الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري
وقانون التحكيم الفرنسي الجديد
الصادر بالمرسوم رقم 48 لسنه 2011

عنوان الكتاب: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم
تأليـــــــــف: دكتور/ محمد صلاح أحمد عيد
الترقيـم الدولي: 978-977-841-188-1
رقـم الإيـداع: 16037 / 2020
سنـــة النشـر: 2021

الطبعة الأولى

الناشـر

المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع
ثقافة بلا حدود

جمهورية مصر العربية
القاهرة - شبرا - 3 شارع ترعة النصراني أمام مسجد التقوى - منطي - شبرا الخيمة
00(20)1282441890
00(20) 233518784
Yasser261098@gmail.com
WWW.ACBOOKZONE.COM

حقوق النشر:
جميـع الحقـوق محفوظـة للمركـز العربـي للدراسات والبحوث العلميـة للنشـر والتوزيـع، ولا يجـوز نشـر أي جـزء مـن هـذا الكتـاب أو اختزان مادته بطريقة الاسترجاع أو نقله على أي نحـو أو بأيـة طريقـة سـواء كانـت إلكترونية أو ميكانيكية أو خلاف ذلك إلا بموافقة الناشر على هذا كتابة ومقدما.

تنويه هام:
إن مادة هذا الكتاب والأفكار المطروحة به تعبر فقط عن رأي المؤلف. ولا تعبر بالضرورة عن رأي الناشر الذي لا يتحمل أي مسئولية قانونية فيما يخص محتوى الكتاب أو عدم وفائه باحتياجات القارئ أو أي نتائج مترتبة على قراءة أو استخدام هذا الكتاب.

الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري
وقانون التحكيم الفرنسي الجديد
الصادر بالمرسوم رقم 48 لسنه 2011

الدكتور

مُحَمَّد صَلاح أَحْمَد عِيد

دُكْتُوراه فِي الحُقُـوق

جامعة المنوفية

الطبعة الأولى

1442هـ - 2021م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ ۖ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا ۚ أَنتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾

صدق الله العظيم

(سورة البقرة: 286)

إهداء

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة ..
إلى نبي الرحمة ونور العالمين..
سيدنا محمد صلى اللّه عليه وسلم

****

إلى والدي أطال اللّه في عمره

****

إلى أمي الغالية

****

إلى زوجتي الغالية

****

إلى قرة عيني ابنتي ليان

****

إلى إخوتي الأعزاء

****

إلى كل من كان عوناً وحافزاً لي في هذا المجهود
أصدقائي وأقاربي

****

Liste des abréviations

Abréviation	Expression
JDI	Journal de droit international
T.	Tome
C.C.I.,	Chambre commerciale internationale
Cah. arb.,	Cahiers d'arbitrage
P. U. F.	Presses Universitaires France
JCP	Juris-Classeur périodique
JCPG	Juris-Classeur périodique, édition générale
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (Lextenso)
AAA	Americain Arbitration Association
Rev. dr. int. dr. Comp.,	Revue de droit internetional et de droit comparé.
J. O.R.F	Journel officiel de la République française
JDI	Journel du droit international
C.P. du N.,	Cours de perfectionnement du notariat
Civ.,	Civile
CASS.	Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Art.,	Article
Rev.arb.	Revue d'arbitrage
ED.,	Édition
et s	et suivant
L.G.D.J.,	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Rev.,	Revue
C.P.C	Code des procédures civiles français
n°	numéro
Vol.,	Volume
P.	Page au singulier
P.p	Page au pluriel

مُقَدِّمَة

يُعَدُّ التحكيمُ من أهَمِّ وسائل فضِّ المنازعات بين الأفراد والمؤسسات، وقد وُلِدَ هذا النظام في ظلِّ ظروف سياسيَّة واقتصاديَّة واجتماعيَّة تتناسب معه. وظل ينمو ويتطور إلي الآن، حتي صار لبنةً مهمةً في إطار البنيان القانوني للدول والحكومات والمؤسسات التجارية.

فالقانون ينمو ويتطور في ظلِّ ظروفِ البيئة المحيطة به، ولعلنا نعلم أن هناك بعض القوانين المستوردة قد فشلت في مجتمعنا، أما نظام التحكيم فإنه يجعلنا نقول بثقة بأن كلَّ قديم حديث، وأن القانون لا ينتهي بانتهاء زمنه الذي ولد فيه، ولكنه يتطور ويتغير حتي يواكب الظروف المتغيرة من حوله.

ولا يخفي على أحد أن التحكيمَ تمتدُّ جذورُه الي فجر التاريخ، فلا نتجاوز الحقيقة إذا ما قلنا أنه أسبق في الظهور من القضاء، فقد عرفت الشعوب وسائل كثيرة لفض المنازعات بين الأفراد، كما عرفت الحضارات القديمة نظام التحكيم، ففي اليونان كان يلزم كل مواطن من مواطني أثينا تسجيل اسمه في قوائم المحكمين للقيام بهذه المهمة؛ نظرا لازدياد العبء على المحاكم الشعبية، ومن يتخلف عن هذا الواجب يحرم من بعض الحقوق، وكانت مهمة المحكم الإصلاح بين الخصمين، فإن أخفق أصدر قراره مشفوعا بقسم، قابلا للاستئناف أمام المحاكم الشعبية[1].

(1) انظر: فخري أبوسيف مبروك، مظاهر القضاء الشعبي لدي الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة، العدد الأول، يناير، 1974 ص103 وما بعدها

وبذلك يعد التحكيم مرحلة راقية وصلت اليها المجتمعات البشرية، وكان الناس في الجاهلية يلجاون الي شيخ القبيلة بوصفه رمزًا للسلطة ليحكم بينهم في منازعاتهم.

ويعتبر التحكيم أعلي مراحل التطور الذي وصلت اليه الجماعات الفطرية، وقد استقرت فكرة التحكيم في أذهان الناس وألفوا الالتجاء اليها، حتي أصبحت عادة أصيلة في نفوسهم، ومع ذلك كان الالتجاء الي التحكيم اختياريًّا وتنفيذ الحكم الصادر متروك أمره إلي المتنازعين[1].

وينبغي أن ننوه الي عظمة الشريعة الإسلامية، فقد أكدت على مشروعية التحكيم في مواضع مختلفة، ووضعت له نظامه الخاص. وذلك في مواضع كثيره بالقران الكريم فقال -تعالي-: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾ ﴾[2]. وقوله تعالي: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ ﴾[3].

والتحكيم جائز والدليل على ذلك من السنة النبويه؛ فالصحابة- رضوان الله عليهم- كانوا مجمعين على جواز التحكيم[4]، وفي أسني المطالب: "يجوز التحكيم بين اثنين لرجل غير قاض؛ لما رواه البيهقي أن عمر وأبي بن كعب تحاكما إلي زيد بن ثابت، وأن عثمان وطلحة تحاكما إلي جبير بن مطعم ولم يخالفهم أحد، فاعتبر ذلك إجماعًا[5].

(1) انظر: صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، طبعة 1957، مكتبة النهضة المصرية، ص79.

(2) سورة النساء، الآية 65.

(3) سورة النساء، الآية 35.

(4) المبسوط، لأبي بكر محمد السرخسي، دار المعرفة- بيروت، الجزء21، ص62

(5) أسنى المطالب شرح روضة الطالب ، الإمام النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، الجزء4، ص287

وذكر في نهايه المحتاج بالاجماع أنه:" لو حكم خصمان، أو اثنان من غير خصومة، كفي نكاح، أو حكم أكثر من اثنين رجلا في غير حد الله -تعالي- جاز مطلقا؛ لأن ذلك وقع لجمع من الصحابة، ولم ينكر فصار إجماعًا[1]".

وقد روي مسلم عن بريدة أن رسول الله ﷺ كان إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه بتقوي الله ومن معه من المسلمين خيرا، ثم قال:" وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا[2]".

والثابت: أن رسول الله ﷺ كان يحتكم اليه الناس قبل الإسلام.

روي عن الربيع بن جثيم أنه كان يتحاكم الي رسول الله ﷺ في الجاهلية قبل الإسلام[3]، وقد احتكم العرب اليه في وضع الحجر الأسود عند بناء الكعبة فانتهي بحكمه النزاع.

فالثابت تاريخيا أنه: لما بلغ رسول الله ﷺ خمسا وثلاثين سنة، اجتمعت قريش لبنيان الكعبة، وكانوا يهمون بذلك ليسقفوها ويهابون هدمها، وإنما كان رضما فوق القامة، فأرادوا رفعها وتسقيفها، وذلك أن نفرا سرقوا كنزا للكعبة.

فقال الوليد بن المغيرة: أنا أبدؤكم في هدمها، فأخذ المعول، ثم قام عليها، وهو

(1) نهاية المحتاج شرح المنهاج، لأحمد بن حمزة الرملي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، الجزء الثامن، ص242

(2) صحيح مسلم بشرح النووي، مطبعة الحلبي، الجزء22، ص39

(3) الشفا : بشرح نسيم الرياضي جـ 2ص107 ، طبقات ابن سعد جـ1ص157 دار صادر ، عقد التحكيم في الشريعة الاسلامية د/ الدوري ، المرجع السابق ، ص46 .

يقول: اللهم لم ترغ – قال ابن هشام: ويقال: لم نزغ – اللهم إنا لا نريد إلا الخير، ثم هدم من ناحية الركنين.. ثم إن القبائل من قريش جمعت الحجارة لبنائها، كل قبيلة تجمع على حده، ثم بنوها، حتي بلغ البنيان موضع الركن، فاختصموا فيه، كل قبيلة تريد أن ترفعه الي موضعه دون الأخرى، حتي تحاوروا وتحالفوا، وأعدوا للقتال. فقربت بنو عبد الدار جفنة مملوءة دما، ثم تعاقدوا هم وبنو عدي ابن كعب بن لؤي على الموت، وأدخلوا أيديهم في ذلك الدم، في تلك الجفنة، فسمو لعقة الدم، فمكثت قريش أربع ليال أو خمسا، ثم إنهم اجتمعوا في المسجد، وتشاوروا وتناصفوا.

فزعم بعض أهل الرواية: أن أبا أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر ابن مخزوم، وكان عامئذ أسن قريش كلها، قال: يا معشر قريش اجعلوا بينكم فيما تختلفون فيه أول من يدخل من باب هذا المسجد يقضي بينكم فيه، ففعلوا.

فكان أول داخل عليهم رسول الله ﷺ فلما رأوه قالوا: هذا الأمين، رضينا، هذا محمد. فلما انتهي الي هم، وأخبروه الخبر، قال ﷺ: هلم الي ثوبا، فأتي به، فأخذ الركن فوضعه فيه بيده، ثم قال: لتأخذ كل قبيلة بناحية من الثوب، ثم ارفعوه جميعا ففعلوا، حتي إذا بلغوا به موضعه، وضعه هو بيده، ثم بني عليه[1].

وإذا انتقلنا الي العصر الحالي نجد أن القضاء هو السبيل الأول والأساسي لفض المنازعات بين الأفراد، وهو الذي يحقق الحماية القضائية للحقوق والحريات. والتحكيم احد التطبيقات الهامه في مجال الاختيار لدي الافراد وضمانة لتفعيل ارادتهم في فض منازعاتهم عن طريق محكمين من اختيارهم.

فالتحكيم يعتبر نظامًا قضائيًّا خاصًّا، فقد أصبح حقيقة مؤكدة وثابتة لا يمكن

(1) سيرة ابن هشام جـ1ص221 – 228 .

إغفالها، ويوما بعد يوم تزداد أهميته والالتجاء اليه بوصفه وسيلة مهمة لفض المنازعات، حتي بالرغم من العقبات والمشكلات الفنية والقانونية التي يمكن أن تعرقل نظام التحكيم.

ويمكن عرض بعض ما يمتاز به نظام التحكيم وبعض ما يكتنفه من عيوب على النحو التالي:

مميزات نظام التحكيم:

1- في التحكيم يستطيع الأطراف اختيار شخص محل ثقة ليحكم بينهم، على العكس من محاكم الدولة.

2- في التحكيم يستطيع الأطراف اختيار محكم له خبرة فنية أو قانونية خاصة بمجال النزاع.

3- التحكيم يؤدي الي توفير الوقت والاقتصاد في النفقات، ويستطيع الأطراف الاتفاق على إنهاء التحكيم في وقت قصير.

4- للأطراف الحق في اختيار مكان ووقت التحكيم.

5- للأطراف حق اختيار القانون الذي سوف يطبق عليهم.

6- كما يتميز بالسرية، بعيدًا عن علانية الجلسات في القضاء، وحكم التحكيم لا يجوز نشره إلا بموافقة الأطراف.

الانتقادات الموجه لنظام التحكيم:

لا تحول مزايا نظام التحكيم من وجود بعض العيوب التي تكشف هذا النظام ومنها:

1- في التحكيم يتحمل الأطراف جميع نفقات التحكيم من بداية انعقاده حتي صدور حكم، على عكس قضاء الدولة، فالأطراف المتقاضون لا يدفعون أجرا للقاضي.

2- في بعض الأحيان قد يتولي مهمة التحكيم شخص غير كفء، وليس على دراية تامة ولا خبرة بموضوع النزاع.

3- قد يصدر حكم التحكيم في بعض التشريعات غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن؛ مما يجعل الحكم غير عادل في بعض الأحيان مثل قانون التحكيم المصري.

وجدير بالذكر ان التحكيم وثقافته واحتياجاته ليست هي نفسها ثقافة واحتياجات النظام القضائي وضروراته؛ لأن التحكيم له مرجعيه مختلفة عن مرجعية القضاء، مع تميز قواعده بالمرونة المنسقة وطبيعته الاتفاقية [1].

فالتحكيم أساسه اتفاق الأطراف وإرادتهم، وقد أكد القضاء على أن: "قانون التحكيم هو فرع مستقل من النظام القانوني المصري، موضوعه قاصر فقط على التحكيم بحسبانه نظامًا قانونيًّا يقوم في جوهره على مبدأ سلطان الإرادة [2]"، وأكدت احكام القضاء على أن "الأصل في التحكيم أنه طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية..."[3].

ونقطة الارتكاز التي يدور حولها نظام التحكيم، يتمثل في وجود اتفاق التحكيم، والذي يلتزم بموجبه الأطراف بعدم الالتجاء إلي القضاء، وطرح منازعاتهم على محكم أو أكثر أو سلطة مختصة بالتحكيم للفصل فيه.

(1) انظر: سميحة القليوبي، بحث مقدم إلي ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات المنعقدة في الشارقة، الفترة من 4 إلي 7 ديسمبر 2005، ص55 .

(2) انظر: حكم استئناف القاهرة، الدعوي رقم 44 لسنة 130 قضائية، د/ 7 تجاري جلسة 2/ 12/ 2013

(3) انظر: نقض مدني مصري، الطعن رقمي 18870، 18869 سنة 84 قضائية، جلسة 25/ 5/ 2017 . وانظر أيضا الطعن رقم 1037 سنة قضائية، جلسة 10/ 3/ 2015 .

فاتفاق التحكيم مبعثه – في حقيقة الحال– رغبة الأطراف في البعد عن قضاء الدولة وقواعده الجامدة؛ املا في تحقيق عدالة ناجزة ومرنة.

فهو المفترض والأساس لعملية التحكيم؛ إذ يعتبر الاتفاق أساس الالتجاء إلي التحكيم، فهو والتحكيم وجهان لعملة واحدة[1].

التعريف بموضوع البحث:

أَوْضَحْتُ نظامَ التحكيم بكلماتٍ مختصرةٍ من حيثُ تعريفه ونشأته ومزاياه وعيوبه، فهو نظام يقوم على أساس إرادة الأفراد في حل منازعاتهم عن طريق أشخاص باختيارهم، ويعطي للأطراف أمام هيئة التحكيم الحقوق نفسها التي كفلها لهم نظام التقاضي العادي مثل: حق المواجهة، والدفاع، والمساواة، والمحايدة. وتجدر الإشارة الي أن نظام التحكيم يسير وفق ضوابط وقواعد، كل هذه الضوابط يحددها اتفاق التحكيم.

فاتفاق التحكيم هو أساس عملية التحكيم؛ لذا لا بد من أن يتوافر فيه كل أركانه وشروطه، فإن كان صحيحًا أصبح التحكيم صحيحًا، وإن كان غير ذلك أصبح حكم التحكيم باطلا.

والاتفاق على التحكيم يترتب عليه – أن كان صحيحًا – أثران: أحدهما سلبي، والآخر إيجابي، فأما الأثر السلبي فيتمثل في منع قضاء الدولة من نظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، والفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم. أما الأثر الإيجابي فيتمثل في حل النزاع عن طريق هيئة التحكيم وفق إرادة أطراف النزاع.

(1) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، بند 71، ص 233 .

ويعطي اتفاق التحكيم الصحيح لمن كان طرفًا فيه أن يتمسك بالدفع به أمام القضاء لمنع هذا القضاء من نظر النزاع إذا ما بادر أحد الأطراف في اللجوء الي القضاء العادي.

وله أن يستخدم عند ذلك كافة الطرق القانونية المشروعة للوصول الي حقه ومبتغاه في حل النزاع – موضوع الاتفاق على التحكيم – عن طريق هيئة التحكيم.

واتفاق التحكيم هو الذي يحدد نطاق العملية التحكيمية، سواء من حيث الأشخاص أو الموضوعات التي تعرض على هيئة التحكيم. فهناك بعض المسائل التي لا يجوز عرضها على التحكيم، ولا يجوز إبرام اتفاق تحكيم بشأنها.

نطاق البحث:

نركز في هذا البحث على بيان الدَّفع بالاتفاق على التَّحكِيم وعناصره، وتحديد الطبيعة القانونية الخاصة به، ونعرض لاتجاهات الفقه والقضاء والتَّشريعَات المقارنة في هذا الشأن، والاختلافات فيما بين القوانين، وتحديد نطاق الدَّفع بالتَّحكِيم سواء من حيث أطرافه ومن لهم الحق في الدفع به، أو من حيث موضوعه التي يمكن أن يشملها الدَّفع بالتَّحكِيم.

مُشْكِلَةُ البَحْثِ:

يثير الدَّفع بالتَّحكِيم العديد من الإشكاليات القانونية، والفقهية، والقضائية التي كانت– ومازالت– مثار جدل شديد في التَّشريعَات المختلفة والفقه وأحكام القضاء.

فقد ثار الخلاف في الفقه، وأحكام القضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للدفع بالتَّحكِيم، واحكامه هل هو دفعٌ بعدم الاختصاص؟ أم بعدم القبول، أم ببطلان المطالبة القضائيَّة، أم بوقف الدعوي، أم أن له ذاتيَّة خاصة واستقلال خاص؟ أم أنَّه غير ذلك؟.

