النظام العام كقيد على حجية حكم التحكيم والقضاء (دراسة مقارنة)

Public Order as a Restriction on the Authenticity of the Arbitral Award and Judiciary

الدكتـــــور
خالد عبد الشخانبة
أستاذ مشارك – قسم القانون المقارن
كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة و القانون
جامعة العلوم الإسلامية العالمية
عمان – الأردن

النظام العام كقيد على حجية حكم التحكيم والقضاء
(دراسة مقارنة)

خالد عبد الشخانبة

قسم القانون المقارن، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن.

البريد الإلكتروني: khaled@shakhanbehlaw.com

ملخص البحث:

تناول الباحث في هذه الدراسة النظام العام كقيد على حجية حكم التحكم والقضاء وركزت الدراسة علي حجية حكم التحكيم وبالتالي علي الأساس القانوني لحجية حكم التحكيم سواء في القانون المصري أو الفرنسي بالاضافه الي الاشاره الي طبيعة حجية الأمر المقضي و مفهوم حجية الأمر المقضي مع توضيح علاقة حجية حكم التحكيم بالنظام العام وكان حريً بنا أن لا ننسي في هذه الدراسة شروط حجية الأمر المقضي في حكم التحكيم وقوة تنفيذه و نطاق حجية حكم التحكيم والقوة التنفيذية لحكم التحكيم وأتم الباحث دراسته بتعارض حجية حكم التحكيم مع النظام العام والذي بدوره دفعنا الى تناول مسألة التمييز بين النظام العام والآمر البسيط و أنهي الباحث دراسته بخاتمه وعدد من النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، حكم التحكيم، القضاء، الأمر البسيط.

Public Order as a Restriction on the Authenticity of the Arbitral Award and Judiciary

Khaled Abed Alshakhanbeh
Department of Comparative Law, Sheikh Nuh Al-Qudah for shari'a and Law Faculty, The world Islamic sciences and education university, Amman, Jordan.
E-mail: khaled@shakhanbehlaw.com

Abstract:

The researcher in this study addressed the public order as a restriction on the authority of the arbitration judgment and the judiciary. The study focused on the authority of the arbitration ruling and therefore on the legal basis of the argument of arbitration, either in Egyptian or French law, in addition to the point of the authority of the order and the concept of the authority of the order that elapsed, with the clarification of the authoritative relationship of the arbitration ruling to the public order, and we should not forget in this study the authoritative conditions of the order in the arbitration judgment and the strength of its implementation and the scope of the authority of the arbitration ruling and the executive power of the arbitration judgment and the researcher completed his study contrary to the authority of the arbitration judgment With the public order which in turn led us to address the issue of distinguishing between public order and simple order the researcher finished the study with his ring and a number of results and recommendations.

Keywords: Public Order, Arbitral Award, Judiciary, Simple Order.

مقدمة

إذا كانت فكرة حكم التحكيم قد أثارت العديد من الجدل الفقهي الصريح أو الضمني[1]، إلا أن تحديد المقصود بحكم التحكيم له أهمية كبيرة، فمن ناحية أولي فإن أحكام التحكيم فقط هي التي يمكن أن تكون محلاً لدعوي البطلان في الأنظمة التي تجيز رفع دعوي بإبطال حكم التحكيم، ومنها القانون المصري (م٢/ ٥٢ تحكيم). كما أن أحكام التحكيم في هذا المقام هي فقط التي تصلح لأن تكون محلاً للطعن بطرق الطعن المقررة في القوانين التي تجيز الطعن في حكم التحكيم ومنها القانون الفرنسي (المادة ١٤٨١إلي ١٤٩١ مرافعات فرنسي وذلك فيما يخص التحكيم الداخلي، والمادة ١٥٠١ مرافعات فرنسي وما بعدها فيما يخص التحكيم الدولي). كما أن أحكام التحكيم هي فقط التي تستفيد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم وأهمها اتفاقية نيويورك ١٩٥٨. ومن ناحية أخري ففكرة حكم التحكيم على ضوء مرسوم ١٣ يناير ٢٠١١ برغم عدم وجود نص صريح بشأن تعريف حكم التحكيم، ولا كذلك في مرسوم ١٣ يناير ٢٠١١، إلا أن المواد من ١٤٧٨ حتى ١٤٨٦ من قانون الإجراءات المدنية تناولت حكم التحكيم، وتعدي هذه المواد صدي لمواد قانون ١٩٨١، وإن نظمت أحكام لتحكيم وفقاً لمنظومة جديدة، بطبيعة الحال. فضلاً عن الجديد، الذي جاءت به، في موضوع حكم التحكيم، نذكر على سبيل المثال، إمكان تنظيم أسباب بطلان حكم التحكيم. ومن حيث فكرة حكم التحكيم، فقد اتسم القضاء بقدر كبير من المرونة في معالجة فكرة التحكيم، ففي العديد من الأحكام

(1) Emmanuel Gaillard, sentence arbitrale, Juris-classeur, 1991, procédurecivile, fase. 1070-2, p.1.

مشار الية لدي د .هبه بدر أحمد محمد ، الحماية الوقتيه في التحكيم ، رسالة دكتوراة ، جامعه عين شمس، ٢٠٠٩،ص.٢٧٩.

القضائية، جري تعريف حكم التحكيم بأنه قرار محكمة التحكيم الذي يفصل في الاختصاص، أو في وسائل الإجراءات، التي تنهي دعوي التحكيم، أو التي تفضي، بطبيعتها إلي إنهاء دعوي التحكيم، أو في كل، أو جزء من الموضوع. ولكن قضي كذلك بأن حكم التحكيم هو القرار النهائي المتعلق بالتدابير الوقتية للغرامات التهديدية، التي تصدر بأمر المحكم، ولهذا الأخير أن يصدر مثل هذه التدابير الوقتية حتى انقضاء الدعوي بصدور حكم التحكيم، عل هذا الحال، يمكن لمحكمة التحكيم أن تصدر التدابير الوقتية والتحفظية، وفقاً للمادة ١٤٦٨ من قانون الإجراءات المدنية الجديد، وعقب صدور أمر بتنفيذ حكم التحكيم، فغن القضاء الوطني يعطي بذلك لحكم التحكيم قوة تنفيذية، ومن ثم، يمكن الحكم بالغرامة التهديدية لكل من يقصر في تنفيذ حكم التحكيم[1].

أما عن الطبيعة القانونية لأحكام التحكيم :فيعد حكم التحكيم النتيجة النهائية التي توصلت إليها هيئة التحكيم المعنية بنظر الموضوع بعد نظر كافة الدفوع والطلبات التي يثيرها الخصوم وعقد جلسات الإستماع ومرافعة وسماع شهادة الشهود والخبراء ويأتي الحكم كنتيجة لاقتناع الهيئة بالأدلة المقدمة من الخصوم ، وتتبع الهيئة خلال إصدارها للحكم مجموعة من الإجراءات وتلزم بالميعاد المحدد لها ، كما يمكن لها أن تصدر أحكام جزئية أو أحكام أولية قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة .

وحكم التحكيم كغيره من أحكام القضاء أجازت غالبية التشريعات إمكانية الطعن فيه وبينت أسباب وطرق الطعن فيه واستئنافه والمواعيد المحددة لذلك ، وبصدوره لابد من

---

(١)Paris, 7 oct. 2004, Rev. arb. 2005. 737, note Jeuland ;JCP 2005, II, 10071, note.

تنفيذه وإلا فإنه لا جدوى من التحكيم طالما أن الأحكام التي تصدر عنه لا تجد طريقها للنفاذ ولا تحوز حجية الأمر المقضي.

ويرتب صدور حكم التحكيم من هيئة التحكيم (النطق به) أثارا قانونية وإجرائية هامة سواء بالنسبة إلى هيئة التحكيم وأطراف الخصومة.

فالتحكيم هو نظام خاص للفصل في النزاعات بجانب القضاء العادي حيث أن القانون ينظم نوعين من القضاء، قضاء عام وقضاء خاص هو التحكيم، ويرون أنصار هذه النظرية أن على المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي في الفصل في النزاع فكل منهما يقوم بتطبيق قواعد القانون أو قواعد العدالة للفصل في النزاع وإن القرار الصادر منها يعتبر حكماً قضائيا، وكذلك يتضمن التحكيم عناصر تعود للعمل القضائي وهي الإدعاء والمنازعة والمحك يستمد صلاحيته للقيام بالوظيفة القضائية من القانون ، حيث أن قرار التحكيم الصادر يجوز حجية الأمر المقضي وهذا الأثر الذي يترتب على صدور الحكم القضائي[1] ،

ويرى الباحث أنه نظراً للتشابه بين نظام القضاء ونظام التحكيم الذي أدي إلى وجود قواعد مشتركة بينهما وفي نفس الوقت توجد اختلافات من حيث الوظيفة والغاية والآثار القانونية فالقانون لا يجيز تنفيذ قرار التحكيم إلا بعد صدور أمر بتنفيذه من القضاء خلافاً للحكم القضائي الذي لا يتطلب مثل هذا الأمر لصدوره ، بينما يذهب اتجاه ثالث إلى اعتباره ذا طبيعة مختلطة .

---

(١) عبد محمد القصاص، حكم التحكيم دراسة تحليلية في القانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ ،ص.٧٥.

فحجية أحكام القضاء السابقة لحكم التحكيم تمنع صدور حكم تحكيم لاحق لها في ذات الموضوع ، وقد حددت المادة (٥٨/ ٢/ أ) من قانون التحكيم المصري ضوابط ذلك بقولها : [١]

أ- إذا كان حكم القضاء الذي صدر قبل حكم التحكيم قد انصب علي جزء من موضوع النزاع فقط أي يكون التعارض بين الحكمين يتعلق بجزء فقط مما فصل فيه حكم التحكيم جاز هذا الأمر بالتنفيذ بالنسبة للجزء الصادر في حكم التحكيم الذي لم يفصل فيما فصل فيه هذا الحكم القضائي ولا يتعارض مع ما فصل فيه أي بمعنى جواز تجزئة الحكم بتنفيذ الجزء الذي لا يتعارض مع حكم القضاء السابق وعدم تنفيذ الجزء الذي يتعارض معه إذا كانت هذه التجزئة ممكنة.

