الدستورية من خلال التصدى قد تتشكك في دستورية نص ما، فتقوم بفحص دستوريته، بعد توافر ضوابط محددة تتمثل في الآتي:

١- التصدى لا يكون إلا بمناسبة ممارسة المحكمة لاختصاصاتها.

---

(١) والتدليل على ذلك؛ إذ تنص المادة (٥١) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن: " تسرى على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة فيما لم يرد به نص في هذا القانون القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة تلك الأحكام والقرارات".

(٢) مستشار دكتور/ عبد العزيز محمد سالمان (رئيس هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا)، إجراءات الدعوى الدستورية، الكتاب الأول، دار سعد سمك للطباعة والنشر، دون ذكر تاريخ للنشر، ص ٤٥٩ وما بعدها.

٢- وجود الخصومة الأصلية مستوفاة لشروط قبولها أمام المحكمة الدستورية العليا.

٣- التصدى لا يكون إلا للقضاء بعدم الدستورية.

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا – في إطار بعض عبارات أمعن في التبرير للإجابة عن التساؤل بعالية – إلى أنه: " ... من خلال إعمال المحكمة الدستورية العليا لرخصتها في التصدى المنصوص عليها في المادة [٢٧] من قانونها – فإن البين من هذه المادة، أنها تخولها الحكم بعد دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل النزاع المعروض عليها، ومن ثم يكون مناط تطبيقها اتصال النصوص القانونية التي تتصدى للفصل في دستوريتها، بنزاع لازال قائماً أمامها ..." (١).

ذهب جانب من الفقه(٢) – في هذا الصدد – إلى أن المحكمة الدستورية العليا تلجأ أحياناً إلى مد أثر الحكم الصادر عنها بعدم الدستورية لكى يشمل نصاً آخر يربطه بالنص الطعين غير الدستورى ارتباط لا تصفه المحكمة بعدم القابلية للتجزئة(٣)، نظراً لإمكانية الفصل بينهما، بما ينطوى عليه ذلك من توسيع لنطاق رخصتها في التصدى بدرجة أكبر مما تسمح لها به المادة (٢٧) من قانون إنشاءها.

ويمكن القول – في ضوء ما تم سرده من ضوابط لممارسة رخصة التصدى وكذلك ما جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية في هذا الشأن وجانب من الفقه – إن ما تتضمنه البند (ثانياً) من منطوق حكم المحكمة الدستورية في القضية ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" سالف الذكر، يفصح بجلاء عن استعمال المحكمة الدستورية العليا

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢١ أكتوبر ١٩٩٥ مشار إليه في مؤلف د. عبد العزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص ٤٦٢ – ٤٦٣، هامش رقم ١.

(٢) د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستورى وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٦، ص ١٤٦ – ١٤٧.

(٣) خلافاً لمبدأ التصدى على النحو السالف بيانه، فإن مبدأ عدم القابلية للتجزئة Le Principe de L'indivisibilité تستند إليه معظم المحاكم الدستورية الأوربية للخروج عن نطاق النزاع المعروض عليها، في حالة عدم إمكانية الفصل بين النص المطعون فيه ونصوص أخرى لم تكن موضوعاً للطعن بصورة مباشرة. د. عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص١٤٦.

لرخصة التصدى في هذه القضية طبقاً للمادة (٢٧) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا.

المبادئ المستخلصة من حيثيات حكم المحكمة الدستورية – بالتحديد السالف بيانه – تتمثل في الآتي:

- **التحكيم الإجباري ينطوى على مخالفة لحق التقاضى**

فرض التحكيم قسراً بقاعدة قانونية آمرة، يعد انتهاكاً لحق التقاضى الذي كفله الدستور لكل مواطن بنص المادة (٦٨) منه، وحرمانه من اللجوء إلى قاضيه الطبيعى[١].