ومن التساؤلات التي يثيرها البحث أيضا: أي نوع من القواعد الخاصة بالدُّفوع يُطَبَّقُ على الدفع بالتحكيم؟، ومن له سلطة إثارته والتمسك به؟، وهل ينتمي للدفوع المتعلقة بالنظام العام والتي يحق للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها؟ أم أنه دفع يتعلق بالمصلحة الخاصة التي يسقط حق الخصم فيها إذا لم يبدها قبل الكلام في موضوع الدعوي القضائية؟، وهل يقتصر حق إثارة الدَّفع بالتَّحكِيم على من كان طرفًا في اتفاق التَّحكِيم؟ ومن هو الطرف؟ ومن هو الغير في اتفاق التَّحكِيم؟ وهل يمتد حق التمسك بهذا الدَّفع إلي الخلف العام أو الخلف الخاص؟ وهل يمتد في حالة سلسلة العقود ومجموعة الشركات؟ وهل يمتد للمرسل اليه في سند الشحن؟ والضامن والكفيل؟.

وهل الدَّفع بالتَّحكِيم يقتصر فقط على المنازعات التي تكون محل الاتفاق على التَّحكِيم؟ أم أنَّه يمتد ليشمل غيرها من المنازعات، سواء المرتبطة به أو الطلبات العارضة التي تقدم من الخصوم في أثناء سيرها أمام القضاء، سواء منها الطلبات الإضافية التي يقدمها المدعي، أو المقابلة التي يقدمها المدعي عليه؟.

وما شروط صحة الدَّفع بالتَّحكِيم؟ ومن صاحب الصفة والمصلحة في إبداء هذا الدَّفع؟ وما الشكل الذي يتم فيه؟

خطة البحث:

يتَكَوَّنُ البحثُ مِنْ مُقَدِّمَةٍ، وفصلٍ تمهيديٍّ، وبَابَيْنِ، وَخَاتِمَة على النَّحْوِ التالي:

اما الفَصْلُ التَّمْهِيدِيُّ، فموضوعه: فكره الاتِّفَاقُ على التَّحْكِيمِ

ويأتي البَابُ الأَوَّلُ بعنوان:

ماهية الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحْكِيمِ وطبيعته القانونية.

وينقسم إلي فصلين:

الفَصْلُ الأَوَّلُ: مَاهِيَّةُ الدَّفع بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم وَعَنَاصِرُهُ.

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

أما البَابُ الثَّانِي فبعنوان:

أَرْكَانُ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتفَاقِ على التَّحْكِيمِ وَشُرُوطُ صِحَّتِهِ.

وينقسم أيضا إلي فصلين:

الفصل الأول: أركان الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.

والفصل الثاني: شروط صحة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.

أما الخاتمة فتتضمن أهم نتائج الدراسة وتوصياتها.

الفصل التمهيدي

فكره الاتفاق على التحكيم

الفصل التمهيدي

فكره الاتفاق على التحكيم

تَمْهِيدٌ وتقْسِيمٌ.

يُعْتَبَرُ اتفاقُ التحكيم اتفاقًا أو عقدًا مستقلًا عن العقد الأصلي الوارد به هذا الاتفاق؛ واتفاق التحكيم الصحيح هو الذي يلزم الأطراف باللجوء إلي التحكيم لحل منازعاتهم، فمحور عملية التحكيم هو وجود هذا الاتفاق الصحيح. ولأهمية البحث وإحاطته بالموضوع، سوف نقسم هذا الفصل إلي المباحث الآتية:

- **المبحث الأول: ماهية الاتفاق على التحكيم وطبيعته القانونية واركانه.**
- **المبحث الثاني: شروط صحه الاتفاق على التحكيم وصوره ونطاقه.**

المَبَحَثُ الأول
مَاهِيَّةُ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ وطَبِيعَتُهُ القَانُونِيَّةِ وأركانه

تَقْسِيمٌ:

اتفاق التحكيم هو جوهر وقلب نظام التحكيم؛ فهو الذي يحدد سير العملية التحكيمية من حيث اختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق وغيرها، ونظرا للأهمية العملية له فإنه يجدر بنا أن نبدأ الحديث بتوضيح مفهومه وبيان طبيعته القانونية، وذلك على النحو التالي:

- **المطلب الأول**: ماهية الاتفاق على التحكيم.
- **المطلب الثاني**: الطبيعة القانونية للاتفاق على التحكيم.
- **المطلب الثالث: أركان الاتفاق على التحكيم**.

واليك تفصيل ذلك على النحو التالي:

المَطْلَبُ الأَوَّلُ

ماهية الاتفاق على التحكيم

تمهيد:

يُعتبر اتفاق التحكيم محور عملية التحكيم وأساسها، فالاتفاق الصحيح هو السبب في استمرار نظر المحكمين لموضوع هذا النزاع، وبالتالي كان لزاما علينا التطرق لماهيه هذا الاتفاق من وجهه نظر التشريعات والآراء الفقهيه والاحكام القضائية وذلك على النحو التالي:

أَوَّلا: التَّعْرِيفُ الفِقْهِيُّ لاتِّفَاقِ التَّحْكِيمِ

تعددت الآراء الفقهية في وضع تعريف محدد لاتفاق التحكيم: فاتجه الفقه الفرنسي الي تعريف اتفاق التحكيم على أنه **"اتفاق بين أشخاص بينهم نزاع، من أجل عرضه على محكم مُعين بدلاً من محاكم الدولة المُختصة عادةً بالفصل في هذا النزاع"** [1]، كما اتجه آخر إلي تعريف اتفاق التحكيم على أنه: **"هو اتفاق يقرر بموجبه الطرفان خضوع جميع النزاعات أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معيّنة تعاقدية أو غير تعاقدية للتحكيم"**. [2]

في هذا الصدد، من المهم التأكيد على أن مصطلح اتفاق التحكيم في بعض النظم القانونية قد يشمل مفهومين مختلفين: في الواقع، قد يتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم. فشرط التحكيم هو اتفاق يقضي بإحالة النزاع الذي ينشأ

(1) PRUJINER (A.), *«Validité et efficacité des conventions d'arbitrage»*, C.P. du N., 1995, 1, p. 251.

(2) FOUCHARD (P.), *L'arbitrage commercial international*, Vol. III, Paris, Dalloz,1965, P. 53

مستقبلاً بين الطرفين إلي التحكيم، أي إن وقوع النزاع مسألة محتملة مستقبلاً. وعلي العكس من شرط التحكيم، فإن مشارطة التحكيم هو اتفاق أُبرم بين الطرفين بعد نشوء النزاع. (1)

ولا يختلف شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم بناء عن نشوء النزاع فحسب، وإنما أيضا بناء على عدد معين من القواعد التي تميز نظامهم القضائي. (2) فيجب أن يكون هذا التمييز ضروريًا، فأي اتفاق تحكيم يتم ابرامه قبل نشوء النزاع يشكل شرط تحكيم ويخضع للأحكام خاصة به. من ناحية أخري، فإن الاتفاق الذي يدخل بعد نشوء هذا النزاع يشكل مشارطة تحكيم ويخضع للأحكام المُتعلقة بهذا الاتفاق. (3)

وقد ذهب بعض الفقه المصري إلي تعريف اتفاق التحكيم بأنه " **عقد خاص يتم باتفاق الطرفين، ويعتبر مظهرًا لسلطان إرادتهم** (4). في حين اتجه آخر إلي تعريف اتفاق التحكيم على أنه " **اتفاق على الالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية** (5)". وأيضاً بأنه "**عقد يتفق طرفاه على عرض النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ**

(1) GAVALDA (C.), DE LEYSSAC (C.L.), *L'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1993, p.20.

(2) JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (PH.), CORNELOUP (S.) , *Droit du commerce international*, Dalloz, 2e éd., Paris, 2010, p. 778, n° 1072.

(3) ROBERT (J.) (avec la collaboration de B. MOREAU), *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6 ème édition, Dalloz, Paris, 1993, p. p. 46, n° 57

(4) انظر: فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني – طبعة 2001– بند 460 – ص942.

(5) انظر: أحمد السيد صاوي – التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994وأنظمة التحكيم الدولية – بند 19– ص 31

في المستقبل على شخص أو أشخاص معينين، عددهم وتر، يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"[1].

واتجه آخر إلي تعريفه بأنه "عقد مدني تبدو فيه إرادة الأطراف واضحة وتهدف لحسم النزاع عن طريق التحكيم وعدم طرحه على قضاء الدولة "[2].

والمتأمل لهذه التعريفات الفقهية المختلفة لاتفاق التحكيم نجد أنها تتضمن بين طياتها بعض الأمور الهامة لاتفاق التحكيم، وهي:

1- أن اتفاق التحكيم هو تجسيد لمبدأ سلطان إرادة الأفراد؛ حيث يلجأ اليه الأطراف بإرادتهم الحرة دون إكراه أو ضغط من أحد، وبالتالي فهو يتشابه مع عقود القانون الخاص في أنه إذا شاب اتفاق التحكيم أحد عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو استغلال أو إكراه يكون هذا الاتفاق قابلا للإبطال.

2- اتفقت التعريفات السابقة على أن اتفاق التحكيم يؤكد على رغبة الأفراد أطراف هذا الاتفاق إلي اللجوء إلي التحكيم دون قضاء الدولة المختص أصلًا بنظر النزاع والفصل فيه.

3- أكدت بعض التعريفات على أن عدد المحكمين لابد أن يكون وترًا، حيث يكون ما يسمي بالمحكم المرجح.

4- أكدت التعريفات الفقه على أن لاتفاق التحكيم صورتين وهما: شرط التحكيم ومشارطته؛ حيث أكدت على عرض المنازعات التي نشأت بالفعل على التحكيم،

(1) انظر: أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب – الطبعة الأولى 1996– ص 79

(2) انظر: أسامه شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية 2004، بند 14 ص 16

وهو ما يسمي بشرط التحكيم، وأيضًا عرض المنازعات التي يمكن أن تنشأ في المستقبل، وهو ما يسمي بمشارطة التحكيم، وهما الصورتان التقليديتان لاتفاق التحكيم.

لكن في التعريفات السابقة لم يشترط الفقه شروطًا معينة مثل باقي العقود في اتفاق التحكيم، فلم يتم التطرق إلي كون هذا الاتفاق لابد أن يكون مكتوبا أو غير ذلك، أو الحديث عن المنازعات التي يمكن أن تكون محلًا لاتفاق التحكيم وغيرها من المنازعات التي لا يجوز فيها الاتفاق على التحكيم أو حتي تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وكيفية اختيار المحكمين.

ثَانِيًا: التَّعْرِيفُ التَّشْرِيعِيُّ لاتفَاقِ التَّحْكِيمِ

اختلفت التشريعات والقوانين الدولية والوطنية في تعريف اتفاق التحكيم، ونجد أنها تتقارب فيما بينها تأثرا بتعريف اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، والقانون النموذجي للأمم المتحدة الصادر عام 1985 [(1)]، حيث نصت المادة (2/ 1) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها في تعريفها لاتفاق التحكيم على أنه " الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة تجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

(1) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، طبعة أولى. دار النهضة العربية 2004 بند 75 ص 236 وما بعدها.

ونجد أن اصطلاح التحكيم قد ظهر لأول مرة في هذه الاتفاقية "اتفاقية نيويورك الصادرة في 10 يونيه 1958 [1]

وقد عرفته أيضا المادة (7) من القانون النموذجي للأمم المتحدة الصادر عام 1985 بأنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلي التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة عقدية كانت أو غير عقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو في اتفاق منفصل" [2]

ونجد لاتفاق التحكيم تعريفات في القوانين الأنجلوسكسونية نعرض منها:

(1) القانون الإنجليزي: مع الوضع قبل صدور قانون التحكيم سنة 1996.

كان اتفاق التحكيم قبل صدور هذا القانون كان مرتبطًا بدرجة كبيرة بالقضاء العادي على اعتبار أن المحكم مجرد وكيل عن المتخاصمين، بالإضافة إلي أنه يقوم بعمل متعلق بالعدالة وهذه الأخيرة ملك القضاء العادي القائم عليها، لذلك كان التحكيم مكبلا بأغلال المحاكم العادية؛ ونتيجة لذلك فإنه ليس في الإمكان القول بأن المحكم مفوضا بالصلح؛ لأن المحكم المفوض بالصلح غير مقيد بأحكام القانون، وعدم تفويض المحكم بالصلح لم يكن مقصورًا فقط على القانون العام، بل يشمل أيضًا

(1) انظر: أحمد صالح على مخلوف – اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة 2000 – بدون دار نشر

(2) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب – صور اتفاق التحكيم واستقلاله – مجلة الامن والقانون – س16– عدد1– ص328، اتفاق التحكيم – دار النهضة العربية 2013 طبعة أولى – ص 35

التشريع الإنجليزي المكتوب أيضًا[1].

واستمر قانون التحكيم الإنجليزي أخذًا في التطور بالرغم من الصعوبات التي كانت تكتنفه في كل هذه المراحل، وعند صدور قانون سنة 1698م في إنجلترا أخذ بإدخال بعض التعديلات على نظام التحكيم، وبعد ذلك صدر قانون التحكيم سنة 1899م وظل الحال هكذا إلى أن صدر قانون التحكيم الإنجليزي سنة 1979 والذي عمل على تلافي العيوب التي أحاطت بسابقيه، وحقق خطوة كبيرة نحو انطلاق القانون الإنجليزي للتحكيم وأبعده بقدر كبير عن إشراف القضاء العادي[2].

(2) الوضع بعد صدور قانون التحكيم الإنجليزي سنة 1996

قدم قانون التحكيم الإنجليزي تعريفا لاتفاق التحكيم؛ حيث نصت المادة 6/ 1 وعرفته بأنه "الاتفاق الذي يقرر فيه الأطراف إخضاع كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم في شأن رابطة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية للتحكيم[3].

ويعرفه القانون الألماني لعام 1998 بأنه "الاتفاق الذي يقرر فيه الأطراف إخضاع كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم في شأن رابطة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية للتحكيم".

(1) انظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، سنة 1973م، ص46.

(2) انظر: إيناس محيي الدين عبد المعطي – انقضاء اتفاق التحكيم –، ص 28 وما بعدها.

(3) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي. دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2004 ص239، بند75 – وهو نص مماثل للقانون البلجيكي عام1998،وقانون التحكيم السويدي عام1999، واليوناني 1999، والموريتاني عام 2000م على حد تعبيره، خالد أحمد حسن – بطلان حكم التحكيم رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه 2006 جامعة عين شمس ص160 وما بعدها– دون دار نشر.

وقد نصت المادة 1442 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر 13 يناير 2011 المعدلة بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011، على أن اتفاق التحكيم ينصرف إلي شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، وقد عرفت هذه المادة شرط التحكيم بأنه "اتفاق بمقتضاه يخضع أطراف عقد أو أطراف عدة عقود للتحكيم المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد أو تلك العقود، وأن مشارطة التحكيم هي الاتفاق الذي يخضع به الأطراف منازعاتهم للتحكيم[1].

القوانين العربية

نص قانون التحكيم السعودي القديم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ 46 بتاريخ 12/ 3/ 1403هـ الموافق 25/ 4/ 1983 والذي نص في مادته الأولي على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين"[2]

في حين نصت المادة الأولي من قانون التحكيم السعودي الجديد الصادر رقم م/ 34

(1) **Article 1442 du Code des procédures civiles français** : " La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage."

Source:[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000023450909&idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20180829]

(2) انظر: السيد المراكبي – التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثره بسيادة الدولة – طبعة ثانية 2009– دار النهضة العربية – ص64

بتاريخ 24/ 5/ 1433هـ والذي ينص على أن "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلي التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ في شأن علاقة نظامية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، سواء كان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أم في صورة مشارطة تحكيم مستقل[1].

ونجد أيضا أن قانون التحكيم السوري الصادر بتاريخ 28/ 9/ 1952 في المادة 506 ينص على أنه:

"1- يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم واحد أو أكثر.

2- يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين وبشروط خاصة[2].

كما عرفت المادة 173 من قانون التحكيم الكويتي رقم 38 لسنة 1980 اتفاق التحكيم "بأنه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين"[3].

وقد عرفه قانون التحكيم الإماراتي؛ إذ نص في المادة 203 منه على أنه "يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو في اتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ من نزاع على محكم أو أكثر".

---

(1) http://hamadaldossary.blogspot.com20/2/07/blog-post.html.

(2) انظر: عبد الحميد الأحدب – التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف، ص 1012

(3) انظر: إيناس محيي الدين عبد المعطي – انقضاء اتفاق التحكيم – ص 46 وما بعدها.، السيد المراكبي التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي – طبعة ثانية 2009 – ، أحمد إبراهيم عبد التواب اتفاق التحكيم – ص 35، عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية ص 960، ص1047

وأيضا قانون التحكيم في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطان رقم 97/ 47، بنصها:" الاتفاق على التحكيم هو الاتفاق الذي يقرر فيه طرفاه الالتجاء إلي التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة معينة عقدية كانت أو غير تعاقدية"[1].

أما نصوص التحكيم المصري القانون رقم 27 لسنة 1994. وقبل أن نلقي نظرة على وضع اتفاق التحكيم في نصوص القانون رقم 27 لسنة 1994 نشير أولا إلي القانون الملغي الذي وردت نصوصه في قانون المرافعات المصري الحالي رقم 13 لسنة 1968 التحكيم المواد (501)-(513)؛ حيث نص في المادة الثالثة من مواد الإصدار على أنه: "تلغي المواد من (501)-(513) من القانون رقم (13) لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما يلغي أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون[2].

ونجد أن نص المادة 501 من مجموعة المرافعات الصادرة سنة 1968 الملغاة نصت على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين"[3].

والملاحظ أن نص هذه المادة الملغاة قد وضعت شرط التحكيم مع مشارطة التحكيم

(1) انظر: إيناس محيي الدين عبد المعطي - انقضاء اتفاق التحكيم - ص 47 وما بعدها. د/ السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي - ص 122،ص 132، أحمد إبراهيم عبد التواب اتفاق التحكيم - ص 35، عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، ص 133، ص 1026

(2) انظر: محمود السيد عمر التحيوي - الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه 2003 ص 153

(3) انظر: خالد أحمد حسن - بطلان حكم التحكيم - ص 162

على قدم المساواة، وهو بذلك يتشابه مع قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة 1950 والذي نص على أن اتفاق التحكيم "هو اتفاق مكتوب، تخضع بموجبه المنازعات السابقة أو المستقبلية للتحكيم، وسواء كان المحكم معينا بالاسم أم لا"[1]

وبصدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 فقد نصت المادة 10 في فقرتها الأولي والثانية والثالثة على ما يلي:

1- اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلي التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

2- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقًا على قيام النزاع، سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوي المشار اليها في الفقرة الأولي من المادة (30) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوي أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا.

3- ويعتبر اتفاقًا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلي وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءًا من العقد.

ومن خلال النظر في المادة (10) من القانون رقم 27 لسنة 1994 نجد الملاحظات الآتية:

(1) انظر: خالد أحمد حسن – بطلان حكم التحكيم – ص 160

1- اتفاق التحكيم يكون جائزا في العلاقات القانونية العقدية وغير العقدية فيكون جائزا في العقود المدنية والتجارية والإدارية.

2- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقًا على حدوث النزاع، وهو ما يسمي بشرط التحكيم، كما يجوز أن يكون بالنسبة للنزاع الذي ينشأ في المستقبل وهو ما يسمي بمشارطة التحكيم، حتي وإن تم رفع النزاع من أحد الطرفين أمام الجهات القضائية. وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلا.

3- يتضح لنا أن اتفاق التحكيم له أكثر من صورة، وهي اتفاق التحكيم كعقد مستقل سابق على نشوء النزاع، وكشرط تحكيم يرد في العقد نفسه، وكمشارطة تحكيم تبرم بعد نشوء النزاع فعلًا، وهناك اتفاق التحكيم بالإحالة وبالرغم من هذه الصور إلا أنها ترد إلي الصورتين التقليديتين شرط التحكيم ومشارطة تحكيم.

ثَالِثًا: التَّعْرِيفُ القَضَائِيُّ لاتفَاقِ التَّحْكِيمِ

بعد العرض السابق لاتفاق التحكيم وكيف تناولته آراء الفقه والتشريعات الوطنية والعربية والغربية يبقي لنا أن نشير إلي أن القضاء في مختلف دول العالم والقضاء المصري الداخلي قد تعرض لاتفاق التحكيم في العديد من الأحكام، وسوف نشير إلي بعض من هذه الأحكام لنتعرف أكثر على قول القضاء في شأن اتفاق التحكيم وتعريفه ونقطة الانطلاق من أحكام القضاء المصري. حيث عرفت المحكمة الدستورية العليا التحكيم في أحد أحكامها وأكدت على أن الإرادة هي العمود الفقري للتحكيم، فهو يقوم على احترام إرادة طرفي التحكيم بإفساح الحرية لهما للتنظيم بالكيفية التي تناسبهما، إذن الحرية هي عماد نظام التحكيم[1]

(1) انظر: ناريمان عبد القادر – اتفاق التحكيم – طـ96 – ص 136

ولذلك أقرت المحكمة الدستورية العليا على أن" الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددونها ليفصل هذا المحكم في النزاع بقرار يكون نائيًا عن شبهه المماألأة مجردا من التحامل. وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان اليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة، ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجباريًّا يذعن اليه أحد الطرفين إنفاذا لقاعدة قانونية؛ ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق؛ إذ يحدد طرفاه نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن نعرض لهما واليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، ويلتزم المحتكمون بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه كاملا وفقا لفحواه ليؤولا للتحكيم باعتباره وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة"[1].

وقد جاء بأحد أحكام الاستئناف "اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف على الالتجاء إلي التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما وأن اتفاق التحكيم هو دستوره وأساس مشروعيته ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع، كما أنه يعد الأساس القانوني المباشر لإخراج النزاع من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة، وبالتالي فإن عدم وجود اتفاق التحكيم الصحيح يفضي إلي انعدام حكم التحكيم...[2]".

(1) الطعن رقم 104 سنة قضائية 20 دستورية – تاريخ الجلسة 3/ 7/ 1999

(2) استئناف القاهرة – الدائرة 91 تجارى جلسة 30/ 5/ 2006 في الدعوى رقم 95/ 122 ق – منشور بمجلة التحكيم العربي – العدد 9 أغسطس 2006م، ص 283.

وقالت أيضًا المحكمة الدستورية في أحد أحكامها: "هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم معين باختيارهما أو بتفويض منهما وفقًا لشروط يحددانها ليفصل في النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة، وبعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة[1]. وفي حكم آخر لمحكمة استئناف القاهرة أكدت على "أن التحكيم كنظام أو شكل يسمح فيه القانون بحسم نزاع ما خارج نطاق محاكم الدولة هو وسيلة قانونية متميزة ومستقلة عن القضاء لا يتفرع عنه، كما أنه ليس استثناء منه، ذلك أن التحكيم يقوم على فكرة من نوع خاص ـ ترتكن في الأساس إلي الاتفاق...." [2]

وقد عرفته محكمة النقض في أحد أحكامها بأنه" طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية فهو مقصور على ما تنصرف اليه إرادة المحتكمين إلي عرضه على هيئة التحكيم، يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصرافه إلي جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، فلا يمتد نطاق التحكيم إلي عقد لم تنصرف إرادة الطرفين إلي فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم، أو إلي اتفاق لاحق له. مالم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل ــ دون الجمع بينهم ــ اتفاق أو يفض مع الفصل بينهما خلاف[3].

وقد عرفته محكمة تمييز دبي في بعض أحكامها بأنه عبارة عن "اتفاق الأطراف في عقد من العقود أو في اتفاق لاحق أو عند النزاع، على طرح نزاعهم على محكم أو أكثر

(1) الدعوى الدستورية 155/ 20ق دستورية 13/ 1/ 2002م.

(2) محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة تجارية، القضية رقم 11 لسنة 127ق، جلسة 4/ 1/ 2011 منشور في مجلة التحكيم العربي . العدد 16 يونيو 2011 – ص 192

(3) الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 52ق – تاريخ الجلسة 27/ 2/ 1994

للفصل فيه بحكم ملزم دون قضاء الدولة[1].

وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية في أحد أحكامها على جواز اللجوء للتحكيم فقد جاء أنه " يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين"[2]، وهذا الحكم يؤكد وجود شرط التحكيم ومشارطته.

رَابِعًا: تَعْرِيفُ اتِّفَاقِ التَّحْكِيمِ مِنْ وِجْهَةِ نَظَرِ البَاحِثِ.

بعد استعراض التعريفات المختلفة لاتفاق التحكيم فقهًا وقضاء وفي التشريعات المختلفة نجد أنه بالرغم من وجود بعض الاختلافات فيما بينها إلا أنها جميعا تكاد تجمع على صفة أساسية في اتفاق التحكيم وهي إرادة الأطراف، فالجانب الإرادي يظل هو السمة الأساسية والرئيسية لاتفاق التحكيم أو للتحكيم بصفة عامة. فاللجوء إلي التحكيم يكون اختيارا من جانب الافراد، ويعتبر اتفاق التحكيم الأداة القانونية التي تعبر عن إرادة الافراد، ونجد أن السبب في إعطاء الأهمية المتزايدة لاتفاق التحكيم في مختلف بلدان العالم بالرغم من أن له طابعا عقديا هو أن اتفاق التحكيم هو الذي يحدد نطاق العملية التحكيمية وسلطة المحكم وكيفية ممارسة سلطاته وحدود هذه السلطة ونهايتها، كما أنه يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على التحكيم،

(1) حكم محكمة تمييز دبى، الطعن رقم 355 لسنة 1997 الصادر بجلسة 4/ 1/ 1998، مشار اليه أحمد إبراهيم عبد التواب – اتفاق التحكيم – مرجع سابق ص 37

(2) تمييز كويتي 17/ 6/ 1974 الطعن 6 لسنة 1974 (منشور في مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز في الفترة من 1/ 11/ 1972 حتى 1/ 10/ 1979 ص 91

وقد انتهت المحكمة في هذا الحكم الى ان اتفاق التحكيم لم ينعقد لعدم تطابق الايجاب والقبول الصادر من الطاعنين في خصومة مسألة اختيار المحكمين .

وأيضا تفاصيل العملية التحكيمية برمتها، إذن فاتفاق التحكيم هو اتفاق إرادي بين الأطراف في العلاقات القانونية العقدية وغير العقدية، والعلاقة العقدية هي الأكثر شيوعا في الواقع العملي أو واقعة قانونية كالمسئولية عن الفعل الضار[1].

واتفاق التحكيم يعتبر من العقود الملزمة لجانبين، وبالتالي يشترط توافق الإيجاب والقبول على كل تفاصيل هذا الاتفاق. وبالنظر أيضًا إلي التعريفات السابقة نجد أن الغالبية نص على الصورة التقليدية لاتفاق التحكيم، وهي شرط التحكيم ومشارطته، سواء تم النص على اللجوء إلي التحكيم قبل حدوث النزاع، وهو ما يسمي بشرط التحكيم، أو بعد حدوث النزاع، وهو ما يسمي بمشارطه التحكيم، وسوف تتحدث عن هذه الصور بالتفصيل في حينها.

وبعد هذا العرض أصبح من اليسير أن نضع تعريفًا مختارًا من جانبنا لاتفاق التحكيم، حيث يمكن تعريفه بأنه "اتفاق مكتوب بين طرفين في العقد الأصلي أو في صورة مستقلة عن العقد الأصلي أو حتي في عقد لاحق عليه، ولكنه مرتبط به ارتباطًا لا يقبل التجزئة، باللجوء إلي التحكيم في حالة حدوث نزاع بينها بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، واتجاه إرادتهم إلي تجنب اللجوء إلي القضاء للفصل في هذا النزاع، ويحدد هذا الاتفاق تفاصيل العملية التحكيمية سواء باختيار المحكمين أو تحديد طريقة لاختيارهم وتحديد القانون الواجب التطبيق ولغة التحكيم ومكانه، ليصدر المحكمون في النهاية حكمًا يكون ملزمًا للأفراد وواجب التنفيذ."

(1) انظر: محسن شفيق "التحكيم التجاري الدولي" دراسة في قانون التجارة الدولية – جامعة القاهرة كلية الحقوق، 1974 – ص88، أحمد عبد الكريم سلامة "قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي – ص 236 مشار اليه بمجلة الامن والقانون بحث بعنوان "اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي" السنة الخامسة عشر العدد الأول ص 67

المَطْلَبُ الثَّانِي
الطَّبِيعَةُ القَانُونِيَّةُ لاتِّفَاقِ التَّحْكِيمِ

تمهيد:

بعد أن عرضنا في المبحث السابق مفهوم اتفاق التحكيم من الناحية الفقهية، وأيضا من وجهة النظر القانونية سواء في قانون التحكيم المصري، وقانون التحكيم الفرنسي الجديد وبعض قوانين التحكيم العربية والغربية والاتفاقات الدولية، وتناولنا أيضا مفهومة من وجهة النظر القضائية سواء في أحكام محكمة النقض المصري ومحكمة الاستئناف أو غيرها من المحاكم العربية أصبح لزامًا علينا التوجه والبحث في الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم والتي اختلف فيها الكثير من الشراح، وسوف نقسم ذلك إلي عدة نظريات على النحو التالي:

أَوَّلا: الطَّبِيعَةُ التَّعَاقُدِيَّةُ لاتِّفَاقِ التَّحْكِيمِ

يري أنصار هذا الاتجاه أن اتفاق التحكيم سواء كان في صورة شرط تحكيم سابق على حدوث النزاع، أو صورة مشارطة تحكيم بعد حدوث النزاع، ما هو إلا عقد كسائر العقود. وبالتالي لابد له من توافر الأركان الموضوعية للعقود من رضاء ومحل وسبب وأهلية، وأيضا توافر الركن الشكلي وهو أن يكون مكتوبًا، وأن يتوافر فيه الإيجاب والقبول اللازمين لإبرام العقود، وأن اتفاق التحكيم من العقود الملزمة لجانبين؛ حيث إن هناك التزامات متبادلة على عاتق طرفي العلاقة في اتفاق التحكيم، وإن كان رضاء الأفراد والجماعات بالالتجاء إلي نظام التحكيم للفصل في منازعتهم "الحالة، القائمة، المحددة "مشارطة التحكيم" أو المحتملة، وغير المحددة شرط التحكيم لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم" عن طريق هيئة تحكيم، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير

قضائية دون المحاكم المختصة أصلًا بتحقيقها والفصل في موضوعها ـ يعد ركنًا أساسيًّا للاتفاق عليه فإن هذا الرضاء لا يفترض بل لا بد من وجود الدليل عليه[1].

الحجج التي استند اليها أنصار هذا الاتجاه:

1- إن من الخصائص المميزة للعقد أنه تلاقي إرادتين والتوافق بينهما، وهذا ما نجده في اتفاق التحكيم؛ حيث يتفق الأطراف على اللجوء إلي التحكيم والبعد عن ولوج طريق القضاء للفصل في النزاع.

2- العقد لا يتم إلا بتوافق الإيجاب والقبول، وأيضا اتفاق التحكيم لابد له من توافق بين الإيجاب والقبول.

3- من الأركان الأساسية في العقد هو وجود التراضي، وفي ذلك نجد أن السواد الأعظم في الفقه[2] وأحكام القضاء[3] يكاد يجمع على اعتبار اتفاق التحكيم عقدا يتم باتفاق الأطراف[4].

4- يعتبر اتفاق التحكيم اتفاقا ملزما للجانبين بمعني أن يلقي بالتزامات على عاتق الطرفين ومضمونه نزول كل طرف عن حقه في اللجوء إلي القضاء للفصل في النزاع.

---

(1) نقض مدنى مصري – جلسة 13/ 1/ 1952، مجموعة الربع قرن، ص 297، 12/ 4/ 1956، مجموعة المكتب الفني – س (7) ص 522، 24/ 5/ 1966 – مجموعة المكتب الفني – س (17) ص 243

(2) انظر: أحمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري ، طبعة 2000، فتحي والي – الوسيط في قانون القضاء المدني ص 399

(3) الطعن رقم 1579 لسنة 49ق جلسة 20/ 2/ 86 والطعن رقم 1115 لسنة 52ق جلسة 16/ 11/ 87 مشار إليهما في كتاب المستشار الدكتور. أحمد حسني، قضاء النقض المصري، طبعة 97.

(4) انظر: فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي – ص 94 وما بعدها .

5- أن كان الاصطلاح الفقهي والتشريعي جري على استخدام لفظ "اتفاق التحكيم" على الاتفاق الذي يعبر فيه الأطراف عن رغبتهم في تسوية النزاع عن طريق التحكيم فليس معني ذلك عدم اعتباره عقداً كسائر العقود.

ـــ بالرغم من وجاهة هذا الاتجاه في اعتبار الاتفاق على التحكيم عقد كسائر العقود إلا أنه ليس الرأي الراجح؛ لأنه وإن كان عقدًا إلا أنه عقد من نوع خاص فهو له طبيعة خاصة.

ثَانِيًا: اتِّفَاقُ التَّحْكِيمِ لَهُ طَبِيعَةٌ قَضَائِيَّةٌ

التحكيم – بوصفه طريقًا استثنائيًّا للأفراد لِحَلِّ منازعاتهم بعيدًا عن طريق القضاء– هو في الأصل طريق اختياري يقوم على إرادة الافراد واتجاه هذه الإرادة إلي الابتعاد عن طريق القضاء، وهنا يتحول الطريق الاختياري إلي قضاء إجباري من وجهة نظر هذا الاتجاه، وبالتالي يلزم الافراد أن يسيروا وفق اتفاقهم واختيارهم واللجوء إلي التحكيم وهنا وإن قام عمل المحكم أساسًا على اتفاق الطرفين باللجوء اليه إلي أن مهمته تعتبر مهمة قضائية من الدرجة الأولي، فالتحكيم يبدأ في البداية بعمل إرادي واختياري، وهذا الاختيار هو الذي يضع القواعد القضائية التي يسير عليها الخصوم والمحكمون.

الحُجَجُ التِي اسْتَنَدَ اليها أَصْحَابُ هَذَا الاتِّجَاهِ:

1- أن التحكيم يعتبر قضاءً استثنائيًّا؛ لأن الاصل هو ولوج طريق القضاء العادي أمام المحاكم الوطنية

2- أن حكم المحكمين يحوز حجية الشيء المقضي به، وينفذ تنفيذا عاديا، وهذا ما نصت عليه المادة (55) من القانون رقم (27) لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون

حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون [1]، وأيضا هذا ما تم النص عليه في المرسوم السلطاني العماني رقم 47/ 97 بإصدار قانون التحكيم.

في المنازعات المدنية والتجارية[2]، وبنفس الصيغة المادة 212/ 3 من القانون الإماراتي على تطبيق القواعد الخاصة بالنفاذ العادي على أحكام المحكمين، وأيضا المادة 182/ 3 من القانون الكويتي.

3- مما يؤيد وجهة النظر القضائية هذه ما درجت عليه القوانين المختلفة من إسباغ لفظ حكم المحكمين على الأحكام الصادرة منهم والمعروف أن الجهات التي لها سلطة إصدار الأحكام هي الجهات القضائية.

الانتقادات هذا الاتجاه:

بعد الأسانيد التي ساقها أصحاب هذا الاتجاه واعتناق فكرة الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم نجد أن هذه الفكرة لم تلق قبولًا واسعًا بالرغم من وجاهتها في بعض الأحيان وذلك للأسباب الاتية:

1- أن التحكيم هو طريق استثنائي وأن الأصل هو اللجوء إلي قضاء الدولة.

2- الاختلافات الشاسعة بين نظام التحكيم والقضاء والتي لا يتسع المجال لمناقشتها وسردها

3- يجوز للأفراد التنازل عن اللجوء إلي التحكيم وعرض نزاعهم على القضاء الوطني.

(1) انظر: إيناس محيي الدين عبد المعطي – انقضاء اتفاق التحكيم – ص 62

(2) انظر: عبد الحميد الأحدب – موسوعة التحكيم في البلاد العربية – ص 1023

4- القضاء نظام إجباري، وهو تقنين لمبدأ سيادة الدولة وسلطاتها على إقليمها والأفراد المقيمين بها، أما التحكيم فهو نظام اختياري في كل شيء.

5- الدولة تلتزم بتنفيذ أحكام القضاء، أما أحكام المحكمين فالتنفيذ نابع من الرضا الضمني للأفراد للجوء إلي التحكيم.

ثَالِثًا: اتِّفَاقُ التَّحْكِيمِ لَهُ طَبِيعَةٌ إِجْرَائِيَّةٌ

يري أنصار هذا الاتجاه أن الاتفاق على التحكيم ما هو إلا عقدٌ إجرائيٌّ له طبيعة إجرائية؛ نظرًا لأنه يؤثر مباشرة في الخصومة القضائية وإجراءات التقاضي[1].

الحجج الذي يستند اليها أنصار هذا الاتجاه:

1- اتفاق التحكيم له طبيعة خاصة، فلا ينصب على موضوع الاتفاق، ولكن له أثر إجرائي في منع قضاء الدولة وسلب الاختصاص الأصيل منه في حل النزاع وإعطاء الحق للفصل فيه إلي هيئة التحكيم.

2- العديد من التشريعات تعتبر الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، أي: هو دفع إجرائي.

3- أنه يسمح للأفراد بتحديد إجراءات الخصومة وكيفية سيرها وتنظيمها.

4- اتفاق التحكيم يرتب أثران إجرائيان هامان وهما: الأثر الإيجابي والذي يتمثل في عرض النزاع على هيئة التحكيم وتنفيذ اتفاق الأطراف، والأثر السلبي وهو نزع اختصاص المحاكم من نظر النزاع، وسوف نعرض لهذه الآثار عند الحديث عن آثار الاتفاق التحكيم.

