

**الخصومة المدنية لاجراءات التحكيم
بين النظرية والتطبيق**

**الباحث/ إسماعيل محمد نجيب السيد
باحث لدرجة الدكتوراه- كلية الحقوق- جامعة الزقازيق**

الخصومة المدنية لإجراءات التحكيم

بين النظرية والتطبيق

الباحث/ إسماعيل محمد نجيب السيد

ملخص البحث

التحكيم وسيلة من وسائل فض المنازعات المدنية والتجارية، وهي ضمانات ضمانات تحقيق العدالة بعيدا عن الروتين القانوني وعدم مسايرة التشريعات الوطنية بالتطورات المتلاحقة والسريعة في الواقع الوطنى والدولى، لذلك فى ظل تزايد اعتماد الدول فى التنمية الاقتصادية على الاستثمار الأجنبى، لذلك فقد عرفه البعض بأنه الطريقة التى يختارها الأطراف لفض المنازعات التى تنشأ عن العقد والتى يتم البت فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليه أسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء .

المبدأ فى النظام المصرى والفرنسى والتشريعات المقارنة أن الخصومة المدنية ملك للخصوم فلهم الحق فى التنازل عنها وتركها أو الاستمرار فيها، لذا فقد نظم المشرع قواعد خاصة لإنقضاء الخصومة بإرادة الخصوم فى القانون المدنى، وإذا كان المدعى له دور أساسى فى تسيير الخصومة، ويمكن له طلب انقضائها بالترك وفى مقابل ذلك يمكن للمدعى عليه أن ينهى الخصومة وذلك عن طريق قبول طلبات المدعى، وقبول الحكم الصادر ضد المحكوم عليه أو التنازل عن الطعن، فلم يعد إنهاء الخصومة فى يد المدعى فقط بل للمدعى عليه تلك السلطة أيضا سواء فى أول درجة أو فى مرحلة الطعن، فالحق المدعى عليه فى الدعوى يمكن التنازل عنه عن طريق القبول.

والواقع أن القانون يهتم ببيان كيف تنشأ الحقوق وكيف ينتفع بها وكيف تنقضى ومن أهم أسباب انقضاء الحقوق الموضوعية أو الاجرائية التنازل عنها صراحة أو ضمناً والحقوق الاجرائية هى التى تتعلق بالدعوى والخصومة وتهم القضاء وهى الوسيلة الوحيدة لتحقيق العدل بين الناس والذي هو غاية التقاضي بينهم.

Civil litigation for arbitration procedures √ between theory and practice

Abstract:

Arbitration is one of the means of resolving civil and commercial disputes, and it is one of the guarantees of achieving justice away from legal routine and not keeping pace with national legislation with successive and rapid developments in the national and international reality. Therefore, in light of the increasing dependence of countries in economic development on foreign investment, some have defined it as the method. Which the parties choose to resolve disputes arising from the contract and which are decided before one or more people called the arbitrator or arbitrators without resorting to the judiciary.

The principle in the Egyptian and French systems and comparative legislation is that the civil dispute is the property of the opponents, so they have the right to waive it, leave it, or continue it. Therefore, the legislator has organized special rules for the expiration of the dispute at the will of the opponents in civil law, and if the plaintiff has a fundamental role in managing the dispute, he can request its expiration. By abandoning, and in exchange for that, the defendant can end the dispute by accepting the plaintiff's requests, accepting the ruling issued against the convicted person, or waiving the appeal. Ending the dispute is no longer only in the hands of the plaintiff, but the defendant also has that authority, whether at the first instance or at the appeal stage. The defendant's right to the lawsuit can be waived by acceptance.

In fact, the law is concerned with explaining how rights are created, how they are used, and how they expire. One of the most important reasons for the expiration of substantive or procedural rights is to waive them explicitly or implicitly. Procedural rights are those related to lawsuits, disputes, and judicial charges, and they are the only means of achieving justice between people, which is the goal of litigation between them.

مقدمة

الأصل أنه يرجع إلى القانون المصرى لتحديد مدى توافر صحة الاتفاق على التحكيم، إلا أنه بالنظر إلى أنه قد تتعدد أطراف اتفاق التحكيم وإلى أن هذا التحكيم قد يكون دوليا ينتمى فيه أطرافه إلى جنسيات دول مختلفة أو يتم إبرامه أو تنفيذه كليا أو جزئيا في غير دولة القاضى الذى ينظر فى مدى صحتها فإن تساؤلا هاما يفرض نفسه حول مسألة تحديد القانون الذى يحكم مدى توافر الشروط اللازمة لصحة اتفاق التحكيم فى هذه الحالات.

وللإجابة على هذا التساؤل فإننا نستدعى المبدأ الذى وضعته المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم بنصها على أن «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع التى يتفق عليها الطرفان^(١)، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع ما لم يتفق على غير ذلك». ومفاد هذا النص أنه لا تلازم بين التزام هيئة التحكيم بالفصل فى موضوع النزاع طبقا للقواعد القانونية الواردة فى قانون معين وبين أعمال القواعد الخاصة بتنازع القوانين فى هذا القانون أو ما يعرف بقواعد الإسناد، والتى هى قواعد قانونية داخلية توجد فى التشريع الوطنى للدولة تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقات والمراكز القانونية ذات العنصر الاجنبى أو الدولى.

وعليه فإنه حيث تثار بشأن تحكيم يجرى فى مصر مسألة تحديد القانون الذى يتحدد طبقا له مدى صحة اتفاق التحكيم فإنه يجب الرجوع أولا إلى ما اتفق عليه طرفا التحكيم فى هذا الشأن. وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لما كان الثابت أن شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار موضوع الدعوى قد نص على إحالة كل ما ينشأ عنها من نزاع إلى التحكيم فى لندن، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم فى الخارج ولم ير فى ذلك ما يمس النظام العام فإنه يرجع فى شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الإنجليزى باعتباره قانون البلد الذى اتفق على

(١) لا تعارض بين استخدام لفظ «طرفى التحكيم» وبين الحديث عن احتمالية تعدد أطراف التحكيم، فطبقا لنص المادة ٣/٤ من قانون التحكيم تنصرف عبارة طرفى التحكيم فى هذا القانون إلى أطراف التحكيم ولو تعددوا.

إجراء التحكيم فيه بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام في مصر، متى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد تطرق- بعد أن قضى بسقوط حق الطاعة في التمسك بشرط التحكيم- إلى اعتبار هذا الشرط باطلا لعدم تضمنه أسماء المحكمين طبقا لما تضمنته المادة ٣/٥٠٣ مرافعات^(٢) فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بإخضاعه هذا الشرط في للقانون المصري دون الإنجليزى الواجب التطبيق^(٣). كما قضت أيضا بأن الاتفاقية جعلت المرجع في انعدام اتفاق التحكيم أو عدم صحته فيما عدا الأهلية للقانون الذى اختاره الأطراف ليحكم اتفاقهم على التحكيم ذاته أو ليحكم العقد الأصلى الوارد اتفاق التحكيم فى إطاره أو إلى قانون البلد الذى صدر فيه الحكم عند عدم وجود هذا الاختيار وذلك وفقا لقاعدة إسناد موحدة دوليا تكفل لهذا القانون وحده دون غيره الاختصاص بحكم الاتفاق التحكيمى فى كل ما يتصل بالشروط الموضوعية اللازمة لوجوده وصحته وترتيبه لآثاره فيما عدا الأهلية التى تخضع للقانون الشخصى لطرف التحكيم الذى يدور البحث حول اكتمال أو نقصان أهلية وقت إبرام اتفاق التحكيم أو العقد الأصلى المتضمن شرط التحكيم ذاته^(٤).

المبحث الأول

التحكيم وعلاقته بالخصومة المدنية

تتميز الخصومة بالتنظيم القانونى لكل ما يتم فيها من إجراءات، وكل ما يقوم به أشخاصها من نشاط وما يتاح لهم من حقوق وما يفرض عليهم من واجبات، فالقانون يرسم مقدما الطريق الذى يتعين اتباعه من أجل الوصول إلى تحقيق العدالة بغض

^(١) ولم يعد ذلك شرطا لازما فى قانون التحكيم الحالى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. وتلك مسألة نعرض لها بالتفصيل فى موضع لاحق.

^(٢) نقض مدنى ١٩٨١/٢/٩ فى الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٤٢ ق، مجموعة الأحكام س ٣٢ ص ٤٤٥، ومنتشور أيضا بمجموعة هيئة قضايا الدولة السابق الإشارة إليها ص ٢٢٣. وكذا نقض: ١٩٨٢/٤/٢٦ فى الطعن رقم ٧١٤ لسنة ٤٧ ق، مجموعة الخمسين عاما ج ١ مجلد ٢ ص ١٦٧٦ رقم ٣٢.

^(٤) نقض مدنى ١٩٩٦/٣/٢٧ مجموعة الأحكام س ٤٧ ع ١ ص ٥٥٨، منتشور بمجموعة هيئة قضايا الدولة السابق الإشارة إليها ص ٢٤١.

النظر عن أشخاص الخصومة وعن موضوعها، لكن تحقيق هذه الغاية لا يتحقق إلا من خلال نشاط الخصوم والقاضي ومعاونه. وهذا النشاط لا بد من تنظيمه بدقة وإحكام ووفقاً لترتيب مسبق، حتى تؤدي الخصومة وظيفتها دون أي اضطراب أو فوضى، وحتى لا تترك لمحض تقدير الخصوم أو القائمين على أمر العدالة، لأن ترك أمر تنظيم الإجراءات للقاضي في كل حالة على حدة يؤدي إلى عدم المساواة وإلى تعقيد الخصومة وإلى بطء الإجراءات^(٥).

خصائص الخصومة المدنية

تتميز الخصومة كظاهرة إجرائية بأن إجراءاتها على تعددها وتنوعها تتسم بطابعها الشكلي "formaliste caractère" وأن جميع أوجه النشاط التي تتكون منها يجب كقاعدة أن يتم لا تبعاً للوسيلة التي يختارها من يقوم بها بل تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون^(٦)، فالقانون يفرض الشكل الذي يتعين اتباعه دون أن يترك حرية كبيرة لمن يقوم به. فقد اجتهد القانون في تحديد الشكل اللازم لكل إجراء في حدود الحد الأدنى الذي لا يمكن تجنبيه، وعمل على التخفيف من أثر عدم مراعاة الشكل عند الحكم بالجزاء من

^(٥) ويتحقق عدم المساواة لأن القاضي لا يعطي للخصوم في الخصومات المتشابهة نفس الحقوق، وقد يأمر بإجراءات لا يأمر بها قاض آخر في خصومة مشابهة، كما يتحقق البطء في الإجراءات لأن القاضي لكي يأمر بالإجراءات في دعوى معينة يتعين عليه النظر إلى الموضوع ولو بنظرة سطحية وهو ما يؤدي إلى البطء، وقد يقرر إجراءات أكثر مما تستحق أو أقل مما تحتاجه. انظر: فتحيوالي، المرجع السابق، رقم ٩٢، وما يليه ص ١٧٧.

^(٦) عندما يحدد القانون بعمل معين وسيلة معينة لا ينتج العمل آثاره إلا عن طريق هذه الوسيلة فإن هذا العمل عملاً شكلياً، وقد يحدد القانون مضمون واقعة قانونية معينة فقط دون أن يتطرق إلى الوسيلة أو الطريقة التي تتم بها كواقعة البيع أو واقعة الوفاء، فإن هذه الواقعة تنتج آثارها أيًا كانت الوسيلة التي تمت بها، أما إذا كان تدخل القانون لا يقتصر على تحديده لمضمون الواقعة القانونية، وإنما يضيف إليها الوسيلة التي يجب الالتجاء إليها لتحقيق مضمون معين، فإن هذه الواقعة لا تنتج آثارها إلا عن طريق هذه الوسيلة، كالمطالبة القضائية لا تتم آثارها إلا إذا ذكر فيها بينات معينة، ويكون العمل في هذه الحالة عملاً شكلياً، انظر فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات تحديث أحمد ماهر زغلول، رقم ٨٠، ص ١٥٨.

