أثر الإفلاس على عقد المحكم بين الآثار السلبية للإفلاس وحماية الأمان القانوني لمنظومة التحكيم الحر
دراسة مقارنة

الدكتور/ محمد مرسي عبده
كلية القانون - جامعة الشارقة
كلية الحقوق - جامعة حلوان

ملخص:

يعد نظام التحكيم من الوسائل البديلة لفض المنازعات الأكثر شيوعاً في مجال التجارة الدولية، والذي حظي باهتمام بالغ من المجتمع الدولي؛ فأبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية بشأنه، وأُنشئت العديد من المراكز المتخصصة في حل المنازعات عن طريق التحكيم سواء أكانت دولية أم إقليمية، وهذا كله يرجع إلى كون نظام التحكيم يتماشى مع حركة الاستثمار العالمي التي تحاول دائماً البعد بمنازعاتها عن القضاء العادي وآثاره السلبية الناجمة عن بطء عملية التقاضي وتعقيداتها.

وعلى الرغم من شهرة وذيوع نظام التحكيم في الوقت الحالي، إلا أن حركة اللجوء إليه سوف تزداد في المرحلة المقبلة لمواكبة التطورات الاقتصادية وتغيراتها، وبخاصة في ظل الأزمات التي يمر بها النظام المالي العالمي، فالكيانات الاقتصادية والشركات التجارية حتماً ستركن إلى التحكيم لضمان تحقيق مصالحها على نحو سريع وآمن، بيد أن هذا الإقبال على التحكيم في ظل الأزمات المالية الراهنة قد أفرز لنا مشاكل قانونية جديدة على هذا الفرع الجديد نسبياً من فروع العلوم القانونية، ومن أهم المشاكل العملية التي طرأت على نظام التحكيم بسبب الأزمات الاقتصادية هي تعرض أحد أطراف التحكيم للحكم بشهر إفلاسه، وأثر ذلك الحكم على اتفاق التحكيم.

وأوضحنا خلال البحث وبالنظر في القانون المصري والقانون الكويتي والقانون الفرنسي أن منظومة التحكيم بداية من الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ومروراً بإبرام عقد محكم والسير في إجراءات الخصومة التحكيمية وصولاً إلى صدور الحكم المنهي للنزاع تتأثر سلبياً بإفلاس أحد أطراف النزاع، مما يشكل تهديداً على الأمان القانوني لنظام التحكيم، ويعرقل تطوره كأسلوب بديل وفعال في حل نزاعات التجارة الدولية.

وانتهينا إلى أن الأثر السلبي المترتب على تداخل إجراءات الإفلاس مع إجراءات التحكيم الحر، يمكن الحد منه عن طريق التنسيق بين تلك الإجراءات وبعضها البعض، حيث يجب على المحكم أن يراعي القواعد القانونية المنظمة لعملية شهر الإفلاس باعتبارها قواعد إجرائية متعلقة بالنظام العام، وإلا تعرض الحكم التحكيمي الصادر عنه للبطلان، كما يجب على أطراف النزاع أن يوفوا بكافة

الالتزامات المترتبة على اتفاق التحكم وعقد المحكم، خاصة تسديد مصاريف التحكيم، والالتزام بمبدأ حسن النية والتعاون مع المحكم لإنجاح مهمته التحكيمية.

كما أن حماية الأمان القانوني لمنظومة التحكيم الحر من التداعيات السلبية لإفلاس أحد الخصوم يتطلب مواجهة الخصم سيئ النية الذي حاول استغلال نظام الإفلاس لتعطيل منظومة التحكيم وإفراغها من مضمونها، وذلك بتطبيق مبدأ عدم التناقض L'estoppel على الخصومة التحكيمية، بالإضافة إلى تقرير المسؤولية العقدية لذلك المحتكم المفلس سيئ النية.

مقدمة:

يُعد نظام التحكيم من الوسائل البديلة لفض المنازعات الأكثر شيوعاً في مجال التجارة الدولية، والذي حظي باهتمامٍ بالغ من المجتمع الدولي؛ فأُبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية بشأنه، وأُنشئت العديد من المراكز المتخصصة في حل المنازعات عن طريق التحكيم سواء أكانت دولية أم إقليمية، وهذا كله يرجع إلى كون نظام التحكيم يتماشى مع حركة الاستثمار العالمي التي تحاول دائماً البعد بمنازعاتها عن القضاء العادي وآثاره السلبية الناجمة عن بطء عملية التقاضي وتعقيداتها.

والتحكيم طريق بديل عن القضاء العادي لحسم المنازعات الناشئة عن العلاقات العقدية وغير العقدية، والذي يلجأ إليه أطراف النزاع بشكل إرادي سواء بإدراج شرط التحكيم في العقد أو في مشارطة تحكيم مستقلة؛ فالإرادة المشتركة لأطراف النزاع هي مصدر سلطات المحكم في حسم النزاع، وإصدار حكم نهائي فيه يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره.

وعلى الرغم من شهرة وذيوع نظام التحكيم في الوقت الحالي، إلا أن حركة اللجوء إلى التحكيم سوف تزداد في المرحلة المقبلة لمواكبة التطورات الاقتصادية وتغيراتها، وبخاصة في ظل الأزمات المالية التي يمر بها النظام المالي العالمي، فالكيانات الاقتصادية والشركات التجارية حتماً ستركن إلى التحكيم لضمان تحقيق مصالحها على نحوٍ سريعٍ وآمن.

بيد أن هذا الإقبال على التحكيم في ظل الأزمات المالية الراهنة قد يفرز لنا مشاكل قانونية جديدة على هذا الفرع الجديد نسبياً من فروع العلوم القانونية، ومن أهم المشاكل العملية التي قد تطرأ على نظام التحكيم بسبب الأزمات الاقتصادية هي تعرض أحد أطراف التحكيم للحكم بشهر إفلاسه، وأثر ذلك الحكم على اتفاق التحكيم.

من ناحية أخرى، يقع على عاتق الخصوم الراغبة في اللجوء إلى نظام التحكيم الحر للفصل في النزاع الناشئ بينهم الدخول في علاقة قانونية تابعة لاتفاق التحكيم

تمثل آلية تنفيذه، وهى تلك العلاقة التي تربط بين الخصوم من جهة والمحكم من جهة أخرى، والتي لم تحظ بالبحث والتدقيق من جانب المشرع والفقه كما حظي اتفاق التحكيم؛ لذلك سيكون من الأهمية بمكان الوقوف على ماهية تلك العلاقة والبحث في طبيعتها القانونية والتزامات أطرافها ودرجة الارتباط والتكامل بينها وبين اتفاق التحكيم، وبالتالي تحديد مدى تأثرها بإفلاس أحد أطراف الخصومة التحكيمية، وانعكاسات ذلك على منظومة التحكيم الحر برمتها.

إشكالية البحث:

قد يبدو من الوهلة الأولى أنه لا يوجد ارتباط بين نظام الإفلاس ونظام التحكيم، تأسيساً على أن الإفلاس من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز فيها التحكيم، وكونه نظاماً خاصاً بالتجار يهدف إلى تنظيم التنفيذ الجماعي على أموال التاجر المفلس الذي توقف عن سداد ديونه التجارية في مواعيدها وأشهرت المحكمة المختصة إفلاسه بحكم قضائي.

وعلى الرغم من ذلك، فإنه لا يخفى على أحد أن الأزمات المالية التي تجتاح معظم الدول في الوقت الحالي وتؤثر سلباً على الكيانات التجارية والمالية قد تجعل لمسألة الإفلاس بعداً جديداً في منظومة التحكيم؛ فإذا كان لكل من التحكيم والإفلاس نظامٌ قانوني مختلف عن الآخر وخاص بالهدف الذي ترمي إليه قواعد كل نظام على حدة، إلا أن الواقع العملي أفرز لنا العديد من الحالات التي تأثرت فيها منظومة التحكيم بإجراءات الإفلاس، وظهر أمام الفقه القانوني العديد من الإشكاليات جراء تداخل إجراءات الإفلاس مع إجراءات التحكيم، والتي من أهمها؛ الوضع القانوني لاتفاق التحكيم من حيث مدى قابليته للتنفيذ في ظل شهر إفلاس أحد الخصوم، وهل يختلف الحال إذا كان الاتفاق على التحكيم قد تم قبل شهر إفلاس أحد الخصوم عن الحالة التي يتم فيها الاتفاق على التحكيم بعد شهر إفلاسه؟ وإذا وقع الإفلاس أثناء سير الخصومة التحكيمية وبعد إبرام عقد المحكم فمن الموكل له بالاستمرار في إجراءات التحكيم والتعاون مع الهيئة التحكيمية لإنجاح مهمتها، هل هو المحتكم المفلس أم أمين التفليسة؟

كما يطرأ على الذهن الحالة التي يلجأ فيها المحتكم صاحب الوضع الضعيف إلى نظام الإفلاس بسوء نية، حتى يجبر هيئة التحكيم على مراعاة القواعد الخاصة بالإفلاس والتي على رأسها انقطاع الخصومة التحكيمية لحين حلول أمين التفليسة محل المحتكم المفلس، وبهدف إطالة أمد العملية التحكيمية بما يتنافى مع روح التحكيم، ويؤثر بالسلب على حسن سير الخصومة التحكيمية.

وليس ببعيد عن ذلك الحالة التي يحاول فيها المحتكم المفلس سيئ النية استغلال القواعد الخاصة بالإفلاس للتهرب من سداد نفقات الخصومة التحكيمية وأتعاب المحكم بحجة غل يده عن إدارة أمواله، الأمر الذي قد يدفع المحكم إلى حبس الحكم التحكيمي لحين الحصول على أتعابه، ومن ثم تعطيل منظومة التحكيم.

ومن أكثر المواقف التي قد تصيب منظومة التحكيم بالشلل وعدم الفعالية في حل منازعات التجارة الدولية، تلك الحالة التي يمتنع فيها المحتكم المفلس بسوء نية عن كشف وضعه القانوني وحالة الإفلاس التي يمر بها إلى الهيئة التحكيمية، ثم ينتظر حتى صدور الحكم التحكيمي ليطعن عليه بالبطلان بحجة أن المحكم لم يراع القواعد المنظمة للإفلاس وكونها متعلقة بالنظام العام الدولي؛ ومن ثم يكون الحكم مشوباً بالبطلان لعيبٍ في إجراءت سير الخصومة التحكيمية.

مع هذا الواقع العملي الذي يظهر لنا العديد من الآثار السلبية في حالة حدوث تلازم بين إجراءات إفلاس أحد المحتكمين وإجراءات سير الخصومة التحكيمية، فكان لزاماً علينا تسليط الضوء على تلك السلبيات، وأن نعمل على وضع الحلول القانونية للحد منها بهدف الحفاظ على الأمان القانوني لمنظومة التحكيم الحر، وذلك بعد أن نقف على النظام القانوني للعلاقة التي تربط الخصوم بالمحكم باعتبارها أكثر حيز في منظومة التحكيم الحر يتأثر بإفلاس أحد الخصوم. مع التأكيد على أن هذه الدراسة سوف تقتصر على نظام التحكيم الحر Ad hoc، حيث إن لجوء الأطراف المحتكمة إلى التحكيم المؤسسي يستلزم تطبيق قواعد وإجرءات المؤسسة المتفق على حل النزاع أمامها في اتفاق التحكيم ومن ضمنها كيفية تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم، وبالتالي لا حاجة لابرام عقد محكم بين الخصوم والمحكم، حيث تكون قواعد التحكيم التي تخضع لها هذه المؤسسة بمثابة شروط عقد المحكم.

خطة الدراسة

على هدي ما سبق سيكون من المناسب لدراسة أثر الإفلاس على عقد المحكم وانعكاسات ذلك على الأمان القانوني لمنظومة التحكيم أن نقسم هذا البحث إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: أثر الإفلاس على عقد المحكم وانعكاساته على اتفاق التحكيم الحر.

المبحث الثاني: التصدي لإجراءات الإفلاس لحماية منظومة التحكيم الحر.

وحري بنا أن نمهد لهذا البحث بالحديث عن البناء القانوني لعقد المحكم لنقف

على زواياه التي تتأثر بإجراءات الإفلاس والتي تمتد بعد ذلك إلى منظومة التحكيم الحر بأكملها، فكان من المناسب تقسيم المطلب التمهيدي إلي فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول – ماهية عقد المحكم وطبيعته القانونية.

الفرع الثاني – التزامات أطراف عقد المحكم.

المطلب التمهيدي
البناء القانوني لعقد المحكم

إذا كان اتفاق التحكيم هو دستور منظومة التحكيم باعتباره مصدر اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع(١)، فإن عقد المحكم(٢) هو مصدر ولاية المحكم للفصل في موضوع النزاع، حيث إن الأطراف لديهم حرية مطلقة في اختيار وتعيين محكميهم، ويعتبر اختيار هيئة التحكيم على وجه الخصوص من الحقوق الأساسية المكفولة للخصوم تأسيساً على أن مبعث اتفاق التحكيم بُني على حرية الأطراف في تعيين محكميهم والثقة في حسن تقدير المحكم وعدالته، بداية من لحظة اختياره حتى صدور الحكم التحكيمي أو انتهاء مهمته برده أو عزله أو تنحيته أو لأي سبب آخر(٣).

فالمحكم(٤) هو المحور الأساسي الذي تدور حوله خصومة التحكيم الحر(٥)،

---

(١) د. سيد عيد نايل، محاضرة امتداد شرط التحكيم، الدورة المتعمقة لإعداد المحكم الدولي، مركز تحكيم حقوق عين شمس، جامعة عين شمس بتاريخ ١٨/٤/٢٠٠٩، جمهورية مصر العربية؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف ٢٠٠٧، ص١٤٦.

(٢) تبنى العديد من فقهاء التحكيم تسمية العلاقة العقدية التي تربط بين الخصوم والمحكم بـ "عقد المحكم: contratd'arbitre"؛ ومنهم على سبيل المثال:
Thomas Clay, L'arbitre,, Dalloz collection 2001; J. ROBERT, Expose introductif et général sur l'arbitrage, Annales de la Faculté de Liège 1964; R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international,?conomica collections,?tudes juridiques comparatives 1982; Ph. FOUCHARD, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Revue de l'arbitrage 1996; Ch. JARROSSON, Remarques sur le contrat d'arbitrage, a propos de la recevabilité du recours en annulation pour contester les honoraires des arbitres, Revue de l'arbitrage 1998.

(٣) د. أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص١٩٩؛ د/ سيد عيد نايل، محاضرة امتداد شرط التحكيم، الدورة المتعمقة لإعداد المحكم الدولي، مركز تحكيم حقوق عين شمس، بتاريخ ١٨/٤/٢٠٠٩، جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص٢٤٨.

(٥) يستلزم لجوء الأطراف المحتكمة إلى التحكيم المؤسسي تطبيق قواعد وإجراءات المؤسسة المتفق على حل النزاع أمامها في اتفاق التحكيم ومن ضمنها كيفية تشكيل هيئة التحكيم، وبالتالي لا حاجة لإبرام عقد محكم بين الخصوم والمحكم في هذه الحالة، حيث تكون قواعد التحكيم التي تخضع لها هذه المؤسسة بمثابة شروط عقد المحكم. راجع: د. فايز نعيم رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي Unicitral، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الخامسة عشرة، العدد الأول يناير ٢٠٠٧، ص ١٠٤.

فهو الشخص الذي نال ثقة الخصوم وأولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، على أن يكون حكمه ملزماً لهم(٦)، فهو بمثابة قاضيهم الخاص(٧)، وحسن اختياره والتدقيق فيما يحمله من خبرات ومؤهلات سيتوقف عليه نجاح العملية التحكيمية من عدمه(٨).

لذلك يُعد الوصول إلى حكمٍ تحكيمي مشروطاً بتنفيذ عقدين مختلفين؛ العقد الأول هو اتفاق التحكيم، والثاني هو عقد المحكم، والأخير على وجه الخصوص لا غنيً عنه لتنفيذ اتفاق التحكيم، فإذا ما أصاب هذا العقد أو تنفيذه عيب فلا مجال للحديث عن حكمٍ تحكيمي، حيث إن محل هذا العقد هو منح سلطة الفصل في النزاع للمحكمين، فهو عقدٍ يربط بين المحكمين من ناحية والخصوم من ناحية أخرى، واتفاق جميع هؤلاء الأطراف وحده هو الذي يجعل من تشكيل هيئة التحكيم أمراً ممكناً.

وإذا كان الغالب أن يبرم عقد المحكم مستقلاً عن اتفاق التحكيم، إلا أن كلاً منهما يؤثر في الآخر، حيث إن المهمة الأولى لهيئة التحكيم بعد إبرام عقد المحكم هي التأكد من وجود اتفاق تحكيم صحيح تطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص compétence–compétence، فإذا تأكدت من وجود اتفاق تحكيم صحيح انعقد اختصاصها، وتبدأ النظر في موضوع النزاع، أما إذا انتهت إلى عدم وجود اتفاق تحكيم، فإن ذلك سيؤدي إلى غياب السند القانوني لاختصاصها، وبالتبعية سيبطل عقد المحكم لغياب محله، وهو الفصل في موضوع النزاع.

من ناحية أخرى إذا كان يبدو من الناحية الشكلية أن اتفاق التحكيم منفصل تماماً عن عقد المحكم، بيد أن وجود هذا الأخير وتنفيذه أمر جوهري لإتمام تنفيذ اتفاق التحكيم، حيث إن المحكم لن يكون له ولاية للفصل في النزاع محل التحكيم، إلا إذا تم تنفيذ عقد المحكم، مما يعني أن إخلال أحد المحتكمين بعقده مع المحكم – كالمحتكم المفلس – قد يؤدي إلى عدم مباشرة هذا المحكم لولايته داخل الهيئة

(٦) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف ٢٠٠١، ص١٤٤؛ د. سحر عبد الستار، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص٣٩؛ د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٩، ص١٤٦.

(٧) Philippe Fauchard, le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française, revue de la l’arbitrage 1996, p.327.

(٨) د. هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص٢٦.

التحكيمية، أو أن يضطر المحكم إذا كانت الإجراءات قد وصلت إلى مرحلة إصدار الحكم، أن يحبس حكمه حتى يقوم المحتكم المتعاقد معه بسداد أتعابه.

ولاشك أن ما نثيره في هذا الجزئية له تأثيرٌ واضح على منظومة التحكيم، فالطرف الذي لا يرغب في صدور حكم تحكيمي ينهي النزاع من الممكن أن يتخذ من الإفلاس طريقة تؤثر على عقد المحكم، وبالتالي إعاقة صدور الحكم التحكيمي، وهو الأمر الذي قد يؤثر في النهاية سلباً على التأييد الذي ناله التحكيم كطريقة سلسة لفض المنازعات سواء على مستوى النظم القانونية المختلفة أو على المستوى الدولي. لذلك سيكون من الضروري تحليل عقد المحكم من الناحية القانونية حتى نستطيع بعد ذلك الوقوف على مدى تأثره بإفلاس أحد الأطراف المحتكمة؛ على النحو التالي.

الفرع الأول
ماهية عقد المحكم وطبيعته القانونية

يعد عقد المحكم contratd'arbitre من العقود غير المسماة، فالمشرع المصري وكذلك المشرع الكويتي لم يتناولاه بأي تنظيم خاص باستثناء بعض الإشارات البسيطة(٩)؛ لذلك فهو يخضع للقواعد العامة المطبقة على العقود، سواء من حيث التراضي والمحل والسبب، فهو كباقي العقود الرضائية التي لا تحتاج شكلية معينة لانعقادها، بيد أن أهم ما يميزه أنه عقد قائم على الاعتبار الشخصي، حيث إن الصفات الشخصية المادية والمعنوية للمحكم تعد عنصراً جوهرياً وحاسماً في مسألة اختياره للفصل في النزاع التحكيمي(١٠).

فالمحكم يتم اختياره مباشرة من قبل المحتكمين على أساس الثقة في شخصه

(٩) قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد ١٦ بتاريخ ٢١/٤/١٩٩٤، حيث تنص المادة (٣/١٦) على أنه: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته"؛ مرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، مجموعة التشريعات الكويتية، وزارة العدل الكويتية، الجزء الثالث، الطبعة الأولي ٢٠١١، حيث تنص المادة (١٧٨) على أنه: "مع عدم الإخلال بما نص عليه في المادة السابقة أو أي قانون آخر، يشترط أن يقبل المحكم القيام بمهمته ويثبت القبول كتابة...".

(١٠) Bertrand Moreau, Arbitrage commercial, Répertoire de droit commercial, Dalloz 2004, p.75, nº169.

وجدارته للفصل في موضوع النزاع، ولهم مطلق الحرية في تقدير ذلك(١١). فمثلاً المشرع المصري اتخذ موقف قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي(١٢) ولم يحدد طريقاً للأطراف لاختيار الهيئة التحكيمية بل ترك الأمر لإرادتهم(١٣)، وكذلك ذهب المشرع الكويتي الذي ترك للخصوم حرية تعيين المحكم في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل(١٤)، وعليه نجد أن الخصوم غير ملزمين باختيار المحكم في اتفاق التحكيم مباشرة، بل يجوز لهم تعيينه في اتفاق لاحق عليه أو حين نشوب النزاع، فعدم تعيين المحكم في اتفاق التحكيم ذاته لا يؤدي إلى بطلانه أو عدم صحته(١٥).

وعلى الرغم من أن عقد المحكم من العقود الرضائية، بيد أنه يتطلب لانعقاده قبول المحكم للمهمة التحكيمية كتابةً، فاتفاق الأطراف على اختيار محكم بعينه للهيئة التحكيمية لا يعدو إلا مجرد ترشيح، فلا يتم تعيين المحكم إلا إذا ثبت قبوله للمهمة التحكيمية كتابةً؛ حيث تنعقد ولايته للفصل في موضوع النزاع(١٦)، وهذا ما اشترطه قانون التحكيم المصري، حيث تنص المادة (٣/١٦) على أنه: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته"، وأيضاً أكد عليه المشرع الكويتي الذي اشترط قبول المحكم القيام بالمهمة التحكيمية، وأن يثبت قبوله كتابة (م ١٧٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي)؛ فقبول المحكم لمهمته التحكيمية جوهر منظومة التحكيم، وشخص المحكم محور إدارة هذه المنظومة.

