

١٩٩٧ / ١٠ - ٩ - ٧
Box blue

١٧ / ٩ / ١٩٩٧

وسائل حسم المنازعات في عقود
ال B.O.T = التحكيم والقانون المصري

عبد الحميد الأحمد

دكتور في الحقوق

محام لدى محكمتي استئناف

باريس وبيروت

رئيس الهيئة العربية للتحكيم

أمين عام مجلس التحكيم الأوروبي العربي

وسائل حسم المنازعات في عقود الـ B.O.T تستدعي أن نعرف عقد الـ B.O.T بأنه عقد بين الدولة أو البلدية من جهة والمستثمر من جهة أخرى والذي يحقق مشروعاً قد يكون غالباً مرفقاً عاماً وقد لا يكون كذلك بالضرورة (إذ قد يكون مشروعاً سياحياً : فندقاً على سبيل المثال) وتمويل المشروع لا يكون من المال العام بل بواسطة المستثمر الذي يعطى مقابل إنجاز وتحقيق المشروع حق استثماره لمدة من الزمن ، تغطي له نفقات تحقيق المشروع و تحقق له أرباحاً . وهي فكرة رائعة لتشجيع استثمارات الدول الصناعية في دول العالم النامي .

هناك إذا امتياز يعطى للمستثمر من مانح الامتياز التي هو الدولة أو البلدية أو المصلحة الحكومية من جهة والمستثمر الذي هو شركة ضخمة لها تاريخ في تنفيذ المشاريع وتقوم باستثماره بنفسها بواسطة فرع من فروعها .

هكذا بنيت كثير من محطات توليد الكهرباء والمرافق حتى المنتجعات السياحية في الدول النامية وهناك نوعين من العلاقة التعاقدية : -

١ - بين مانح الامتياز (الدولة أو البلدية) وبين الحائز على الامتياز والذي سيحقق المشروع و يستثمره لمدة من الزمن .

٢ - ثم هناك العلاقة التعاقدية بين الحائز على الامتياز و مستثمره الذي حقق المشروع وبين المنتفعين بهذا المرفق .

في الإجمال فإن العلاقة التعاقدية بين مانح الامتياز (الدولة أو البلدية) والحائز على الامتياز الذي سينفذ المشروع الذي هو مشروع إنشائي تعميمي ، إن هذه العلاقة التعاقدية التي يربطها عقد الـ FIDIC وتطبق فيها أحكام القانون الخاص و ليس القانون العام وان كان العقد يوصف بأنه عقد إداري والعقود الإدارية هي من اختصاص المحاكم الإدارية في الأنظمة التي تفرق بين القضاء الإداري والقضاء العدلي و هكذا فإن الفقه والاجتهاد ثم لحقهما المشرع في خطوات قلبت كثيراً من القواعد القانونية التي كانت كلاسيكية إذ أجازت إحالة العقود الإدارية إلى التحكيم .

وهكذا فإن العقد المبرم بين مانح الامتياز (أى الدولة أو البلدية) ومنفذ المشروع الذى سيستثمره بدون أن يحمل مانح الامتياز أى أعباء مالية ... هذا العقد الذى هو غالباً عقد الـ FIDIC تحسم منازعاته بواسطة التحكيم .

أما العلاقة التعاقدية بعد انتهاء المشروع بين المستثمر وبين المنفعين أو بين المستثمر وبين مانح امتياز الاستثمار (الدين هم الدولة أو البلدية) هذه العلاقة تحسم حتماً بواسطة القضاء الإداري .

وقد يتطور النزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة التى يستثمر فيها المشروع إذا منحتة دولته حمايتها الدبلوماسية بحيث يحال النزاع أمام محكمة العدل الدولية بين دولة المستثمر الأجنبي والدولة التى يستثمر فيها المشروع .

يبقى أن القضاء الإداري هو استثناء ومحكمة العدل الدولية هى استثناء للاستثناء فى حسم منازعات عقود الـ B.O.T . التحكيم هو الأساس .

و نلاحظ فى عقود الـ FIDIC فى صياغتها الجديدة التى ترعى عقود الـ BOT ملاحظتين :
١- أن المهندس الذى كان فى صيغ الـ FIDIC القديمة يضع التصميم و هو فى نفس الوقت وكيل رب العمل و هو المحكم الذى يفصل خلافات الدرجة الأولى قبل التوجه إلى التحكيم . هذا المهندس الذى كان طرفاً و حكماً أصبح اليوم مهندساً و الحكم حكماً . فالاقتراضات الأولى لرب العمل أو المقاول تحول إلى ثلاث مهندسين يختار أحدهم الطرف المعارض و ثانيهما الطرف المعارض عليه ، و هذان المهندسان يختاران مهندساً ثالثاً . و هؤلاء المهندسون الثلاثة هم الذين يلعبون دور المهندس المحكم فى المادة التحكيم (٦٧) من عقد الـ FIDIC ، و هؤلاء المهندسون الثلاثة لا علاقة لهم بالمهندس الذى وضع التصميم و أشرف على تنفيذ المشروع و كيبلاً عن رب العمل .

٢- لم تُعد المادة (٦٢) تميل حتماً إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بل أصبح بإمكان الأطراف أن يُحيلوا أي خلاف إلى أي مركز تحكيمي آخر ، لأن الغرب لا يقبل الاحتكار عنده بينما يتساهل في الاحتكارات عند سواه و المنافسة هي شرط الازدهار و النجاح و التطور . و كانت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في صيغ الـ FIDIC السابقة تحتكر عقود مقاولات الـ FIDIC ، و الآن فُتح الباب للمنافسة . و في أوروبا مراكز تحكيم كبيرة و كثيرة من مركز تحكيم غرفة تجارة زيورخ إلى محكمة لندن التحكيمية إلى غرفة تحكيم باريس ، إلخ و الكل يتنافسون مع غرفة التجارة الدولية ، و الكل يتسابقون في إعطاء أحسن الخدمات لأن الرقيب عليهم هو المنافسة . إلا في العالم النامي كُتب عليه الاحتكار و فُرضت عليه غرفة التجارة الدولية التي لا نشكك بقدرتها ، و لكن لماذا هذا الفرض و هذا الاحتكار ؟ .

ولنلقى نظرة على قانون التحكيم المصري الذي يكاد يصبح قدوة للعالم العربي لاسيما وأن سلطنة عمان قد تبنته شبه حرفياً في قانون أصدرته في شهر أغسطس الماضي ليكون قانونها للتحكيم .

فما هو وضع العقد الإداري في القانون المصري ؟

ذلك يستعي نظرة لقانون التحكيم المصري بكامله .

نظام التحكيم في جمهورية مصر العربية

الفرع الأول : التطور التاريخي للتشريع التحكيمي وأبرز التيارات الفقهية.

وأخيراً صدر القانون المصري الجديد للتحكيم^(١) ليحل العقدة التي كانت في نظام التحكيم المصري السابق. فألغى المواد ٥٠١ الى ٥١٢ من قانون المرافعات المدنية التي كانت ترمي التحكيم في مصر ووضع مكانها قانوناً مستقلاً للتحكيم.

فقد كانت المادة ٥٠٢ من قانون المرافعات المدنية المصري تنص على انه : «مع مراعاة ما تقضي به القوانين الخاصة، يجب تعيين أشخاص المحكمين في الاتفاق على التحكيم»، الأمر الذي يجعل تحكيم المؤسسات مستبعداً لأن مركز التحكيم هو الذي يسمى المحكم الثالث على الأقل عند وقوع النزاع... فضلاً عن ان شرط التحكيم المتعارف عليه يصبح باطلاً حتى ولو لم يحيل الى نظام مركز تحكيمي. وتعددت الأمور أكثر حين أخذت محاكم مصرية تبطل أحكاماً تحكيمية وشروطاً تحكيمية لأن أسماء المحكمين لم ترد في الشرط التحكيمي. وأدى ذلك الى اضطراب كبير... لا سيما في مجالات التوظيف والاستثمار والتجارة الدولية التي لا تتقدم بدون التحكيم وأصبح القانون المصري السابق مشكلة ليس أمام التحكيم بل أمام التوظيف والاستثمار، وبدأ البحث عن تعديل له ...

في هذه الاثناء تدخل الاجتهاد المصري وأخذت المحاكم المصرية تخفف من وقع المادة ٥٠٢ من قانون المرافعات المدنية الى ان استقر اجتهاد محكمة النقض المصرية^(٢) معتبراً ان تسمية المحكمين في الشرط التحكيمي ليس من النظام العام وان الشرط التحكيمي الذي يحدد مكان التحكيم في الخارج هو صحيح تطبيقاً لمعاهدة نيويورك، وأكثر من ذلك اعتبرت محكمة النقض ان التحكيم الدولي الذي يجري خارج مصر، وان كان فيه طرف مصري لا تطبق عليه المادة ٥٠٢ اصلاً.

(١) القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٤٤ باصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية صدر في ١٨ ابريل ١٩٤٤

ونشر في الجريدة الرسمية عدد ١٦ تاريخ ٢١ ابريل ١٩٤٤.

(٢) الحكم الصادر عن محكمة النقض في ٢٢ ديسمبر ١٩٩١.

وكان المشرع المصري قد بدأ رحلة التعديل سنة ١٩٨٦ بتأليف لجنة لوضع قانون للتحكيم الدولي مستمد من القانون النموذجي للتحكيم الدولي الذي وضعته الانستراال ... ولكن طريق إقرار القانون الجديد بدأ يصطدم بعقبات سياسية. فقد نهض للتصدي لمشروع القانون الجديد تيار اعتبر ان خضوع التحكيم الدولية أي النزاعات مع الأجنب لقانون غير القانون العادي يعني عودة الى نظام المحاكم المختلطة الذي كان مطبقاً في مصر أيام كان الجيش الانكليزي في مصر. وكانت وقتها المحاكم المختلطة المؤلفة من مصريين وأجنب هي المختصة بأي دعوى يكون فيها أحد الأطراف أجنبياً غير مصري ... وبدأ الموضوع يأخذ طابعاً سياسياً ووطنياً ... فكان الحل باعتماد قانوناً للتحكيم مستمداً من القانون النموذجي للتحكيم الدولي الذي وضعته الانستراال على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي معاً لا يفرق بين الاثنين ... مع كل ما يشكله ذلك من أعباء على التحكيم لأن للتجارة الداخلية قواعدها وتقاليدها المختلفة عن التجارة الدولية وقانون التحكيم الذي يصح للتجارة الداخلية لا يصح حتماً للتجارة الدولية ... ولكن الذي حصل هو اختيار أهون الشرين.

الواقع هو ان الاستثمار والتوظيف كانا يدقان الباب وينتظران. وكانت مصر قد أصدرت تشريعات حديثة تتعلق بالاستثمار الاجنبي الذي كان ينتظر صدور قانون التحكيم الجديد الذي يحيل أي نزاع يتعلق بالاستثمارات على التحكيم.

يبقى ان القانون الجديد من خلال مذكرته التفسيرية ومن خلال مناقشته في البرلمان (مجلس الشعب) ومن خلال آراء الفقه المصري فيه يشكل خطوة أساسية الى الأمام على صعيد تسهيل سير التحكيم في مصر. على سبيل المثال فان قانون التحكيم المصري الجديد اعتمد مبدأ سلطان الارادة (كما سنراه فيما بعد) فيما يتعلق بالحرية التي يجب ان ترعى التحكيم.

شرح الدكتور محسن شفيق، رئيس اللجنة التي وضعت مشروع القانون أمام مجلس الشعب، فلسفة قانون التحكيم المصري وعلاقته بالقانون النموذجي للانستراال^(١) وأكد انه اذا كان القانون النموذجي الذي وضعته الانستراال هو مشروع قانون لا ينبغي اعتماده الزاماً بحرفيته الا انه ينبغي من جهة أخرى ألا يبتعد عنه المشرع الا في حالات قليلة جداً بحيث يتمكن المستثمرون الأجنب من ان يفهموا بأن القانون المطبق هو قانون الانستراال الذي يعرفونه تمام المعرفة.

قانون التحكيم الجديد مستوحى من القانون النموذجي الذي وضعته الانستراال^(٢). وهذه خطوة جديدة في تاريخ التشريع المصري ولا سيما على صعيد التحكيم.

(١) الجريدة الرسمية، تقرير عن الدورة ٥٨ حول قانون التحكيم الجديد، ص. ١٥.

(٢) يتضمن القانون النموذجي للتحكيم ٢٦ مادة بينما يتضمن القانون المصري الجديد ٥٨ مادة أي بزيادة ٢٢ والأمر عائد الى تجزئة بعض مواد قانون الانستراال.

فقد تعايش في التاريخ الفكر القانوني في مصر مع الشرع الاسلامي ومع التشريعات الأوروبية، وذلك منذ القرن التاسع عشر. لكنه عاش في ظل الفقه الاسلامي المقنن في مجلة الأحكام العدلية^(١)، التي كانت ترعى، في جملة ما ترعاه، أحكام وقواعد التحكيم.

لكن الشريعة الاسلامية تعايشت فيما بعد، مع القوانين الأوروبية التي كانت تطبقها المحاكم القنصلية، ثم المحاكم المختلطة في مصر، لا سيما حين وضعت مصر سنة ١٨٧٥ عدة قوانين جديدة، تشكل نقلاً واقتباساً مبدئياً للقوانين الفرنسية (وهي القانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري وقانون المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية).

وكان التحكيم في مصر خاضعاً، الى جانب قانون المرافعات المتأثر بالقانون الفرنسي، لمعاهدة نيويورك ومعاهدة تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى CIRD.

ان نظام التحكيم المصري قد تأثر بدرجات مختلفة، بثلاثة تيارات تمثلها : الشريعة الاسلامية، القانون الفرنسي السابق ونظام التحكيم الاشتراكي.

الا ان أحكام قانون التحكيم المصري الجديد لا تسري الأعلى التحكيم الذي يجري في مصر أو التحكيم الذي يجري خارج مصر ويطبق قانون التحكيم المصري. من هنا فان القانون الجديد لا يطبق على الاحكام التحكيمية الصادرة خارج مصر اذا لم تطبق قانون التحكيم المصري.

فاذا جاء الى مصر من الخارج حكم تحكيمي دولي لم يطبق قانون التحكيم المصري وجرى التحكيم خارج مصر، فان القانون الذي يطبق لتنفيذه ليس قانون التحكيم المصري الجديد بل قانون المرافعات المدنية^(٢) الذي لم يبلغ قانون التحكيم الجديد نصوصه فيما يتعلق بالاحكام التحكيمية الأجنبية وكذلك معاهدة نيويورك لتنفيذ الاحكام التحكيمية الأجنبية التي انضمت اليها مصر.

ان قانون التحكيم المصري الجديد يطبق على كل تحكيم تجاري وقد أعطى هذا القانون تفسيراً واسعاً لمفهوم التجارة (المادة ٢ من القانون). وان هذا الأمر من الأهمية بمكان في بلد يفرق تشريعه كفرنسا ما بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية.

كما توسع القانون المصري الجديد في مفهوم «التجارة» كذلك فعل بالنسبة للتحكيم الدولي. فخصص المادة الثالثة لتعريف التحكيم الدولي واختلف عن القانون النموذجي في انه اعتمد مقياساً للتفريق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي «المركز الرئيسي لأعمال كل من الطرفين ...» بينما القانون النموذجي اعتمد «مقر عمل طرفي الاتفاق» !!