منطلق ضرورة الشكل لحسن سير القضاء وضمانة لحرية الدفاع و ضد أهواء الخصوم والقرارات التحكيمية^(٧).

يتميز التنظيم القانوني للخصومة القضائية بالاستقلال "caractere autonome"، فالخصومة تتميز بالكامل عن العلاقة الموضوعية المطروحة على المحكمة من أجل وضع حد للنزاع حولها، لأنها ظاهرة إجرائية تجد مصدرها في القانون الإجرائي بينما العلاقة الموضوعية تجد مصدرها في القانون الموضوعي^(٨). بالإضافة إلى اختلاف الغاية في الحالتين فالخصومة غايتها تحقيق القانون بينما العلاقة الموضوعية غايتها مواجهة حاجات الأفراد ويترتب على هذا الاستقلال أن القضاء الخصومة لا ي سبب من الأسباب دون الفصل في موضوعها كالحكم بسقوطها لا يمس العلاقة الموضوعية، التي تظل كما هي ويجوز تجديد الإجراءات بشأنها مرة أخرى ما لم يتقادم الحق الموضوعي لأي سبب^(٩).

تتميز الخصومة القضائية بأنها ظاهرة متحركة "dynamique" تسير طبقاً لتنظيم محدد يستغرق فترة من الزمن تتم فيها الإجراءات التي تتكون منها الخصومة، ويرسم القانون نظاماً لتتابع الإجراءات بحيث يتلو الواحد منها الآخر وصولاً إلى غاية

^(٧) انظر:

H.Solus er R. Perrot, Droit judiciaire prive, t.3 n° 7, p. 8; J. Vincent et S. Guinchart, procedure civile, n° 12, p. 19; Gerard Couchez, Procedure civile, 11e ed., n°4, p.2.

^(٨) كان للإشهاد على الخصومة في القانون الروماني أثر تجديدي "novatoire" بحيث تحل الإجراءات القضائية محل الحق الموضوعي المتنازع عليه، وتجيز هذه الإجراءات للمدعى الحصول على إقرار أو اعتراف بحقه في الحكم ويترتب على ذلك نتيجة هامة أن انتهاء الخصومة لا يسمح بتجديد الإجراءات مرة أخرى، انظر سوليس وبيرو: القانون القضائي رقم ٧ ص ٨؛ فنسان وجينشار: المرافعات المدنية- ط ٢٥، ١٩٩٩ رقم ٤٧٧ ص ٤١٨.

^(٩) وفي الحالات التي تنتهي فيها الخصومة بحكم في موضوعها، فإنه لا يجوز بدء خصومة جديدة من أجل نفس الموضوع لكن عدم جواز تجديد الخصومة يرجع إلى حجية الأمر المقضي للحكم وليس كما كان عليه الحال في القانون الروماني من انقضاء الحق المتنازع. انظر: سوليس وبيرو، المرجع السابق، رقم ٧ ص ٨؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٤٧٧ ص ٤١٨.

الخصومة، فإذا بدأت الخصومة بالإجراء الافتتاحي لها فإن الإجراءات تبدأ في التتابع بحسب الترتيب المرسوم لها حتى تبلغ غايتها بالفصل في موضوعها^(١٠). وتحقيق هذه الغاية يقتضى أن تمر الخصومة بعدة مراحل تستغرق كل منها فترة من الزمن، مرحلة افتتاحية تبدأ بإيداع الصحيفة قلم الكتاب وإعلانها لكي تتعدّد الخصومة، ومرحلة سير يجرى فيها تحقيق الدعوى بحضور الخصوم أو من يمثلهم لتقديم ما لديهم من دفع ووسائل دفاع، ثم مرحلة ختامية يصدر فيها الحكم الفاصل في الموضوع، وفي كل مرحلة من هذه المراحل فإن القانون يرسم نظاماً لتتابع الإجراءات بحيث يكون اتخاذ الإجراء مقدّمة للإجراءات التالية عليه كل هذا من أجل وضع الضمانات التي تحقق حسن أداء العمل القضائي^(١١).

تتميز الخصومة بوحدة التنظيم رغم تعدد إجراءاتها وأشخاصها وموضوعها، وتبدو هذه الوحدة في وحدة الغاية التي تستهدفها الإجراءات وهي الفصل في الموضوع، فمنذ الإجراء الأول فيها وما يليه من إجراءات وأياً كان القائم بها فإنها تتجه جميعاً كل بحسب دوره نحو النهاية الطبيعية لها وهي وضع حد للخصومة بحكم فاصل في الموضوع يحقق اليقين القانوني لهذا الحق أو المركز، ولا يجوز وقف الخصومة أو عرقلة سيرها بفعل الخصم عدا الحالات التي يجوز فيها ذلك كالاتفاق على الوقف، ثم لا تلبث أن تعاود سيرها لأن تركها معلقة فترة طويلة يؤثر على استقرار الحقوق والمراكز ويضر بالمدعى عليه لحاجته إلى اليقين القانوني.

وقد فطن التنظيم القانوني للخصومة لهذه الوحدة عندما أسند لكل إجراء دوراً معيناً يقود في النهاية إلى الخاتمة الطبيعية لها، وحدد نطاقها بالطلبات سواء أكانت طلبات أصلية أو عارضة، وألزم الخصوم بحدود هذه الطلبات فلا يجوز لهم الخروج عنها

(١٠) انظر: احمد مسلم: أصول رقم ٢٤٢ من ٣٧٥؛ وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٣٧٨، فتحي

والي الوسيط رقم ١٨١ ص ٢٩١؛ احمد السيد صاوي: الوسيط رقم ٣٥٨ ص ٤٨٥؛ محمود هاشم:

قانون القضاء ص ١٣٤؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات رقم ٣١٨.

(١١) انظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٣٨٢؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٤٨١ ص ٤٢٠؛

سوليس وبيرو: القانون القضائي رقم ٧ ص ٨.

بصد ما يقدمونه من أدلة ووسائل دفاع، وقيد عمل القاضي بطلبات الخصوم فلا يجوز له الفصل في طلب لم يقدم إليه حفاظا على وحدة الخصومة. وإن كان قد أجاز في حدود معينة توسيع نطاق الخصومة من ناحية موضوعها مراعاة لحسن سير القضاء وتحقيق العدالة. كما حدد نطاقها من حيث أشخاصها بالخصوم والقاضي فلا يجوز إحداث تغيير في أشخاص الخصومة سوى في حدود معينة ضمائماً لهذه الوحدة^(١٢).

طبيعة الخصومة

وقع الخلاف في الفقه حول الأساس الذي يبنى عليه التنظيم القانوني للخصومة، وقد تراوحت الأفكار التي طرحت في هذا الخصوص بين النظر إليها من خلال فكرة العقد وشبهة العقد أو فكرة الرابطة القانونية أو فكرة العمل القانوني المركب أو فكرة الشكل القانوني للعمل القضائي أو فكرة المراكز القانونية.

١- **العقد وشبهة العقد:** اتجه جانب من الفقه نحو تبني فكرة العقد وشبهة العقد، والتي يرجع أصلها إلى القانون الروماني وإلى إجراء الإشهاد على الخصومة فقد كان حضور الخصوم أمام الحاكم القضائي ضرورياً لإتمام بعض الشكليات التي تشكل طقوساً لدعوى القانون ويتم الاستشهاد بالحاضرين على اتفاق الأطراف على تحكيم القاضي، ولذلك كانت موافقة المدعى عليه ضرورية من أجل انعقاد الخصومة، ويترتب على هذا العقد خضوع الخصوم للقاضي وللالتزامات التي تتطلبها الخصومة وتجديد الحق الموضوعي المدعى في الحصول على حكم^(١٣).

وقد تشيع بعض الفقه لفكرة العقد القضائي "contrat judiciaire" في علاقة الخصوم مرتباً على تبادل الطلبات نشأة هذه العلاقة وأن مجموعة الحقوق والالتزامات

^(١٢) انظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٣٨٤.

^(١٣) انظر في عرض هذه الفكرة في الفقه المصري، والفقه الفرنسي محمد عبد المنعم بدر، عبد المنعم البدر: مبادئ القانون الروماني ص ١٣٧؛ وجدى راغب النظرية العامة للعمل القضائي ص

١٦٥، إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق رقم ٢٢١.

Jean Gaudement, Le droit privé romain, p. 165; Louis Cremieu, procédure civile, p. 174; P. L. De Keller, Des actions chez les Romains, 1870, p. 262; Samir Tanagho, L'obligation Judiciaire, n° 38; Morel, op. cit." N° 311; Edouard Maupoint, Le contra: judiciaire 1913, Paris, p. 1, n° 1.

التي تتضمنها الخصومة ما هي إلا أثر لهذا العقد^(١٤). فعندما يتخذ المدعى المبادرة برفع الدعوى فإنه يقدم عرضاً لخصمه لكي يتدخل القاضي للفصل في المسألة المختلف عليها، ويقبول المدعى عليه لهذا العرض تتعدّد الخصومة وقد احتج هذا الفريق لتأييد رأيه بما هو مقرر من أنه يشترط للحكم بترك الخصومة بتنازل المدعى عنها رضا المدعى عليه. وأساس هذه القاعدة، أن الخصومة كما بدأت باتفاق بين الخصوم لا تنتهي إلا باتفاق بينهم. وقد ترددت هذه الفكرة في بعض أحكام القضاء فقالت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها "إن الطلبات المقدمة من الأطراف المتنازعة تشكل عقداً قضائياً حقيقياً يربط الأطراف أحدهما بالآخر"^(١٥).

وبعد أن تعرضت الفكرة التعاقدية للنقد لعدم وجود ما يمكن أن يؤدي إلى تشبيه الخصومة القضائية بالعقد قدمت فكرة شبهة العقد القضائي "quasi- contrat judiciaire" في علاقة الخصوم باقتراض قبول المدعى عليه للخصومة، وبما يترتب عليها من التزامات فوجود الأطراف في الخصومة وخضوعهم للقاضي وطاعتهم للحكم والالتزامات الناشئة عنه يؤدي إلى نشأة شبهة عقد قضائي^(١٦).

(١٤) انظر:

DEMOLOMBE, Traité des contrats, t. XXX, n° 382; RAUTER, Cours de procédure civile, n° 59, p.64; HAURIOU. Eléments du contentieux, p. 23 s., p. 24; GARSONNET et CEAZAR-BRU, Précis de procédure, p. 274, n° 310; GLASSON, Précis de procédure, 1er ed, t. 111, n° 580. («comparaitre, c'est de la par du demandeur offrir le procès et, de la part du défendeur, l'accepter....»).

(١٥) انظر

Req. 29 avr. 1912, D. 1912.1.305, S. 1913.1.185, note Naquet; Casa 9 Mai 1900 S. 1900. 533, Cité par, HERMANN (Y), le fondement de la condamnation aux dépens en matière civile, thèse Aix 1942, p. 59; Roun 11 mars 1910 D. 1911. 2-140, Req. 29 Avril 1912, S. 1913-1-185 ; Paris, 23 juin 1898 5 1900. 2.41 («il s'est form entre les parties litigants un véritable contrat judiciaire qui lie l'une à l'autre...»); Soc. 29 juin 1983, Bull. Civ. V. n° 363, p. 259.

(١٦) انظر في هذا المعنى حكم استئناف القاهرة في ٢٢ نوفمبر ١٩٢٥، مرجع القضاء رقم ٧٧٤٠. ويبدو أن هذه الفكرة قد استعيرت من الرومانيين في القانون الروماني القديم. أنظر: فزيوز: نظرية شبهة العقد - ١٩١٢ رقم ٣٧، ٤٦-٦٣. ومن مؤيدي هذه الفكرة في الفقه الفرنسي:

لم تصادف فكرة العقد وشبه العقد نجاحًا يذكر وواجهت رفضًا يصل إلى حد الإجماع في الفقه، فقد لوحظ انه لا دخل لإرادة الأطراف في نشأة الخصومة وبصفة خاصة المدعى عليه لأنه يتحملها رغمًا عنه، كما أن المدعى يلجأ إلى القضاء لأنه ليس لديه وسيلة أخرى للحصول على حقه، كما يتحمل المدعى عليه الخصومة مكرها، وأن ما تتضمنه الخصومة من واجبات تجد مصدرها في القانون. أما الحجة التي ترجع إلى وجوب الاتفاق على الترك بين المدعى والمدعى عليه فإنها تعود في رأى الفقه إلى اعتبار آخر يقوم على الرغبة في الفصل في النزاع حتى لا يبقى المدعى عليه مهددًا بالخصومة برفع الأمر إلى القضاء من جديد، وحيث ينتفى هذا الاعتبار فإن الحكم بالترك لا يتوقف على رضا المدعى عليه^(١٧).

