دكتور محمود سمير الشرقاوى
أستاذ ورئيس قسم القانون التجارى
كلية الحقوق جامعة القاهرة

معيارا التجارية والدولية
وفقاً لقانون التحكيم المصرى الجديد
مقارنا بالقانون النموذجى (الأنسيترال)

صدور قانون التحكيم الجديد فى مصر

صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية فى ١٨ أبريل سنة ١٩٩٤ ونشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ٢١ أبريل سنة ١٩٩٤ على أن يعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره أى اعتبارا من ٢٢ مايو سنة ١٩٩٤.

وقد وضع مشروع هذا القانون بمعرفة لجنة شكلها قرار من وزير العدل برئاسة الأستاذ الدكتور محسن شفيق ، لوضع مشروع يتعلق بالتحكيم التجارى الدولى .

وقد اعتمدت اللجنة على مشروع تمهيدى أعده الأستاذ الكبير رئيس اللجنة مستهديا فى ذلك بالقانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأنسيترال UNCITRAL) سنة ١٩٨٥ وبعد أن استمر عمل اللجنة مايزيد على خمس سنوات انتهت الى وضع مشروع لقانون للتحكيم التجارى الدولى معتمدة على القانون النموذجى الدولى مع بعض تعديلات واضافات ليتفق ويلاءم النظام القانونى المصرى ، رؤى أن يعالج المشروع الجديد أيضا نظام التحكيم الداخلى الذى تحكمه المواد من ٥٠١ إلى ٥١٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية وليعالج النقائص الموجودة فى المواد المشار إليها ، بحيث يصدر قانون واحد ينظم التحكيم الدولى والداخلى معا ، ولذلك تقرر ضم بعض المتخصصين فى قانون المرافعات الى اللجنة لاعادة النظر فى المشروع ودمج نوعى التحكيم فى مشروع واحد .

وقد صدر قانون التحكيم الجديد بعد اتمام الدمج المشار إليه ونص على الغاء المواد من ٥٠١ إلى ٥١٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، كما نص على الغاء أى حكم مخالف لأحكامه .

نطـاق تطبيق القانون الجـديد :

تنص المادة (١) من القانون الجـديد على أنه ((مع عدم الاخلال بأحكـام الاتفاقيات الدولية المعمـول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بيـن أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخـاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونيـة التى يدور حولهـا النزاع إذا كان هذا التحكـيم يجرى فى مصر ، أو كـان تحكيمـا تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على اخضاعـه لأحكام هذا القانون)).

ويعنى هذا النص أن القانون الجـديد يسرى على :-

(أ) التحكـيم الداخلى وهو يجرى فى مصر بالضـرورة .

(ب) التحكـيم الدولى وفقا لمعيار دولية التحكـيم المنصوص عليه فى المادة ٣ من القانون على نحـو ما سنعرض فيما بعـد ، ولـو كـان هذا التحكيم يجرى فى مصر .

(جـ) التحكـيم الدولى وفقا للمعيار القانونى الذى سنعرض له إذا كان التحكـيم يجـرى فى الخارج بشرط أن يتفق أطرافه على إخضاعه للقانون المصرى الجـديد .

(*)

كما يبين من النص السابق ، أن القانون الجـديد يسرى على كـل تحكـيم اختيـارى ، مهمـا كانت الطبيعة القانونية لأطـراف التحكـيم ، أى أن هذا القانون لايسرى فقـط على التحكـيم الذى يجـرى بين أشخاص القانون الخاص سواء كان الشخص طبيعيـا أو اعتباريـا بل يسرى أيضا على التحكيم الذى يجرى بين شخص خاص وشخص عام، أو التحكيم الذى يجرى بين شخصين عامـين .

وتقضى نص المادة (١) من القانون الجـديد أيضا فى تحـديد طبيعة النزاع الـذى يقبل التحكـيم فيه وفقا لأحكامه ، بأنه يخضع للتحكـيم أى نزاع أيا كانت طبيعـة العلاقـة القانونية التى يدور حولها النزاع ، إلا أن هذا الحكم مقيد طبعا بما تقضى به المادة (١١) من القانون بأنه لايجـوز التحكـيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلـح .

ويعنى ما تقدم أن الاتفاق على التحكـيم وفقا لأحكام القانون الجديد جائز سواء فـى العقود المدنية أو العقود التجارية أو العقود الإدارية ، بل أن الاتفاق على التحكيم جائـز أيضا وفقا لأحكام المادة ١/١٠ من القانون الجـديد ولو كان النزاع ناشئا عن علاقة قانونيـة غير عقدية ، ذلك أن اتفاق التحكيم يمكن أن يكون سابقا على قيام النزاع سواء كـان مستقلا بذاته أو ورد فى عقد معين ، كما يجوز أن يقوم الاتفاق على التحكيم بعد قيـام

(*) وهو ماتؤكـده المادة ١/٤ من القانون الجديد .

النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام القضاء (المادة ٢/١٠ من القانون الجديد).

ويعنينا فى هذا المقام أن نعرض لمعيارى التجارية والدولية فى القانون الجديد.

معيار التجارية :

أولاً : الأعمال التجارية وفقا للمعيار التقليدى :

إذا كان قانون التحكيم الجديد يسرى على كل تحكيم ينشأ عن علاقة تجارية أى عن عمل تجارى ، فإن المادة (٢) منه تكفلت ببيان المقصود بالتحكيم التجارى وفقا لأحكامه.

وقبل أن نعرض لمعيار التجارية فى القانون الجديد ، فإننا نشير بإيجاز إلى معيار التجارية وفقا للقانون الوضعى .

ويستند الفقه التجارى المصرى الى نص المادة (٢) من التقنين التجارى المصرى لتحديد معيار العمل التجارى ، واستقر الرأى الراجح على الأخذ بمعيار المضاربة الذى يتجلى فى أهم أنواع الأعمال التجارية وهو عمليات الشراء لأجل البيع وعملية البيع ذاتها قياسا . كما يستبعد هذا المعيار التصرفات العقارية من نطاق الأعمال التجارية ، ويستبعد أيضا الأعمال الاستخراجية وأهمها الزراعة وهى مستبعدة صراحة بنص المادة (٣) من التقنين التجارى المصرى، وتشمل هذه الأعمال أيضا استخراج الثروات الطبيعية بكافة أنواعها .

ثانياً: معيار الأعمال الاقتصادية في الفقه الحديث :

لايسلم الفقه الحديث بالنظرية التقليدية للأعمال التجارية ويوجه إليها انتقادات عديدة، إذ يرى أن النظرة المجردة الى أعمال معينة ووصفها بالتجارية لاتستقيم مع طبيعة الأمور، وأن فكرة الأعمال التجارية لاتكون مقبولة إلا من خلال ربطها بفكرة المشروع ، فالأعمال التجارية هى الأعمال التى تقع بمناسبة استغلال مشروع تجارى والذى يشكل وحدة اقتصادية تقوم بأنواع الاستغلال الاقتصادى سواء تمثل ذلك فى استغلال تجارى بالمعنى التقليدى أو فى استغلال زراعى أو استخراجى أو صناعى أو مالى .

الأمر الذى يغنى عن المعيار التقليدى للأعمال التجارية أو لمحاولة حصرها أو حتى للتفرقة بين مايعرف بالعمل المدنى والعمل التجارى . (*)

(*) أنظر مؤلفنا فى القانون التجارى جـ ١ سنة ١٩٨٩ دار النهضة العربية من ص ٣

ثالثاً : موقف قانون التحكيم الجديد :

تنص المادة (٢) من القانون الجديد على أنه ((يكون التحكيم تجاريا فى حكم هذا القانون إذا انشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة واقامة المفاعلات النووية)).

وتعليقا على هذا النص نورد الملاحظات الآتية :-

١) حرص النص على تبنى المعيار الحديث لتحديد تجارية العمل ، بقوله أن التحكيم يكون تجاريا اذا انشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى ، ذلك لأن هذا المعيار يتسع ليشمل مايعنيه الآن اصطلاح ((التحكيم التجارى)) والذى لم يعد مقصورا على مفهوم العمل التجارى وفقا للمعيار التقليدى على نحو ماعرضنا آنفا .

وتعبير ((طابع اقتصادى)) يتضمن كل نشاط يتصل باستثمار رؤوس الأموال والحصول على عائد هذا النشاط بقطع النظر عما إذا كان من قبيل الأعمال المدنية أو الأعمال التجارية فى معنى المادتين ٢ و ٣ من التقنين التجارى المصرى ، على نحو ماقدمنا ، بل أن بعض الأمثلة التى يتضمنها نص المادة (٢) من قانون التحكيم الجديد يعد فى حكم التقنين التجارى المصرى من قبيل الأعمال المدنية ومع ذلك ، فإنها تعد تجارية وفقا لأحكام قانون التحكيم ، من ذلك مثلا عقود الخبرة الهندسية أو الفنية ،وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية واستصلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة واقامة المفاعلات النووية .

٢) يشير النص الى أن التحكيم يعد تجاريا اذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية .

ويتبين مما تقدم أنه لايشترط أن تنشأ العلاقة القانونية عن عقد معين ، وانما يمكن أن يكون مصدرها عمل غير مشروع أو فضالة ، وفى مثل هذه الحالات الأخيرة يتم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع ، لأنه لايتصور أن يوجد اتفاق مسبق على التحكيم ذلك لأن مصدر العلاقة القانونية من المصادر غير الاتفاقية،

من ذلك مثلا دعوى المنافسة غير المشروعة التى تتأسس على فكرة الخطأ التقصيرى . لذلك فإن نص المادة (١٠) من قانون التحكيم الجديد ، يعرف اتفاق التحكيم بأنه اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ، وأنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع أو بعد قيام النزاع .

٣) ثار الخلاف والجدل فى الفقه والقضاء حول طبيعة تعداد الأعمال التجارية الواردة فى المادة (٢) من التقنين التجارى والتى تحتوى على خمس عشرة فقرة تتضمن كل فقرة أكثر من عمل تجارى ، وما إذا كان يعد واردا على سبيل الحصر أو على سبيل المثال . واستقر الرأى الراجح على أنه تعداد وارد على سبيل المثال ، إذ لايتصور حصر الأعمال التجارية والتى تتحدد وتتطور على مر الزمن . لذلك آثر المشرع فى قانون التحكيم الجديد عندما أورد فى المادة تعدادا لما يمكن أن يعد تجاريا فى مفهومه ، أن يسبق هذا التعداد بالنص صراحة على أنه يشمل ((على سبيل المثال ....)) الأعمال التى ذكرت .

اذ أراد المشرع أن يؤكد أن التحكيم يمكن أن يعد تجاريا متى تعلق بأعمال ذات طابع اقتصادى ولو لم تكن واردة فى التعداد الذى تضمنه .

٤) نلاحظ أن الأمثلة التى ذكرها النص نقلها عن الأمثلة التىأشار إليها هامش المادة ١/١ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى الذىوضعته سنة ١٩٨٥ لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ((الأنسيترال)) والذى يعد أساسا لمشروع قانون التحكيم التجارى الدولى المصرى ، كما بينا فى مقدمة هذا الحديث .

ولما كان وضع هذا التعداد فى هامش تشريع وطنى أمرا غير مألوف ، فقد وضع هذا التعداد الوارد على سبيل المثال فى صلب نص المادة (٢) من قانون التحكيم التجارى المصرى الجديد .

وواقع الأمر أن التحكيم فى المنازعات الناشئة عن معاملات ذات طابع اقتصادى والتى تعد تجارية بحسب نص المادة (٢) من القانون الجديد لم تترك مجالا واسعا لتحكيم يتعلق بنزاع مدنى ، بحيث يمكن القول أن القانون الجديد هو فى واقع الأمر قانون للتحكيم التجارى الذى اتسع مدلوله ليشمل كل المنازعات ذات الطابع

الاقتصادى ، سواء كان يصدق عليها وصف المنازعات المدنية أو المنازعات التجارية، بل ويشمل وفقا لصريح نص المادة (١) من القانون الجديد المنازعات التى تدخل فى دائرة العقود الإدارية مادامت تتسم بالطابع الاقتصادى .

معيار الدولية :

لم يستقر فقه قانون التحكيم على تحديد معيار لدولية التحكيم أو للتفرقة بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى .

فذهب رأى إلى الأخذ بفكرة القانون الواجب التطبيق بالنسبة لاجراءات التحكيم فالتحكيم الداخلى هو الذى يخضع فى اجراءاته للقانون الوطنى ، أما التحكيم الدولى فهو الذى تخضع اجراءاته لقانون أجنبى أو لنصوص اتفاقية دولية .

وذهب رأى آخر الى أن العبرة بمكان صدور حكم التحكيم . وهناك آراء أخرى تستند إلى جنسية المحكم أو جنسية الخصوم ، ومنها مايستند الى المكان الذى يوجد فيه المركز الرئيسى للمنظمة التى تتولى التحكيم أو مكان المحكمة المختصة أصلا لنظر النزاع وقد انتقدت جميع هذه المعايير(*) .

أما المعيار الذى اتجه اليه الفقه الحديث وأخذ به القضاء الفرنسى ، فهو المعيار الذى يتعلق بطبيعة النزاع ، فالتحكيم الدولى هو الذى يتعلق بنزاع من طبيعة دولية أى يتعلق بمعاملة تجارية دولية ولو كان يجرى بين شخصين يحملان الجنسية ذاتها وجرى التحكيم فى الدولة التى ينتميان الى جنسيتها (**).

على أن هذا المعيار الأخير لايحل بدوره صعوبة تحديد الطبيعة الدولية للمعاملة التجارية.

وقد حدد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى أكثر من معيار لدولية التحكيم فى المادة ٣/١ منه ، إذ يعتبر التحكيم دوليا فى حالات ثلاث . :

(*) قرر القانون الاتحادى السويسرى للتحكيم الصادر سنة ١٩٨٧ بأن يعد التحكيم دوليا ولو كان يجرى فى سويسرا متى كان محل اقامة أو موطن أحد الطرفين عند ابرام اتفاق التحكيم يقع خارج سويسرا.

(**) انظر مؤلف الأستاذ الدكتور/ فوزى سامى فى التحكيم التجارى الدولى ، سنة ١٩٩٢ ص ٩٧ ومايليها .

١ ـ اذا كان مقرا عمل طرفى اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين فى دولتين مختلفتين (*) ، أو
٢ ـ اذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التى يقع فيها مقر عمل الطرفين .

(أ) مكان التحكيم اذا كان محددا فى اتفاق التحكيم أو طبقا له .

(ب) أى مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية ، أو المكان الذى يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به... أو

٣ ـ اذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

ونلاحظ أن الحالة الأولى من الحالات التى نص عليها القانون النموذجى مستمدة من معيار دولية عقد بيع البضائع الذى أخذت به اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولى للبضائع لعام ١٩٨٠ ((اتفاقية فينا)).

وقد أخذ قانون التحكيم المصرى الجديد بالحالات التي أخذ بها القانون النموذجى ، وأضاف إليها حالة رابعة عندما نصت المادة (٣) على أن :ـ

((يكون التحكيم دوليا فى حكم هذا القانون اذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك فى الأحوال الآتية :ـ

ونلاحظ أن هذه الفقرة قد تبنت معيار ارتباط النزاع بالتجارة الدولية الذى استقر عليه الفقة الحديث والقضاء الفرنسى .

أما الحالات التى وردت فى نص القانون المصرى فهى :ـ

((أولاً: اذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت ابرام اتفاق التحكيم . فاذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم . واذا لم يكن لأحد طرفى التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل اقامته المعتاد. . . .

وهذه الحالة إحدى حالات القانون النموذجى الواردة فى المادة ٣/١ وهى الحالة الأولى مع إضافة الحكم الوارد فى الفقرة الفرعية (٤) من المادة ٣/١ والمشار اليها فى هامش هذه الصفحة .

وهو المعيار الذى اخذت به اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ للبيع الدولى للبضائع ، كما ذكرنا آنفا .

(*) تقضى الفقرة (٤) بأنه اذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر عمل ، فيكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم ، واذا لم يكن لاحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته المعتاد.

((ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء الى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها . . .

وهذه هى الحالة التى أضافها النص المصرى الى الحالات الثلاث الواردة فى القانون النموذجى ويهدف من ذلك الى اعتبار التحكيم دوليا باللجوء الى منظمة تحكيم دائمة مثل غرفة التجارة الدولية فى باريس أو جمعية التحكيم الأمريكية أو باللجوء الى مركز للتحكيم يوجد مقره داخل مصر أو خارجها مثل مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى ، أو مركز تسوية منازعات الاستثمار ICSID فى واشنطون .

((ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة . .

وهذه الحالة أخذت أيضا من القانون النموذجى ، ولعلها أكثر الحالات وضوحا لبيان الصفة الدولية للنزاع .

((رابعاً: إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت ابرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة :

(أ) مكان اجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه .

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(جـ) المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع)).

وهذه الحالة التى تندرج ضمن الحالات الثلاث الواردة فى القانون النموذجى ، على ماقدمنا ، ولكن أفرد القانون المصرى الجديد فقرة مستقلة والحالة ما إذا كان المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع يقع خارج الدولة التى يوجد فيها المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم متى وقع هذا المركز الرئيسى فى الدولة نفسها ، وهى الحالة التى وردت فى القانون النموذجى ضمن حالة أخرى نص عليها فى الفقرة ٢ ـ (ب) من المادة ١/٣ كما قدمنا .

ويبدو مما تقدم أن القانون المصرى الجديد للتحكيم أورد عدة معايير يكون فيها التحكيم دوليا وفقا لأحكامه ، مما يسمح باتساع نطاق مفهوم التحكيم التجارى الدولى وفقا للقانون الجديد.

ويترتب على تحديد الطبيعة الدولية للتحكيم أهمية كبرى فى تحديد الإحكام التى تنطبق على التحكيم الدولى وفقا لأحكام القانون الجديد وأهمها بيان المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها القانون الجديد الى القضاء المصرى ، فهى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع اذا كان التحكيم داخليا ، ومحكمة استئناف القاهرة إذا كان التحكيم تجاريا دوليا مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر (المادة ١/٩).

كذلك ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر فى التحكيم التجارى الدولى أمام المحكمة المشار اليها فى المادة (٩) ((محكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف أخرى فى مصر يتفق عليها طرفا التحكيم)) . فاذا كان الحكم الصادر فى تحكيم داخلى ، فان دعوى البطلان تكون من اختصاص محكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع .

الجيزة فى ١٢/٧/١٩٩٤.

دكتور/ محمود سمير الشرقاوى