(1) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم ونطاقه – ص 100

الانتقادات هذا الاتجاه:

نري أن هذا الاتجاه هو الأقرب للواقع، وهو الراجح بين الاتجاهات المتقدمة؛ حيث إن اتفاق التحكيم وإن كان عقدًا يتم بين طرفين عن طريق الإيجاب والقبول والتراضي فيما بينهم وأنه ملزم للطرفين. ولكنه بالرغم من ذلك عقد من طبيعة خاصة "إجرائية"، وذلك نتيجة الآثار التي يرتبها هذا الاتفاق ليس منذ لحظة عرض النزاع على هيئة التحكيم ولكن منذ الوقت الذي أبرم فيه الأطراف هذا الاتفاق، فآثار هذا الاتفاق تتحدد منذ لحظة إبرامه، سواء بمنع قضاء الدولة من نظر النزاع، وهذا هو الأثر السلبي الهام وعرض النزاع على هيئة التحكيم باختيار الأطراف، وهذا هو الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم؛ ولذلك نجد أن الطبيعة الإجرائية لا تغيب عن هذا الاتفاق بل تكون جنبًا إلي جنب مع الطبيعة التعاقدية.

رَابِعًا: الطَّبِيعَةُ القَانُونِيَّةُ لاتِّفَاقِ التَّحْكِيمِ مِنْ وِجْهَةِ نَظَرِ البَاحِثِ.

بعض عرض الاتجاهات المختلفة بشأن تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وبالرغم من أن كل اتجاه له وجاهته من الناحية القانونية، وله أسانيده إلا أننا نري أن اتفاق التحكيم له طبيعة مختلطة "إجرائية ــ عقدية"، فهو في البداية يتم كعقد باتفاق بين طرفين وبإرادة حرة دون إجبار، ويتلاقي الإيجاب والقبول ويعتبر من العقود الملزمة للجانبين، ويترتب عليه آثار هامة لذلك، ولكن لا يغيب عن البال أن له طبيعة إجرائية هامة؛ حيث إن لاتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية آثار هامة جدًّا سواء الأثر الإيجابي، وهو عرض النزاع على هيئة تحكيم يحدد الأطراف طريقة اختيارها وتشكيلها أو يحددوا أشخاص المحكمين، والأثر السلبي شديد الخطورة وسلب الاختصاص الأصيل لقضاء الدولة في حل النزاعات التي تنشأ بين الأفراد وأيضًا من الآثار المترتبة على الطبيعة الإجرائية أن الأفراد يترك لهم حرية الاختيار وتحديد وتنظيم إجراءات الخصومة التحكيمية واختيار القانون الواجب التطبيق عليهم.

لذلك نري أن اتفاق التحكيم له طبيعة مختلطة تشمل الطبيعة العقدية والإجرائية.

المَطْلَبُ الثَّالث
أَرْكَانُ اتفَاقِ التَّحْكِيمِ

تَقْسِيمٌ:

اتفاق التحكيم يقوم على أركان ثلاثة هي: الرضا، والمحل، والسبب[1]، ويترتب على انعدام أي من هذه الأركان انعدام اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، ولأهمية البحث وإحاطةً بالموضوع سوف نقسم هذا المطلب على النحو التالي:

أولاً: محَلُّ اتِّفَاقِ التَّحْكِيمِ

محل التحكيم هو موضوع المنازعة أو المنازعات التي يطرحها اتفاقُ التحكيم على هيئة التحكيم[2]، ويتعين أن يكون هذا الموضوع طبقًا لاتفاقية نيويورك من المسائل التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم (م2/ 1)[3]، وقد نصت المادة (551) من القانون المدني المصري على أنه "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام"، وقد حددت المواد 2059 و 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 والمعدلة بالقانون رقم 626/ 1972 على الشروط المتعلقة بمحل اتفاق التحكيم؛ حيث نصت المادة 2059 على حق جميع الأشخاص في تسوية حقوقهم التي يكون له

(1) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، بند 49، ص106 وما بعدها.

(2) انظر: أحمد السيد صاوي- الوجيز في التحكيم- ص 79 بند 48.

(3) نص المادة (2/ 1) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

حرية التصرف فيها، ونصت المادة 2060 على منع التسوية أو التعالي في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية وسائل الطلاق والانفصال الجسماني، والمسائل المتعلقة بالجمعيات العامة والمؤسسات العامة والمسائل أو الأمور المتعلقة بالنظام العام[1].

وقد نصت المادة (135) من القانون المدني المصري الحالي على أن " إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا"، ويقصد بعدم مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام أن هذا الاتفاق يتعلق من حيث موضوعه بمسائل يجوز فيها الصلح، ولا تتعارض مع القيم والأسس التي يقوم عليها المجتمع[2].

واتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يتعين أن ينصب على محل معين وإلا كان غير موجود، وبالتالي ينقص ركن من أركان الاتفاق مما يجعله باطلاً ويعتبر في حكم عدم المحل كونه مستحيلاً[3].

ويتعين أن يكون موضوع المنازعة محل الاتفاق على التحكيم من المسائل التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم وإلا كان اتفاقا باطلاً، فاتفاق التحكيم الباطل يعني أن الأطراف لا يستطيعون اللجوء إلي التحكيم لحل منازعاتهم ولا يستطيعون منع قضاء الدولة من التصدي لها.

---

(1) **Voir à cet égard**; VINCENT (Jean) et GUINCHARD (Serge), " *Procédure civile* ", dix-neuvième édition, ED., Précis Dalloz, Paris, 2001, no 1637, p. 1098 et s.; HUBERT MONITRY (Jean), " *Arbitrage international et droit de la concurrence de la lex mercatoria*", Rev. d'arbitrage 1989, p. 3 et s.

(2) انظر: فتحي إسماعيل والي- قانون القضاء المدني- بند 38، ص 72، وجدي راغب ، مبادئ قانون القضاء المدني، ص 109، أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، بند 94.

(3) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم (مفهومه وأركانه وشروطه ونطاقه: دراسة مقارنة)، مرجع سابق، بند 70، ص216 وما بعدها.

ثانيا: الرِّضَا فِي اتِّفَاقِ التَّحْكِيمِ

يتحقق الرضا بتلاقي إرادتين على التحكيم خاليتين من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

بالالتجاء إلي القضاء هو الأصل في حل المنازعات التي بين الأفراد، واللجوء إلي التحكيم هو الاستثناء، لذا يجب على القضاء وهيئة التحكيم التأكد من إنصراف إرادة الأفراد إلي ولوج طريق التحكيم بطريقة واضحة لا لبس فيها ولا غموض[1].

وقد أكد المشرع المصري في المادة (12) من قانون التحكيم من ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان باطلا. وهو بذلك يؤكد على أن يكون الاتفاق على التحكيم صراحة فلا يجوز أن يكون ضمنيًّا. فاتفاق التحكيم أساسه رضاء الأفراد واتجاه إرادتهم الحرة لذلك[2].

وأكدت محكمة النقض المصرية على أن " الاتفاق على التحكيم لا يفترض ويلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف إرادة الخصوم في اتباع هذا الطريق..."[3].

وأكدت المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز إجبار أحد الطرفين على التحكيم، فقضت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 18 من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي المصري[4] التي توجب عرض كافة المنازعات التي تنشأ بين البنك وعملائه

(1) انظر: أكثم الخولى، الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصرى الجديد، بحث مقدم إلى مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم، مؤتمر القاهرة من 12 – 13 سبتمبر 1994م.

(2) محكمة دستورية عليا- قضية رقم 380 لسنة 23 ق دستورية جلسة 11 مايو 2003.

(3) الطعن رقم 607 لسنة 63 ق جلسة 27/ 3/ 2007، غير منشور- مجلة التحكيم العربي العدد 14- يونيو 2010.

(4) المحكمة الدستورية العليا 17 ديسمبر 1994 القضية رقم 13 لسنة 15 ق دستورية مجلة التحكيم العربي- العدد 14- يونيو2010 ص 25.

على التحكيم، مؤكدة على أنه لا يجوز أن يفرض المشرع التحكيم قهرًا على أشخاص لا يسعون اليه ويأبون الدخول فيه".

وقضت أيضًا بعدم دستورية المادتين 13 فقرة 4 و 17 من قرار وزير التعمير والإسكان واستصلاح الأراضي رقم 693 لسنة 1981 والمادة (10) من قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم 46 لسنة 1982 فيما تضمنته تلك النصوص من فرض التحكيم الإجباري على الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان وأعضائها[1]، ولنفس المبررات بعدم دستورية المادة 57 من قانون الجمارك رقم 66 لسنة 1963 وسقوط المادة 58 منه[2]. كما قضت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (10) والمادة (52) من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم 95 لسنة 1992[3].

وطبقًا لاتفاقية نيويورك لعام 1958 يعتبر الرضا من مقومات اتفاق التحكيم فقد نصت المادة 5/ 1 على ضرورة أن تتوافر لاتفاق التحكيم مقومات وجوده وصحته إذا ما أريد الاعتراف به وتنفيذه[4].

ثالثا: السَّبَبُ فِي اتِّفَاقِ التَّحْكِيمِ

اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود، ويتعين أن يكون له سبب مشروع وهو

(1) المحكمة الدستورية العليا- 11 مايو 2003 القضية رقم 380 لسنة 23 ق دستورية.

(2) المحكمة الدستورية العليا- 3 يوليو 1999 القضية رقم 104 لسنة 20 ق دستورية.

(3) المحكمة الدستورية العليا- 13 يناير 2002 القضية رقم 55 لسنة 23 ق دستورية.

(4) أحمد السيد صاوي- الوجيز في التحكم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام وأنظمة التحكيم الدولية- ط 4 ص 71 بند 43.

السبب الذي لا ينطوي على غش أو احتيال، كما لو كان القصد منه التهرب من تطبيق أحكام القانون.

وقد نصت المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي على أن "الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيًّا على سبب أو كان مبنيًّا على سبب غير صحيح أو على سب غير مشروع.

ونصت المادة 136 من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا.

واتفاق التحكيم هو اتفاق أو التزام مدني من طبيعة خاصة[1] مضمونة الاتفاق على التحكيم دون قضاء الدولة؛ ولذلك يجب أن يكون لاتفاق التحكيم سبب مشروع، وتطبيقًا لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة [2] " بأن الاتفاق على التحكيم بشأن صحة ونفاذ عقد بيع العقار يكون باطلا لعدم مشروعية سببيه".

وقضت[3] أيضًا بأن من المقرر قانونًا أن قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجر نص خاص بها من القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية هي محاربة الخديعة والاحتيال...".

وأكدت محكمة النقض [4] على " بطلان التحكيم الذي يرجع إلي عدم مشروعية سببيه؛ حيث يكون القصد منه التهرب من أحكام القانون الآمرة... يترتب عليه انعدام حكم التحكيم".

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم- ص 224 بند 75.

(2) الدائرة 91 تجاري 127 أبريل 2005 القضية رقم 95 لسنة 120 ق.

(3) استئناف القاهرة د/ 91 تجاري 30 مايو 2006 الطعن رقم 95 لسنة 122 ق.

(4) الطعن رقم 9882 لسنة 80 ق جلسة 8 أكتوبر 2013.

المَبَحَثُ الثَّاني
شرُوطُ صحَّةِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ وصوره ونطاقه

تَقْسِيمٌ:

لاتفاق التحكيم شروط صحة يترتب على وجودها صحة اتفاق التحكيم، وعلي عدم وجودها بطلان أو انعدام هذا الاتفاق، ولأهمية البحث وإحاطة بالموضوع سوف نقسم هذا المبحث إلي المطالب الآتية:

- **المطلب الأول: شروط صحه الاتفاق على التحكيم.**
- **المطلب الثاني: صور الاتفاق على التحكيم**
- **المطلب الثالث: نطاق الاتفاق على التحكيم.**

المَطْلَبُ الأَوَّلُ
شروط صحه الاتفاق على التحكيم وصوره

أولاً: الكتابة

يُقْصَدُ بكتابة اتفاق التحكيم أن يرد هذا الاتفاق في محرر مكتوب، وتعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرطًا لصحة الاتفاق[1].

وبالإضافة إلي الشروط الموضوعية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم، فإن الشرط الشكلي الوحيد الذي تفرضه الاتفاقيات الدولية على اتفاق التحكيم هو أن يتم كتابته. وتفترض ممارسة التحكيم أن الطرفين يخضعان لقرار طرف ثالث، وبالتالي تتطلب أن إرادة الطرفين للخضوع للتحكيم تظهر بشكل واضح وأنهم حددوا بشكل كافٍ غرض وطرق التحكيم، وذلك عن طريق كتابة هذا الاتفاق. [2]

وقد نص المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم 2011- 48 الصادر في 13 يناير 2013 مشترطًا الكتابة لصحة شرط ومشارطة التحكيم في المادة 1443 [3]، وهكذا جاء

---

(1) انظر: فتحي اسماعيل والي- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، بند 64 ص 135، أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقًا للقانون 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، بند 31، 47.

BERNARDINI (Piero), " *L'arbitrage en Italie après la réforme*", Rev. de l'arbitrage 199- no 3, P. 485 et s

وهو ما نصت عليه المادة 13/ 2 من قانون التحكيم الياباني المعمول به ابتداء من أول مارس 2004.

(2) REDFERN (A.) et HUNTER (M.), *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2è éd, L.G.D.J., Paris, 1994 , P.122

(3) **Article 1443 du Code des procédures civiles français** (1er paragraphe): A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite.

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006412629&cidTexte=LEGITEXT000006070716]

وذلك على عكس القانون الفرنسي المعدل الصادر بالمرسوم رقم 81- 500 بتاريخ 3 مايو 1981 ==

النص الجديد أكثر صرامة من النص القديم، ولكنه خفف من صرامة الشرط الشكلي بإضفاء نوع من التوازن، عندما نص على أن اتفاق التحكيم " يجوز أن ينشأ عن مكاتبات متبادلة أو من مستند أو وثيقة... اليها الاتفاق الأساسي "[1].

وأيضًا نصت المادة (12) من قانون التحكيم المصري على أن " يجب أن يكون مكتوبًا، وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبًا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما يتناول من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".[2]

وقد نصت المادة 807/ 2 من قانون التحكيم الإيطالي على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا، وهو ما نصت عليه اتفاقية جنيف 1961 وقوانين العديد من الدول سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي[3].

==

والمرسوم رقم 80- 354 في عام 1980 والذي كان يميز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم وكانت المادة 1443 تنص على أن بند التحكيم " شرط التحكيم" يجب أن يكون مكتوبًا وإلا كان باطلًا، وذلك على عكس مشارطة التحكيم التي كانت الكتابة فيها شرطًا للإثبات فحسب.

مشار إليه لدى: أسامة أبو الحسن مجاهد- قانون التحكيم الفرنسي الجديد- دار النهضة العربية – 2012 ص 22و 23.

(1) **Article 1443 du Code des procédures civiles français** (2ème paragraphe): Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006412629&cidTexte=LEGITEXT000006070716] .

أسامة أبو الحسن مجاهد- قانون التحكيم الفرنسي الجديد- ص 26 وما بعدها.

(2) وذلك على عكس المادة 501 من قانون المرافعات والتي كانت تنص على أن الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم.

(3) BERNARDINI (Piero), " *L'arbitrage en Italie après la réforme*", *Op.cit.*, P. 485 et s p. 485 ets.

وقد تواترت أحكام القضاء على ضرورة وجود الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم فقضت محكمة النقض [1] "يكفي لقيام اتفاق التحكيم.... أن يتمسك به أحد طرفيه وأن يكون مكتوبًا.

ثانيا: الأَهْلِيَّةُ

يشترط فيمن يكون طرفًا في اتفاق التحكيم أن يكون لديه أهلية التصرف في الحق موضوع الاتفاق[2].

وأهلية التصرف هي القدرة أو الصلاحية على إبرام التصرف القانوني[3]. وقد نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري[4] والمادة 203/ 4 من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على استلزام أهلية التصرف في الحق محل النزاع؛ ولذلك جاء المشرع المصري، واعتبر أن توقيع اتفاق التحكيم من ناقص الأهلية يعتبر من حالات البطلان التي حددتها المادة (53) من قانون التحكيم المصري، ويترتب على تخلفها بطلان الاتفاق.

---

(1) الطعن رقم 574 لسنة 65ق جلسة 9 أبريل 2002.

(2) VINCENT(Jean) et GUINCHARD (Serge), " *procédure civile", Op. cit.*, n° 1938, p. 109 ets.

(3) انظر: حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف- الإسكندرية- 1993، بند 290 ص 572 أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للحق- منشأة المعارف- الإسكندرية- 2005- ص 132.

(4) نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".
ونصت المادة (53) على أنه " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الحالات الآتية:
(*) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية. أو ناقصها وفقًا للقانون الذي يحكم أهليته".

وقررت أحكام القضاء اشتراط الأهلية لصحة اتفاق التحكيم؛ حيث لابد أن يكون اتفاق التحكيم صادرًا ممن هو أهل للتصرف في الحق موضوع اتفاق التحكيم[1].

وأيضًا أكدت على هذا المبدأ محكمة النقض المصرية حيث نصَّت على " أن عدم توافر الأهلية الخاصة بالتوقيع على شرط التحكيم يعد أحد أسباب بطلان حكم التمكين" وأيضًا" أن عدم توافر الأهلية هو دفع موضوعي لا يسقط الحق في إبدائه بعدم التمسك به أمام هيئة التحكيم"[2].

فإذا كان من أبرم الاتفاق وكيلًا عن الأصيل أو ممثلا له تعين أن يكون له سلطة إبرام الاتفاق بموجب وكالة خاصة نيابة عن الأصيل وإلا كان الاتفاق باطلا (م 76 مرافعات).

- إذن يشترط لإبرام اتفاق التحكيم بالنيابة وجود وكالة خاصة[3].
- ولا تكفي الوكالة لإبرام اتفاق التحكيم، كما لا تصلح الوكالة بالخصومة بالسماح للوكيل في إبرام اتفاق التحكيم بالنيابة عن موكله[4] وهنا يكون العقد الذي يتضمن شرط التحكيم من الوكيل يكون ملزمًا للأصيل[5].

(1) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 557 لسنة 2003 جلسة 12 يونيو 2004، الطعن رقم 51 لسنة 2005 جلسة 28 مايو 2005، الطعن رقم 164 لسنة 2008 جلسة 12/ 10/ 2008.

(2) الطعن رقم 15091 لسنة 80 ق جلسة 27 ديسمبر 2011.

(3) تمييز دبي الطعن رقم 114 لسنة 2002 و 171 لسنة 2002 بتاريخ 18 مايو 2002، تمييز دبي الطعن رقم 273 لسنة 2006 جلسة 5 مارس 2007.

(4) انظر: محسن شفيق- قانون التحكيم التجاري الدولي- بند 114 ص 178.

(5) أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي- قضية تحكيمية رقم 382 لسنة 2004 جلسة 7 مارس 2006.

المَطْلَبُ الثاني
صُوَرُ اتفَاقِ التَّحْكِيمِ

ونتناول الآن الصور المختلفة لاتفاق التحكيم، ومن الملاحظ من خلال سياق التعريفات السابقة لاتفاق التحكيم أن الجميع يكاد يجمع على أن اتفاق التحكيم له صورتان: إحداهما تتم قبل حدوث النزاع، وقد يتم النص عليها في العقد الأصلي أو في عقد ملحق به، كشرط من شروط العقد وهي تسمي بشرط التحكيم، والثانية وهي تتم بعد حدوث النزاع وتسمي بمشارطة التحكيم.