٢- **الرابطة القانونية:** اتجه الفقه إلى فكرة الرابطة القانونية لتصوير طبيعة الخصومة "rapport d'instance"^(١٨) لكن ذلك كان في واقع الأمر تصوير لعلاقة الخصوم، وقد عرفت هذه الفكرة منذ وقت طويل ويدور مضمونها حول أن الخصومة تكون وحدة قانونية^(١٩)، ليس لمجرد وحدة الغاية بين الأعمال الإجرائية وإنما وحدة قانونية أساسها وجود الأعمال الإجرائية التي تكونها متحدة في رابطة قانونية. ولمعرفة وجه

P. CUCHE, Manuel de procédure civile, 1909, p.445, GLASSON, Précis de procédure, t. 1, p. 380.

^(١٧) انظر: موريل: المطول في قانون المرافعات ١٩٤٩ رقم ٣١١ ص ٢٦١؛ سوليس وبيرو: المرجع السابق رقم ٨ ص ١٠؛ فنسان وجينشار، المرافعات المدنية رقم ٤٧٧ ص ٤١٨؛ كوشيه: المرافعات رقم ٢١٨ ص ١٧٥؛ أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ١٥٦ ص ١٧٧؛ عبد المنعم الشرقاوي: المرافعات رقم ٢٢٢ ص ٣٤٣، رمزي سيف، الوسيط في شرح المرافعات رقم ٤٠٨ ص ٥١٢.

^(١٨) تعني الرابطة القانونية في مفهومها الخاص علاقة بين دائن ومدين بحيث يوجد التزام على عاتق أحدهما لمصلحة الطرف الآخر. أحمد سلامة: مصادر الالتزام ص ٣٥.

^(١٩) هذه الفكرة عرفت في القرون الوسطى على يد "Bulgaro" وبعد ذلك في كتابات بعض الفقهاء الألمان مثل "Hollaweg" وينسب إلى الفقيه الألماني "oskar Bulow" فضل إحيائها واتخاذها أساسًا لتنظيم الخصومة وتبعته في الأخذ بها المدرسة الإيطالية وعلى رأسها الفقيه "Chiovenda"، انظر في هذه النظرية: فتحي والي: نظرية البطلان ط ٢، ١٩٩٧، تحديث أحمد ماهر زغلول- رقم ٩، ص ٤٠.

الحق في الطلب المعروض على القاضي فإنه يجب أن يوضع الخصوم في مركز يكون لكل منهم حقوق وعليهم واجبات وهو ما يظهر الخصومة كرابطة قانونية وهذه الرابطة تستقل عن الدعوى وعن الحق الموضوعي، وهي رابطة مركبة لأنها تتضمن حقوقاً والتزامات متعددة، وهي من القانون العام لأنها ترمى إلى غرض عام وهو تطبيق القانون على الحالة المعروضة^(٢٠). وقد وقع الخلاف حول أطرافها ومن إذا كانت رابطة واحدة أم أكثر.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تصوير الخصومة على أنها رابطة قانونية تنشأ على أثر المطالبة القضائية بين المدعى والمدعى عليه وليس بينهم وبين الدولة، ويحكم القانون هذه الرابطة من حيث شروطها وهي رابطة من النوع الخاص ومضمونها مجموعة من الحقوق والالتزامات، فلكل خصم الحق في طلب تطبيق القواعد الخاصة بتحقيق الدعوى والحكم فيها، ويلتزم كل منهم بالحضور وإلا تعرض للحكم عليه في غيبته، وكذلك مباشرة الإجراءات في الوقت المحدد وإلا تعرض لجزاء السقوط، كما يلتزم بتقديم أدلته ومستنداته والخضوع لأوامر القاضي^(٢١).

لكن بعض أنصار هذا الاتجاه يرى أن هذه الرابطة تنشأ مع المطالبة وتنقضي بالحكم، ويترتب على نشأتها التزام الخصوم بالحضور ومباشرة الإجراءات في المواعيد المقررة وتنفيذ أوامر القاضي، كما تؤدي إلى نشأة واجب القاضي بالفصل في النزاع في

^(٢٠) وقد اعتمد الفقه الإيطالي كأساس في اعتبار الخصومة رابطة واحدة، وهو أن اعتبار الروابط المتعددة تعبر عن رابطة واحدة، عن علاقة حق والتزام تكون العمود الفقري الذي تتبع منه وتلتف حوله هذه الروابط الإجرائية المتعددة، لكن وقع الخلاف حول تحديد هذا العمود الفقري. فذهب البعض إلى أن المضمون الأساسي للرابطة الإجرائية هو واجب القاضي في الفصل في طلبات الخصوم، ويتصل به وجوب اتخاذ كل ما يلزم لأدائه، وهذا الواجب يقع على القاضي في مواجهة الدولة، بينما يرى البعض الآخر، أن المضمون الأساسي للرابطة الإجرائية هو سلطة القاضي باعتباره ممثلاً للدولة في تطبيق القانون على الحالة المعروضة. انظر: فتحي والي: المرجع السابق، رقم ١٢ ص ٤٢.

^(٢١) انظر في عرض وتبني هذه النظرية تفصيلاً في الفقه الفرنسي:

Glasson et Tissier, Traité de procedure civile, 1926, t. 2, n°353, p.373.

إطار طلبات الخصوم وإلا عد منكرًا للعدالة، لكن هذه الالتزامات ليست بالمعنى المفهوم في الحقوق الشخصية فلا توجد علاقة دائنية ومديونية متبادلة بين الخصوم ولا بينهم وبين القاضي، وهذه الالتزامات عبارة عن واجبات ذات طابع وظيفي "fonctionnelle" يترتب على الإخلال بها جزاءات تجد مصدرها في الخصومة ذاتها (كالبطلان أو السقوط أو الانقضاء)^(٢٢).

وقد اتجه فريق إلى أن نشأة الخصومة يترتب عليها مجموعة من الروابط القانونية التي تضم الخصوم من ناحية والخصوم والدولة من ناحية أخرى^(٢٣). والرابطة التي تضم الخصوم تتضمن مجموعة من الحقوق والواجبات فلكل منهم الحق في عرض دعواه على القاضي وتحقيقها كما يلتزم كل منهم بالخضوع لقواعد الحضور وتقديم وسائل الإثبات وتحمل المصاريف في حالة الخسارة. أما المدعى عليه فإنه لا يمكن إجباره على الحضور ويمكن فرض جزاء لإجباره على ذلك عن طريق الحكم عليه في غيبته. ومن ناحية أخرى، فإن الرابطة التي تضم الخصوم والدولة تتضمن مجموعة من الواجبات التي تجد مصدرها في واجب الدولة في تحقيق العدالة، وهذه الحقوق والواجبات ليست بالمعنى المفهوم في القانون الخاص^(٢٤).

^(٢٢) انظر في تبني هذه الفكرة في الفقه الفرنسي: سوليس وبيرو: قانون القضاء الخاص ج٣- ١٩٩١، ص٧

وقد اتجه بعض أنصار هذه الاتجاه إلى القول بأن الالتزامات التي يلتزم بها الخصوم تعتبر نتيجة لرابطة الخصومة "rapport ou lien" لأن الخصومة رابطة قانونية ذات طابع شكلي "d'ordre formel" وهذه الرابطة تضاف إلى الرابطة الموضوعية لكنها لا تحل محلها ولا تؤدي إلى اختفائها، فإذا انقضت الخصومة لأي سبب كالسقوط أو الانقضاء فإنه يجوز بدء الخصومة من جديد ما لم ينقص الحق الموضوعي لأي سبب. جيرار كوشيه: المرافعات رقم ٢١٨ ص ١٧٥.

^(٢٣) انظر:

J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, 25 ed., 1999, n° 476, p.417.

^(٢٤) ويرجع مفهوم الرابطة المتعددة إلى عدد من فقهاء القانون العام والفقه الألماني أنظر في عرض هذه الفكرة

Morel (R), Traité élémentaire de procédure civile, 1949, n°309, p. 259, Vizioz, Etudes de procédure, 1956, p. 152..

وقد انتقدت هذه الفكرة وبصفة خاصة مفهوم الرابطة الخاصة لأن الخصومة لا تتضمن مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الخصوم، فالواجبات المفروضة على الخصم كواجب الحضور واحترام الشكل والمواعيد لا يقابلها حق للخصم الآخر^(٢٥)، ومخالفة هذه الواجبات يعد إخلالاً بواجب يفرضه القانون، وقيام أحد الخصوم بها لا يفيد الخصم الآخر، وإنما يكون لمصلحته هو فاحترام الشكل والمواعيد يجعل الإجراء صحيحاً وتقديم المستندات في الموعد المحدد يعزز موقف الخصم، وقد يؤدي إلى الإضرار بخصمه إذا كانت هذه المستندات منتجة في النزاع. لذا فإن فكرة الرابطة غير صحيحة في علاقة الخصوم وفي علاقة القاضي بهم، كما ذهب إلى ذلك أنصار الروابط المتعددة، فواجب القاضي في الفصل في النزاع ليس أثراً من آثار هذه الرابطة ولكنه من واجبات الوظيفة^(٢٦).

^(٢٥) يسلم بعض الفقه بأن الخصومة رابطة قانونية واحدة، وأن أحد الخصمين يلتزم تجاه الآخر ويكون له حق تجاهه طبقاً لمفهوم الرابطة في القانون، في تبني هذا الرأي. محمد حامد فهمي، المرافعات رقم ٤١٢ ص ٤٥٨؛ رمزي سيف: الوسيط رقم ٤٠٤ ص ٤١٦؛ عبد المنعم الشراقي، المرافعات رقم ٢٢٦ ص ٣٤٣. وهذا الاتجاه محل نظر، لأن الواجب المفروض على أحد الخصوم كواجب الحضور أو احترام الشكل، وإن كان ينشأ من عدم قيام الخصم بواجبه حق للخصم الآخر فهذا الحق ليس مقابلاً للواجب، وإنما هو نتيجة لعدم القيام به، فليس هناك علاقة تقابل أو رابطة بين الالتزام وبين الحق، فعدم القيام بالواجب ينشئ مركزاً إجرائياً في مصلحة الخصم الآخر، يعطيه الحق في القيام بعمل إجرائي معين كطلب الحكم بالبطلان أو السقوط. انظر في تبني هذه الانتقادات: فزيوز: المرجع السابق، ص ١٥٩، فتحي والي: نظرية البطلان رقم ١٥ ص ٤٥. وفي اعتقادي أن عدم قيام الخصم بواجبه أياً كان الاعتبار الذي يبني عليه هذا الواجب، يؤدي إلى مسئولية الخصم الذي وقعت منه هذه المخالفة، ولكي تتحقق مسئوليته كاملة فإنه يجب أن يترتب على المخالفة ضرر، وهذا الضرر إما أن يصيب لدى الخصم الآخر مصلحة إجرائية تعطيه الحق في طلب توقيع الجزاء، وإما أن يصيب مصلحة معتبرة تتعلق بالصالح العام تعطي للمحكمة الحق في الحكم تلقائياً بالجزاء. انظر: للمؤلف: الإخلال بالواجب الإجرائي - دار النهضة العربية - ط ١ رقم ٣١ ص ٥٠.

^(٢٦) يرى أنصار الرابطة أن مضمونها حق الخصم في الحصول على حكم وما يتصل به من الحق في القيام بجميع الأعمال الإجرائية اللازمة لهذا، ويقابل هذا الحق التزام القاضي بالفصل في النزاع.

٣- العمل القانوني المركب: وتستند هذه الفكرة إلى أن أعمال الخصومة تكون عملاً قانونياً مركباً وهو عبارة عن عمل تابعي واحد يتكون من عدة أعمال يقوم ببعضها الخصوم وأعاونهم ويقوم القاضي وأعوانه ببعضها الآخر. وهذه الأعمال التي تتابع فيما بينها تتابعاً زمنياً ومنطقياً بحيث يبدو كل عمل منها مفترضاً للعمل اللاحق. وهذه الأعمال إن أنتج بعضها أو غالبيتها أثاراً خاصة بها فإنها كلها تجتمع لإنتاج أثر نهائي هذا الأثر النهائي هو ما يترتب على الحكم من آثار. وهذه تعتبر أثراً مباشراً للحكم ولكنها أثاراً غير مباشرة لما سبق الحكم من أعمال فلا يستطيع الحكم أن ينتجها وحده^(٢٧).

لكن هذه الفكرة لم تجب عن التساؤل المطروح عن طبيعة الخصومة وقدمت تحليلاً لما يتم فيها من إجراءات، وإذا كانت الخصومة عملاً قانونياً واحداً فأى وصف يمكن أو يوصف به هذا العمل الواحد. وفوق ذلك، فقد لاحظ الفقه أن الخصومة ليست عملاً قانونياً واحداً وإنما مجموعة من الأعمال القانونية^(٢٨). من ناحية أخرى، فإن العمل القانوني المركب يفترض تكامل وتجانس الأعمال الداخلة في تكوينه، عكس الخصومة التي تتكون من أعمال مختلفة ومتناقضة سواء من حيث أشخاصها أو مضمونها، وعلى سبيل المثال، فإن المطالبة القضائية والدفع بطلانها والحكم بالبطلان ليست عملاً قانونياً واحداً، لكنها أعمال مختلفة تسعى لغاية واحدة هي صحة وعدالة العمل القضائي.

وقد رد الفقه على ذلك، بأن التسليم بوجود الرابطة بين القاضي والخصوم يوجب إثبات أن التزام القاضي يقابله الحق في اقتضاء هذا الالتزام، ولا شك أن القاضي يلتزم بنظر الطلبات المقدمة إليه، فهل هذا الالتزام قبل الخصوم، أنه بتقديم المطالبة القضائية يجد القاضي نفسه ملزماً بالفصل في الطلب واتخاذ ما يلزم لذلك من إجراءات لكن هذا لا يعني، أن المطالبة القضائية هي مصدر التزام القاضي، فالقاضي ينظر هذا الطلب لأن هذه هي وظيفته، وباختصار فإن هذه الروابط التي تنشأ في الخصومة ليست هي الخصومة حتى لو سلمنا بصحتها. انظر الفقه المؤيد لهذه الانتقادات وفي تفاصيلها، فزيوز: المرجع السابق ص ١٥٢؛ إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص - ١٩٧٣ رقم ٢٢٤ ص ٥٤٧؛ فتحي والي: نظرية البطلان رقم ١٦ ص ٤٦.

^(٢٧) انظر في تبني هذه الفكرة: فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات رقم ٢٠ ص ٥٤.

^(٢٨) انظر في هذه الانتقادات تفصيلاً: وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ص ٦٥٠-٦٥١.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الخصومة لا تخضع لنظام العمل القانوني، فالخصومة بذاتها لا ترتب أثرًا قانونيًا، عكس العمل القانوني الذي يرتب القانون عليه أثرًا معينًا، وإنما يترتب الأثر على الحكم الصادر في الموضوع كأثر لهذا الحكم وقد تنتهي الخصومة بغير حكم فلا يترتب عليها أي أثر قانوني. أما من حيث البطلان فإن الخصومة كوحدة لا يلحقها البطلان، فلا يلحق البطلان سوى الإجراءات المعيب والإجراءات اللاحقة المترتبة عليه وحدها ما لم يكن قد صدر حكم في الموضوع وكان مترتبًا عليه، وهذا الحكم ينطبق على المطالبة الافتتاحية. عكس العمل القانوني المخالف للقانون فإن بطلانه يؤدي إلى عدم إنتاجه لأي من آثاره^(٢٩).

٤- شكل قانوني للعمل القضائي: تعتمد هذه الفكرة على النظر إلى الخصومة باعتبارها الشكل القانوني للعمل القضائي (القضاء الموضوعي)، فهي وسيلة ينظمها القانون لهذا العمل لأن وظيفة هذا العمل هي حماية الحقوق وتحقيق اليقين القانوني لها، ولكي يضمن القانون عدالة العمل القضائي فإنه يحيط هذا العمل بضمانات شكلية عديدة تهدف إلى معرفة القاضى لحقيقة الواقعة المعروضة عليه وتطبيق القانون تطبيقًا صحيحًا، والخصومة ليست سوى مجموعة الإجراءات التي يحقق بها القانون هذه الضمانات من خلال الخطوات التي يجب مراعاتها في أداء هذا العمل القضائي.

وتجد الخصومة القضائية وحدتها الفنية في اعتبارها عنصرًا من عناصر العمل القضائي فلا ترتب أثرًا قانونيًا بذاتها، وإنما تترتب الآثار على العمل الكلي الذي تتجه إليه، فإذا انتهت دون صدور حكم في موضوعها فإنها لا ترتب أثرًا لأنها ليست عملاً قانونيًا قائمًا بذاته، لكن يؤثر عدم انتظامها في العمل القضائي فيؤدي إلى بطلانه لأنها عنصر من عناصر العمل وتعتبر شكلاً قانونيًا لهذا العمل^(٣٠).

(٢٩) انظر: وجدي راغب: الإشارة السابقة.

(٣٠) ولكي يعزز أنصار هذه الفكرة رأيهم قيل أن الخصومة تعتب شكلاً قانونيًا للعمل القضائي، كما تعتبر إجراءات إصدار القرار الإداري عنصرًا شكليًا في هذا القرار، كما تعتبر إجراءات إصدار التشريع عنصرًا شكليًا في التشريع، لكن الشكل المقرر لإصدار الأحكام ليس هو الشكل الوحيد فقد

وهذه الفكرة قد تكون صحيحة في جانبها المتعلق بأن الخصومة هي الشكل القانوني للعمل القضائي، لكن اعتبار الخصومة هي الشكل القانوني للعمل لا يستطيع أن يفسر الوحدة الجامعة للخصومة من حيث الإجراءات وتتابعها على نحو معين، وما يقرره التنظيم القانوني للخصومة من ضمانات الدفاع وإصدار الأحكام لكي تأتي موافقة للحقيقة، لأن الشكلية الإجرائية ليست سوى وسيلة لكي يصدر العمل موافقاً لها وتعتبر عنصراً من عناصره لكنها لا تقدم تفسيراً للوحدة الفنية للخصومة فهذه الوحدة لا يفسرها سوى التنظيم الجامع للخصومة من حيث أشخاصها وإجراءاتها والوظيفة التي تقررت من أجلها والضمانات المقررة لإصدار الأحكام.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه لا يجوز اختزال الخصومة في الشكل القانوني للحكم، وتجاهل جوهر الخصومة القضائية في إقناع القاضي بالدليل من خلال نشاط الخصوم، وهو ما يفرض ضرورة الاعتراف لهم بالحقوق التي تمكنهم من استخدام حقهم في الدفاع وفرض بعض الواجبات لاعتبارات مختلفة لضمان حسن سير الإجراءات.

٥- **المراكز القانونية:** يرى بعض الفقه أن الخصومة تعد مركزاً قانونياً "Rechtslage"، ومضمون هذا المركز هو مجرد أمل ولكنه أمل في الحكم الذي سيصدر^(٣١). فالخصومة ليست سوى مجموعة الأمل التي تكون لدى الخصوم في الحكم في المستقبل، وما يتصل بهذه الأمل من إمكانية توضيح الحقيقة بواسطة أعمال إجرائية خاصة بتقديم أدلة الإثبات، وإذا كان لكل من الخصمين حقوق وعليهما تكاليف إجرائية، فإنها تمثل ما يوجد فيه كل من الخصمين من مركز حسن أو سيئ بالنسبة لأمل الحصول على حكم لصالحه وأن أمل الحصول على حكم ليست سوى

ينص القانون على الخروج عن هذا الشكل كأوامر الأداء، وقد تصدر قرارات القضاء في شكل آخر كأوامر العرائض. انظر في تبني هذه الفكرة في الفقه المصري. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي ١٠١، مبادئ القضاء ص ٣٨٨.

^(٣١) سبق أن ظهرت فكرة المركز القانوني عن الفقيه "Kohler" باعتبارها عنصراً أو مرحلة من مراحل نشأة الحق فالمركز القانوني طبقاً لهذه الفكرة هو رابطة قانونية غير كاملة، رابطة قانونية في دور التكوين. انظر: فتحي والي: نظرية البطلان رقم ١٨ ص ٥١.

صورة أخرى لنفس الرابطة القانونية الموضوعية محل النزاع. فالرابطة الموضوعية وهي تتكون من حق والتزام بوضعها تحت نظر القضاء تتحول إلى مجرد أمل في الحكم في المستقبل، وإذا كان الأمر كذلك، فإن حقوق وتكاليف الخصوم الإجرائية لا تكون رابطة قانونية وإنما مجرد مركز قانوني^(٣٢).

لكن الفقه الحديث طرح تصورًا آخر لفكرة المراكز القانونية^(٣٣)، بعد أن تبين أن تطبيق قواعد القانون يؤدي إلى نشأة نوعين من المراكز القانونية، الأولى مراكز قانونية خاصة تتميز بأن محتواها يتحدد في كل حالة على حدة وما تتضمنه من حقوق وواجبات يتميز بمواجهة كل منها للآخر، وأن تحديد مضمون هذه المراكز يتم عن طريق تعبير الأفراد عن إرادتهم وليس عن طريق القانون، وأن هذه المراكز قابلة للتنازل والتصرف كمركز المدين والدائن. أما النوع الثاني، فإنها مراكز قانونية موضوعية ينظمها القانون مقدمًا بصرف النظر عن شخصية شاغليها، كما أن ما تتضمنه من حقوق وواجبات لا يختلف من شخص إلى آخر، كما تتميز بغلبة الواجب على الحق وتنشأ من طريق الأعمال المشرعة والشرطية^(٣٤)، ويقرها القانون للوفاء باحتياجات تتعلق بالصالح العام.

^(٣٢) قدم هذه الفكرة الفقيه "جولد شميدت" حيث يرى أن هذه الفكرة تحفظ وحدة الخصومة من خلال الرابطة الموضوعية محل النزاع، لأنه إذا كان المركز القانوني ليس سوى هذه الرابطة عندما توضع تحت نظر القضاء فمن الطبيعي ألا تتغير معالمها ولو حدث أثناء الخصومة تغيير في آمال. وقد تعرضت هذه النظرية للانتقاد، من منطلق أن الآمال في النصر أو انتظار الهزيمة تصوير حقيقي لمركز الأطراف في الخصومة، لكنه ليس هو الخصومة.

انظر في عرض هذه النظرية والنقد الموجه إليه. فتحي والي: المرجع السابق رقم ١٩ ص ٥٢.
^(٣٣) انظر في عرض وتفاصيل هذه الفكرة في الفقه المصري: سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات ص ١٧٨؛ سمير تناغو: النظرية العامة للقانون ١٩٧٤ ص ٢٣. وقد تشجع لها ودافع عنها وقد الحجج لتأييدها في الفقه الفرنسي:

Gaston Jéze, Principes généraux du droit administratif, 3ed 1925, p. 12; P. Roubier, Droit subjectif et situation juridique, p.72.

^(٣٤) الأعمال المشرعة هي القوانين واللوائح، والأعمال الشرطية هي التي تسند إلى الأفراد المراكز الموضوعية، لنظر: جيز: المرجع السابق، ص ١٠.

وقد حظيت هذه الفكرة في تصوير الخصومة وعلاقة الخصوم بتأييد جانب من الفقه. وقد وقع الخلاف حول نوع المركز الذي يشغله الخصوم. فاتجه بعض الفقه إلى القول بأن المركز الذي يشغله القاضي والخصوم هو مركز ذاتي يبدأ بناء على المطالبة القضائية وينتهي عندما ينتج هذه الطلب أثره بالحكم في الموضوع، فهو من المراكز المؤقتة وهذا هو طابع الحقوق الشخصية^(٣٥). بينما يرى رأى آخر أن مركز الخصوم لا يمكن أن يكون إلا مركزاً موضوعياً، وذلك لأن هذا المركز ينظمه القانون مسبقاً وبالقانون وحده، وليس لإرادة الخصوم من أثر في هذا الشأن سوى تحريك سلطة القاضي وإجباره على ممارسة اختصاصه الموجود من قبل ولهذا فإن المطالبة القضائية ليست إلا عمل شرط "Acte condition".

وقد احتج هذا الرأي بأن هذا المركز من المراكز القابلة للتعديل في أية لحظة بواسطة القانون دون أن يكون للقاضي أو الخصوم المطالبة بإبقاء الوضع القائم كما هو، ولهذا فإن القانون الجديد يسرى على هذه المراكز فور صدوره. طالما أن هذه المراكز ما زالت قائمة ولم تنتقض لأي سبب من الأسباب كالحكم في الدعوى أو ترك الخصومة أو التنازل عنها، كما أن التزام القاضي بالفصل في الدعوى ليس إلا واجباً وظيفياً أنشأه القانون وليس بإرادة المتقاضين، وتؤدي مخالفته إلى مسؤولية القاضي عن واجباته الوظيفية، أما حقوق وواجبات الخصوم والتي تكون مضمون مركز الخصم فإن القانون هو الذي يحددها وحده دون سواه ويجرى تطبيقها على كل من يشغل هذا المركز وبنفس الطريقة وليس هناك تقابل بين واجبات وحقوق الخصوم، فلا يلتزم أحدهما بعمل تجاه الآخر، أضف إلى ذلك، أن تنظيم هذا المركز يتم بالنظر إلى اعتبارات تتعلق بالصالح العام والصالح العام وحدها^(٣٦).

(٣٥) انظر:

Duguit (L), Traité de droit constitutionnel, 3ed. t. 1, p. 307, et t. 2, P. 252.

(٣٦) انظر: جيز: المرجع السابق ص ٢٣٥؛ فزيوز: المرجع السابق ص ١٥٥؛ فنسان، المرافعات

المدنية رقم ٣٦٤ ص ٤٦٥؛ فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء رقم ٢٢٤ ص ٥٤٧؛ وجدي

راغب فهمي: قانون القضاء المدني ص ٢٣٦.

٦- **الحل المختار:** لم تقدم الأفكار التي طرحت بخصوص طبيعة الخصومة ما يمكن أن يقدم تفسيراً قانونياً مقبولاً لهذه الطبيعة، ففكرة العقد فكرة مهجورة لم يعد يدافع عنها أحد، وفكرة الرابطة القانونية بالمعنى القانوني الدقيق لا تصلح لتفسير حقوق الخصوم وواجباتهم، فعلاقات الخصومة لا تعرف تقابل بين الحقوق والواجبات. وفكرة العمل القانوني المركب لم تقدم سوى تحليلاً لما يجرى في الخصومة من أعمال من حيث تتابعها والغاية التي تهدف إلى تحقيقها. لكنها لم تقدم وصفاً قانونياً يمكن الاعتماد عليه لهذا العمل القانوني. وفكرة الشكل القانوني للعمل القضائي وإن كانت فكرة صحيحة في ذاتها إلا أنها قاصرة عن الإحاطة بهذه الظاهرة.

وقد استطاعت فكرة المراكز القانونية أن تقدم تفسيراً مقبولاً لطبيعة الخصومة، لأن الخصومة عبارة عن مركز تنظيمي إجرائي يتولى القانون وحده تنظيمه مسبقاً دون النظر إلى شخصية شاغليه، فلا دخل لإرادة القاضي أو الخصوم فيما يتضمنه من حقوق وواجبات ويطبق هذا المركز على كل من يشغله وبنفس الطريقة، ويقصر دور الخصوم على تحريك نشاط القاضي فالمطالبة القضائية ليست سوى عمل شرط ويخضع هذا المركز للقانون من حيث تعديله أو الإضافة إليه، ويسرى القانون الجديد عليه فور صدوره ولا تقابل بين حقوق وواجبات الخصوم، وأن تنظيم هذا المركز يتم بالنظر إلى اعتبارات تتعلق بالصالح العام.

ويرسم الطابع الإجرائي لهذا المركز الغاية التي تسعى الخصومة إليها وهي تحقيق الحماية القضائية للحقوق، ولهذا فإن خطة المشرع في معالجة المركز التنظيمي للخصومة يخضع لتنظيم دقيق محكم لكل ما يتخذ فيها من إجراءات مع ربط هذه الإجراءات بمواعيد محددة، مع تتابع هذه الإجراءات بحيث يتلو الواحد منها الآخر وصولاً إلى غاية الخصومة، فإذا بدأت الخصومة بالإجراء الافتتاحي لها فإن الإجراءات

تبدأ في التتابع بحسب الترتيب المرسوم لها حتى تبلغ غايتها بالحكم في موضوعها^(٣٧)، من أجل تحقيق الاستقرار للحقوق ومنع تجديد الإجراءات بشأنها مرة أخرى. ويحقق الطابع الإجرائي للخصومة استقلال هذا المركز عن الحقوق الموضوعية، فالخصومة ظاهرة إجرائية تجد مصدرها في القانون الإجرائي بينما العلاقة الموضوعية تجد مصدرها في القانوني الموضوعي^(٣٨). بالإضافة إلى اختلاف الغاية في الحالتين، فالخصومة غايتها تحقيق القانون بينما العلاقة الموضوعية غايتها مواجهة حاجات الأفراد، ويترتب على هذا الاستقلال أن انقضاء الخصومة لأي سبب من الأسباب دون الفصل في موضوعها، لا يمس العلاقة الموضوعية التي تظل كما هي ويجوز تجديد الإجراءات بشأنها مرة أخرى ما لم يتقدم الحق الموضوعي لأي سبب^(٣٩). وقد اعتمد القانون الطابع الشكلي لإجراءات الخصومة كضرورة لحسن سير القضاء^(٤٠)، وتمكين القاضى من معرفة حقيقة الواقعة المعروضة عليه وإصدار حكم فاصل في موضوعها، ولهذا فإن جميع الإجراءات التي تتكون منها الخصومة يجب أن

(٣٧) انظر: أحمد مسلم: أصول رقم ٣٤٢ ص ٣٧٥؛ وجدي راغب: مبادئ القضاء ص ٣٧٨؛ فتحي والي: الوسيط رقم ١٨١ ص ٢٩١؛ أحمد السيد صاوي: الوسيط رقم ٣٥٨ ص ٤٨٥؛ محمود هاشم: قانون القضاء ص ١٣٤؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات رقم ٣١٨.

(٣٨) كان للإشهاد على الخصومة في القانون الروماني أثر تجديدي "novatoire" بحيث تحل الإجراءات القضائية محل الحق الموضوعي المتنازع عليه، وتجزئ هذه الإجراءات للمدعى الحصول على إقرار أو اعتراف بحقه في الحكم ويترتب على ذلك نتيجة هامة أن انتهاء الخصومة لا تجديد الإجراءات مرة أخرى. أنظر: سوليس وبيرو: القانون القضائي رقم ٧ ص ٨؛ فنسان وجينشار: المرافعات المدنية - ط ٢٥ - ١٩٩٩، رقم ٤٧٧، ص ٤١٨.

(٣٩) وفي الحالات التي تنتهي فيها الخصومة بحكم في موضوعها، فإنه لا يجوز بدء خصومة جديدة من أجل نفس الموضوع لكن عدم جواز تجديد الخصومة يرجع إلى حجية الأمر المقضي للحكم وليس كما كان عليه الحال في القانون الروماني من انقضاء الحق المتنازع. انظر: سوليس وبيرو: المرجع السابق رقم ٧ ص ٨؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٤٧٧ ص ٤١٨.

(٤٠) انظر:

H.Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, t. 3, n° 7, p. 8; J. Vincent et S. Guinchard Procédure civile, n° 12, p. 19; Gérard Couchez, Procédure civile, 11 ed., n° 4, p. 2.

تتم كقاعدة لا تبعاً للوسيلة التي يختارها من يقوم بها بل تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون^(٤١)، باعتبار أن هذه الإجراءات تعد مفترضةً ضرورياً لإصدار الحكم، فإن القانون يفرض على الخصوم والقاضي الشكل الذي يتعين اتباعه دون أن يترك حرية كبيرة لمن يقوم به، لأن ترك أمر تنظيم الإجراءات للقاضي في كل حالة على حدة يؤدي إلى عدم المساواة بين الخصوم وإلى تعقيد الخصومة وإلى بطء الإجراءات^(٤٢).

وقد اعتمد القانون مبدأ وحدة الخصومة رغم تعدد إجراءاتها وأشخاصها وموضوعها، وتبدو هذه الوحدة في وحدة الغاية التي تستهدفها الإجراءات، فمنذ الإجراء الأول فيها وما يليه من إجراءات وأياً كان القائم بها فإنها تتجه جميعاً كل بحسب دوره نحو النهاية الطبيعية لها، ولهذا فإنه يحدد لكل إجراء دوراً معيناً يقود إلى هذه النهاية، كما حدد نطاق الخصومة بالطلبات وألزم الخصوم بحدود هذه الطلبات فيما يقدمونه من دفاع، وقيد عمل القاضي بطلبات الخصوم فلا يستطيع الفصل في طلب لم يقدم إليه، وإن كان قد أجاز في حدود معينة توسيع نطاق الخصومة من ناحية موضوعها، كما حدد نطاقها من حيث أشخاصها بالخصوم والقاضي فلا يجوز إحداث تغيير في أشخاص الخصومة سوى في حدود معينة ضمناً لهذه الوحدة^(٤٣).

^(٤١) عندما يحدد القانون لعمل معين وسيلة معينة لا ينتج العمل آثاره إلا عن طريق هذه الوسيلة فإن هذا العمل يعد عملاً شكلياً، وقد يحدد القانون مضمون واقعة قانونية معينة فقط دون أن يتطرق إلى الوسيلة أو الطريقة تتم بها كواقعة البيع أو واقعة الوفاء، فإن هذه الواقعة تنتج آثارها أياً كانت الوسيلة التي تمت بها، أما إذا كان تدخل القانون لا يقتصر على تحديده لمضمون الواقعة القانونية، وإنما يضيف إليها الوسيلة التي يجب الإلتجاء إليها لتحقيق مضمون معين، فإن هذه الواقعة لا تنتج آثارها إلا عن طريق هذه الوسيلة، كالمطالبة القضائية لا تتم آثارها إلا إذا ذكر فيها بيانات معينة، ويكون العمل في الحالة عملاً شكلياً، انظر: فتحي والي: نظرية البطلان رقم ٨٠ ص ١٥٨.

^(٤٢) ويتحقق عدم المساواة لأن القاضي لا يعطي للخصوم في الخصومات المتشابهة نفس الحقوق، وقد يأمر بإجراءات لا يأمر بها قاض آخر في خصومة مشابهة، كما يتحقق البطلان في الإجراءات لأن القاضي لكي يأمر بالإجراءات في دعوى معينة يتعين عليه النظر إلى الموضوع ولو بنظرة سطحية وهو ما يؤدي إلى البطلان، وقد يقرر إجراءات أكثر مما تستحق أو أقل مما تحتاجه. انظر: فتحي والي: المرجع السابق، رقم ٩٢ وما يليه ص ١٧٧.

^(٤٣) انظر: وجدي راغب: مبادئ القضاء، ص ٣٨٤.

يعول المركز الإجرائي للخصومة في تحريك النشاط القضائي على مبادرة من المدعى باتخاذ الإجراء الافتتاحي للخصومة، فلا يجوز للقاضي مباشرة هذا النشاط من تلقاء نفسه^(٤٤)، وعلى أثر تحريك هذا النشاط فإن القانون يضع أطراف هذا الطلب كل بحسب موقفه من إجراء المطالبة كمدعى أو مدعى عليه في مركز الخصم، الذي يزود كل واحد من الخصوم بما يناسبه من حقوق وواجبات تتناسب كل مرحلة من مراحل الخصومة، سواء بقصد دفع الإجراءات إلى الأمام أو ضمان استخدام الحق في الدفاع أو تحمل آثار الحكم الصادر فيها. ويوجب على القاضي بحكم وظيفته اتخاذ ما يلزم من إجراءات للفصل في الطلب المقدم إليه وإلا عد منكراً للعدالة، كما يترتب هذا التنظيم على الحكم الصادر في موضوع الخصومة من الآثار ما يمنع من تكرار الإجراءات بشأن هذا الموضوع مرة أخرى عن طريق حجية الأمر المقضى، وما يترتب عليه من إلزام الخاسر بالمصاريف الناشئة عن الخصومة، وما يجيز للمحكوم عليه بالظعن في الحكم.

المبحث الثاني

تطبيق القواعد الإجرائية التي وضعت بواسطة الأطراف.

أولاً: التعريف القانوني لمبدأ سلطان الإرادة

لا يوجد تعريف مباشر، ودقيق لمبدأ سلطان الإرادة إلا أن بعض الفقه حاولوا وضع تعريف لهذا المبدأ من خلال تبيان مميزاته، وخصائصه.

حيث تناول الدكتور محمد صبري سعدي المقصود بهذا المبدأ: "أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه فهذه الإرادة هي التي تنشئه، وهي التي تحدد آثاره كقاعدة عامة ثم يأتي القانون بعد ذلك ليعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة".

^(٤٤) واستثناء من مبدأ الطلب كأساس للخصومة المدنية فإنه يكون للقاضي دوراً إيجابياً في بعض المسائل، منها ما يتعلق بمسائل الإفلاس ومسائل الإثبات والمسائل المتعلقة بالنظام العام، ويتمتع القاضي في القانون الفرنسي بنفس الدور، انظر وجدي راغب: مبادئ ص ٤٠٢.

أورد الاستاذ عبد الرزاق السنهوري عرض عام لهذا المبدأ بأن "إرادة الشخص حرة حرية تامة في إبرام ما شئت من العقود باعتبار أن الإرادة هي آية الشخصية من الجانب القانوني بشرط أن لا تتعارض هذه الحرية في التعاقد سواء لاكتساب حقوق أو تحمل الالتزامات مع حريات الأشخاص الآخرين دون النظر إلى فكرة الأخلاق أو توافق مصلحة الفرد مع مصالح الجماعة"^(٤٥).

وعرف الدكتور عبد الحميد فودة مبدأ سلطان الإرادة بقوله "الإرادة وحدها قادرة على إنشاء ما تنشأ من العقود، والتصرفات مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب العامة، وأنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره، وهي وحدها قادرة على إنهاءه"^(٤٦).

وكذا يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أنه "يكفي توافق إرادتين التزام، أي لانعقاد العقد، وأن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يحددها العقد، معناه حرية الإرادة في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها".

كما يعتبر مبدأ سلطان الإرادة أيضا "أن للإرادة الحرة السلطان الأعظم في تكون العقد وفي تحديد آثاره".

ويقصد بهذا المبدأ أيضا "أن الفرد حر في التعاقد أو عدم التعاقد، وإذا قيد نفسه بالموافقة على العقد فهذا يكون عن اقتناع واختيار".

وذهب البعض إلى تعريفه على أنه "السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد، أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله، ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لتلك المراكز من وجود، أو لوجدت كانت في صورة مختلفة"^(٤٧).

(٤٥) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ١٥٣.

(٤٦) د. عبد الحميد فودة، المرجع السابق ص ١٤.

(٤٧) د. عمر طه بدوى محمد على، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد. دار النهضة العربية مصر ٢٠٠٦، ص ٥٢١.

كما أن هذا المبدأ وفقا لعقود التجارة الدولية يمنح للمتعاقدين حرية اختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي، والقانون بدوره يشجع بكل نصوصه اجتهاد للأطراف في إيجاد قواعد تنظم العلاقة بينهم سواء بابتكار قواعد جديدة منظمة للعلاقة التجارية، أو باتباع أي نموذج قانوني موجود في أي تشريع آخر غير تشريع الطرفين المتعاقدين.

وبالرجوع إلى مفاهيم مختلفة لمبدأ سلطان الإرادة نستنتج أنه يقوم على مبدئين:

• **المبدأ الأول:**

أن كل الالتزامات بل جميع النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة والحاجة لأي إجراء، أو شكل خاص يفرضه القانون، وهذا عكس ما كان عليه في القانون الروماني الذي كان يشترط لينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني أن ينصب في قالب معين من الأشكال، والألفاظ التي يحددها القانون، وإلا كان التصرف القانوني باطلا بطلانا مطلقا.

• **المبدأ الثاني:**

إن الإرادة وحدها التي تحدد جميع الآثار التي تترتب على كافة العلاقات، والروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد إلا أن هذا المبدأ سرعان ما بدأ يختفي أمام التطورات الاجتماعية، والاقتصادية التي أدت إلى ظهور المذاهب الاشتراكية، والتي تنظر إلى العقد كمنظرتها إلى أي نظام اجتماعي غايته تحقيق التضامن الاجتماعي، وتوجيه الإرادة إلى تحقيق ذلك.

ثانيا: تعريف مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

لا يختلف تعريف مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي عن تعريفه في القانون، حيث يعرف المبدأ وفقا للشريعة الإسلامية على أن "إرادة الفرد في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاتها القانونية، وغير القانونية"^(٤٨).

(٤٨) د. عبد الحكيم زيدان، المدخل للدراسة الشريفة الاسلامية، درا عمر بن الخطاب للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٦.

ونجد أن الإسلام حريص على رعاية الإرادة لذلك جعل الله سبحانه وتعالى حرية الإنسان أساس عبادة الله، حيث قال سبحانه وتعالى: "لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي".

هذا الأصل الكلي المطلق الواضح فصله القرآن الكريم في أكثر من موضع حيث أقرت الشريعة إقرار هذا القرار إقرارا كاملا منذ نشأتها، والنصوص الدالة على ذلك كثيرة:

قوله تعالى: "ولو شاء ربك لأمر من في الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين".

وكذلك قوله تعالى: "نحن أعلم بما يقولون، وما أنت عليهم بجبار بالقرآن من يخاف وعيد".

وكذلك قوله تعالى: "وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن، ومن شاء فليكفر".
ففي هذه الآيات انتفاء صريح لما يمس الإرادة من قهر، ونهي واضح عن إجبارها أو إخضاعها بالقوة.

ولقد كفل الإسلام هذه الحرية ليس فقط بالنسبة لعلاقة إنسان بربه، إنما كلفها كذلك بالنسبة لعلاقة الإنسان بغيره من بني جنسه^(٤٩).

ومن النصوص الموجودة في السنة:

قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته لله ورسوله فهجرته لله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه"^(٥٠).

من هذا الحديث يتضح لنا أن الإرادة، أو النية من قواعد الدين الهامة التي يدخل تحتها ما لا ينحصر من المسائل سواء في العبادات، أو المعاملات. ومن هنا كان

^(٤٩) حمدى محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص ١٤٠.

^(٥٠) الامام البخارى، الصحيح، باب بدء الوحي، حديث، رقم ١.

تعظيم العلماء لقدر هذا الحديث فهو يدل على أن الأعمال لا تصح شرعا ولا تعتبر إلا بالنية، أو الإرادة^(٥١).

خصائص مبدأ سلطان الإرادة

أولاً: خصائص مبدأ سلطان الإرادة وفقا للقانون

يتميز مبدأ سلطان الإرادة بعدة خصائص، ومميزات نوجزها فيما يلي:

• حرية الشخص في التعاقد:

فالشخص له الحق في الالتزام، وتحمل الآثار الاتجة عن ذلك، وبالتالي فإن كل ما يرتضيه الشخص من الالتزامات إنما بني على إرادته الحرة في ذلك حتى لو كان في هذه الالتزامات غبن فيكفي أنه قد ارتضى بمحض إرادته الحرة غير المعيبة، ولا مجال هنا للحديث عن مفاهيم كالتضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحق، والنظام العام حتى ولو كانت هذه المفاهيم ذات أهمية فإن حرية الشخص في التعاقد هي الأولى بالنظر والمراعاة.

• عدم تعارض حرية التعاقد مع حريات الآخرين:

تقوم هذه الخاصية على أساس أن حرية الفرد في التعاقد والالتزام إنما هي ليست على وجه الإطلاق، وإلا كان التصادم بين الأفراد وحلول الفوضى، ولكن هي حرية لا تتعارض مع حرية الآخرين حيث يتحقق التوازن بين حريات الأفراد والمجتمع الواحد فلا يمكن المساس بحريات الآخرين ولا بحقوقهم عند ممارسة الحق في التعاقد والالتزام وهذا ما يجسد نظرية العقد الاجتماعي كما يراها الفيلسوف جون جاك روسو.

• الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد والالتزام:

إن الخاصية الثالثة التي تقوم على أن القانون، والقضاء ليس لهما الحق في التدخل والتضييق على الفرد، وحرية التعاقد، والالتزام بدعوى اتباع قواعد العدالة، أو النظام العام إما احتراماً لفكرة التضامن الاجتماعي، أو إيقافاً للتعسف في استعمال الحق مادامت حرية الفرد القائمة على إرادته واتجهت برضاه لتحمل التزامات، فهنا يكون دور

(٥١) د. حمدى محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص ١٥.

القانون المحايد بحيث يتم السهر فقط على احترام الشخص لحرية الآخرين فلا يتعدى حريته للمساس بحرية الآخرين.

أما إذا ارتضى الآخرون تحمل الالتزامات في مواجهة هذا الفرد بإرادتهم السليمة من العيوب فلا مجال لتدخل القانون والقاضي.

ثانياً: خصائص مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي:

تتلخص خصائص مبدأ سلطان الإرادة حسب الفقه الإسلامي فيما يلي:

• **كفاية الرضا لإنشاء العقد:**

حيث قرر الفقهاء المسلمون بأن الإيجاب والقبول، وحدهما كافيان لتكوين العقد واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل..... عن تراض منكم".

فمجرد التراضي يولد العقد، وآثاره دون اشتراط شيء من المراسيم الشكلية إلا على سبيل الاستثناء إذ أن هناك بعض العقود تضخ لشكلية معينة.

• **حرية الإرادة في تحديد آثار العقد:**

يقصد بذلك قدرة الإرادة على ترتيب آثار العقد فضلا عن القوة الملزمة للعقد^(٥٢).

مبدأ سلطان إرادة أطراف التجارة الدولية في عملية التحكيم

في هذا الفرع نتطرق إلى الحديث عن حرية الأطراف أثناء بدء عملية التحكيم حيث يحتوي هذا الفرع على حرية الأطراف في إنشاء اتفاق التحكيم و تشكيل محكمة التحكيم كغصن اول، إضافة إلى الغصن الثاني، والمتمثل في سلطان إرادة أطراف التجارة في تحريك إجراءات التحكيم.

حرية الأطراف في إنشاء اتفاق التحكيم وتشكيل محكمة التحكيم

في هذا الغصن سنتناول دراسة حرية الأطراف في إنشاء اتفاق التحكيم ثم نتطرق إلى الحديث عن تشكيل محكمة التحكيم.

^(٥٢) رضوان السيد راشد، الاجبار في التعاقد (دراسة مقارنة)، رسالة الدكتوراة، القاهرة ١٩٨٩، ص ١٩٠.

(أ) حرية الأطراف في إنشاء اتفاق التحكيم

يستند التنظيم التجاري الدولي في تحكيم الحالات الخاصة في الأساس إلى إرادة الأطراف، إذ أن اتفاق الأطراف هو الشريعة العامة، وأساس نظام التحكيم، حيث بإمكان طرفي التحكيم أن يتفقا على اللجوء إلى التحكيم من أجل تسوية مختلف النزاعات.

أولاً: التعريف باتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم هو "اتفاق بين طرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي قد نشأت أو قد تنشأ بينهما علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"^(٥٣).

ويعرف أيضاً اتفاق التحكيم على "أنه اتفاق يبرم للأطراف المعنية بعد حدوث النزاع بينهما ليتمكنهما من عرضه على هيئة التحكيم". وكذا يعرف على أنه "اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع، أو بعده".

هو أيضاً "اتفاق بين الخصوم في نزاع معين قائم بينهم يلتزمون بمقتضاه بعرض النزاع على المحكم أو على المحكمين يختارونهم للفصل فيه بدلاً من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص"^(٥٤).

يعرف اتفاق التحكيم الدولي بأنه "ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف في أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها، أو المحتمل نشوؤها بينها من خلال التحكيم وذلك إن كانت هذه المنازعة تتعلق بمصالح التجارة الدولية".

❖ التعريف القانوني لاتفاق التحكيم:

فقد عرفه قانون التحكيم المصري الحالي لعام ١٩٩٤ في الفقرة الأولى من المادة الأولى بقوله "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو

^(٥٣) وائل انور بندق، موسوعة التحكيم، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية ٢٠٠٩، ص ٥٧٧.

^(٥٤) صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، الرقابة القضائية على التحكيم، مجلة القضاة المصرية العدد

٢٠١٩٩٩، ص ٥٩.

بعض المنازعات التي نشأت او يمكن ان تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت او غير عقدية".

ولما كان قانون التحكيم المصري قد تآثر كثيرا بالقانون النمطي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٨٥، فان تعريف التحكيم يكاد يتطابق مع التعريف الذي اورده هذا القانون، والذي ضمنه الفقرة (١) من المادة السابعة وهو ان "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على ان يحيلوا الى التحكيم، جميع او بعض المنازعات التي نشأت او قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت او غير تعاقدية".^(٥٥).

ثانياً: صور اتفاق التحكيم

١/ شرط التحكيم: La cause compromissaire

يرد شرط التحكيم ضمن شرط العقد الأصلي مصدر للرابطة القانونية، فيتفق طرفا العقد على عرض ما ينشأ بينهما من نزاع، أو خلاف على المحكم ليفصل فيه بحاكم ملزم دون القاضي المختص، وهذا ما أكدته المادة ١٤٤٦ من قانون المرافعات الفرنسي بقولها أنه "الاتفاق الذي يلتزم به، وبموجبه أطراف العقد بخضوع المنازعات المتولدة عن هذا العقد إلى التحكيم"^(٥٦).

ب/ مشاركة التحكيم:

قد يكون اتفاق لتحكيم لاحقاً على قيام النزاع بحيث يتفق الطرفان إلى إحالة هذا النزاع الذي وقع بالفعل إلى التحكيم، وعادة ما يطلق على هذا النوع من الاتفاق "مشاركة التحكيم".

فمشاركة التحكيم في الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد الأصلي بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد بحيث يحيلان نزاعهما إلى التحكيم طبقاً لما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة العاشرة من القانون الحالي.

^(٥٥) القانون الحاكم للتحكيم د. احمد عبد الكريم سلامة والمستشار/ اسلام عبد الكريم سلامة. القانون

الحاكم للتحكيم طبعة ٢٠١٩ ص ١٥، ١٦.

^(٥٦) علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الدولية الادارية، الجامعة الجديدة القاهرة

٢٠٠٨، ص ٢٠٢.

ومثال عن ذلك أن يبرم عقدهما دون أن يتضمن شرط التسوية للمنازعات بينهما، ولكن في مرحلة لاحقة يثور نزاع بينهما تعلق بالعقد، فيعرض أحدهما على الآخر تسوية النزاع الناشيء عن العقد إلى التحكيم فيوافق الآخر على ذلك، وفي هذه الحالة نكون أمام عقدين:

العقد الأصلي الخالي من شرط التحكيم، وعقد آخر خاص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم

ثالثاً: صياغة اتفاق التحكيم:

تعتبر الكتابة شرطاً من الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم بحيث أن اتفاقيات التحكيم لا بد من أن تتجسد كتابة سواء في شكل شرط ضمن العقد الأصلي، وذلك بشأن نزاع محتمل أو في شكل اتفاق لاحق ومستقل بشأن نزاع قائم فعلاً.

فالكتابة إذن شرط لازم لصحة اتفاق التحكيم بحيث أنه يجب أن يكون مكتوباً، وإلا كان باطلاً من خلال أن يتضمن محرر يوقعه الأطراف، أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة^(٥٧).

فمثلاً في فرنسا نصت المادة ١٤٤٣ من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي عام ١٩٨٠ على أنه "يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوباً في العقد، أو في أي مستند، وإلا كان التحكيم باطلاً". أما بالنسبة للدول الإنجلوسكسونية بصفة عامة نجدها قد اشترطت الكتابة لاتفاق التحكيم، ولم تعتبرها شرطاً له^(٥٨).

وفي القانون المصري للتحكيم تنص المادة ١٢ على أنه "يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة".

^(٥٧) عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٤٤٨.

^(٥٨) عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

ويرى بعض الفقه أن للكتابة أهمية بالغة من الناحية العملية، فلكي يتحقق شرط التحكيم الوارد في عقود التجارة الدولية فاعليته من الناحية العملية، وأثر فعال ومحايد في تسوية المنازعات الناشئة عن العقد يجب أن يكون محلا لصياغة محددة ودقيقة لإمكان أعماله بطريقة منتجة.

والكتابة حسب هذا الفقه تؤدي وظيفتين في نطاق التحكيم، أولهما أنها مطلوبة لوجوده وثانيها أنها مطلوبة لإثباته.

وتبدو أهمية الدقة عند صياغة الاتفاق على التحكيم فيما يترتب على ذلك من مزايا تؤثر على فاعلية التحكيم، لذلك لا بد أن يصاغ اتفاق التحكيم بدقة ويستوفي كل التفاصيل المتعلقة بتنظيم سير إجراءات التحكيم مثل طرق تحسين المحامين وكيفية اختيارهم تحديد المكان الذي سيتم فيه التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وموضوع النزاع وعليه فإن اغفال البعض عن هذه التفاصيل قد ينجم عنه الدخول في متاهات وتعقيدات قد تؤدي إلى المساس بحقوق الأطراف وإهدار الحكمة الموجودة التحكيم التجاري الدولية.

رابعاً: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

إن مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم مسألة معقدة جداً، وهذا راجع إلى الجدل الفقهي والقضائي بصدها نظراً لاختلاف التكييفات بشأن تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، انقسم الفقه إلى اتجاهين في تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ أن الاتجاه الأول ينحاز إلى إعمال قانون الإرادة أما الاتجاه الثاني فينحاز إلى تطبيق قانون مقر التحكيم.

أ/ تطبيق قانون الإرادة:

ينطلق هذا الاتجاه من نقطة أن العقود التجارية الدولية تخضع لقانون الإرادة، ومن ثم فللطرفين اختيار القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، ويمكن لهما اختيار قانونا آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي سواء كان هذا القانون هو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، أو كان قانونا آخر غيره، فإذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق جاز إعمال الضوابط الاحتياطية التي تنص عليها قواعد الاسناد

كالقانون المشترك للمتعاقد، أو قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد، أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم^(٥٩).

ب/ قانون مقر التحكيم

الثابت ان اتفاق التحكيم، كنظام قضائي اتفاقي، ليس حارسا على نظام وطني معين، غير انه مع ذلك يجب ان يرتكز الى نظام قانوني وطني محدد، يدعمه اثناء اجراءاته، وبعد صدور قرارته. والبادى ان دولة مقر التحكيم، اى الدولة التي تجرى على اقليمها عملية التحكيم، هي المؤهلة لتقديم ذلك الدعم، بحيث يطبق قانونها، عند تخلف الاختيار الصريح من جانب الاطراف للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، لا سيما اذا كان هؤلاء الاطراف قد حددوا الدولة التي سيجرى على ارضها التحكيم، حيث يفترض اتجاه ارادتهم الى تطبيق قانون تلك الدولة. اضافة الى ذلك، ان دولة مقر التحكيم هي التي تشهد الميلاد الواقعي لعملية التحكيم وانطلاقها، وهي في الغالب الاعم مكان صدور حكم التحكيم.

(١) خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة:

المتأمل في قانون التحكيم المصري يدرك انه اهمل تماما مشكلة تنازع القوانين في شأن اتفاق التحكيم، حيث خلت نصوصه من اى نص بهذا الخصوص. غير اننا نرى وجوب تطبيق مبدأ اختصاص قانون الارادة بحكم اتفاق التحكيم في القانون المصري لعدة اسباب:

منها ان اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني ارادى، اى عقد والعقد الدولي يخضع، عموما لقاعدة التنازع الواردة بالمادة ١/١٩ من القانون المدنى، والتي تخضع العقود الدولية لمبدأ قانون الارادة.

ومن هنا ان القانون المصري، بشأن التحكيم، قد التزم، بل نقل، معظم احكام القانون النمطي للجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولي الخاص بالتحكيم لعام ١٩٨٥ وهو

^(٥٩) منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، المجلد الاول، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ٣٠٧.

ان لم ينقل كل الاحكام، ومنها حكم المادتين ٢/٣٤ - أ- و ١/٣٦ - أ- فان روح هاتين المادتين لا ينبغي ان تغيب عن نصوص تفسير قانون التحكيم المصري. ومنها ان مصر قد انضمت ال اتفاقية نيويورك لعام ١٩٨٥ بشأن الاعتراف باحكام المحكمين وتنفيذها، وصارت بالتالي، جزءا من القانون المصري، ومن ثم وجب اعمال احكامها، ومنها الحكم الوارد في المادة ١/٥-أ- الذي يخضع اتفاق التحكيم لقانون الدولة الذي اختاره الاطراف^(٦٠).

٢) خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع:

المصدر الثاني الذي يكن أن يخضع له اتفاق التحكيم هو القانون الذي ينظم موضوع النزاع أي العقد الأصلي، حيث أنه في غياب الاختيار الصريح، يمكن اعتبار الاختيار الثاني بمثابة اختيار ضمني لإرادة الأطراف، وهو القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.

٣) خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يراه المحكم ملائما:

في غياب الحلين السابقين يطبق المحكم على اتفاق التحكيم القانون الذي يراه مناسباً وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أعطى للمحكم سلطة تقديرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في غياب الاختيار الصريح للأطراف، فقد تلجأ المحكمة التحكيمية إلى تطبيق قانون دون القانون المطبق على العقد الأصلي، كالجوء إلى المبادئ العامة للقانون والعادات والأعراف التجارية التي تراها ملائمة. نستنتج مما سبق أن القانون الواجب التطبيق بشأن اتفاق التحكيم هو القانون الذي اختاره المتعاقدين إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر إحدى الركائز الأساسية في التحكيم، لأن قضاء التحكيم أساسه الاتفاق على التحكيم، والذي يعتبر صدر اختصاص المحكم فهذا الاتفاق هو الذي يخلق هذا الاختصاص ويرسم حدوده.

(ب) حرية الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم

ينسب تشكيل محكمة التحكيم في الأصل إلى إرادة الأطراف والتفاهم، وقد حاولت القوانين تنظيم هذا الأمر من خلال النص على ذلك في التشريعات الوطنية

(٦٠) د. احمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ٦٠، ٦١.

أولاً: المقصود بالحكم

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومه قائمة بينهم.

ثانياً: المقصود بمحكمة التحكيم

يقصد بمحكمة التحكيم المحكم أو المحكمين عند تعددهم الذين يتولون الفصل في

النزاع الوارد بشأنه شرط التحكيم، ويحك تشكيل هذه المحكمة مبدآن رئيسيان:

- إن إرادة الأطراف هي المرجع الأول في اختيارها وأن هذه الإرادة تحركها الثقة في المحكمة وعدالتها ونزاهته وحياده.
- مراعاة المساواة حيث اختيار المحكمين فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر.

ثالثاً: الشروط الواجب توافرها في المحكم

(١) أن يكون عدد المحكمين وترياً:

لم يلزم المشرع الأطراف فلهم في ذلك اختيار محكم واحد أو أكثر والقيد الوحيد في هذا الصدد يتعلق بوتيرية العدد بمعنى أنه إذا اتفق الأطراف على أن تتشكل محكمة التحكيم بأكثر من محكم فإنه في هذه الحالة أن يكون العدد فردياً، وهذا ما أكدته المادة ١٥ من قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه "محكمة التحكيم تتشكل من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

(٢) أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً:

اعتمد القانون المصري الجديد قانون الإجراءات المدنية، والإدارية الجديد على القاعدة التي وضعها القانون الفرنسي، والمتمثلة في أنه "إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة المحكم" مع وجود اختلاف عن القانون الفرنسي في مواضع، حيث أن القانونا لفرنسي يقضي بأن الشخص المعنوي يتولى تنظيم التحكيم من حيث تعيين المحكمين، وتحديد إجراءات المحاكمة التحكيمية... الخ، أما القانون الجزائري فهو يقضي بأن الشخص المعنوي ينحصر دوره بتسمية محكم أو محكمين من أعضائه.

(٣) قبول المحكم لمهمته:

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على قبول المحكم للمهام المسندة إليه، فنص في المادة ١٦ فقرة ٣ على أنه "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب

عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول إستقلاله أو حيده". بالتالي فإن قبول المحكم للمهام المسندة إليه أصبح من القواعد الآمرة التي ترتبط بها صحة تشكيل محكمة التحكيم.

٤) أن يكون المحكم محايداً ومستقلاً:

إن تحقيق العدالة ليست حكراً على قضاء الدولة، فهناك طرق تؤدي إلى تحقيقها التحكيم كطريق التحكيم فلكي تضمن تحقيق العدالة المرجوة بواسطة هذا الطريق ينبغي أن يكون القائم عليها شخص تتوافر فيه بعض الصفات التي يطمئن لها الفرد خاصة صفتي الاستقلال والحيادة.

٥) أن يكون المحكم متمتعاً بالأهلية وألا يعرض له عارض يؤدي إلى الحجر عليه، وإلا يكون محروماً من حقوقه المدنية للحكم عليه في جنائية، أو جنحة مخلة بالشرف شهر إفلاسه طالما لم يسترد اعتباره، وهذا ما ذهبت إليه المادة ١٦ الفقرة الأولى حيث تنص: "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه إعتباره".

٦) بالنسبة لجنسية المحكمين فلا يشترط مراعاة شرط الجنسية بالنسبة للمحكمين، ولكن قد يكون لهذا الشرط دور عندما يتعلق الأمر بالمحكم الفرد، أو المحكم الثالث كرئيس المحكمة التحكيمية لكن حتى بالنسبة للمحكم الفرد، أو الرئيس ذهب القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ إلى عدم الأخذ بشرط الجنسية.

لكن تذهب اتفاقيات دولية أخرى إلى الأخذ بشرط الجنسية لضمان فعالية التحكيم وحياد المحكم فمؤتمر الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولية (C.N.U.D.C.I) يضع بعض الشروط من بينها تفضيل تعيين المحكم من جنسية الأطراف (المادة السادسة فقرة ٤ فشرط الجنسية هو وقاية من الشكوك التي يمكن أن تحيط بالمحكم، وضمانه لعدم الحيابة لأي طرف في النزاع.

رابعا: كيفية تشكيل محكمة التحكيم

تنص المادة ١٧ الفقرة الأولى "لطرفي التحكيم الإتفاق على إختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت إختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

(أ) إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكوم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناءً على طلب أحد الطرفين.

(ب) فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين إختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على إختيار المحكم الثالث فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على إختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي إختاره المحكمان المعينان أو الذي إختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر هيئة من ثلاثة محكمين.

إذا تعذر اتفاق الأطراف ولم يتم تحديد هيئة تتولى تعيين المحكمين، أو رفضت هذه الهيئة إجراء هذا التعيين خلال ٦٠ يوم التالية للطلب المقدم إليها من أحد الأطراف، فلكل طرف الحق في تقديم طلب السكرتير العام لمحكمة التحكيم لتحديد الجهة التي تتولى التعيين، ويتم هذا الأخير وفقاً لنظام القوائم المتطابقة التي ترسل الأطراف والمتضمنة على الأقل لثلاثة أسماء.

خامساً: شروط تعيين المحكم في حالة غياب التعيين وفي حالة صعوبة

تعيين

جأت المادة ١٧ الفقرتين ٢، ٣ على التوالي بالنص على "وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات إختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفقا أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن وتولت المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون بناءً على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل" و"وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها بإختيار المحكم على وجه السرعة ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨ و١٩) من هذا القانون لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن".

الخاتمة والنتائج

يمثل النطاق الشخصي لخصومة التحكيم أهمية بالغة في الوقوف على الأشخاص المعنيين المشاركين في خصومة التحكيم، وفقاً للأثر النسبي لاتفاق التحكيم، وبالتالي تحديد نطاق الأشخاص الملزمين بسرية خصومة التحكيم.

على هذا الحال، فإن الالتزام بالسرية وبحكم الطبيعة العقدية له لا يترتب سوى أثر نسبي، فالالتزام بالسرية لا يترتب أثره إلا بين الأطراف، فالالتزام الذي يقوم في الأساس على الاتفاق لا يمكن ان يترتب أثره على الغير، كما أن الطبيعة العقدية لمثل هذا الالتزام تحدد الملزمين به، فالأطراف في الاتفاقية التي أفرخت عن السرية هم وحدهم المعنيون بمثل هذا الالتزام، والمقصود هنا بالأطراف، الخصوم في التحكيم والمحكمين، وكذلك مؤسسة التحكيم، وبالمقابل لا يمكن الاحتجاج بمثل هذا الالتزام في وجه الغير، والذي ربما يكون شاهد أمام محكمة التحكيم، وقد يشارك في التحكيم بمثل هذا الالتزام، ولكن سرية التحكيم ممكن أن تلزم المترجم، وكذلك سكرتير التحكيم ممن شاركوا فيه، ولكن فقط من منظور سر المهنة.

أولاً: لا بد أن يحرص الأطراف على أن يتضمن اتفاق التحكيم مواد تنص على هذه السرية حتى إذا كان القضاء يبرر عملية الكشف عن المعلومات لكونها متعلقة بالسياسة العامة أو غيرها من أسباب.

ثانياً: أن يحرص على الاعتبارات المتعلقة بالسرية عند صياغة باقي البنود في اتفاق التحكيم حيث يجب على سبيل المثال مراعاة إلى أي مدى يحمي قانون دولة معينة هذه السرية ولا بد أن يراعي الأطراف كيفية الحد من المعلومات التي يمكن الكشف عنها في التحكيم من خلال الحرص في تحديد الموضوعات التي سوف تخضع للتحكيم وكلما كان نطاق التحكيم أضيق كلما كان نطاق الكشف عن المعلومات محدود.

ثالثاً: يجب أن يراعي الأطراف أيضاً نظام الحماية لإجراءات التحكيم ويتم تحقيق نظام الحماية من خلال الاتفاق بين الأطراف ويعدده الأطراف ويقدم إلى هيئة التحكيم. وإذا خالف أحد الأطراف هذا الواجب فإنه يكون مسئولاً عن مخالفة العقد وبالتالي يخضع لأمر التنفيذ بأسلوب معين ولا بد من تقديم دليل على حدوث هذه المخالفة ويتم تقدير تعويض ضد الطرف المخالف.

رابعاً: يمكن أن يناقش الأطراف كيفية الأخذ ببعض التدابير حتى بنود الاتفاق من أجل حماية سرية المعلومات ولذلك فإن هذه التدابير مصرح فيها من جانب العديد من القواعد المؤسسية التحكيمية، كذلك فإن القضاء لا يتكاسل من أجل استخدام هذه التدابير من أجل مساعدة التحكيم.

خامساً: يجب أن يراعي الأطراف استخدام تقنية معينة من أجل مساعدة التحكيم تعرف باسم (legend paper) وهي تجعل أوراق التحكيم عند محاولة تصويرها يراعي الأطراف ختم المستندات في التحكيم بخاتم (السرية) حتى يمنع أي تصوير أو توزيع لها في فترة التحقيقات.

سادساً: الأطراف الحريصون على عدم إفشاء المعلومات السرية يجب أن يطلبوا من الخبراء الشهود أو أي طرف من الغير ضرورة أن يوقع اتفاق بالسرية وهذا سوف يعوق الغير من الكشف عن المعلومات في إمكانية منح أطراف الاتفاق تعويض عن أي مخالفة في إفشاء هذه المعلومات السرية إن حدث.

مراجع البحث

- سوليس وبيرو: القانون القضائي رقم ٧ص٨؛ فنان وجينشار: المرافعات المدنية- ط٢٥، ١٩٩٩
- محمد عبد المنعم بدر، عبد المنعم البدر: مبادئ القانون الروماني ص١٣٧؛ وجدى راغب النظرية العامة للعمل القضائي.
- عمر طه بدوى محمد على، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد. دار النهضة العربية مصر ٢٠٠٦.
- عبد الحكيم زيدان، المدخل للدراسة الشريفة الإسلامية، درا عمر بن الخطاب للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٩٦.
- رضوان السيد راشد، الاجبار فى التعاقد (دراسة مقارنة)، رسالة الدكتوراة، القاهرة ١٩٨٩.
- وائل انور بندق، موسوعة التحكيم، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية ٢٠٠٩.
- صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوى، الرقابة القضائية على التحكيم، مجلة القضاة المصرية العدد ٢. ١٩٩٩،

- علاء محى الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الدولية الادارية، الجامعة الجديدة القاهرة ٢٠٠٨.
- عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في المنازعات التجارة الدولية، المجلد الاول، منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٩٨.
- Jean Gaudement, Le droit privé romain, p. 165; Louis Cremieu, procédure civile, p. 174; P. L. De Keller, Des actions chez les Romains, 1870, p. 262; Samir Tanagho, L'obligation Judiciaire, n° 38; Morel, op. cit." N° 311; Edouard Maupoint, Le contra: judiciaire 1913, Paris, p. 1, n° 1.
- DEMOLOMBE, Traité des contrats, t. XXX, n° 382; RAUTER, Cours de procédure civile, n° 59, p.64; HAURIOU. Eléments du contentieux, p. 23 s., p. 24; GARSONNET et CEAZAR-BRU, Précis de procédure, p. 274, n° 310: GLASSON, Précis de procédure, 1er ed, t. 111, n° 580.(«comparaitre, c'est de la par du demandeur offrir le procès et, de la part du défendeur, l'accepter....»).
- Req. 29 avr. 1912, D. 1912.1.305, S. 1913.1.185, note Naquet; Casa 9 Mai 1900 S. 1900. 533, Cité par, HERMANN (Y), le fondement de la condamnation aux dépens en matière civile, thèse Aix 1942, p. 59: Roun 11 mars 1910 D. 1911. 2-140, Req. 29 Avril 1912, S. 1913-1-185 ; Paris, 23 juin 1898 5 1900. 2.41 («il s'est form entre les parties litigants un véritable contrat judiciaire qui lie l'une à l'autre...»); Soc. 29 juin 1983, Bull. Civ. V. n° 363, p. 259.
- H.Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, t. 3, n° 7, p. 8: J. Vincent et S. Guinchard Procédure civile, n° 12, p. 19: Gérard Couchez, Procédure civile, 11 ed., n° 4, p. 2.