- **ارتكاز التحكيم على قاعدة اتفاقية أساسها إرادة الأطراف**، ومن هذه القاعدة تنبعث سلطة المحكمين الذين يلتزمون نطاق وحدود ما اتفق عليه أطراف التحكيم.
- **أثر الحكم بعدم دستورية نص تشريعى ما.**

الحكم بعدم دستورية المادة (٥٢) من قانون سوق رأس المال أثره: سقوط نصوص مواد هذا القانون ولائحته التنفيذية المرتبطة به ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

وفي الختام يمكن القول – في الإدراك المتقدم – أن المشرع المصرى أعتد بالتحكيم الإجبارى من خلال بعض التشريعات في مجالات متعددة، إلا أن المحكمة الدستورية لم ترق لها فكرة التحكيم الإجبارى لا يتفق مع فلسفة التحكيم والأساس الاتفاقي الذي يستمد منه إلزام الطرفين به وكذلك هيئة التحكيم.

وقد حرص قضاء المحكمة الدستورية – من خلال ما تم سرده من حيثيات لأحكام بالتحديد السالف بيانه – على إبراز العديد من الأسانيد القانونية والأسباب السائغة لتبرير عدم دستورية النصوص التشريعية التي تعتد بالتحكيم الإجبارى من خلال انتهاك لنص المادة ٦٨ من الدستور (١٩٧١). ومن هنا، من خلال انتهاك

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢، القضية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية " دستورية "، منشور في الجزء العاشر الصادر عن المحكمة (ويشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول أكتوبر ٢٠٠١ حتى آخر أغسطس ٢٠٠٣)، من ص ١١٩ إلى ص ١٢٧.

لنص المادة ٦٨ من الدستور (١٩٧١). ومن هنا، حرص القضاء بعدم دستورية تلك النصوص لتقويم إعوجاج مسارها في هذا الشأن.

فرع ثالث: أحكام دستورية أخرى إزاء جوانب قانونية أخرى في التحكيم

يتم تناول موضوع ذلك الفرع من خلال هذين الجانبين

أولاً: الاعتداد بإرادة المحتكمين وأثره

بتاريخ السابع والعشرين من شهر يوليو سنة ١٩٩٨، أودع المدعى صحيفة الدعوى الدستورية، طالباً الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم؛ إذ تنص على أنه: " ١- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع في الدعوى"[(١)].

وجاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية في هذا الشأن ما نصه: " وحيث إن المدعى ينعى على النص المذكور مخالفته أحكام المواد (٤٠، ٦٤، ٦٥، ٦٨) من الدستور لإلزامه المحكمة بالقضاء بعدم قبول الدعوى إذا وجد بشأن النزاع المقام أمامها شرط التحكيم ودفع به المدعى عليه، وبذلك يكون أهدر حق التقاضى لطائفة من المواطنين وحال بينهم وبين اللجوء إلى القضاء العادى صاحب الولاية العليا في نظر المنازعات المدنية والتجارية، بينما كفل هذا الحق لأفراد باقي الطوائف مما أخل بالمساواة الواجبة. كما خالف النص المطعون فيه المادة (١٥) من القرار بقانون رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية والتي عقدت ولاية الفصل في المنازعات للمحاكم بصفة أصلية فلا يجوز تقييد هذا الحق".

وكان رد قضاء المحكمة عن كل ما سبق ما نصه: " وحيث إن النعى على النص الطعين مخالفته الدستور غير صحيح، ذلك إن مؤدى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما وفقاً لشروط يحددانها ليفصل في النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة، بعد أن يدل كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات

(١) وقد قيدت القضية بجدول قلم كتاب المحكمة الدستورية تحت رقم (١٥٥) لسنة ٢٠ قضائية "دستورية".