(١) في أوائل ولاية محمد علي باشا، أصدر الخليفة العثماني فرماناً بتخصيص الافتاء والقضاء بالمذهب الحنفي.

(٢) المواد ٢٩٦ الى ٣٠١ مرافعات مدنية.

والجديد في القانون المصري هو الفقرة الثانية من المادة الثالثة التي تعتبر ان مجرد الاتفاق على اللجوء الى مركز تحكيم دائم يعطي التحكيم صفة دولية، وهذا غريب فعلاً !

وبالإجمال يعتمد القانون الجديد المقياس الجغرافي لدولية التحكيم ... والمقياس الجغرافي يعتمد تعدد جنسيات الأطراف، وتعدد الأماكن ... مكان التوقيع ومكان التنفيذ ومكان التحكيم، ومحل اقامة أطراف النزاع، ولا يترك جانباً المعيار الاقتصادي الذي يضع مصالح التجارة الدولية في الميزان، يشير الى هذا المعيار بقوله : « يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون اذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية ... »^(١) . ثم يذهب بعد ذلك الى المقياس الجغرافي أي الى ارتباط التحكيم بأكثر من دولة واحدة ...

ولكن التفريق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي تترتب عنه نتائج هامة في عدة نقاط :

أ - فإذا كان التحكيم داخلياً فإنه يجيز لرقابته ان تتصدى لأساس النزاع في بلدان كثيرة، بينما اذا كان الحكم التحكيمي دولياً فان القاضي لا يجيز لرقابته التصدي لأساس النزاع ولا تجيز له ذلك الاتفاقيات التحكيمية الدولية وأحياناً لا يجيز له ذلك المشرع.

ب - ان التحكيم الدولي بطبيعته أوسع نطاقاً من التحكيم الداخلي في أنظمة القانون المدني ذات الأصل الروماني التي لا تقبل في التحكيم الداخلي النزاعات المدنية والعمالية، بينما هذه النزاعات في التحكيم الدولي مقبولة. هذا التفريق ليس وارداً في الأنظمة القانونية الانكلوسكسونية، كذلك فان أمر أهلية الدولة ومصالحها الحكومية يختلف حسب ما اذا كان التحكيم داخلياً أم دولياً، فالدولة ومصالحها الحكومية يمكن ان تلجأ للتحكيم الدولي بينما لا يمكنها اللجوء الى التحكيم الداخلي.

ج - ان القاضي يطبق على التحكيم الداخلي قواعد نظام التحكيم التي وضعها المشرع للتحكيم ويبطل الحكم التحكيمي اذا خالفها، ولا يعتبر أمام حكم تحكيمي دولي أو أجنبي ان نظام تحكيم بلاده هو الذي يجب ان يطبق على التحكيم، بل كل ما يطبقه عليه هو النظام العام.

د - حتى النظام العام الذي يقف عند حده سلطان الارادة والذي يعرض للإبطال ما أراده الأطراف، هذا النظام العام أيضاً يختلف حسب ما اذا كان التحكيم دولياً أو داخلياً، فهو نظام عام داخلي في التحكيم الداخلي ونظام عام دولي في التحكيم الدولي.

(١) المادة ٣ من قانون التحكيم المصري الجديد.

- وعندما صدر قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، نص في مادته الاولى على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص » أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ...» وكان المأمول من هذه العبارة الأخيرة أن تشكل سنداً لا يختلف عليه حول سريان أحكام هذا القانون على منازعات العقود الإدارية، بحيث يكون جائزاً قانوناً الاتفاق على حسم هذه المنازعات بطريق التحكيم، خاصة وأن الأعمال التحضيرية لذلك القانون تكشف عن هذا المعنى وتشهد عليه.

بيد أن الخلاف في هذا الشأن ظل قائماً، وما انفك كذلك بعد العمل بالقانون المشار إليه، حيث ارتأى إفتاء حديث أن هذا القانون لا يتيح الاتفاق على التحكيم في العقود الادارية ، بينما صدر قضاء عن محكمة إستئناف بغير ذلك وعلى خلافه.

ورغبة في حسم هذا الخلاف بنص فاصل لا تتوزع الأجزاء معه وتلتقي عنده وتستقر كل الاجتهادات، وبالنظر الى أن العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي قد اتسعت وتشعبت مع مراحل النمو والإصلاح التي تخطوها البلاد، وتتعاظم مسيرتها حيناً بعد حين، وتشارك الدول وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة في قيام تلك العلاقات بالقدر اللازم لتشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية وتحقيق أهدافها، بما في ذلك إبرام عقود إدارية وثيقة الصلة بالمرافق العامة مع أطراف محلية وأجنبية.

وإذا كان الإلتجاء الى التحكيم اتفاقاً، لتسوية منازعات هذه العقود. مما يندب إليه فيها ، وتستمسك به تلك الأطراف في حالات عديدة ، كسبباً لمزايا هذا الاسلوب في التسوية وخاصة لحل قضايا ومنازعات التجارة والاستثمار على الصعيدين الوطني والدولي.

لهذا رؤي إدخال تعديل بالاضافة على المادة (١) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ سالف الذكر يقرر صراحة جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الادارية، ويحدد السلطة الإدارية التي يرخص لها بإجازة مثل هذا الاتفاق واعتماده، ضبطاً لاستعمالها وضمناً لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبار الصالح العام، وبحيث يكون الرد في هذا الشأن للوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته في الأشخاص الاعتبارية العامة، وبحيث لا يجوز لأي منها التفويض في هذا الخصوص.

كذلك جاء في تقرير لجنة الشؤون الدستورية عن مشروع قانون التعديل ما يلي (١):

أحال المجلس بجلسته المعقودة في في ٢١ من أبريل سنة ١٩٩٧ إلى اللجنة، مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر

(١) ملحق مضبطة مجلس الشعب - الجلسة الستين في ٢٣/٤/١٩٩٧.

« قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه، وقد أصدرناه :

(المادة الاولى)

تضاف الى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر
بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية ، نصها الآتي :

« وبالنسبة إلى منازعات العقود الادارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة
الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا
يجوز التفويض في ذلك ».

(المادة الثانية)

- ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره.

- يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.

صادر برئاسة الجمهورية في ٦ المحرم سنة ١٤١٨ هـ.

(الموافق ١٣ مايو سنة ١٩٩٧ م.) «

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا التعديل ما يلي^(١):

« كانت المواد من ٥.١ الى ٥١٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر
بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، قبل إلغائها بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، تنظم أحكام
وإجراءات الفصل في المنازعات المدنية والتجارية عن طريق التحكيم، وفي ظل
العمل بتلك المواد اختلف الرأي في القضاء والافتاء حول مدى جواز التحكيم في
منازعات العقود الادارية، حيث صدرت أحكام من القضاء الإداري بعضها يقر صحة
الاتفاق على التحكيم في تلك المنازعات، بينما رفضت أحكام أخرى مثل هذا الاتفاق،
وعلى صعيد الإفتاء أقرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس
الدولة في أكثر من رأي لها جواز الاتفاق على اللجوء الى التحكيم في العقود
الادارية.

(١) ملحق مضيفة مجلس الشعب - الجلسة الستين في ٢٣/٤/١٩٩٧.

بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، كما أحال الأستاذ الدكتور رئيس المجلس اقتراحاً بمشروع قانون مقدماً من السيد العضو الدكتور إدوار غالي الذهبي بتفسير المادة (١) من ذات القانون للإرتباط وفقاً لنص المادة ١٦٤ من اللائحة الداخلية للمجلس.

فعمدت اللجنة اجتماعاً لنظرهما في ذات التاريخ حضره السيد المستشار فاروق سيف النصر وزير العدل.

نظرت اللجنة بمشروع القانون ومذكرته الإيضاحية والاقتراح بمشروع القانون ومذكرته الإيضاحية، واستعادت نظر أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فتبين لها أن المادة (١) من القانون سالف الذكر تنص على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص » أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ».

واستبان للجنة إنه في الفترة السابقة على صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه كانت مسألة جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية محل خلاف في الرأي وصدرت في خصوصها أحكام قضائية، وفتاوى تباينت الآراء فيها، حيث أجازت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة التحكيم في العقود الإدارية، بينما لم تجز المحكمة الإدارية العليا التحكيم في هذه العقود، خلافاً في هذا الشأن متعاصر ومتداخل ففتوى الجمعية العمومية صادرتان في مايو ١٩٨٩ وفتاوى ١٩٩٣ وحكما المحكمة الإدارية العليا صادران في فبراير ومارس ١٩٩٠، واستظهرت اللجنة أن الجمعية العمومية أجازت التحكيم في منازعات العقود الإدارية استناداً إلى الإختصاص الإفتائي لمجلس الدولة يشمل عقود التحكيم طبقاً للمادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، بينما استندت المحكمة الإدارية العليا في منعها التحكيم في العقود الإدارية إلى أن الإختصاص القضائي لمجلس الدولة المبين بالمادة (١٠) من قانون المجلس يقصر الفصل في منازعات العقود الإدارية على محاكم مجلس الدولة دون غيرها.

ثم صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ سالف الذكر، وكان المأمول من عبارة (أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع) الواردة في المادة (١) من القانون المذكور أن تشكل سنداً لا يختلف عليه حول سريان أحكام هذا القانون على منازعات العقود الإدارية بحيث يكون جائزاً قانوناً بالاتفاق على حسم هذه المنازعات بطريقة التحكيم.

واستظهرت اللجنة أنه في ظل العمل بأحكام القانون المذكور صدر إفتاء من اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٩٦/٩/١ بعدم جواز اتفاق الأشخاص العامة على فض منازعات العقود الإدارية المبرمة بينهما بطريق

٥ - المواد القابلة للتحكيم.

القانون الجديد يوسع في نطاق المنازعات التي يمكن ان تكون موضوعاً للتحكيم. فأي منازعة قانونية، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع^(١)، يمكن ان تكون موضوعاً لاتفاق تحكيمي، سواء أكانت المنازعة عقدية أم كانت غير عقدية، عامة أو خاصة، مدنية أو تجارية، حتى ولو تعلقت بالمسؤولية التقصيرية فانها يمكن ان تكون موضوعاً لاتفاق تحكيمي. ويذهب القانون الجديد الى تعريف واسع جداً لمعنى «التحكيم التجاري» ويعطي المفهوم التجاري معنى اقتصادي الا اذا كان الأمر يتعلق بمخالفة للنظام العام. وهناك حكم من محكمة النقض المصرية يعطي صورة على عدم مشروعية موضوع اتفاق التحكيم، فقد قام بعض الأفراد بسرقة بعض المواشي وقام نزاع حول تحديد المسؤول عن السرقة، وذهب المتنازعون الى أحق عقلاء القرية واختاروه محكماً، فطلب من الطرفين ان يوقع كل منهما سند بقيمة ألف جنيه يبقى عنده لحين ينتهي التحكيم. ووصلت القضية الى محكمة النقض التي قضت بأن محل الاتفاق باطل لتعلقه بتحديد المسؤولية الجنائية وهو أمر لا يمكن ان يكون موضوعاً للتحكيم.

والمبدأ الذي تبناه القانون الجديد هو انه ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم^(٢). ورغم اتجاه المشرع الى التعميم فما زالت هناك صعوبات قائمة لا يستهان بها، ذلك انه لا تلازم بين القابلية للصلح وجواز التحكيم.

وهناك من جهة أخرى منازعات يجوز فيها الصلح ولكن قابليتها للتحكيم ما زالت موضع شك كبير حتى في ظل القانون الجديد. وأوضح مثال على ذلك منازعات العقود الادارية وهي منازعات لا يجوز فيها الصلح ولكن هل تقبل هذه العقود التحكيم.

بعد صدور قانون التحكيم المصري سنة ١٩٩٤، هبت زوبعة في الاجتهاد حول قابلية العقود الادارية للتحكيم واضطر المشرع الى التدخل حسماً للجدل.

هكذا اصدر مجلس الشعب المصري تعديلاً على قانون التحكيم في ١٢ (ايار) مايو ١٩٩٧ هذا نصه^(٣):

(١) المادة ١.

(٢) المادة ١١.

(٣) القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، نشر في الجريدة الرسمية العدد - ٢٠ - في ١٥ مايو ١٩٩٧.

ولكن الغريب ان القانون المصري بعد ان فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي واعتمد مقاييساً للتفريق لم يرتب على هذا التفريق أي نتيجة من النتائج التي ترتبها قوانين التحكيم التي تفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. النتيجة الوحيدة المترتبة على هذا التفريق هي في تحديد المحكمة القضائية ذات الاختصاص لتعيين المحكمين اذا تخلف طرف عن تعيين محكمه والمحكمة الناظرة في ابطال الحكم التحكيمي وتلك المختصة باعطاء صيغة التنفيذ، الخ ...

هذه المحكمة هي في التحكيم الداخلي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وفي التحكيم الدولي محكمة استئناف القاهرة .

الفرع الثاني : العقد التحكيمي .

١ - شرط التحكيم السابق للنزاع والاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع.

القانون المصري كان متأثراً بالقانون الفرنسي السابق للتحكيم الذي كان سافر العدا للتحكيم ولم يكن يعترف بالشرط التحكيمي. ولكن القانون المصري السابق اعترف بالشرط التحكيمي ولكنه وضع قيوداً عليه منها ان يتضمن اسماء المحكمين.

وجاء القانون الجديد فاعترف بالشرط التحكيمي السابق للنزاع والاتفاق اللاحق للنزاع ولم يقيد الشرط التحكيمي بأي قيد^(١).

٢ - موضوع النزاع.

تحديد موضوع النزاع كان عقدة في قوانين التحكيم العربية سواء تلك المتأثرة بالشرع الاسلامي أو تلك المتأثرة بالقوانين الفرنسية ومنها القانون المصري الذي كان متأثراً بالاتجاهين. وكان الاتجاه السابق في التشريع التحكيمي في البلاد العربية يفرض تحديد موضوع النزاع في الاتفاق التحكيمي تحت طائلة البطلان، مما يجعل الشرط التحكيمي الذي لا يمكنه ان يحدد موضوع النزاع (الذي لم يقع بعد)، خارج الموضوع وذلك لان اتجاهاً في الشرع الاسلامي يعتبر العقد التحكيمي الذي يخلو من تحديد موضوع التحكيم نوع من عقود الغرر. وللتغلب على هذه العقدة فقد صارت القوانين العربية تنص على وجوب تضمين اتفاق التحكيم تحديداً لموضوع النزاع، وتضيف، من أجل انقاذ الشرط التحكيمي: «أو تحديد الموضوع عند عرض النزاع على التحكيم أو في بيان الدعوى أو عند المرافعة».

وقد تميز القانون المصري الجديد بأنه حلل الشرط التحكيمي ولكنه قيده بما تعودت القوانين التحكيمية العربية ان تقيده به أي بلزوم ما لا يلزم قيده بأن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى^(١).

٢ - اثبات عقد التحكيم.

كان القانون السابق ينص على ان عقد التحكيم لا يثبت الا بالكتابة ولكن الاجتهاد ذهب الى انه لا يجوز اثبات عقد التحكيم لا بالاقرار ولا بالشهود فأصبحت الكتابة عملياً شرطاً لصحة العقد ولم تعد شرطاً لاثباته. وقد جاء القانون الجديد بنص صريح يتبنى هذا الاجتهاد اذ نص على انه «يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً»^(٢). فيكون المشرع المصري قد تبنى الاجتهاد واعتبر الكتابة شرطاً لصحة عقد التحكيم. ولكنه اذا تبنى هذه القاعدة فانه جعلها مرنة اذ أضاف «ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً اذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو اذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة» وهو يشير بذلك الى الفاكس والتلكس أو البريد العادي. وهكذا فلا يشترط ان يوقع كل الأطراف على نفس الورقة أو ان يوقعوها بنفس الوقت.