---

(١١) Georges-Albert et Didier Matray, L'arbitre: pouvoirs et statut, Actes du colloque du CEPANI, éditions Bruylant 2003, p.17.

(١٢) لمزيد من التفاصيل، يمكن الإطلاع على قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري باللغة العربية على العنوان الإلكتروني التالي:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

(١٣) تنص المادة (١/١٧) من قانون التحكيم المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم..."

(١٤) تنص المادة (١٧٤) من مرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه: "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره. وإذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وتراً، **كما يجب تعيين المحكم في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل**".

(١٥) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥، ص١٣٠.

(١٦) D. Alexandre, arbitrage judicaire, Revue de la l'arbitrage 1981, p.399.

كما أن مسألة الرضا هي التي قد تثير أحياناً بعض الصعوبات في مسألة تشكيل هيئة التحكيم، خاصة في الحالة التي يكون فيها أكثر من محكم لا يربطهم مع الخصوم عقد محكم واحد، ففي تلك الحالة يتطلب الأمر تشكيل هيئة التحكيم أن يبرم عقد محكم بين كل خصم والمحكم الذي اختاره على حدة، ثم يبرم الخصوم مجتمعين عقداً آخر مع المحكم المرجح(١٧). ويمكن كذلك الاستدلال على الطبيعة العقدية لمهمة المحكم من الحكم الذي ذهبت فيه محكمة النقض المصرية(١٨) إلى اعتبار المحكم ذلك الشخص الذي يعهد إليه بفض نزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له النظر في ذلك النزاع، والاشتراك في المداولة بصوت معدود، وفي إصدار الحكم والتوقيع عليه.

ولعل هذا العقد قد يقترب من عقود تقديم الخدمات بخاصة عقد الوكالة القانونية(١٩)، لكن ما يحول دون ذلك أن المحكم لا يمثل الطرف الذي اختاره، فالمحكم يؤدي عمله باستقلال دون وجود رابطة تبعية أو رقابة أو إشراف من الخصم الذي تعاقد معه.

كما أن المحكم قد يشبه المقاول في عقود المقاولة(٢٠) التي بمقتضاها يلتزم شخص بالقيام بعمل محدد باستقلالية تامة عن المتعاقد الآخر نظير أجر معين، وهو ما يقترب من طبيعة عمل المحكم الذي يتعاقد مع الخصوم دون أن يمثلهم، للقيام بعمل محدد ذي طبيعة ذهنية، وهو الفصل في نزاع معين. لكن ما يشوب هذا الرأي أن الطرف المتعاقد مع المقاول – وإن تعدد – في عقد المقاولة دائماً يكون له هدف

(١٧) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ١٩٩٤، السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني، ص ٢٠٦.

(١٨) حكم لمحكمة النقض المصرية، نقض مدني، جلسة ١٩٨٨/٢/١٤، طعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق؛ انظر في ذات المعني أيضاً: حكم لمحكمة استئناف القاهرة، جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٩، قضية رقم ١١٥/٧١ ق تحكيم تجاري، مشار إليه في مجلة التحكيم العربي، الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد السابع، يوليو ٢٠٠٤، ص١٨٢.

(١٩) ذهب بعض الفقه إلى تكييف العلاقة التي تربط بين المحكم وأحد الخصوم بأنها عقد وكالة بحيث يُعد المحكم وكيلاً عن أحد المحتكمين أو كلاهما في ممارسته لمهمته التحكيمية؛ راجع: الأستاذ الدكتور محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ٢٠٠٧، ص٨٨.

(٢٠) ذهب جانب من الفقه إلى تكييف العلاقة التي تربط بين المحكم وأحد الخصوم بأنها عقد مقاولة على اعتبار أن مهمة المحكم تتشابه كثيراً مع عمل المقاول في عقود المقاولة؛ راجع: الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٤، ص١٨٤.

محدد يجب أن يعمل المقاول على تحقيقه، أما الطرف المتعاقد مع المحكم في عقد المحكم دائماً يمثل جانبين تتنازع مصالحهما، ولا يكون في مقدور المحكم سوى إعمال مصالح الجانب الذي يقف القانون في صالحه(٢١). ويضيف البعض(٢٢) أن هذا التشبيه بين عقد المقاول وعقد المحكم غير دقيق، حيث إن طبيعة عمل المحكم يفترض بها أن تكون بدون مقابل، حيث إن مسألة تحقيق العدالة لا تقدر بثمن.

كما يعد عقد المحكم من عقود المعاوضة الملزم للجانبين، فالمحكمون يلتزمون بتأدية العمل محل العقد وهو الفصل في النزاع خلال المهلة المحددة، والمحتكمون يلتزمون بأداء أتعاب المحكمين، والتعاون فيما بينهم على حسن سير إجراءات التحكيم وصولاً إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع، كما أن في غالب الأمر يطلب المحكم وضع اعتماد مالي مبدئي لتغطية مصاريف إجراءات التحكيم والأتعاب الخاصة به(٢٣).

حيث إن الواقع العملي يثبت أن تنفيذ المحكم لعقده غالباً يكون نظير أجر يحصل عليه من الخصم الذي تعاقد معه، ولذلك ذهبت محكمة استئناف باريس(٢٤) في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ ديسمبر ٢٠٠١، إلى أن عقد المحكم ينتج أثره بمجرد قبول المحكم تعيينه، فهو عقد ذو طبيعة خاصة يرتب التزامات على عاتق طرفيه، أهمها أن يدفع الخصم أتعاب المحكم، فالمحكم يستحق أتعاب عن الأعمال التي قام بها للفصل في النزاع، فإذا لم يتم دفعها قد يظل حكم التحكيم معلقاً، كما أن هذه الأتعاب لا تستحق إلا إذا أكمل المحكم مهمته، بل من الجائز تخفيض قيمة هذه الأتعاب أو إلغاؤها نهائياً إذا ثبت أن هناك تقصيراً من المحكم في أداء مهمته.

ولعل ما يؤثر أيضاً في تحديد الطبيعة القانونية لعقد المحكم أن المحكم لا يقوم بتأدية مهمته بناء على ما تم الاتفاق عليه في عقد المحكم فقط، حيث إن إرادة الأطراف لا تكفي وحدها لتسيير منظومة التحكيم؛ بل يجب على المحكم أن يراعي الإجراءات الآمرة التي ينص عليها المشرع عند سلوك طريق التحكيم لفض المنازعات،

---

(٢١) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٢٢) Thomas Clay, L'arbitre, op.cit, vol.2, nº862.

(٢٣) C. Reymond, Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et de sa répartition, in Études de procédure et d'arbitrage, Mélanges Jean François Poudret, Faculté de droit de Lausanne 1999 p. 495.

(٢٤) Cour d'appel de paris, 13 décembre 2001, Revue de l'arbitrage 2003, note Loquin, p.1312.

حيث لا يمكنه بأي حال من الأحوال مخالفة هذه الإجراءات باعتبارها من أساسيات التقاضي؛ مثل الالتزام بأن يكون حكم المحكم كتابة وكيفية الطعن عليه(٢٥).

وبناء على ذلك، إذا كان القاضي العادي يمتلك ولاية ذاتية للفصل في النزاعات القانونية مرتبطة بشغله وظيفة قضائية، تظل قائمة له طالما ظل متمتعاً بوظيفته، فإن المحكم لا يحظى بهذه الولاية إلا إذا تم تعيينه من قبل الأطراف المعنية بالنزاع، ليعود بعد الفصل في النزاع وانتهاء المهمة المكلف بها في عقد المحكم شخصاً عادياً، حيث إن ولايته للفصل في النزاعات القانونية تظل دائماً مؤقتة ومحددة بموضوع النزاع محل التحكيم.

هكذا يظل المحكم قاضياً خاصاً تم تعيينه بطريقة عقدية من خلال المحتكمين لكي يفصل في النزاع الواقع بينهم، كما أنه له حقوق وعليه التزامات عقدية بموجب عقد المحكم، فهو قاضٍ من ناحية، وطرف متعاقد من ناحية أخرى، كما أن مسألة تعيين المحكم تظل دائماً من الأمور المتعلقة بالنظام العام، فكما قضت محكمة استئناف باريس(٢٦) أن الأطراف المحتكمين يجب أن يكونوا على قدم المساواة عند تعيين المحكم، فإذا ما اتفق في شرط التحكيم على انفراد أحدهم فقط بتعين المحكم – أو المحكمين – كان شرط التحكيم باطلاً، وذلك ما يتفق مع موقف المشرع المصري الذي نص في المادة (٢٦) من قانون التحكيم على أنه: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه".

كما ينبغي عند النظر في الطبيعة القانونية لعقد المحكم أن نراعي أنه عقد مشترك، يميزه تعدد المتعاقدين فيه، فهو يمثل منظومة عقدية بها أكثر من شخص له دور تعاوني فيها لخدمة هدفٍ واحد وهو الفصل في موضوع النزاع(٢٧). فالمحكم يجد نفسه بموجب العقد ملتزماً ليس بالتعامل مع المحتكم الذي تعاقد معه فقط، بل بالقيام بجميع التصرفات التي تجعله يفي بالتزاماته التعاقدية، والتي يأتي على رأسها الاتصال بباقي المحكمين وكذلك الخصوم وكل شخص له علاقة بالنزاع الذي سيفصل فيه، فعقد المحكم لا يمكن تنفيذه إذا انعزل كل طرف في منظومة التحكيم عن باقي الأطراف التي تشكل المنظومة؛ فكل محكم وكل خصم يشترك في تنفيذ هذه

(٢٥) د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص٢١٦.

(٢٦) Cour d'appel de paris, 22 mai 1991, Revue de l'arbitrage 1996, note Ph. Fouchard, p.325.

(٢٧) V. Hascher, Arbitrage du commerce international, Répertoire international, Dalloz 2005, nº105.

المهمة التعاقدية، وهم ملتزمون بالتعاون فيما بينهم حتى صدور الحكم الذي بلاشك يمس مصلحة لكل واحدٍ منهم.

أخيراً يمكن تعريف عقد المحكم بأنه عقد ذو طبيعة خاصة يمنح أحد أطرافه – المحكم – ولاية ذات طبيعة قضائية تمكنه من الفصل في نزاع معين وقع بين الخصوم، دون أن يكون شاغلاً لوظيفة قضائية[٢٨]، نظير مقابل يؤديه الخصوم له.

وعلي هدي ما سبق قد تظهر مسألة دفع الخصم لأتعاب المحكم عائقاً أمام الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع، فالمحكم قد يرفض تولي مهمته الفصل في النزاع إذا أدرك أن أحد طرفي النزاع لا يمكنه تأمين نصيبه من أتعاب المحكمين، وبالتالي سيرفض التعاقد لتولي مهمته كمحكم، وعلى هذا الأساس قد نجد أن فكرة إنكار العدالة التحكيمية قد تكون متوقفة على ذهاب نية أحد الأطراف إلى عدم التعاون لإتمام تنفيذ عقد المحكم كما في حالة الطرف المعرض لخطر الإفلاس؛ وهو ما سنتعرض له تفصيلاً بعد الوقوف على التزامات أطراف عقد المحكم.

الفرع الثاني
التزامات أطراف عقد المحكم

يُعد عقد المحكم كغيره من العقود الملزمة للطرفين، فهو يرتب التزامات على عاتق المحكم تتمثل في البدء بالقيام بإجراءات التحكيم كأسس للوصول إلى حكم تحكيمي، وكذلك التزامات على عاتق المحتكمين تتمثل في حسن التعاون والمشاركة مع المحكم للوصول إلى حكم ينهي النزاع، بالإضافة إلى تسديد أتعاب المحكم.

وإذا كانت هذه الالتزامات هي نتيجة طبيعية لعقد المحكم، إلا أن محكمة استئناف باريس[٢٩] في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ ديسمبر ١٩٩٦، والذي أكدت على عدة مسائل هامة تؤثر في التزامات عقد المحكم، وهي أن عمل المحكم له طبيعة قضائية، وأن كل طرف من أطراف عقد المحكم يقع على عاتقه التزامات مختلفة ذات طبيعة خاصة، وأن جميع الخصوم يمثلون طرفاً واحداً في عقد المحكم، وأن جوهر

(٢٨) Cour de cassation, Chambre civile 2, du 31 janvier 2002, 00-18.509; voir en ligne:
http://www.legifrance.gouc.fr/affiochJouriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&id-Texte=JURITEXT000007435562&fastReqId=781048262&fastPos=5

(٢٩) Cour d'appel de paris, 19 décembre 1996, Société Qualiconsult et autres c. Groupe Lincoln.

التزامات الخصوم هو سداد نفقات التحكيم وأتعاب المحكمين، وجوهر التزامات المحكمين هو إصدار حكم يفصل في موضوع النزاع.

لذلك نجد أن المحكم ملتزم بأداء عمل محدد، يجعله يقوم بعدة تصرفات ومهام لتنفيذه، وأن هذا الالتزام يُعد التزاماً ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، فالمحكم يقع على عاتقه القيام بكل جهد يلزم للوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع، وإذا ثبت أنه أخطأ أو أهمل في تنفيذ مهمته التحكيمية فقد تثار مسؤوليته العقدية، كما أن الأطراف يلتزمون بسداد الأتعاب المنصوص عليها في العقد، والتعاون مع المحكم لتسهيل قيامه بمهمته(٣٠)، فالخصم الذي يمتنع عن سداد الأتعاب المستحقة عليه أو يضع العراقيل أمام المحكم أو يقوم ببعض التصرفات التي تجعل تنفيذ المحكم لمهمته أمراً صعباً ومستحيلاً، يُعد مرتكباً لخطأ تعاقدي يثير مسؤوليته العقدية أمام باقي الأطراف، كما أن المحكم وفقاً للنظرية العامة للعقود يمكنه أن يحبس الحكم حتى يُحِّصل أتعابه من الطرف المتعنت، وهذا قد يصل بنا في النهاية إلى مسألة تعطيل العدالة التحكيمية.

من ناحية أخرى، إذا كان المحتكمون يمثلون طرفاً واحداً في عقد المحكم، وكونهم ملتزمين بسداد أتعاب المحكمين والاشتراك في تسهيل مهمة هيئة التحكيم للوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع، فإن ذلك لا يؤثر على طبيعة موقفهم وأنهم في الأصل أطراف متخاصمة؛ لذلك نجد أن لكل واحدٍ منهم التزامات مستقلة عن الطرف الآخر.

أولاً – التزامات المحكم:

يترتب على قبول المحكم لمهمته التحكيمية وإبرام عقد المحكم مع المحتكمين العديد من الالتزامات التي تقع على عاتقه في إطار خصومة التحكيم؛ وتنقسم هذه الالتزامات إلى قانونية وتعاقدية. أما الالتزامات القانونية فقد تناولتها معظم المراجع الشارحة لأساسيات التحكيم(٣١)؛ لذلك سنكتفي بالمرور عليها، ثم نتناول التزامات المحكم العقدية والمتصلة بموضوع البحث بشيء من التفصيل.

---

(٣٠) Cour d'appel de paris, 22 mai 1991, Revue de l'arbitrage 1996, note Ph. Fouchard, p.325 " les obligations de ce contrat, synallagmatique, sont les suivantes: le paiement des honoraires aux arbitres constitue l'objet de l'obligation des parties en litige, rendre une sentence tranchant le litige qui oppose les parties constitue l'objet de l'obligation des arbitres".

(٣١) لمزيد من التفاصيل راجع:
Jacques Béguin, Droit de l'arbitrage, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires 01 mars 2012, p.4; Caroline Derache, Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit français, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires 02 août 2012, p.2.

تبدأ التزامات المحكم القانونية من مرحلة الترشيح لمهمة التحكيم، حيث يقع عليه لقبول المهمة التحكيمية أن يبدي موافقة عليها كتابة، وأن يفصح عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول حيدته واستقلاله[٣٢] (م٣/١٦ من قانون التحكيم المصري). كذلك يلتزم المحكم أثناء سير الخصومة بأن يحترم مبدأ المساواة بين الخصوم (م٢٦ من قانون التحكيم المصري) حيث إن احترام حق الإنسان في المساواة يعد أساس شرعية نظام التحكيم[٣٣]. ويقع على المحكم احترام حقوق الأطراف في الدفاع والمرافعة والعلم بإجراءات التحكيم[٣٤]، وأن يكفل للأطراف كافة حقوقهم المتعلقة بالضمانات الأساسية للتقاضي[٣٥]. أما في مرحلة إصدار الحكم فيلتزم المحكم بتسبيب الحكم إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم (م٢/٤٣ من قانون التحكيم المصري). كذلك يقع على عاتق الهيئة التحكيمية تسليم طرفي التحكيم صورة من حكم التحكيم موقعة منهم، وعدم نشر حكم التحكيم أو جزء منه إلا بموافقتهم (م٤٤ من قانون التحكيم المصري).

بجانب هذه الالتزامات القانونية التي تقع على عاتق المحكم بموجب القانون، هناك التزامات أخرى يكون مصدرها الاتفاق المبرم بينه وبين أطراف الخصومة التحكيمية والذي يمنح المحكم ولايته التحكيمية؛ ومن أهم هذه الالتزامات:

(أ) الالتزام بتولي المهمة التحكيمية بنفسه حتى نهايتها: يذهب جانب من الفقه[٣٦]

---

(٣٢) ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن عدم استقلالية المحكم لا يؤثر في صلاحية اتفاق التحكيم ذاته، إنما يقتصر الأمر على بطلان عقد المحكم المبرم بين الأطراف المحتكمة والمحكم لوجود عيب في رضاء أحد الأطراف، مبني على غلط وقع فيه المحتكم بخصوص استقلالية المحكم. راجع:
Cour d'appel de paris, 6 novembre 2008, Revue de l'arbitrage 2009, note P. Leboulanger, p 376.

(٣٣) لمزيد من التفاصيل حول اعتبار أن حق الإنسان في المساواة أساس شرعية أي نظام قضائي؛ راجع: د. عبد الغني بسيوني، المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠١؛ د. محيي شوقي أحمد، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة ١٩٨٦.

(٣٤) د. أشرف الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية . دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص٢٥٥.

(٣٥) E. Loquin, les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, revue de l'arbitrage 2006, p.152.

(٣٦) د. أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص١١٥.

إلى أن فلسفة منظومة التحكيم وطبيعتها الخاصة تقتضي من المحكم أن يباشر المهمة التحكيمية بنفسه دون أن يملك تفويض غيره للقيام بها حتى ولو لم ينص على ذلك في عقد المحكم، حيث إن شخصية المحكم سواء من الناحية المادية أو المعنوية تكون محل اعتبار للمحتكمين، وعلى أساسها يتم اختياره لمباشرة المهمة التحكيمية، فهي من أهم المحاور التي تدور حولها العملية التحكيمية، وكلما تم مراعاة الدقة، وحسن اختيار المحكم، ووضع ما يحمله من خبرات ومؤهلات في الحسبان، بحيث يكون المحكم فنياً رفيع المستوى وخبيراً في موضوع النزاع، كلما خرجت إجراءات التحكيم سليمة وصح الحكم الصادر عنه.

ومسألة مباشرة المحكم الذي تم تعيينه للمهمة التحكيمية بنفسه، وفي حدود سلطاته، يُعد من المبادئ الرئيسية في منظومة التحكيم، فالطابع الشخصي لهذه المهمة تلزم المحكم بأن يباشر إجراءات التحكيم دون أن يشرك معه غيره في المراحل المختلفة للعملية التحكيمية، فلا يملك المحكم أن يوكل غيره في سماع المرافعات أو أخذ رأيه أو يفوضه في المداولة والنطق بالحكم أو أي عمل من شأنه تخلي المحكم عن المهمة التي أُسندت إليه وإلا تعرض حكم التحكيم إلى البطلان(٣٧).

وإذا ما شرع المحكم في مهمته التحكيمية فلا يجوز له أن يتخلى عنها إلا إذا وجد سبب جدي يمنعه من الاستمرار في مباشرة مهمته التحكيمية، أو طرأ سبب من أسباب رده، كما لو استجدت ظروف بعد توليه المهمة من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيدته (م١٨ من قانون التحكيم المصري)، وكذلك إذا اتفق الأطراف على عزله(٣٨) لقلة خبرته أو عدم أمانته أو رفضه المساهمة الإيجابية في إجراءات التحكيم (م٢٠ من قانون التحكيم المصري).

هكذا يلتزم المحكم بالفصل في النزاع الذي وافق على الفصل فيه بموجب عقد المحكم، ولا يجوز له الانسحاب من العملية التحكيمية إلا في الأحوال السابقة، وإلا

(٣٧) د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص٢٧٥ وما بعدها؛ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص٢٦٢؛ د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٩، ص٤٢٨ وما بعدها.

(٣٨) يختلف رد المحكم عن إنهاء مهمته بعزله، ففي الحالة الأولى فقط يحكم ببطلان ما سبق من إجراءات وقررات بالنسبة للمحكم الذي حُكم برده، على عكس الحالة الثانية التي تظل فيها الإجراءات والقرارات الصادرة من المحكم الذي تم إنهاء مهمته صحيحية. راجع: د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، بدون ناشر ٢٠٠٤، ص١٠٣.

جاز للخصم الذي أضير من المحكم الذي ترك مهمته التحكيمية مطالبته بالتعويض عما أصابه من ضرر على أساس قواعد المسؤولية العقدية(٣٩).