التقاضى الرئيسية، وبذلك يكون التحكيم عملاً إرادياً ركيزته اتفاق خاص، مبناه إرادة المحتكمين إلى ولوج هذا الطريق لفض الخصومات بدلاً من القضاء العادى ومقتضاه حجب المحاكم عن نظر المسائل التي يتناولها استثناء من أصل خضوعها لولايتها. لما كان ذلك، وكان المقصود بالمساواة التي تعنيها المادة (٤٠) من الدستور عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة الذين تتماثل مراكزهم القانونية، وإذا كان النص المطعون فيه يلزم المحكمة التي يرفع إليها نزاع تتضمن اتفاقاً على التحكيم أن تقضى بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع، إنما استهدف تغليب إرادة المحتكمين الذين يقفون إزاءه على قدم المساواة وارتضوا بإرادتهم التحكيم طريقاً لفض ما شجر بينهم من خلاف، فإن هذا النص يكون قد استند إلى أسس موضوعية ولم يتبن تمييزاً تحكيماً يخل بمبدأ المساواة، أو الحيلولة بين المواطنين واللجوء إلى القضاء العادى، وهو ما يتضمن الرد على ما أثاره المدعى بشأن مخالفة النص الطعين للمادة (١٥) من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية، فضلاً عن أن الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية القوانين واللوائح، مناطها قيام تعارض بين نص قانوني وحكم في الدستور ولا شأن لها بالتنافض بين نصين قانونيين سواء جمعهما قانون واحد أم تفرقا بين قانونيين مختلفين. وخلصت المحكمة إلى أنه متى كان ذلك فإن النص المطعون فيه لا يتعارض مع أحكام المواد (٤٠، ٦٤، ٦٥، ٦٨) من الدستور. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة برفض الدعوى"[١].

ويعد من المبادئ المستخلصة من واقع حيثيات حكم المحكمة الدستورية هو:

- التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان، مؤدى ذلك عزل أو حجب المحاكم عن نظر المسائل التي أنصب عليها التحكيم.

- مبنى التحكيم اتجاه إرادة المحتكمين إلى ولوج هذا الطريق لفض الخصومات بدلاً من القضاء العادى. مما يعنى أن المشرع استهدف تغليب إرادة المحتكمين.

- الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية القوانين واللوائح، مناطها قيام تعارض بين نص قانوني وحكم في الدستور، ولا شأن

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢، القضية رقم (١٥٥) لسنة ٢٠ قضائية "دستورية"، منشور في الجزء العاشر الصادر عن المحكمة (يشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول أكتوبر ٢٠٠١ حتى آخر أغسطس ٢٠٠٣)، ص ١٤٨ - ١٤٩.

لها بالتناقض بين نصين قانونين سواء جمعهما قانون واحد أم تفرقا بين قانونين مختلفين.

– ويثور التساؤل عن كيفية معالجة التعارض بين نصين تشريعين الذي يخرج – في ضوء ما سبق – عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا؟

يكون معالجة ذلك التعارض على النحو التالى:

– إذا كان التعارض بين نصين تشريعيين من درجة أو مرتبة واحدة، ولكنهما صادران في تاريخين مختلفين، فالعبرة في هذه الحالة بالنص الأحدث في تاريخ الصدور وتغليبه، لأن القاعدة هى أن التشريع اللاحق يلغى التشريع السابق.

– أما إذا كان النصان المتعارضان في تشريع واحد أو في تشريعين متساويين في الدرجة وصادرين في تاريخ واحد. فإنه يجب – طبقاً لما ذهب إليه جانب من الفقه – لإزالة هذا التعارض بإتباع قواعد الاستدلال؛ فيغلب المعنى المستفاد من العبارة على المعنى المستفاد من الإشارة، ويغلب المعنى المستفاد من الإشارة على المعنى المستفاد من الدلالة، وهكذا. فإذا لم يوجد ما يرجح أحد النصين على الآخر، بأن كان المعنيان مستفيدين عبارة نصين واردين في تشريع واحد مثلاً، كان لابد من اللجوء إلى طرق التفسير الخارجية[١].