٤ - الاحالة.

تعتبر اتفاقاً على التحكيم كل احالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرطاً للتحكيم اذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد^(٣).

وهنا يتبنى المشرع المصري اجتهاد محكمة النقض المصرية الذي أخذ باحالة سند الشحن الى عقد ايجار السفينة - المتضمن شرطاً تحكيمياً - واعتبر شرط التحكيم صحيحاً وسارياً على سند الشحن. ولكن من الأکید ان الاحالة يجب ان تكون واضحة وصريحة وليس فيها أي التباس ولا أي غموض. وقد أكد المشرع المصري موقفه هذا مرتين: مرة في المادة ١٠ (٣) ومرة في المادة ٦ التي تنص على انه «اذا اتفق طرفا التحكيم على اخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم».

(١) المادة ١٠ (٢).

(٢) المادة ١٢.

(٣) المادة ١٠ (٣).

التحكيم واختصاص الجمعية العمومية بذلك استناداً إلى أن القانون المذكور قانون عام ينظم التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، ومن ثم فهو لا يسري على ما ورد بقانون مجلس الدولة من نصوص خاصة تنظم فض المنازعات القائمة بين الهيئات العامة.

ثم أحالت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع مسألة مدى جواز ادراج شرط التحكيم الإختياري في العقود الإدارية طبقاً لنص المادة (٦٦/د) من قانون مجلس الدولة التي تقضي باختصاص الجمعية العمومية بنظر المسائل التي ترى فيها احدي لجان قسم الفتوى رأياً يخالف فتوى من الجمعية العمومية، بالنظر إلى أن اللجنة الثانية لقسم الفتوى كانت قد اتجهت إلى ترجيح ما أقرته المحكمة الإدارية بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية على خلاف افتاء الجمعية العمومية المشار إليه.

ثم تصدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع للتساؤل المشار إليه في فتاها الصادرة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦ حيث رأت أن الوصول لكلمة سواء في أمر العقود الإدارية والتحكيم توجب النظر إلى هذا الأمر لا من منظور الاختصاص الإفتائي أو القضائي لمجلس الدولة ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإداري ومدى تلاؤمها مع نظام التحكيم أو تنافرها معه، وما هي الشروط والأوضاع التي يمكن بها إقامة هذا التلاؤم ، وما هي شرائط الأهلية وأوضاع الولاية التي تمكن من إقامة هذا التلاؤم أو لا تمكن منه. وأوضحت الجمعية العمومية في فتواها المشار إليها ان القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في أياً من مراحل إعداده وحتى صدر لم يشمل قط على حكماً صريح بخضوع العقود الإدارية بهذا القانون، وان شمول هذا التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها إنما يتعلق أيضاً بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه في شأن غيره أو مال غيره، والأصل عند عدم النص عدم صحة ما يجريه الشخص في شأن غيره وماله وأنه إذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتمال أهليته فإنه في منازعات العقود الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة في اجرائه، ولا تكتمل الولاية هنا إلا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن بها في أية حالة مخصوصة، ذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الإباحة لأي هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام.

كما تبين للجنة ان حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر من الدائرة ٦٢ تجاري بجلستها المنعقدة في ١٩/٣/١٩٩٧ يجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

ورغبة في حسم هذا الخلاف بنص فاصل لا تتوزع الآراء معه وتلتقي عنده وتستقر كل الاجتهادات ، جاء تعديل المادة (١) المشار إليها حيث أكد النص على جواز الاتفاق

على التحكيم في منازعات العقود الادارية، وأضاف النص الوارد في مشروع القانون موافقة الوزير المختص للاتفاق على التحكيم في هذه المنازعات أو من يتولّى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التي لا تتبع وزيراً كالجهاز المركزي للمحاسبات ، وإحكاماً لضوابط الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية حظر مشروع القانون التفويض في ذلك الاختصاص فلا يباشره إلا من أوكل له القانون هذه المهمة، إعلاءً لشأنها وتقديراً لخطورتها ولاعتبارات الصالح العام وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته وقد استظهرت اللجنة أن نظام التحكيم بوجه عام يقوم على مبدأ حرية الإرادة وأنه لا ينال من سيادة الدولة، فليجوز الدولة إلى التحكيم في عقودها الإدارية إنما يتم بمحض إرادتها وبموافقتها طبقاً لما تراه محققاً للمصلحة العامة وبايكال مهمة الفصل في المنازعات المذكورة لهيئة التحكيم يتفق عليها مع المتعاقد معها.

وقد رأَت اللجنة رفض الاقتراح بمشروع القانون المقدم من السيد العضو الدكتور إدوار غالي الذهبي لتفسير المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ سالف الذكر لأنه لن يؤدي إلى حسم الخلاف القائم على الساحة القانونية بل أنه قد يؤدي إلى خلافات في المستقبل بخصوص تحديد نطاق هذا التفسير التشريعي، وما إذا كان قد جاوز اطاره من التفسير إلى التشريع، وخاصة وان مشروع القانون يحدد السلطة المختصة في الموافقة على التحكيم في العقود الإدارية ويحقق الهدف المنشود متلافياً ما قد يثور من مشاكل قانونية في المستقبل وواضعاً ضوابط تحقق المصلحة العامة.

واللجنة إذ تقدم تقريرها إلى المجلس الموقر ، توجو الموافقة عليه بالصيغة المرفقة.

ومن جهة أخرى فقد أراد المشرع المصري الا تفهم عبارة العقود التجارية الواردة في المادة ٢ على ضوء القانون التجاري المصري الذي يضيّق حيز الأعمال التجارية. لهذا ضرب أمثلة كما فعل القانون النموذجي الذي وضعته الانستراال.

٦ - الاهلية لتوقيع عقد التحكيم.

لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملك حق التصرف في حقوقه^(١). واذا صدر قرار تحكيمي على أساس عقد تحكيمي، أبرمه قاصر لا يملك حق التصرف، جاز لهذا القاصر أو من يمثله قانوناً التمسك بالبطلان، ولكن لا يجوز لخصوم القاصر التمسك بالبطلان، ولا يجوز للقاضي الحكم بالبطلان

من تلقاء نفسه^(١) لأن هذا الشرط هو لمصلحة القاصر وهو يتعلق ببطلان نسبي.

أ - بالنسبة للشخص الاعتباري العام.

مشكلة قدرة الأشخاص الاعتبارية العامة على إبرام اتفاق التحكيم مشكلة مثارة في كثير من الأنظمة القانونية. وقد أثارت هذه المسألة نقاشاً طويلاً أثناء التصويت على قانون التحكيم الجديد خلال جلسات مجلس الشعب. وكانت وزارة العدل واضحة في مذكرتها الايضاحية التي صاحبت أول مشروع عرض على اللجنة التشريعية لمجلس الشعب في ان الشخص الاعتباري العام يستطيع ان يكون طرفاً في اتفاق تحكيم. والواقع ان ذلك الاتجاه جاء حلاً لمشكلة دارت بين أروقة مجلس الدولة نفسه. كما ذكرنا سابقاً، فالمحكمة الادارية العليا كانت قد قضت بأنه لا يجوز للأشخاص الاعتبارية العامة ان تكون طرفاً في اتفاق تحكيم وكان ذلك في إحدى القضايا الحديثة المشهورة وهي قضية نفق الشهيد أحمد حمدي. بينما قررت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في فتويين مختلفتين، إحداهما حديثة في التسعينيات، انه يجوز للأشخاص الاعتبارية العامة ان تكون طرفاً في اتفاق تحكيم.

وقد جاء قانون التحكيم الجديد معطياً الأشخاص الاعتبارية العامة وبصراحة تامة أحقية ان يكونوا طرفاً في اتفاق تحكيم. وقد كان هناك تخوف من ان تواجه هذه النقطة بالذات اعتراضات شديدة في مجلس الشعب، لكن الاعتراضات كانت أخف شدة مما كان متوقعاً.

هذا لا يمنع من استمرار تيار يرى من الناحية السياسية ان السماح للأشخاص الاعتبارية العامة بالدخول في اتفاقات التحكيم سيعرض الأموال العامة والثروة القومية للضياع على حجة من ان الأجانب يمكن لهم من خلال التحكيم الحصول على مزايا لن يستطيعوا الحصول عليها اذا ذهبوا الى القضاء العادي. وما تجدر الاشارة اليه هو ان الدولة، أية دولة حتى لو كانت دولة ضعيفة، تعتبر قوية في مواجهة أي متعاقد معها لأنها هي التي تحدد بنود العقود ودفتر الشروط. وفي عقود المقاولات يخضع المقاولون والموردون لهذه الشروط. كل ما هنالك انه يجب مراعاة كتابة العقود بدقة وبصورة جيدة وبطريقة تحمي الدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة. حينئذ، اذا تضمنت هذه العقود شرط تحكيم، فلن يؤثر ذلك على حقوق الدولة ولن يكون فيه اعتداء

(١) مجلة النقض المصرية ١٩٤٨/١١/١٨.

مجلة المحاماة المصرية سنة ١٩٤٨ صفحة ١٢٩.

على سيادتها^(١).

ب - بالنسبة للأشخاص الخاصة :

لا بد من توافر الأهلية للأشخاص الخاصة، اعتبارية كانت أم طبيعية، وفقاً للقانون المصري إذا كان أطراف اتفاق التحكيم مصريين، أيا كانت ديانتهم، لأن قواعد الأهلية تنطبق على جميع المصريين. أما بالنسبة للأجانب فتخضع أهليتهم لقانونهم الشخصي، سواء كان قانون الجنسية في الدول التي تتبع التقاليد الفرنسية في التشريع أو قانون الموطن بالمعنى الانجليزي في البلاد الأنجلوسكسونية. والشخص المعنوي يشترط في مديره ان يكون حائزاً على سلطة ابرام عقد تحكيم بشكل صحيح ولا تخوله سلطته العادية ابرام عقد تحكيم لأن المشرع المصري يعتبر التحكيم طريقاً استثنائياً لحسم المنازعات.

٧ - استقلالية الشرط التحكيمي.

الفريق الذي يثير موضوع بطلان العقد، هل يثير في الوقت نفسه بطلان الشرط التحكيمي الذي يحتويه ؟ وبتعبير آخر، هل يؤدي بطلان العقد الى بطلان أحكامه جميعاً بما فيها الشرط التحكيمي الذي يشكل جزءاً منه ؟

كذلك اذا دفع المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية لعدم شمول التحكيم لموضوع النزاع ... فهل من اختصاص المحكمين البحث في اختصاصهم ؟

القانون المصري السابق لم يكن واضحاً بالنسبة لاستقلال الشرط التحكيمي وكان الاجتهاد في تفسيره يميل الى رفض استقلال الشرط التحكيمي.

أما القانون الجديد فقد تبني استقلال الشرط التحكيمي^(٢) اذ نص على اختصاص محكمة التحكيم للفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، وبالتالي فان هذا الدفع لا يؤدي الى وقف التحكيم رغم خطورته.

(١) الدكتور برهام عطا الله : القواعد الخاصة باتفاق التحكيم في القانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية : محاضرة أقيمت في مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي - ١٢ سبتمبر ١٩٩٤.

(٢) المادة ٢٢ (١)

والفكرة التي ارتكزت اليها استقلالية الشرط التحكيمي هي ان هذا الاتفاق يشكل عقداً ضمن العقد، الأمر الذي يعني، بتعبير آخر، ان الشرط التحكيمي يشكل عقداً معادلاً للعقد الأساسي وبالتالي فان قاضي الأساس هو قاضي الفرع. وهكذا نص المشرع المصري على ان الشرط التحكيمي يعتبر اتفاقاً مستقلاً^(١).

ومن أجل تيسير سير التحكيم وعدم مقاطعة الطرف الذي يعتبر ان العقد باطل وبالتالي ان المحكمة التحكيمية غير مختصة أو ان الاتفاق التحكيمي لا يشمل موضوع النزاع، فان القانون الجديد نص على ان^(٢) مجرد قيام أحد الطرفين بتعيين محكم أو بالاشتراك في تعيينه لا يسقط حقه في توجيه هذا الدفع.

ولكن الدفع بعدم اختصاص المحكمين، يجب توجيهه في ميعاد لا يتجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه^(٣) وهو موعد يتفق عليه الطرفين أو تحدده المحكمة التحكيمية. أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل اثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً والا سقط الحق فيه. ولكن القانون الجديد ترك الباب مفتوحاً للمحكمة التي لها ان تقبل الدفع المتأخر اذا رأت ان التأخير كان لسبب مقبول^(٤).

وحسناً فعل القانون الجديد بتركه الباب مفتوحاً، لأن الدفع بعدم الاختصاص هو في جميع الأحوال دفع جوهري وقد يتعلق بالنظام العام اذا كان النزاع غير قابل للتحكيم أصلاً. اذ في مثل هذه الأحوال لن يسقط الدفع بانقضاء المهلة اذا كان متعلقاً بالنظام العام بل سيتأخر الفصل فيه الى المرحلة اللاحقة لصدور الحكم التحكيمي وهي مرحلة الطعن ببطلان هذا الحكم أو الاعتراض على تنفيذه، بينما يستحسن ان يفحص المحكمون هذا الدفع قبل صدور الحكم التحكيمي تلافياً لصدور حكم تحكيمي يولد ميئاً.

فاذا أثار الطرف المدعى عليه الدفع بعدم اختصاص المحكمين خلال المهلة فان المحكمين يملكون الخيار بين الفصل في هذا الدفع على الفور أو ضم هذا الدفع الى موضوع النزاع ليفصلوا فيهما معاً^(٥). أما اذا فصلت المحكمة التحكيمية بالدفع واعتبرت نفسها مختصة، فان الطرف المدعى عليه الذي أثار هذا الدفع لا يملك مراجعة المحكمة القضائية طالما ان التحكيم لم ينته، بل يجب ان يصدر الحكم التحكيمي النهائي الذي ينهي الخصومة كلها ويبيت في موضوع النزاع، لمراجعة المحكمة القضائية بموضوع الاختصاص.

(١) المادة ٢٢.

(٢) المادة ٢٢ (٢).

(٣) المشار اليه في المادة ٣٠.

(٤) المادة ٢٢ (٢).

(٥) المادة ٢٢ (٢).

وحرص المشرع المصري هنا على ان لا يعرقل الطرف سيء النية سير التحكيم، هذا الحرص مفهوم ولكن اقفال باب المحاكم القضائية أمام الطرف الذي يثير هذا الدفع فيه بعض التجاوز، فطالما ان مراجعة المحاكم القضائية لن توقف سير التحكيم ولن تؤخر سير التحكيم، فهي ليست أداة للمماطلة.

وهنا خالف القانون المصري قانون الانستفال النموذجي الذي أجاز لأي من الطرفين مراجعة القضاء في بحر ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه القرار التمهيدي الذي تعتبر فيه المحكمة التحكيمية نفسها مختصة، ولكن هذه المراجعة لا توقف سير التحكيم^(١) في القانون النموذجي. وقد خالف القانون المصري القانون النموذجي بأن أقفال باب القضاء أمام أي مراجعة ضد القرار التمهيدي الذي يبت بالاختصاص.