(ب) التزام المحكم بتطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف: من الالتزامات التي يرتبها عقد المحكم على عاتق المحكم ضرورة تطبيق القانون الذي اتفق أطراف الخصومة التحكيمية على تطبيقه على النزاع، فالهيئة التحكيمية مقيدة بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم موضوع النزاع؛ فكل ما هو تعاقدي صنعه المحتكمون يكون أكثر عدلاً وأمناً بالنسبة لهم(٤٠) مع الأخذ في الاعتبار أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على نحو يتعارض مع النظام العام الدولي أو كونه ينطوي على غش نحو قانون الدولة التي كان ينبغي اختيار قانونها لحكم النزاع وفقاً لمعطياته وظروفه، يجعل للمحكم سلطة اختيار القانون الأنسب للفصل في النزاع، ودون أن تثار مسؤوليته أمام أطراف الخصومة التحكيمية(٤١).

وهذا ما أكد عليه المشرع المصري في المادة (١/٣٩) التي تنص على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك". أما المشرع الكويتي لم يشر إلى القانون الموضوعي الذي يطبقه المحكم على النزاع، وهو ما يدل على أن المشرع الكويتي ترك الأمر لإرادة المحتكمين لاختيار القانون الموضوعي الأنسب لتطبيقه على النزاع الناشئ بينهم، وذلك على خلاف القواعد الإجرائية التي ورد بشأنها نص صريح يتيح للمحكم عدم التقيد بالإجراءات الورادة في قانون المرافعات المدنية والتجارية – فيما عدا الإجراءات الخاصة بالتحكيم والواردة بالباب الثاني عشر – أثناء سير الخصومة التحكيمية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك(٤٢).

---

(٣٩) Thomas Clay, Détermination de la responsabilité civile contractuelle de l'arbitre, La Semaine Juridique - Edition générale 2006, p.1.

(٤٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع "محاذير وتوجيهات"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، يناير ٢٠٠٨، ص ١٧ وما بعدها.

(٤١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مرجع سابق، ص ٢٩ وما بعدها.

(٤٢) تنص المادة (١٨٢) من مرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه: "يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم".

أما في الحالة التي لا يتفق أطراف الخصومة التحكيم على قانون معين يحكم النزاع، يكون الأمر متروكاً للمحكم نفسه، حيث يختار القواعد القانونية التي يطبقها على موضوع النزاع، والتي يجب أن تكون مستمدة من القانون الذي ترى الهيئة التحكيمية أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع (م٣٩/٢). وهكذا في حالة اختيار أطراف التحكيم للقانون الواجب التطبيق على النزاع لا يكون أمام المحكم سوى التقيد بهذا القانون، فلا يجوز له استبعاده وإلا تعرض حكمه للبطلان.

أما في الحالة التي يتجاوز فيها المحكم حدود الاتفاق بينه وبين الخصوم، بأن يطبق على النزاع قانوناً غير الذي ذهبت إليه إرادة الخصوم، فتقوم المسؤولية العقدية للمحكم لعدم تقيده بما تم الاتفاق عليه مع الخصوم، وانطلاقاً من أن تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم النزاع الناشئ بينهم يعد في حد ذاته أحد الغايات التي أبرم من أجلها عقد المحكم(٤٣).

وحري بنا الإشارة في هذه الجزئية إلى أن المحكم يجب عليه أن يصدر الحكم التحكيمي في الموعد الذي تم الاتفاق عليه مع الخصوم، وذلك تماشياً مع فلسفة التحكيم التي تقوم على السرعة في الفصل في المنازعات، وهرباً من القضاء العادي الذي لا يملك المتقاضون أمامه حث المحكمة على سرعة حسم النزاع(٤٤). أما في حالة سكوت الاتفاق عن الموعد المحدد لصدور الحكم التحكيمي، فيجب على المحكم أن يصدر حكمه خلال الأجل المنصوص عليه في القانون الذي يحكم النزاع؛ فمثلاً وفقاً للمادة (٤٥/١) من قانون التحكيم المصري يتعين على الهيئة التحكيمية أن تصدر حكماً تحكيمياً منهياً للخصومة التحكيمية خلال اثني عشر شهراً من تاريخ البدء في إجراءات التحكيم.

كما أن المشرع الكويتي تنبه لأهمية عنصر الوقت وكونه أحد الغايات الرئيسية لمنظومة التحكيم؛ فوضع له تنظيماً خاصاً يضمن به أمرين؛ الأمر الأول وهو سرعة الفصل في موضوع النزاع، وذلك بنصه في المادة (١٨١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: "إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم أجلاً للحكم، كان على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم، وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة، أو المضي

(٤٣) د. هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص٤١٥.
(٤٤) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، ص١٨٩.

فيه أمامها إذا كان مرفوعاً من قبل، وإذا اختلفت تواريخ إخطار الخصوم بدأ الميعاد من تاريخ الإخطار الأخير".

الأمر الثاني هو تفادي المناورات التي قد يقوم بها أحد الخصوم مثل امتناعه عن تقديم ما يطلبه منه المحكم في الموعد المحدد، بهدف تعطيل سير الخصومة التحكيمية وإعاقة المحكم عن إصدار حكمه خلال المدة المحددة للفصل في النزاع، وذلك بنصه في المادة (١٧٩) على أنه: "يقوم المحكم خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من قبول التحكيم بإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع، وبمكان انعقادها، وذلك دون تقيد بالقواعد المقررة في هذا القانون للإعلان، ويحدد لهم موعداً لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم، ويجوز الحكم بناء على ما يقدمه جانب واحد إذا تخلف الآخر عن ذلك في الموعد المحدد".

(جـ) التزام المحكم بحفظ سرية الخصومة: يُعد من أهم الالتزامات العقدية التي تقع على عاتق المحكم الحفاظ على مبدأ السرية خلال ممارسته لمهمته التحكيمية؛ فيجب عليه عدم إفشاء سرية المستندات التي تقع تحت يده خلال نظره للمنازعة التحكيمية، وكافة المراسلات والمناقشات التي بمناسبة المرافعة حتى صدور الحكم التحكيمي، وكل ما يطالب الخصوم ببقائه تحت غطاء السرية(٤٥).

لذا تعتبر مسألة التزام المحكم بموجب اتفاق المحكم بسرية ما يتم تداوله كتابةً أو شفاهةً خلال سير الخصومة التحكيمية من مقتضيات منظومة التحكيم ومزية من أهم مميزاته، بدءاً من عرض النزاع عليه ليفصل فيه ومروراً بجلساته التحكيمية حتى صدور حكم تحكيمي منهٍ للنزاع(٤٦). لذلك يجب على المحكم عدم إفشاء أي معلومة متعلقة بالعملية التحكيمية، باعتبار أن ذلك من الغايات التي جعلت الخصوم يقدمون على إبرام عقد محكم معه، باعتباره شخصاً محل ثقة سيحرص على سرية المهمة التحكيمية، وهو ما يصعب إيجاده في إجراءات التقاضي العادية التي يُعد مبدأ العلنية فيها ضمانة أساسية من ضمانات الخصومة القضائية(٤٧).

---

(٤٥) E. Loquin, les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, op.cit, p.324.

(٤٦) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاهرة ١٩٧٣.

(٤٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص٥١٢.

ثانياً – التزامات الخصوم: يترتب على لجوء الأطراف إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات التي نشأ – أو قد ينشأ – بينهم التزامهم بإبرام عقد محكم، تلك العلاقة العقدية التي تربط المحكم بالمحتكمين، وتمنحه الولاية لينظر الخصومة، ويفصل فيها باعتباره قاضيهم الخاص، هذه المهمة التحكيمية التي يبذل المحكم فيها الجهد والوقت يتطلب لإنجاحها أن يوفي المحتكمون بالتزاماتهم العقدية الناشئة عن عقد المحكم؛ وهي على النحو التالي:

(أ) دفع أتعاب المحكم: لاشك أن المحكم بقبوله القيام بالمهمة التحكيمية سيثبت له عدة حقوق مالية، فالأصل في التحكيم أنه بأجر(٤٨)، لذلك يستحق المحكم الذي أتم مهمته التحكيمية بنجاح الحصول على كافة المصاريف التي أنفقها في سبيل إتمام المهمة التحكيمية، وكذلك أتعاب عن الوقت والجهد الذي بذله للوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع.

ومسألة تحديد الأتعاب المستحقة للمحكم لم ينظمها قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك قانون التحكيم المصري وقانون المرافعات الكويتي؛ لذلك يترك أمرها لما يتفق عليه الأطراف سواء في عقد المحكم أو في اتفاق مستقل، فإذا لم يتم تحديدها لا يكون أمام المحكم سوى اللجوء إلى القضاء لتتولي المحكمة تحديد أتعابه؛ حيث لا يجوز له أن يصدر قراراً يحدد مصاريفه وأتعابه إلا إذا قبل الأطراف ذلك(٤٩).

فالمحكم يستحق أتعاباً عن وقته الذي كرسه لأداء مهمته التحكيمية، وعن كل ما بذله طيلة مدة التحكيم من جهد لفهم طبيعة النزاع وتحديد القواعد التي تحكمه وسماع مرافعات الخصوم وطلباتهم، وكذلك الانتقال إلى مكان النزاع إذا تطلب الأمر، كما يستحق المحكم كافة المصاريف التي أنفقها لأداء مهمته من نفقات سفر من موطنه إلى محل النزاع، ونفقات الإقامة، ونفقات سير الخصومة التحكيمية كأتعاب الكاتب الذي عاونه والخبير الذي انتدبه إذا تطلب النزاع، ونفقات الانتقال إلى المحكمة المختصة لإيداع الأحكام.

لذلك يتفق الخصوم والمحكم في عقد المحكم – غالباً – على تحديد مصاريف المحكم وأتعابه، على أن تدفع مناصفة بينهم، أو أن يتحملها الطرف الذي يصدر الحكم التحكيمي ضده، ولا يوجد ما يمنع من أن يفوض المحتكمون المحكم في تحديد

---

(٤٨) Georges-Albert et Didier Matray, op.cit, p.231.

(٤٩) د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص٢٩٠.

مصاريفه وأتعابه على أن يدفع جزءاً منها أثناء سير الخصومة والباقي بعد صدور الحكم، وكذلك تحديد الطرف الملزم بها أو تعيين نصيب كل واحد منهم، مع خضوع تقدير المحكم لمصاريف الخصومة التحكيمية وأتعابه لرقابة القضاء، حيث تملك المحكمة تعديله بما يتناسب مع حجم المصاريف التي كانت تقتضيها الخصومة التحكيمية، والأتعاب الفعلية عن المجهود الذي بذله بما يتناسب مع قيمة النزاع وطبيعته ومركز المحكم الأدبي(٥٠).

(ب) الالتزام بالتعاون مع الهيئة التحكيمية واحترامها: لحسن سير الخصومة التحكيمية ولضمان نجاح مهمة الهيئة التحكيمية موضوع عقد المحكم، يقع على عاتق الأطراف المتعاقدة مع المحكم التعاون معه، وإمداده بكافة المعلومات والوثائق المتعلقة بموضوع النزاع حتى يستطيع في النهاية أن يصل إلى العدالة التحكيمية التي ابتغاها الأطراف عند إبرام عقد المحكم.

من ناحية أخرى، يجب على أطراف الخصومة التحكيمية إظهار الاحترام والتقدير لشخص المحكم باعتباره قاضيهم الخاص، فلا يجوز لأحدهم إهانة المحكم أو التشهير به وبسمعته، كما يجب عليهم الالتزام بالتعليمات الصادرة عنه، واتباع النزاهة وحسن النية في كل تصرف يصدر عنهم خلال سير الخصومة التحكيمية حتى يستطيع المحكم القيام بمهمته على أكمل وجه، وأخيراً تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عنه؛ فالمحكم ليس أقل شأناً من القاضي العادي، فهو الشخص الذي وثقوا في خبرته ونزاهته ومنحوه الولاية للفصل في النزاع القائم بينهم.

(٥٠) Thomas Clay, Arbitrage et modes alternativfs de règlelment des litiges, Panorama - Arbitrage, Recueil Dalloz 2009, nº 44, p.2965.

المبحث الأول
أثر الإفلاس على عقد المحكم وانعكاساته على منظومة التحكيم الحر

يعد اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف المتخاصمة هو العقد الرئيس الذي يلزم الأطراف باللجوء إلى المحكمين للفصل في منازعاتهم محل الاتفاق، بعيداً عن القضاء العادي، فمحل هذا العقد هو تنظيم مسألة الوصول إلى العدالة التحكيمية بين الأطراف(٥١).

ولاشك أن اتفاق التحكيم كباقي العقود الرضائية يشترط لتنفيذه، التأكد من وجود الرضاء الصريح للأطراف، وفي حالة غياب رضاء أحد الأطراف لا يمكن الحديث عن التحكيم، فالأخير كطريق استثنائي لفض المنازعات يُعد رضاء الأطراف فيه بمثابة المصدر الرئيس لانعقاد اختصاص الهيئة التحكيمية للنظر في النزاع الواقع بين الطرفين، والأساس الذي يوضح حدود النزاع محل اختصاص المحكمين.

لذلك يمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنه اتفاق بين طرفين أو أكثر يلتزمون بمقتضاه بتسوية المنازعات التي نشأت – أو قد تنشأ – بينهم بواسطة محكم أو أكثر(٥٢). فالتحكيم يقتضي وجود اتفاق بين طرفين على عدم اللجوء لقضاء الدولة لفض المنازعات التي تقع بينهم، سواء أكان هذا الاتفاق واقعاً على كل المنازعات أم بعضها التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية(٥٣). فآلية التحكيم تقوم على عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحددونها ليفصل في النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية(٥٤).

واتفاق التحكيم قد يأخذ صورة بند في العقد الأصلي أساس الرابطة القانونية Clause compromissoire، أو أن يرد في وثيقة منفصلة عن العقد الأصلي تتضمن

---

(٥١) POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), Droit comparé de l'arbitrage international, Librairie générale de droit et de jurisprudence 2002, p.121.

(٥٢) Jacques Béguin et Michel Menjucq, Traité de droit du commerce international, Litec 3 éd. 2005 p.863.

(٥٣) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٧٣.

(٥٤) المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم ٣٨٠ لسنة ٣ق جلسة ٢٠٠٣/٠٥/١١.

الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع، كما قد يأخذ اتفاق التحكيم صورة اتفاق لاحق منفصل عن العقد الأصلي أو ما يسمي مشارطة التحكيم أو وثيقة التحكيم الخاصة Le compromise(٥٥).

وغني عن البيان أن من أهم المبادئ التي تحكم منظومة التحكيم هي استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي موضوع النزاع، وهو ما أكد عليه المشرع المصري في المادة (٢٣) من قانون التحكيم بنصه على أنه: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". وهو ذاته موقف المشرع الفرنسي في المادة ١٤٤٧ من قانون الإجراءات المدنية حيث أكد على أن اتفاق التحكيم مستقلٌ عن العقد المرتبط به ولا يتأثر بعدم فعاليته، أما إذا كان شرط التحكيم ذاته باطلاً فإنه يعتبر غير مكتوب(٥٦). فهذا المبدأ يعني أن شرط التحكيم يكون منفصلاً عن العقد الأساسي، فالعيوب التي تؤثر على العقد الأساسي لا تؤثر في اتفاق التحكيم ذاته، فالأخير لديه مناعة فلا يتأثر ببطلان العقد الأساسي أو فسخه(٥٧).

ولاشك أن الحكمة من وراء اعتراف النظم القانونية بمبدأ استقلال شرط التحكيم هي أن الواقع العلمي أظهر لنا العديد من الحالات التي يحاول فيها الأطراف التهرب من اتفاق التحكيم بالادعاء بأن العقد الأساسي باطل، ومن ثم الابتعاد عن التحكيم والرجوع إلى قضاء الدولة(٥٨). لذلك نصت على هذا المبدأ صراحة بعض الاتفاقات

---

(٥٥) د. محمود مصطفى يونس، المَرجع في أصول التحكيم، المرجع السابق، ص١٥٠ وما بعدها.

(٥٦) L'article 1447, Code de procédure civil, (La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite). Emanuel Gaillard, La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, Texte de la Conférence donnée à la Cour de cassation le 13 mars 2007 sur "La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international"; Jacques Béguin et Michel Menjucq, Traité de droit du commerce international, op.cit, p. 875.

(٥٧) MAYER (P.), Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Revue de l'Arbitrage 1998, p. 359.

(٥٨) Emanuel Gaillard, La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, Texte de la Conférence donnée à la Cour de cassation le 13 mars 2007 sur "La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international"; Jacques Béguin et Michel Menjucq, Traité de droit du commerce international, op.cit, p. 875.

الدولية والكثير من التشريعات الوطنية، فنجد المادة الرابعة من اتفاقية أوهادا[٥٩] تنص على أن اتفاق التحكيم يكون مستقلاً عن الاتفاق الأصلي، وذات المضمون نجده في المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري، وكذلك المادة (١/١٦) من قانون التحكيم البحريني، والمادة (٦١) من قانون التحكيم التونسي، والمادة (٢٣) من قانون التحكيم العماني، ونأمل من المشرع الكويتي أن يضيفه إلى التنظيم الخاص بالتحكيم والوارد في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

كما أن القضاء كان مؤيداً لمبدأ استقلال شرط التحكيم، حيث قضت محكمة استئناف باريس[٦٠] بأن شرط التحكيم مستقلٌ عن العقد الأساسي الذي ورد به، وأن بطلان العقد الأساسي لا يؤثر على صحة شرط التحكيم، كذلك قضت محكمة النقض المصرية[٦١] بأن اتفاق التحكيم سواء أكان في صورة بند من بنود العقد الأصلي أم في صورة مشارطة تحكيم يعد مستقلاً عن أي عوار يلحق الاتفاق الأصلي يؤدي إلى فسخه أو بطلانه.

هذه الاستقلالية لاتفاق التحكيم يترتب عليها العديد من النتائج أهمها؛ اختصاص المحكم بالفصل في المنازعات التي تثور بشأن توليه لمهمته أو بشأن اختصاصه، وهو ما يعرف لدى الفقه بمبدأ الاختصاص بالاختصاص[٦٢]. وكذلك خضوع كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم لقانون مستقل، فالأخير يطبق عليه القانون الذي يختاره الخصوم، أما العقد الأصلي فيخضع لقانون دولة القاضي أو القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي إذا كان هناك عنصر أجنبي[٦٣].

---

(٥٩) OHADA, Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, Acte adopté le 11 mars 1999 et paru au JO OHADA nº08 du 15 mai 1999, Art.4.- La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal....

(٦٠) Cour d'appel de paris, 17 November 2008, nº 06.06750.

(٦١) محكمة النقض المصرية، طعن رقم ٦٥٠ سنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩٥/١/٢٣، مشار إليه في كتاب الدكتور أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية٢٠٠٠، ص٣٠٩.

(٦٢) Robert, La législation nouvelle de l'arbitrage, Dalloz 1980, chronique 23, p.189; E. Gaillard, la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, Revue de l'arbitrage 2007, nº4, p.697.

راجع أيضاً: د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، طبعة ١٩٨١، ص٣٧؛ د. علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية ١٩٩٦، ص٣٤٨.

(٦٣) B. Moreau, arbitrage international, Fascicule du Répertoire de Procédure Civile Dalloz 2004, p. 3.

وما يهمنا في هذا الخصوص هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص وما ينتج عنه من أثر إيجابي يتمثل في إعطاء المحكم أولوية الفصل في موضوع النزاع، وأثر سلبي يقتضي امتناع القاضي من نظر نزاع يتضمن اتفاق تحكيم؛ الأمر الذي يستلزم قيام الخصوم بإبرام عقد محكم يمنح شخصاً معيناً ولاية الفصل في موضوع النزاع كآلية محددة لتنفيذ اتفاق التحكيم(٦٤). وهو ما يجعل بالضرورة روابط مشتركة بين الأخير وعقد المحكم تجعل من الوصول إلى العدالة التحكيمية أمراً ممكناً، فكل منهما يسعى إلى تنظيم مسألة الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع بين المحتكمين؛ فهناك حلقة وصل بين هذين العقدين غير قابلة للفصل تجعل كليهما يتأثر بإفلاس أحد الخصوم؛ وعلى ذلك سنقسم هذا الفصل على النحو التالي:

المطلب الأول – التكامل العقدي بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم.

المطلب الثاني – تداعيات الإفلاس على عقد المحكم وامتدادها لاتفاق التحكيم الحر.

المطلب الأول
التكامل العقدي بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم

أولاً – إبرام عقد المحكم آلية لتنفيذ اتفاق التحكيم:

يُعد التحكيم الحر Ad Hoc أحد أنواع التحكيم الذي لا يتقيد فيه الخصوم بقالب تحكيمي معين، بل يتولى المحتكمون إقامته بأنفسهم بخصوص نزاع معين على أن يكون لهم الحرية في اختيار من يشاؤون من المحكمين، وكذلك تحديد القواعد الإجرائية والموضوعية التي ستحكم النزاع، فالخصوم في التحكيم الحر يتفقون على تنظيمه وفقاً لحالتهم؛ فيرجع إليهم حرية اختيار المحكم ومكان التحكيم والقانون والإجراءات الواجب تطبيقها.

لذلك إذا اتفق أطراف علاقة قانونية محددة عقدية أو غير عقدية على حل أي نزاع نشأ – أو قد ينشأ – بينهم عن طريق التحكيم الحر؛ فإن الخصوم يجب عليهم وبحسب الاتفاق أن يقوموا بتعيين محكم – أو أكثر – ليفصل في هذا النزاع، ويكون ذلك عن طريق إبرام عقد محكم بينهم وبين الشخص الذي تم اختياره ليحكم بينهم،

(٦٤) Emmanuel Gaillard, L'effet négatif de la compétence - compétence, Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p.387 et s.

حيث يُعد تعيين المحكم من قبل الخصوم التزاماً تمهيدياً لافتتاح خصومة التحكيم، ومصدراً لولاية المحكم للفصل في موضوع النزاع. ومسألة تعيين أطراف خصومة التحكيم للمحكم تتم بمقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ولا يجوز لأي طرف التنصل منه، وإلا اعتبر متقاعساً عن تنفيذ التزامه ببدء إجراءات التحكيم، وبالتالي جاز للطرف الآخر أن يلجأ للقضاء – سلطة التعيين المختصة وفقاً للمادة ١٧ من قانون التحكيم المصري – ليختار محكماً للطرف المتقاعس، وأن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلاله بالتزامه الناشئ عن اتفاق التحكيم كما سنرى(٦٥).

ويأخذ عقد المحكم صورة اتفاق مشترك بين طرفين على تعيين شخص للقيام بعمل فني محدد، وهو الفصل في نزاع قانوني قد يقع أو وقع بين الطرفين، وهذا العقد الرضائي من النادر أن يكون عمل المحكم فيه مجانياً، بل غالباً نجد أن هذا الشخص فرغ جزءاً من وقته لدراسة موضوع النزاع والفصل فيه، الأمر الذي قد يجعل المقابل الذي اتُّفق على دفعه للمحكم من الأسباب التي قد تؤدي إلى عدم تنفيذ اتفاق التحكيم في حالة فشل أحد المحتكمين في دفع ما عليه من أتعاب للمحكم(٦٦).

فإذا كانت الأطراف على علم بأن الاتفاق على التحكيم سيرتب على عاتقهم التزامات مشتركة كالتزامهم بعدم اللجوء إلى القضاء العادي، وكذلك التزامهم بالخضوع للقانون المتفق على تطبيقه في حالة حدوث نزاع بينهم، وأن الأخير سيفصل فيه حكم تحكيمي، فإنهم أيضاً على علم بأنهم ملتزمون بإبرام عقد محكم في حالة حدوث نزاع بينهم لتشكيل هيئة التحكيم التي ستتولى الفصل في النزاع(٦٧).

هذا الأمر يظهر لنا أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين عقد المحكم واتفاق التحكيم، فعدم قدرة أحد المحتكمين على تنفيذ عقد المحكم قد يؤدي بالضرورة إلى التأثير على اتفاق التحكيم، بل قد يؤدي الأمر في النهاية إلى إنكار العدالة وغيابها وهو ما يتعارض مع المبادئ الرئيسية لسيادة القانون.

---

(٦٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص٢٤٨.

(٦٦) D. VIDAL, Droit français de l'arbitrage commercial international, édition Gualino 2004, p.101.

(٦٧) Julie CLAVEL, Le deni de justice economique dans l'arbitrage international "L'effet négatif du principe de compétence-compétence", Thése de doctorat, Université Paris II 2011, p.139.

ثانياً – الترابط العقدي بين عقد المحكم واتفاق التحكيم:

إذا أمعنا النظر في الفلسفة التي يقوم عليها اتفاق التحكيم وعقد المحكم سنجد أن كلاً منهما يكمل الآخر، فإذا طبقنا النظرية العامة للعقود التي تقضي بأن كل عقد لابد أن يكون له سبب بشأن اتفاق التحكيم وعقد المحكم سنصل إلى أن كليهما عضوٌ في منظومة واحدة، نجاحها يستلزم وجودهما معاً؛ فالسبب الموضوعي لإبرام اتفاق التحكيم هو رغبة الأطراف في البعد عن قضاء الدولة والوصول إلى عدالة تحكيمية ناجزة، وهذا لن يتأتى إلا من خلال إبرام عقد محكم يضع الأساس القانوني للهيئة التحكيمية، والسبب الموضوعي لعقد المحكم هو الوصول إلى حكم ينهي النزاع بين الأطراف المحتكمة نظير مصاريف وأتعاب يتم الاتفاق عليها، وهذا لن يكون له محل إلا بوجود اتفاق أساسي يحيل النزاع إلى التحكيم.

فكما رأينا في صورتي اتفاق التحكيم – شرط التحكيم ومشارطته – أن التزام كلا المتعاقدين منصب على أمر واحد، وهو عرض المنازعات التي نشأت – أو قد تنشأ – بينهما على التحكيم دون الطريق العادي لفض المنازعات، وهو ما لا يمكن الوفاء به إلا عن طريق إبرام عقد محكم؛ فيصبح كما لو كان السبب الموضوعي لاتفاق التحكيم وعقد المحكم أمراً واحداً.

ومن جانبنا نرى أن العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم يمكن أن ترد إلى ما أطلق عليه الفقه الفرنسي العقود المتتابعة Les contrats successifs[٦٨]، حيث يتفرع العقد الثاني عن العقد الأول؛ فهذا التكامل العقدي بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم يجعل نجاح تنفيذ كل منهما متوقفاً على نجاح تنفيذ الآخر، فإذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف على التحكيم، أو تم فسخه أو بطلانه، فسوف يكون عقد المحكم من غير ذي مضمون، كما أن انعقاد عقد المحكم صحيحاً هو ما سيفعِّل اتفاق التحكيم ويجعله ينتج أثره.

لذلك نجد أن القضاء الفرنسي[٦٩] في حالات عديدة يكون فيها تكامل بين أكثر من عقد، يقضي بأن بطلان العقد الأول يترتب عليه انقضاء العقد الثاني، وبتطبيق ذلك على اتفاق التحكيم وعقد المحكم نجد أنهما من العقود التكاملية التي لا تقبل التجزئة لاشتراكهم في السبب، وهو الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع بين المحتكمين.

(٦٨) B.Teyssie, les groupes de contrats, édition, Paris 1975, p.15..

(٦٩) Cour de cassation, 1re Chambre civile, juillet 1997, nº 95-15.642.

ولاشك أن هذا الأمر منطقي؛ فإذا ما تم إبطال اتفاق التحكيم أو فسخه، فلن يوجد سبب موضوعي لتنفيذ عقد المحكم.

وهذا التكامل العقدي بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم لاشتراكهم في السبب الموضوعي، لا يمكن أن يجعلنا نتجاهل أن كلاً منهما عقدٌ له استقلاليته، لذلك أثر هذا التكامل لا يظهر في الحقيقة إلا بعد إبرام عقد المحكم؛ حيث إن المحكم وحده هو من يملك الفصل في مدى وجود أو صحة أو حدود اتفاق التحكيم تطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص(٧٠)، والنظر في كل المسائل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم(٧١)؛ لذلك إذا ثار نزاع حول وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه، التزم الأطراف بإبرام عقد محكم وتوليته للفصل في هذا النزاع ابتداءً، على أساس أن ذلك اختصاص افتتاحي للمحكم لنظر الخصومة والاستمرار فيها(٧٢)، فإذا انتهى المحكم إلى عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله للمسائل المطروحة أمام هيئة التحكيم قضي بعدم الاستمرار في إجراءات التحكيم، وبالتبعية ينقضي عقد المحكم.

لذا يُفترض مع وجود عقد محكم أن يكون هناك اتفاق تحكيم سابق بغض النظر عن مدى صحته، فالمحكم لن تكون له ولاية للفصل في النزاع إلا إذا كان هناك اتفاق

---

(٧٠) ذهب غالبية الفقه والقضاء الفرنسي إلى أن المسألة التي تحول بين فصل المحكم في وجود أو صحة اتفاق التحكيم هو أن يكون بطلان أو استحالة تنفيذ شرط التحكيم أمراً ظاهرياً. فالبطلان أو استحالة التنفيذ الظاهرين لشرط التحكيم، حيث يستطيع القاضي أن يكتشفهما بمجرد المراجعة السطحية أو الظاهرية لاتفاق التحكيم هما السببان الوحيدان لعودة الاختصاص لقاضي الدولة، على سبيل المثال أن يكون شرط التحكيم يتعارض مع النظام العام الدولي، أو يكون غامضاً أو يتعارض مع عبارة أخرى وردت في العقد الأصلي. راجع:
Gérard français, arbitrage international modalité et conséquence du contrôle de la validité d'un compromise ou d'une clause compromissoire en Europe, Revue général du droit des assurances 2004, Tome 75, Nº3, pp.577-579; Olivier Cachard, le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, Revue de l'arbitrage 2006, Nº4, p.893.

راجع أيضاً: أستاذنا الدكتور فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الأسكندرية ٢٠٠٧، ص١٤٩.

(٧١) د. عبد الحميد الأحدب، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، لسنة ٢٠٠٠، ص٣٤.

(٧٢) وهذا ما أكد عليه المشرع المصري في المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم التي تنص على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

مسبق يقضي بإحالة موضوع النزاع إلى التحكيم، أما اختصاص المحكم وحدوده لا ينعقد إلا بإبرام عقد محكم بينه وبين أطراف الخصومة(٧٣).

هكذا يظهر بوضوح أن هناك ارتباطاً شديداً بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم؛ حيث لا اختصاص للمحكم إلا في وجود اتفاق التحكيم، ولن تكون هناك فائدة من اتفاق التحيكم إلا بعد إبرام عقد محكم، فاتفاق التحكيم وعقد المحكم عقدان مستقلان لكل منهما محل مختلف عن الآخر، فمحل عقد المحكم هو تكوين الهيئة التحكيمية، ومحل اتفاق التحكيم هو إحالة أي نزاع بين الأطراف بشأن العقد الأساسي إلى التحكيم عن طريق إبرام عقد محكم؛ ومع ذلك نجد أنهما يشكلان سلسلة عقدية تتسم بأنها تخدم غرضاً واحداً وهو الوصول إلى عدالة تحكيمية.

ويجدر بنا الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم في هذه الوحدة العقدية هو العلاقة القانونية الرئيسية، وأن عقد المحكم هو الاتفاق الثانوي اللاحق عليه، والقول بغير ذلك قد يجعل من عقد المحكم وحده كافياً للوصول إلى النتيجة التي يرجوها الأطراف من وراء اتفاق التحكيم، وهو ما لا يستقيم مع الأساس القانوني لمنظومة التحكيم التي تقتضي بوجود اتفاق تحكيمي يمنح شخصاً من الغير – وهو المحكم – اختصاصاً استثنائياً للفصل فيما يثار بين الأطراف من نزاع بشأن العقد الأساسي، فإبرام عقد محكم دون وجود اتفاق سابق بين الأطراف على التحكيم يجعل من اختصاص المحكم بنظر النزاع معيباً(٧٤).

فاتفاق التحكيم يعد جزءاً من مجموعة عقدية معقدة(٧٥)، حيث أُدرج في علاقة عقدية أولية موضوعها ذات طبيعة تجارية، ومع ذلك نجده غير مرتبط فعلياً بهذا الاتفاق الأولي طبقاً لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد محل النزاع، ومن ناحية أخرى نجده بمثابة اتفاق مبدئي ملزم للجانبين يمهد للوصول إلى إبرام عقد مستقبلي هو عقد محكم، فإذا ثار نزاع بين الأطراف واتجهوا إلى تطبيق شرط التحكيم، كان من عناصر تنفيذه إبرام عقد مع محكم للفصل في النزاع.

---

(٧٣) Thomas Clay, L'arbitre, op, cit, p.529.

(٧٤) Cour de cassation, Chambre civile 2re, 9 July 1997, Nº de pourvoi: 94-21074.

(٧٥) note sous Cour de Cassation, 1re Chambre civile, 20 février 2001, affaire:, Revue de l'arbitrage 2001, p.514.

المطلب الثاني
تداعيات الإفلاس على عقد المحكم وامتدادها لاتفاق التحكيم الحر

إذا كان الأصل في الأحكام القضائية الصادرة في الخصومة أنها النهاية الطبيعية لها، فلم تعد هناك حاجة لوجودها قائمة بعد صدور هذا الحكم(٧٦)، حيث إن الأحكام القضائية لها حجية الأمر المقضي، وأن القاعدة في الأحكام المدنية والتجارية أن حجيتها نسبية وليست مطلقة، حيث لا تثبت إلا بين أطراف الخصومة التي صدرت فيها دون غيرهم، فلا يصح الاحتجاج على شخص بحكم صدر في دعوى لم يكن طرفاً فيها، وإن حصل ذلك جاز له أن يدفع بمبدأ الأثر النسبي للأحكام، بيد أن الحكم بشهر الإفلاس يُعد استثناءً على قاعدة نسبية حجية الأحكام القضائية التي تقضي بأن أثر الحكم لا يطول سوى الخصوم في الدعوى دون غيرهم.

فالحكم بشهر إفلاس التاجر لا يقتصر أثره على أشخاصه بل يمتد لكافة الناس(٧٧)، فالتاجر المدين لا يعتبر مفلساً في مواجهة الدائن الذي طلب شهر إفلاسه فقط، بل يُعد كذلك بالنسبة للكافة خاصة دائنيه، ولو لم يكونوا أطرافاً في الدعوى، وكذلك كل شخص دخل في علاقة قانونية مع التاجر المفلس، ولو لم تكن لهذه الأعمال القانونية موضع عند نظر دعوى شهر الإفلاس.

ومن ضمن هذه الأعمال القانونية التي يمتد لها أثر الحكم بشهر إفلاس التاجر، قد نجد عقوداً أبرمها التاجر تتضمن شرطاً تحكيمياً ينيط حل النزاعات الناشئة عن العقد إلى محكم، ومن ثم يلتزم التاجر بإبرام عقد محكم، فلاشك أن هذا الأخير سوف يتأثر بالنظام القانوني الجديد الذي أوجده الحكم على التاجر بشهر إفلاسه، خاصة فيما يتعلق بغل يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، وكذلك إمكانية إبطال العقود التي أبرمها في فترة الريبة.

وعلى هدي ما سبق، يمكننا الوصول إلى أثر الإفلاس على عقد المحكم وانعكاساته على منظومة التحكيم الحر بالنظر في حالتين؛ الحالة الأولى وهي التي يقوم فيها التاجر بإبرام عقد محكم قبل الحكم بشهر إفلاسه. والحالة الثانية تلك التي يلجأ فيها التاجر إلى إبرام عقد محكم بعد الحكم بشهر إفلاسه تنفيذاً لاتفاق تحكيم أبرم قبل شهر إفلاسه؛ وذلك بعد النظر في سلطة المحكم في الفصل في منازعات الإفلاس.

---

(٧٦) د. نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدينة والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٤، ص٥٤٧.

(٧٧) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٠، ص٢٧٠.

أولاً – سلطة المحكم في الفصل في منازعات الإفلاس:

قبل النظر في الوضع القانوني الجديد الذي يطرأ على عقد المحكم بسبب تعرض أحد أطرافه لشهر إفلاسه، قد نجد أنه من الأهمية بمكان الوقوف عند سلطة المحكم في شهر إفلاس أحد المختصمين، ومدى اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عن الإفلاس.

(أ) مدى اختصاص المحكم بإعلان شهر الإفلاس:

بربط المادة (١١) من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، بالمادة (٥٥١) من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام.."، نصل إلى أن اتفاق التحكيم يجب ألا يخالف النظام العام، أي يجب أن يكون موضوعه متعلقاً بإحدى المسائل التي يجوز فيها الصلح، والتي لاتتعارض مع القيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع(٧٨). وهو أيضاً ما أكد عليه المشرع الكويتي بنصه في المادة (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. وطالما أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام وفقاً للمادة (٥٤٤) من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠؛ فإنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ولقد تواترت أقوال الفقهاء(٧٩) بعدم جواز الاتفاق على التحكيم في مسائل الإفلاس لتعلقها بالنظام العام(٨٠) تأسيساً على أن المشرع قد وضع قواعد خاصة تنظم مسائل الإفلاس لضمان المساواة بين الدائنين وحماية مصالحهم من تصرفات المدين المفلس، وأن اختصاص القضاء العادي بهذه المسائل هدفه الحفاظ على النظام

(٧٨) د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩، ص٢٧٠.

(٧٩) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإجباري والاختياري، مرجع سابق، ص٦٦؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص١٢٤؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٤٠ وما بعدها.

(٨٠) يذهب البعض إلى تحديد فكرة النظام العام بمجموع القيم الأساسية لمجتمع معين، والتي لا يجوز للأفراد القيام بعمل قانوني ينتقص منها، وأن تلك القيم تختلف من مجتمع لآخر، كما أنها قد تتغير مع تطور المجتمع. راجع:
P. Mayer, La sentence contraire à l'ordre public au fond, Revue de l'arbitrage 1994, nº29, p. 639.

العام. ومن جانبنا نرى أن المسائل المتعلقة بالإفلاس لا تتعلق بالنظام العام الداخلي فقط، بل تعتبر من النظام العام الدولي لارتباط نظام الإفلاس بالنواحي الاقتصادية للدول، فإذا ما تجاهل المحكم في التحكيم الدولي الحكم الصادر بشهر إفلاس أحد المحتكمين، وما ينتج عنه من آثار إجرائية، قد ينتهي الحال ببطلان هذا الحكم.

ويُعد الحكم بشهر الإفلاس وفقاً للمشرع المصري والمشرع الكويتي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، حيث يجوز للمحكمة المختصة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها ولو لم يقدم إليها طلب بشهره من المدين أو الدائنين أو النيابة العامة، حيث تدخل المشرع لتنظيم مسألة شهر الإفلاس بشكل تفصيلي نظراً لتعلق هذا الأمر بحماية حقوق الدائنين وكذلك لارتباطه بالاقتصاد الوطني.

والمشرع المصري وفقاً للمادة (٥٥٩) قد أعطى للمحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن تجاري للمدين اختصاصاً إلزامياً لإعلان شهر الإفلاس لا يمكن مخالفته؛ فمحكمة موطن المدين التجاري أقدر جهة على تفهم مركز التاجر المراد شهر إفلاسه وحصر أمواله وجردها[٨١]. وكذلك الحال لدى المشرع الكويتي الذي قرر وفقاً للمادة (٥٦٣) من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ أن المحكمة الكلية التي يقع في دائرتها موطن المدين التجاري هي المختصة بشهر الإفلاس، والدعاوى التي تنشأ عن التفليسة.

وعلى الصعيد الدولي ووفقاً للفقرة الثانية من المادة (٥) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية – اتفاقية نيويورك ١٩٨٥ – التي تلزم كل دولة متعاقدة أن تعترف وتنفذ أحكام التحكيم الصادرة بناء على اتفاق تحكيم في مسائل يجوز التحكيم فيها، وأنه يجوز رفض الاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية إذا كانت صادرة في منازعات يكون موضوعها غير قابل للتحكيم طبقاً لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

وبالنظر إلى أنه يشترط لصحة اتفاق التحكيم ألا يجري على المسائل التي قصرها المشرع على اختصاص القضاء الوطني، يكون الحكم بشهر الإفلاس من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم[٨٢]. وعلى هذا الأساس إذا تم الاتفاق على تحكيم

(٨١) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص٢٥١.

(٨٢) د. محمود يونس، النظام العام والتحكيم في محكمة قضاء التمييز (دبي) ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الثالثة عشرة، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٥، ص١٤٤.

موضوعه شهر إفلاس تاجر كان هذا الاتفاق باطلاً لمخالفته النظام العام(٨٣)، ويكون لهيئة التحكيم أن تنظر في هذا البطلان من تلقاء نفسها، دون أن يدفع به المحتكم ضده، حيث تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، وهذا ما يتفق مع المبادئ العامة في القانون الإجرائي(٨٤).

وكما رأينا أن عقد المحكم مستقلاً عن اتفاق التحكيم، وبالتالي لن يمتد له بطلان اتفاق التحكيم، بيد أنه لا يمكن بأي حال الاتفاق على إناطة المحكم مثل هذه الصلاحية؛ لذلك إذا أبرم عقد محكم لتنفيذ اتفاق تحكيم للفصل في مدى إمكانية شهر إفلاس المدين كان لزاماً على المحكم أن يقضي بعدم اختصاصه(٨٥)، حيث إن اختصاص المحكم يظل دائماً مقيداً باحترام فكرة النظام العام.

كما أن للدائن أن يتجاوز اتفاق التحكيم الباطل الذي يمنح المحكم ولاية لنظر شهر إفلاس المدين، وأن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة بشهر الإفلاس دون أن يُقدم على إبرام عقد محكم، ولا يمكن للمدين الرجوع عليه بقواعد المسؤولية المدنية، فالاتفاق على إناطة المحكم سلطة إعلان الإفلاس هو اتفاق ظاهر البطلان لا يحتاج إلى المنازعة فيه، فقد قضت محكمة استئناف باريس(٨٦) بأن كل اتفاق تحكيم موضوعه تفسير أو تطبيق قواعد متعلقة بالنظام العام يكون باطلاً.

من جهة أخرى، قد نجد بجانب العقبة القانونية – فكرة النظام العام – التي تجعل من مسألة شهر الإفلاس موضوعاً لاتفاق تحكيم أمراً غير قابل للتطبيق، فقد ذهب جانب من الفقه(٨٧) إلى أن إجراءات شهر إفلاس المدين التاجر والنتائج المترتبة عليه يجب أن تنظم بطريقة معينة؛ فحتى يضمن نجاحها يجب أن يختص بها قاضي الدولة دون غيره، حيث إن الحكم الصادر بشهر الإفلاس لن يقتصر أثره على طرفي الدعوى، بل هو حكم ذو حجية مطلقة ترتبط به مصالح الغير، فتنتقل إدارة أموال المفلس إلى أمين التفليسة الذي يجب عليه المحافظة على هذه الأموال عن طريق

(٨٣) محكمة استئناف القاهرة، الدعوى رقم ١١١ لسنة ١٢١ق، بتاريخ ٣٠ مايو ٢٠٠٥.

(٨٤) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص١٤٧.

(٨٥) Jean-Louis and others, Frenche arbitration Law and practice, Wolters Kluwer 2009, p.109.

(٨٦) Cour d'appel de paris, 9 février 1954, Dalloz 1954, p.192.

(٨٧) D. Mouralis, L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle, thèse Aix, 2008. J-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, 1999.

الاستمرار في تشغيل متجر المفلس، وبالتالي لن يتعرض العمال لخطر غلق المحل التجاري وضياع مصدر رزقهم(٨٨)، كما ينبغي ضمان المساواة بين الدائنين فتوقف جميع الدعاوى الفردية ضد المدين المفلس حتى لا يتسابق الدائنون في مقاضاته والتنفيذ على أمواله، فيتقدم بعضهم على البعض الآخر دون وجه حق(٨٩).

(ب) مدى اختصاص المحكم بالدعاوى الناشئة عن الإفلاس:

إذا كان المحكم ملزماً بأن يقضي بعدم اختصاصه بشأن إعلان إفلاس المدين التاجر، على أساس أن الإفلاس من الموضوعات المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز فيها التحكيم؛ فإن الأمر لا يختلف كذلك بالنسبة للدعاوى المرتبطة بالإفلاس أو المنازعات الناشئة عنه(٩٠)، فهي أيضاً تعد من الموضوعات المتعلقة بالنظام العام، وتختص المحكمة التي قضت بشهر الإفلاس بها اختصاصاً إلزامياً(٩١).

هكذا تُعد الدعاوى التي كانت مصدر الحكم بشهر إفلاس التاجر أو تلك المبنية على نصوص خاصة بالإفلاس من الموضوعات التي لا يجوز فيها التحكيم، فالمحكمة المشار إليها سابقاً هي الأصلح لنظر جميع الدعاوى التي يكون منشؤها قواعد الإفلاس، وذلك ضماناً لحسن سير العدالة، وبذلك إذا تم إبرام عقد محكم، وتبين للمحكم أن مثل هذه المنازعات تدخل ضمن الاختصاص الإلزامي لمحكمة موطن المدين التاجر، وجب عليه أن يقضي بعدم الاختصاص لتعلق المنازعة بالنظام العام(٩٢).

أما إذا كانت المنازعة مستقلة عن الإفلاس ولا تنطبق عليها النصوص القانونية

---

(٨٨) المادة (٦٤٥) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد (١٩) مكرر، الصادر في ١٧/٥/١٩٩٩؛ وكذلك المادة (٦٥٠) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/١٩٨٠، مجموعة التشريعات الكويتية، وزارة العدل الكويتية، الجزء الرابع، الطبعة الأولى ٢٠١١.

(٨٩) المادة (٥٩٤) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٥٩٧) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/١٩٨٠.

(٩٠) من المنازعات التي تعتبر ناشئة عن الإفلاس وتختص بها محكمة شهر الإفلاس: دعاوى عدم نفاذ التصرفات لوقوعها في فترة الريبة، دعاوى الاسترداد، الدعاوى التي يرفعها أمين التفليسة على أمين التفليسة السابق، دعاوى بطلان إجراءات نزع ملكية أموال التفليسة؛ مشار إليها في مرجع الأستاذ الدكتور/ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص٢٥٣.

(٩١) المادة (٥٦٠) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٥٦٣) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/١٩٨٠.

(٩٢) Pascal Ancel, Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985, Revue de l'Arbitrage 1987, p.277.

الخاصة بالإفلاس بل تستند إلى قواعد قانونية غير مستمدة من أحكام الإفلاس، وليست من اختصاص محكمة شهر الإفلاس، حيث تكون الولاية للبت فيها لجهات قضائية أخرى أو لهيئة تحكيمية مثل النزاع حول عدم نفاذ تصرف صادر من المفلس قبل فترة الريبة(٩٣) أو نزاع بشأن أموال لا يُغل يد المدين بشأنها كوجود اتفاق تحكيم بشأن منازعة حول التعويضات التى تستحق للمستفيد فى عقد تأمين صحيح أبرمه المفلس قبل صدور حكم شهر الإفلاس(٩٤)، فيكون للمحكم سلطة الفصل فيها، بناء على عقد المحكم الذي أبرم بينه وبين المحتكمين.

ثانياً – أثر الإفلاس على عقد المحكم الذي أبرم قبل إعلان الإفلاس:

مما لاشك فيه أن اللجوء إلى نظام التحكيم يُعد في عالمنا المعاصر من أفضل الوسائل البديلة لفض المنازعات التجارية لما يتسم به من سرعة الوصول إلى عدالة تحكيمية ناجزة، وهذا الأمر قد يدفع العديد من أشخاص البيئة التجارية إلى الدخول في اتفاق تحكيم أملاً في الوصول إلى حل يثني خصمه من اللجوء إلى القضاء العادي للمطالبة بحقه، مما قد يؤثر على سمعته ويلفت نظر باقي المتعاملين معه على ضعف مركزه المالي، وهو ما قد ينذر بقرب شهر إفلاسه؛ لذلك قد يلجأ التاجر إلى عقد اتفاق تحكيم، وبالتالي عقد محكم، ثم يتم شهر إفلاسه؛ فما هو الأثر القانوني الذي يترتب على ذلك، وهل يختلف الوضع إذا تم إبرام عقد المحكم قبل فترة الريبة عن إبرامه خلالها.

(أ) إبرام العقد قبل إعلان الإفلاس وبتاريخ سابق على فترة الريبة:

في تلك الحالة التي يكون فيها المدين المفلس قد أبرم عقد محكم بناء على اتفاق تحكيم قبل أن يتم إعلان إفلاسه وبتاريخ سابق على فترة الريبة، يكون هذا العقد صحيحاً ونافذاً في مواجهة جماعة الدائنين وكذلك أمين التفليسة الذي يمثلهم(٩٥). ووفقاً للمادة (١/٥٧٣) من قانون التجارة المصري الجديد التي تنص على أنه: "يقوم أمين التفليسة بإدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها وينوب عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها هذه الإدارة". وكذلك المادة (٦٣٠) من قانون

---

(٩٣) نقض مدني، طعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٨ ق، بتاريخ ٣٠ مايو ١٩٨٣، يمكن الاطلاع على ملخص الحكم على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المصرية على العنوان التالي:
http://www.arableqalportal.org/egyptverdicts/verdictShortTextResult.aspx?-SP=REF&SIndex=&VerdictTypeID=1&VerdictID=V2M48+1648_3051983

(٩٤) المادة (٥٩٢) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٥٧٨) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/١٩٨٠.

(٩٥) Philippe Bournoville, L'arbitrage, Larcier 2000, p.110.

التجارة الكويتي التي تنص على أنه: "يقوم مدير التفليسة بإدارة أموالها والمحافظة عليها، وينوب عن المفلس في جميع الأعمال التي تقتضيها الإدارة المذكورة"، وعليه إذا أراد أمين التفليسة مطالبة المتعاقد الآخر بالوفاء بشأن العلاقة القانونية التي ورد بها البند التحكيمي، فليس أمامه سوى مباشرة إجراءات التحكيم نيابة عن المحتكم المفلس ولمصلحة جماعة الدائنين(٩٦).

فمثلاً إذا لم يكن الطرف الثاني قد عين محكمه بعد، فعلى أمين التفليسة أن يطلب منه تعيين محكمه، فإذا لم يعين هذا الطرف محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه الطلب، أو قام بتعيين محكمه لكن هذا المحكم لم يتفق مع المحكم المعين من قبل الطرف المفلس على اختيار المحكم الثالث، كان على أمين التفليسة مطالبة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تتولي اختيار هذا المحكم(٩٧).

من جهة أخرى، إذا أراد المتعاقد الآخر في العلاقة القانونية التي ورد بها البند التحكيمي أن يطالب بحقه لدى المحتكم المفلس فعليه أن يتقدم للمطالبة بحقه لدى أمين التفليسة مشفوعاً بالمستندات التي تثبت هذا الحق(٩٨)، فإذا نازعه المفلس أو أمين التفليسة فيما يتعلق بوجود الدين أو مقداره – إذا كان النزاع لا يعتبر ناشئاً عن الإفلاس – فيحق له بموجب البند التحكيمي الوارد في العلاقة القانونية الأساسية أن يلجأ إلى التحكيم للحصول على حكم تحكيمي يفصل في النزاع الواقع بينه وبين المحتكم ضده المفلس، وينبغي عليه في هذه الحالة أن يتوجه بإجراءات التحكيم إلى أمين التفليسة الذي ينوب عن المفلس في التقاضي بمجرد إعلان شهر إفلاسه، ويجوز في تلك الحالة أن يطلب أمين التفليسة من الهيئة التحكيمية وبعد الحصول على إذن من محكمة شهر الإفلاس إدخال المفلس في الدعوى التحكيمية باعتباره يملك معطيات ومعلومات تقوي موقفه أمام الهيئة التحكيمية قد لا يعلمها أحد سواه.

وفي تلك الحالة تكون إجراءات التحكيم التي اتخذها الطرف المتعاقد مع المفلس والقائمة على اتفاق تحكيم سابق على إعلان شهر الإفلاس وبتاريخ سابق على فترة الريبة صحيحة ونافذة في حق جماعة الدائنين وأمين التفليسة، حيث إن المدين

(٩٦) د. عكاشة عبد العال ود. مصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مكتبة الحلبي الحقوقية ١٩٩٨، ص٤١٥.

(٩٧) المادة (٩) من قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (١٧٥) من مرسوم بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (٣٨/١٩٨٠).

(٩٨) المادة (٦٥٠) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٦٥٥) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/١٩٨٠.

المفلس وقت إبرام العقد الأساسي الذي ورد فيه شرط التحكيم – أو عند مشارطة التحكيم – كان له حق التصرف، وبالتالي يحتج بالبند التحكيمي في مواجهة الدائنين وأمين التفليسة.

وهذا ما استقرت عليه أحكام المحكمين في غرفة التجارة الدولية بباريس(٩٩)، والتي كانت تؤكد على أن البدء في إجراءات التفليسة لا يكون سبباً لكي تقضي الهيئة التحكيمية بعدم اختصاصها؛ إذا كان اتفاق التحكيم أبرم قبل شهر الإفلاس وبتاريخ سابق على فترة الريبة؛ ففي القضية التحكيمية التي عرضت على محكمة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس بين شركة طالبة التحكيم تدعى Casa من لوكسمبورج وشركة Cambior الفرنسية(١٠٠)، قضت هيئة التحكيم بأن واقعة خضوع أحد أطراف التحكيم لإجراءات الإفلاس لا تكفي في حد ذاتها لجعل النزاع غير قابل للتحكيم، وأن المنازعات التي تخرج عن نطاق التحكيم هي تلك التي يكون لها أثر مباشر واتصال وثيق بإجراءات الإفلاس خاصة تلك التي تنشأ بسبب تطبيق قواعد الإفلاس الإجرائية.

أما إذا ثار نزاع بين الطرف المفلس والمحكم الذي عينه في الهيئة التحكيمية بشأن عقد المحكم المبرم بينهما قبل إعلان إفلاسه وبتاريخ سابق على فترة الريبة أو كانت هناك دعوى مقامه من المفلس أو عليه والخصم هو المحكم، فيمنع المدين المفلس من السير في الدعوى أو مقاضاة المحكم ابتداءً(١٠١)، وينوب عنه أمام القضاء أمين التفليسة(١٠٢).

فمثلاً يقع على عاتق المحكم أن يباشر مهمته التحكيمية طالما وافق على عقد المحكم، ولا يحق له الانسحاب أو الامتناع عن المساهمة الإيجابية في إجراءات التحكيم أو رفض القيام بإجراء معين دون سبب جدي وإلا قامت مسؤوليته العقدية

---

(٩٩) Recueil des sentence arbitrages de la Chambre de commerce internationale (CCI), 1974, cci nº 2139, p.239.

(١٠٠) Casa v Cambior, Partial Award in ICC, l'affaire Nº 6697, Revue de l'arbitrage 1992, p.135. See also, Fouchard and others, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 1999, p.355.

(١٠١) المادة (١/٥٩٤) من قانون التجارة الجديد التي تنص على أنه: "لا يجوز بعد صدور حكم شهر الإفلاس رفع دعوى المفلس أو عليه أو السير فيها".

(١٠٢) المادة (١/٥٧٣) من قانون التجارة الجديد التي تنص على أنه: "يقوم أمين التفليسة بإدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها، وينوب عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها هذه الإدارة".

تجاه الطرف المتعاقد معه، ويسأل عن تعويضه عن الأضرار التي أصابته نتيجة الإخلال بهذا الالتزام(١٠٣)، فإذا كانت هناك مصلحة للمدين المفلس من إقامة دعوى لمطالبة المحكم بالتعويض، أو كانت هناك دعوى مرفوعة من المدين المفلس على المحكم قبل الحكم بشهر الإفلاس ناب عنه أمين التفليسة أمام القضاء.

من جهة أخرى إذا أراد المحكم مطالبة المفلس بحقه – أتعاب المحكم – الناشئ عن عقد المحكم الذي أبرمه معه قبل شهر إفلاسه وبتاريخ سابق على فترة الريبة، يجب عليه التقدم للتفليسة بحقه، حيث لا يجوز للمحكم الدائن اتخاذ إجراءات فردية ضد المحتكم المفلس، بل يجب عليه أن يشارك في الإجراءات الجماعية التي يباشرها أمين التفليسة لحساب جماعة الدائنين(١٠٤). حيث يقع على المحكم التقدم إلى أمين التفليسة بالمستندات التي تثبت حقه لدى المحتكم المفلس وفقاً للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في القانون، وإذا نازعه أمين التفليسة أو المفلس في صحة الدين أو مقداره، رفع الأمر إلى قاضي التفليسة، فإذا قرر رفض الدين كان من حق المحكم أن يطعن في هذا القرار أمام المحكمة المختصة(١٠٥).

ومن جانبنا نرى أن عقد المحكم يُعد من العقود التي تقوم على الاعتبارات الشخصية؛ فلاشك أن المحكم قد راعى عند إبرام عقد المحكم شخص المتعاقد معه وصفاته الخاصة، لذلك يمكن اعتبار عقد المحكم من طائفة العقود التي تنفسخ بقوة القانون بمجرد شهر الإفلاس(١٠٦). ويحق للمحكم المطالبة بالتعويض المترتب على الفسخ تأسيساً على أن عدم تنفيذ عقد المحكم يعتبر خطأً تعاقدياً من جانب المفلس سيئ النية(١٠٧)، ومن ثم يحق له الاشتراك في التفليسة كدائن عادي بقيمة التعويض المستحق عن فسخ عقد المحكم.

---

(١٠٣) د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٣، ص٦٣.

(١٠٤) المادة (٦٠٥) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٥٨٢) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/١٩٨٠.

(١٠٥) المادة (٦٥٦) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٦٦٣) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/١٩٨٠.

(١٠٦) تنص المادة (١/٦٢٣) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه: "لا يترتب على الحكم بشهر الإفلاس فسخ العقود الملزمة للجانبين التى يكون المفلس طرفاً فيها، إلا إذا كانت قائمة على اعتبارات شخصية". وكذلك المادة (٦١٤) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/١٩٨٠ التي تنص على أن: "العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفاً فيها لا تنفسخ بالحكم بشهر الإفلاس، إلا إذا كانت قائمة على اعتبارات شخصية".

(١٠٧) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص٣٣٥.

(ب) إبرام العقد قبل إعلان الإفلاس وخلال فترة الريبة:

كما اتضح لنا أن أول نقطة تلاقي بين نظام الإفلاس ونظام التحكيم تظهر بعد أن يشهر إفلاس المدين المتعاقد مع المحكم، والذي يمثل الطرف الآخر في العلاقة الأساسية التي تضمنت البند التحكيمي، ورأينا أن وجود اتفاق تحكيم وما يترتب عليه من إبرام عقد محكم بتاريخ سابق على شهر الإفلاس المدين وقبل فترة الريبة يكون صحيحاً ونافذاً في مواجهة جماعة الدائنين وأمين التفليسة. أما في الحالة التي يكون فيه المدين المفلس قد أبرم اتفاق التحكيم وعقد المحكم قبل شهر إفلاسه ولكن بعد التاريخ الذي عينته المحكمة كموعد لتوقف المدين عن الدفع أي خلال فترة الريبة فإن الوضع القانوني لمثل هذه التصرفات المتعلقة بنظام التحكيم سيختلف دون شك.

فالمشرع عندما وضع نظاماً خاصاً للإفلاس كان على دراية بأن الحكم الذي سيصدر بشهر إفلاس التاجر سيكون بعد مضي فترة طويلة أو قصيرة عن توقفه عن دفع ديونه، وأنه قد يعمد في خلال تلك الفترة إلى القيام بتصرفات تضر بدائنيه أو تخل بالمساواة فيما بينهم، لذلك أخضع التصرفات التي تبرم خلال هذه الفترة التي تسمي فترة الريبة لنظام قانوني خاص، وقد يكون من ضمن هذه التصرفات القانونية التي قام بها المدين الذي أعلن إفلاسه إبرام عقد يتضمن بنداً تحكيمياً أو إبرام عقد محكم.

نرى أن تلك الحالة سيحكمها المادة (٥٩٩) من قانون التجارة المصري الجديد، وكذلك المادة (٢/٥٨٤) من قانون التجارة الكويتي[١٠٨]، حيث يكون اتفاق التحكيم وما استتبعه من إبرام عقد المحكم مع المفلس قبل إعلان الإفلاس وخلال فترة الريبة عرضة للحكم عليه بعدم النفاذ في حق جماعة الدائنين، مع بقائه صحيحاً بين أطرافه بحيث يحق للمتعاقد مع المفلس أن يطلب بتنفيذ العقد بعد انتهاء التفليسة؛ فيمكنه اللجوء إلى التحكيم والحصول على حكم تحكيمي لمصلحته دون أن يستطيع تنفيذه لعدم سريانه في مواجهة جماعة الدائنين لحين انتهاء التفليسة واسترداد المفلس لأمواله.

---

(١٠٨) تنص المادة (٥٩٩) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه: "كل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما ذكر فى المادة ٥٩٨ من هذا القانون وخلال الفترة المشار إليها، يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان التصرف ضاراً بها وكان المتصرف إليه يعلم وقت التصرف بتوقف المفلس عن الدفع". وكذلك المادة (٢/٥٨٤) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨ التي تنص على أنه: "... وكل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما تقدم في الفقرة السابقة وخلال الفترة المذكورة فيها، يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين، إذا كان التصرف ضاراً بها، وكان المتصرف إليه يعلم وقت وقوعه بوقوف المفلس عن الدفع".

ومع ذلك فإن حُكم هذه الحالة التي يبرم فيها العقد الأساسي الذي تضمن بنداً تحكيمياً أو عقد المحكم يختلف بحسب ما إذا اعتبر أمين التفليسة هذا العقد مضراً لجماعة الدائنين، ومن ثم يجب عليه إثبات أن العقد الأساسي أو عقد المحكم اللذين أبرمهما المفلس في فترة الريبة قد ترتب عليهما ضرر بجماعة الدائنين، وأن المتعاقد مع المفلس كان عالماً وقت إبرام التصرف بتردي أعماله وأنه متوقف عن الدفع؛ وبالتالي يجوز لمحكمة شهر الإفلاس أن تحكم بعدم نفاذ تلك التصرفات في مواجهة جماعة الدائنين.

أما إذا اعتبر أمين التفليسة أن العقد الأساسي وكذلك عقد المحكم من التصرفات التي قام بها المفلس في فترة الريبة والتي لا يترتب عليها ضررٌ بجماعة الدائنين أو لم تتوافر شروط عدم نفاذ تلك التصرفات كعدم علم المتعاقد مع المدين بأن هذا الشخص متوقف عن سداد ديونه، أو وجد أن حل النزاع الذي نشأ عن العقد الأساسي عن طريق التحكيم فيه مصلحة لجماعة الدائنين، أو أن إجراءات التحكيم قد بدأت قبل إعلان الإفلاس، وأنها في مراحل متقدمة، وأن موقف المدين المفلس جيد؛ وبالتالي لم يطلب من المحكمة المختصة الحكم بعدم نفاذ تلك التصرفات، وتكون إجراءات التحكيم تكون صحيحة ونافذة في حق جماعة الدائنين، ويجب على أمين التفليسة أن ينوب عن المفلس في مباشرة إجراءات التحكيم باعتباره ممثلاً لجماعة الدائنين، كما يجب عليه أن يسدد للمحكم أتعابه عن العملية التحكيمية.

ثالثاً – أثر الإفلاس على عقد المحكم الذي أبرم بعد إعلان الإفلاس:

كما رأينا أن الحكم بشهر الإفلاس يترتب عليه من يوم صدوره تخلي المفلس عن إدارة أمواله لأمين التفليسة الذي ينوب عنه في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها هذه الإدارة، كما لا يجوز بعد صدور حكم شهر الإفلاس أن ترفع دعوى من المفلس أو عليه أو السير فيها بل ينوب عنه في ذلك أمين التفليسة، وإن كان من الجائز إدخاله في تلك الدعاوى بعد الحصول على إذن من المحكمة، وذلك الوضع القانوني الخاص للتاجر الذي تم شهر إفلاسه يدفعنا للتساؤل حول إمكانية قيام أمين التفليسة بعقد اتفاق تحكيم وإبرام عقد محكم بعد شهر الإفلاس، لحل نزاع نشأ عن عقد أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه.

(أ) إبرام عقد محكم لحل نزاع ناشئ عن عقد لم يتضمن بنداً تحكيمياً أبرم قبل فترة الريبة:

في تلك الحالة يكون المدين المفلس قد أبرم عقداً لم يتضمن بنداً تحكيمياً قبل شهر إفلاسه وبتاريخ سابق على فترة الريبة، ثم يثار نزاع بشأن هذا العقد لكن بعد

شهر إفلاسه، فهل من الممكن أن يحل هذا النزاع باللجوء إلى التحكيم، خاصة وأن المفلس تُغل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس كما يمنع من التقاضي بشأنها، حيث يناط إلى أمين التفليسة مهمة إدارة أموال المفلس والحفاظ عليها والنيابة عنه أمام القضاء في الدعاوى التي ترفع منه أو عليه(١٠٩).

لاشك في أن العقد الذي أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه وبتاريخ سابق على فترة الريبة يكون صحيحاً ونافذاً في مواجهة جماعة الدائنين وأمين التفليسة، ولكن لا يجوز للمفلس بعد شهر إفلاسه أن يلجأ إلى إبرام اتفاق تحكيم في صورة مشارطة تحكيم، ومن ثم يبرم عقد محكم للفصل في النزاع الذي نشأ بشأن هذا العقد، فبمجرد شهر إفلاسه تغل يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها أو التقاضي بشأنها، وينوب عنه في ذلك أمين التفليسة، فالمفلس يمنع من التقاضي بعد شهر إفلاسه فلا يجوز أن ترفع الدعاوى منه أو عليه، وأي اتفاق تحكيم يبرمه المفلس اعتباراً من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس يُعد باطلاً(١١٠).

هكذا يكون أمين التفليسة ممثلاً للمفلس ولجماعة الدائنين في جميع الدعاوى والإجراءات القضائية المتعلقة بأموال التفليسة، والذي قد يرى أنه من المفيد للمفلس وجماعة الدائنين إنهاء دعوى مرفوعة من التفليسة أو عليها أو تفادي نزاع قضائي محتمل بشأن عقد أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه، وبتاريخ سابق على فترة الريبة عن طريق اللجوء إلى اتفاق تحكيمي وتعيين محكم للفصل في النزاع(١١١).

لذا يمكن لأمين التفليسة أن يبرم مشارطة تحكيم وتعيين محكم بشأن عقد أساسي أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه، وبتاريخ سابق على فترة الريبة، وبالتالي اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع الذي نشأ عن هذا العقد بعيداً عن القضاء العادي، بيد أن هذا الأمر متوقف على الحصول على إذن من قاضي التفليسة الذي يجوز له أن يأذن لأمين التفليسة بقبول التحكيم في هذا النزاع المتعلق بالتفليسة بعد أخذ رأي المراقب وسماع أقوال المفلس أو إخطاره(١١٢).

---

(١٠٩) Pascal Ancel, Arbitrage et procédures collectives, revue de l'arbitrage 1983, p.258.

(١١٠) د. علي يونس، الإفلاس والصلح الواقي منه، مطبعة جامعة عين شمس ١٩٩٢، ص ١٥١.

(١١١) et, L'arbitrage: droit interne, droit international privé, édition Dalloz 1983, p.14.

(١١٢) المادة (١/٦٤٤) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٦٤٩/ ٢) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/ ١٩٨٠.

وفي الأحوال التي يكون فيها النزاع غير معين القيمة أو كانت قيمته تزيد على خمسة آلاف جنيه، لا يكون قبول أمين التفليسة للتحكيم نافذاً إلا بعد تصديق قاضي التفليسة على شروطه؛ حيث يقع على قاضي التفليسة مراقبة اتفاق التحكيم وعقد المحكم ومراجعة بنودهما ورفضها في حال تقديره أنه من الأفضل الاحتفاظ باختصاص القضاء العادي، كما يجب عليه أن يَدعو المفلس إلى الحضور عند التصديق وسماع أقواله إذا حضر، دون أن يكون لاعتراضه أثر، ويجوز له الطعن أمام المحكمة في قرار قاضي التفليسة إذا صدر برفض التصديق على شروط التحكيم(١١٣).

على هذا الأساس يحق لأمين التفليسة أن يبرم اتفاق تحكيم وتعيين محكم نيابة عن المفلس إذا تبين أن هناك مصلحة ستعود على جماعة الدائنين بالبعد عن القضاء العادي واللجوء إلى التحكيم، بيد أنه ملتزم بتوضيح هذه المصلحة لقاضي التفليسة الذي يقع عليه التحقق من جديتها، فله أن يأذن لأمين التفليسة بتوقيع اتفاق التحكيم وإبرام عقد محكم، أو أن يرد طلبه جاعلاً الاختصاص لحل هذا النزاع الناشئ عن العقد الذي أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه والخالي من بند تحكيمي في يد قضاء الدولة.

(ب) إبرام عقد محكم لحل نزاع ناشئ عن عقد لم يتضمن بنداً تحكيمياً أبرم خلال فترة الريبة:

في تلك الحالة يكون المفلس قد أبرم عقداً دون أن يتضمن بنداً تحكيمياً قبل شهر إفلاسه، ولكن خلال فترة الريبة، ثم يثار نزاع بشأن هذا العقد بعد شهر إفلاسه، فهل من الممكن حل هذا النزاع عن طريق إبرام اتفاق تحكيم وتعيين محكم، أم سيترك الأمر للقضاء العادي.

رأينا أن التصرفات الصادرة من المفلس خلال فترة الريبة يجوز الحكم بعد نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا كانت ضارة بها، وكان المتصرف إليه يعلم وقت التصرف بتوقف المفلس عن الدفع، وهذا ما يجعل مسألة اللجوء إلى التحكيم لحل هذه النزاعات المتعلقة بهذا العقد لا تخرج عن أحد أمرين؛ الأمر الأول: إذا أثبت أمين التفليسة أن العقد الأساسي الذي أبرمه المفلس خلال فترة الريبة – الخالي من البند التحكيمي – ترتب عليه ضررٌ بجماعة الدائنين، وأن المتعامل مع المدين في فترة الريبة كان على علم بتوقفه عن الدفع وقت التصرف، كان له أن يطالب بعدم نفاذ هذا التصرف، فإذا قضي بعدم نفاذ هذا العقد في مواجهة جماعة الدائنين، فلا يملك أمين التفليسة بعد ذلك أن يبرم اتفاق تحكيم بشأن أي نزاع ينشأ عن هذا العقد.

(١١٣) المادة (٢/٦٤٤) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

ومن الجدير بالذكر أن مسألة عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المدين خلال فترة الريبة مقررة لمصلحة جماعة الدائنين، وأن أمين التفليسة ممثلاً لجماعة الدائنين، حيث يحق له وحده رفع دعوى عدم النفاذ باعتباره ممثلاً لجماعة الدائنين(١١٤)، لكن هذا الحق لا يمكنه من توقيع اتفاق تحكيم وإبرام عقد محكم للفصل في مسألة عدم نفاذ هذا التصرف؛ حيث إن دعوى عدم نفاذ التصرفات الصادرة في فترة الريبة مبنية على نص من النصوص الخاصة بالإفلاس، وبالتالي تُعد من الدعاوى الناشئة عن التفليسة التي يكون لمحكمة شهر الإفلاس اختصاص إلزامي بنظرها، وبالتبعية لا يجوز لأمين التفليسة أن يوقع اتفاقاً تحكيمياً وإبرام عقد محكم بشأنها.

الأمر الثاني: وفيه لا يستطيع أمين التفليسة إثبات أن العقد الذي أبرمه المفلس في فترة الريبة مضراً بجماعة الدائنين، وثبت أن المتعاقد مع المفلس كان حسن النية لا يعلم بتوقف المدين عن الدفع وقت إبرام العقد، وبالتالي لا يكون هناك محل للحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في مواجهة جماعة الدائنين؛ لذا يمكن لأمين التفليسة أن يبرم اتفاق تحكيم وتعيين محكم بشأن هذا العقد الأساسي الذي أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه وخلال فترة الريبة، وبالتالي اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع الذي نشأ – أو قد ينشأ – عن هذا العقد بعيداً عن القضاء العادي، لكن بعد الحصول على إذن من قاضي التفليسة على النحو الذي رأيناه سابقاً.

وآخر ما يمكن إثارته في هذه الجزئية هو مدى إمكانية إبرام عقدٍ أساسي يتضمن بنداً تحكيمياً بعد شهر الإفلاس عن طريق أمين التفليسة، وهو في معرض إدارته لأموال المفلس. يرى الباحث أنه يجوز لأمين التفليسة القيام بهذا الأمر، ولكن تحت ظروف معينة نص عليها القانون؛ فبمقتضى المادة (٦٤٣) من قانون التجارة المصري الجديد، والمادة (٢/٦٤١) من قانون التجارة الكويتي، يجوز لأمين التفليسة بيع المنقولات الخاصة بالمفلس طالما كانت قابلة لتلف سريع أو لنقص عاجل في القيمة، وكذلك بيع أي مال من أموال التفليسة إذا كان ضرورياً للحصول على النقود اللازمة لمتابعة أعمال التفليسة أو كان البيع يحقق نفعاً مؤكداً للدائنين أو المفلس، وذلك بعد الحصول على إذن من قاضي التفليسة.

وتأسيساً على ذلك يجوز لأمين التفليسة أن يقوم ببيع منقولات وعقارات من أموال التفليسة إذا كان ذلك لازماً لمتابعة أعمال التفليسة أو لتأمين مصلحة جماعة

(١١٤) المادة (٦٠٣) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٥٨٨) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/١٩٨٠.

الدائنين أو لحفظ حقوق المفلس، ولا يوجد ما يمنع أمين التفليسة عند إبرامه عقداً في هذا الخصوص أن يدرج فيه بنداً تحكيمياً طالما كان ذلك يصب في مصلحة الدائنين أو المفلس، ويخضع في ذلك لرقابة قاضي التفليسة الذي يقع عليه أن يراجع بنود العقد – بما فيها البند التحكيمي – ليتأكد من فائدتها، وبالتالي منح الإذن لأمين التفليسة للقيام بهذا التصرف.

وفي الحالة التي يحصل فيها أمين التفليسة على إذن من قاضي التفليسة للقيام بتصرف قانوني معين لم يضمنه شرطاً تحكيمياً، ثم رغب في إبرام مشارطة تحكيم بخصوص هذا التصرف، فإن عليه الحصول على إذن جديد من قاضي التفليسة، وإذا لم يراع هذا الإجراء القانوني فإن الجزاء هو بطلان مشارطة التحكيم(١١٥).

رابعاً – أثر الإفلاس على حكم التحكيم:

في تلك الحالة نجد أن هناك هيئة تحكيمية قائمة عند البدء في إجراءات شهر الإفلاس، ثم يصدر منها حكم تحكيمي؛ فهل يختلف الأثر القانوني لهذا الحكم إذا صدر قبل الحكم بإعلان شهر الإفلاس عن صدوره بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس.

(أ) الحكم بشهر الإفلاس بعد صدور حكم التحكيم:

في تلك الحالة توجد خصومة تحكيمية ختمت وصدر فيها الحكم التحكيمي قبل الحكم بشهر الإفلاس، فلاشك وعلى هدي ما سبق يكون هذا الحكم صحيحاً ومنتجاً لكافة آثاره، ويقع على من صدر الحكم التحكيمي لصالحه أن يتقدم لأمين التفليسة لقيد دينه، فبموجب الحكم التحكيمي يكون من حق الطرف الذي كان الحكم في صالحه أن يتقدم بدينه إلى التفليسة باعتباره دائناً عادياً لكي يتحقق منها أمين التفليسة بمعاونة المراقب وبحضور المفلس أو بعد إخطاره بالحضور(١١٦). فلا يجوز ابتداء من تاريخ شهر الإفلاس التنفيذ أو الاستمرار في التنفيذ مباشرة على أموال المفلس بمقتضى الأحكام التي تصدر لمصلحة خصم المفلس، حتى لو كانت صادرة قبل شهر إفلاسه(١١٧).

أما إذا نازع أمين التفليسة أو المراقب أو المفلس في الدين المترتب على المفلس

---

(١١٥) Pascal Ancel, Arbitrage et procédures collectives, op.cit, p.262.

(١١٦) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص٣٦٥ وما بعدها.

(١١٧) المادة (٢/٦٠٥) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٢/٥٩٧) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/ ١٩٨٠.

بموجب الحكم التحكيمي، فلا يكون أمام أمين التفليسة سوى رفع دعوى بطلان حكم التحكيم باعتبارها الوسيلة الوحيدة للاستيثاق من حكم التحكيم، وفقاً لما تقضي به المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري الجديد(١١٨). والجدير بالذكر أن المشرع الكويتي وفقاً للمادة (١٨٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية قد سمح لأصحاب الخصومة التحكيمية الاتفاق – قبل صدور الحكم – على جواز الطعن على الحكم التحكيمي بالاستئناف، ويرفع الاستئناف عندئذ أمام المحكمة الكلية بهيئة استئنافية، ويخضع للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم، ويبدأ ميعاده من إيداع أصل الحكم إدارة الكتاب وفقاً للمادة (١٨٤)(١١٩). وعليه إذا وجد مثل هذا الاتفاق بين الخصوم كان لأمين التفليسة الطعن على الحكم التحكيمي بالاستئناف، بجانب الاحتفاظ بحقه برفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للقواعد المنظمة لها في المواد (١٨٦ و١٨٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

---

(١١٨) وفقاً للمادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤: ١– لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:
(أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.
(ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.
(ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
(د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
(هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.
(و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.
(ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.
٢– وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

(١١٩) تنص المادة (١٨٤) من مرسوم بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (١٩٨٠/٣٨) على أنه: "يودع أصل الحكم – ولو كان صادراً بإجراء من إجراءات التحقيق – مع أصل الاتفاق على التحكيم إدارة كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال العشرة أيام التالية لصدور الحكم المنهي للخصومة، ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع".

(ب) الحكم بشهر الإفلاس قبل صدور حكم التحكيم:

إذا كانت هيئة التحكيم منعقدة ولم تختم أعمالها وغير مهيأة للحكم في موضوعها، ثم صدر حكم بشهر إفلاس أحد المحتكمين، فإن ذلك يؤدي إلى انقطاع خصومة التحكيم حيث يؤدي الحكم بشهر إفلاس أحد أطراف خصومة التحكيم إلى تغيير في الحالة أو المركز القانوني للخصم الذي أُشهر إفلاسه بما يستوجب انقطاع الخصومة بحكم القانون ووقف إجراءاتها لزوال صفة من كان يباشرها عند آخر إجراء حصل قبل تحقق سبب الانقطاع أي قبل صدور حكم شهر الإفلاس(١٢٠).

هكذا تنقطع خصومة التحكيم، ويمتنع على المحتكم المفلس السير في تلك الدعوى التحكيمية لزوال صفته، وتقع جميع الأعمال الإجرائية التي تتخذ قبل أن تستأنف الخصومة سيرها باطلة، ولكي يتم استئناف خصومة التحكيم يجب على خصم الطرف الذي أشهر إفلاسه إعلان من قام مقام خصمه وهو أمين التفليسة(١٢١)، ويكفي حضور الأخير الجلسة المحددة لاستئناف سير خصومة التحكيم حتى ولو لم يتم إعلانه.

وفضلاً عن ذلك إذا تم استئناف الخصومة وعرض على المحكم أثناء إجراءات التحكيم إحدى المنازعات المتعلقة بالإفلاس – التي تخرج بطبيعة الحال عن ولايته – ولها صلة بموضوع النزاع الذي سيفصل فيه، وجب عليه أن يصدر قراراً بوقف خصومة التحكيم حتى يصدر حكم في هذا الشأن من محكمة الإفلاس المختصة، ولا يجوز له اتخاذ أي إجراء في خصومة التحكيم خلال تلك الفترة وإلا كان باطلاً، ويكون الموعد المحدد لإصدار حكم التحكيم موقفاً(١٢٢).

وأخيراً في تلك الفرضية التي تقضي بصحة إجراءات التحكيم بعد شهر إفلاس

---

(١٢٠) د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي ١٩٧٣، ص٣١٧؛ د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني – قانون المرافعات، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩، ص٥٥٣.

(١٢١) يتم إعلان أمين التفليسة وفقاً لما تقضي به المادة ٧ من قانون التحكيم الجديد، فلا يشترط إعلانه على يد محضر بل يكتفي بإعلانه شخصياً أو في مقر عمله أو في محل إقامته المعتاد، وإذا تعذر معرفة أحد هذه العناوين بعد إجراء التحريات اللازمة يعتبر التسليم قد تم إذا كان الإعلان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدي معروف لأمين التفليسة.

(١٢٢) المادة (٤٦) من قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (١٨٠) من مرسوم بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (٣٨/١٩٨٠).

أحد المحتكمين تكون ولاية المحكم مقيدة بما يقضي به قاضي التفليسة الذي يختص بجميع المنازعات التي تترتب على التفليسة، فإذا خالف المحكم هذه النتيجة لشهر إفلاس أحد الأطراف المتحاكمة يكون بذلك قد خالف قاعدة من قواعد النظام العام، الأمر الذي قد يترتب عليه بطلان حكم التحكيم لهذا السبب(١٢٣).

نستنتج من كل ما سبق أن تداخل إجراءات الإفلاس مع إجراءات التحكيم قد تؤدي إلى تعطيل منظومة التحكيم، أو تعرض الحكم الصادر عنها للبطلان، وهو ما يؤثر بالسلب على أهمية التحكيم وتطوره، والدور الفعال الذي يلعبه في حل النزاعات التجارية خاصة على المستوى الدولي؛ لذلك كان من الضروري البحث عن آلية قانونية تحد من تلك الآثار السلبية لإجراءات الإفلاس على منظومة التحكيم، خاصة في مواجهة المحتكم المفلس سيئ النية الذي ذهبت إرادته إلى استغلال النظام الإجرائي للإفلاس لإفراغ العملية التحكيمية من مضمونها، وذلك على النحو التالي.

(١٢٣) د. محمود يونس، المَرجع في أصول التحكيم، مرجع سابق، ص٥١٣.

المبحث الثاني
التصدي للمحتكم المفلس سيئ النية لحماية منظومة التحكيم الحر

إذا كانت الروابط المشتركة بين عقد المحكم واتفاق التحكيم قد تؤدي إلى غياب العدالة واستحالة الوصول إلى حكم ينهي النزاع المحتكم فيه إذا ما أفلس أحد الخصوم، فكان لابد من البحث عن آلية تنهي هذه المشكلة؛ حيث إن الوصول إلى العدالة التحيكمية مسألة تنطوي على عدة أمور تعاقدية، فالأطراف في البداية يتفقون على اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم، وكذلك الاتفاق على إبرام عقد مشترك يربط بينهم وبين المحكمين، ثم كذلك الاتفاق إذا اقتضت الحاجة إلى إبرام عقد ينظم التحكيم بينهم وبين الهيئة التحكيمية التي ستتولى عملية التحكيم، وجميعها تتأثر بمسألة الإفلاس.

وهذه الروابط العقدية المتشابكة تهدف إلى نجاح المهمة التحكيمية، وهو الأمر المرهون بتمام تنفيذها مجتمعة؛ لذلك يبقى من الضروري التفكير دائماً في كيفية معاقبة المحتكم سيئ النية الذي ارتبط باتفاق تحكيم مع علمه بأنه قد يشهر إفلاسه، أو سعى لشهر إفلاسه كطريقة لعدم تنفيذ اتفاق التحكيم أو عقد المحكم، ومن ثمَّ تعطيل صدور حكم تحكيمي؛ وذلك للحفاظ على الأسس القانونية السليمة لمنظومة التحكيم.

وقد تسنى ذلك للباحث بتوجيه النظر إلى أحد المبادئ القضائية المستقر عليها في النظام اللاتيني والذي يمكن تطبيقه على منظومة التحكيم، وذلك بالإضافة إلى البحث في مسؤولية المحتكم المفلس سيئ النية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول – مبدأ عدم التناقض واحترام إجراءات التحكيم.

المطلب الثاني – مسؤولية المحتكم المفلس.

المطلب الأول
مبدأ عدم التناقض واحترام إجراءات التحكيم

رأينا فيما سبق أن المحتكمين يقع عليهم التزام بالتعاون مع المحكم لإنجاح مهمته التحكيمية، ومن أجل ذلك ينبغي على الأطراف المحتكمة أن تلتزم باحترام إجراءات التحكيم، وأن تنفذ كل ما يطلبه المحكم لإتمام مهمته التحكيمية التي ابتغاها الأطراف من البداية بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، ثم إبرام عقد محكم، لكن أثناء

سير الخصومة التحكيمية قد يجد أحد الأطراف أن وضعه القانوني ضعيف؛ لذلك يحاول أن يؤثر بأي شكل على إجراءات سير الخصومة التحكيمية من أجل منع خروج حكم تحكيمي عن الهيئة التحكيمية في غير صالحه، ومن ضمن هذه الأشياء محاولته تغيير مركزه القانوني بما يؤثر مباشرة في سير الخصومة التحكيمية، كالمحتكم الذي يشهر إفلاسه.

ولاشك أن مثل تلك الأفعال سوف تؤثر بالسلب على منظومة التحكيم، وتفقدها المزية الرئيسية التي تتمتع بها، وهي الوصول إلى عدالة تحكيمية ناجزة؛ لذا كان من الضروري محاولة التصدي لمثل هذا التلاعب بإجراءات التحكيم، وقد أمكن ذلك للباحث بالنظر في تطبيق مبدأ عدم التناقض داخل منظومة التحكيم، وذلك على التفصيل التالي.

أولاً – ماهية مبدأ عدم التناقض:

يقصد بمبدأ عدم التناقض le principe de la contradiction – عموماً – لدى الفقه الفرنسي(١٢٤) بأنه منع قيام الأشخاص بأفعال قانونية متناقضة بهدف الإضرار بالغير، تأسيساً على أنه ليس من قواعد العدالة ترك العلاقات القانونية عرضة لتقلبات أمزجة أحد الأطراف، وهذا المبدأ يعرف جيداً داخل القضاء العادي باعتباره أحد ضمانات سير إجراءات التقاضي بطريقة عادلة، كما أن الاتجاه السائد هو توسيع تطبيقه ليشمل العديد من الفرضيات التي تثار أمام القضاء والمتعلقة بقيام أحد الخصوم بأفعال من شأنه المساس بسير إجرءات الخصومة(١٢٥). وبما أن التحكيم يتمتع بغالبية خصائص العمل القضائي؛ فكان من المناسب أن يوضع مبدأ عدم التناقض موضع التنفيذ داخل منظومة التحكيم أيضاً(١٢٦)، بل أن البعض(١٢٧) ذهب إلى اعتبار مبدأ عدم التناقض من مبادئ النظام العام الدولي.

(١٢٤) Emmanuel Gaillard, L'Interdiction de se Contredire au Détriment d'Autrui comme Principe Général du Droit du Commerce International, Revue de l'Arbitrage 1985, p. 241; Jean Georges, Enfin la définition de l'estoppel en droit français, Option droit et affaires 2010, p.8.

(١٢٥) Muir Watt, Pour l'accueil de l'Estoppel en droit privé français, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, Paris 1994, p.303.

(١٢٦) Charles Jarrosson, Les frontières de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 2001,p.5.

(١٢٧) Dominique Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, édition Gualino 2004, p.209.

ولاشك في أن تطبيق مبدأ عدم التناقض داخل منظومة التحكيم سيكون له أثرٌ إيجابيٌ على حسن سير الخصومة التحكيمية وعدالتها؛ حيث إن كل محتكم سيكون على يقين بأنه لا يستطيع أن يتخذ موقفاً قانونياً بسوء نية من شأنه أن يعطل العدالة التحكيمية التي ذهبت إرادته في البداية إليها عن طريق الاتفاق على التحكيم.

لذلك يكون من الجيد لمنظومة التحكيم أن يقوم المحكم بالجمع بين القواعد القانونية المطبقة على النزاع والقواعد المستقر على اتباعها أمام القضاء العادي – كمبدأ عدم التناقض – لضمان احترام وعدالة خصومة التحكيم؛ وهذا ما يمكن أن نستنتجه من المادة (١٤٦٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد(١٢٨)، التي لا تمنع هيئة التحكيم من اللجوء إلى القواعد المستقر عليها داخل القضاء العادي، إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك في اتفاق التحكيم، وهذا الحكم يمكن أن نستخلصه أيضاً من المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري، والمادة (١٨٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي(١٢٩).

لذا يُعد مبدأ عدم التناقض من المبادئ العامة التي يجب أن تحكم منظومة التحكيم مثل القضاء العادي، حيث لا يستطيع المحتكم أن يرتكب فعلاً إجرائياً قانونياً يتناقض مع أفعاله القانونية السابقة، ليكسب مزية غير عادلة في مواجهة المحتكم الآخر، وبما يؤثر مباشرة على المصالح المشروعة لهذا الأخير.

وهذا الوضع يظهر بوضوح عندما يتعلق الأمر بارتباط أحد المحتكمين بإجراءات الإفلاس التي تؤثر بالسلب على سير خصومة التحكيم؛ لذلك فإن قيام الهيئة التحكيمية بإبلاغ الخصوم بتطبيق مبدأ عدم التناقض على إجراءات التحكيم سيجعل الطرف الذي يريد استغلال نظام الإفلاس بسوء نية لتعطيل سير الخصومة التحكيمية

(١٢٨) L'Article 1464 de Code de procédure civile: A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques....

(١٢٩) تنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة". كما تنص المادة (١٨٢) من مرسوم بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه: "يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم".

على علم بأن الهيئة التحكيمية إذا ثبت لديها ذلك لن توقف سير الخصومة التحكيمية، بل قد تلزمه بدفع مبالغ مالية للطرف الآخر كعقوبة على اتخاذه فعلاً من شأنه الإضرار بمصلحة خصمه، والمتمثلة في الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع بعيداً عن القضاء العادي(١٣٠).

لذلك تستطيع الهيئة التحكيمية أن تبلغ أطراف خصومة التحكيم بأن مبدأ عدم التناقض هو الذي سيحكم أي تنازع ينشأ بين إجراءات إفلاس أحد الأطراف وإجراءات سير الخصومة التحكيمية، حتى تنتهي الأخيرة بصدور حكم تحكيمي ينهي النزاع. وهكذا يكون تطبيق مبدأ عدم التناقض داخل منظومة التحكيم من الأسباب التي تدفع الخصوم إلى التعاون مع الهيئة التحكيمية، وتنفيذ التعليمات التي تصدرها لهم خلال سير الخصومة، وهو ما سينعكس بدوره على فعالية حكم التحكيم، حيث إن تطبيق مبدأ عدم التناقض من البداية من قبل الهيئة التحكيمية سيجبر الخصم سيئ النية على عدم رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وتعطيل تنفيذه بحجة عدم مراعاة الهيئة التحكيمية لإجراءات الإفلاس.

وفيما يتعلق بضرورة توافر سوء النية لدى المحتكم الذي يلجأ إلى إجراءات الإفلاس لتعطيل منظومة التحكيم، يرى البعض(١٣١) أن سوء النية في تلك الحالة تفترض في الطرف الذي يلجأ إلى نظام الإفلاس دون اكتراث للنتائج التي ستصيب منظومة التحكيم، وبالوضع الإجرائي غير العادل الذي سيصيب خصمه والمتمثل في عدم سرعة إنهاء النزاع، بما يتعارض مع السمة الرئيسة لاتفاق التحكيم؛ لذا يكفي لتطبيق مبدأ عدم التناقض على الخصومة التحكيمية أن تثبت في حق مرتكب الفعل الإجرائي المتناقض الرعونة المقصودة ونية الإضرار بالمحتكم الآخر(١٣٢).

إذن ينتج عن تطبيق مبدأ عدم التناقض بهذا المفهوم السابق داخل منظومة التحكيم عدة نتائج تحقق الأمان القانوني لهذا الطريق البديل لفض المنازعات؛ وتتلخص تلك النتائج في عدة نقاط هي: ١) ضمان نزاهة تصرفات الأطراف المحتكمة خلال سير الخصومة التحكيمية. ٢) أن كل طرف سيبلغ الهيئة التحكيمية بكافة

(١٣٠) Serge Guinchard, L'arbitrage et le respect du contradictoire, Revue de l'arbitrage 1997, p.190.

(١٣١) Fabien Girard, Estoppel: faut-il acclimater le Poison Tree?, Revue Lamy de droit des affaires 2012, p.74.

(١٣٢) Emmanuel Gaillard,L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme.

المستندات والمعلومات التي تظهر حقيقة وضعه القانوني والمالي المتعلق بالنزاع، مما يساعد إيجابياً على حسن سير الخصومة التحكيمية. ٣) عدم تعرض حكم التحكيم للبطلان بحجة وجود عيب في إجراءات التحكيم.

ويرى البعض(١٣٣) أن المحكم قد لا يحتاج لتطبيق مبدأ عدم التناقض على الخصومة التحكيمية أن يبلغ الخصوم به صراحةً؛ حيث إن تطبيق هذا المبدأ يُعد أثراً مباشراً لعقد المحكم الذي يلزم المحتكمين بالتعاون مع المحكم لإنجاح المهمة التحكيمية، فإذا ما قام أحد الخصوم عن قصد بفعل يتناقض مع ما ذهبت إليه إرادته في عقد المحكم يكون بذلك قد ارتكب سلوكاً إجرائياً مخالفاً لمبدأ التعاون مع الهيئة التحكيمية.

ثانياً – تطبيق مبدأ عدم التناقض ضمان لفعالية التحكيم الحر:

يهدف تطبيق مبدأ عدم التناقض في مجال التحكيم L'estoppel إلى منع قيام أحد المحتكمين – أو من يمثله – بارتكاب فعل يقصد به تعطيل سير إجراءات خصومة التحكيم، الأمر الذي يضر بالمصلحة المشروعة للمحتكم الآخر في الوصول إلى عدالة تحكيمية ناجزة(١٣٤). فالتناقض يظهر من خلال قيام أحد أطراف العلاقة العقدية بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في حدوث نزاع مع الطرف الآخر، ثم يقوم بأفعال قانونية بسوء نية من شأنها تعطيل سير خصومة التحكيم، وهذا ما يؤثر بالسلب على الأمان القانوني لمنظومة التحكيم.

ومبدأ عدم التناقض استخدمته محكمة استئناف باريس(١٣٥) في مجال التحكيم

---

(١٣٣) principe général du droit du commerce international, Revue de l'arbitrage 1985, p.248.

(١٣٤) Dominique Vidal, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Vol.20/1, 2009, p.72.

Fabien Girard, Estoppel: faut-il..., op.cit, p.70; J. Ortscheidt, précisions sur le régime de l'estoppel dans l'arbitrage international, La semaine juridique Enterprise et Affaires 2010, p.1194; voir aussi: Jean Georges, Enfin la définition de l'estoppel en droit français, op.cit, p.8; Bowdenpaul, L'interdiction des se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, in: Gaillard (ed.); Transnational Rules in Commercial Arbitration, International chamber of commerce publiction, Paris 1993, p.127.

(١٣٥) Cour d'appel de paris,8novembre 2007, Nº de RG: 06/7417;

يمكن الاطلاع على الحكم بمراجعة العنوان الإلكتروني التالي:

http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=-JURITEXT000018677639&fastReqId=1577126486&fastPos=1

كأسلوب يمكن عن طريقة معاقبة الخصم الذي يحاول تعطيل منظومة التحكيم بسوء نية؛ وتتلخص وقائع هذه الدعوى في وجود تعاقد لشركة فرنسية مع شركة مصرية يتضمن شرطاً يحيل أي نزاع بينهم إلى التحكيم، وعلى ذلك لجأت الشركة المصرية إلى الجهة المتفق على توليها أمر التحكيم، بعدما تأكدت أن الشركة الفرنسية لن تتمكن بالوفاء من التزاماتها، وخلال سير خصومة التحكيم دخلت الشركة الفرنسية في مرحلة التصفية القضائية بالفعل، وتم تعيين مصفي للشركة يمثل جماعة الدائنين، وتقدمت إليه الشركة المصرية للمطالبة بدينها، وبعد فترة أصدرت الهيئة التحكيمية حكمها بإلزام الشركة الفرنسية بدفع بعض المبالغ إلى الشركة المصرية، وحصلت الأخيرة على قرار قضائي بتنفيذه من المحكمة المختصة.

بعد ذلك قام المصفي القضائي للشركة الفرنسية بالطعن على الأمر القضائي الصادر من محكمة الاستئناف بتنفيذ حكم التحكيم الدولي تأسيساً على أن المستندات الخاصة بإجراءات التحكيم والمراحل المختلفة التي مر بها لم ترسل له شخصياً باعتباره الممثل القانوني للمحتكم المفلس، بل أرسلت لمقر الشركة التي تمر بالتصفية؛ لذلك لم يتمكن من تمثيلها أمام الهيئة التحكيمة التي كان يجب عليها بدلاً من إصدار حكم تحكيمي أن تعلق إجراءات التحكيم تطبيقاً لمبدأ وقف الدعاوى الفردية، وبذلك يكون الحكم التحكيمي قد صدر مخالفاً للنظام العام الدولي.

قضت المحكمة بأنها بعد فحص ملف القضية وجدت أن المصفي القضائي قد اطلع شخصياً على موضوع التحكيم وعلى علمٍ تام بالإجراءات التي وصلت إليها الخصومة التحكيمية، وهذا كافٍ بذاته حتى ولو لم يستلم المراسلات المتعلقة بالتحكيم شخصياً، ومع ذلك امتنع عمداً عن المشاركة في إجراءات التحكيم بهدف الاحتفاظ بوسيلة للطعن على حكم التحكيم؛ لذلك ذهبت المحكمة في حكمها إلى أن المصفي كان يجب عليه احترام مبدأ عدم التناقض، وألا يحاول عرقلة إجراءات التحكيم عن طريق استخدام القواعد المنظمة للتصفية القضائية بسوء نية.

من هذا الحكم يمكننا الوصول إلى أن تطبيق مبدأ عدم التناقض بقصد الإضرار بالغير لحماية منظومة التحكيم يتطلب اجتماع ثلاثة عناصر هي: (١) قيام أحد أطراف الخصومة التحكيمية بتغيير وضعه القانوني بالنسبة لمنظومة التحكيم بسوء نية. (٢) أن يكون غرض الخصم من تغيير وضعه القانوني – كما في حالة الإفلاس – التأثير على القواعد الإجرائية التي تحكم خصومة التحكيم. (٣) تأثر حق المحتكم الآخر في الحصول على حكم تحكيمي ينهي النزاع أو حصوله على حكم يصعب تنفيذه؛ مما يعطل الوصول إلى عدالة تحكيمية ناجزة، بسبب تغير الوضع القانوني لخصمه.

من ناحية أخرى، يُعد تطبيق مبدأ عدم التناقض في مجال التحكيم متفقاً مع التزام الأطراف بحسن النية؛ الذي بمقتضاه يستطيع المحكم أن يتجاهل تطبيق قواعد الإفلاس على الخصومة التحكيمية في حالة إفلاس أحد الأطراف، تأسيساً على أن الإفلاس من الأمور العرضية التي لا ينبغي على المحكم أن يبحث عنها بنفسه، حيث إن مردود الحكم بشهر الإفلاس على منظومة التحكيم يكون متوقفاً على إبلاغ الهيئة التحكيمية به بشكل رسمي؛ فمبدأ حسن النية يحظر على المحتكمين الاستفادة من القواعد الإجرائية المقررة لحماية نظام الإفلاس على حساب منظومة التحكيم.

وأخيراً، يجب التأكيد على أن تطبيق مبدأ عدم التناقض على منظومة التحكيم يجب أن يكون بحذر ودون تفريط، وأن توضع معايير محكمه لإعماله، حتى لا يمثل انتهاكاً لحقوق المدعي عليه وحريته في الدفاع عن نفسه، وعائقاً يحول بين هيئة التحكيم وإفصاح المحتكم عن أي تغيير يصيب مركزه القانوني؛ فعند تطبيق مبدأ عدم التناقض يجب أن يؤخذ في الاعتبار الظروف المحيطة بتغيير الوضع القانوني للمحتكم، ومدى التطور الذي وصلت إليه الخصومة التحكيمية، وأن هذا الطرف قصد بسوء نية وعن بصيرة تغيير وضعه القانوني لهدف واحد لا يحيطه لبس أو غموض، وهو التسويف وتعطيل سير الخصومة التحكيمية، وإضاعة الفرصة على الطرف الآخر في الوصول إلى حقه المشروع بصدور حكم تحكيمي ينهي النزاع(١٣٦).

المطلب الثاني
مسؤولية المحتكم المفلس

إذا كان الأثر السلبي لإفلاس أحد أطراف خصومة التحكيم – غير المكترث – على إجراءات التحكيم والمتمثل في تعطيل سير تلك الإجراءات أو تعرض الحكم الصادر عنها للبطلان قد أمكن مواجهته والحد منه عن طريق اللجوء إلى مبدأ عدم التناقض؛ فإن تداعيات الإفلاس على منظومة التحكيم لا تقف عند هذا الحد، بل قد يمتد الأمر إلى عدم قدرة المحتكم المفلس على الوفاء بالتزاماته المالية المنبثقة عن عقد المحكم – أتعاب المحكم ومصاريف العملية التحكيمية – وهو ما سينعكس على اتفاق التحكيم الذي سيصبح تنفيذه مشكوكاً فيه، ومن ثم صعوبة الوصول إلى العدالة التحكيمية التي كان يأمل فيها المحتكم الآخر، وهو ما يخل أيضاً بالأمان القانوني لمنظومة التحكيم.

(١٣٦) Fabien Girard, Estoppel.., op.cit, p.72 et p.73.

وبما أن منظومة التحكيم تقوم على المظهر التعاقدي، كان بالضرورة للمسؤولية العقدية دورٌ بارزٌ في تأمين الوصول إلى العدالة التحكيمية؛ فالمسؤولية العقدية يمكن أن تمثل أسلوباً لمعاقبة المحتكم المخطئ الذي يرغب في التلاعب بإجراءات التحكيم والتسويف فيها لإطالة أمد العملية التحكيمة وإفراغها من مضمونها، مثل المحتكم الذي يمتنع عن المشاركة في إجراءات التحكيم دون سببٍ مشروع، وكذلك المحتكم المفلس الذي يحاول استغلال إجراءات الإفلاس للتهرب من التزامه بالاشتراك مع المحتكم الآخر – أو حسب الاتفاق – في دفع أتعاب المحكم ومصاريف خصومة التحكيم وذلك للتأثير على عقد المحكم وبالتالي تعطيل منظومة التحكيم.

أولاً – مصاريف التحكيم ديون في ذمة المحتكم المفلس:

إذا كان الواقع العملي في مسائل التحكيم الحر جرى على أن التنظيم الخاص بالالتزامات المالية الناشئة عن المهمة التحكيمية يكون مقتصراً على بند في عقد المحكم يتضمن تسديد الأطراف لدفعة مقدمة على حساب مصاريف التحكيم، توزع بحسب الأصل بالتساوي بين المحتكمين(١٣٧)، وذلك لحين صدور حكم التحكيم الذي يحدد مصاريف التحكيم بشكل نهائي، ويقرر من يتحملها من الأطراف أو النسبة التي يتحملها كل طرفٍ منهم، فإن البعض(١٣٨) ذهب إلى أن مسألة تأثر منظومة التحكيم بعدم قدرة أحد الأطراف المحتكمة على الوفاء بالتزاماته المالية الناشئة عن عقد المحكم يمكن معالجتها عن طريق اللجوء إلى فكرة التضامن بين الأطراف المحتكمة، والتي تجد أساسها في كون الخصوم في العملية التحكيمية هم في النهاية يمثلون طرفاً واحداً في عقد المحكم لديه التزامات تجاه المحكم يجب الوفاء بها.

وبذلك يكون الالتزام بدفع نفقات التحكيم قائماً على أمرين؛ الأمر الأول: يكون في مرحلة تكوين عقد المحكم حيث يتم الاتفاق – غالباً – على التزام الأطراف المحتكمة بتسديد دفعة مقدمة من نفقات العملية التحكيمية، وأن هذا الالتزام يكون الأطراف متضامنين فيه تجاه المحكم. والأمر الثاني: أن هذا التضامن بين الأطراف

(١٣٧) Ibrahim Fadlallah, Le recouvrement de la provision pour frais dans l'arbitrage CCI: de l'obligation des parties entre elles, La Gazette du Palais 2003, Les Cahiers de l'Arbitrage, p.17.

(١٣٨) Jean Rouche, le paiement par le défendeur de sa part de provision sur les sur les frais d'arbitrage: simple faculté ou obligation contractuelle, Revue de l'arbitrage 2002, p.841; Voir aussi, Eric Loquin, Du droit aux honoraries des arbitres, Revue trimestrielle de droit commercial 2002, p. 282.

المحتكمة على تسديد الدفعة المقدمة يمتد إلى باقي مصاريف العملية التحكيمية التي يقضي بها المحكم، حيث يُعد كل واحدٍ منهم مديناً بهذه المصاريف في حال تنفيذ عقد المحكم، ويستطيع المحكم أن يطلب من أحدهم الوفاء بكل المصاريف، على أن يقوم الطرف الذي سددها بالرجوع على الطرف الآخر بعد ذلك.

ونرى أن هذا الوضع من الناحية النظرية قد يمثل حلاً نضمن به عدم تعطل منظومة التحكيم في حالة رفض أحد الأطراف المحتكمة دفع ما عليه من نفقات التحكيم للهيئة التحكيمية متذرعاً بتعرضه للإفلاس وغل يده عن إدارة أمواله؛ حيث يستطيع الطرف الذي يرغب في خروج الحكم التحكيمي إلى النور أن يسدد كافة نفقات التحكيم، وبذلك لن يكون لدى الهيئة التحكيمية سبب مشروع لحبس الحكم التحكيمي، ويستطيع الطرف الذي سدد مصاريف التحكيم أن يرجع بعد ذلك على الطرف الآخر بمقتضى التضامن المفترض بينهما.

هكذا يكون أطراف الخصومة التحكيمية مسؤولين بالتضامن عن سداد أتعاب المحكم بمقتضى العقد الذي أبرموه معه لإنهاء الخصومة والخروج بحكم تحكيمي يفصل بينهم، فإذا قام أحدهم بسداد كامل مصاريف المهمة التحكيمية وأتعاب المحكم حتى يصل إلى العدالة التحكيمية التي ابتغاها الأطراف من البداية عند الاتفاق على التحكيم، فإن ذلك الطرف يستطيع بعد ذلك الرجوع على الطرف الذي تحجج بالإفلاس للتهرب من سداد نصيبه في نفقات التحكيم، وبالتالي تعطيل العملية التحكيمية، باعتبار أن تلك النفقات ديون في ذمة المحتكم المفلس، ومن ثم يستطيع أن يدخل بها في التفليسة مدينه المفلس، مع مراعاة الإجراءات الخاصة بشهر الإفلاس. هذا بالإضافة لإمكانية الرجوع على المحتكم المفلس بدعوى المسؤولية العقدية كما سنرى في النقطة التالية.

ثانياً – الأساس القانوني لمسؤولية المحتكم المفلس:

رأينا أن عقد المحكم يُعد نتيجة حتمية لوجود اتفاق التحكيم، وأنه من العقود المشتركة التي يمثل فيها المحتكمون طرفاً والمحكم الذي تم اختياره الطرف الآخر، وأن هذا العقد يلزم الخصوم بالالتزام بحسن النية والتعاون فيما بينهم لإنجاح المهمة التحكيمية[١٣٩]، وأن من مقتضيات هذا التعاون أن يوفي كل خصم منهم بالتزاماته المالية الناشئة عن عقد المحكم والمتمثلة في دفع أتعاب المحكم ومصاريف الخصومة التحكيمية.

(١٣٩) وذلك تطبيقاً للقواعد العامة لتنفيذ العقود، حيث تنص المادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية...".

وفي الحقيقة يشير الواقع العملي إلى أن مسألة امتناع الأطراف المدعى عليها عن الوفاء بالتزاماتهم المالية تجاه العملية التحكيمية أمرٌ متكرر الوقوع، صحيح أن في بعض القضايا التحكيمية يكون الامتناع عن الوفاء بأتعاب المحكم ومصاريف التحكيم راجعاً لسبب مشروع؛ إلا أنه في غالبية القضايا يكون الامتناع عن الوفاء بالالتزامات المالية الناشئة عن عقد المحكم بقصد المناورة لإطالة أمد إجراءات التحكيم، ووضع العراقيل أمام المحتكم الآخر ليمنعه من الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع(١٤٠).

وبالنظر إلى غالبية القوانين الوطنية التي تنظم مسائل التحكيم كقانون التحكيم المصري، وقانون الإجراءات المدنية الكويتي، وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وكذلك القواعد الدولية المعنية بأمور التحكيم كقانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، نجدها لا تضع صراحةً نصاً يتيح للطرف غير المقصر إجبار الطرف الآخر المقصر على دفع نصيبه من نفقات خصومة التحكيم؛ لذلك كان من المناسب رد تلك المسألة للقواعد العامة في المسؤولية المدنية(١٤١).

فالطرف الذي يقدم على إبرام اتفاق تحكيم كطريق بديل لفض المنازعات يقع عليه الالتزام باحترام مبدأ حسن النية في تنفيذه للالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم والامتناع عن القيام بأي فعل يعوق المهمة التحكيمية؛ حيث يقع على الأطراف الاشتراك في إبرام عقد محكم باعتبارهم طرفاً والمحكم الطرف الآخر، ومن ثم التعاون مع بعضهما على الوفاء بالالتزامات المشتركة التي تقع عليهما بموجب عقد المحكم، وفي مقدمتها وفاء كل طرف بنصيبه من أتعاب المحكم ومصاريف العملية التحكيمية(١٤٢). وحتى لا تشكل مصاريف إجراءات التحكيم كما ذهب البعض(١٤٣) عقبة أمام تطور منظومة التحكيم.

---

(١٤٠) P. Karrer, Arbitration saves! Costs: Poker and Hide-and-Seek, Journal ofInternational Arbitration1986, p.35;M Secomb, Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and Practical Problems, ICC International Court of Arbitration Bulletin 2003, p.59.

(١٤١) د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية ٢٠١٠، ص٤٩١ وما بعدها.

(١٤٢) Micha Bühler, Sentences arbitrales et actes de la procédurearbitrale - Note: Non-payment of the advance on costs by the respondent party - is there really a remedy?' Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin 2006, Issue 2, p.292.

(١٤٣) Carine DUPEYRON et Flore POLONI, Procédure de liquidation d'une partie, arbitrage et droit d'accès à la justice: l'impossible équation?, Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin 2012, Issue 2, p.467.

تأسيساً على ذلك، إذا قام أحد المحتكمين بعدم تسديد التزاماته المالية المنبثقة عن عقد المحكم بداعي تعرضه للإفلاس؛ فإن هذا الأمر قد يدفع المحكم إلى حجب الحكم التحكيمي لحين الحصول على أتعابه المتفق عليها في عقد المحكم، وبالتالي قد يجد هذا المحتكم الذي أخل بالتزامه بسداد أتعاب المحكم يجد نفسه مسؤولاً عن تعويض خصمه عن ما أصابه من ضرر نتيجة عدم تنفيذه لاتفاق التحكيم، حيث إن إخلاله بالتزاماته الناشئة عن عقد المحكم سيؤدي إلى تعطيل منظومة التحكيم وعدم الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع، بما يمثل خرقاً للالتزامات التعاقدية الناشئة عن اتفاق التحكيم، هذا بالإضافة إلى مسؤوليته العقدية تجاه المحكم نتيجة إخلاله بالتزاماته الناشئة عن عقد المحكم.

هكذا قد يعتبر إخلال أحد المحتكمين بسوء نية عن التزامه بسداد أتعاب المحكم ومصاريف التحكيم بحجة تعرضه للإفلاس وعدم قدرته على القيام بأدائها لتخليه عن إدارة أمواله لأمين التفليسة سبباً لفسخ اتفاق التحكيم وقيام مسؤوليته العقدية؛ ففي إحدى القضايا أمام المحكمة الدولية للتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٩٨[١٤٤]، أصدر المحكم حكماً تحكيمياً يقضي بفسخ شرط التحكيم، مؤسساً حكمه على رفض المحتكم ضده دفع نفقات التحكيم التي ألزمته الهيئة التحكيمية بأدائها بالمشاركة مع المحتكم الآخر، مما يشكل انتهاكاً لشرط التحكيم الملزم للطرفين.

كما يمكن مواجهة الطرف سيئ النية الذي لجأ إلى الإفلاس للتهرب من سداد نفقات التحكيم وتعطيل المهمة التحكيمية عن طريق تطبيق القواعد العامة للالتزامات، والرجوع عليه بدعوى المسؤولية العقدية، باعتبار أن فعله يمثل انتهاكاً لالتزام تعاقدي يقع على عاتقه بموجب اتفاق التحكيم، ويفرض عليه ضرورة التعاون مع باقي أطراف العملية التحكيمية سواء المحتكم الآخر أو المحكم، والالتزام في كل تصرفاته بحسن النية للوصول إلى الغاية المرجوة من الاتفاق على التحكيم، وعدم القيام بتصرفات قانونية لا تتفق مع هذه الغاية.

حيث إن التزام الخصم بإبرام عقد محكم هو التزام بتحقيق نتيجة، ناتج عن اتفاقه على اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي يثبت خطأ الخصم بمجرد عدم تحقق النتيجة، وليس على المحتكم الآخر أن يثبت أن المحتكم المفلس ارتكب إهمالاً معيناً، كما لا يستطيع المحتكم المفلس سيئ النية أن يتهرب من المسؤولية لوجود السبب الأجنبي، حيث إنه ساهم بإرادته فى حدوث الإفلاس، الأمر الذي يقطع عنه السبب الأجنبي.

(١٤٤) International Chamber of Commerce, Case nº 9667, 10 august 1998.

لذا يُعد قيام أحد الخصوم المحتكمة بتصرفات تعسفية تؤثر على حسن سير الخصومة التحكيمية وترهق الخصم الآخر سبباً لقيام الأخير برفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض؛ لاسيما أن الرغبة في البعد عن الإجراءات المعقدة وطول أمد التقاضي كان الدافع الرئيسي للاتفاق على التحكيم، وبالتالي فإن عناصر المسؤولية العقدية متوافرة في الحالة التي نحن بصددها؛ فعنصر الخطأ يظهر في قيام الخصم – سيئ النية – الذي اشهر إفلاسه أو كان يعلم بأنه سوف يتم شهر إفلاسه في القريب العاجل بالدخول في علاقة قانونية يتضمنها شرط التحكيم، ومن ثم كان على يقين بأن منظومة التحكيم ستتأثر تأثيراً مباشراً بإجراءات الإفلاس، وأنه لن يستطيع تنفيذ الالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم وعقد المحكم أو سيتأخر في تنفيذها، والتي على رأسها سداد نفقات المهمة التحكيمية وأتعاب المحكم، الأمر الذي قد يفرغ اتفاق التحكيم من مضمونه.

وعنصر الضرر يتمثل في إضاعة الوقت والجهد والمال على المحتكم الآخر، وتفويت الغرض الذي من أجله تم الاتفاق على التحكيم، خاصة لو أثبت هذا الطرف أنه لولا وجود شرط التحكيم ما أبرم العقد الأصلي. وعنصر العلاقة السببية يظهر من خلال دخول إجراءات الإفلاس على إجراءات التحكيم، مما أدى إلى تعطيل منظومة التحكيم أو تعرض الحكم الصادر من الهيئة التحكيمية للبطلان بحجة تجاهل إفلاس أحد الخصوم.

والبعض(١٤٥) توسع في مسؤولية المحتكم المفلس سيئ النية الذي يتهرب من سداد نفقات التحكيم لتعطيل منظومة التحكيم، ولم يكتف بتقرير مسؤوليته العقدية تجاه المحتكم الآخر بموجب اتفاق التحكيم، ومسؤوليته العقدية تجاه المحكم بموجب عقد المحكم، بل اعتبر أن انتهاك هذه الالتزامات العقدية بطريقة تتضمن تحايلاً وغشاً بهدف تعطيل الوصول إلى عدالة تحكيمية تجعل هذا الشخص مرتكباً لخطأ تقصيري يستوجب المسؤولية التقصيرية على الرغم من وجود العقد، وهو أيضاً ما يتفق مع المبادئ التي أقرها القضاء(١٤٦).

وأخيراً، ذهب القضاء الفرنسي(١٤٧) إلى أنه إذا لم يتم إثبات سوء نية الخصم المفلس، وأن شهر إفلاسه كان مقصوداً للتأثير على إجراءات التحكيم فلا مسؤولية عليه؛ كما لو كان شهر الإفلاس ناشئاً عن التزامات سابقة عن العقد الأصلي موضوع

(١٤٥) Julie CLAVEL, Le deni de justice economique dans l'arbitrage international, op.cit, p.399 et s.

(١٤٦) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٢٧٦ لسنة ٥٤، بتاريخ ١٩٩٠/٥/٧.

(١٤٧) Cour d'appel de paris, Arrêt du 17 novembre2011, Voir: Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin 2012, Issue 2, p.459.

التحكيم، وكونه راجعاً لأزمة طارئة ولأسباب خارجة عن إرادته، وأنه قبل الإفلاس كان قد بادر بدفع نصيبه من المبلغ المحدد كدفعة مقدمة لحساب نفقات التحكيم، ثم عندما شهر إفلاسه أبلغ الهيئة التحكيمية رسمياً بإفلاسه لتراعي وضعه القانوني الجديد، فإنه ينبغي في تلك الحالة على الهيئة التحكيمة أن تتخذ الإجراءات المناسبة لتوافق بين إجراءات التحكيم وإجراءات إفلاس الخصم، وذلك على النحو الذي سبق وأن تعرضنا إليه عند الحديث عن أثر الإفلاس على منظومة التحكيم.

الخاتمة

سمحت هذه الدراسة بإلقاء الضوء على إحدى الإشكاليات التي تواجه منظومة التحكيم الحر في ظل الأزمات المالية الراهنة وهي تعرض أحد أطراف الخصومة التحكيمية للإفلاس، والتي ظهر لنا من خلال البحث أن لها العديد من الآثار السلبية التي تهدد الأمان القانوني لمنظومة التحكيم، وتعوق تطوره ليواكب التطورات الاقتصادية الحالية وتغيرتها.

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في رصدها للعلاقة القانونية التي تربط بين الخصوم والمحكم، أو ما يسمى عقد المحكم، والتي تُعد بمثابة آلية تنفيذ اتفاق التحكيم الحر؛ تلك العلاقة التي لم تحظ بالبحث والاهتمام من جانب المشرع والفقه، والتي تتأثر سلباً بإفلاس أحد أطراف الخصومة التحكيمية، ليمتد هذا الأثر ليطول اتفاق التحكيم ذاته، ومن ثم ينعكس على الآمان القانوني لمنظومة التحكيم وأهميته لحركة الاستثمار العالمي التي تحاول البعد بمنازعاتها عن القضاء العادي وتعقيداته الإجرائية.

لذلك انصب هذا البحث حول دراسة الآثار السلبية الناجمة عن إفلاس أحد المحتكمين على عقد المحكم واتفاق التحكيم الحر، وكيف يمكن لهذا الأمر أن يتسبب في تعطيل سير الخصومة التحكيمية بسبب انتظار حلول أمين التفليسة محل المحتكم المفلس، أو قيام المحكم بحبس الحكم بسبب عدم قدرة المحتكم المفلس على تسديد أتعابه نظير قيامه بالمهمة التحكيمية، أو تعرض الحكم التحكيمي للبطلان بحجة عدم مراعاة الهيئة التحكيمية لقواعد الإفلاس المتعلقة بالنظام العام.

وانتهينا إلى أن تلك الآثار السلبية لإفلاس أحد الخصوم المحتكمة على منظومة التحكيم حقيقة يفرضها الواقع العملي، وينبغي التعامل معها للحفظ على سلامة النظام القانوني للتحكيم وتطوره، وهذا الأمر قد تسنى للباحث عن طريق محاولة التنسيق بين إجراءات الإفلاس وإجراءات التحكيم، ثم التصدي للمحتكم المفلس سيئ النية الذي يرغب في استغلال النظام القانوني للإفلاس لتعطيل منظومة التحكيمية وتفريغها من مضمونها. وعلى هدي ذلك توصلت الدراسة لعدة نتائج، أهمها:

- عقد المحكم أو العلاقة التي تربط الخصوم بالهيئة التحكيمية يترتب عليها العديد من الالتزامات العقدية على عاتق الخصوم، ويقع على رأسها التزامهم بحسن النية والتعاون مع الهيئة التحكيمية لإنجاح المهمة التحكيمية، وسداد مصاريف الخصومة التحكيمية وأتعاب المحكم.
- وجود تكامل عقد بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم، وأن نجاح المهمة التحكيمية متوقف على نجاح تنفيذ العقدين.
- الحكم بشهر الإفلاس والدعاوى الناشئة عنه من المسائل التي لايجوز فيها التحكيم.
- أثر إفلاس أحد الخصوم المحتكمة على منظومة التحكيم يختلف بحسب اللحظة التي تم فيها الاتفاق على التحكيم أو عقد المحكم، قبل شهر الإفلاس أم بعده، وخلال فترة الريبة أم قبلها. وأن الأثر السلبي لإجراءات الإفلاس على منظومة التحكيم يمكن مواجهتها بمراعاة عدة أمور، **يمكن أن نوردها في التوصيات الآتية**:
  - حث المشرع الكويتي على سرعة سن قانون خاص ينظم التحكيم في بعده المحلي والعالمي مستفيداً من تطور فقه منظومة التحكيم، وأسوة بباقي الدول العربية.
  - حث المشرع العربي على وضع تنظيم قانوني لعقد المحكم باعتباره ركناً أساسياً داخل منظومة التحكيم الحر.
  - حث المشرع العربي على وضع قواعد قانونية للتنسيق بين إجراءات التحكيم وإجراءات الإفلاس كضرورة يفرضها الوضع المالي الحالي وما تمر به الكيانات الاقتصادية من أزمات، بحيث لا تصبح مسألة إفلاس أحد المحتكمين عائقاً أمام الخصومة التحكيمية.
  - حماية الأمان القانوني لمنظومة التحكيم ودوره الفعال في حل النزاعات بعيداً عن القضاء العادي وتعقيداته الإجرائية، خاصة على مستوى التحكيم التجاري الدولي، لن يتأتى إلا بإقرار مبدأ عدم التناقض داخل منظومة التحكيم، والاعتراف بالمسؤولية العقدية للمحتكم المفلس سيئ النية الذي اتجهت إرادته إلى تعطيل منظومة التحكيم.
  - التأكيد على أن القضاء العادي له دورٌ فعال وحيوي في الحفاظ على الأمان القانوني لمنظومة التحكيم، يظهر جلياً في معاقبة المحتكم المفلس سيئ النية الذي يرغب في تعطيل تنفيذ الحكم التحكيمي.

قائمة المراجع*

أولاً – مراجع باللغة العربية:

* مراجع عامة ومتخصصة:

- د. أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
- د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، طبعة ١٩٨١.
- د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩.
- د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٧.
- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف ٢٠٠١.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
- د. أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- د. أشرف الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية – دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية ١٩٩٨.
- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية ٢٠١٠.
- د. سحر عبد الستار، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
- د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٣.
- د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي ١٩٧٣.
- د. عبد الغني بسيوني، المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠١.

* مرتبة ترتيباً أبجدياً.

- د. عكاشة عبد العال، د. مصطفي الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مكتبة الحلبي الحقوقية ١٩٩٨.
- د. علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية ١٩٩٦.
- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الأسكندرية ٢٠٠٧.
- د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٩.
- د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ٢٠٠٧.
- د. محيي شوقي أحمد، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٨٦.
- د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مكتبة الوفاء القانونية ٢٠١٠.
- د. مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٩.
- د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥.
- د. نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدينة والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر١٩٩٤.
- د. هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية ١٩٩٧.
- د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني – قانون المرافعات، دار الثقافة الجامعية ١٩٩٩.

*** أبحاث ومقالات وندوات:**

- د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ١٩٩٤، السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني، ص ٢٠٦.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع "محاذير وتوجيهات"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، يناير ٢٠٠٨، ص ١٧ وما بعدها.

- د. عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٤، ص١٨٤.
- د. فايز نعيم رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي Unicitral، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الخامسة عشرة، العدد الأول يناير ٢٠٠٧، ص ١٠٤.
- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاهرة ١٩٧٣.
- د. محمود يونس، النظام العام والتحكيم في محكمة قضاء التمييز (دبي) ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الثالثة عشرة، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٥، ص١٤٤.

ثانياً – مراجع باللغة الأجنبية:

* مراجع عامة ومتخصصة:

- Bowdenpaul, L'interdiction des se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, in: Gaillard edition; Transnational Rules in Commercial Arbitration, International chamber of commerce publiction, Paris 1993.
- C. Reymond, Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et de sa répartition, in /tudes de procédure et d'arbitrage, Mélanges Jean François Poudret, Faculté de droit de Lausanne 1999.
- D. Mouralis, L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle, thèse Aix, 2008. J-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, 1999.
- D. VIDAL, Droit français de l'arbitrage commercial international, édition Gualino 2004.
- Dominique Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, édition Gualino 2004.
- Emmanuel Gaillard, L'effet négatif de la compétence - com-

pétence, Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p.387 et s.

- Fouchard and others, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 1999.
- Georges-Albert et Didier Matray, L'arbitre : pouvoirs et statut, Actes du colloque du CEPANI, /ditions Bruylant 2003.
- Jacques Béguin et Michel Menjucq,Traité de droit du commerce international, Litec 3 éd. 2005.
- Jean Robert et Bertrand Moreau, L'arbitrage: droit interne, droit international privé, édition Dalloz 1983.
- Jean-Louis and others,Frenche arbitration Law and practice, Wolters Kluwer 2009.
- Muir Watt, Pour l'accueil de l'Estoppel en droit privé français, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, paris 1994.
- Philippe Bournoville, L'arbitrage, Larcier 2000.
- POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), Droit comparé de l'arbitrage international, Librairie générale de droit et de jurisprudence 2002.
- R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Économica collections, Études juridiques comparatives 1982.
- Thomas Clay, L'arbitre, Bibliothèque De Thèse, Dalloz collection 2001.

*** مقالات وتحليلات:**

- - Bertrand Moreau, Arbitrage commercial, répertoire de droit commercial, Dalloz 2004, p.75, nº169.
- - Caroline Derache, Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit français, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires 02 août 2012, p.2.
- - Carine DUPEYRON et Flore POLONI, Procédure de liquidation d'une partie, arbitrage et droit d'accès à la justice:

l'impossible équation?, Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin 2012, Issue 2, p.467.

- - Ch. JARROSSON, Remarques sur le contrat d'arbitrage, a propos de la recevabilité du recours en annulation pour contester les honoraires des arbitres, Revue de l'arbitrage 1998.
- - Charles Jarrosson, Les frontières de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 2001, p.5.
- - D. Alexandre, arbitrage judicaire, Revue de la l'arbitrage 1981, p.399.
- - Dominique Vidal, Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, Vol.20/1, 2009, p. 72.
- - Eric Loquin, les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 2006, p.152.
- Eric Loquin, Du droit aux honoraries des arbitres, Revue trimestrielle de droit commercial 2002, p. 282.
- Emmanuel Gaillard, la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, Revue de l'arbitrage 2007, nº4, p.697.
- Emmanuel Gaillard, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international, Revue de l'arbitrage 1985, p.248.
- Fabien Girard, Estoppel : faut-il acclimater le Poison Tree ?, Revue Lamy de droit des affaires 2012, p.74.
- Gérard français, arbitrage international modalité et conséquence du contrôle de la validité d'un compromise ou d'une clause compromissoire en Europe, Revue général du droit des assurances 2004, Tome 75, Nº3, pp.577-579.
- Ibrahim Fadlallah, Le recouvrement de la provision pour frais dans l'arbitrage CCI : de l'obligation des parties entre elles, La Gazette du Palais 2003, Les Cahiers de l'Arbitrage, p.17.

- J. ROBERT, Expose introductif et général sur l'arbitrage, Annales de la Faculté de Liège 1964.
- Jacques Béguin, Droit de l'arbitrage, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires 01 mars 2012, p.4.
- J. Ortscheidt, précisions sur le régime de l'estoppel dans l'arbitrage international, La semaine juridique Enterprise et Affaires 2010, p.1194.
- Jean Georges, Enfin la définition de l'estoppel en droit français, Option droit et affaires 2010, p.8.
- Jean Rouche, le paiement par le défendeur de sa part de provision sur les sur les frais d'arbitrage: simple faculté ou obligation contractuelle, Revue de l'arbitrage 2002, p.841.
- Julie CLAVEL, Le deni de justice economique dans l'arbitrage international "L'effet négatif du principe de compétence-compétence", thése de doctorat, Université Paris II 2011.
- M.Secomb, Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and Practical Problems, ICC International Court of Arbitration Bulletin 2003, p.59.
- MAYER, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Revue de l'Arbitrage 1998, p. 359.
- Mayer, La sentence contraire à l'ordre public au fond, Revue de l'arbitrage 1994, nº29, p. 639.
- Micha Bühler, Sentences arbitrales et actes de la procédurearbitrale - Note: Non-payment of the advance on costs by the respondent party - is there really a remedy?' Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin 2006, Issue 2, p.292.
- Olivier Cachard, le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, Revue de l'arbitrage 2006, Nº4, p.893.

- P. Karrer, Arbitration saves! Costs: Poker and Hide-and-Seek, Journal of International Arbitration 1986, p.35.
- Pascal Ancel, Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985, Revue de l'Arbitrage 1987, p.277.
- Pascal Ancel, Arbitrage et procédures collectives, Revue de l'arbitrage 1983, p.258.
- Ph. FOUCHARD, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Revue de l'arbitrage 1996.
- Robert, La législation nouvelle de l'arbitrage, Dalloz 1980, chronique 23, p.189.
- Serge Guinchard, L'arbitrage et le respect du contradictoire, Revue de l'arbitrage 1997, p.190.
- Thomas Clay, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, Panorama - Arbitrage, Recueil Dalloz 2009, nº44, p.2965.
- Thomas Clay, Détermination de la responsabilité civile contractuelle de l'arbitre, La Semaine Juridique - Edition générale 2006, p.1.
- Thomas Clay, note sous Cour de Cassation, 1re Chambre civile, 20 février 2001, affaire: Société Cubic Défense Systems Inc. v. Chambre de commerce internationale, Revue de l'arbitrage 2001, p.514.
- V. Hascher, Arbitrage du commerce international, Répertoire international, Dalloz 2005, nº105.