ثانياً: تعيين محكمة استئناف القاهرة – وليس المحكمة الإدارية العليا – جهة مختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم

عرضت مسألة اعتبار العقود الإدارية من عقود التجارة الدولية أمام المحكمة الدستورية. فقد صدر حكم تحكيم في نزاع يتعلق بعقد إدارى بتاريخ ٧ مارس ٢٠٠٦ في الدعوى التحكيمية رقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤ التي أقيمت أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم الدولى[٢]. فرفع المحكوم عليه دعوى أمام المحكمة الإدارية العليا يطلب وقف

(١) منها: تقريب النصوص، الوقوف على حكمة التشريع، الرجوع إلى الأعمال التحضيرية، أو إلى مصادره التاريخية. أنظر د. عبد الودود يحيى، المدخل لدراسة القانون، دون ذكر دار للنشر، ١٩٧٦، ص ١٩٧ – ١٩٨؛ د. نزيه المهدى، نظرية القانون، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٢٨١ وما بعدها.

(٢) للإحاطة أن الشركة المدعية (شركة ماليكورب المحدودة بصفتها صاحبة حق الامتياز يتعلق بإنشاء وتشغيل واستغلال مطار رأس سدر بنظام B.O.T لفترة معينة يتم يعدها إعادة مشروع=

تنفيذ الحكم وفي الموضوع ببطلانه[1]. ومن جهة أخرى، أقام ذات المحكوم عليه دعوى أمام محكمة استئناف القاهرة، بطلب الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ حكم التحكيم، وفي الموضوع ببطلانه[2].

وإذ ارتأت الشركة المدعية (الصادر لصالحها الحكم) أن ثمة تنازعاً على الاختصاص بين المحكمة الإدارية العليا ومحكمة استئناف القاهرة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم. لذا، قامت الشركة المدعية الدعوى رقم ٤٧ لسنة ٣١ قضائية "تنازع" أمام المحكمة الدستورية العليا بطلب تعيين جهة القضاء المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم.

وقد جاء بحيثيات حكم المحكمة الدستورية العليا ما نصه: " وحيث إن مبنى النزاع القائم يدور حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم المقامة دعوى بطلان حكم الصادرة فيه، وما إذا كان يندرج في عداد التحكيمات التجارية الدولية، مما تختص محكمة استئناف القاهرة بنظر دعوى بطلانه، أم أن ذلك التحكيم يتعلق بعقد من العقود الإدارية ويؤول نظر دعوى بطلان الحكم فيه إلى المحكمة الإدارية العليا باعتبارها محكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة أصلاً بنظره".

كما جاء بذات الحيثيات: " وحيث أن البين من مجموعة النصوص القانونية – المواد (٢)، (٣)،(٩)، (٢/٥٤) من قانون التحكيم – التي نظم بها المشرع شئون

= المطار للدولة. وقد أقامت تلك الشركة طلب التحكيم رقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤ أمام مركز القاهرة الإقليمي ضد المدعى عليهم (وزير الطيران والهيئة المصرية العامة للطيران المدني)، طالبة الحكم بتعويضها عن فسخ عقد امتياز إنشاء واستغلال مطار رأس سدر الدولى بنظام B.O.T، طبقاً لشرط التحكيم المدرج بعقد الامتياز المبرم بين الشركة المذكورة والهيئة العامة للطيران. وبتاريخ ٧ مارس ٢٠٠٦ صدر حكم التحكيم بإلزام المدعى عليه الأول " وزير الطيران" بالتعويض.

(١) وإذ لم يلق هذا الحكم قبولاً من المدعى عليهما (الأول والثاني) فقد أقاما الدعوى رقم ١٧٤٦٤ لسنة ٥٢ " قضائية عليا" أمام المحكمة الإدارية العليا. وقد أودعت هيئة مفوضى الدولة تقريراً تضمن أن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان على الحكم الصادر في التحكيم هى المحكمة الإدارية العليا استناداً إلى أن عقد B.O.T من العقود الإدارية.

(٢) كما أقام المدعى عليهما الأول والثاني الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٢٣ قضائية أمام محكمة استئناف القاهرة بطلب الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ حكم التحكيم، وفي الموضوع ببطلانه.