ولكن القانون المصري ذهب أبعد من القانون النموذجي للانستفال^(٢) في التوضيح اذ نص على ان المحكمين مختصين بالنظر في اختصاصهم «بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيمي أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع»^(٣) بينما نص القانون النموذجي على ان المحكمين مختصين للبت «في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته»^(٤).

والملاحظ ان القانون الفرنسي قد وضع استثناء لقاعدة استقلال الشرط التحكيمي وهي الحالة التي يكون فيها الشرط التحكيمي باطلاً بطلاناً واضحاً ولا يكون النزاع قد عرض على التحكيم بعد^(٥). في هذه الحالة فان مراجعة القضاء ممكنة ولكن القانون المصري المأخوذ عن القانون النموذجي للانستفال لم يتبن هذا التحفظ. ولا من جهة أخرى ذهب في حماية الشرط التحكيمي ولا سيما في التحكيم الدولي الى الحد الذي ذهب اليه القانون الفرنسي للتحكيم الدولي. ففي القانون الفرنسي للتحكيم الدولي الشرط التحكيمي له استقلالية كائناً ما كان القانون المطبق. أي ان الشرط التحكيمي أصبح منيعاً ضد أي طعن بصحته سواء جاء ذلك من القانون الفرنسي أم من أي قانون آخر يمكن ان يطبق على تحكيم دولي.

(١) المادة ١٦ (٣) من قانون الانستفال النموذجي.

(٢) المادة ١٦ (٢) من القانون النموذجي.

(٣) المادة ٢٢ (١).

(٤) المادة ١٦ (١).

(٥) المادة ١٤٥٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد.

والقانون المصري الجديد أجاز تطبيق أي قانون يتفق عليه الطرفان سواء بالنسبة للإجراءات التحكيمية أم بالنسبة لأساس النزاع. فاذا طبق قانون لا يقر استقلال الشرط التحكيمي في تحكيم دولي يجري في مصر، فإن هذا الشرط لا يعود محصناً كما حصنه القانون الفرنسي.

وبالتالي وبالنسبة للتحكيم الدولي الذي يجري في مصر، فإن القانون المصري لا يكون قد حصن إستقلالية الشرط التحكيمي بالنسبة لأي قانون آخر.

٨ - آثار العقد التحكيمي.

آثار العقد التحكيمي هي ان الجهة التي كانت مختصة أصلاً بنظر النزاع لا تعود مختصة بذلك. فالعقد التحكيمي يفضي الى تنازل من الأطراف عن اللجوء الى المحاكم القضائية المختصة أصلاً. والسؤال الذي يطرح هو هل ان اتفاقية التحكيم من النظام العام بحيث يجب ان تثيرها المحكمة عفواً أم انها دفع يجب ان يدلي به أحد الطرفين لنزع اختصاص المحاكم ؟ فاذا لم يدل بهذا الدفع اعتبر اتفاق التحكيم ساقطاً !

وفي حال اعتبرت آثار اتفاق التحكيم مرتبطة بالدفع الذي يدلي به أحد الطرفين أمام المحكمة القضائية التي يلجأ اليها الطرف الثاني برغم اتفاق التحكيم ... فهل هناك مهلة للدلاء بهذا الدفع ؟

اختلفت الإجابات في تشريعات العالم حول هذه الاسئلة !

كان اجتهاد محكمة النقض المصرية المستقر^(١) يعتبر ان الأمر يتعلق بدفع عدم الاختصاص يجب اثارته قبل أية مناقشة في الأساس، مستنداً في ذلك الى المادة ٨١٨ من قانون المرافعات (المادة ٥.١، الفقرة الاولى من القانون السابق) التي تجيز اللجوء الى التحكيم.

(١) نقض ٢٤ مايو ١٩٦٦، السنة ١٧، ص ١٢٢٤. ونقض ١٥/٢/١٩٧٢، السنة ٢٢، ص ١٦٨. ونقض ١/٨/١٩٧٦، السنة ٢٧، ص

بالنسبة لمحكمة النقض ان الطبيعة التعاقدية للتحكيم، تنزع التحكيم من ميدان النظام العام، وبالتالي لا تستطيع المحاكم اثاره موضوع وجود اتفاقية تحكيمية عفواً.

ان هذا الدفع يجب ان يثار قبل أية مناقشة في الأساس والا اعتبر ان الأطراف قد تنازلوا ضمناً عن إثارته^(١).

وجاء القانون المصري الجديد مكملاً لهذا الاجتهاد متوافقاً معه. فقد اعتمد القانون الجديد ثلاث قواعد :

أ - ان اتفاق التحكيم يفضي لأن تصبح المحكمة القضائية منزوعة الاختصاص. وقد استعمل المشرع المصري عبارة : « يجب على المحكمة ... ان تحكم بعدم قبول الدعوى ... »^(٢). وقد أثارت هذه العبارة جدلاً اذ ان المقصود هو ان تعلن عدم اختصاصها ويبدو ان المشرع المصري استعمل هذه العبارة لأن محكمة النقض المصرية سبق ان حسمت هذا الموضوع وقضت بأن هذا الوضع ينطبق عليه وصف « عدم قبول » الدعوى.

ب - يجب ان يدلي المدعى عليه بهذا الدفع قبل ابدائه أي طلب او دفاع في الدعوى.

ج - لا يحول رفع الدعوى أمام القضاء دون البدء في اجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو اصدار حكم تحكيمي.

وكان البرلمان المصري (مجلس الشعب) عند اقرار القانون قد صوت على حذف فقرة من المادة ١٢ من قانون التحكيم كان قد سبق له التصويت عليها. وكانت هذه الفقرة تنص على « ان المحكمة الوطنية يمكن ان تنظر في دعوى بطلان أو فسخ أو انتهاء شرط التحكيم »^(٣) وبعد الغاء هذا النص كرس النص الذي يقول بأن رفع الدعوى أمام القضاء لا يحول دون البدء في اجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو اصدار حكم تحكيمي. مما يؤكد ان نية المشرع الصريحة هي فصل سير التحكيم عن أي مراجعة قضائية مهما كان موضوعها قطعاً بدابر أي مراجعات قضائية تهدف أو تؤدي الى شل التحكيم. وهكذا فان تقديم دعوى قضائية ببطلان اتفاق التحكيم أو فسخه لا يعلق سير التحكيم، مع حفظ أثر المراجعة القضائية على الحكم التحكيمي في النهاية.

(١) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، ص ٢٥، ونقض مصري ١٩٧٣/٢/٢٤، ٢٤ - ٢٣١.

(٢) المادة ١٢ (١).

(٣) مضبطة الجلسة الحادية والستين - ٧ مارس ١٩٩٤ - لجلسة مجلس الشعب - الجريدة الرسمية - مصر.

الفرع الثالث : المحكمون .

١ - عدد المحكمين.

ألزم القانون الجديد بأن يكون عدد المحكمين وترأ إذا تعددوا وذلك تحت طائلة البطلان وترك الحرية للأطراف ان يتفقوا على عدد المحكمين فان لم يتفقوا كان العدد ثلاثة^(١). وقد أثير في البرلمان المصري (مجلس الشعب) عند اقرار القانون موضوع عدم السماح بأن ينفرد محكم واحد بالتحكيم بل يكون هناك ثلاثة محكمين على الأقل في كل الأحوال. ولم يتبن البرلمان هذا الاقتراح. وشرح الدكتور محسن شفيق ، رئيس اللجنة التي وضعت مشروع القانون، شرح سبب ضرورة ترك الحرية للأطراف بقوله^(٢) ان هنالك تحكيمات لا تحتمل بسبب صغرها إلا محكم واحد وهذا ما يجنب الأطراف المصاريف التي يتطلبها التحكيم عند تعيين ثلاثة محكمين.

٢ - تسمية المحكمين.

كانت مشكلة القانون المصري السابق هي المادة ٥٠١ (٢) التي تنص على تعيين المحكمين في الشرط التحكيمي كما سبق وذكرنا. وقد جاء القانون الجديد بحل جذري لهذه المشكلة فاعتمد حرية الارادة ونص على ان « لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم^(٣) ولم يتدخل القانون في حرية الارادة الا اذا عجزت عن تسمية المحكمين فنص على انه اذا لم يتفق الطرفان تعتمد الطول الآتية :

أ - اذا كانت المحكمة التحكيمية مشكلة من محكم واحد تولت اختياره المحكمة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع اذا كان التحكيم داخلياً، ومحكمة استئناف القاهرة اذا كان التحكيم دولياً، سواء جرى في مصر أم في الخارج، وهذه من المرات القلائل التي يفرق فيها القانون بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي^(٤).

(١) المادة ١٥ (٢).

(٢) مضيفة الجلسة الحادية والستين لمجلس الشعب تاريخ ٧ مارس ١٩٩٤، ص ٢٢٩.

(٣) المادة ١٧ (١).

(٤) المادة ١٧ (١) - (أ).

ب - اذا كانت المحكمة التحكيمية مؤلفة من ثلاث محكمين يختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فاذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث وكذلك اذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، في الحاليتين تعين المحكمة التي كانت مختصة أصلاً بنظر النزاع، اذا كان التحكيم داخلياً، واذا كان دولياً فمحكمة استئناف القاهرة تعين المحكم الثالث أو محكم الطرف المتخلف عن تسمية محكمه.

ج - يكون المحكم الذي اختاره المحكمان أو الذي تختاره المحكمة القضائية في حال لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث، يكون رئيس المحكمة التحكيمية وفي حال تشكيل محكمة من أكثر من ثلاثة محكمين تسري هذه القاعدة أيضاً^(١).

د - اذا خالف أحد الطرفين اجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها كما اذا اتفقا على ان يعين كل طرف محكمه من لائحة محكمين أو اذا لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه، كاختيار المحكم الثالث، أو اذا تخلف الغير عن اداء ما عهد به اليه، أو لو عهد الى رئيس غرفة تجارة بلد ما بتعيين المحكم الثالث وتخلف عن القيام بذلك، اذ ذاك تتولى المحكمة التي كانت مختصة أصلاً بنظر النزاع في التحكيم الداخلي ومحكمة استئناف القاهرة في التحكيم الدولي، تتولى تعيين المحكم أو الاجراء التي اتفق عليه الطرفان كما لو اتفقا على ان يتم اختيار المحكم من لائحة محكمين معتمدة من مركز تحكيمي فتقوم المحكمة القضائية بهذا العمل مكان الطرف المخل ما لم يكن هنالك اتفاق مخالف على كيفية التعيين من قبل الأطراف^(٢). وبالطبع تراعي المحكمة القضائية في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها القانون واتفاق الطرفين^(٣).

والملاحظ ان القانون الجديد كرس التحكيم المؤسسي institutional الذي يعين فيه المحكم الثالث أو المحكم المنفرد من قبل مركز التحكيم حين أجاز للطرفين الاتفاق على احالة اختيار المحكم لمركز تحكيمي في مصر أو خارجها^(٤).

(١) المادة ١٧ - ١ - (ب).

(٢) المادة ١٧ (٢).

(٣) المادة ٥.

(٤) المادة ٥.

٣ - أهلية المحكم.

أخذ القانون الجديد عن القانون القديم النص على انه لا يصح ان يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو بسبب افلاسه ما لم يرد اليه اعتباره، وأضاف أيضاً « بسبب جنحة مخلة بالشرف »^(١).

ولكن القانون الجديد جاء بجديد، اذ نص على ما لم ينص عليه القانون النموذجي على انه لا يشترط ان يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة الا اذا اتفق طرفا التحكيم على ذلك^(٢) فيكون بإمكان المرأة ان تكون محكماً، كما صار بإمكان الطرفين الاتفاق على ان يبيت بخلافهما محكم غير مصري في تحكيم داخلي مصري باعتبار ان القانون يطبق على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

٤ - رد المحكم.

تبني القانون الجديد القاعدة التي وردت في القانون النموذجي^(٣) وبموجبها لا يجوز رد المحكم الا اذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حياده أو استقلاله، ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه الا لسبب تبينه بعد ان تم هذا التعيين^(٤). كذلك ألزم القانون المصري المحكم بأن يكون قبوله القيام بمهمته كتابةً وألزمه كذلك ان « يوضح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها اثارة شكوك حول استقلاله وحياده »^(٥) وبذلك يكون قد حدد قواعد مسؤولية المحكم وألزمه بموجب تعاقدي هو تحقيق غاية والغاية هذه هي اصدار حكم تحكيمي ضمن المهلة التعاقدية أو القانونية وحمله مسؤولية تصريحه عن ظروف حياده واستقلاله بحيث يصبح الحساب عسيراً اذا كان الواقع مخالفاً للتصريح الذي يلزم المحكم باعطائه كتابةً.

ورغم ان القانون لا ينص على ذلك فالمفهوم انه لا يجوز رد المحكم الذي يفصح عن هذه الظروف إلا خلال المدة القانونية المقررة للرد والتي تبدأ من تاريخ علم طالب الرد بتلك الظروف التي أفصح عنها المحكم^(٦).

(١) المادة ٥٠٣ من القانون القديم - المادة ١٦ (١) من القانون الجديد.

(٢) المادة ١٦ (٢).

(٣) المادة ١٢ (٢) من القانون النموذجي.

(٤) المادة ١٨ من القانون الجديد.

(٥) المادة ١٦ (٣).

(٦) المادة ١٩ (٣).

ويقدم طلب الرد الى المحكمة التحكيمية ذاتها خلال خمسة عشر يوماً من العلم بالظروف المبررة للرد^(١). وتفصل محكمة التحكيم في طلب الرد، فان رفضته جاز الطعن في حكمها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان طالب الرد بقرار المحكمة التحكيمية، وذلك أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع اذا كان التحكيم داخلياً، وأمام محكمة استئناف القاهرة اذا كان التحكيم تجارياً دولياً. ويكون حكم المحكمة القضائية غير قابل للطعن بأي طريق^(٢). ولا يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن في حكم محكمة التحكيم برفضه، لا يترتب على ذلك وقف اجراءات التحكيم. ولكن الحكم برد المحكم، سواء من محكمة التحكيم أو من المحكمة القضائية، يؤدي الى اعتبار ما يكون قد تم من اجراءات التحكيم كأنه لم يكن بما في ذلك حكم المحكمين^(٣).

وقد وقف الفقه المصري من هذا الموضوع موقفاً متحفظاً مبنياً على اعتبارين^(٤) : الأول هو انه من الافضل ان يقدم طلب الرد الى المحكمة رأساً بدلاً من البدء بتقديمه الى هيئة التحكيم. ذلك ان المحكمين قد يتخرجون من رد زميلهم المطلوب رده بينما لا يقوم مثل هذا الحرج أمام المحكمة. ثم ان الطرف الذي يفقد الثقة بأحد المحكمين الى حد طلب رده لن يقف عند قرار هيئة التحكيم اذا رفضت الرد بل سيطعن حتماً في هذا القرار أمام المحكمة ومن ثم يكون تقديم طلب الرد الى المحكمة المختصة رأساً محققاً لاقتصاد في الوقت والجهد.

والثاني هو انه اذا كان من المرغوب فيه احباط محاولات وقف التحكيم عن طريق طلب رد محكم أو أكثر فان تحقيق تلك الغاية لا يكون باستمرار التحكيم رغم طلب الرد كما يقضي بذلك القانون.