ب- يجب أن يكون حكم القضاء قد صدر بالفعل وليس مجرد رفع دعوي أمام القضاء، وينطبق النص بمنع التنفيذ إذا كان حكم القضاء الذي صدر من المحكمة المصرية قد صدر بعد صدور حكم التحكيم طالما أنه قد صدر قبل طلب تنفيذ حكم التحكيم.

ج- لم يشترط القانون أن يكون الحكم القضائي قد أصبح نهائيا أو بات فيكفي صدور حكم ابتدائي في الموضوع ولو كان قد تم الطعن فيه بالاستئناف.

د- يجب أن يكون حكم القضاء الذي يتعارض معه حكم التحكيم لكي يكون سبب في دعم تنفيذ حكم التحكيم أن يكون صادر من المحاكم المصرية وليس من محكمة أجنبية أو من هيئة تحكيم في مصر أو خارجها، ولكن إذا تم الاعتراف به في مصر وفق القانون المصري فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي به في مصر وأن ذلك يتعلق بالنظام العام ويجب على حكم التحكيم الذي يصدر بعده أن يحترم هذه الحجية والا اعتبر حكم

---

(١) نص المادة (٥٨/ ٢/ أ) من قانون التحكيم المصري .

التحكيم هذا مخالفة للنظام العام وإذا صدر أمر بتنفيذه رغم ذلك فإنه يمكن التظلم منه وطلب إلغائه لمخالفته شرط من شروط إصداره.

هـ- عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في مصر:

قرر المشرع المصري عدم جواز مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في مصر والا كان الحكم باطلا ، ويمكن للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها ، وهذا ما قررته المادة (٥٨/ ٢/ ب) من قانون التحكيم المصري.[1]

ولكن يجب التفرقة بين فكرة النظام العام على المستوي الداخلي وفكرة النظام العام على المستوي الدولي فليس كل ما يخالف النظام العام الداخلي يعتبر مخالفا للنظام العام علي المستوي الدولي كما هو الحال في مخالفة قاعدة آمرة فإنه يعتبر مخالفا للنظام العام الداخلي ولكنه لا يعتبر كذلك على المستوي الدولي.

و- إعلان المحكوم ضده بالحكم بشكل صحيح :

وأن يتم هذا الإعلان وفقاً لما يقضي به قانون المرافعات المصري ، وقد أكدت المادة (٥٨/ ٢/ ج) على أنه : "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي .... أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلان صحيحة".

أما في فرنسا فالتعارض بين حكم التحكيم والنظام العام صدر بخصوصه عدداً من القرارات الهامة التي أثارت الاهتمام بشأن التوافق بين حكم التحكيم والنظام العام. في الواقع، قد تحرر القضاء رويداً رويداً بشأن مسألة القابلية للتحكيم، وفي أغلب الأحوال ينساق المحكمون إلي الفصل في المسائل التي تمس النظام العام في أحكام التحكيم الصادرة عنهم.

---

(١) نص المادة (٥٨/ ٢/ ب) من قانون التحكيم المصري .

والطعون الموجهة ضد أحكام التحكيم لا تقف فقط عند النظر في مسائل الاختصاص، بل إنها تمتد إلي مدى التوافق بين حكم التحكيم والنظام العام من حيث موضوع حكم التحكيم ذاته.

أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي، فقد تلاشي التحفظ حيال مسألة الاختصاص بالكامل، على الأقل من جانب محكمة استئناف باريس، التي وبحسب علمنا لعبت دوراً رئيسياً في مواد التحكيم :

"لا يكفي للقول بعدم القابلية للتحكيم في النزاع، أن يكون النظام العام واجب التطبيق بالنظر إلى الحق موضوع النزاع، و المحكم و يملك من جانبه السلطة لتطبيق المبادئ و القواعد التي تتبع النظام العام الدولي، و أن يعاقب على التقصير في الالتزام بمثل هذه المبادئ و القواعد تحت رقابة قاضي البطلان"[١]. وسوف يتكشف لنا فيما بعد السبب في أن هذا الحل لم يمتد بعد إلي التحكيم الداخلي[٢].

٣. وفي ذات الوقت، عملت محكمة استئناف باريس على فتح الباب أمام النظر في مدى التوافق بين حكم التحكيم والنظام العام من حيث الموضوع. والقضاء الحديث قد عمل من جانبه على التعديل في مدى هذه الرقابة.

لذا سيتناول الباحث توضيح النقاط الآتية:

---

(١) Paris, 19 mai 1993, Labinal, Rev. Arb., 1993. 645 note Ch. Jarrosson, RTD com., 1993.494, obs. E. Loquin .

(٢) En cesens Ch. Jarrosson, note précitée ; E. Loquin, obs. précitées ; P. Level, " L,arbitrabilité ", Rev. Arb., 1992.213, n.26, p.237 ; L. idot, note in Rev. Arb., 1991. 478 .

أولاً: أهمية البحث:

أ-الأهمية العلمية:

١-تأتي أهمية الدراسة من مناقشتها موضوع غاية في الأهمية حيث يناقش العلاقة بين أحكام التحكيم والقضاء، ومدي حجية كل منهما، والقيود الواردة على تلك الحجية وبخاصة ما يتعلق بمخالفة النظام العام، ومن ثم فهي تضاف إلى الحق المعرفي للمكتبة القانونية العربية في هذا المجال.

٢- كما تأتي الأهمية العلمية من محاولة الدراسة تطوير منهجية دراسة الموضوع وإثارة موضوعات تتعلق بمناقشات الفقه ونصوص القانون قد تكون نواة لبحوث مستقبلية للباحثين في هذا المجال.

ب-الأهمية العملية:

١-تتناول الدراسة الجوانب المختلفة لحجية أحكام التحكيم، والقيود الواردة على تلك الأحكام، ومناقشة الآراء الفقهية ونصوص القانون المتعلق بها ومن ثم فهي توضح جوانب العوار الذي قد يعتري بعض تلك الآراء أو النصوص القانونية ومن ثم تلفت نظر المشرع لضرورة معالجتها.

٢-من خلال ما تقدمة الدراسة من إطار معرفي في مجال حجية أحكام التحكيم وقيودهما، فهي تضع أمام المهتمين من مشرعين وصانعي قرار، ومستثمرين وغيرهم توضيح لكافة جوانب الموضوع وتلقي الضوء على أهم مجالاته.

ثانياً: أهداف البحث:

تهدف الدراسة إلى تحقيق عدد من الأهداف من أهمها:

١-توضيح ماهية حكم التحكيم وحكم القضاء والخصائص التي يتميز بها كل منهم.

٢-بيان الطبيعة القانونية لكل من حكم التحكيم والقضاء.

٣-مناقشة العلاقة التي تربط بين حكم التحكيم والقضاء من حيث تشكيل هيئة التحكيم وتنفيذ حكم التحكيم .

٤ -تفنيد أهم القيود الواردة على تنفيذ حكم التحكيم والقضاء وعلى رأسها مخالفة النظام العام.

ثالثاً: مشكلة البحث:

تأتي إشكالية الدراسة مما تثيره العلاقة بين حكم التحكم و ما يؤثر على حجية حكم التحكيم الذي يحوز حجية الأمر المقضي ، والقيود التي ترد على حجية حكم التحكيم وبخاصة ما يتعلق بمخالفة القواعد الآمرة أو النظام العام في الدولة، ومن ثم تسعى الدراسة إلى مناقشة تلك الجوانب و محاولة تقديم إجابات وافية لها .

المبحث الأول:
حجية حكم التحكيم

إن حكم التحكيم يعتبر قرار قضائي خاص*un acte juridictionnel privé*. وبالتالي، فإن أثاره تتنوع بحسب النظام القانوني الوطني، الذي يتم الاحتجاج فيه بحكم التحكيم. ومن ناحية القانون الفرنسي للتحكيم، فإنه يرتب على حكم التحكيم أثرين أساسيين بقوة القانون. بيد أن الطابع التنفيذي لحكم التحكيم لا يعتبر احد هذين الأثرين. فالطابع التنفيذي يتبع المرحلة اللاحقة على صدور حكم التحكيم.

ويتعين علينا أن نحيل في هذا الشأن على المادة ١٣٥١ من التقنين المدني، والتي تنص على، (" إن حجية الأمر المقضي تتقيد بموضوع الحكم القضائي. ومن المتعين أن يكون الأمر المطلوب هو ذاته، الذي سبق الفصل فيه، وأن يقوم الطلب على ذات السبب. مع وحدة الخصوم، والصفة "). والحق إن هذه القاعدة، التي توصف بقاعدة وحدة السبب، والموضوع، والخصوم، تقود بدورها إلي التساؤل، وفي سبيل القول بأن الدعوي الجديدة تتعارض والأمر المقضي، هل صدر الحكم بين نفس الخصوم، وفي ذات المسألة، وهو ما يحيل بدوره على عناصر موضوعية وأخري شخصية للرابطة القانونية الخاصة بالدعوي القضائية[1] .

(1) L. Cadiet, et E. Jeuland ;Droit judiciaireprive, 9ème éd., Litec, 2006.., p. 465

المطلب الأول :
الأساس القانوني لحجية حكم التحكيم
(L'autorité de la chose Jugée)

تنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات المصري على أن " الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي (ويقصد هنا حجية الأمر المقضي)[1] تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً . وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها "

كما تنص المادة ١١٦ من قانون المرافعات المصري على أن "الدفع بعدم جواز نظر الدعوي لسابقة الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها " .

وتنص المادة ١٣٥١ مدني فرنسي وكذلك المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات الفرنسي على حجية الأمر المقضي كأثر للأحكام القضائية.