التحكيم التجارى الدولى، إن التحكيم يكون تجارياً إذا تعلق بعلاقة قانونية ذات طابع اقتصادى أورد لها المشرع عدة أمثلة في المادة الثانية، كما يكون التحكيم دولياً، إذا تعلق النزاع بالتجارة الدولية وفي أربع حالات حددها المشرع على سبيل الحصر في المادة الثالثة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، من بينها أن يكون المركز الرئيس لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، أو أن يتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها".

كذلك بحيثيات الحكم: " لما كان ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق، أن عقد الامتياز المبرم بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى بصفتها مانحة الامتياز المبرم بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى بصفتها مانحة الامتياز، وشركة ماليكورب المحدودة بصفتها صاحبة حق الامتياز، يتعلق بإنشاء وتشغيل واستغلال مطار رأس سدر بنظام B.O.T لفترة معينة يتم بعدها إعادة مشروع المطار للدولة، ووفقاً لما سلف، فإنه وإن كان هذا العقد من عقود التزام المرافق العامة، بما يندرج في عداد العقود الإدارية، إلا أنه في ذات الوقت يصطبغ بصبغة اقتصادية محضة، وتم إبرامه لتنظيم علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى، وهو ما أفصح عنه الطرفان المتعاقدان في إطار بيان حقوقهما والتزاماتهما المتبادلة، بالنص صراحة في المادة (١/٢١) على أن هذا العقد يعتبر عقداً قانونياً مدنياً، وهو ما يتعذر معه النأى بالتحكيم الذي تضمنه هذا العقد عن الخضوع لأحكام المادة الثانية من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤".

وأضافت المحكمة: " وحيث إن العقد السالف البيان انطوى في المادة (٢١ – ٣ – ٣) على شرط التحكيم – أياً كان وجه الرأى فيه – لتسوية أى نزاع قد يثور بين طرفيه ويتعذر حله ودياً، وبمقتضى هذا الشرط، يلجأ طرفا العقد إلى مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجاري الدولى لإصدار قرار ملزم، لما كان ذلك، وكان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفا التحكيم المذكور يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام العقد – وفقاً للثابت به – واتفق الطرفان المشار إليهما على اللجوء إلى مركز تحكيم يقع مقره بجمهورية مصر العربية، وتبعاً لذلك فقد توفر للتحكيم محل النزاع الماثل شرط التحكيم الدولى الوارد بالمادة الثالثة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤".

وخلصت المحكمة: " ولما كان ما تقدم، وكان من المقرر أن الأصل هو اختصاص القضاء الإدارى بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام أو

الأشغال العامة أو التوريدات أو أى عقد إدارى آخر وفقاً لنص المادة (١١/١٠) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، إلا أن المشرع استثنى من هذا الأصل العام، دعوى بطلان حكم التحكيم الذي يصدر نفاذاً لمشارطة تحكيم وإن تضمنها عقد إدارى، متى كانت ذات طبيعة تجارية دولية، وفق التعريف المحدد لذلك في المادتين (٢، ٣) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، تعهد بتلك الدعوى إلى محكمة استئناف القاهرة بصريح نصوص المواد (١/٩ – ١/٥٣ – ٢/٥٤) من القانون السالف البيان. وحيث أنه ترتيباً على ما تقدم، تكون المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٧ مارس ٢٠٠٦ من مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجاري الدولي في الدعوى رقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤، هى محكمة استئناف القاهرة. فلهذه الأسباب، حكمت المحكمة بتعيين محكمة استئناف القاهرة جهة مختصة بنظر النزاع"[١].

المبادئ المستخلصة من واقع حيثيات حكم المحكمة الدستورية العليا:

- **دعوى تنازع الاختصاص مناط قبولها[٢]**

مناط قبول طلب الفصل في تنازع الاختصاص، هو أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى، ولا تتخلى إحداهما عن نظرها (التنازع الإيجابي) أو تتخلى كلتاهما عنها (التنازع السلبى)[٣].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٥ يناير سنة ٢٠١٢، القضية رقم ٤٧ لسنة ٣١ قضائية "تنازع"، منشور في الجزء الثالث عشر (المجلد الثاني يشتمل على الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ٢٠٠٩ حتى آخر يونيو ٢٠١٢)، ص ١٨٠١ – ١٨٠٤.