والأولى في رأي الفقه هو ان يؤدي طلب الرد الى وقف سير التحكيم مع الزام المحكمة بسرعة الفصل في طلب الرد. ولا ضرر من ذلك ما دام حكم المحكمة بالرد أو برفض طلب الرد غير قابل للطعن بأي طريق. ومن هنا أيضاً نرى ان حرص القانون على تأمين استمرار التحكيم قد أدى به الى تجاوز الحد اللازم لضمان ذلك الاستمرار والى قيام تحكيم يمضي في طريقه رغم عدم اطمئنان أحد الطرفين الى قاضيه ورغم ان الحكم المطلوب رده يكون عادة موغر الصدر وبعيداً عن الموضوعية. يسأل الفقه :
ثم لماذا يستمر التحكيم رغم طلب الرد بينما تتوقف الدعوى أمام القضاء الى حين الفصل في طلب الرد ؟

(١) المادة ١٩ (٣).

(٢) المادة ١٩ (٤).

(٣) المادة ١٩ (٤).

(٤) الدكتور أكثم الخولي، وكيل كلية الحقوق في جامعة القاهرة سابقاً - محاضرة ألقيت في مؤتمر القاهرة الذي عقد في

١٢ و ١٤ سبتمبر ١٩٩٤ حول قانون التحكيم المصري الجديد والذي نظمه مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي.

كذلك احتياط القانون لخطر آخر يهدد سير التحكيم وهو ان يتعذر على المحكم اداء مهمته أو الا يباشر تلك المهمة أو ينقطع عن اداؤها بما يؤدي الى تأخير لا مبرر له في اجراءات التحكيم. فنص^(١) على انه اذا لم يتنح المحكم في هذه الحالات ولم يتفق الطرفان على عزله فانه يجوز للمحكمة المختصة ان تأمر بانهاء مهمته أي ان تعزله بناء على طلب أي من الطرفين. ولا شك ان على المحكمة ان تمارس حقها في هذا الشأن بحرص ودقة والا تقدم على عزل المحكم في هذه الأحوال الا اذا ثبت لديها عجزه أو تراخيه على نحو قاطع لا يقبل الشك. وقياسا على حالة طلب الرد يجب في رأينا القول بأن تقديم طلب عزل المحكم الى المحكمة لا يترتب عليه وقف سير التحكيم وبأنه اذا صدر حكم التحكيم قبل الفصل في دعوى عزل المحكم فان تلك الدعوى تسقط لأنها تصبح غير ذات موضوع اذ يقضي صدور الحكم على أساس تلك الدعوى تماماً.

الفرع الرابع : الدعوى .

١ - اجراءات التحكيم .

تبني القانون الجديد قاعدة القانون النموذجي بأن يكون قانون اجراءات التحكيم هو قانون سلطان الارادة، فاعطى طرفي التحكيم الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها المحكمة التحكيمية، فيكون من حقهما اخضاع هذه الاجراءات لنظام أي مركز تحكيمي في مصر أو خارجها، أو وضع اجراءات خاصة بها.

فقانون سلطان الارادة هو المطبق على اجراءات التحكيم^(٢). ولكن في حال لم يوجد اتفاق، ينتقل هذا الحق الى المحكمة التحكيمية التي لها سلطة اختيار الاجراءات التي تراها مناسبة مع مراعاة قانون التحكيم المصري ولا سيما قواعده الآمرة بالنسبة لمساواة الطرفين وحق الدفاع^(٣).

(١) المادة ٢٠.

(٢) المادة ٢٥.

(٣) المادة ٢٦.

كذلك احتياط القانون لخطر آخر يهدد سير التحكيم وهو ان يتعذر على المحكم اداء مهمته أو الا يباشر تلك المهمة أو ينقطع عن ادائها بما يؤدي الى تأخير لا مبرر له في اجراءات التحكيم. فنص^(١) على انه اذا لم يتنح المحكم في هذه الحالات ولم يتفق الطرفان على عزله فانه يجوز للمحكمة المختصة ان تأمر بانهاء مهمته أي ان تعزله بناء على طلب أي من الطرفين. ولا شك ان على المحكمة ان تمارس حقها في هذا الشأن بحرص ودقة والا تقدم على عزل المحكم في هذه الأحوال الا اذا ثبت لديها عجزه أو تراخيه على نحو قاطع لا يقبل الشك. وقياسا على حالة طلب الرد يجب في رأينا القول بأن تقديم طلب عزل المحكم الى المحكمة لا يترتب عليه وقف سير التحكيم وبأنه اذا صدر حكم التحكيم قبل الفصل في دعوى عزل المحكم فان تلك الدعوى تسقط لأنها تصبح غير ذات موضوع اذ يقضي صدور الحكم على أساس تلك الدعوى تماماً.

الفرع الرابع : الدعوى .

١ - اجراءات التحكيم .

تبني القانون الجديد قاعدة القانون النموذجي بأن يكون قانون اجراءات التحكيم هو قانون سلطان الارادة، فاعطى طرفي التحكيم الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها المحكمة التحكيمية، فيكون من حقهما اخضاع هذه الاجراءات لنظام أي مركز تحكيمي في مصر أو خارجها، أو وضع اجراءات خاصة بها.

فقانون سلطان الارادة هو المطبق على اجراءات التحكيم^(٢). ولكن في حال لم يوجد اتفاق، ينتقل هذا الحق الى المحكمة التحكيمية التي لها سلطة اختيار الاجراءات التي تراها مناسبة مع مراعاة قانون التحكيم المصري ولا سيما قواعده الأمرة بالنسبة لمساواة الطرفين وحق الدفاع^(٣).

(١) المادة ٢٠.

(٢) المادة ٢٥.

(٣) المادة ٢٦.

٢ - لغة التحكيم.

لغة التحكيم يختارها سلطان الارادة والا فمحكمة التحكيم . والقانون الجديد جاء الى هذا الموضوع بطريقة ديبلوماسية اذ نص على ان لغة التحكيم هي العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد محكمة التحكيم لغة أو لغات أخرى^(١). وهذه القاعدة مأخوذة من القانون النموذجي.

وللمحكمة التحكيمية ان تقرر ان يرفق بكل أو بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى ترجمة الى اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم. وفي حال تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها^(٢). وهذه القاعدة مأخوذة من القانون النموذجي . والقاعدة تهدف الى اختيار لغة أو لغات للتحكيم تكون سهلة على أطراف النزاع فلا تعود عقبة أمام التحكيم أو مميزة لطرف عن آخر. ولكن ذلك يجب ان لا يؤدي الى أعباء مالية يمكن للتحكيم ان يخفف منها.

٤ - سقوط الحق في التمسك بمخالفة اتفاق التحكيم أو أحكام القانون غير الملزمة.

وضماماً لاستمرارية التحكيم وتحسين حكم المحكمين، نص القانون^(٣) على انه اذا استمر أحد طرفي النزاع في اجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته، ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه، أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض. وهذه القاعدة مأخوذة من القانون النموذجي^(٤).

ويعتبر الفقه^(٥) ان المشرع في هذه القاعدة يتوسع في افتراض التنازل عن حق ثابت لأحد الطرفين خلافاً لحكم القواعد العامة. ثم ان المخالفات تتفاوت في جسامتها ولا يسوغ في الخطير منها افتراض التنازل أصلاً. فهل يجوز مثلاً القول بوجود تنازل عن التمسك بمخالفة شرط التحكيم اذا عين المحكم الثالث بإرادة محكم واحد لا باتفاق المحكمين المعيّنين من الأطراف عليه، طبعاً لما يقضي به شرط التحكيم ؟ ثم ألا تقوم صعوبة كبيرة حول تحديد الوقت المعقول الذي يؤدي فواته الى اعتبار أحد الطرفين متنازلاً عن المخالفة ومتجاوزاً عنها ؟

(١) المادة ٢٩ (١).

(٢) المادة ٢٩ (٢).

(٣) المادة ٨.

(٤) المادة ٤ من القانون النموذجي.

(٥) الدكتور أكثم الخولي - المرجع المشار اليه سابقاً.

والتشريعات التحكيمية في العالم أخذت في موضوع مهلة التحكيم موقفين مختلفين:

أ - الأول، وهو الذي أخذ به المشرع المصري، يجعل باب تمديد مهلة التحكيم بيد المحاكم القضائية الى جانب سلطان الارادة، وهو اتجاه يذهب حتى الى اعطاء المحكم أحياناً هذه السلطة، ويفضي الى ان يصبح الخصوم في أسر التحكيم، لا يستطيعون الخروج منه الا بقرار «اخلاء سبيل» من المحكمة القضائية، أو من المحكم بعدم تمديد المهل. وما لم يتخذ هذا القرار، يبقى التحكيم معرضاً لاعادة احيائه باستمرار، بقرار بتمديد المهلة.

ب - والثاني هو الذي لم يأخذ به المشرع المصري، والذي يجعل باب تمديد مهلة التحكيم بيد سلطان الارادة وحدها دون سواها، فاذا انقضت مهلة التحكيم تلاشى التحكيم، ولم يعد بإمكان أي مرجع احيائه - لا المحكم ولا المحكمة القضائية - سوى توافق الطرفين على ذلك. فلا يعود الطرف الراغب في الخروج من التحكيم، لانتهاء المهلة التعاقدية أو القانونية، بحاجة لتحريك ساكن اذا لم يتوصل الى اتفاق مع خصمه. وبماكانه اذا كان مدعياً ان يراجع القضاء، لأن محاكم الدولة تعود ذات اختصاص للنظر بالنزاع بعد ان تلاشى مفعول العقد التحكيمي الذي كان يجردها من الاختصاص.

١. - تدخل المحاكم القضائية.

القانون الجديد متفق مع نص القانون السابق لهذه الناحية. فالفقه يعتبر ان المحكم لا يملك توقيع غرامة على الشاهد^(١). لهذا نص القانون السابق على انه «يجب ان يرجع (المحكم) الى رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع» للحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع منهم عن الاجابة للأمر بالانابات القضائية^(٢). وقد تبني القانون الجديد نص القانون السابق حرفياً^(٣).

(١) السنهوري - الوجيز - رقم ٧٢١.

(٢) المادة ٥٠٦ من قانون المرافعات التي ألغيت بالقانون الجديد.

(٣) المادة ٢٧ من القانون الجديد.

١١ - وقف الدعوى.

إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية المحكمة التحكيمية أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر، يجوز لمحكمة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزوير الورقة أو الفعل الجنائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، والآ أو قفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن. ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم^(١).

١٢ - انقطاع سير التحكيم.

ينقطع سير الخصومة أمام المحكمة التحكيمية إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهي على سبيل الحصر :

- أ - وفاة أحد الخصوم.
- ب - فقدان الأهلية.
- ج - زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائين.

وتترتب على هذا الانقطاع انقطاع كافة المهل وبطلان كافة إجراءات المرافعات التي تجري خلال فترة الانقطاع^(٢).

١٣ - انتهاء التحكيم .

تنتهي إجراءات التحكيم^(٣) بصدور الحكم النهائي للخصومة كلها أو بصدور أمر بانتهاء إجراءات التحكيم أما عن المحكمين أو عن المحكمة القضائية، إذا لم يصدر الحكم في المهلة القانونية أو التعاقدية ولم يمدد المهلة لا المحكمون الذين يملكون التمديد لستة أشهر ولا قررت التمديد المحكمة القضائية المختصة أصلاً للنظر بالنزاع^(٤).

(١) المادة ٤٦ .

(٢) المادة ١٢٢ من قانون المرافعات.

(٣) المادة ٤٨ من قانون التحكيم المصري الجديد.

(٤) وفقاً للمادة ٤٥ .

كذلك تنتهي اجراءات التحكيم :

- أ - اذا اتفق الطرفان على انهاء التحكيم.
- ب - اذا ترك المدعى خصومة التحكيم ما لم تقرر محكمة التحكيم، بناء على طلب المدعى عليه، ان له مصلحة جدية في استمرار الاجراءات حتى يحسم النزاع.
- ج - اذا رأَت محكمة التحكيم، لأي سبب آخر، عدم جدوى استمرار اجراءات التحكيم أو استحالتة.

الفرع الخامس : الحكم .

١ - التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون.

يفرق المشرع المصري بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح. ففي التحكيم بالقانون، تطبق المحكمة التحكيمية على موضوع النزاع «القواعد»^(١) التي يتفق عليها الطرفان. وقد أثارت كلمة «القواعد» جدلاً في البرلمان المصري عند اقرار القانون. فقد طرح رأي يقول ان تستعمل كلمة «القواعد القانونية» وليس «القواعد» ولكن الرأي الآخر هو الذي رجح والذي يقول «المفروض ان تكون مطلقة، فهذا أفضل لأنها قد تكون قانونية أو عرفية»^(٢).

مما يؤكد ان نية المشرع المصري تفسير كلمة «القواعد» انها النصوص القانونية لقانون ما وطريقة تفسير المحاكم لها بالاجتهاد المستقر الى جانب الأعراف التجارية أيضاً. وفي هذا النص يتفق القانون المصري مع القانون النموذجي^(٣)، ولكنه لا يتبنى من جهة ثانية ما ذهب اليه القانون النموذجي. فالقانون النموذجي يقول : «اذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على المحكمة التحكيمية ان تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى المحكمة التحكيمية انها واجبة التطبيق»^(٤) القانون المصري لم يأخذ بهذا النص ولا بهذه القاعدة الإحتياطية بل

(١) المادة ٢٩ (١)
(٢) مضبطة الجلسة الثامنة والخمسين لمجلس الشعب المعقود يوم الأحد ٦ مارس ١٩٩٤ - الجريدة الرسمية - ص ٢٥٥.
(٣) المادة ٢٨ (١) من القانون النموذجي.
(٤) المادة ٢٨ (٢) من القانون المصري الجديد.

تمسك بقاعدة اختيار القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع^(١).

وألزم القانون الجديد المحكمة التحكيمية بأن تراعي عند الفصل في موضوع النزاع ليس القانون وحده بل أيضاً الأعراف الجارية في نوع المعاملة^(٢).

هذا في التحكيم بالقانون، وهو القاعدة. أما التحكيم بالصلح، وهو الاستثناء، فيشترط « أن يتفق الطرفان عليه صراحة »، وإذ ذلك تطبق المحكمة التحكيمية قواعد العدالة والانصاف ولا تتقيد بأحكام القانون^(٣).

٢ - قاعدة الأكثرية.

يصدر حكم المحكمة التحكيمية المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء^(٤). فيكون المشرع المصري قد اعتمد قاعدة الأكثرية في التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح. إلا أنه ترك للطرفين الحرية في أن يختارا غير ذلك واتفق بذلك مع القانون النموذجي^(٥). ولكن المشرع المصري أضاف إلى قاعدة الأغلبية أنها تأتي « بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده المحكمة التحكيمية ».

ويتحفظ الفقه من هذا الموقف من القانون المصري الجديد^(٦)، فيبدي ملاحظتين :

أولاً : لما كانت الأحكام لا تصدر إلا بعد مداولة صحيحة فإن إشارة القانون إلى « مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم » لا تبدو واضحة المعنى. ولعل المقصود بها هو أن يوضح الحكم في صلبه كيف تمت المداولة وأنها تمت بحضور جميع المحكمين في جلسة أو أكثر. وكذلك لا يتضح لنا تماماً المقصود من إشارة القانون إلى اتفاق طرفي التحكيم على غير ذلك. فهل المقصود هو اتفاق الطرفين على أن الأحكام لا تصدر إلا بإجماع المحكمين ولا تكفي أغلبيتهم ؟ وهل هذا الغرض واقعي ؟

(١) المادة ٢٩ من القانون المصري الجديد.