---

(١) كثيراً ما يقع الخلط بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي سواء في الفقه أو القضاء أو التشريع حيث تستعمل إحدى العبارتين ويكون المقصود بها العبارة الأخرى انظر : عبد الرزاق السنهورى - الوسيط في شرح القانون المدني – جـ ٢ - نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الالتزام). م/ أحمد مدحت المراغى -٢٠٠٦ – صـ٥٧ بند ٣٤٢.

الفرع الأول:
طبيعة حجية الأمر المقضي

اختلفت النظريات[١] بشأن تحديد طبيعة حجية الأمر المقضي ، فالنظرية التقليدية تعتبر حجية الأمر المقضي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس بأن الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة وهو ما سار عليه كل من القانون المصري والقانون الفرنسي ، حيث أوردوا الحجية ضمن القرائن القانونية في الإثبات

أما النظرية الحديثة فتري أن الحجية مركز قانوني إجرائي يرتبه قانون المرافعات علي الحكم القضائي ، فالحكم القضائي وفقا لهذه النظرية ينشئ مركزا إجرائيا جديدا بغرض حماية هذا الحق وتأكيده .[٢]

وتحيل المادة/ ١٥٠٠ من قانون الإجراءات المدنية الجديد الفرنسي على المادة/ ١٤٧٦، والتي تنص على : " إن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي، من لحظة صدوره ".[٣]

بناءً عليه، فإن ذات القضية بين الخصوم لا يمكن أن ترفع أمام القضاء الفرنسي. وتعتبر مثل هذه القاعدة امتداد، على مستوى حكم التحكيم للآثار المقررة في القانون الفرنسي على اتفاقية التحكيم ذاتها. ولا يمكن رفع حجية الأمر المقضي من على حكم التحكيم إلا في حالة رفض إصدار أمر بالتنفيذ لحكم التحكيم، أو في حالة صدور حكم ببطلان

---

(١) أنظر في تفصيل هذه النظريات مؤلف : وجدي راغب فهمي – العمل القضائي – مرجع سابق، ص ١٨٤ وما بعدها .

(٢) أنظر د .هبه بدر أحمد محمد، الحماية الوقتيه في التحكيم،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه ، جامعه عين شمس ، كليه الحقوق ٢٠٠٩، ص٦٩.

(3) J.-M.Jacquet, Ph. Delebecque, Droit du commerce international, 2e éd., Dalloz,2000, p.379.

التحكيم. بيد أنه، وبصورة إيجابية، يمكن لحكم التحكيم أن يحوز حجية الأمر المقضي، حيث يشكل سند بين يدي الخصم يرخص له الحصول على تدبير تحفظي [١]

واختلفت الآراء حول حجية حكم التحكيم حيث انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: لا تحوز أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي به: ذهب جانب من الفقه والقضاء[٢] إلى أن المحكمين ليسوا قضاة وبالتالي ما يصدر عنهم من أحكام ليست أحكام قضائية، ولهذا فإن أحكام التحكيم لا تحوز حجية الأحكام القضائية، بمعنى أن حكم التحكيم لا يعتبر عملاً قضائياً حتى بعد صدور الأمر بتنفيذه فهو يصدر مستنداً إلى إرادة الخصوم[٣].

الرأي الثاني: تحوز أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي به بعد صدور الأمر بالتنفيذ: وذهب جانب آخر من الفقه وبعض أحكام النقض الفرنسية إلى عدم تمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي به إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ، لأن الأصل أن الحجية لا تكون إلا للأحكام القضائية، وقبل صدور الأمر بالتنفيذ، فإن حكم التحكيم لا تكون له طبيعة الأحكام القضائية[٤].

---

(١) J.-M.Jacquet, Ph. Delebecque, Droit du commerce international, op. cit., p. 380

(٢) حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٩ - مجلة التحكيم ١٩٦٠، ص ١٧.

(٣) نجيب أحمد عبد الله، التحكيم في القانون اليمني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، رسالة دكتوراه كليه الحقوق جامعه الإسكندرية ١٩٩٦ص ٤٣٣.

(٤) محمد نور شحاتة، الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٨ص ١٣٠.

الرأي الثالث: تحوز أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي به من تاريخ صدوره: ويستند هذا الرأي إلى أن نظام التحكيم نظام قضائي، وعلى ذلك تحوز أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي به من تاريخ صدورها شأنها في ذلك شأن الأحكام القضائية.(١)

وعبرت اتفاقية واشنطن عن ذلك واعتبرت قرار التحكيم الصادر من المركز المشكل وفقاً لأحكامها قرار نهائي وملزم ، ولا يجوز الطعن به أو استئنافه في غير الأحوال التي نصت عليها هذه الاتفاقية ، حيث نصت في المادة (٥٤/ ١) منها على أن : قرار التحكيم يعتبر نهائيا وواجب التنفيذ وليس لمحاكم الدولة المراد فيها تنفيذه فحص موضوع النزاع وإنما تطبق تلك الدولة قانونها الخاص بتنفيذ القرار كما أن الدولة الطرف لا تستطيع أن تتمسك بالحصانة القضائية أو التنفيذية بالنسبة للأحكام التي تنطوي على التزامات مالية .

وفي فرنسا أيضا كانت الحجية الإيجابية للأمر المقضي مثار جدل. وأحيانا، ما نشير في هذا الشأن إلي عدم وجود نص قانوني يكرس لوجود مثل هذه الحجية الإيجابية للأحكام القضائية. بيد أن التقنين المدني تناول مسألة حجية الأمر المقضي تحت عنوان القرائن المستقرة بطريق القانون. حيث تنص المادة ١٣٥٠ من التقنين المدني الفرنسي على، (" إن القرينة القانونية هي القرينة، التي تلاصق، بموجب القانون، بعض القرارات، وبعض الوقائع، ومنها الحجية التي يلصقها القانون بالأمر المقضي ").

وعلي هذا الحال، فإن هذه القرينة القانونية على الحقيقة تلاصق، وبصورة إيجابية الحكم القضائي، وعلى هذا الحال، فإن الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة. وهي بطبيعة الحال، تشكل قرينة مطلقة، بمعني أن من غير الممكن الخروج عليها. ومن ناحية أخري، فإن هذه القرينة القانونية تنتمي بدورها لفئة القرائن التي تشكل، على أقل

---

(١) محمد نور شحاتة، الرقابة على أعمال المحكمين،مرجع سابق،ص ١٣٠.

تقدير قاعدة إثبات، بمعني قاعدة موضوع كرَّسْ لها المشرع. والحق إن هذا البعد الإيجابي على حجية الأمر المقضي يعني أن المتقاضي، الذي صدر الحكم القضائي لصالحه يمكنه الاحتجاج بالحكم القضائي وبما يترتب على هذا الحكم ذاته من مميزات لصالح هذا المتقاضي. وبالتالي، فإن الحكم القضائي يمكن الاحتجاج به في وجه الغير.[١]

ويتمثل البعد السلبي لحجية الأمر المقضي في عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ، وهو ما أكدته كل من المادة ١٠١ إثبات والمادة ١١٦ مرافعات مصري وبالتالي فإن ما سبق وأن فصل فيه بحكم حائز للحجية لا يمكن أن يكون محلا لدعوي جديدة ترفع بإجراءات مبتدأة حتى ولو قدمت في الخصومة الجديدة أدلة واقعية أو أسانيد قانونية لم يسبق إثارتها في الخصومة الأولي أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها[٢] .

إن هذه الحجية في البعد السلبي لها تمنع على المحكمة أن تنظر من جديد فيما سبق لها الحكم فيه، شريطة وجود وحدة في الخصوم، والشيء المطلوب، والسبب المنصوص عليه في المادة ١٣٥١ من التقنين المدني الفرنسي ، مع مراعاة التحفظ بشأن طرق الطعن في الحكم، التي تسمح بإعادة النظر في الموضوع مرة أخري. وهذا هو الأثر السلبي (أو

---

(١) S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand ; Procedure civile, 30èmeéd., Dalloz, 2010, p.751.

(٢) HervéCroze ,Christian Morel et Olivier Fradin, Procédurecivile ,Litec,2001,p.39,41.

- نقض ٢٦/ ٢/ ١٩٩٢ - المحاماة - أغسطس ١٩٩٤– جـ ٢- رقم ٨٠ - ص ٥؛ نقض مدني الطعن رقم ٦٥ لسنة ٦ق - جلسة/ / ٦- مكتب فنى ٤٧ ص ١٢٨ - مجموعة القوانين والمبادئ القانونية ٢٣ - المرجع القضائي في قانون المرافعاتج ١ - الطبعة الأولى ٢٠٠٨ - هيئة قضايا الدولة - ص٩٧٣ .

الحجية السلبية) للأمر المقضي. وحجية الأمر المقضي لا تتعلق سوي بالسبب المرفوع أمام القاضي، وبصورة منفردة ما سبق الحكم فيه، ومع صدور الحكم القضائي، فإن القاضي يكون بذلك قد أعمل القانون بالنسبة للمسألة التي عرضت عليه. وبصورة منفردة ما تم الحكم فيه بصورة فعلية، وبالنظر إلي الخصوم.(١)

ولهذا السبب نستطيع القول بان الحكم القضائي لا يحوز حجية حيال الخصوم الآخرين، ولا بالنسبة للمسألة التي لم يقضي فيها. وعلى هذا الحال متى كان الطلب، أو الادعاء جديد من حيث سببه، وموضوعه، والخصوم، فإن المحكمة يمكنها أن تنظره بدون أن يتعارض ذلك مع الأمر المقضي. بيد أن الألفاظ، التي وردت في نص المادة ١٣٥١ من التقنين المدني الفرنسي ليس لها ذات المعني، الذي يمكن تلمسه في تقنين الإجراءات المدنية. وعلى هذا الحال، يتعين التوسيع من التصورات الإجرائية للموضوع وللسبب.(٢)

وطبقاً لنص المادة(٥٥) من قانون التحكيم المصري " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون " وكذلك المادة(٣٥ / ١) من المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٠ بالموافقة على نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية " يكون الحكم الصادر من الهيئة وفقاً لهذه الإجراءات ملزماً ونهائياً ، وتكون له قوة النفاذ في الدول الأعضاء في مجلس التعاون بعد الأمر بتنفيذه من قبل الجهة القضائية المختصة ، وطبقاً لنص المادة ٣٤ / ١من المرسوم بقانون ٩ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم البحريني بأنه " لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم إلا بطلب إلغاء ....." وهى نفس المادة المنصوص عليها بقانون

(1) S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand ; Procedure civile, op. cit., p. 753
(2) S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand ; Procedure civile, op. cit., p. 754

الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م وتعديلاته في عام ٢٠٠٦م في المادة(٤٣/ ١) لا يجوز الطعن في قرار تحكيم أمام إحدى المحاكم الا بطلب إلغاء .....)، وطبقاً لنص المادة(٢٣٩) الفقرة الأخيرة من قانون المرافعات " ولا يقبل الاعتراض على الحكم الصادر في التحكيم " .