(٢) تختص المحكمة الدستورية العليا – طبقاً للبند " ثانياً " من المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بالفصل في تنازع الاختصاص. ومناط قبول طلب الفصل في تنازع الاختصاص – طبقاً للبند ثانياً من المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى ولا تتخلى إحداهما عن نظرها، أو تتخلى كلتاهما عنها.

(٣) وفقاً لحكم المادتين (٣١، ٣٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا يتعين على المدعى أن يرفق بطلبه ما يدل على أن كلاً من جهتى القضاء قضت باختصاصها بالمنازعة المطروحة =

- **دعوى تنازع الاختصاص – تعيين جهة القضاء المختصة**

تعيين الجهة القضائية المختصة في أحوال تنازع الاختصاص إنما يتم على ضوء القواعد التي نظم بها المشرع توزيع الاختصاص الولائى بين الجهات القضائية المختلفة تحديداً لوظيفة كل منها.

- **التحكيم التجارى الدولى – تعريفه**

البين من نصوص قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، أن التحكيم يكون تجارياً إذا تعلق بعلاقة قانونية ذات طابع اقتصادى، كما يكون التحكيم دولياً، إذا تعلق النزاع بالتجارة الدولية.

- **عقد التزام المرافق العامة – طبيعته**

عقد الامتياز المبرم بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى بصفتها مانحة الامتياز، وشركة ماليكورب المحدودة بصفتها صاحبة حق الامتياز، يتعلق بإنشاء وتشغيل واستغلال مطار رأس سدر بنظام B.O.T لفترة معينة يتم بعدها إعادة مشروع المطار للدولة، فإنه، وإن كان هذا العقد من عقود التزام المرافق العامة، بما يندرج في عداد العقود الإدارية، إلا أنه في ذات الوقت يصطبغ بصبغة اقتصادية محضة، وتم إبرامه لتنظيم علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى.

- **مجلس الدولة – اختصاص**

الأصل العام هو اختصاص القضاء الإدارى بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو أى عقد إدارى آخر، إلا أن المشرع استثنى من هذا الأصل العام، دعوى بطلان حكم التحكيم الذي يصدر نفاذاً لمشارطة التحكيم وإن تضمنها عقد إدارى.

=أمامها، أو مضت في نظرها بما يفيد عدم تخليها عنها حتى يمكن القول بتمسك الجهتين كلتيهما باختصاصها. ويعنى هذا – بمفهوم المخالفة وطبقاً ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية – الحكم بعدم قبول طلب الفصل في التنازع والذي يستند إلى عدم استيفاء الإجراء في عدم إرفاق المستندات المقررة بمقتضى القانون دون أن يمتد إلى موضوع النزاع، لا يحول بين كل ذى مصلحة من إعادة طرح الموضوع على المحكمة مرة أخرى.

الخاتمة

تناولت في هذه الدراسة دور القضاء الدستوري المصري في التحكيم ، وقد قسمت هذه الدراسة إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول، دور القضاء الدستورى إزاء المبادئ الأساسية لنظام التحكيم. أما في المطلب الثاني، فقد أشارت إلى دور القضاء الدستوري في تقويم عوار بعض نصوص قانون التحكيم وغيرها عن طريق الحكم بعدم دستوريتها وأحكام أخرى ذات صلة بالتحكيم ، وقد توصلت من خلال هذه الدراسة إلى أن للقضاء الدستورى دور أساسى وبالغ الأهمية بشأن التحكيم، فهو الذي يضع ويضمن قيام التحكيم على أسس دستورية سليمة نابعاً من المبادئ الأساسية لنظام التحكيم، ومنها مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، ومبدأ المساواة، ومدى دستورية مبدأ التقاضى على درجتين، بالإضافة إلى إبراز الضمانات التي وضعها الدستور لحماية حقوق أطراف الدعوى التحكيمية، هذا إلى ان القضاء الدستورى قد أرسى قواعد باتت منهاجاً في تفسير وإرساء مبادئ راسخة تكمل التشريعات وتفسير النصوص، وكذلك تقويم الأعوار والعيوب التي تشوب بعض النصوص التشريعية عن طريق الحكم بعدم دستوريتها وضرورة تدخل المشرع لإجراء التعديل التشريعى بما يتفق وحكم المحكمة الدستورية العليا.