(٢) المادة ٢٩ (٣) من القانون المصري الجديد.

(٣) المادة ٢٩ (٤) من القانون النموذجي.

(٤) المادة ٤٠ من القانون المصري.

(٥) المادة ٢٩ من القانون النموذجي.

(٦) الدكتور أكثم الخولي - المرجع السابق.

ثانياً : قد تتشعب آراء المحكمين الثلاثة الى ثلاثة آراء مختلفة، فلا يتصور ان تكون هناك أغلبية أصلاً. ويرى الفقه انه كان يجب ان يضاف نص يجيز في هذه الحالة ان يصدر الحكم برأي رئيس المحكمة التحكيمية وحده حيث ان التمسك بالنص يجعل من المستحيل صدور حكم التحكيم في هذه الحالة.

٣ - شكل ومحتويات الحكم التحكيمي.

يجب ان يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ويجب أيضاً ايراد منطوق الحكم وتاريخ ومكان اصداره وأسبابه ... ويضيف المشرع « اذا كان ذكرها واجباً »^(١).

ويصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل محكمة التحكيم من أكثر من محكم واحد، يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط ان تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية^(٢).

ويجب ان يكون حكم التحكيم مسبباً الا اذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم^(٣).

وثمة ملاحظات على هذه الأحكام :

١ - يوجب القانون ان تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية. ورأينا ان هذا النص يسمح للمحكم صاحب الرأي المخالف باثبات رأيه في الحكم ذاته كما يسمح له من باب أولى بالحاق رأيه المخالف بذات الحكم بحيث يعتبر جزءاً منه، وذلك كله خلافاً لما جرى عليه العمل في ظل تقنين المرافعات قبل صدور القانون الجديد وهو عدم السماح بذكر تفاصيل رأي الأقلية المخالف باعتبار ان ذلك يعد افشاء سرية المداولة. مع ان السماح لأقلية المحكمين بايضاح أسباب مخالفتهم لرأي الأغلبية هو أمر يثري التحكيم ويؤدي الى نضوج الاجتهادات القانونية بشأن المسألة الواحدة فضلاً عن ان له فائدته الكبيرة في مجال الطعن ببطلان حكم التحكيم حيث تكون وجهات النظر المختلفة معروضة بوضوح أمام قاضي البطلان، الأمر الذي يحقق مصلحة العدالة.

(١) المادة ٤٣ (٣) من القانون المصري.

(٢) المادة ٤٣ (١).

(٣) المادة ٤٣ (٢).

٢ - يجيز القانون ان يخلو حكم التحكيم من التسبب اذا اتفق الطرفان على ذلك أو اذا كان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم.

وهذين الاستثنائين محل نظر :

أما ارادة الطرفين، فالأصل انه لا يعتد بها في مقام كيفية صدور الاحكام وشروط صحتها. وقد يقال ان اتفاق الطرفين على عدم تسبب حكم التحكيم هو أدلى أثرا من اتفاقهما على تفويض المحكمين بالصلح، وهو جائز بالنص الصريح في القانون. ولكن هذا القول مردود لأنه ما دام الطرفان لا يفوضان المحكمين بالصلح ويطلبان منهم حكماً يصدر طبقاً لأحكام القانون، فان بيان الأسباب القانونية للحكم يفترض ان يكون واجباً ولا يملك طرفا النزاع اسقاطه. ثم كيف تمارس المحكمة، في مقام دعوى بطلان حكم التحكيم رقابتها على حكم غير مسبب ؟ والا يكون اتفاق الطرفين على امفاء المحكمين من التسبب صورة ملتوية من التنازل المسبق عن حق.

٣ - الاستثناء الثاني من وجوب التسبب، وهو الخاص بصدور الحكم في دولة لا يوجب قانونها الاجرائي تسبب الحكم، فهو أيضاً موضع تساؤل : فالفرض ان الطرفين قد اتفقا على التحكيم في الخارج مع اخضاعه لأحكام القانون المصري طبقاً لنص المادة ١ من القانون المصري الجديد. وهنا يقوم التساؤل عن جدوى اتفاقهما على اخضاع التحكيم لقانون التحكيم المصري، وهو أساساً قانون اجرائي، اذا رجح جانب الأخذ بحكم القانون الاجرائي الأجنبي الذي لا يوجب تسبب الحكم ؟ الا يعتبر الاتفاق على اخضاع التحكيم الذي يجري في الخارج لأحكام قانون التحكيم المصري اتفاقاً على وجوب تسبب الحكم ؟ يبدو ان واضعي القانون الجديد قد استهدفوا بذلك الاستثناء الثاني من وجوب التسبب الحفاظ على سلامة الحكم غير المسبب الذي يصدر صحيحاً طبقاً لقانون مكان التحكيم. وهذا هدف طيب ولكنه لا يتحقق الا بتغليب حكم القانون الأجنبي على حكم القانون المصري رغم اتفاق الطرفين على اخضاع تحكيمهما الذي يجري في الخارج لقانون التحكيم المصري.

٤ - يوجب القانون ان يشتمل حكم التحكيم على صورة من اتفاق التحكيم. واذا اعتبرنا اشتمال الحكم على صورة من اتفاق التحكيم بياناً جوهرياً يترتب البطلان على تخلفه - وهو ما جرى عليه العمل قبل صدور القانون الجديد - نفسح مجال ابطال حكم التحكيم لسبب شكلي محض لا صلة له بالموضوع ورغم ثبوت وجود وصحة اتفاق التحكيم الذي قد يكون تحت نظر المحكمة كمحرر مستقل ولكنه غير مثبت في صلب الحكم خلافاً لما يوجبها القانون. وهذا خطر على الحكم التحكيمي يجب ان يتنبه له المحكمون عند اصدار حكمهم التحكيمي.

٤ - ايداع الحكم.

يجب على من يصدر حكم التحكيم لصالحه ايداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها، أو ترجمة باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة اذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك في قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع اذا كان تحكيمياً داخلياً وفي قلم محكمة استئناف القاهرة اذا كان التحكيم تجارياً دولياً^(١).

وفضلاً عن ان الأيداع يعطي الحكم تاريخاً صحيحاً الا انه أيضاً يرفع مادياً يد المحكمين عن الحكم. والملاحظ ان القانون الجديد لم يحدد مهلة لايداع الحكم بينما كان القانون السابق يقضي بأن يتم الايداع خلال خمسة عشر يوماً.

٥ - قوة القضية المقضية.

الفقه المصري يعتبر الحكم التحكيمي متمتعاً بقوة القضية المقضية من تاريخ كتابته وتوقيعه^(٢). وكذلك اعتبر الاجتهاد في مصر ان الحكم التحكيمي يأخذ قوة القضية المقضية من تاريخ صدوره^(٣). وبالتالي فان تاريخ الصدور هو المعول عليه وليس تاريخ الايداع. وينص القانون على ان الحكم التحكيمي الصادر طبقاً لهذا القانون يحوز حجية الأمر المقضي ويكون واجب النفاذ^(٤).

٦ - تصحيح الحكم، تفسيره والاحكام الاضافية^(٥).

يجوز لكل من طرفي التحكيم ان يطلب من محكمة التحكيم، خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع في منطوقه من غموض. ويجب على طالب التفسير اعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لمحكمة التحكيم.

(١) المادة ٤٧.

(٢) أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، الطبعة الثانية، الصفحة ٩٣، الرقم ٢٨٠.

والدكتور رمزي سيف، قواعد تنفيذ الاحكام والسندات الرسمية والمرافعات، الفقرة ٥٨٢.

Ibrahim N. SAAD La sentence arbitrale, Essai d'une définition en droit Français et en droit Egyptien, p. 169 et s.

(٣) محكمة النقض المصرية، ١٩٥٧/٢/١٤.

(٤) المادة ٥٥.

(٥) المادة ٤٩.

ويصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لمحكمة التحكيم. ويجوز لهذه المحكمة التحكيمية تمديد هذه المهلة ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك. أما بعد ذلك فيعود للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع اعطاء التفسير.

كذلك تقوم المحكمة التحكيمية بتصحيح أحكامها العائدة لأخطاء مادية كتابية أو حسابية بحتة وذلك بدون مرافعة وخلال الثلاثين يوماً التالية لصدور الحكم. ولها تمديد المهلة لثلاثين يوماً إذا رأت ضرورة لذلك.

ويصدر قرار التحكيم ويبلغ الى الطرفين خلال ٣٠ يوماً من صدوره، وإذا تجاوزت المحكمة التحكيمية سلطاتها بالتصحيح، جاز التمسك ببطان هذا القرار .

ويجوز لكل من الطرفين، ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، ان يطلب من المحكمة التحكيمية، خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه الحكم، اصدار حكم تحكيمي اضافي في طلبات قدمت واغفلت. ويجب ابلاغ هذا الطلب للطرف الثاني. وتصدر المحكمة التحكيمية حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب ويجوز لها تمديد هذه المهلة ثلاثين يوماً آخر إذا رأت ضرورة لذلك^(١).

وبالطبع بعد انقضاء المهل المحددة للتصحيح ولبت الطلبات التي أغفلت تعود الصلاحية بالتفسير والبت بهذه الطلبات التي أغفلت الى المحكمة التي كانت مختصة أصلاً بنظر النزاع اذا كان التحكيم داخلياً، والى محكمة استئناف القاهرة اذا كان التحكيم تجارياً دولياً.

الفرع السادس : تنفيذ الحكم التحكيمي.

١ - في التحكيم الداخلي.

حكم المحكمين يحوز على حجية الأمر المقضي بموجب القانون^(١) ثم يتم ايداعه قلم كتابة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

إذا فالحكم التحكيمي الصادر في مصر أو في الخارج بناء على القانون المصري، يعطى صيغة التنفيذ من رئيس المحكمة التي تم ايداعه فيها ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به :

- ١ - أصل الحكم أو صورة موقعة منه.
- ٢ - صورة من اتفاق التحكيم.
- ٣ - ترجمة مصدقة من جهة معتمدة الى اللغة العربية لحكم التحكيم اذا لم يكن صادراً بها.
- ٤ - صورة من المحضر الدال على ايداع الحكم لدى قلم المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع اذا كان داخلياً، ولدى قلم محكمة استئناف القاهرة اذا كان تجارياً دولياً.

وبعد ذلك يتأكد رئيس المحكمة القضائية بأن الحكم التحكيمي المقدم وفقاً للأصول مرفقاً بالمستندات المطلوبة، ويتحقق من ثلاثة أمور، ولكن أمر التحقق واعطاء صيغة التنفيذ لا يتم الا بعد انقضاء ثلاثة أشهر عن ميعاد انقضاء دعوى بطلان الحكم اذ هناك شرط شكلي وهو ان تكون مهلة الثلاثة أشهر المعطاة لتقديم طلب ابطال الحكم التحكيمي قد انقضت قبل ذلك لكي يقبل طلب التنفيذ شكلاً... أما بعد انقضاء المهلة فيقدم طلب التنفيذ ولا يؤثر في منحه صيغة التنفيذ ان يكون طلب ابطال قدم ضده، الا اذا قررت المحكمة القضائية الناظرة في دعوى الابطال وقف التنفيذ. عدا ذلك فان طلب التنفيذ يأخذ طريقه ولا يتأكد رئيس المحكمة القضائية المختصة (التي أشرنا اليها سابقاً) سوى من ثلاث أمور :

١ - ان الحكم التحكيمي لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

٢ - انه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

٣ - انه قد تم اعلانه للمحكوم عليه اعلاناً صحيحاً.

ولا يمكن ادراك التسهيل الذي يحققه القانون الجديد والأبواب العريضة التي يفتحتها لتنفيذ الاحكام التحكيمية الا بمقارنة هذا النص مع نص القانون النموذجي للانستراال الذي يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي لأسباب كثيرة تتجاوز بكثير الأسباب الثلاثة التي نص عليها القانون المصري الجديد. فالقانون النموذجي يجيز رفض التنفيذ اذا كان أحد طرفي العقد مصاباً بأحد عوارض الاهلية، أو كان الاتفاق غير صحيح بموجب قانون الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي، أو اذا كان قرار التحكيم يتناول نزاعاً لا يقصده أو لا يشمل اتفاق التحكيم، « اذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية مخالفاً لاتفاق الطرفين أو مخالفاً لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم أو ان القرار التحكيمي لم يصبح بعد ملزماً أو قد ألغته أو أوقفت تنفيذه محاكم البلد الذي صدر فيه، أو كان موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً لقانون الدولة المطلوب التنفيذ فيها أو كان الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة للدولة المطلوب التنفيذ فيها^(١).

اذا قورن نص القانون الجديد بالقانون النموذجي للانستراال يمكن لمس مدى ما يوسعه المشرع من دروب التنفيذ ... فرقابة المحكمة القضائية محصورة في القانون الجديد بعدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام وعدم تعارضه مع حكم سبق للمحاكم القضائية ان أصدرته والتأكد من ان اعلانه تم وفقاً للأصول، ثلاثة أمور يتأكد منها رئيس المحكمة القضائية ثم يعطي صيغة التنفيذ بالطريقة الرجائية أي بدون تبليغ المنفذ عليه. ولا يكون قرار اعطاء صيغة التنفيذ قابلاً للمراجعة. أما رفض اعطاء صيغة التنفيذ فهو يقبل المراجعة أمام المحكمة التي كانت مختصة أصلاً للنظر بالنزاع.

هذا يعني انه اذا لم ينتبه الطرف الصادر الحكم بحقه ويتقدم بدعوى بطلان مستنداً الى ان الحكم التحكيمي لا يستند الى اتفاق تحكيمي، أو كان الاتفاق التحكيمي باطلاً أو ساقطاً، أو ان أحد طرفي التحكيم كان وقت ابرام الاتفاق فاقداً للأهلية أو ناقص الأهلية، اذا لم يتقدم بهكذا دعوى ابطال وفي المهلة المحددة التي هي تسعين يوماً من تاريخ اعلان الحكم، اذ ذلك تعطي المحكمة القضائية صيغة التنفيذ للحكم التحكيمي حتى ولو كان غير مسند الى اتفاق تحكيم أو كان أحد طرفيه ناقص الأهلية، مع ان هذه أسباب لابطال الحكم، ولكن دعوى الابطال لها مهلة اسقاط. ويمكن من خلال هذه النصوص تصور المدى الليبرالي الذي ذهب اليه المشرع المصري في قانونه التحكيمي متجاوزاً اتفاقية نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم الذي وضعتة الانسترال.

ولكن هل يمكن لقاضي التنفيذ ان يأمر بالتنفيذ اذا اتضحت له أسباب البطلان ... كما لو اتضح له بطلان شرط التحكيم، أو بطلان تشكيل المحكمة التحكيمية، أو تجاوز المحكمين اختصاصهم، أو وجود عيب في اجراءات التحكيم كاهمال حق الدفاع أو الوجاهية، الخ ... لا يتصور ان تفضي هذه الاسباب الى بطلان الحكم أو يكون بطلان الحكم فاضحاً صارخاً ولو فاتت مهلة الابطال ويبقى الحكم قابلاً للتنفيذ. وقد اعتمد القانون النموذجي نفس أسباب البطلان وأسباب الاعتراض على التنفيذ، الأمر الذي لم يتبناه المشرع المصري وهو وضع سيؤدي الى مفارقات عجيبة تفضي الى اعطاء صيغة التنفيذ الى احكام باطلة أو احكام فاتت مهلة ابطالها وبطلانها ظاهر وصارخ. ولو اعتمد القانون الجديد نصوص القانون النموذجي للانسترال لما حصل هذا الاضطراب. ولا يترتب على رفع دعوى البطلان في القانون الجديد وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة القضائية المختصة ان تأمر بوقف التنفيذ اذا طلب المدعى عليه ذلك وكان طلبه مبنياً على أسباب جدية. ويجب ان تبت المحكمة القضائية موضوع وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من أول جلسة محددة للنظر فيه. واذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها ان تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي، وعليها، اذا أمرت بوقف التنفيذ، الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر^(١).

٢ - التنفيذ في التحكيم الدولي: الحكم التحكيمي الصادر خارج مصر وغير الخاضع للقانون المصري الجديد.

لا تسري احكام القانون الجديد الا على احكام التحكيم الصادرة في مصر. أما اذا كان حكم التحكيم صادراً في الخارج مع اتفاق الطرفين على خضوع التحكيم لأحكام القانون المصري فيبقى حكم التحكيم الصادر في الخارج حكماً أجنبياً يخضع لأحكام

تقنين المرافعات^(١)، وهي نصوص لم يلغها قانون التحكيم الجديد لا صراحة ولا ضمناً. وعلى ذلك يجب ان يقدم طلب الأمر بالتنفيذ الى المحكمة بالاوزاع المعتادة لرفع الدعوى. ومع ذلك يكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف لا للمحكمة الابتدائية^(٢) ما دام التحكيم خاضعاً للقانون المصري.

يقدم طلب تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي الى محاكمة تجري بالصورة الوجيهة، وليس بالصورة الرجائية. هكذا يجب ان يبلغ الخصم طلب التنفيذ، وتسمع المحكمة أقواله، ثم تصدر قراراً معللاً بالتنفيذ، على خلاف الأمر بالنسبة لتنفيذ القرار التحكيمي الداخلي. وتسري على القرار التحكيمي الذي يصدر خارج مصر قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية^(٣). وأهمها^(٤) :

أ - ان تنفيذها يخضع لقاعدة المعاملة بالمثل، أي للشروط نفسها التي يقرها قانون البلد الأجنبي بالنسبة لتنفيذ الأحكام المصرية فيه.

ب - يشترط ان تكون المحاكمة قد راعت قاعدة الوجيهة، أي ان الخصوم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

هذا الشرط يكرس تبني المشرع المصري لقاعدة وجاهية المحاكمة في التحكيم، بحيث أنزل هذه القاعدة في النظام العام، وبالتالي، فان القاضي المصري ملزم بالتحقق من ان التحكيم قد راعى هذه القاعدة قبل ان يعطي أمره بالتنفيذ، فاذا وجد اخلاً بهذه القاعدة في التحكيم المطلوب منه اصدار الأمر بتنفيذ القرار الصادر عنه، فان القاضي المصري يرد طلب التنفيذ.

ج - ان الحكم قد حاز على قوة الأمر المقضي، طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه.

ومتى يكتسب القرار التحكيمي قوة القضية المحكمة ؟

(١) المواد ٢٩٦ الى ٣٠١ مرافعات.

(٢) المادة ٢٩٧ مرافعات.

(٣) تنص المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات ما يلي : تسري أحكام المواد السابقة (تنفيذ الاحكام والأوامر والسندات الرسمية الاجنبية) على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي ويجب ان يكون الحكم صادراً في مسألة يجوز فيها التحكيم طبقاً لقانون الجمهورية (راجع المادة الأولى من اتفاقية نيويورك).

(٤) المواد ٢٩٦ الى ٢٩٨ من قانون المرافعات المصري.

أعند صدوره أم عند ايداعه قلم المحكمة ؟ أم عند ايداعه أي مرجع رسمي (مثل كاتب العدل في اسبانيا)، اذا كان هذا الاجراء ملزماً في بلد المنشأ ؟ أم عند صدور حكم القاضي باعطائه صيغة التنفيذ ؟

على ضوء موقف قانون المكان الذي صدر فيه القرار التحكيمي، ينظر الى حيازة القرار التحكيمي لقوة القضية المقضية.

د - إنه لا يخالف النظام العام والآداب، ولا يخالف حكماً سبق للمحاكم المصرية ان أصدرته.

هـ - ان النزاع في الأصل، لا تختص به المحاكم المصرية وحدها، ولكن هل بالامكان اجراء التحكيم في الخارج بشأن النزاعات التي تختص بها المحاكم المصرية وحدها دون سواها ؟ الاجابات على هذا السؤال غير مستقرة.

محكمة النقض المصرية^(١) اعتبرت سنة ١٩٥٦ ان النظام العام لا يمنع من عقد اتفاقية تحكيمية تحيل الى تحكيم في الخارج، على يد محكمين غير مصريين، كل مسألة يمكن ان تحال الى التحكيم في مصر على يد محكمين مصريين.

واعتبرت محكمة النقض المصرية انه يستفاد من المادة ٨٤١ من قانون المرافعات القديم، ان حكم المحكمين يجب ان يصدر في مصر، والا طبقت عليه القواعد المنصوص عليها بالنسبة للاحكام الصادرة في بلد أجنبي، وان المشرع المصري، في هذه المادة، لا يرى في الاتفاق على محكمين يقيمون في الخارج، ويصدرون أحكامهم هناك، أمراً يمس النظام العام.

لكن هناك اتجاه فقهي^(٢)، ليس متفقاً مع موقف محكمة التمييز المصرية، ويعتبر صلاحية المحاكم المصرية في هذا الصدد من النظام العام « لان الاتفاق قد يتم على سبيل التحايل على قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، ويجعل الاختصاص بالتحكيم لمحكمة أجنبية مثلاً، ويكون الاختصاص ثابتاً للمحاكم المصرية وحدها، في المسألة موضوع التحكيم، وبهذا تختل من وجهة نظر الفقه المصري مبادئ أساسية في النظام القضائي».

(١) محكمة النقض المصرية، ١٩٥٦/٤/١٢، مجموعة أحكام الدائرة المدنية، ٧، ص ٥٢٢.

(٢) الدكتور أبو الوفاء، المرجع المذكور سابقاً، ص ٨٤.

محسن شفيق، محاضرة في ندوة التحكيم، ١٩٨٦، المركز الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة.

وقد طرح الموضوع سنة ١٩٨٤، في نزاع يتعلق بمقاولة لاقامة مبنى في مصر، بين شركة مقاولات فرنسية وشركة استثمار مصرية، أحيل للتحكيم النظامي لغرفة التجارة الدولية في باريس، الأمر الذي أثار اعتراض الشركة المصرية المدعى عليها، التي أدلت بعدم جواز التحكيم في الخارج، لان الدعوى الناشئة عن عقد المقاولة هي من الدعاوى التي يكون اختصاص القضاء الوطني في شأنها وجوبياً، وعلى أساس ذلك، لا تدخل في عداد المسائل التي يجوز ان تكون محلاً للتحكيم خارج مصر. واختصاص القضاء المصري هذا يتعلق بالنظام العام^(١).

لكن المحكمة التحكيمية رفضت الدفع، مستندة الى ان النزاع لا يتعلق بالاحوال الشخصية أو النظام العام، وهي المواد الوحيدة التي، بحسب قانون المرافعات، لا يمكن ان تكون محلاً للتحكيم.

وقد أكدت المحكمة التحكيمية من جهة أخرى :

- ان المادة ٣٠١ من قانون المرافعات المصري تنص على ان القواعد التي ترعى تنفيذ الاحكام والقرارات التحكيمية الاجنبية لا يمكن ان تخالف أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

- ان مصر قد انضمت الى اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وبتنفيذ الاحكام التحكيمية الاجنبية.

- وان المادة الثانية من هذه الاتفاقية تعترف بصحة الشرط التحكيمي الذي يعطي الصلاحية الى محكمة تحكيمية، يكون مركزها في بلد مختلف عن البلد الذي سيطلب فيه تنفيذ الحكم التحكيمي.

- وتنص المادة الثالثة من هذه الاتفاقية، ان على كل بلد متعاقد ان يعترف ويأمر بتنفيذ كل قرار تحكيمي صادر على أرض بلد آخر.

ولكن اتجاهها فقهيًا آخر^(١)، مؤيداً لموقف المحكمة التحكيمية، يعتبر ان الطبيعة الحصرية للصلاحية القضائية في بعض المواد ليس لها أية علاقة بقابلية هذه المواد للتحكيم، وموضوع التحكيم لا يتعلق بالحكم على الصلاحية الداخلية، ومسألة معرفة ما اذا كانت هذه الصلاحية الزامية أم لا، بل ان التحكيم يتعلق بعلاقة تعاقدية معينة، ووفقاً للمادة الثانية من اتفاقية نيويورك، فان القابلية للتحكيم تحدد بموجب هذه العلاقة التعاقدية وبالتالي :

- فان مكان التحكيم يعد أمراً خارجياً لا يؤثر في طبيعة المسألة المطروحة ولا يؤخذ في الاعتبار عند تقرير مدى قابليتها للتحكيم حيث لا يمكن ان تكون ذات المسألة من الجائز التحكيم بشأنها داخلياً وغير قابلة للتحكيم اذا كان محل التحكيم في الخارج ...

- ان مسألة الصلاحية الدولية للمحاكم الداخلية، سواء كانت حصرية أو جامعة، ليس لها أية علاقة بوجود نزاع قابل للتحكيم، يمكن ان يصالح فيه الفرقاء تطبيقاً للمادتين ٥.١ الفقرة الرابعة من قانون المرافعات و٥٥١ من القانون المدني.

- ان الشرط الذي نصت عليه المادة ٢٩٨ (أ) من قانون المرافعات والذي ينص على « عدم اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للنزاع المحسوم»، لتنفيذ قرار تحكيمي أجنبي، يجب ان يعتبر ملغى مع باقي شروط هذه المادة، لأن مصر قد انضمت الى اتفاقية نيويورك. وبالتالي، فان شروط المواد ٢٩٨ و٢٩٩ من قانون المرافعات لا تطبق بالنسبة للتحكيم الذي يجري في الخارج، وذلك وفقاً للمادة ٢.١ التي تؤكد صراحة على أرجحية المعاهدات.

ومن ناحية أخرى، فان قانون المرافعات المصري يتفق مع معاهدة نيويورك الحريضة على ان يأتي القرار التحكيمي الدولي الى التنفيذ سالماً من أي عيب في بلد المنشأ، بخلاف القانون الفرنسي الجديد للتحكيم الدولي الذي غلب نظرية العقد على طبيعة التحكيم، واعتبر ان الحكم الصادر عن المحكم الاجنبي ليس جزءاً من النظام القضائي للبلد الذي نشأ فيه هذا القرار التحكيمي. وفصل قانون التحكيم الدولي الفرنسي الجديد، بين القرار التحكيمي في البلد الذي صدر فيه، والنظام القضائي لهذا البلد. بينما ربطت معاهدة نيويورك القرار التحكيمي في البلد الذي يصدر فيه، بالنظام القضائي لهذا البلد، وقضت بأن لا يأتي الى بلد التنفيذ الا وهو حائز على اجازة مرور من النظام القضائي للبلد الذي صدر فيه.

قانون المرافعات المصري السابق غلب الطبيعة القضائية على القرار التحكيمي^(١) وتبنى هذه القاعدة في المادة ٢٩٧.

يقول وزير العدل المصري في مذكرته التوضيحية لقانون المرافعات^(٢):

« ان التطور الفقهي القضائي يذهب الى انه ليست كل مخالفة لقاعدة من قواعد الاختصاص الداخلي للمحكمة الاجنبية تؤدي الى عدم صدور الأمر بالتنفيذ، بل ان الذي يؤدي الى ذلك هو المخالفة التي تجعل الحكم عديم القيمة في بلد القاضي الذي أصدره. وقد أخذ المشرع بحكم القانون القائم في ان الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية يتحدد وفقاً لقانونها، ولكنه أورد عليه قيداً مؤداه انه يتعين ان لا تكون المنازعة التي صدر فيها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه داخله في اختصاص محاكم الجمهورية، وذلك لكفالة عدم الانتقاص من هذا الاختصاص. ومن شأن هذا القيد التخفيف من اطلاق حكم قاعدة تقدمية رحب بها جانب كبير من الفقه ولم ترحب بها غالبية التشريعات في مختلف بلاد العالم، ولا تزال تجعل الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة يتحدد، ليس وفقاً لقانونها، وانما طبقاً لقانون محكمة دولة التنفيذ. ولم يشأ المشرع ان يعالج في النص مسألة الاختصاص القاصر على محاكم دولة التنفيذ، والاختصاص المشترك في ما بينها وبين المحكمة الاجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه، لأنها مسألة فقهية يحسن تركها لاجتهاد الفقه والقضاء، يواجهان بها تطور المعاملات الخاصة الدولية. وهي ان كانت مسألة ذات أهمية في البلاد التي تجعل القاعدة في تشريعاتها، فهي خضوع شرط الاختصاص القضائي الدولي لقانون دولة التنفيذ وليس لقانون المحكمة الاجنبية، من حيث انها تكون متنفساً للقضاء، يخفف بها غلواء هذه القاعدة، الا انها تصبح مسألة قليلة الأهمية في تشريع لا يأخذ بهذه القاعدة بل يرحب بنقيضها على النحو الذي أخذ به القانون الحالي، وكذلك المشرع في قانون المرافعات. »

(١) ابراهيم ن. سعد : المرجع المذكور سابقاً.

(٢) مذكرة وزير العدل المصري عصام الدين مسونة المرفقة بتعديل قانون المرافعات والاثبات في المواد المدنية والتجارية،

الفرع السابع : طرق المراجعة.

تطور التشريع المصري بالنسبة لطرق الطعن التي يقبلها حكم التحكيم. فقد كانت مجموعة قوانين المرافعات المصرية سنة ١٩٤٩^(١) -أخذاً بمسلك القانون الفرنسي- تجيز الطعن فيه بالاستئناف الى جانب الطعن بالتماس اعادة النظر.

فلما صدرت مجموعة المرافعات الحالية (١٩٦٨)، نصت على عدم جواز الطعن في حكم التحكيم بالاستئناف، أخذاً في هذا الشأن باتجاه القانون الايطالي. وأبقت مجموعة ١٩٦٨ على طريق الطعن بالتماس اعادة النظر كطريق طعن وحيد ضد حكم التحكيم.

ولما صدر قانون التحكيم الجديد، الغى الطعن في حكم التحكيم بالتماس اعادة النظر. وبهذا لم يعد حكم التحكيم يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن التي ينص عليها قانون المرافعات المدنية.

وهكذا نص^(٢) قانون التحكيم الجديد على انه : « لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ».

على انه اذا اعتبر حكم التحكيم قضاء، فان هذا الحكم لا يمكن ان يصدر الا باتفاق طرفي النزاع على الالتجاء الى التحكيم، وهذا الاتفاق على التحكيم هو عقد من عقود القانون الخاص يخضع، فضلاً عن بعض القواعد الخاصة، لما تخضع له العقود من قواعد عامة.

ولهذا فان حكم التحكيم، رغم انه يعتبر عملاً قضائياً ويحوز حجية الأمر المقضي، مما يستتبع عدم جواز المساس به الا بواسطة طريق من طرق الطعن التي ينص عليها القانون بالنسبة له، فان تأثير الطبيعة التعاقدية للاتفاق مصدر سلطة المحكمين، قد أدى الى فتح سبيل دعوى البطلان ضد حكم التحكيم.

ولهذا الاعتبار تجيز التشريعات المختلفة الدعوى ببطلان أحكام التحكيم. ودعوى البطلان ليست طريقاً من طرق الطعن في الأحكام، فهي لا تكون جزءاً من هيكل خصومة التحكيم أو مرحلة من مراحلها.

(١) المادة ٨٤٨ منها.

(٢) المادة ٥٢ (١) من القانون الجديد.

ولهذا، فإنه بعد ان نص قانون التحكيم الجديد^(١) على عدم قابلية أحكام التحكيم لأي طريق من طرق الطعن، أضاف :

« يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين. »

وتتميز دعوى البطلان بأنها تتوجه الى الحكم كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطأ في التقدير. ولهذا فإن العيوب التي يجوز التمسك بها بدعوى البطلان يجب ان تكون خطأ في الاجراء، اذ هذه وحدها هي التي تؤدي الى بطلان الحكم. أما الخطأ في التقدير فإنه، مهما كانت جسامة، لا يؤدي الى بطلان الحكم، وبالتالي لا يجيز رفع دعوى لبطلانه^(٢).

ولأن حكم التحكيم عمل قضائي يحوز حجية الأمر المقضي وتؤدي الدعوى ببطلانه الى المساس بهذه الحجية، فإن من المقرر ان هذه الدعوى لا تقبل الا في الحالات المحددة التي ينص عليها القانون. وهو ما حرص قانون التحكيم الجديد على تأكيده^(٣) اذ نص على انه : « لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في الاحوال الآتية ... ».

فحالات دعوى بطلان حكم التحكيم وارادة في القانون على سبيل الحصر. فلا يجوز الالتجاء الى هذه الدعوى للتمسك بحالة بطلان لم ينص عليها القانون.

١ - عدم جواز الطعن بالتماس اعادة النظر.

كما أشرنا أعلاه، فإن القانون الجديد ألغى الطعن بالتماس اعادة النظر.

ولنا ان نتساءل عن الحكمة من ذلك !! فاذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم أو حصل بعد الحكم اقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها أو قضي بتزويرها، أو كان حكم التحكيم قد بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها مزورة، أو حصل ملتصق اعادة النظر بعد صدور حكم التحكيم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها، أو اذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض، فهل هناك أي سبب يبرر تحصين أحكام التحكيم في هذه الحالات ؟ وعلى أي أساس يكون حكم التحكيم هذا في مركز أفضل من حكم القضاء ؟

(١) المادة ٥٢، فقرة ١.

(٢) نقض مدني مصري - ١٠ مارس ١٩٨٥ في الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٥١.

(٣) في المادة ٥٣ (١).

لا سيما ان ثمة سابقة حصلت في فرنسا في هذا الموضوع في دعوى FOUGEROLLES حيث ثبت تزوير مستندات وإمساك خصم عن ابراز مستندات هامة ... عادت فظهرت بعد صدور الحكم فأبطلت محكمة النقض الفرنسية الحكم وأعادته الى المحكمين لإعادة النظر به على ضوء ما استجد وظهر من مستندات قلبت الاوضاع التي قام عليها الحكم رأساً على عقب.

٢ - حالات بطلان حكم التحكيم.

وردت الحالات التي يجوز فيها ابطال حكم التحكيم على سبيل الحصر^(١) في القانون. ولا شك ان المشرع قد قصد بذلك حماية أحكام التحكيم بحيث لا يجوز ابطالها الا في حالات محددة وواضحة يتصف فيها العيب الذي يشوب الحكم بجسامة بالغلة تبرر ابطاله.

(أ) اذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته : ويكون اتفاق التحكيم باطلاً اذا كان غير مكتوب أو ورد على مسألة غير قابلة للتحكيم، أو شابه سبب من أسباب البطلان المطلق طبقاً للقواعد العامة، أو جاء مخالفاً لأحكام القانون الآمرة كما في حالة الاتفاق على عدد زوجي من المحكمين مثلاً. أما اذا كان اتفاق التحكيم قابلاً للإبطال، أي مشوباً ببطلان نسبي، فلا محل للطعن في الحكم اذا صدرت اجازة صحيحة من الطرف الذي تقرر البطلان لمصلحته. أما عن سقوط الاتفاق بانتهاء مدته، فلا محل له اذا صدر الحكم في حدود ميعاد امتد بقرار الطرفين أو المحكمين أو المحكمة.

(ب) اذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقد الاهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته : وهذه الحالة مجرد تكرار للحالة الأولى التي تغطي بطلان اتفاق التحكيم بنوعيه المطلق والنسبي.

(ج) اذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم اعلانه اعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو باجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن ارادته : وتشمل هذه الحالة طبقاً لظاهر النص كل اخلال بحق الدفاع يكون طالب البطلان قد تعرض له، كما اذا كان ضحية اخلال بالمساواة بين الطرفين في فرص الدفاع والمواعيد، أو حرم من تقديم شهود تكون شهادتهم منتجة أو

من تقديم خبير فني^(١). وكذلك اذا كان طالب البطلان هو المدعى عليه ولكنه حرم من التعقيب على دفاع المدعي خلافاً لقاعدة ان المدعى عليه هو آخر من يتكلم، وغير ذلك من الصور التي يحدث فيها إخلال بالضمانات الأساسية للتقاضي وبمبدأ المواجهة بين الطرفين.

(د) اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع : المقصود هنا هو اتفاق الأطراف صراحة على اختيار قانون معين لحكم النزاع. والمقصود بالقانون قواعد القانون الموضوعي، سواء أكان قانوناً وضعياً أم غير وضعي. واختيار قانون لحل النزاع لا يقصد به الحالات التي تؤدي فيها أحكام تنازع القوانين الى تطبيق قانون معين. ولكن هل تدخل تحت هذا النص الحالات التي يقع فيها خطأ جسيم في تطبيق ذلك القانون المختار يعادل في جسامته استبعاد تطبيق ذلك القانون ؟ نجيب بالايجاب لان هذا يعتبر استبعاداً غير مباشراً لتطبيق ذلك القانون يعادل في أثره وخطورته استبعاده مباشرة.

(هـ) اذا تم تشكيل المحكمة التحكيمية أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين. والمقصود بمخالفة القانون هنا هو مخالفة أحكامه الآمرة وحدها. ولكن ما الحكم اذا اشترك في اصدار الحكم محكم لم يقيم بما يوجب عليه القانون من الافصاح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حياده وبالتالي لم يطلب رده ثم علم الطرف الخاسر بعد صدور الحكم بتلك الظروف التي تنفي استقلال ذلك المحكم أو حياده ؟ وهل تعتبر هيئة التحكيم في هذه الحالة هيئة مشكلة على وجه مخالف للقانون بحيث يجوز ابطال الحكم ؟ نجيب بالايجاب لأن تشكيل محكمة التحكيم من محكمين مستقلين عن الطرفين ومحايدين قاعدة أساسية من قواعد القانون فضلاً عن انه لا يقبل ان يؤدي إخلال ذلك المحكم بواجب الافصاح من البداية الى تحصين الحكم الذي شارك في اصداره دون وجه حق.

(و) اذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق : ومع ذلك اذا امكن فصل اجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن اجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان الا على الاجزاء الأخيرة وحدها. وهذه الحالة هي أوضح حالات البطلان وأكثرها شيوعاً في العمل. وقد جرى القضاء المصري على الأخذ بتفسير ضيق لشروط التحكيم باعتبار ان التحكيم طريق استثنائي لحسم المنازعات بينما يأخذ القضاء الأميركي على العكس بمبدأ التفسير الواسع لشروط التحكيم.

(ز) اذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت اجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم : يثور التساؤل هنا فوراً عن ماهية الاحوال التي يقع فيها بطلان في حكم التحكيم، وهل يقع هذا البطلان اذا خلا الحكم من توقيع المحكمين أو أسباب الحكم أو أسماء المحكمين أو عناوينهم أو جنسيتهم أو ملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم أو تاريخ ومكان اصدار الحكم^(١) ؟ المفروض ألا يقع البطلان الا اذا كان البيان الناقص جوهرياً ولكن ما هو معيار التفرقة بين ما هو جوهرى من البيانات وما هو غير جوهرى من البيانات ؟ فهل تعتبر عناوين المحكمين مثلاً بياناً جوهرياً ؟ وهل يبطل الحكم حتماً اذا خلا في صلبه من صورة من اتفاق التحكيم ومن مكان اصداره ؟ وما حكم القصور في تسبيب الحكم ؟

لقد فصل القضاء المصري في ظل القانون السابق في كثير من هذه الأمور وكان اتجاهه يميل الى ابطال أحكام المحكمين ولو لأسباب شكلية محضة كعدم ذكر شرط التحكيم في صلب الحكم أو اغفال ذكر مكان صدور الحكم، هذا فضلاً عن البطلان للقصور في التسبيب أو لوقوع تناقض في الحكم. وكان من المفروض ان يلقي قانون التحكيم الجديد مزيداً من الضوء والوضوح في هذا الموضوع الخطير ولكنه لم يفعل وربما أدى هذا الفراغ للعودة الى القواعد العامة للمرافعات المدنية^(٢) ونظرية بطلان الأحكام في هذا القانون.

ح - مخالفة النظام العام في جمهورية مصر العربية : للمحكمة ان تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم في هذه الحالة. وواضح ان العبرة هنا هي للنظام العام المصري وليس للنظام العام الدولي. وليس في هذا ما يخالف أحكام اتفاقية نيويورك.

هكذا يكون قانون التحكيم الجديد قد سلك مسلكاً وسطاً بين ما أخذ به قانون الانستفال الموحد، الذي حصر البطلان في حالات قليلة العدد وواضحة المضمون^(٣)، وما كان عليه الوضع في تقنين المرافعات المصري^(٤). ولكن موقف القانون الجديد جاء أقرب بكثير الى أحكام تقنين المرافعات منه الى موقف القانون النموذجي الموحد بحيث بقي نطاق بطلان أحكام التحكيم مطاطاً يسمح بكثير من التفسيرات والاجتهادات المتعارضة ويفتح الباب

(١) المادة ٤٣ (١) و (٢).

(٢) لا سيما المادة ٢٠ مرافعات مدنية.

(٣) المادة ٣٤ من القانون النموذجي.

(٤) المادة ٥١٢.

واسعاً أمام ابطال الكثير من أحكام التحكيم. ولعل هذا هو الثمن الضروري لوضع أحكام موحدة تسري على كل تحكيم سواء كان داخلياً أم دولياً. والأمل معقود على ان يقوم القضاء المصري بضبط أحكام البطلان ورسم حدوده بشكل منطقي يتمشى مع حماية أحكام المحكمين دون تفريط في الضمانات القانونية الأساسية الواجبة الاحترام.

٣ - المحكمة المختصة بدعوى البطلان .

تختلف المحكمة المختصة حسب نوع التحكيم. فاذا كان التحكيم تحكيمياً تجارياً دولياً بالمعنى الذي حدده القانون^(١)، كان الاختصاص بدعوى البطلان لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى، وذلك سواء جرى التحكيم في مصر أم في الخارج.

أما اذا لم يكن التحكيم تجارياً دولياً بالمعنى السالف الذكر، فان الاختصاص يكون لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

وبهذا ترفع دعوى البطلان دائماً أمام محكمة الدرجة الثانية مباشرة.

وبهذا خالف المشرع القاعدة العامة في الاختصاص التي تقضي باختصاص محاكم الدرجة الأولى بالدعاوى التي ترفع ابتداءً.

وقد كان باعث المشرع لهذا حرصه على سرعة الفصل في دعوى البطلان فضلاً عن ان الأمر يتعلق بصحة أو بطلان حكم، فمن المناسب طرحها على محكمة أعلى من الدرجة الأولى.

٤ - ميعاد رفع الدعوى واجراءاتها .

حدد قانون التحكيم الجديد مهلة رفع دعوى البطلان بتسعين يوماً . وتبدأ هذه المهلة من تاريخ اعلان الحكم الى المحكوم عليه. ويتم هذا الاعلان على يد محضر وفقاً للقواعد العامة لأعلان أوراق المحضرين.

وحسناً فعل المشرع بهذا النص اذ انه، وفقاً لنصوص قانون المرافعات الخاصة بالتحكيم، لم يكن هناك ميعاد لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم، فكان يجوز رفع دعوى البطلان حتى تنقضي الدعوى بخمسة عشر عاماً من صدور الحكم.

وترفع الدعوى بالاجراءات المعتادة لرفع دعاوى. ولا يحول دون ذلك انها ترفع مباشرة أمام محكمة الدرجة الثانية.

وتقبل دعوى البطلان ولو نزل المدعي عن حقه في الطعن في حكم التحكيم. ان دعوى البطلان لا تعتبر طريقاً للطعن بالمعنى الصحيح.

ومن ناحية أخرى، فانه اذا نزل الخصم عن حقه في دعوى البطلان قبل صدور حكم التحكيم، فان هذا النزول لا يحول دون قبول دعواه. ذلك ان الحق في دعوى البطلان لا ينشأ الا بصدور حكم التحكيم وليس لأحد النزول عن حق قبل نشأته له.

وعلى هذا نص قانون التحكيم صراحة على انه اذا صدر حكم التحكيم، فلمن له الحق في التمسك بالبطلان النزول عنه صراحة أو ضمناً.

٥ - أثر رفع دعوى البطلان على تنفيذ الحكم.

وفقاً لقانون المرافعات المصري^(١) كان يترتب على مجرد رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ الحكم حتى يفصل في دعوى البطلان، ما لم تقض المحكمة بالاستمرار في التنفيذ.

وقد كان هذا النص محل نقد من الفقه، خاصة ان المشرع لم يكن يحدد ميعاداً لرفع دعوى البطلان وكانت دعوى البطلان ترفع الى محكمة أول درجة، فيؤدي رفعها الى وقف تنفيذ حكم التحكيم حتى يفصل فيها نهائياً من محكمة الدرجة الثانية. وهو ما يستغرق وقتاً طويلاً.

وقد زاد الأمر صعوبة ما ذهب اليه النقض من ان الأثر الواقف لدعوى البطلان لا يترتب فقط على رفع دعوى البطلان الأولى، بل هو يترتب على أية دعوى بطلان ضد حكم التحكيم ولو كانت دعوى ثانية.

ولهذا أحسن المشرع في قانون التحكيم الجديد بأن نص^(١) على انه « لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ».

على انه يلاحظ ان المشرع رتب أثراً واقفاً للتنفيذ بقوة القانون على عدم انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان، فنص على انه « لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم اذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى »^(٢).

وعلى هذا، فان من مصلحة المحكوم له ان يبادر باعلان المحكوم عليه بالحكم بمجرد صدوره حتى يبدأ ميعاد دعوى البطلان وينقضي. عندئذ يقبل من المحكوم له طلب تنفيذ الحكم سواء رفع المحكوم عليه دعوى البطلان أم لا.

(١) المادة ٥٧.

(٢) المادة ٥٨ (١).