ومن النصوص المتقدمة يمكن القول بأن الحكم الصادر من هيئة التحكيم يكون حائزاً لحجية الأمر المقضي بمجرد صدوره ،وتبقى هذه الحجية للحكم ما بقى الحكم قائماً وتنتهي ما انقضى الحكم القائم ، وقد عرّف العديد من الفقهاء الحجية ،فمنهم من عرفها بأنها عنوان الحقيقة أي لا يجوز إعادة طرح النزاع مرة أخرى أمام القضاء [1] ، وعرفها آخرون بأنها قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس والتي تؤكد بأن الحكم الصادر كان شحيحاً شكلاً وموضوعاً وبالتالي لا يجوز الطعن فيه إلا بالطرق المقررة للطعن في مثل هذا الحكم ، وتتفق هذه الآراء جميعاً في أن هذه الحجية لها جانبان [2]، الأول: إيجابي ويعنى أحقية من صدر الحكم لصالحة في التمسك بهذه الحجية ، والثاني: سلبى : وتعنى امتناع عن طرح النزاع مرة أخرى أمام جهات الاختصاص ، وعن الحجية في الأحكام لم يتناول المشرعان المصري والبحريني في قانون التحكيم التجاري تعريفاً محدداً لهذا الأمر الذى يدعونا الرجوع الى مفهوم الحجية في قانون الإثبات المدني ، ففي نص المادة(١٠١) من قانون الإثبات المصري " الأحكام التي حازت قوة الأمر

---

(١) د أحمد السيد صاوي ،الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم٢٧ لسنة ١٩٩٤م ، ط٣ ، ٢٠١٠م ، ص ٤٠٥ وما بعدها .

(٢) د محمد وليد هاشم المصري ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني ،جامعة البحرين،٢٠٠٦ ص ٣٥٥.

المقضي به تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقص هذه الحجية ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم بذات الحق محلاً وسبباً وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها "[1]، فالحجية إذا هي الصفة الغير قابلة للمنازعة فيه فيما بعد، فيمتنع على من أصدر حكمه أن يعدل عنه ، والقاعدة أن الحجية للمنطوق وحده الذى فصل فيما طلبه الخصوم ، الا أن هذا ليس معناه أن تثبت الحجية لكل أجزاء المنطوق ، إذ قد تغفل المحكمة بعض طلبات الخصوم ومن ثم فإن الحجية لا تنسب الا فيما فصل فيه دون أن تتعدى فيما لم يفصل فيه سواء أكان ذلك راجعاً الى عدم عرضها على القضاء وإما لأن الخطأ من المحكمة بنسيان بعض الطلبات التي طرحت أمام المحكمة وأغفلتها عن غير عمد ، الا أن حجية حكم التحكيم ليست من النظام العام ومن ثم يجوز لأطراف النزاع اللجوء الى هيئة أخرى للفصل من جديد في طلباتهم دون أن تحكم الهيئة الجديدة بعدم جواز نظر النزاع لسابقة الفصل فيه ، واكتساب حكم التحكيم حجية الأمر المقضي منذ صدوره لا يعنى اكتسابه القوة التنفيذية ولا يعنى عده سنداً تنفيذياً ، أي لا يمكن تنفيذه جبراً إلا بعد صدور أمر من المحكمة المختصة بتنفيذه حسب نص المادة(٥٦) من قانون التحكيم المصري ، إلا أن رأياً في الفقه يرى أنه يجوز للمحكمة أن تعمل الحجية من تلقاء ذاتها ، بل يتعين أن يدفع به الخصوم ، ويرجع ذلك لكونها من النظام العام وهو ما يؤيده العديد من الفقهاء في إعمال الحجية كما هو الشأن في أحكام القضاء [2]، وهنا

---

(١) نص المادة (١٠١) من قانون الإثبات المصري .

(٢) د. أحمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الخصومة والحكم ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ١٩٩٥م، ص ٥١٦ وما بعدها.

تختلف الحجية التي تتصف بها أحكام التحكيم عن الأحكام التي تحوز قوة الأمر المقضي في أن الحجية تعنى طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات أنها تمثل شفة للأمر المقضي به في الحكم وتبدو فاعليتها خارج نطاق الخصومة وتثبت للحكم بمجرد صدوره حتى ولو كان الحكم قابلاً للطعن فيه ، بينما قوة الأمر المقضي في الحكم تبدو فاعليتها داخل الخصومة للدلالة على ما يتمتع به الحكم من إمكانية أو عدم إمكانية الطعن فيه بالطرق المحددة لذلك ، بمعنى أن حجية الحكم يكون معها الحكم يقبل فيه الطعن بالطرق العادية ، بينما الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي لا يقبل الطعن بطرق الطعن العادية سواء صدر بالأصل غير قابل لها أو أصبح كذلك فيما بعد بانقضاء مواعيد الطعن أو برفض الطعن.

فتعتبر القرارات الصادرة عنه كالقرارات والأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية متمتعة بالنفاذ المباشر لدي الدول الأعضاء في الاتفاقية وتعامل كالأحكام القضائية الوطنية ولا تخضع لنظام الأمر بالتنفيذ والذي تخضع له قرارات التحكيم الأجنبية ، فالقرارات الخاضعة لأحكام هذه الاتفاقية لا تخضع سوي لرقابة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ووفقاً للأحكام التي نصت عليها اتفاقية واشنطن[1]، وذهب إلى ذلك المشرع اليمني في نص المادة(٥٦) من قانون التحكيم[2].

---

(١) محمد عايد فاضل، موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٧، ص ٤٧.

(٢) تنص المادة (٥٦) تحكيم يمني على انه:" تحوز أحكام التحكيم الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا الفصل".

ومن خلال ما سبق يتضح أن أحكام التحكيم تحوز حجية الأمر المقضي به من تاريخ صدورها شأنها شأن الأحكام القضائية وذلك لأن صدور الأمر بالتنفيذ من قاضي المحكمة إنما يتطلب من أجل التنفيذ لا من أجل قوة الثبوت والحجية .

الفرع الثاني:
مفهوم حجية الأمر المقضي:

١. تعريف الحجية:

تنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات المصري على أن " الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي (ويقصد هنا حجية الأمر المقضي)[١] تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً . وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها "

كما تنص المادة ١١٦ من قانون المرافعات المصري على أن "الدفع بعدم جواز نظر الدعوي لسابقة الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها "

ويقصد بحجية الحكم عموما ما يتصف به من قوة أو قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس تشهد على أن الحكم قد صدر صحيحاً من الناحية الشكلية وعادلا من الناحية الموضوعية وهو ما يمنع الخصوم من إعادة عرض ما فصل فيه من النزاع على القضاء من جديد .[٢]

---

(١) كثيراً ما يقع الخلط بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي سواء في الفقه أو القضاء أو التشريع حيث تستعمل إحدى العبارتين ويكون المقصود بها العبارة الأخرى انظر : عبد الرزاق السنهورى - الوسيط في شرح القانون المدني – جـ ٢ - نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الالتزام). م/ أحمد مدحت المراغى -٢٠٠٦ – صـ٥٧ بند ٣٤٢.

(٢) عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧ ، ص ١٧٢ .

ولا يجوز أهدار هذه الحجية إلا عن الطرق الطعن المقرر قانونا في مثل هذا الحكم ، ومعني ذلك أن الحكم بعد صدوره فإنه يعتبر عنوان الحقيقة لما فصل فيه ويتضمن حلا عادلا للنزاع يعبر عن مضمون إرادة القانون الحقيقية في الحالة المعروضة وانه صحيحاً أي انه يوافق النموذج القانوني وهو ما يجعل هذا الحكم الصادر في النزاع أو الدعوي يتمنع النظر فيما فصل فيه مرة أخري بين الأطراف وفي ذات الموضوع ولذات السبب .[1]

والحجية لا تكون إلا للأحكام القطعية التي تحسم موضوع النزاع بكاملة أو تحسم جزء منه أو مسألة إجرائية متفرعة عنه[2] ، وتترجم من خلال أثرين يرتبهما الحكم الأول إيجابي والثاني سلبي ، فالإيجابي هو أن يتمسك من صدر الحكم لمصلحته بمقتضاه والسلبي تمنع من صدر الحكم ضده من رفع الدعوي مرة أخري بهدف إعادة الفصل في النزاع .

وقد طبق ذلك المشرع الفرنسي والمصري من خلال المادة (١٤٨٤/ ١) بناء على إحالة المادة (١٥٠٦/ ٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، ونص المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري .

---

(١) د.علوش صابرة، الآثار الإجرائية لحكم التحكيم في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد ١٣، العدد ٢٥، ٢٠٢١ ، ص ٨١٧ وما بعدها .

(٢) خير عادل محمد، حجية ونفاذ أحكام التحكيم وأشكالها محليا ودولياً، ط ١ ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٤٣ .