قائمة المراجع

الكتب الأساسية:

١_د. أحمد الرشيدي، الوظيفة الإفتائية لمحكمة العدل الدولية، الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٩٣

٢_ د. أحمد السيد صاوي:

الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١١.

الوجيز في التحكيم (طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية)، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة ٢٠١٣.

٣_د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

٤_د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

٥_د. سرى محمود صيام، صناعة التشريع (الكتاب الأول)، دار النهضة العربية، ٢٠١٥.

٦_د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مؤسسة دار الكتب – الكويت، الطبعة الثانية ٢٠١٢.

٧_المستشار الدكتور/ عبد العزيز محمد سلمان – رئيس هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا:

إجراءات الدعوى الدستورية، الكتاب الأول، دار سعد سمك للطباعة والنشر، دون ذكر تاريخ للنشر.

إجراءات الدعوى الدستورية (الجزء الأول)، دار سعد سمك للطباعة، ٢٠١٤.

إجراءات الدعوى الدستورية (الجزء الأول)، دار سعد سمك للطباعة، ٢٠١٥.

٨_د. عبد الودود يحيى، المدخل لدراسة القانون، دون ذكر دار للنشر، ١٩٧٦

٩_د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٦.

١٠_د. فتحي إسماعيل والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٨١.

١١_د. فتحي فكرى، القانون الدستوري – المبادئ الدستورية العامة – دستور ١٩٧١، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية٢٠٠٨ ،/٢٠٠٩ .

١٢_د. محمد & د. عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، جزء ثاني ١٩٦٨.

١٣_د. محمد صافى يوسف، المحكمة الدولية لقانون البحار، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٨٩.
١٤_مستشار دكتور/ محمد ماهر أبو العينين، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، الجزء الأول، دار أبو المجد للطباعة بالهرم الجيزة، ٢٠٠٠.
١٥_د. محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
١٦_د. محفوظ سيد عبد الحميد، دور المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا في تطوير أحكام القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١٥٩
١٧_د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، دون ذكر دار للنشر، ٢٠٠٢.
١٨_د. نزيه المهدى، نظرية القانون، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
١٩_د. هاني صلاح سرى الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٥.

ثانيا :المراجع الأجنبية:

١_Ibrahim Shihata, the power of the International Court to determine its Jurisdiction: Compétence de la Compétence, the Hague Nijhoff, ١٩٦٥, p. ١١.
٢_William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Second Edition Cambridge University Press, ٢٠٠٤.

ثالثا: المجلات والدوريات:

د. إبراهيم إبراهيم عبد الصمد، مبدأ التقاضي على درجتين في المجال الجنائي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٣.
د. أحمد أبو الوفا، التعليق على قضاء محكمة العدل الدولية (التعليق الخامس "قضية تطبيق منع والعقاب على جريمة إبادة الجنس)، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٤٩، ١٩٩٣.
د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة – العدد ٨٣، ٢٠١٠ .

د. حفيظة السيد حداد، الدور الإنشائي والخلاق للقضاء في إطار التحكيم، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي تصدر عن الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد التاسع – أغسطس ٢٠٠٦.

د. مفيد محمود شهاب، المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي، مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٣، ١٩٦٧.

د. هاني صلاح سرى الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة.