بسم الله الرحمن الرحيم

الدكتور
أحمد قسمت الجداوى

أستاذ ورئيس قسم القانون الدولى الخاص
كلية الحقوق - جامعة عين شمس
والمحامى أمام محكمة النقض
مكتب : ١٥ أ شارع المرعشلى - الزمالك
فاكس : ٣٤١١٥٧٢
تلكس : ٢٠٤٣٧
تليفون : ٣٤١٧٠١٩

تنازع القوانين فى شأن قابلية النزاع للتحكيم

دراسة موجزة فى إطار القانون المصرى الجديد

رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية

سبتمبر ١٩٩٤

مقدمة :

لقد صدر مؤخرا فى مصر قانون التحكيم الجديد، وذلك بعد جهد كبير وعناء طويل. ولعل أول وأهم ما يميز هذا القانون الجديد ويضعه فى مصاف أنظمة التحكيم النادرة فى القانون المقارن، أنه قد جمع من ناحية التحكيم فى المواد المدنية وكذلك التحكيم فى المواد التجارية، ومن ناحية أخرى أدمج كل من التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى فى بوتقة واحدة هى جماع نصوص هذا القانون الجديد.

وقد جاءت النصوص معبرة عن هذا المعنى بوضوح، فعنوان القانون ذاته أنه " قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية"، ثم حرصت المادة الأولى منه على النص على أن " تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون"، ثم جاءت المادة ١/١٠ لتقرر أن " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"، كما أكدت المادة ٢٨ من ذات القانون على أن " لطرفى التحكيم الأتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو خارجها".

وفى ظل هذا الاتساع والشمول لنطاق التحكيم فى القانون المصرى الجديد، حرصت المادة ١١ على تقرير أنه " لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح". وهذا النص تأكيد لما استقر فى التشريع المصرى من قبل وترديد حرفى لنص المادة ٤/٥٠١ من قانون المرافعات المصرى والتى كانت واردة فى باب التحكيم وألغيت مع غيرها من المواد الخاصة بالتحكيم فى هذا الباب. (مادة ٣ من مواد الاصدار فى القانون الجديد).

وهذا النص (المادة ١١) يمثل الأساس الفقهى والقانونى لما يعرف فى التشريعات المقارنة بفكرة قابلية المنازعات للتحكيم، والتى بمقتضاها يتحدد الإطار الذى يمكن فى داخله اللجوء الى نظام التحكيم، وبحيث تكون المنازعات الخارجة عن هذا الإطار غير قابلة للتحكيم .

وفى هذه الدراسة الموجزة سوف نعرض للنقاط الرئيسية حول هذا الموضوع الهام فى قسمين ينصرف أولهما إلى ماهية مسألة القابلية للتحكيم، ويعرض القسم الثانى إلى القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة.

القسم الأول

ماهية مسألة القابلية للتحكيم

يستهدف البحث فى مسألة القابلية للتحكيم معرفة ما إذا كان من الممكن اللجوء إلى طريق التحكيم فى سائر المنازعات التى قد تثور بين أطراف التحكيم، أم أن هذا الطريق محظور بالنسبة إلى نوعية أو نوعيات من المنازعات• وقد جرى القانون المصرى على استبعاد نوعيات معينة من المنازعات من إطار التحكيم، وهو ذات المسلك الذى تبناه قانون التحكيم الجديد فى مصر•

ولعله من المفيد قبل استعراض أحكام التشريع الوضعى فى هذا الصدد أن نعرض لنظرة تاريخية فى مسألة القابلية للتحكيم فى المحيط العربى والاسلامى •

• أولا • نظرة تاريخية لمسألة القابلية للتحكيم فى المحيط العربى والاسلامى:

(أ) القابلية للتحكيم عند العرب فى الجاهلية :ـ

لقد عرف العرب قبل الاسلام نظامين للفصل فى المنازعات: نظام القضاء ونظام التحكيم• وقد وجد نظام القضاء أينما وجدت سلطة مركزية قوية، حيث يكون القاضى موظفا من موظفى الدولة ويقضى فى المنازعات باسم الدولة ويكون حكمه واجب النفاذ جبرا باستخدام السلطة العامة• وقد وجد نظام القضاء فى دول المدينة التى ظهرت سواء فى جنوب شبه الجزيرة العربية (اليمن) أم فى شمالها •

أما نظام التحكيم فقد وجد فى المجتمعات القبلية أو المجتمعات المدنية التى لا توجد بها سلطة مركزية قوية (كما هو الحال فى مكة ويثرب) ، أو فى العلاقة بين أفراد ينتمون إلى قبائل أو مدن مختلفة • وفى ظل نظام التحكيم لا يكون المحكم موظفا وإنما فردا عاديا يستمد سلطته فى الحكم من اختيار الخصمين له، وحكمه لا ينفذ قهرا وانما برضاء المحكوم عليه •

وفيما يتعلق بالمنازعات التى تصلح محلا للتحكيم فلم تكن ثمة قواعد معينة تحدد الموضوعات أو المسائل التى يمكن عرضها على المحكم• ولذا يقال بأنه كان من الممكن الاستعانة بالمحكم فى فض أى نزاع سواء تعلق بميراث أو نسب أو ملكية أو عقد• كذلك كان من الممكن الاستعانة به لفض نزاع خاص بجريمة قتل أو زنا أو سرقة •••• الخ• بل ان اختصاص المحكمين عند العرب قبل الاسلام لم يكن يقتصر على المنازعات القانونية، وإنما كان يمتد إلى منازعات تخرج عن المجال التقليدى للقانون • من ذلك مثلا أنه كان من الشائع أن يتنازع شخصان أو عشيرتان أو قبيلتان إلى أحد المحكمين لكى يفصل فى أيهما أشرف نسبا أو أكر م محتدا•

وخلاصة القول إذا أن التنظيم القائم فى زمن الجاهلية كان يعهد إلى المحكمين بإختصاص شامل فى فض جميع المنازعات، وهو ما يعنى أن مسألة قابلية النزاع للتحكيم من عدمه لم تكن قائمة ولم تثر بحثا يذكر فى هذا الصدد. وقد عبر البعض عن هذا الاختصاص الشامل للمحكمين بقوله : " وكان للعرب حكام ترجع اليها فى أمورها وتتحاكم فى مناقضاتها ومواريثها ومياهها ودمائها ".

(ب) القابلية للتحكيم فى ظل الاسلام والشريعة الاسلامية :

تزخر كتب الفقه الاسلامى فى باب التحكيم بالآراء العديدة حول مسألة القابلية للتحكيم وتحديد المنازعات التى يجوز فيها التحكيم وتلك التى لا يجوز فيها.

وقد اختلف فقهاء المذاهب الاسلامية حول هذا التحديد، فقد ذهب الحنابلة، ومعهم بعض الشافعية، إلى أن التحكيم جائز فى كل شىء، أى فى سائر الحقوق سواء ما كان منها متعلقا بحقوق العباد أو كان متعلقا بحقوق الله .

أما الحنفية فقد ذهبوا فى أغلبهم إلى أن التحكيم جائز فى سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرها، وغير جائز فى الحدود والقصاص.

وأما الشافعية فقد انقسموا بين قائل بجواز التحكيم فى كل شىء ، ومنهم من ذهب إلى جواز التحكيم فى الأموال فقط ومن ثم منعوه فى النكاح والقصاص وحد القذف.

وأخيرا فقد أجاز المالكية التحكيم فى الأموال والجروح دون الحدود والقصاص فى النفس والنسب والطلاق والرشد والسفه وغيرها، لأن هذه الأمور إنما يحكم فيها القضاة ولا يجوز التحكيم فيها حيث يتعلق الحق بغير الخصوم.

وخلاصة القول أن جمهور فقهاء المسلمين قد قالوا بجواز التحكيم فى الحقوق التى يملك الأفراد التصرف فيها، وهى فى الغالب الأموال، أما الأمور التى تتعلق بحقوق الله أو بالغير فقد اختلفوا بشأنها على تفصيل لا يسمح به المقام.

• ثانيا • القابلية للتحكيم فى التشريع الوضعى:

ولقد حرص المشرع المصرى على ابراز المسائل التى لا يجوز فيها التحكيم وذلك بنصه فى المادة ١١ من قانون التحكيم على أنه " لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح". وهو عين النص الذى كان قائما فى ظل نصوص التحكيم الواردة فى قانون المرافعات والتى ألغيت بنفاذ القانون الجديد (مادة ٤/٥٠١ مرافعات ملغاة).

أما المسائل التى لا يجوز فيها الصلح فقد حددتها المادة ٥٥١ من القانون المدنى المصرى قولا بأنه " لا يجوز الصلح فى المسائل التعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام • ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية ، أو التى تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم"•

وواضح من هذا النص أن المسائل التى يحظر فيها التحكيم فى القانون المصرى هى من ناحية المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية ومن ناحية أخرى المسائل المتعلقة بالنظام العام • وقد حاول الفقه المصرى منذ فترات غير قصيرة أن يضرب الأمثلة أو يضع تعدادا لهذه المسائل التى لا يجوز فيها التحكيم ، فذكروا منها مسائل الأحوال الشخصية البحتة ومنها مسألة النسب والزواج والطلاق والأهلية ، أما المسائل التى تتصل بالمصالح المالية فى مجال الأحوال الشخصية فانه يجوز التحكيم فيها لأنها قابلة للصلح، ومن ذلك التحكيم فى مقدار نفقة الزوجة أو الصغير أو فى قسمة أموال التركة • كذلك فإن مسألة الجنسية ، باعتبارها متصلة بالحالة الشخصية ومتعلقة بالنظام العام ، لا يقبل فيها التحكيم وإن كان ذلك غير مانع من اجازة التحكيم فى مسألة مالية مترتبة على الجنسية كتعويض عن تصرف إدارى خاطىء من جانب جهة الادارة فى مجال الجنسية •

ومن الأمثلة على الأمور المحظور فيها التحكيم المسائل الجنائية والمسئولية عنها • فلا يمكن أن يكون تحديد الجرائم وعقوباتها ونسبتها إلى شخص معين محلا للتحكيم • غير أن المسائل المالية المترتبة على ارتكاب الجريمة فإنها تصلح محلا للتحكيم لانه يجوز فيها الصلح، ومن ذلك تحديد التعويض المستحق للمجنى عليه •

كذلك يحظر التحكيم فى المنازعات المتعلقة بأموال خارجة عن دائرة التعامل كالمخدرات، أو المنازعات المتعلقة بأمور محظورة قانونا أو تتعارض مع الآداب العامة كالمنازعات الناشئة عن ممارسة الدعارة أو المعاشرة غير المشروعة • ومن ذلك أيضا المنازعات التى يتطلب فيها القانون عند عرضها على قضاء الدولة تدخل النيابة العامة ، إذ أن النيابة العامة إنما تباشر دورها أمام القضاء ولا تباشرة أمام المحكمين• كذلك يدخل الفقه الحقوق التى يتدخل فيها القانون لحماية الطرف الضعيف فى إطار المنازعات الخارجة عن نطاق التحكيم ، ومن ذلك حقوق المستأجر فى تحديد الأجرة أو فى الامتداد القانونى لعقد الايجار أو حقوق العامل فى الأجر وملحقاته والمزايا العمالية ٠٠٠ الخ•

ومما يلزم التأكيد عليه فى هذا الصدد أن تعداد المسائل غير القابلة للتحكيم بحكم كونها غير قابلة للصلح ليس تعدادا نهائيا أو غير قابل للمراجعة ، وإنما هو مجرد اجتهاد فقهى من جانب الكتاب المصريين فى تفسير مفهوم الحالتين الرئيسيتين التى يمتنع فيها التحكيم ، وهما حالة المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية وحالة المسائل المتعلقة بالنظام العام •

أما الاتيان بتعداد أو حصر كامل للمنازعات الداخلة فى اطار هاتين المسألتين، فهو فى نظر الفقه المقارن من الأمور التى يشق فيها البحث بل تكاد أن تكون مستحيلة • ولا أدل على ذلك من أن واضعى مشروع اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية قد عجزوا عن وضع قائمة شاملة لتلك المسائل غير القابلة للتحكيم ، رغم أن هذه الاتفاقية ، على ما سنرى ، قد جعلت لمسألة القابلية للتحكيم أثرا حاسما فى مجال الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين•

وتبقى بعد ذلك ضرورة الاشارة إلى أن بعض النوعيات من المنازعات قد أثارت جدلا عميقا فى الفقه والقضاء المصريين من حيث قابليتها للتحكيم من عدمه ، وأقصد بها على وجه الخصوص تلك المنازعات التى يتفق على التحكيم فيها خارج الدولة رغم خضوعها للاختصاص القضائى الوجوبى لمحاكم الدولة ، وكذلك المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية •

• ثالثا • اجراء التحكيم فى الخارج وأثره على مسألة القابلية للتحكيم :

لقد ذهب بعض الكتاب المصريين قبل صدور قانون التحكيم الجديد وفى ظل قواعد التحكيم التى كانت قائمة فى قانون المرافعات المصرى، إلى التعرض لمسألة جواز أو عدم جواز التحكيم فى الخارج بالنسبة للمسائل التى تدخل فى اختصاص المحاكم المصرية وحدها • وقد قالوا فى هذا الشأن أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على طرح نزاعهم على تحكيم يجرى فى الخارج متى كان هذا النزاع داخلا فى الاختصاص المنفرد للمحاكم المصرية • فشرط التحكيم فى هذه الحالة يعتبر مخالفا للنظام العام المصرى•

غير أن هذا الرأى كان موضع انتقاد شديد من جانبنا ومن جانب بعض شراح القانون الدولى الخاص البارزين فى مصر • وقد قيل بحق أن هذا الرأى يقحم على مسألة القابلية للتحكيم من عدمها أمرا لا علاقة له البتة بهذه المسألة • " والمنطقى أن يكون تحديد ما إذا كانت مسألة معينة مطروحة مما يجوز التحكيم فى شأنها أو لا يجوز أساسه النظر إلى طبيعتها بحكم صفاتها الذاتية ، فلا يتصور عقلا أن تختلف هذه الطبيعة نتيجة كونها قد صارت محلا لتحكيم يتم فى خارج البلاد وليس داخل اقليمها • وبعبارة أخرى، فإن مكان التحكيم يعد أمرا خارجيا لا يؤثر فى طبيعة المسألة المطروحة ولا يؤخذ به فى الاعتبار عند تقرير مدى قابليتها للتحكيم ، حيث لا يمكن أن تكون ذات المسألة من الجائز التحكيم بشأنها داخليا ، وغير قابلة للتحكيم إذا كان محل التحكيم فى الخارج"•

هذا وقد تواترت أحكام محكمة النقض المصرية على إجازة اجراء التحكيم فى الخارج

دون أن يكون فى ذلك افتيات على سلطان القضاء، وعلى أن الاتفاق على اجراء التحكيم فى الخارج ليس من الأمور التى تمس النظام العام فى مصر٠ كما أن بعض احكام التحكيم الصادرة فى إطار غرفة التجارة الدولية والتى أتيح لها التعرض لهذه النقطة وأثرها فى القانون المصرى قد أخذت صراحة بصحة اجراء التحكيم فى الخارج وبعدم تأثير ذلك على مسألة جواز التحكيم من عدمه فى القانون المصرى٠

وفى ظل قانون التحكيم المصرى الجديد أصبحت هذه النقطة محسومة بالنص الصريح، حيث تقرر المادة ٢٨ أن " لطرفى التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو خارجها٠ فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطرافها ٠٠٠٠"٠ هذا فضلا عن أن نص المادة الأولى من هذا القانون قد أكد على سريان أحكامه من ناحية على كل تحكيم يجرى فى مصر، ومن ناحية أخرى على كل تحكيم تجارى دولى يجرى فى الخارج واتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون ٠

٠ رابعا ٠ منازعات العقود الادارية ومدى قابليتها للتحكيم :

لقد انقسم الرأى فى إطار مجلس الدولة المصرى ، فى فترات قريبة سابقة على صدور قانون التحكيم الجديد، بين القسم القضائى وعلى رأسه المحكمة الادارية العليا والقسم الاستشارى وعلى رأسه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع٠

فبينما انتهت المحكمة الادارية العليا إلى عدم جواز التحكيم فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية تأسيسا على حكم المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الذى نص على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالمنازعات الخاصة بالعقود الادارية ، أقرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بامكانية اللجوء إلى التحكيم فى منازعات العقود الادارية قولا بأن الاختصاص المنفرد لمحاكم مجلس الدولة بتلك المنازعات إنما قصد به مجرد استبعاد كل اختصاص للمحاكم العادية بتلك المنازعات ولا يصح التجاوز فى تفسير قصد المشرع من هذا النص والقول بحظر الالتجاء إلى التحكيم فى منازعات العقود الادارية ، لاسيما وأن المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة ذاته قد ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الادارة إلى التحكيم فى منازعاتها العقدية (إدارية ومدنية)، حيث تلزم تلك المادة سائر الوزارات ومصالح الدولة بألا تبرم أو تقبل أو تجيز أى تحكيم أو تنفيذ لقرار محكمين بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، فلو أن الاتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الادارة ماكان المشرع الزمها أصلا بعرض هذا الاتفاق أو تنفيذ حكم المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة ٠

وتجدر الاشارة إلى أن مسألة قابلية منازعات العقود الادارية للتحكيم قد حظيت باهتمام بالغ أمام اللجنة التى أعدت المشروع النهائى لقانون التحكيم الجديد، وبعد استعراض مطول للآراء المختلفة فى هذا الموضوع أقرت هذه اللجنة جواز اللجوء إلى التحكيم فى منازعات العقود الادارية بغير قيد أو شرط. وقد جاءت عبارة المادة الأولى من القانون المذكور واضحة فى هذا الاتجاه : " تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع٠٠٠٠".

• خامسا • عدم قابلية النزاع للتحكيم، أهو أصل أم استثناء؟

لقد درجت أحكام محكمة النقض المصرية الصادرة قبل نفاذ قانون التحكيم الجديد، وتبعها فى ذلك الكثير من الكتاب فى مصر، على القول بأن الاختصاص بفض المنازعات إنما ينعقد أصلا لمحاكم الدولة، وأما اللجوء إلى التحكيم فى هذا الشأن فهو ليس إلا أمرا استثنائيا. وقد تواترت أحكام محكمة النقض المذكورة على الأخذ فى هذا المقام بعبارة أضحت شهيرة هى أن " التحكيم هو طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وماتكفله من ضمانات".

ونحن نعتقد أن هذا المفهوم قد يحتاج إلى مراجعة فى ظل قانون التحكيم الجديد الذى أرست نصوصه نظام التحكيم على ركيزة ضخمة من حيث الفاعلية والضمانات والرقابة الجادة لجهات القضاء على اجراءات التحكيم فى مراحله المختلفة، هذا فضلا عن أن طريق التحكيم قد أضحى فى الأزمنة المعاصرة هو الطريق الغالب والأكثر ولوجا من قبل الأطراف لفض منازعاتهم المتعلقة بالتجارة الدولية، بحيث أصبح اللجوء إلى التحكيم فى هذا المجال هو الأصل والتقاضى أمام محاكم الدولة هو الاستثناء.

وخطورة التمسك بالمفهوم الاستثنائى لطريق التحكيم قد تبرز فى مجال مسألة القابلية للتحكيم، إذ قد يقول قائل بأن هذه الاستثنائية تجعل من عدم القابلية للتحكيم الأساس أو الأصل ومن جواز التحكيم الاستثناء على هذا الأصل، مع كل ما قد يترتب على هذا التفسير من آثار تهدد نظام التحكيم ذاته.

ونحن نعتقد بالعكس أن الأصل هو جواز التحكيم والاستثناء هو عدم القابلية للتحكيم. ويبدو لنا أن نصوص قانون التحكيم الجديد قد جاءت قاطعة فى هذا المعنى، فعدم القابلية للتحكيم فى هذا الشأن قد ورد النص عليه فى هذا القانون الجديد، وعلى غرار ما كانت تجرى عليه المادة ٤/٥٠١ من قانون المرافعات الملغاة، باعتباره قيدا على الأصل العام فى جواز

التحكيم فى سائر المنازعات٠ فالمادة ١١ من القانون المذكور إنما تعبر عن عدم القابلية للتحكيم فى مجال منازعات بعينها بقولها أنه " لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح"، بينما أن الأصل العام فى القابلية للتحكيم قد رددته كل من المادة الأولى من هذا القانون بقولها : تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع " ، والمادة العاشرة من ذات القانون بقولها أن " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"٠

وترتيبا على هذا التأصيل، يبدو لنا ضرورة التسليم بالنتائج الآتية على وجه الخصوص:

(أ) أن عبء إثبات عدم القابلية للتحكيم إنما يقع على عاتق الطرف الذى يسعى لاستبعاد التحكيم أو إبطاله وليس على عاتق الطرف الذى يتمسك بصحة التحكيم٠

(ب) لا يجوز التوسع فى تفسير المسائل التى لايجوز فيها التحكيم باعتبار أن عدم القابلية للتحكيم هى استثناء، والقول بغير ذلك من شأنه تهديد نظام التحكيم ذاته وبالأقل شل فاعلية اتفاقات التحكيم والتقليل من امكانية تنفيذ أحكام المحكمين ٠

(ج) ويرتبط بهذا المعنى أن تفسير فكرة النظام العام ـ حين يتعلق الأمر بتحديد المسائل المتعلقة بالنظام العام والتى يحظر القانون المصرى اللجوء إلى التحكيم فيها على ماسبق بيانه ـ هذا التفسير يجب أن يتم أيضا على نحو مقيد وليس على أساس التوسع فى التفسير٠ ذلك أن قاضى الدولة ، اذا كان مناهضا لنظام التحكيم ، سوف يمكنه بسهولة لأى سبب قد يراه وجيها أن يربط أى مسألة كانت بالنظام العام كى يستبعدها من نطاق التحكيم ومن ثم يصل إلى تقرير اختصاصه بهذه المسألة٠ وهكذا فاننا نعتقد أن كل من فكرة القابلية للتحكيم وفكرة النظام العام فى هذا المقام ، باعتبارها من المفاهيم القانونية وليس من مجرد مسائل الواقع، لا يمكن فى خضوعها لتقدير قاضى الدولة أن تفلتا من رقابة ومراجعة محكمة النقض ٠

القسم الثانى

القانون الواجب التطبيق على مسألة القابلية للتحكيم

تعد مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق فى مجال التحكيم من الأمور المعقدة التى اختلف فيها الفقه والقضاء فى القانون المقارن اختلافا كبيرا٠ ولعل مرجع ذلك فى

البداية الى اتسام التحكيم بطبيعة مركبة أو مختلطة ، ولقد استطاع أحد كبار الفقهاء المصريين أن يعبر عن هذه الصعوبة بصورة بليغة قائلا بأن التحكيم " ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا، وانما هو نظام يمر فى مراحل متعددة ٠٠٠٠ فهو فى أوله اتفاق وفى وسطه اجراء وفى آخره حكم ، وينبغى مراعاة اختلاف هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق"٠

ومن المعروف أن القانون المصرى قد تبنى، فى مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل والتصرفات القانونية المختلفة ، منهجية تنازع القوانين فأورد فى شأنها مجموعة من قواعد الاسنادتضمنتها المواد من ١٠ إلى ٢٨ من القانون المدنى المصرى٠ وقواعد الاسناد بحسب المتعارف عليه هى الأداة التقليدية التى بمقتضاها يمكن التوصل إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة محل البحث، وقواعد الاسناد هذه قد تكون مزدوجة الجانب بحيث يمكن أن تعين القانون الوطنى أو قانونا أجنبيا ، كما أنها قد تكون مفردة الجانب حيث تقتصر فى حالات معينة على تعيين القانون الوطنى فقط ٠ غير أن اختيار قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق على المسألة محل البحث يسبقه فى القانون المصرى ضرورة تكييف هذه المسألة أو تحديد نوع العلاقة المراد تعيين القانون الواجب التطبيق عليها ٠

وفى اطار الدراسة الحالية حول تنازع القوانين فى مجال القابلية للتحكيم فى القانون المصرى، سوف نعرض لهذا الموضوع فى مبحثين ينصرف الأول إلى تكييف مسألة القابلية للتحكيم ويتصدى الثانى لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة ٠

٠ أولا ٠ تكييف مسألة قابلية النزاع للتحكيم :

تقضى القاعدة العامة فى القانون المصرى بخضوع مسألة التكييف للقانون المصرى كلما كانت هذه المسألة محل بحث بواسطة المحاكم المصرية ، وفى هذا الشأن تنص المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى على أن " القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها"٠

فما هو تكييف مسألة القابلية للتحكيم من وجهة نظر القانون المصرى؟ الواقع أن هذا التساؤل لم يحظ بعناية خاصة فى الفقه المصرى، رغم أنه كان محل اهتمام من جانب الفقه المقارن الذى اختلف كثيرا فى هذا الصدد نظرا لأن عدم القابلية للتحكيم ، منظورا إليه من زاوية الأثر المترتب عليه ، من الممكن أن يؤدى إلى نتائج مختلفة ٠ فعدم قابلية النزاع للتحكيم يعتبر فى عدد من الأنظمة القانونية المقارنة سببا لبطلان التحكيم أو بالأصح سببا لبطلان اتفاق التحكيم ، ومن زاوية أخرى فان عدم القابلية للتحكيم إذا ما تقرر أو قضى به من شأنه على وجه التأكيد

أن يجرد اتفاق التحكيم من أثره السالب للاختصاص القضائى لمحاكم الدولة • وفوق ذلك، فعدم القابلية للتحكيم يمكن أيضا أن يكون سببا لبطلان حكم التحكيم، وإذا كان هذا الحكم أجنبيا فعدم القابلية للتحكيم يمكن أن يكون سببا لرفض تنفيذ هذا الحكم فى الدولة المستقبلة •

وإذا ما نظرنا الى الموقف فى القانون المصرى، نجد أن الكتاب الذين عرضوا لتكييف مسألة القابلية للتحكيم قد مالوا إلى اعتبار هذه المسألة من شروط صحة اتفاق التحكيم، بحيث يبطل هذا الاتفاق إذا كان النزاع محل اتفاق التحكيم غير قابل للحسم بواسطة التحكيم •

ونحن نعتقد أن هذا الرأى هو الصائب فى القانون المصرى، فبداءة نجده يتفق مع وجهة النظر التى أخذت بها الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى فى شأن مخالفة اتفاق الصلح للحظر المقرر بالنسبة للمسائل التى لا يجوز فيها الصلح وفقا للمادة ٥٥١ مدنى، وهى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو المتعلقة بالنظام العام على حسب ما سبق أن ذكرناه • وقد أشارت هذه الأعمال التحضيرية الى أن مخالفة الحظر المذكور، أى اجراء الصلح فى مسألة غير قابلة للصلح، يعتبر سببا لبطلان اتفاق الصلح• وترتيبا على ذلك، فإن اجراء التحكيم فى مسألة تخرج عن مجال التحكيم لكونها من المسائل التى لا يجوز فيها الصلح، يترتب عليه بالضرورة بطلان اتفاق التحكيم •

ونحن نعتقد كذلك أن تكييف عدم القابلية للتحكيم باعتباره مسألة تتعلق بصحة اتفاق التحكيم، وبعبارة أخرى أن قابلية النزاع للتحكيم تعتبر شرطا من شروط صحة هذا الاتفاق - هذا التكييف قد تبناه قانون التحكيم الجديد• ودليلنا على ذلك أن نص المادة ١١ من هذا القانون، والذى تضمن حظر التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح، قد ورد داخل الباب الخاص باتفاق التحكيم فى القانون المذكور وضمن الشروط المستلزمة فى هذا الاتفاق، وذلك تعبير واضح من جانب المشرع المصرى على الأخذ فى تكييف مسألة القابلية للتحكيم باعتبارها شرطا من شروط صحة اتفاق التحكيم •

ويبقى محلا للتساؤل تحديد مدى الزامية هذا التكييف لكل من القاضى المصرى والمحكم عند بحث مسألة القابلية للتحكيم •

(أ) تكييف القابلية للتحكيم أمام القاضى المصرى :

مما لاشك فيه أن القاضى المصرى يتقيد بالتكييف الذى اعتنقه قانون التحكيم الجديد لمسألة القابلية للتحكيم، وذلك باعتباره مخاطبا بأحكام هذا القانون وملزما بتطبيق أحكامه •

غيـــر أنه تجدر الاشارة إلى أن تقيد القاضى المصرى بهذا التكييف يقوم فى سائر الفـــروض التى يمكن أن تثار فيها مسألة القابلية للتحكيم أمام هذا القاضـى٠

فلا شبهه فى التقيد بهذا التكييف إذا ما أثيرت مسألة عدم القابلية للتحكيم بصدد تحكيـم يجرى فى مصر أو بصدد تحكيم يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون التحكيـم المصـرى ٠ ويستوى الأمر فى كون الدعوى المرفوعة أمام القاضى المصرى هى دعوى مبتدأة بطلـب ابطال اتفاق التحكيم تأسيسا على عدم قابلية النزاع للفصل فيه بطريق التحكيم ، أو كانت دعـوى مرفوعة إلى هذا القاضى فى منازعة يوجد بشأنها اتفاق للتحكيم فيدفع فيها ببطلان اتفاق التحكيم تأسيسا على عدم قابلية هذه المنازعة للتحكيم ، ومن ثم يطلب من المحكمة الوطنية الفصل فـــى موضوع النزاع ورفض الدفع بعدم قبول الدعوى تأسيسا على المادة ١٣ من قانون التحكيم الجديد ، وهو الدفع الذى كان من الواجب الاستجابة إليه لو كان اتفاق التحكيم صحيحا ٠

كذلك يتقيد القاضى الوطنى بالتكييف المذكور كلما طلب منه إبطال حكم التحكيم الذى يصدر طبقا لأحكام قانون التحكيم الجديد ، ذلك أن أحد أسباب قبول دعوى بطلان حكم التحكيم هو كـون الاتفاق على التحكيم باطلا (مادة ٥٣/أ) ٠ وقد قدمنا أن مسألة عدم القابلية للتحكيم تعتبـــر سببا لبطلان اتفاق التحكيم وفقا للتكييف الذى اعتنقه القانون المذكـــــور ٠

أما فى مجال تنفيذ القاضى المصرى لأحكام المحكمين فإنه يلزم فى ظل القانون الجديد التفرقة بين وضعيـــن :-

- ١ - أحكام التحكيم الصادرة فى إطار هذا القانون والخاضعة لأحكامه ، وهى وفقا لما تقضى به المادة الأولى من القانون المذكور الأحكام التى صدرت فى تحكيم جرى فى مصر أو فى تحكيـــم يجرى فى الخارج ولكن اتفق الأطراف على اخضاعها لأحكام قانون التحكيم المصرى ٠ وقد خص هـــذا القانون أحكام التحكيم المذكورة بنصوص المواد من ٥٥ إلى ٥٨ ، وهو وإن لم يذكر صراحة مسألـة القابلية للتحكيم ضمن الشروط التى تطلبها للأمر بتنفيذ تلك الأحكام ، فإنه لاشبهة لدينا فـــى ضرورة تقيد القاضى الآمر بمسألة القابلية للتحكيم وتكييفها وفقا للقانون المصرى عند النظـــر فى اصدار الأمر بالتنفيذ ، طالما أن عدم القابلية للتحكيم يؤدى إلى ابطال اتفاق التحكيم وهـــو ما يؤدى بالتبعية إلى اعتبار حكم التحكيم باطلا ، إذ أن ما يبنى على الباطل فهو باطل ، ومن غير المنطقى أن يستلزم ذات المشرع المصرى قابلية النزاع للتحكيم كشرط لصحة اتفاق التحكيـــم ولا يستلزمه عند الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ، وكأنه يسقط باليسار ما استلزمه باليمين ٠

- ٢ - أما أحكام التحكيم الصادرة فى الخارج ولم يخضعها الأطراف لأحكام قانون التحكيم المصرى، فهذه لا تدخل فى مجال سريان هذا القانون حسبما يستفاد من نص المادة الأولى منه • ومع ذلك تظل هذه الأحكام خاضعة لمفهوم التكييف المقرر فى القانون المصرى بالنسبة لمسألة القابلية للتحكيم • يؤكد ذلك نص المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات المصرى وهى التى تعتبر سارية على أحكام المحكمين المذكورة والتى فلتت من سريان قانون التحكيم الجديد، وهى مادة مازالت قائمة ولم تلغ بنفاذ هذا القانون الجديد، حيث تلتزم هذه المادة صراحة أن يكون حكم التحكيم الصادر فى الخارج قد صدر فى مسألة يجوز التحكيم فيها • كل ذلك فضلا عن أن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ فى شأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، وهى الاتفاقية التى تعتبر جزءا من التشريع المصرى، وتكون من ثم واجبة الاعمال وفقا لنص المادة ٣٠١ من قانون المرافعات المصرى والمادة الأولى من قانون التحكيم الجديد، قد نصت صراحة على حق القاضى المصرى فى رفض الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين الصادر فى الخارج اذا كان قد صدر فى نزاع لا يجوز تسويته عن طريق التحكيم (مادة ٥/٢ (أ) من الاتفاقية المذكورة)، وهو ذات الأمر الذى أخذت به اتفاقيات دولية تعتبر جزءا من التشريع المصرى، ومن بينها مثلا اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة ١٩٥٣ (مادة ٣ (أ) من هذه الاتفاقية)•

- (ب) تكييف القابلية للتحكيم أمام المحكمين:

ونعتقد فى هذا المقام بملاءمة التفرقة بين التحكيمات التى تدخل فى نطاق سريان أحكام قانون التحكيم المصرى، وتلك التى تفلت من هذا النطاق•

١ - ففى التحكيمات التى تخضع لقانون التحكيم المصرى، وهى على ما سبقت الاشارة التحكيمات التى تجرى فى مصر أو التى تجرى فى الخارج ولكن يتفق على خضوعها لهذا القانون، نعتقد بوجوب تقيد المحكمين بالتكييف السائد فى القانون المصرى لمسألة القابلية للتحكيم باعتبارها من شروط صحة اتفاق التحكيم • ذلك أن المحكم فى هذا النطاق إنما يستمد اختصاصه من ذات الاتفاق على التحكيم، وهو الاتفاق الذى جعل قانون التحكيم المصرى صحته مرهونة بقابلية النزاع للفصل فيه عن طريق التحكيم • فإهدار المحكم لتكييف القابلية للتحكيم بوصفها شرطا من شروط صحة اتفاق التحكيم وإتباعه لتكييف آخر فى هذا المجال قد يؤدى به إلى تطبيق قانون آخر غير القانون المصرى الواجب التطبيق على مسألة القابلية للتحكيم، وهو ما قد يعصف فى النهاية باختصاصه فى نظر التحكيم والفصل فيه •

وتجدر الاشارة فى هذا المقام الى أن قانون التحكيم الجديد قد حرص على النظر الى مسألة بطلان اتفاق التحكيم باعتبارها من المسائل المؤثرة على اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع،

وعلى هذا الأساس نصت المادة ١/٢٢ من هذا القانون على أن تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على بطلان اتفاق التحكيم ٠

٢ - أما فى التحكيمات التى لا تخضع بحسب الأصل لقانون التحكيم الجديد وهى تلك التى تجرى فى الخارج ولا يخضعها الأطراف لهذا القانون، فالمحكم لا يتقيد بالتكييف الوارد فى القانون المصرى لمسألة القابلية للتحكيم ، والغالب فى القانون المقارن القول بأن المحكم يأخذ فى هذا المجال بالتكييف السائد فى القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم باعتبار أن تلك القابلية للتحكيم تعد من شروط مشروعية هذا الاتفاق، وقد يأخذ بالتكييف القائم فى القانون الذى يحكم اجراءات التحكيم أو فى قانون الدولة التى كان بوسع محاكمها أن تختص بنظر النزاع فى حالة غياب اتفاق التحكيم ، وذلك باعتبار أن التحكيم يحتفظ دائما بأثره السالب لاختصاص محاكم الدولة ، وكل ذلك على تفصيل لا يتسع مقام هذه الدراسة الموجزة للدخول فيه ٠

٠ ثانيا ٠ القانون الواجب التطبيق على مسألة القابلية للتحكيم :

لقد ذهبت بعض أحكام محكمة النقض المصرية الصادرة قبل نفاذ قانون التحكيم الجديد إلى القول بخضوع صحة اتفاق التحكيم وترتيبه لآثاره الى قانون الدولة التى اتفق على اجراء التحكيم فيها طبقا لما تقضى به قاعدة الاسناد المقررة فى المادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى من أن يسرى على جميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تباشر فيه الاجراءات٠ وأحكام محكمة النقض المشار اليها/لم تصدر بمناسبة تكييف مسألة القابلية للتحكيم أو تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة ، وهى أحكام قد تعرضت على أية/حال للنقد من جانب بعض الفقه المصرى٠

والذى يبدو لنا أن قانون التحكيم الجديد فى مجال التحكيمات التى يسرى عليها هذا القانون، بمقتضى نص المادة الأولى منه ، قد أخضع وجوبا مسألة القابلية للتحكيم لأحكام القانون المصرى طالما أنه قد نظم القواعد التى تسرى على اتفاق التحكيم فى تلك التحكيمات (مادة ١٠ وما بعدها)، كما حظر الاتفاق على التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح٠ ولا يتصور منطقيا أن يخضع هذا الحظر، أى عدم القابلية للتحكيم ، لقانون آخر غير القانون المصرى بينما أن تلك التحكيمات قد خضعت بالنص الصريح لأحكام قانون التحكيم المصرى٠

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن قانون التحكيم الجديد يأخذ بقاعدة اسناد مفردة الجانب أو بقاعدة فورية التطبيق، بمقتضاها تخضع التحكيمات التى يسرى عليها هذا القانون، وهى تلك التى تجرى فى مصر أو تجرى فى الخارج واتفق الأطراف على اخضاعها لأحكام القانون

المذكور، لقواعد القانون المصرى وحده التى تنظم مسألة قابلية النزاع للتحكيم من عدمه، وذلك دون أية مزاحمة من قانون آخر.

أما التحكيمات التى لا يسرى عليها قانون التحكيم الجديد، وهى التى تجرى فى الخارج ولا يتفق فيها على تطبيق هذا القانون، فهى تخرج بحسب الأصل عن مجال تطبيق القانون المصرى. ومع ذلك فأحكام التحكيم التى تصدر فى هذه التحكيمات باعتبارها بالنسبة لمصر أحكاما أجنبية فانها فى حالة استقبالها فى مصر، أى فى حالة طلب تنفيذها فيها، يلزم بمقتضى حكم كل من المادة ٢٩٩ مرافعات، وهى التى تنص على أن أحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبى يجب أن تكون صادرة فى مسألة يجوز التحكيم فيها طبقا للقانون المصرى، والمادة ٢/٥ (أ) من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، وهى التى تنص على امكانية رفض الدولة المستقبلة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى إذا ما تبين أن النزاع الذى صدر فيه هذا الحكم لا يجوز تسويته عن طريق التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة المستقبلة (ويقابله نص المادة ٣ (أ) من اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية) - يلزم أن تكون صادرة فى مسألة يجوز فيها التحكيم وفقا للقانون المصرى، أى أن مسألة قابلية النزاع للتحكيم فى هذه الحالة تعتبر شرطا لامكانية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى يخضع للقانون المصرى وحده . وتلك أيضا قاعدة اسناد مفردة الجانب أو قاعدة واجبة التطبيق بصورة ضرورية أو مباشرة مما لا يقبل معها التزاحم بين القانون المصرى وأى قانون آخر.

نقـاط البحـــث

- مقدمـة ٠

القسـم الأول

ماهية مسألة القابلية للتحكيـــم

- أولا : نظرة تاريخية لمسألة القابلية للتحكيم فى المحيط العربى والاسلامى٠

(أ) القابلية للتحكيم عند العرب فى الجاهلية ٠

(ب) القابلية للتحكيم فى ظل الاسلام والشريعة الاسلامية ٠

- ثانيا : القابلية للتحكيم فى التشريع الوضعى٠

- ثالثا : اجراء التحكيم فى الخارج وأثره على مسألة القابلية للتحكيم ٠

- رابعا : منازعات العقود الادارية ومدى قابليتها للتحكيم ٠

- خامسا : عدم قابلية النزاع للتحكيم، أهو أصل أم استثناء؟

القسـم الثانـــى

القانون الواجب التطبيق على مسألة القابلية للتحكيم

أولا : تكييف مسألة قابلية النزاع للتحكيم ٠

(أ) تكييف القابلية للتحكيم أمام القاضى المصـــرى٠

(ب) تكييف القابلية للتحكيم أمام المحكمين ٠

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على مسألة القابلية للتحكيـــم ٠