وتختلف حجية الأمر المقضي عن قوة الأمر المقضي في أن الحجية تمثل صفة للأمر المقضي به في الحكم وتبدوا فاعليتها خارج نطاق الخصومة وتثبت له بمجرد صدوره حتى لو كان قابلا للطعن ، بينما قوة الأمر المقضي تبدوا فاعليتها داخل الخصومة التي صدر فيها الحكم للدلالة على مدي ما يتمتع به هذا الحكم من إمكانية أو عدم إمكانية الطعن فيه بالطرق من طرق الطعن الاعتيادية وان ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادي ، واكتساب حكم التحكيم لحجية الأمر المقضي منذ صدوره لا يعني اكتساب القوة التنفيذية بمعني لا يمكن تنفيذه جبرا إلا بعد أمر بتنفيذه من السلطة القضائية المختصة . (١)

(١) صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ط١، مركز الدراسات العربية للنشر، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٧٦ .

الفرع الثالث :
علاقة حجية حكم التحكيم بالنظام العام

كان السائد في الفقه والقضاء المصري[١] قبل صدور قانون الإثبات الحالي رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن الحجية ليست من النظام العام ، وبالتالي لم يكن جائزا للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه ، بل وكان يجوز للخصوم النزول عنها كما لم يكن جائزا للخصوم إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض . وهذا هو ما استقر عليه القضاء في فرنسا[٢]، حيث إنه يري أن الحجية تتعلق بمصالح الأشخاص لا بالمصلحة العامة وهو ما أيده بعض الفقه الفرنسي[٣]. غير أن اتجاها آخر[٤] في فرنسا ذهب إلي انه لا يجوز للخصوم أن يتنازلوا عن الدفع بالحجية كما يجب أن يقضي بها القاضي من تلقاء نفسه.

وبصدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وكذلك قانون المرافعات الحالي رقم ١٣لسنة ١٩٦٨ فقد عدل المشرع عن موقفه وجعل الحجية من النظام العام لا يجوز التنازل عنها كما يجب أن تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها.[٥]

---

(١) عبد الحميد أبو هيف - المرافعات –المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر. - ص ٨٠١ بند ١١١٠ ، عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ٥٧٨ بند ٣٤٥ ، نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٧٤ مجموعة عمر رقم ١٥٨ص ٣٥٤ مشار إليه في عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٥٨١ هامش.

(٢) Cass.civ.24 nov.1976, D., 1977.IR-75; Cass. civ.ad6e.2003, D., 2003, 109

(٣) Cadietop.cit.n.1109 ,Gérard Couchez.op.cit.,p.180.

(٤) Vincent et Guinchard, op.cit.,p.163 n 184.

(٥) د .هبه بدرأحم دمحمد،الحماية الوقتيه في التحكيم،مرجع سابق، ص ٧٣

وفي وذلك قضت محكمة النقض المصرية "لما كان مفاد نص المادة ١١٦ أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوي السابقة الفصل فيها قد أصبح وفقا لهذا النص متعلقا بالنظام العام وعلى ذلك حسبما جاء بالمذكرة الإيضاحية احترام حجية الحكم السابق صدور في نفس الدعوي وهي حجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالا بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها[1]

ويري العديد من الفقهاء أن اعتبار حجية حكم التحكيم من النظام يمنع اتفاق الأطراف على مخالفتها وتخويل قاضي الدولة أو هيئة التحكيم المعروض عليها النزاع أن تقضي من تلقاء ذاتها بعدم جواز نظر النزاع لسبق الفصل فيه، أما عدم اعتبارها من النظام العام يجيز للأطراف اللجوء إلى قاضي الدولة أو الاتفاق على اللجوء إلى هيئة التحكيم بهدف إعادة النظر في الذي سبق الفصل فيه، ولا يمكن للقاضي أو هيئة التحكيم أن تقضي تلقائيا برفض النظر في النزاع المطروح عليها لسبق الفصل فيه .

وعليه فإن حجية حكم التحكيم لا تتعلق بالنظام العام وإنما يجب على الطرف الذي صدر لصالحة التمسك بحجية الحكم والسبب في ذلك يرجع إلى أن حكم التحكيم منح حجية الأمر المقضي فيه حماية للمصالح الخاصة للأطراف وليس المصلحة العامة المرتبطة

(١) الطعن رقم ٧٧٢ لسنة ٦٨- جلسة ٢٢/ ٤/ ٢٠٠٣ - مجموعة القوانين والمبادئ القانونية ٢٣ - مرجع سابق - ص ٩٧٠؛ الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٧٧ ق – جلسة ٢٢/ ٤/ ٢٠٠٣؛ الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٧٢ق–جلسة ٢٢/ ٤/ ٢٠٠٣- مجموعة القوانين والمبادئ القانونية ٢٣ - مرجع سابق – ص ٩٧١.

بحجية الأحكام القضائية الصادرة عن قضاء الدولة باعتباره سلطة عمومية[١]، وهو ما أكد عليه المشرع المصري في المادة (٥٥) من قانون التحكيم [٢].

ولا تترتب الحجية إلا على أحكام القضاء الموضوعي ، وهي الأحكام الفاصلة في موضوع الدعاوي الموضوعية سواء بإجابتها أو رفضها ، بينما تستنفد سلطة القاضي بالنسبة لسائر الأحكام القطعية التي يصدرها ، سواء كانت أحكاما تنفيذية أو وقتية أو كانت فاصلة في مسائل إجرائية[٣] .

كما أن الحجية وعلى عكس الإستنفاد هي الفاعلية الملزمة للأحكام خارج إجراءات الخصومة التي صدرت فيها . أما الإستنفاد فلا ينتج أثره إلا داخل إطار الخصومة التي صدر فيها الحكم القطعي فهو لا يرتب أثره إلا بالنسبة للمحكمة التي أصدرت الحكم ، ويقتصر نطاقه على المسالة التي فصلت فيها هذه المحكمة داخل الخصومة التي صدر فيها[٤]و الحجية تثبت للحكم بمجرد صدوره من جهة قضائية لها ولاية إصداره ولو كان قابلا للطعن بإحدى طرق الطعن العادية ، بل ولو طعن بها عليه بالفعل. أما قوة الأمر

---

(١) أشجان فيصل شكري، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره طرق الطعن فيه، رسالة ماجستير، كطلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨، ص ٨٢ .

(٢) نص المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

(٣) وجدي راغب فهمي - مبادئ القضاء دار الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩٩– ص ٥٥. -

(٤) وجدي راغب فهمي - العمل القضائي –النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، ١٩٧٤ص.

المقضي فلا تثبت للحكم إلا بعد صيرورته نهائيا سواء لكونه غير قابل للطعن عليه بالاستئناف أو لفوات ميعاد الاستئناف أو للقضاء برفض الاستئناف[1].

(١) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق – ص ٥٦٩ وما بعدها بند ٣٤٢؛ محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - مرجع سابق ص ٧٣٥.مشار اليه لدي د.هبه بدر أحمد ، ،الحماية الوقتيه في التحكيم،مرجع سابق، ص ٦٧.

المطلب الثاني:
شروط حجية الأمر المقضي في حكم التحكيم وقوة تنفيذه :

ولكي تتمتع أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي به، يشترط لذلك شروط معينة ويكون لحجية حكم التحكيم نطاق محدد، وهذا ما سنتناوله في الآتي:

الفرع الأول:
شروط تمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي به:

وإذا كان الهدف من تقرير حجية الأمر المقضي هو ضرورة وضع حد للمنازعات وتجنب تعارض الأحكام ، فإن وسيلة إعمال الحجية هي دفع بالحجية أي دفع بعدم جواز نظر الدعوي لسابقة الفصل فيها ويشترط لإعمال الدفع بالحجية في الدعوي الجديدة أن تتحد في موضوعها محلا وسببا بالدعوي التي سبق الفصل فيها وأن تكون بين الخصوم أنفسهم.

فحجية الأمر المقضي ليست مطلقة بل هي نسبية Relative من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص[1].

ولكن تجدر الإشارة هنا إلى أن هناك أحكاما تحوز حجية مطلقة autoriteabsolue وهي الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية (م٢٩/ ٥ مدني فرنسي) والأحكام الصادرة بالنسب Filiation (م٣١١/ ١٠ مدني فرنسي) والأحكام الصادرة بإلغاء براءات الإختراع Brevets d'invention والعلامات marques (م٦١٣/ ٢٧، ٧١٤/ ٣ ملكية فكرية فرنسي) . كما أن

---

(١) Gérard Couchez,op.cit., p.180 a 213;Herve Croze,Cbristain Morel.et Olivier Fradin.op.cit., p.46 n 108; LoïcCadiet, Droit JudiciairePrivé, Litec,1992,p.580 1110؛

و انظر ايضا وجدي راغب فهمي – مبادئ القضاء- مرجع سابق - ص ٥٤.

البعض[١] قد فرق بين الأحكام الصادرة في نزاع ذاتي ContentieuxSubjectif ، والأحكام الصادرة في نزاع موضوعي ContentieuxObjectif وإعترف للأولي بحجية نسبية، في حين أن الثانية تتمتع بحجية مطلقة

تتمثل تلك الشروط في الأتي :

١-أن يكون حكم التحكيم صادراً من محكم له سلطة الفصل في المنازعة المحددة في اتفاق التحكيم وأن يراعى في ذلك الأحكام الواردة في قانون التحكيم وكل ما هو متعلق بالنظام العام.

٢-أن يصدر الحكم التحكيمي بصدد نزاع قائم بين أطرافه بسبب علاقات قانونية، سواء كان النزاع حول موضوع ذات طابع اجتماعي أو اقتصادي.

٣-أن يكون حكم التحكيم نهائي وقطعي، بمعنى أن يكون الحكم قد صدر من المحكم أو هيئة التحكيم بشكل نهائي، وحسّم في موضوع النزاع وتم البت فيه كله أو جزء منه.[٢]

بالإضافة الي وحدة الخصوم Identité des parties : يشترط لإعمال الدفع بالحجية أن تتحد الدعويين الجديدة والسابقة من حيث الخصوم ، فالحكم لا يحتج به إلا علي من كان طرفا فيه[٣]. وتكون الحجية في مواجهة أطراف الخصومة دون ممثليهم فيها [٤].

---

(١) حمدي عبد الرحمن - رسالة -Les Action Preventives - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - ١٩٧٢ . الحد الأول – السنة١٤ ص ٨٩

(٢) نجيب أحمد عبد الله، التحكيم في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ٤٣٦ .

(٣) عبد الحميد أبو هيف - المرافعات - ص ٨٠١ بند ١١١٠ ؛ عبد الرزاق السنهورى - مرجع سابق– ص ٥٧٨ بند ٣٤٥؛ نقض مدني ٢٠ فبراير سنة١٩٤٧ مجموعة عمرة رقم ١٥٨ م ٣٥٤ مشار إليه في عبد الرزاق السنهورى - مرجع سابق - ص ٥٨١ هامش.

(٤) مشار إليه لدي :د.هبه بدر أحمد، الحماية الوقتية في التحكيم، مرجع سابق،ص٧١.

وحدة الموضوع Identité de Fond : أي أن الحجية تقتصر علي الشئ المقضي فيه موضوعا محلا وسببا ، فإذا اختلف أي من هذين العنصرين في الدعوي الجديدة عنه في الدعوي السابقة ، فلا محل للقول بإعمال حجية الأمر المقضي وهو ما أكدت عليه المادة ١٣٥١ مدني فرنسي(١) فتنص على "أن الحجية لا تقوم إلا بالنسبة إلى موضوع الدعوي فيجب أن يكون الشئ المطلوب واحدا ، وأن يكون الطلب مؤسسا علي نفس السبب، وقائمة بين الخصوم أنفسهم ، ومقاما منهم أو عليهم بالصفة نفسها".

(١) أنظر : د.هبه بدر أحمد،،الحماية الوقتية في التحكيم ،مرجع سابق،ص٧١.والنص الفرنسي لهذه المادة:

"L'autorité de la chose jugéen'a lieu que à L'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il fautque la cbosedemandéesoit la même ; que la demandesoitfondéesur la même cause ; que la demandesoit entre les mêmes parties, et formée par ellescontreelles en la mêmequalité"

الفرع الثاني:
نطاق حجية حكم التحكيم

أولا : نطاق الحجية الخاصة بالموضع :

لا حجية للحكم إلا إذا تعلق الأمر بنفس النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم محلا وسبباً ويتحدد نطاق حجية حكم التحكيم بالنسبة للموضوع بوحدة المسألة المحكوم فيها والمشتملة على عنصرين هما (المحل والسبب) ويرتبط تحديد نطاق حجية حكم التحكيم بتحديد نطاق اتفاق التحكيم نفسه ، ويعني أن حكم التحكيم لا يتمتع بالحجية إلا في حدود ما فصل فيه من نزاع تضمنه اتفاق التحكيم . (١)

ثانياً ـ النطاق الخاص بالأشخاص :

فحكم التحكيم شأنه شأن حكم القضاء لا يكون حجة إلا على أطرافه ، بمعني أن حكم لا يستفيد به إلا من صدر لصالحة ولا يحتج به إلا على من صدر عليه ، وعليه لا حجية لأحكام التحكيم في مواجهة الغير، إنما التمسك بها يكون بين أطراف الحكم (المحكوم له ، والمحكوم عليه) (٢)، والذين هم في الأصل أطراف اتفاق التحكيم ، وهم من تنصرف إليهم سواء شاركوا في إجراءات التحكيم بأنفسهم أو بواسطة ممثلين عنهم . (٣)

---

(١) وئام مصطفي محي الدين، أثار حكم التحكيم وطرق الطعن فيه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، ٢٠١٤، ص ٣٧ .

(٢) أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠١٣، ص ٢٦١.

(٣) أحمد عبد الفتاح صقر، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص ٢٢٣ .

الفرع الثالث:
القوة التنفيذية لحكم التحكيم

يقصد بالقوة التنفيذية هي صلاحية الحكم للشروع في تنفيذه جبراً عندما يمتنع المحكوم عليه من تنفيذه إرادياً، والثابت أن الأحكام القضائية ملزمة وصالحة للشروع في التنفيذ الجبري بشرط أن تكون نهائية أو مشمولة بالنفاذ المعجل وبالتالي لا تحتاج إلى أمر بالتنفيذ من القضاء ولا إلى رقابة قضائية، فهل حكم التحكيم يكون له قوة تنفيذية بمجرد صدوره نهائيا؟

الواضح أن حكم التحكيم قبل صدور الأمر بتنفيذه لا يكون له أية قوة تنفيذية رغم الاعتراف له بصفة الحكم القضائي، والاعتراف له بقوة النفاذ، وبالتالي يكون له حجية وقوة الأمر المقضي به بمجرد صدوره، أي أن حكم التحكيم يكون صالحاً لتنفيذه إرادياً إذا اختار المحكوم عليه تنفيذه تلقائياً، فإذا امتنع وأراد المحكوم له تنفيذه جبراً فإن القانون يلزمه باتخاذ ما يلزم للحصول على إذن من القضاء، وليس من حق هيئة التحكيم أن تأمر بإجراء هذا التنفيذ، والسبب في ذلك يرجع إلى الأساس العقدي لنظام التحكيم وهو أساس غير قائم بالنسبة للحكم القضائي، ومن خلال طلب الأمر بالتنفيذ يمارس القضاء نوع من الوصاية القضائية على الإرادة الخاصة لحماية الحقوق الفردية فيتفحص حكم التحكيم من حيث سلامته الشكلية الإجرائية، ثم يصدر أو لا يصدر أمر التنفيذ (الصيغة التنفيذية) حسب نتيجة الفحص.

وعند تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية فانه يعتبر بذلك سنداً تنفيذياً يحوز على القوة التنفيذية، وبالتالي يكون لصاحب المصلحة القيام بتنفيذه عن طريق الجهات المختصة.[١]

ويري الباحث أن حجية حكم التحكيم تجعله حائزاً لقوة الأمر المقضي به من تاريخ صدوره وصالحاً لتنفيذه إرادياً إذا اختار المحكوم عليه تنفيذه تلقائياً ، فإذا امتنع عن التنفيذ فان على المحكوم له اللجوء إلى القضاء وطلب الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي وتذييله بالصيغة التنفيذية ليصبح بذلك سنداً تنفيذياً، ويكون لصاحبه القيام بتنفيذه جبراً عن طريق الجهات المختصة.

أما بالنسبة للأمر بتنفيذ حكم التحكيم في فرنسا:

فإن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم يستنتج من الطلب المرفوع أمام المحاكم بمنح حكم التحكيم الطابع التنفيذي. وعلى الرغم من أن المحكمة جانبت الصواب في الحديث عن التنفيذ الجبري فإن الأمر بالتنفيذ يعتبر مقدمة للتنفيذ الجبري[٢].

بالنسبة لإجراءات إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فإنها تتسم بالبساطة، والسرعة في أن معاً.

---

(١) نصت المادة(٣٢٧) من قانون المرافعات اليمني على أنه:" تكون الصيغة التنفيذية على النحو التالي: بقوة الشرع والقانون فإن السلطة القضائية تقرر فرض تنفيذ هذا السند التنفيذي جبراً وعلى السلطة العامة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة المسلحة متى طلب قاضي التنفيذ منها ذلك."

كما نص الفصل(٣/٤٣٣) من قانون المرافعات المدنية المغربي على أن:" تكون الصيغة التنفيذية كما يلي: وبناء على ذلك يأمر جلالة الملك جميع الأعوان ويطلب منهم أن ينفذوا الحكم المذكور أو القرار كما يأمر لوكلاء العامين للملك أو وكلاء الملك مختلف المحاكم أن يمدوا يد المعونة

(٢) J.-M.Jacquet, Ph. Delebecque, Droit du commerce international, op. cit., p. 381

- من ناحية الاختصاص النوعي، يجب أن يرفع طلب الحصول على أمر بتنفيذ حكم التحكيم إلي محكمة الخصومة الكبرى، التي تقضي بطريق قاضي وحيد[١].
- ومن ناحية الاختصاص الإقليمي، فإن المادة/ ١٤٧٧ من قانون الإجراءات المدنية الجديد تحدد القاضي في الدائرة التي صدر فيها حكم التحكيم. ولكن هذا النص لا يوفر الحل بالنسبة للحالات التي يصدر فيها حكم التحكيم في الخارج. والقضاء بدوره يميل إلي الأخذ بحل مماثل للحل المتبع عندما تعطي المادتان ١٤و١٥ من القانون المدني الاختصاص للمحاكم المدنية :

يستطيع الطالب (المدعي) أن يختار المحكمة بالنظر إلي ربطة الإسناد الخاصة بالدعوى على المحكمة الفرنسية، أو بحسب مقتضيات حسن سير القضاء [٢].

- ينظر القاضي في مسألة طلب تنفيذ حكم التحكيم بطريق الالتماس المقدم أمامه. ويمكنه في هذا الصدد أن يتلقى ملاحظات الخصم، الذي صدر ضده حكم التحكيم ولكن دون أن يصل به الحال إلي عقد جلسة حضورية .
- يجب أن يتم استيفاء شرطين حتى يمكن أن يكتسي حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية. حيث تفرض المادة/ ١٤٩٩ إثبات وجود حكم التحكيم في النسخة الأصلية له، أو في صورة طبق الأصل، وقد تكون مصحوبة بترجمة معتمدة. ومن الممكن كذلك تقديم اتفاقية التحكيم.

---

(١) op. cit., p. 381

(٢) J.-M.Jacquet, Ph. Delebecque, Droit du commerce international, op. cit., p. 382

أما عن الشرط الثاني، فإنه الشرط الوحيد في الموضوع : ألا يكون هناك تعارض ظاهر بين حكم التحكيم والنظام العام الدولي (المادة/ ١٤٩٨ الفقرة١ من قانون الإجراءات المدنية الجديد).[١]

وبالنظر إلي أن طلب تنفيذ حكم التحكيم لا يكون موضوع لمرافعة حضورية فمن غير الممكن استنتاج التعارض بين حكم التحكيم والنظام العام الدولي إلا من خلال قراءة حكم التحكيم(٣). وفي كافة الأحوال، لا يملك قاضي التنفيذ إلا أن يقبل، أو أن يرفض إصدار الأمر بالتنفيذ، وبالتالي لا يحق له أن يعدل أو يكمل حكم التحكيم. ومن المتصور أن يصدر الأمر بالتنفيذ جزئي[٢].

---

(١) op. cit., p. 381

(٢) J.-M.Jacquet, Ph. Delebecque, Droit du commerce international, op. cit., p. 382

المبحث الثاني:
تعارض حجية حكم التحكيم مع النظام العام

إن حكم التحكيم يعتبر قرار قضائي خاص*un acte juridictionnel privé*. وبالتالي، فإن أثاره تتنوع بحسب النظام القانوني الوطني، الذي يتم الاحتجاج فيه بحكم التحكيم. ومن ناحية القانون الفرنسي للتحكيم، فإنه يرتب على حكم التحكيم أثرين أساسيين بقوة القانون. بيد أن الطابع التنفيذي لحكم التحكيم لا يعتبر احد هذين الأثرين. فالطابع التنفيذي يتبع المرحلة اللاحقة على صدور حكم التحكيم.

المطلب الأول :
التعارض بين حكم التحكيم والنظام العام

لقد صدر عدد من أحكام التحكيم الحديثة، والتي لعبت دورها في تطوير القواعد التي تحكم اختصاص المحكم، وذلك من حيث القواعد التي تحكم فعالية شرط اتفاق التحكيم والقابلية للتحكيم في المسائل التي تتعلق بالنظام العام، وهي المسائل التي كانت موضوع اهتمام الفقه منذ زمن بعيد.

كذلك هناك عدد من القرارات الهامة التي أثارت الاهتمام بشأن التوافق بين حكم التحكيم والنظام العام.

في الواقع، قد تحرر القضاء رويداً رويداً بشأن مسألة القابلية لتحكيم، وفي أغلب الأحوال ينساق المحكمون إلي الفصل في المسائل التي تمس النظام العام في أحكام التحكيم الصادرة عنهم. والطعون الموجهة ضد أحكام التحكيم لا تقف فقط عند النظر في مسائل الاختصاص، بل إنها تمتد إلي مدى التوافق بين حكم التحكيم والنظام العام من حيث موضوع حكم التحكيم ذاته.

أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي، فقد تلاشي التحفظ حيال مسألة الاختصاص بالكامل، على الأقل من جانب محكمة استئناف باريس، التي وبحسب علمنا لعبت دوراً رئيسياً في مواد التحكيم :

"لا يكفي للقول بعدم القابلية للتحكيم في النزاع، أن يكون النظام العام واجب التطبيق بالنظر إلى الحق موضوع النزاع، ز المحكم و يملك من جانبه السلطة لتطبيق المبادئ والقواعد التي تتبع النظام العام الدولي، وان يعاقب على التقصير في الالتزام بمثل هذه المبادئ و القواعد تحت رقابة قاضي البطلان[١]. وسوف يتكشف لنا فيما بعد السبب في أن هذا الحل لم يمتد بعد إلي التحكيم الداخلي[٢].

وفي ذات الوقت، عملت محكمة استئناف باريس على فتح الباب أمام النظر في مدى التوافق بين حكم التحكيم والنظام العام من حيث الموضوع. والقضاء الحديث قد عمل من جانبه على التعديل في مدى هذه الرقابة.

إن هذه النقطة، وعلى نحو ما يتضح لنا يجري معالجتها بطريقتين، إذ يرى البعض أنه ومتى تم إجراء التحكيم في مسائل جديدة وذات حساسية خاصة، فلا غني عن التدليل على توافر القدر الكبير من الحيطة والدقة حيال الإجراءات الخاصة بمثل هذه المسائل.

بينما يذهب فريق أخر، أن الأثر الوحيد الذي يمكن ترتيبه على التحكيم في المسائل ذات الحساسية الخاصة، يتمثل في الترخيص للمحكم بالفصل في المسائل المتعلقة بالنظام العام وعلى القاضي أن يتحقق بدوره من سلامة النتيجة التي انتهي إليها المحكم.

---

(١) Paris, 19 mai 1993, Labinal, Rev. Arb., 1993. 645 note Ch. Jarrosson, RTD com., 1993.494, obs. E. Loquin.

(٢) En ce sens Ch. Jarrosson, note précitée ; E. Loquin, obs. précitées ; P. Level, " L,arbitrabilité ", Rev. Arb., 1992.213, n.26, p.237 ; L. idot, note in Rev. Arb., 1991. 478.

في الواقع، إن المحاكم لا تزال على ترددها بشأن السير في هذا الدرب. وليس أدل على ذلك من هذا التعارض البَيِنْ بين القرارات التي انتهت إلي النتيجة التي مفادها : " يجب أن تنصب الرقابة من حيث القانون ومن حيث الواقع، على كافة العناصر، التي تحدد بدورها تطبيق قاعدة النظام العام "، والقرارات التي تمتنع عن تفنيد الأوصاف، أو التكييف، الذي أجراه المحكم.(١)

ومما يؤسف له، أن هذه الحالة من انعدام اليقين كانت لها تداعياتها، إذ ومن خلال مسألة القابلية للتحكيم في المسائل التي تتعلق بالنظام العام ومسألة توافق حكم التحكيم مع النظام العام تبرز على السطح احدي المشكلات الرئيسية للتحكيم، واتي تتمثل في التعايش بين قضاء التحكم والقضاء الوطني.(٢)

هنا يلعب النظام العام دوراً مزدوج : فهو يسلط الضوء على المكان الذي يستطيع القضاء الوطني أن يتقاسمه مع قضاء التحكيم، وكذلك على الحد الفاصل بينهما.

لا خلاف على أن المشرع يملك الكلمة الأخيرة بصدد هذه المسألة، ولقد كان له مواقفه المختلفة في كل من التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. ففي التحكيم الداخلي، يجب على القاضي الوطني أن يبطل حكم التحكيم متى انتهك المحكم قاعدة من النظام العام (المادة/ ١٤٨٤-٦ من قانون الإجراءات المدنية الجديد).

---

(١) P. MAYER, La sentence contraire à l,ordre public au fond, Rev. Arb. 1994, n.4.p.616.

(٢) Op.cit p.6160

المطلب الثاني :
التمييز بين النظام العام والآمر البسيط.

فإن فكرة النظام العام تشمل فئتين من القواعد : قوانين البوليس والمبادئ الأساسية للنظام القانوني.

الفرع الأول:
التمييز بين النظام العام والآمر البسيط.

مع عدم وجود تعريف للنظام العام في المادة/ ١٤٨٤، فمن الطبيعي أن تستهدي المحاكم بالمعني الوارد في المادة/ ٦ من القانون المدني. على هذا الحال، ومنذ فترة زمنية طويلة ظل هذا النص موضوع للتفسير الواسع، الأمر الذي كان له تأثيره السلبي على هذا المعني وتلك مسألة يجب أخذها في الاعتبار.(١)

وتنص المادة/ ٦من القانون المدني على : " لا يمكن الخروج بطريق الاتفاقيات الخاصة على القوانين التي تتعلق بالنظام العام، والآداب العامة ". هنا وبحسب واضعو هذه المادة فقد تم الأخذ بالمعني الضيق لفكرة النظام العام، ولعل هذا ما يفسر لنا السبب في تحريم الخروج على القاعدة : وبحكم أن الالتزام بالقاعدة يعد مسألة ضرورة لحماية مصالح المجتمع، فلا يملك الأفراد العاديين الخروج عليها في عقودهم.(٢)

ويري الباحث أنه ، حينما حظر المشرع على المتعاقدين الخروج على قاعدة، فإن النتيجة الطبيعية المترتبة على ذلك، أن هذه القاعدة من النظام العام. والأثر الرئيسي للنظام العام هو الذي يعد المحور الرئيسي للفكرة ذاتها. فالحتمية، أو الطابع الأمر يشكل النظام العام، ولكنه لم يعد نتيجة له.

---

(١) P. MAYER, La sentence contraire à l,ordre public au fond, Rev. Arb. 1994, n.4.p.619.

(٢) P. MAYER, La sentence contraire à l,ordre public au fond, Rev op.cit p 619.

ومن ناحية الفقه الحديث، فإنه لا ينتقد صراحة مثل هذه المعالجة للنظام العام، بل في بعض الأحيان نجد افقه لا يتوانى عن تأييدها. على هذا النحو يتصدى الفقيه جاك غيستان لرأى أولئك اللذين الذين يميزون بين الآمر البسيط والنظام العام

الفرع الثاني :
النظام العام والقوانين الآمرة

من ناحية قانون العقود، نجد أن التمييز بين الأمر البسيط والنظام العام غير ذي جدوى من الناحية العملية. ولكن استبعاد مثل هذا التمييز سوف يؤدى ولا ريب إلي تفريغ فكرة النظام العام من معناها. ففكرة النظام العام لم تعد تحيل على القواعد والمبادئ الأساسية التي ينهض عليها المجتمع، سواء كانت هذه القواعد معنوية، أو سياسية، أو اقتصادية، أو اجتماعية، ففكرة النظام العام تقتصر على الخصوصية الفنية لبعض القواعد دون القواعد الأخرى.[١]

ومن المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز تسوية منازعاتها بطريق التحكيم المسائل المتعلقة بصحة براءات الاختراع أو العلامات التجارية أو المتعلقة بكسب الجنسية أو فقدها أو المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة أو المتعلقة بأعمال السيادة أو المتعلقة بالأموال التي لا يجوز التعامل فيها بمقتضي قوانين خاصة كالآثار والأموال التراثية الثقافية والأسلحة والذخائر والاتجار في المخدرات والمنازعات الخاصة بالمطالبة بديون قمار أو فوائد ربوية ، كما لا يجوز التحكيم المتهم والنيابة العامة في شأن قيام الجريمة أو عدم م قيامها ، وفي شأن المسؤولية الجنائية ....، كما لا جوز التحكيم في المنازعات بشأن الدعاوي المتعلقة بتلك الإجراءات أو اتباع وسائل أخري للتطبيق .[٢]

---

(١) op.cit p 619

(2) A,Francon : larbitrage en matire de brevets et la jurisprudencemrevmarb ,1975mp.143. & B.Oppetit :larbitrage en matire de brevets denvention après la loi du 18 Juillet 1978<rev .arb.1979.p.83.

خاتمة:

لاشك أن التحكيم يعد من الوسائل الحديثة لفض المنازعات التي تثار بين أطراف علاقة سواء كانت تجارية أو غيرها ، وأي كانت طبيعة العلاقة عقدية أو غير عقدية ،والاتفاق على تسوية المنازعة بالتحكيم لها ضوابط وشروط أوردها الشارع المصري في نص المادة ١١ بتحديد الجواز للشخص الطبيعي والاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ، وهو ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة العربية وهو ما أكدت عليه اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٦١، فإذا تعلقت بالنظام العام لا يجوز لطرفي العلاقة الاتفاق على الفصل فيها عن طريق التحكيم ، فجميع مسائل الأحول الشخصية والمسائل الجنائية لا يجوز التحكيم فيها لتعلقها بالنظام العام من الناحية الموضوعية ، ولا ينفصل التحكيم في مسعاه لفصل الخصومة عن القضاء فهناك دائماً علاقة تربطهم ببعض تكون بشكل تكاملي في بعض الأحيان ورقابي في أحيان أخري ، فالمحكمة يبقي دورها ضروري وبخاصة في الجوانب الإجرائية لعملية التحكيم ، وبخاصة عندما يكون هناك إشكالية تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم حيث يبرز هنا دور القضاء في علاقته بالتحكيم ، إلا أن هناك حاجة دائماً إلى تدخل القضاء وبخاصة في مرحل تنفيذ حكم التحكيم فهو يحتاج دائماً إلى قرار بالتنفيذ من قبل المحكمة المختصة على الخصومة وتنفيذ الحكم ، وهي مسائل تطرقت إليها الدراسة من خلال فصولها المختلفة ، وقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج الهامة لعل من أهمها الآتي :

النتـــائج :

١ -أنه رغم استقلال التحكيم إلا أنه في حاجة إلى القضاء في مسائل كثيرة منه لتشكيل هيئة التحكيم وتنفيذ حكم التحكيم ودعاوى بطلان حكم التحكيم .

٢ -أن حكم التحكيم هو حكم نهائي يحوز قوة الأمر المقضي به ولا يوجد طريق للطعن عليه ، ودعوي البطلان لا تعد طعنا على الحكم و لا يحكم ببطلان حكم التحكيم إلا لأسباب و ردت حصرا مثل مخالفة النظام العام .

٣- أن اتفاق التحكيم هو شرط مستقل يخضع لإرادة أطرافه ، وكذلك اختيار أعضاء هيئة التحكيم وهو ما يعزز استقلال نظام التحكيم .

التوصيات :

في ضوء ما سبق توصي الدراسة بالآتي:

١- أن يتم تحديد النظام العام الدولي في القانون وفقا للمبادئ الأساسية التي جري عليها المجتمع الدولي و هو أمر يمنع القاضي من تطبيق النظام العام الداخلي على أحكام التحكيم الدولية .

٢- قد يكون من المناسب إلغاء شرط المعاملة بالمثل لتطبيق حكم التحكيم الأجنبي وفق قانون المرافعات حيث أنه من غير المناسب أن تلجأ الدولة بمبدأ المعاملة بالمثل لإجبار دولة أخرى على تبني قاعدة الإسناد التي اقتنعت بها و التي من المكن ألا تتوافق مع دولة أخرى .

٣- أن يتم التوسع في اعتماد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات العقارية والاستثمارية وإبرام اتفاقيات دولية بين مصر والدول الأخرى بشأن ذلك وعدم الاقتصار على اتفاقيات جامعة الدول العربية واتفاقية نيويورك وغيرهما .

المراجع

المراجع العربية

١- د .هبه بدر أحمد محمد ، الحماية الوقتية في التحكيم ، رسالة دكتوراة ، جامعه عين شمس، ٢٠٠٩.

٢- عبد محمد القصاص، حكم التحكيم دراسة تحليلية في القانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ .

٣- نجيب أحمد عبد الله، التحكيم في القانون اليمني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية ، رسالة دكتوراه كليه الحقوق جامعه الإسكندرية ١٩٩٦ .

٤- محمد نور شحاتة، الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، ١٩٩٨.

٥- المرجع القضائي في قانون المرافعات ج١ - الطبعة الأولى ٢٠٠٨ - هيئة قضايا الدولة.

٦- د أحمد السيد صاوي ، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم٢٧ لسنة ١٩٩٤م ، ط٣ ، ٢٠١٠م.

٧- د محمد وليد هاشم المصري ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني ، جامعة البحرين،٢٠٠٦ .

٨- د أحمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الخصومة والحكم ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

٩- محمد عايد فاضل، موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٧.

١٠- عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧ .

١١- د. علوش صابرة، الآثار الإجرائية لحكم التحكيم في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد ١٣، العدد ٢٥، ٢٠٢١ .

١٢- خير عادل محمد، حجية ونفاذ أحكام التحكيم وأشكالها محليا ودولياً، ط ١ ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥ .

١٣- صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ط١، مركز الدراسات العربية للنشر، القاهرة، ٢٠١٦ .

١٤- أشجان فيصل شكري، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره طرق الطعن فيه، رسالة ماجستير، كطلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨ .

١٥- وجدي راغب فهمي - مبادئ القضاء دار الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩٩ .

١٦- وجدي راغب فهمي - العمل القضائي - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، ١٩٧٤ .

١٧- Les Action Preventives- حمدي عبد الرحمن - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية -١٩٧٢ . الحد الأول – السنة١٤ ص.٨٩.

١٨- أحمد عبد الفتاح صقر، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٩ .

١٩- وئام مصطفي محي الدين، أثار حكم التحكيم وطرق الطعن فيه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، ٢٠١٤ .

٢٠-أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية ، ٢٠١٣، .

المراجع الأجنبية:

1- Emmanuel Gaillard, sentence arbitrale, Juris-classeur, 1991, procédurecivile, fase. 1070.
2- J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, Droit du commerce international, 2e éd., Dalloz,2000.
3- HervéCroze ,Christian Morel et Olivier Fradin, Procédurecivile ,Litec,2001.
4- S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand ; Procedure civile, 30èmeéd., Dalloz, 2010.
5- L. Cadiet, et E. Jeuland ;Droitjudiciaireprive, 9ème éd., Litec, 2006.
6- P. MAYER, La sentence contraire à l,ordre public au fond, Rev. Arb. 1994, n.4.p.616.
7- Rev. Arb., 1992.213, n.26, p.237 ; L. idot, note in Rev. Arb., 1991. 478.
8- Paris, 19 mai 1993, Labinal, Rev. Arb., 1993. 645 note Ch. Jarrosson, RTD com., 1993.494, obs. E. Loquin.
9- Paris, 7 oct. 2004, Rev. arb. 2005. 737, note Jeuland ; JCP 2005, II, 10071, note.
10- En cesens Ch. Jarrosson, note précitée ; E. Loquin, obs. précitées ; P. Level, " L,arbitrabilité ", Rev. Arb., 1992.213, n.26, p.237 ; L. idot, note in Rev. Arb., 1991. 478.
11- Paris, 19 mai 1993, Labinal, Rev. Arb., 1993. 645 note Ch. Jarrosson, RTD com., 1993.494, obs. E. Loquin.

فهـــــرس الموضوعـــــات

مقدمة ١٨٧١
أولاً: أهمية البحث: ١٨٧٧
ثانياً: أهداف البحث: ١٨٧٧
ثالثاً: مشكلة البحث: ١٨٧٨
المبحث الأول: حجية حكم التحكيم ١٨٧٩
المطلب الأول : الأساس القانوني لحجية حكم التحكيم ١٨٨٠
الفرع الأول: طبيعة حجية الأمر المقضي ١٨٨١
الفرع الثاني: مفهوم حجية الأمر المقضي: ١٨٩٠
الفرع الثالث : علاقة حجية حكم التحكيم بالنظام العام ١٨٩٣
المطلب الثاني: شروط حجية الأمر المقضي في حكم التحكيم وقوة تنفيذه : ١٨٩٧
الفرع الأول: شروط تمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي به: ١٨٩٧
الفرع الثاني: نطاق حجية حكم التحكيم ١٩٠٠
الفرع الثالث: القوة التنفيذية لحكم التحكيم ١٩٠١
المبحث الثاني: تعارض حجية حكم التحكيم مع النظام العام ١٩٠٥
المطلب الأول : التعارض بين حكم التحكيم والنظام العام ١٩٠٥
المطلب الثاني : التمييز بين النظام العام والآمر البسيط ١٩٠٨
الفرع الأول: التمييز بين النظام العام والآمر البسيط ١٩٠٨
الفرع الثاني : النظام العام والقوانين الآمرة ١٩١٠
خاتمة: ١٩١١
النتـــائج : ١٩١٢
التوصيات : ١٩١٢
المراجع ١٩١٣
فهـــــرس الموضوعـــــات ١٩١٦