أ- شَرْطُ التحْكِيمِ

شرط التحكيم هو اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفان على تسوية ما ينشأ بينهما من منازعات بواسطة التحكيم[1] *وهذا الاتفاق يمكن أن ينصرف لاتفاقهم في العقد نفسه* أو لاحقا على العقد في اتفاق مستقل، أو بالإحالة إلي وثيقة تتضمن اتفاق تحكيم مع وضوح هذه الإحالة[2].

وقد عرفه البعض بأنه اتفاق الأطراف على أنه ما ينشأ بينهم مستقبلا من نزاع حول تفسير عقد أو تنفيذه يفصل فيه بينهم عن طريق التحكيم[3].

---

(1) انظر: أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم، اتفاق التحكيم، إجراءات الخصومة والحكم فيها،2007 ص27 وما بعدها، أحمد صدقي محمود – مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم – ص13 وما بعدها

(2) انظر: محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية 2009 بند 176 ص 150 وما بعدها.

(3) انظر: فتحي اسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، بند 457،ص 934 – والتعريف السابق ==

وقد عرفه آخر بأنه الاتفاق الذي يتفق فيه على التحكيم، سواء كان ذلك في العقد نفسه أو في اتفاق مستقل أو بالإحالة إلي وثيقة تتضمن اتفاق تحكيم على أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد[1].

فقد نصَّ القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 10 على اتفاق التحكيم ككل، وأكدت المادة على أنه يجوز أن يرد اتفاق التحكيم قبل نشأة النزاع وجاء نصها كالتالي:

1- "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلي التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية.

2- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابق على قيام النزاع، سواء كان مستقلًا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين.." [2]

==

يقصر شرط التحكيم على الشروط الواردة في العقود فقط للفصل في المنازعات المحتملة حولها دون غيرها من الحالات التي يتصور فيها الشرط بدون عقد.

(1) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقًا للقانون رقم 27 لسنة 1994على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثالثة، 2010 بند7، ص 16 وما بعدها.

(2) انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد – قانون التحكيم الفرنسي الجديد – ص22 حاشية وما بعدها.، عبد الحميد الأحدب – موسوعة التحكيم في البلاد العربية – ص 1089، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد الخامس 1997، كلية الحقوق جامعة القاهرة ص 14 وما بعدها.

فايز عبد الله الكندري – مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير – بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – عين شمس يوليو 2000 ص 133، أحمد صالح على مخلوف – رسالة اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2000 ص 32، أحمد إبراهيم عبد التواب "اتفاق التحكيم" ص 65.

3- يعتبر اتفاقًا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلي وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءًا من العقد

وقد كانت المادة 501 من قانون المرافعات المصري تنص على إنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"[1].

ونري أن المشرع المصري قد أحسن صنعا في النص على شرط التحكيم في القانون رقم 27 لسنة 1994؛ حيث إنه وسع من نطاق هذا الشرط. فيستفاد من نص المادة (10) من القانون رقم 27 لسنة 1994 أن اتفاق التحكيم يمكن أن يأتي قبل حدوث النزاع أو بعده، أما فيما يخص شرط التحكيم فيجوز أن يتم النص عليه في العقد الأصلي كأحد شروطه أو في عقد مستقل أو حتي في الإحالة إلي عقد آخر بشرط أن تكون هذه الإحالة واضحة باللجوء إلي التحكيم.

وهذا الشرط قد يرد في عقد من العقود أو في اتفاق لاحق للعقد ومستقل عنه ولكن استثناء من ذلك نصت المادة 750 من القانون المدني المصري على أنه "يقع باطلا ما يرد في وثيقة التأمين....شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة[2].

(1) انظر: محمود محمد هاشم. النظرية العامة في التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي 1990،ص73 د/ حسنى المصري – التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والمقارن ص55

(2) انظر: أحمد السيد صاوي – الوجيز في التحكيم طبقا للقانون 27 لسنة 1994 – الطبعة الرابعة 2013 بند 7 ص16 – مطبعة مراد ابو المجد.

وأيضا قد نصت المادة (12) من قانون التحكيم الجديد على أنه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان باطلا، وهذا يعني أن الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم وليست مجرد وسيلة لإثباته – كما كان الحال وفقًا للمادة (501/ 1) من قانون المرافعات التي كانت تقضي بأنه "لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة"[1].

وقد جاء نص المادة 12 من القانون المصري متوسعًا في معني الكتابة لتشمل الكتابة الإلكترونية، وجاء نصها على النحو التالي: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان باطلا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبًا إذا تضمنه مُحَرَّرٌ وقَّعَهُ الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"[2].

ولذلك يكون الاتفاق عليه كبند من بنود عقد معين، يكون مبرمًا بين الأطراف المحتكمين، بشأن الفصل في نزاع محتمل وغير محدود يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسيره أو تنفيذه عن طريق هيئة تحكيم، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية دون المحكمة المختصة أصلًا بنظره[3].

---

(1) مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية – العدد الخامس 1997 – كلية الحقوق جامعة القاهرة.

(2) انظر: عبد الحميد الأحدب – ص 1090، أحمد إبراهيم عبد التواب – اتفاق التحكيم ص 75

(3) في دراسة تفصيلية لشرط التحكيم انظر:

BEAUREGARD (JACQUES): *De la clause compromissoire*,thèse. Paris, 1911 ; CHARLES REFPRT: *les diffcultés soulvées par l'application de la loi 31 Décembre 1925, sur la clause compromissoire*, paris, 1929; GRECH (GASTON): *précis de l'arbitrage,traité pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales*, 1964 ; CHASSERY (Herve) ; *la clause compromissoire en Droit interne*, thèse. Montpellier, Mars.1975 ; MOREL (R.): *la clause compromissoire commercial*, L.G.D.J paris,1950; Mostefa - TRARI - TANI: *De la clause compromissoire*, thèse. Renne,1985.

==

ومن خلال التعريف السابق طبقًا لنص القانون المصري في مادته العاشرة فإن شرط التحكيم يتم الاتفاق عليه قبل حدوث النزاع وأنه قد يأتي كبند من بنود العقد، ومع ذلك فلا يوجد ما يمنع أن يكون شرط التحكيم مستقلًا عن العقد، فالعبرة إذن هي بلحظة الاتفاق فإذا تم قبل حدوث النزاع يقيد شرط تحكيم سواء كان في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل غير أن المشرع المصري قد نص على صورة معينة من شرط التحكيم، ألا وهي التحكيم بالإحالة، كما جاء في نص المادة (10/ 3) من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994، والتي تنص على أنه "يعتبر اتفاقًا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلي وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءًا من العقد".

ب- مُشَارَطَةُ التَّحْكِيمِ

مشارطة التحكيم هي اتفاق يتم بين الأطراف المتنازعة بعد قيام النزاع لعرضه على التحكيم[1].

فمتي تم الاتفاق على التحكيم بعد وقوع النزاع أو تمثل النزاع في علاقة قانونية غير عقدية فإن الاتفاق على التحكيم يتم وفقًا لوثيقة مستقلة يحررها ويوقعها طرفا

==

مشار إليه: محمود السيد عمر التحيوي – الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه مرجع سابق – ص 37 حاشية ـ

(1) انظر: فتحي إسماعيل والي– الوسيط في فانون القضاء المدني– بند457–ص935
لنفس المؤلف قانون التحكيم في النظرية والتطبيق بند 46 ص103 وما بعدها
وانظر أيضًا: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقًا للقانون رقم27 لسنة1994 بند12 ص22 وما بعدها

التحكيم وتعرف هذه الوثيقة بمشارطة التحكيم[1].

ويجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بين الطرفين بعد وقوع النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوي أمام جهة قضائية، ويجب أن تتضمن المشارطة المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم وإلا كان حكم التحكيم باطلا.

وفي هذا نصت المادة 10/ 2 من قانون التحكيم المصري على أنه".... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوي أمام جهة قضائية".

فالمشارطة هي محرر يتم الاتفاق عليه بعد قيام النزاع[2].

وقد عرفها الفقه الفرنسي تعريفا مقاربا لاتفاق التحكيم بأنها عبارة عن اتفاق بين شخصين أو أكثر من الأشخاص المتنازعة لعرض نزاعهم على محكم أو أكثر من اختيارهم دون قضاء الدولة[3]".

وهدف مشارطة التحكيم كهدف شرط التحكيم هو إخراج النزاع من اختصاص المحاكم العادية وإدخاله في ولاية المحكم، غير أن المشارطة تختلف حيث إنها تتعلق

(1) انظر: محمود سمير الشرقاوي- التحكيم التجاري الدولي- دار النهضة العربية- القاهرة-2011- بند46 ص65

(2) انظر: أكثم أمين الخولي، بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التوثيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم التجاري، المنعقد في دبي بتاريخ 28-29 مايو 1995، ص5

انظر أيضا: أحمد صدقي محمود ، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى، 2004م.

(3) VINCENT (Jean) et GUINCHARD (Serge), "*Procédure civile*", *Op.cit*., no 1645, p.1107,art

بنزاع ناشئ بالفعل، أما الشرط فهو متعلق بنزاع قد ينشأ في وقت لاحق[1].فالمشارطه يتم الاتفاق عليها بعد حدوث النزاع وبالتالي يكون معروف لدي الاطراف المنازعات التي يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم على عكس شرط التحكيم والذي يتم النص عليه دون العلم بالمنازعات اصلا.

(1) انظر: محمد سعيد شيبة المري، خصوصية خصومة التحكيم، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 74

المَطْلَبُ الثالث

نطاق الاتفاق على التحكيم

التحكيم باعتباره وسيلةً لفض المنازعات يعد بديلًا للقضاء، وباعتباره طريقا استثنائيًّا فليست كل المنازعات تقبل الفصل فيها عن طريق التحكيم. فهناك بعض المنازعات التي يجوز فيها التحكيم والبعض الاخر لايقبل الخضوع له وذلك على النحو التالي:

أولاً: عدم جَوَازِ التحْكِيمِ فِي المَسَائِلِ التِي لا يَجُوزُ فيهَا الصُّلْحُ

القاعدة في القانون المصري أن اتفاق التحكيم لا يجوز في كل مالا يجوز فيه الصلح؛ إذ الأصل في التحكيم هو القابلية للتحكيم وأن الاستثناء، أن التحكيم غير جائز في مالا يجوز فيه الصلح؛ حيث نصت معظم القوانين المعاصرة على مبدأ عام هو أن التحكيم لا يجوز فيما لا يجوز فيه الصلح[1].

والصلح عقد أو اتفاق يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي[2].

إذا فالقابلية للتحكيم هي الأصل، وعدم القابلية للتحكيم هي الاستثناء[3].

---

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم ونطاقه، دار النهضة العربية، 2013، بند 127، ص 348.

(2) نقض أبو ظبي الطعن رقم 9، 6 لسنة 2010 س4 ق. أ مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية السنة القضائية الرابعة 2010 من أول سبتمبر حتى آخر ديسمبر ج 3 ص 1319.

(3) انظر: ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد الحديثة والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ص 243 وما بعدها.

وقد حددت المواد 2059، 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 والمعدلة بالقانون رقم 626/ 1972 الشروط المتعلقة بمحل اتفاق التحكيم؛ حيث نصت المادة 2059 على حق جميع الأشخاص في تسوية حقوقهم التي يكون لهم حرية التصرف فيها، ونصت المادة 2060 على منع التسوية أو التصالح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ومسائل الطلاق والانفصال الجسماني، والمسائل المتعلقة بالجمعيات العامة والمؤسسات العامة والمسائل أو الأمور المتعلقة بالنظام العام[1].

وجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي قد أكد على صلاحية شرط التحكيم في النطاق الدولي، وأنه بالنسبة للتحكيم الداخلي لم يكن معروفًا سوي التحكيم في العقود التجارية، وفي 15 مارس 2001 قد عدل المشرع الفرنسي المادة 2061 بموجب المادة 126 من القانون رقم 2001- 420 بتاريخ 15 مارس 2001 مجيزًا التحكيم في جميع العقود التي تتضمن نشاطًا وظيفيًّا، حيث نص على أنه " باستثناء الحالات الخاصة التي ينص عليها القانون يكون شرط التحكيم صالحًا في التصرفات التجارية والعلاقات بين الجمعيات والشركات التجارية، ومن الآن فصاعدًا يكون شرط التحكيم صالحًا في العقود المتعلقة بالأنشطة الفنية والزراعية، مع بقائه ممنوعًا في عقود المستهلك وعقود العمل"، وبذلك التعديل يكون المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق شرط التحكيم في جميع العقود على

(1) **Art. 2060 du CCF** : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » VINCENT (Jean) et GUINCHARD (Serge) « *procédure civile* », *Op.cit*., n° 1637, p. 1098 et s. ; MONITRY (Jean-Hubert) « *arbitrage international et droit de la concurrence de la LEX MERCATORIA* ?", Rev. D'arbitrage, 1989, p. 3 et s.

المستوي الداخلي والخارجي فيما عدا عقود الاستهلاك وعقود العمل[1].

وقد أجازت المادة (806) من قانون التحكيم الإيطالي الصادر في 5 يناير 1994 التحكيم في جميع المناعات الناشئة بين الأفراد باستثناء تلك المنازعات العمالية المنصوص عليها في المواد ص 409 إلي 442 من قانون العمل والمنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وتلك المتعلقة بالانفصال الجسماني[2].

ونصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على عدم إجازة التحكيم في كل مالا يجوز فيه الصلح، بمعني جواز التحكيم في كل ما يجوز فيه الصلح وذلك بقولها " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، وقد نصت على

(1) FOUCHARD(Philippe), « *La laborieuse réforme de la clause compromissoire par loi 15 mai 2001* », Revue de l'arbitrage 2001, n° 3, P.397

جدير بالذكر أن الاستثناء السابق لعقود الاستهلاك وعقود العمل من استنتاج الفقه؛ إذ استعمل المشرع تعبير:

les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle

حيث أجاز لمشرع صلاحية شرط التحكيم في مبع العقود ذات الطبيعة الوظيفية بقوله:

Art. 2061 CCF : « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valide dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006445704]

(2) Art. 806 du droit ITALIEN, Loi du 5 janvier 1994 « Les parties peuvent soumettre à la décision des arbitres les litiges nés entre elle ; à l'exception de ceux visés aux articles 409 et 442 de ceux qui concernent des questions d'état des personnes et de séparation entre conjoint ainsi que de ceux qui ne peuvent pas faire l'objet d'un transaction » , Rev.arb., 1994, n° 3, p. 582, note, les arts 409 et 442 sont relatifs au droit de travail.

نفس المعني المادة 203/ 4 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، وأكدت المادة 110/ 2 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 على عدم جواز التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم[1] الأمر الذي يستفاد منه عدم جواز التحكيم بشأن النفقة والحضانة. ومن المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي" وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة لا يجوز التحكيم بصدد إجراءات التنفيذ والحجز ولا الدعاوي اللازمة لصحتها[2]".

وقد أكد القضاء المصري[3] على أنه " ما استقر عليه القضاء من جواز الانفاق على التحكيم في كافة المسائل التي تختص بها المحاكم عدا المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ....".

وقد أوضحت المادة 551 من القانون المدني المصري المسائل التي لا يجوز فيها الصلح بأنها المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام مع مراعاة جواز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم[4].

ويترتب على الاتفاق على التحكيم في مسألة لا يجوز فيها الصلح بطلان اتفاق التحكيم، وهذا البطلان يجوز التمسك به أمام المحكمة المرفوع أمامها بوجود اتفاق

(1) محكمة أبو ظبي الطعن رقم 76 لسنة 2008 س 2 ق. أ جلسة 9/ 4/ 2008 أحوال شخصية.

(2) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 204 لسنة 2005 تجاري جلسة 2 يوليو 2005 العدد السادس عشر ج1 ص 1455 وما بعدها.

(3) استئناف القاهرة 89 لسنة 121 ق تحكيم جلسة 27/ 4/ 2005.

(4) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم- ط4 2013، بند 48 ص 80.

التحكيم، كما يجوز التمسك به أمام هيئة التحكيم في ميعاد رد المدعي عليه على الدعوي وفقًا لنص المادة 22 من قانون التحكيم المصري وإلا سقط الحق في التمسك به، كما يجوز في هذه الحالة التمسك ببطلان اتفاق التحكيم عن طريق دعوي بطلان حكم المحكمين وفقاً لنص المادة 53 من قانون التحكيم المصري.

ثانيًا: عدم جوَازِ التَّحْكِيمِ فِي المَسَائِلِ المتَعَلِّقَةِ بِالنِّظَامِ العَامِّ

على الرغم من اهتمام الفقه بفكرة النظام العام، فإنه يكاد يجمع على أنه من المتعذر وضع تحديد منضبط لفكرة النظام العام ذاتها، ذلك أن فكرة النظام العام نسبية[1].

النظام العام فكرة غير محدودة وتختلف من زمان لزمان ومن مجتمع لآخر، فما يعد من النظام العام لمجتمع رأسمالي قد لا يعد كذلك في مجتمع اشتراكي، وما قد يعد من النظام العام في زمن معين قد لا يعد كذلك في زمان آخر، وبصفة عامة يمكن تعريف النظام العام بأنه ما يرتبط بالنظام الأعلى للمجتمع ويحسن نسيجه الاقتصادي والسياسي ويخل بقيمة العقائدية والأخلاقية[2]، فالنظام العام هي فكرة نسبية فالقاضي في تحديد مضمونها مقيد بالتيار العام السائد في بلده[3].

(1) انظر: محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية الطبعة الثانية، 1983 ص 316، فؤاد رياض، سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ص 136، هشام صادق، حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية بدون تاريخ، عوض الله شيه الحمد، القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين، مطبوعات جامعة البحرين، 2007 ص 98، وما بعدها.

(2) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، بند 5 ص 81 وما بعدها.

(3) الطعن رقم 10132 لسنة 78 بتاريخ 11 مايو 2010.

وقد نصت معظم القوانين على خطر التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، وقد نصت المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك لعام 1985 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على هذا المبدأ بقولها: " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

ونصت المادة 442 من قانون المرافعات الجزائري على أنه " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم.... ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام.....".

وجاء في نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 في 12/ 7/ 1403هـ على أنه" لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين وكل ما هو متعلق بالنظام العام"[1].

وجاء في قانون التحكيم التونسي الفصل السابع على أنه " لا يجوز التحكيم: أولًا: في المسائل المتعلقة بالنظام العام.....".

ونصت المادة 135 من القانون المدني المصري الحالي على أنه " إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا، وأيضًا نص المادة (11) من قانون التحكيم المصري بنصها: ".... ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ففي شأن وجوب وضرورة كون مسائل التحكيم مما يجوز فيه الصلح" وإلا

(1) منشور في مجلة أم القرى – العدد رقم 2968 بتاريخ 22/ 8/ 1403هـ.

كان اتفاق التحكيم باطلاً، فإنه يقصد بذلك عدم تعلق موضوع النزاع بشخص الإنسان أو ما يتعلق بالنظام العام[1].

وقررت محكمة النقض المصرية بأن مؤدي نص المادة 551 من القانون المصري أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام؛ وبالتالي فالتحكيم غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام"[2].

وقضي بأنه " إذا خالف حكم التحكيم النظام العام أو فصل في مسائل لا يشمل اتفاق التحكيم يعتبر مخالفًا للنظام العام وبالتالي بطلان حكم التحكيم...."[3].

وأيضًا "لا يجوز قانونًا اللجوء للتحكيم أو تنفيذ حكم إذا كان يخالف النظام العام[4].

ما استقر عليه القضاء من جواز الاتفاق على التحكيم في كافة المسائل التي تختص بها المحاكم عدا المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وهي المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام....."[5].

وللمحكمة أن تقضي من تلقاء ننفسها بالبطلان إذا تضمنت الحكم ما يخالف النظام العام"[6].

---

(1) انظر: سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، النهضة العربية، القاهرة 2012 ص 46 بند 26.

(2) نقض تجاري في الطعن رقم 10132 لسنة 78 جلسة 11/ 5/ 2010.

(3) استئناف القاهرة 115 لسنة 124ق تحكيم في 3/ 12/ 2008.

(4) الطعن رقم 913 لسنة 73ق 23 فبراير 2010.

(5) استئناف القاهرة– 89 لسنة 121 ق تحكيم في 27/ 4/ 2005.

(6) الطعن رقم 10132 لسنة 78ق – بتاريخ 11 مايو 2010.

وفي حكم آخر قضي بأن " اكتفاء الأطراف بالإحالة إلي القواعد اللائحية لمركز أو مؤسسة أو لفرقة التحكيم...." تكون هي المعتبرة في شأن إجراءات التحكيم مالم تكن صادمة لقواعد أخري تتعلق بالنظام العام"[1].

وجدير بالذكر أنه ليس كل نص أمر يتعلق بالنظام العام، وهذا المبدأ أقرته محكمة النقض المصرية فقد أثيرت هذه المسألة في مصر بمناسبة ما تنص عليه الحادثان 298، 299 بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية قضائية أو تحكيمية[2].

وقضت أيضًا بأن مخالفة النظام العام الوجيه لاستبعاد القانون الأجنبي طبقًا للمادة 28 من القانون المدني مناطها أن تكون هذه الأحكام متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع فلا يكفي معه أن تتعارض مع نص قانون آخر[3].

وقضت محكمة استئناف القاهرة بأنه" إذا كان النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم يدور في فلك قرارات جمعية عامة لشركة مساهمة مصرية ونصاب التعويض فيها، وهو أمر لا يوجد ما يمنع الاتفاق على التحكيم بشأنه طالما التزم المحكم بتطبيق القواعد الآمرة الخاصة بمثل هذه الشركات على النزاع التحكيمي، وهي قواعد رغم صفتها

(1) استئناف القاهرة، الطعن رقم 50 لسنة 128 ق جلسة 4/ 1/ 2012 د/ 7 تجاري منشور بمجلة التحكيم العربي- العدد 18- يونيو 2012- ص 226 بند 5.

(2) نقض مدني 27 مارس 1996 السنة 47 حـ 1 جـ 558 ق 107، للمزيد راجع أحمد السيد صاوي، الوجيز، بند 51 ص 85.

(3) نقض مدني 13/ 6/ 1983 في التظلم رقم 10 لسنة 127 ق تحكيم تجاري د/ 4 تجارية.

الآمرة لا تتصل بفكرة تنظيم الدولة ذاتها وقيمها العليا[1].

فالمتطلب القانوني هو ألا يؤدي التحكيم إلي نتائج تتعارض مع النظام العام؛ لأن الحكم حينئذ يكون باطلا إعمالًا لنص المادة 53/ 2 من قانون التحكيم[2].

وقضت أيضًا محكمة النقض بأنه " لا يكفي لاعتبار القاعدة متعلقة بالنظام العام أن تكون هناك مخالفة لقاعدة آمرة في القانون المصري، وإنما تتحقق المخالفة عند المساس بأحد المبادئ الأساسية في التقاضي كمبدأ المساواة أو الحق في الدفاع[3].

والأثر المترتب على مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام هو بطلان هذا الاتفاق، وإذا صدر حكم التحكيم مخالفًا للنظام العام يكون الحكم باطلا، ولكن لا يتم إهدار حكم التحكيم ككل إلا إذا كان الحكم جميعه مخالفًا للنظام العام، أما إذا كان مخالفًا في شق منه، وأمكن فصل الجزء المخالف فلا يبطل إلا هذا الشق، وهذا ما أكدته أحكام القضاء.

فقد قضت محكمة النقض بأن" اشتمال حكم هيئة التحكيم على مسائل خاضعة للتحكيم وأخري غير خاضعة له أو تضمن شق منه ما يخالف النظام العام أثره بطلان أجزائه المتعلقة بالنظام العام ومدها"[4].

أما في فرنسا فإن الأمر محل خلاف بين الفقه والقضاء في مدي تعلق الاتفاق على

(1) استئناف القاهرة جلسة 6/ 9/ 2010 في التظلم رقم 10 لسنة 127 ق تحكيم تجاري د/ 4 تجارية.

(2) القضية التحكيمية رقم 439 لسنة 2005 مركز القاهرة جلسة 5/ 7/ 2007.

(3) نقض تجاري رقم 10132 لسنة 78 ق جلسة 11/ 5/ 2010.

(4) الطعن رقم 810 لسنة 71 ق جلسة 25/ 1/ 2007، الطعنين رقمي 4729، 4730 لسنة 72ق بتاريخ 22 يونيه 2004.

التحكيم بالنظام العام من عدمه، فهناك من يتخوف من أن تؤدي الرقابة السطحية للقضاء على التحكيم من أن يساء استغلال التحكيم لكل من يبغي الافتئات على النظام العام، وهناك من يخافون من رقابة متسعة على حكم التحكيم تؤدي عملاً إلي مراجعته موضوعيًّا باسم النظام العام مما قد يؤثر على قابليته للتنفيذ ويجعل من قضاء الدولة جهة استئنافية لحكم التحكيم(1).

فيقوم مذهب الرقابة القضائية في حدها الأدنى على أنه فيما عدا حالات الإخلال الواضح الجلي بالنظام العام يمتنع على القاضي أن يراجع أي عنصر من عناصر الواقع أو القانون التي استند اليها المحكم في حكم التحكيم(2).

وقضت محكمة استئناف باريس في أحد أحكامها بأن " اللجوء إلي الدفع بالنظام العام الدولي عملًا بالمادة 1502 (5) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لا يكون سائغًا إلا في الحالة التي يكون فيها تنفيذ حكم التحكيم معطوفًا- على نحو مقبول- مع نظامنا القانوني، بحيث يشكل الإخلال مخالفة صارخة لقاعدة قانونية أساسية أو لمبدأ جوهري"(3).

وقضت محكمة استئناف فرساي برفض الطعن بالبطلان تأسيسًا على أن الإخلال المزعوم "شكلي محض"، وأنه لا ينطوي على انتهاك "فعلي ملموس- في هذه الحالة

(1) HANOTIAU (B.) et CAPRASSE (O.), "*l'annulation des sentences arbitrales*", Journal des tribun aux, 2004, p. 413, spec . P. 418, no 36.

(2) CA paris, 15 fev. 2007, ste SA heresma C/ste Granitalia, Somm. In rev. arb, 2007, p. 139.

(3) CA paris, , 18 nov. 2004, thales air defense c/euromiss ile, rev. arb., 2005, p. 75/; JDI. 2005, p. 357, note A. MOURRE; D 2005, p. 3058, obs. The. Clay; RTD com. 2005, p. 263, obs E. LOQUIN; rev- crit DIP, 2006, P. 111, note S. Bollee.

بعينها للنتائج المنشودة والأهداف المبتغاة من لائحة داخلية متعلقة بالنظام العام"[1].

إذا يتمثل الاتجاه الأول في أن تقتصر الرقابة القضائية على التثبيت من أن المحكم قد أخذ قواعد النظام العام بعين الاعتبار دون التطرق إلي مدي صحة تطبيق الحكم لتلك القواعد، ومن أمثلة ذلك ما انتهت اليه محكمة استئناف باريس[2] والتي أيدتها محكمة النقض[3] من رفض الطعن بالبطلان المؤسسي على الادعاء بمخالفة لقواعد الحكم لقواعد قانون حماية المنافسة الخاص الاتحاد الأوروبي. فقد اكتفي القضاء الفرنسي بتقرير أن المحكم قدر بأن العقد لا يخالف قانون حماية المنافسة دون أن تمتد تلك الرقابة القضائية إلي بحث ما إذا كانت النتيجة التي انتهي اليها المحكم صحيحة من عدمه؛ إذ إن ذلك مما يتجاوز نطاق الحد الأدني للرقابة.

وقد تواترت أحكام محكمة الاستئناف[4] على الأخذ برقابة الحد الأدني ومنها حكمها الصادر بجلسة 22 أكتوبر 2009، وأكدت محكمة النقض الفرنسية[5] هذا حين قضت بأنه " فيما يتعلق بمخالفة النظام العام الدولي فإن المحكمة- باعتبارها ليست قاضي النزاع، ولكن قاضي الحكم فإنها لا تمارس بشأنه سوي رقابة ظاهرية"؛ إذ إن الرقابة الظاهرية لا يمكن أن تكشف سوي المخالفات الصارخة للنظام العام دون المخالفات التي يحتاج كشفها إلي تحقيق متعمق وتمحيص دقيق، ويمكن وصف المخالفة

(1) CA Versailles, 20 ct. 1989, rev. arb. 1990, P. 115, note L. IDOT.

(2) CA paris, 16 avr. 1996, Gallay cl fabricated Metals.

(3) CAss. Ireciv. 5 janv. 1999, rev. arb., 2001, p. 805, note. Y DERAINS.

(4) Rev. arb., 2010 p. 124, note f- x train.

(5) Cass. 1re . civ., 4 juin 2008, ste SNF c/ste cytec industries bv, rev. arb., 2008, p. 473, note I. fadlallah; JDI, 2008, p. 1107, Note A.Mourre.

الصارخة أو الظاهرة للنظام العام الدولي بأنها تلك التي تمرق الأعين"[1] فهي مخالفة واضحة لا تقبل النقاش بحيث تظهر بمجرد قرار حكم التحكيم دون حاجة إلي أن يبذل قاضي البطلان أو التنفيذ لثمة جهد ذهني[2].

وتنص المادة 1514 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على جواز الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الدولي" إذا كان الاعتراف بالحكم أو تنفيذه مخالفًا للنظام العام الدولي"، فيما تنص المادة 5/1492 على إمكانية الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الداخلي إذا خالف الحكم قاعدة من النظام العام"، وبذلك يكون للقاضي نظرة أكثر عمقًا في احترام أحكام التحكيم الداخلي من الدولي[3].

وقد سارت على ذات النهج محكمة استئناف (سفيا) في السويد حيث اعتنقت معيار المخالفة الواضحة للنظام العام عندما قضت بأنه " يمكن في الحالات الظاهرة فقط إثبات أن الحكم يخالف النظام العام لوجود انتهاك لقانون المنافسة"[4].

أما أنصار مذهب الحد الأقصى للرقابة القضائية فيرون أن رقابة قاضي البطلان أو التنفيذ تتعمق لتشمل عناصر الواقع والقانون المتعلق بالنظام العام وتقدير مدي مشروعية العقد في ضوء قاعدة النظام العام[5].

---

(1) A. MOURRE, note sous paris, 18 nov 2004, pree., p 369.

(2) E.LOQUIN, obs. Sous paris 18 no. 2004. 2004, op. cit., spec. p. 264; DELANOY (Ch.), " *le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation*: *trois constats, trois propositions*", Rev. Arb 2007, p. 177 spec. P. 204, note no 92.

(3) DERAINS (Y.), " *Chronique de jurisprudence française*" Rev. Arb., 2001, p. 805, spec. P. 811.

(4) CA svea amai 2005, republic of letvia c/latvijas Gaze, Cité par A. MOURRE, note 30us cass. 4 juin 2008, prec., 1116.

(5) CA paris, 10 sept 1998, SA THOMSON CSF c/ste brunner sociedade civil de ==

وفي الحالة التي تكون فيها مخالفة النظام العام مثارة لأول مرة أمام قاضي البطلان، فإن رقابة الحد الأقصى قد تقضي قيام قاضي التنفيذ بفتح تحقيق وسماع شهود وتقديم مستندات وتقارير خبرة إضافية[1].

إذ يري أنصار هذا المذهب أن الرقابة المتعمقة على احترام التحكيم للنظام العام هي "الثقل الموازن" لاتساع القابلية للتحكيم وامتداد اختصاص المحكمين لمختلف مجالات النظام العام[2].

أما في مصر فلا يوجد هذا الخلاف والجدل الفقهي؛ حيث إن قاعدة حظر المراجعة الموضوعية لحكم التحكيم هي من القواعد المستقر عليها فقهًا وقضاءً، وأن المحكمة المنوط بها نظر دعوي البطلان تقتصر مهمتها على إبطال حكم التحكيم إذا توافر سبب من أسباب البطلان المحددة على سبيل الحصر.

وأيضًا في حكم آخر لمحكمة الاستئناف أكدت على أن "دعوي البطلان ليست استئنافًا لحكم التحكيم المطعون فيه فلا شأن لها بما انتهي اليه قضاء ذلك الحكم نتيجة فهمه لوقائع الدعوي ومستنداتها"[3].

وقضت أيضًا "لا تمتد سلطة القاضي إلي مراجعة الحكم وتقدير مدي ملائمته أو

==

administração limitada autres, rev. Arb 2001, p. 583, note J. B. RACINE, cette formule est quasiment la même que celle du célèbre arrêt westman CA paris, 30 see 1993, prec.

(1) SERAGLINI (Ch.), " *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique*: mythes et réalités", Cahier d'arbitrage, 2011, vol. V, , no39, p. 19.

(2) BOLLÉE (S.), note sous paris 24 nov. 2005, rev. Arb. 2006, p.pp. 116 et 117, no7.

(3) استئناف القاهرة د/ 91 تجاري جلسة 26/ 6/ 2002 في الدعوى رقم 17 لسنة 119ق.

مراقبة تقدير المحكمين أو فهم الواقع...؛ لأن كل ذلك مما يختص به قاضي الاستئناف لا قاضي البطلان، ولا خلاف أن دعوي البطلان ليست طعنًا بالاستئناف[1]"؛ ومن ثم فقد أثرت أنه يحظر عليها أن تقوم بمراجعة موضوعية لحكم التحكيم[2].

ثالثا: عدم جَوَازِ التحْكِيمِ فِي المَسَائِلِ المُتَعَلِّقَةِ بالأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ

ذكرنا أن الأصل في التحكيم هو القابلية للتحكيم، وأن الاستثناء أن التحكيم غير جائز فيما لا يجوز فيه الصلح، كمسائل الأحوال الشخصية، وقد نصت العديد من التشريعات على عدم جواز الاتفاق على التحكيم إذا كان النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية.

فقد حددت المواد 2059، 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 والمعدلة بالقانون رقم 626/ 1972 الشروط المتعلقة بمحل اتفاق التحكيم حيث نصت المادة 2059 على حق جميع الأشخاص في تسوية حقوقهم التي يكون لهم حرية التصرف فيها، ونصت المادة 2060 على منع التسوية أو التصالح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ومسائل الطلاق والانفصال الجسماني، والمسائل المتعلقة بالجمعيات العامة والمؤسسات العامة والمسائل أو الأمور المتعلقة بالنظام العام[3].

---

(1) استئناف القاهرة رقم 90 لسنة 123 ق تحكيم جلسة 23/ 5/ 2007
استئناف القاهرة رقم 115 لسنة 124 ق تحكيم جلسة 3/ 12/ 2008
استئناف القاهرة رقم 93 لسنة 119 ق تحكيم جلسة 26/ 3/ 2003
استئناف القاهرة رقم 17 سنة 119 ق تحكيم جلسة 26/ 2/ 2003
استئناف القاهرة رقم 70 لسنة 119ق و 11، 14، 24 لسنة 119 ق تحكيم جلسة 27/ 2/ 2002.
استئناف القاهرة رقم37 لسنة 119 و 71 لسنة 115 ق تحكيم جلسة 29/ 1/ 2003.

(2) استئناف القاهرة د/ 62 تجاري جلسة 7 مايو 2008.

(3) **Art 2060 CCF** : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les ==

وأجازت المادة 806 من قانون التحكيم الإيطالي الصادر في 5 يناير 1994 على التحكيم في جميع المنازعات الناشئة بين الأفراد باستثناء تلك المنازعات العمالية المنصوص عليها في المواد من 409 إلي 442 من قانون العمل والمنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص، وتلك المتعلقة بالانفصال الجسماني[1].

وقد أجاز فقهاء الحنفية التحكيم فيما يملك الأفراد فعله من حقوق العباد كالدعاوي المتعلقة بالأموال كالأعيان والديون، والبيوع والإجارة والرهن... ونحوها[2].

وذهب رأي إلي أن التحكيم يجوز في الأموال دون سواها، فالنكاح واللعان والقصاص لا يجوز فيها التحكيم قطعًا[3].

وأكد القضاء المصري على " ما استقر عليه القضاء من جواز الاتفاق على التحكيم في كافة المسائل التي تختص بها المحاكم عدا المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وهي

==

contestations les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » VINCENT (Jean) et GUINCHARD (Serge) « *procédure civile* » *Op.cit*., n° 1637, p. 1098 et s. ; MONITRY (Jean-Hubert) « *Arbitrage international, droit de la concurrence de la LEX MERCATORIA ?*", Rev. D'arbitrage, 1989, p. 3 et s.

(1) **Art 806 du droit ITALIEN**, Loi du 5 janvier 1994 « Les parties peuvent soumettre à la décision des arbitres les litiges nés entre elle ; à l'exception de ceux visés aux articles 409 et 442 de ceux qui concernent des questions d'état des personnes et de séparation entre conjoint ainsi que de ceux qui ne peuvent pas faire l'objet d'un transaction » , Rev.arb., 1994, n° 3, p. 582, note, les arts 409 et 442 sont relatifs au droit de travail.

(2) انظر: فتح القدير جـ 6 ص 409/ د المختار جـ 4 ص 363، البناية على الهداية ج 7 ص 69، حاشية الطحاوي جـ 3 ص 207، معين الحكام ص 35.اسماعيل الأسطل، ص 135.

(3) الروضة للنووي جـ 11 ص 121 مشار إليه قدري محمد محمود، التحكيم في حق أحكام الشريعة دار النهضة العربية– 2014 ص 309.

المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية....."[1].

رابعا: عدم جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي المُنَازَعَاتِ الإِدَارِيَّةِ

لا يختلف التحكيم الإداري عن التحكيم بوجه عام، فذهب بعض الفقه إلي تعريف التحكيم الإداري بأنه " الوسيلة التي بمقتضاها يسمح للجهات الإدارية أن تعد لهيئات التحكيم بالفصل في المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية سواء وطنية أم أجنبية"[2].

أما المنازعة الإدارية هي المنازعة التي تكون الدولة أحد أطرافها[3].

والمنازعة الإدارية تتعلق بخصومة بين أحد أشخاص القانون العام، والأشخاص القانونية العام هي الدولة والمحافظات والوزارات والمصالح العامة والهيئات والمؤسسات العامة ووحدات الإدارة المحلية[4].

والمنازعة الإدارية المتعلقة بالقرارات الإدارية منها ما ينصرف لإلغاء القرار الإداري، ومنها ما يتعلق بالتعويض عن القرار الإداري[5].

---

(1) استئناف القاهرة 89 لسنة 121 ق تحكيم 27/ 4/ 2005

(2) انظر: شمس مرغني علي، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس 1973، ص 557.

(3) انظر: جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية، 2001 الكتاب الأول، ص 65 وما بعدها.

(4) انظر: عليوة فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، نقابة المحامين، لجنة الفكر القانوني، 012 ص 9 وما بعدها.

(5) انظر: محمد فؤاد عبد الباسط، مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2006 ص 71 وما بعدها.

نجد أن القانون الفرنسي كان أكثر وضوحًا؛ حيث ظهر المشرع في المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام 1806 التحكيم في المنازعات التي أوجب القانون إبلاغها للنيابة العامة، ونصت المادة 83 من نفس القانون على أن المنازعات التي يشترط القانون إبلاغها للنيابة العامة هي التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين العام أو البلديات أو المؤسسات العامة، وبموجب قانون المرافعات الحالي تم حذف المادة 1004، وحلت محلها المادة 2060 من القانون المدني الصادر في 5 يوليو 1972 والمعدل في 9 يوليو 1975 والتي نصت على " منع التسوية أو التصالح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ومسائل الطلاق والانفصال الجسماني، والمسائل المتعلقة بالجمعيات العامة والمؤسسات العامة والمسائل أو الأمور المتعلقة بالنظام العام"[1].

وقد عاد المشرع الفرنسي وخفف من هذه القاعدة في القانون الصادر في 17 أبريل 1906؛ حيث أجاز هذا القانون التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات التي تبرمها الدولة والمديريات والمحليات، وهو تعدد حصر لنطاق التحكيم في العقود الإدارية[2]. كما نصت المادة 2061 من القانون الفرنسي القديم على

(1) انظر: جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة، 2001 الكتاب الأول، ص 46 وما بعدها، دويب حسين عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات في التحكيم التجاري الدولي والذي عقد في أبو ظبي في الفترة من 20– 22 مايو 20078 ص 274 وما بعدها، علاء محيي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام التحكيم دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة 2006، ص 208 وما بعدها.

(2) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، ص 366 بند 133.

Loi 17 avril 1906, J. O.R.F 18 Avril 1906, p. 1589.

بطلان شرط التحكيم إذا لم يكن منصوصًا بجلسة بمقتضي قانون[1].

إذن، فالمبدأ العام في التشريع الفرنسي هو حظر لجوء الدولة والأشخاص العامة إلي التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية، وهو ما كان مثار انتقاد الفقه الفرنسي خاصة مع التمويل الاقتصادي الذي شهده العالم بصفة عامة وشهدته فرنسا كذلك بعد الحرب العالمية الثانية والذي أدي إلي تدخل الدولة في المجال الاقتصادي[2].

وبالرغم من تعديل قانون التحكيم في فرنسا في 13 يناير 2011 إلا أن المشرع الفرنسي قد أغفل التعرض لهذه المسألة ولم يأت بمبدأ عام يجيز بمقتضاه التحكيم في منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، على الرغم من تناوله قانون التمكين القديم بالعديد من التعديلات[3].

وبالرغم من المبدأ العام في فرنسا هو حظر التحكيم من منازعات العقود الإدارية وأنه لا يجوز اللجوء إلي التحكيم إلا بمقتضي القانون، إلا أن المشرع الفرنسي قد وضع عدة استثناءات، ومنها عقود الأشغال العامة يجوز فيها التحكيم بمقتضي قانون 17 إبريل 1906[4].

---

(1) POUYAUD. (D.), *la nullité des contrats adinistratifs*,Ed., L. G. D. J, paris, P. 188.

(2) انظر: دويب حسين صابر- حدود اختصاص القضاء الإداري يدعو بطلان أحكام التحكيم دار النهضة العربية، 2014 ص 45.

(3) GAILLARD (Emmanuel) et De LAPASSE (Pierre), *"Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, Editions Dalloz. janvier 2011, p. 175 ets. LE BARS (Benoît), *la réforme du droit de l'arbitrage- un nouveau pas vers un pragmatisme en marche*. La semaine juridique édition Générale no4, 24 Janvier 2011, p 67

(4) Loi 17 avril 1906. J. O.R.F, 18 Avril 1906, p. 1589

حيث نصت المادة على أنه لأجل تصفية مصروفات الأشغال العامة والتوريدات، فإن الدولة والمديريات والمحليات يمكنها اللجوء إلي التحكيم، ثم أدرج المشرع الفرنسي هذا الاستثناء بنص المادة (247) من قانون الأشغال العامة الجديد لتحل محل المادة (69) من قانون 6 أبريل 1907، والتي تنص على أنه " يمكن للدولة اللجوء للتحكيم وفقًا للأحكام المنصوص عليها...، وذلك لسداد تكاليف الأشغال العامة والتوريدات ونفقاتها بشرط الحصول على موافقة مجلس الوزراء مصدقًا على ذلك من الوزير المختص ووزير المالية".

وفي مرحلة لاحقة رأي المشرع الفرنسي ضرورة فتح طريق التحكيم لحسم منازعات تتلك الطائفة من العقود الخاصة بالمؤسسات العامة؛ لما يتميز به نظام التحكيم من مرونة وسرعة، مما دفع المشرع لإصدار قانون 9 يوليو 1975 لإضافة فقرة جديدة لنص المادة (2060) من القانون المدني[1]، أجاز بمقتضاها للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية اللجوء للتحكيم بعد صدور القانون اللازم لذلك، وهو ما حدث بالفعل وبعد فترة زمنية طويلة امتدت لأكثر من ربع قرن؛ حيث أصدر المشرع قانون 8 يناير 2005 والذي أجاز التحكيم للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية إعمالًا لفقرة الثانية من المادة (2060) من القانون المدني[2].

كما أجاز التحكيم للمؤسسات العامة التي تعمل في مجال المناجم بمقتضي قانون

(1) Loi 75- 596 du 9 juillet 1975 J.O. R. F, P. 7076.

(2) انظر: رجب محمد السيد، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية دار النهضة العربية، سنة 2010، ص 46، دويب حسين صابر، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية" " البوت" رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، 2006 ص 481 وما بعدها.

المناجم الفرنسي ومؤسستي الغاز GDF والكهرباء EDF المنصوص عليها بمقتضي قانون 8 أبريل 1946[1].

وقد عرف المشرع الفرنسي نوعا آخر من العقود، وهو ما يسمي بعقود الشراكة بمقتضي المرسوم 2004- 559 الصادر بتاريخ 17 يونيو 2004[2]. وتمت المصادقة على هذا القانون بمقتضي المادة 78 من القانون رقم 2004- 1343 الصادر في 9 ديسمبر سنة 2004[3]. حيث نصت المادة 11/ 12 من هذا المرسوم على أن " عقد الشركة يجب أن يتضمن وبالضرورة، على شرط يتعلق بوسائل تفادي النزاعات وحسمها، فضلًا عن الشروط التي يمكن بها اللجوء للتحكيم- عند الضرورة مع تطبيق أحكام القانون الفرنسي"

وتم إصدار قرار من المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 2 ديسمبر 2004 على دستورية نص المادة 11 من المرسوم 2004- 559[4]. وأصبح هذا المرسوم من أهم

(1) Décret no 2002- 56 du 8 Janvier C.J.E.G., cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, 2 juin 2003- p. 330.

(2 Ordonnance No 2004- 559 du 17 Jin 2004, Jornal official de la Republique (jo), 19 Juin 2004, p. 10994.

(3) انظر: وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة فر فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس سنة 2009 ص 225، وقد تم تعديل هذا المرسوم بالقانون رقم 735 لسنة 2008، والقانون رقم 179 لسنة 2009، انظر في رمضان بطيخ، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة PPP والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دارسة مقارنة في القانون الفرنسي، الطبيعية الأولى، 2011 دار النهضة العربية ص 17.

(4) C.C no 2004-2005, 2 décembre 2004, RFDA 2004, P. 11120, rev, Arb. 2005, P. 135 note D. FOUSSARD.

الاستثناءات التي وصفها المشرع الفرنسي على مبدأ حظر اللجوء للتحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية.

أما القانون الإماراتي فإنه لا يجيز التحكيم في المنازعات الإدارية إلا بعد موافقة مجلس الوزراء[1]، ونفس الأمر في نظام التمكين السعودي الذي لا يجيز للأشخاص الاعتبارية العامة إلا بموافقة مجلس الوزراء[2].

أما في مصر فقد ثار خلاف فقهي وقضائي بشأن مدي جواز التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية في ظل نظام التحكيم الملغي، حتي صدر القانون رقم 27 لسنة 1994 والذي نص في مادته الأولي على "..... تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيًّا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع..."، وبالرغم من ذلك ظل الخلاف قائمًا حول جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية[3].

ثم صدر القانون رقم 9 لسنة 1997 معدلًا لنص المادة (1) من القانون 27 لسنة 1994 على النحو الآتي: " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في

(1) قرار مجلس الوزراء رقم 406/ 2 لسنة 2003 الصادر بتاريخ 23/ 9/ 2003 بالجلسة رقم 217 والذي نص صراحة على اشتراط موافقة مجلس الوزراء مسبقاً على العقود الحكومية التي تبرمها الجهات الحكومية والمتضمنة لشرط التحكيم، على أن تكون متضمنه للمبادئ القانونية للعقود الإدارية، على أن يتم مراجع هذه العقود في هذه الحالة من قبل وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف بالتنسيق مع وزارة المالية والصناعية.

(2) انظر: جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية 2001، الكتاب الأول ص 98.

(3) انظر: دويب حسين صابر، الاتجاهات الحديثة، ص 483 وما بعدها.

جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو وكان تحكيمًا تجاريًّا دوليًّا يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، وبالنسبة إلي منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولي اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك"[1].

وقد ثار التساؤل حول طبيعة موافقة الوزير المختص أو من يتولي اختصاصه وهل الموافقة تعتبر ركنًا من اتفاق التحكيم لا ينعقد بدونها، أم أنها شرط لنفاذ اتفاق التحكيم؟

اختلفت الآراء فهناك اتجاه أول [2] ذهبت فيه إحدى هيئات التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بتعذر تصور البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم، تأسيسًا على أنه لا بطلان بغير نص، وتنافي القول بالبطلان، مع العدالة وحسن النية، وأن القول بالبطلان يترتب عليه زعزعة الثقة في الجهة الإدارية وعلاقتها بالغير.

ولكن لا يمكن اعتبار هذا الحكم معبرًا عن موقف كل هيئات التحكيم؛ لأن منها ما قضي بحكم مخالف، وقضت بأن اشتراط القانون موافقة الوزير المختص في العقود الإدارية يترتب عليه بطلان الاتفاق حال عدم توافر الصفة القانونية فيمن يوقع على

(1) انظر: عليوة فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، ص 61 وما بعدها، وكان ذلك أثر فتوى مجلس الدولة والتي أفتى فيها قسم الفتوى والتشريع بالمجلس بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وقد ركزت الفتوى على ضرورة توافر الأهلية اللازمة فيمن يبرم اتفاق التحكيم.

(2) القضية التحكيمية رقم 621 لسنة 2009، بتاريخ 17/ 5/ 2010.

هذا الاتفاق، وبالتالي تنحسر ولاية هيئة التحكيم عن نظر النزاع ولا تكون مختصة بنظر النزع[1].

وهناك اتجاه ثان [2] ذهب فيه للقول بعدم مخالفة القانون التوفيق في اختزال معيار جواز التحكيم في العقود الإدارية في موافقة الوزير المختص من عدمها، وأن كان الأولي للقانون البحث عن ضابط موضوعي لجواز التحكيم في العقود الإدارية، الأمر الذي أدي لاختلاف الرؤية بين هيئات التحكيم والقاضي في الانتقادات هذه الموافقة، مما يستلزم ضرورة التحقق من توافر موافقة الوزير المختص أو من يتولي اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وإلا كان الشرط باطلا.

في حين ذهب اتجاه ثالث[3] إلي أن موافقة الوزير المختص أو من يتولي اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة لا يعتبر شرط صحة، وإنما هو شرط نفاذ بدليل أن النص عندما اشترط موافقة الوزير المختص كان يتكلم عن اتفاق تحكيم قائم فعلًا بين طرفيه، بحيث تأخذ موافقة الوزير مشكل اعتماد هذا الاتفاق، وبالتالي يكون جزء تخلف عن موافقة الوزير في هذه الحالة عدم نفاذ اتفاق التحكيم وليس بطلانه.

وهو ما يتفق مع ما هو مستقر عليه في أحكام القضاء الإداري في مصر والتي تذهب للقول بأن موافقة الوزير المختص هي موافقة من النظام العام يصح شرط

(1) القضية التحكيمية رقم 292 لسنة 2002 جلسة 29/ 5/ 2003 منشور بالعدد الخاص باليوبيل الفضي لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم يناير 2004 ص 7.

(2) انظر: محمد أمين المصري، محمود فوزير عبد الباري الدعوى ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية، مجلة التحكيم العربي- العدد الرابع عشر، يوليو 2010.

(3) انظر: أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، 2007 ص 68 وما بعدها.

التحكيم بوجودها حال توافرت ضوابطها المقررة قانونًا، وعلي طرفي العقد أن يسعي كل منهما لوقع الشرط المتفق عليه فيما بينهما موضع التطبيق[1].

(1) انظر: القضية التحكيمية رقم 676 لسنة 2010، حكم بتاريخ 21/ 8/ 2011، مجلة التحكيم العربي العدد 17 ديسمبر 2011 ص 263 وما بعدها.

البَابُ الأَوَّلُ

مَاهِيَّةُ الدَّفْعِ بِوُجُود الاتفاق على التَّحْكِيمِ وَطَبِيعَتُهُ القَانُونِيَّةُ

ويشتمل هذا الباب على الفصلين التاليين:

- **الفَصْلُ الأَوَّلُ: مَاهِيَّةُ الدَّفع بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم وشروطه**
- **الفَصْلُ الثَّانِي: طَبِيعَةُ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتفاق على التَّحْكِيمِ**

الفَصْلُ الأَوَّلُ

مَاهِيَّةُ الدَّفع بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم وشروطه

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ:

الهَدَفُ مِنَ اتفاق التَّحكِيم بصفةٍ أساسيَّة - شرطًا كان أو مشارطةً - هو منعُ القضاء العام في الدَّولة - صاحب الولاية العامة - من نظر ما يثور بين طرفي الاتفاق من منازعات، وهذا ما عبر عنه الفقه بالأثر المانع لاتفاق التَّحكِيم، والذي يتمثل في إلزام أطرافه بالامتناع عن الالتجاء للقضاء العام في الدولة[1].

فاتفاق التَّحكِيم الصحيح هو الأساس في حق الخصم في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام القضاء، ومن ثم حقه في اللجوء للتحكيم؛ فهذا الدَّفع هو أداة التمسك بالأثر السلبي للاتفاق على التَّحكِيم، وطالما تمسك المدعي عليه بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، ووجد على سند صحيح من القانون، يجب على القضاء الامتناع عن نظر النزاع.

وتمهيدًا للبحث وإحاطةً بالموضوع؛ أقسم هذا الفصل إلي المباحث التالية:

- **المَبْحَثُ الأَوَّلُ**: ماهيَّةُ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحْكِيمِ.
- **والمَبْحَثُ الثَّانِي**: خَصَائِصُ وشروط الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ.

---

(1) محمد نور عبد الهادي شحاتة، تنفيذ أحكام المحكمين، بحث مقدم لمؤتمر اتحاد كليات الحقوق العربية، 20-22 ، مايو 2006، ص26 .

المَبَحَثُ الأَوَّلُ
مَاهِيَّةُ الدَّفع بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم

تعدَّدت تعريفات الفقه لماهية الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم؛ فمنهم من يري أنَّه: "الدَّفع الذي يبديه الخصم بقصد إلزام خصمه بالالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة، وسببه وجود اتفاق تحكيم صحيح بين الطرفين.

واتجه البعض الاخر بأنه: " أداة التمسك بالجانب السلبي للحق في التَّحكِيم، فهو الوسيلة التي يخولها القانون للمدعي عليه أمام القضاء العام في الدولة للتمسك بوجود الاتفاق على التَّحكِيم، ومن ثمَّ حقه في الالتجاء لنظام التَّحكِيم؛ للفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم، بغرض منع القضاء العام في الدولة من السير في إجراءات الفصل فيه، فباتفاق التَّحكِيم يمتنع على الأطراف اللجوء إلي القضاء للفصل في هذه المنازعات[1]"

ومنهم من يري أنه: "الأداة التي تمكِّن أطراف التَّحكِيم بإلزام قضاء الدَّولة بتنفيذ التزامه الناشئ عن الأثر السلبي لاتفاق التَّحكِيم، وهو الامتناع عن نظر النِّزاع المتَّفق بشأنه على التَّحكِيم[2]".

ومنهم من يري أنه: "الأثر المانع للاتفاق على التَّحكِيم، ومنع أطرافه من اللجوء إلي القضاء العام في الدولة صاحب الولاية والاختصاص، بشأن الفصل في منازعة أو

(1) محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، هامش (1)، ص26 .

(2) رجب محمد السيد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص218 .

المنازعات التي حددها الأطراف في اتفاق التَّحكِيم؛ إذ باتفاق التَّحكِيم يكون الأطراف قد تنازلوا عن حقهم في الالتجاء إلي القضاء[3]".

وذهب رأي في الفقه إلي اعتبار وجود اتفاق التحكيم الصحيح هو الذي يترتب عليه سلب ولاية القضاء العادي من نظر النزاع ونقله إلي هيئة التحكيم[1].

وذهب آخر إلي تخطي مسألة سلب ولاية القضاء في نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم إلي اعتبار أن هذا الاتفاق هو الذي يؤدي إلي منع قضاء الدولة من نظر النزاع[2].

فهذا الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم هو تمسك المدعي عليه في نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أمام القضاء الوطني بحقه في أن يتم الفصل في النزاع الداخل تحت مظلة هذا الاتفاق عن طريق التحكيم وفقاً للشروط والأحكام المقررة قانوناً، رافضاً أن يبت القضاء في هذا النزاع[3].

فهذا الدفع وجد لتنظيم علاقات متشابكة مع بعضها البعض بين أطراف التحكيم من جهة وبين القضاء من جهة أخري فهو من ناحية يرتب أثراً سلبياً في منع قضاء الدولة -المختص أصلاً بالفصل في المنازعات- من نظر النزاع موضوع الاتفاق، ومن

(1) أنظر: حسين الماحى، التحكيم النظامى فى التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003، ص114.

(2) أنظر: أسامة أحمد شوقى المليجى، هيئة التحكيم الاختيارى، مرجع سابق، ص123.

(3) انظر: أحمد محمد عبدالعال، الدور المعاون للقضاء الوطنى فى مجال التحكيم: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2016، ص72.

(4) انظر: فتحي إسماعيل والي- قانون القضاء المدني- بند 38، ص 72، وجدي راغب ، مبادئ قانون القضاء المدني، ص 109، أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، بند 94.

جهة أخري يرتب أثر إيجابياً وهو اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بموضوع هذا الاتفاق.

فالأثر السلبي للاتفاق على التحكيم هو الذي يكفل الحفاظ على التشريعات والاتفاقات الخاصة بالتحكيم وعدم الاخلال بها مما جعل العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية تنص على هذا الدفع وتنظم كيفية إعماله.

فالأثر السلبي لاتفاق التحكيم يُظهر بوضوح الفعاليه الإجرائية للعقد والتي تتجلي في الطبيعة المُختلطة لاتفاق التحكيم من خلال بعدها الإجرائي غير القضائي، عن طريق منع المحاكم وقضاة الدولة من نظر نفس النزاع موضوع الاتفاق. وكما قيل عن حق، فإن هذا الأثر هو الذي يُظهر بشكل كبير الطبيعة التعاقدية لشرط التحكيم.(1)

علاوة على ذلك، فإن الشكل الذي يتخذه الأثر السلبي يعتمد إلي حد كبير من الناحية العملية على تمديد مبدأ اختصاص الاختصاص الممنوح لمحاكم التحكيم، والذي يُعد أيضًا أثر إجرائي – لكن هذه المرة إيجابي – لاتفاق التحكيم. وبالتالي، ينتج عن اتفاق التحكيم أثر مُلزم من حيث أنه عقد ومجموعتين من الآثار الإجرائية (أثر سلبي/ ايجابي)، كاتفاقية تنصب على الولاية القضائية: هذه الآثار سلبية بالنسبة للقضاة، بينما إيجابية بالنسبة للمحكمين.(2)

لهذا السبب، يتم تصور الأثر الإجرائي الإيجابي، بالمعني الدقيق للكلمة، على أنه التزام على الطرفين بإخضاع نزاعاتهم إلي قرار المحكمين؛ وفي كثير من الحالات يكون

(1) ARTUCH IRIBERRI (E.), *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 225.

(2) voir FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercialinternational,* LITEC,Paris, 1996, pp. 20-21.

هذا التدخل الأول غير موجود: إذا احترمت الأطراف الالتزام الذي تعهدت به في اتفاق التحكيم، فإن اختصاص التحكيم هو واقع لا جدال فيه. (1)

ومع ذلك، فإن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم لا يحدد المفهوم من وجهة نظر المحكم بل من وجهة نظر قضاء الدولة. فهو في جوهره، يفرض على قاضي الدولة، في ظل وجود اتفاق تحكيم صحيح ولا يعد باطلاً أو غير قابل للتنفيذ، إحالة الأطراف إلي التحكيم، لتمكين المحكمين من اتخاذ قرار بشأن المنازعات موضوع الاتفاق. (2)

واعمالاً للأثر السلبي لاتفاق التحكيم، فإن أفضل دعم يمكن للقاضي توفيره لإجراءات التحكيم هو الامتناع عن أي تدخل في المنازعات المقدمة إلي المحكمين. بمعني آخر، يجب على القاضي عمومًا الامتناع عن التدخل في نزاع اختارت الأطراف تسويته من خلال اتخاذ طريق التحكيم. ومع ذلك، لم تعد هذه القاعدة سارية عندما يقرر الأطراف بأنفسهم، بصرف النظر عن هذا الاختيار، التقدم صراحة إلي القاضي والتخلي عن التحكيم باتفاق متبادل. (3)

وعلي جانب التَّشريعَات الوضعية، نجد أنها قد خولت الأطراف الحق في اللجوء إلي التَّحكِيم بوصفه وسيلة استثنائية بديلة للقضاء في الفصل في المنازعات، وأكدت على إلزام قضاء الدولة بالتخلي عن نظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم، فهي وإن

(1) FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercialinternational,, op. cit.*, pp. 396-402.

(2) Laure BERNHEIM- Van de CASTEELE, *les principes fondamentaux de l'arbitrage par Préface de Thomas Clay, En réalité, l'un des principes les plus controversés du droit de l'arbitrage*, 2ème édit Bruylant, Paris, 2012, p. 291.

(3) «Si le juge coupe l'herbe sous les pieds des arbitres, l'arbitrage n'a plus de raison d'être » (Cf. H. VAN HOUTTE, « *Le juge et l'arbitre. Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale* », Rev. dr. int. dr. Comp., 1993, p. 28

لم تنص صراحة على مصطلح الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم فقد تحدثت عن كيفية إعماله، ومن ذلك المادَّة (1448) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بموجب المرسوم رقم 84/ 2011 التي نصَّت على أنَّه: "**إِذَا تَمَّ طَرْحُ نِزَاعٍ مُتَعَلِّقٍ بِاتفاق تَحْكِيم أمام قضَاءِ الدَّوْلَةِ، فَعَلَى المَحْكَمَةِ أَنْ تَقْضِيَ بِعَدَمِ اختصاصهَا، مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ تَمَّ إِحَالَةُ النِّزَاعِ إِلَى مَحْكَمَةِ التَّحكِيم، وَكَانَ يَظْهَرُ أَنَّ اتفاق التَّحكِيم بَاطِلٌ، أَوْ غَيْرُ قَابِلٍ للتَّطْبِيقِ، وَفِي كُلِّ الأَحْوَالِ فَلَا يَجُوزُ لمَحْكَمَةِ الدَّوْلَةِ أَنْ تَقْضِيَ بِعَدَمِ اختصاصهَا مِنْ تِلْقَاءِ نَفْسِهَا...**".

وقد عرَّفته محكمة النَّقض المصريَّة بأنه "الدَّفع الذي يرمي اليه الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوي، وهي الصِّفة والمصلحة، فالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يعد دفعًا إجرائيًّا يخول المدعي عليه ولوج طريق التَّحكِيم والدَّفع أمام القضاء بالامتناع عن نظر المنازعة موضوعه.

ويمكن أن نضع تعريفًا للدفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم بأنه: "**الوسيلة القانونية التي خولها المشرع للمدعي عليه للتمسك بالأثر السلبي لاتفاق التَّحكِيم الصَّحيح، عندما يقوم المدعي بولوج طريق القضاء العادي للفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم**".

فالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو الوسيلة التي حددها المشرع لصاحب المصلحة- المدعي عليه- للتمسك به أمام القضاء في حالة كون اتفاق التحكيم صحيحًا خاليا من العيوب مكتملَ الأركان؛ حتي يتسنى له منع القضاء من نظر النزاع موضوع الاتفاق، ووضع النزاع برمته أمام هيئة التحكيم، ويعتبر هذا هو الجانب السلبي لاتفاق التحكيم الصحيح؛ فالمشرع لم يعط المدعي عليه وسيلة للمطالبة بحقه في عرض النزاع على هيئة التحكيم غير الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام القضاء.

لذا، فإن المبدأ يقضي أنه عند الاتفاق على التحكيم لا يجوز اللجوء إبتداء إلي القضاء لحسم النزاع، ولكن لو حدث ورفع أحد الأطراف الدعوي أمام القضاء وقبل اللجوء إلي التحكيم، فإن الطرف الأخر يستطيع أن يدفع هذه المطالبة، والطلب من المحكمة الإمتناع عن نظر الدعوي، وذلك لوجود اتفاق التحكيم [1].

إذا ما اتفق الأطراف على التَّحكِيم تَعَيَّنَ على كلٍّ منهم بدءُ إجراءات التَّحكِيم، وعرض النزاع على هيئة التَّحكِيم دون قضاء الدولة؛ وذلك استنادًا إلي قوة اتفاق التَّحكِيم؛ فالأثر السلبي للاتفاق على التَّحكِيم يُلْزِمُ الأطراف بعدم عرض النزاع على القضاء، فإذا قام أحد الأطراف برفع النزاع أمام القضاء؛ فإنَّه يحقُّ للطَّرف الآخر "المدعي عليه" الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم؛ فالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع إجرائي يترتب على مخالفة أحد الأطراف لاتفاق التَّحكِيم بلجوئه الي القضاء.

والدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو الذي يُتَصَوَّرُ إثارته أمام القضاء، مثل: الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم، أو عدم وجوده، أو بطلانه، أو سقوطه، أو عدم شموله لموضوع النزاع[2]، فالدُّفوع المتعلقة بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يتعلق بعضها باتفاق التَّحكِيم، ويتعلق بعضها الآخر بخصومة التَّحكِيم، وإجراءات التَّحكِيم، وتشكيل هيئته.

(1) انظر: فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى ، الطبعة السادسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012،ص112

(2) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدُّفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، دراسة فى ضوء الفقه والقضاء فى قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسى الجديد الصادر بالمرسوم رقم2011-48 بتاريخ13 يناير2011 وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2013م، بند3، ص6 وما بعدها.

وإذا رأي القضاء أن هذا الدَّفع صحيح، وأن الاتفاق على التَّحكِيم مكتمل الأركان والشروط؛ وجب عليه -عندئذ- الامتناع عن نظر النزاع.

ولا يحول رفع الدعوي أمام القضاء دون البدء في إجراءات التَّحكِيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التَّحكِيم، فهيئة التَّحكِيم لاتلزم بوقف الإجراءات أمامها لحين الفصل في هذه الدعوي[1].

فلا يعني قبول هذا الدَّفع من جانب المحكمة المضيَّ في الإجراءات أمامها؛ لأنَّ أمر الفصل في النزاع أصبح من اختصاص هيئة التَّحكِيم.

وينشأ الحق في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم من لحظة توافر المصلحة الحالة في استعمال الحق، وهو ما يتحقق بالتجاء الطرف الآخر للقضاء بالمخالفة لاتفاق التَّحكِيم، فهنا يتولد الحق من وقت الخصومة وليس من لحظة إبرام اتفاق التَّحكِيم[2].

ولا يُعْتَبَرُ تنازلًا ضمنيًّا عن اتفاق التَّحكِيم طلبُ التأجيل لأكثر من مرة لضم دعوي أخري أو لتقديم مذكرة بالدفاع[3].

ويحقُّ للمدَّعي عليه التَّمسُّك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، سواءٌ أكان الخصوم قد بدءوا التَّحكِيم أم لم يبدءوا[4].

---

(1) انظر: الأنصاري حسن النيداني، الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة2009، بند38، ص65.

(2) انظر: أحمد إبراهيم عبدالتواب، الدُّفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند6، ص16.

(3) انظر: أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقًا للقانون رقم 27 لسنة 1994، وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة سنة 2004، دار النهضة العربية بالقاهرة، بند48، ص65.

(4) انظر: فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة2007، بند95، ص181.

وخلاصة القول أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو" قيام أحد أطراف التَّحكِيم برفع دعوي قضائية عن موضوع النزاع بدلا من اللجوء إلي التَّحكِيم؛ ومن ثم يكون للطرف الآخر الدَّفع أمام القضاء بوجود اتفاق التَّحكِيم بقصد إلزام خصمه باللجوء إلي التَّحكِيم دون القضاء، وتفادي قيام المحكمة بالحكم في الدعوي[1].

(1) انظر: محمد ماهر أبو العينين، محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه وأحكام المحكمة الدستورية العليا والنقض في خصومة التحكيم الدولي والداخلي ، الكتاب الأول، دار النهضة العربية ، القاهرة، سنة 2010م

المَبَحَثُ الثَّانِي
خَصَائِصُ وشروط الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ

تمهيد وتقسيم:

من خلال تناول الاتجاهات المختلفة في الفقه، والقضاء، والتَّشريعَات الوضعية لمفهوم الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يمكن أن نستخلص أن للدَّفع بالتَّحكِيم خصائص وعناصر تميزه عن غيره من الدفوع القانونية.

وتمهيدا للبحث وإحاطة بالموضوع أقسم هذا المبحث إلي المطالب التالية:

- **المطلب الأول**: خصائص الدفع بِوُجُودِ الاتفاق على التحكيم.
- **والمطلب الثاني**: الشروط العامه للدفع بِوُجُودِ الاتفاق على التحكيم.

المَطْلَبُ الأَوَّلُ
خَصَائِصُ الدَّفعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم

تمهيد:

الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم له العديد من الخصائص التي يمكن أن تجعله كباقي الدفوع القانونية التي تم النص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهناك من الخصائص التي تميزه عن باقي الدفوع الأخرى وذلك على النحو التالي:

أَوَّلًا: الدَّفْع بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم دَفْعٌ قَانُونِي.

الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم من صنع التَّشريعَات الوضعية والقوانين المختلفة؛ حيث إنَّه قد تم النَّص عليه في غالبية التَّشريعَات الوضعيَّة، وهذه التشريعات لم تتناول تعريفه بطريقة صريحة، وإنما تناولت أثر الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم وكيفية إعماله أمام القضاء، ومن ذلك نص قانون التَّحكِيم الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم 48/ 2011، والصادر في 13 يناير 2011 في المادة (1448) على أنه **"إِذَا تَمَّ طَرْحُ نِزَاعٍ مُتَعَلِّقٍ بِاتفاق تَحْكِيمٍ أَمَامَ قضَاءِ الدَّوْلَةِ، فَعَلَى المَحْكَمَةِ أَنْ تَقْضِيَ بِعَدَمِ اختصاصِهَا، مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ تَمَّ إِحَالَةُ النِّزَاعِ إِلَى مَحْكَمَةِ التَّحْكِيمِ، إِلَّا فِي حَالَةِ كَوْنِ اتفاق التَّحكِيمِ ظَاهِرَ البُطْلَانِ أَوْ ظَاهِرَ عَدَمِ القَابِلِيَّةِ للتَّطْبِيقِ، وَفِي كُلِّ الأَحْوَالِ لَا يَجُوزُ للمَحْكَمَة أَنْ تَقْضِيَ بِعَدَمِ الاختصاص من تِلْقَاءِ نَفْسِهَا وَيَقَعُ باطلا كُلُّ اتفاق يتِمُّ بِالمُخَالَفَةِ لِهَذَا النَّصِّ وَيُعْتَبَرُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ"**[1].

(1) انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص52 وما بعدها .

كما تم النصُّ في قانون التَّحكِيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في شأن التَّحكِيم في المواد الحديثة والتجارية في المادة (13) على أنَّه: " **يَجِبُ على المَحْكَمَةِ التِي يُرْفَعُ اليها نِزَاعٌ يُوجَدُ بِشَأْنِهِ اتفاق تَحْكِيم أَنْ تَحْكُمَ بِعَدَم قَبُولِ الدَّعْوَي إِذَا دَفَع المُدَّعَي عليه بِذَلِكَ قَبْلَ إِبْدَائِهِ أَيَّ طَلَبٍ أَوْ دِفَاعٍ فِي الدَّعْوَي**[1]". فالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم قد تمَّ النصُّ عليه بمقتضي التَّشريعَات الوضعية؛ وبالتالي فهو دفع من صنع المشرع.

ثَانِيًا: الدَّفع بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم دَفْعٌ قَضَائِي.

الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم وسيلةٌ يستخدمها الخَصْمُ للردِّ بها على ادِّعاءات الطرف الآخر، ويختلف الدَّفع باختلاف الجهة التي يُبْدَي أمامها، ولا يجوز أن يُبْدَي الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم إلا أمام هيئة قضائية مُشَكَّلَةٍ تشكيلًا صحيحًا، ولها صلاحية الفصل في المنازعات، فهذا الدَّفع ليس من الدُّفوع التي يجوز إبداؤها أمام هيئات التَّحكِيم أو أمام جهات غير قضائية، فهو الوسيلة والأداة التي يستخدمها المدعي عليه؛ حتي يمنع القضاء العام في الدولة من نظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم، وبالتالي فلا يجوز إبداء هذا الدَّفع إلا أمام هيئة قضائية لها سلطة الفصل في المنازعات.

ثَالِثًا: الدَّفْعُ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحْكِيمِ الوَسِيلَةُ الفَنِّيَّةُ لِإِعْمَالِ الأثر السَّلْبِيِّ للاتفاق على التَّحكِيم.

فاتفاق التَّحكِيم له أثران: أحدهما إيجابي، وهو منح اختصاص الفصل في النزاع موضوع الاتفاق لهيئة التَّحكِيم، والأثر السلبي أو المانع هو حجب القضاء العام في الدولة

(1) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، منشأة المعارف، الإسكندرية،2003م، ص250 .

والمختص أصلًا بالفصل في المنازعات من نظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم، ولكن لا تحكم المحكمة صاحبة الاختصاص الأصيل بالفصل في المنازعات بذلك من تلقاء نفسها، وإنما يكون ذلك عن طريق الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، باعتباره الوسيلة القانونية التي خولها المشرع لصاحب الحق فيها لإعمال هذا الأثر السلبي المانع لقضاء الدولة من نظر النزاع[1]. والواقع أن اتفاق التَّحكِيم لا يسلب القضاءَ ولايةَ الفصل في النزاع؛ إذ يظل القضاء هو صاحب الولاية العامة بنظر النزاع، ويكون اختصاص هيئة التَّحكِيم بنظر النزاع بجانب القضاء العادي، ويكون للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك بوجود اتفاق التَّحكِيم إذا لجأ الطرف الأول للقضاء بشرط التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم قبل أي طلب أو دفاع موضوعي[2].

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1988، بند 475، ص864 .

(2) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2013.

المَطْلَبُ الثَّانِي
الشروُط العامة للدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

تمهيد:

الدفع يسبق الاتفاق على التحكيم لمنع قضاء الدولة من نظر المنازعة التي تدخل تحت مظلة هذا الاتفاق، يجد أساسه في استقلال التحكيم عن القضاء بوصفه وسيلة مستقلة لتسوية المنازعات التي تنشأ أو نشأت بين الأفراد، ولما كان مثل هذا الاتفاق تقييد سلطة القضاء من نظر النزاع موضوع هذا الاتفاق فيمكن أن نلقي الضوء على الشروط الخاصة بهذا الدفع وذلك على النحو التالي:

أَوَّلا: المُدَّعَي عليه هو صاحبُ المَصلَحَة في التَّمسك بوجود الاتفاق على التَّحكيم.

لقد شرع الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لصاحب المصلحة فيه، وهو المدعي عليه، فهو الذي يحق له التمسك به أمام القضاء، ولا يجوز لأي خصم آخر في الدعوي غيره التمسك بهذا الدفع، وبالتالي يحق لمن كان طرفًا في اتفاق تحكيم صحيح أن يتمسك به طالما قام الطرف الآخر بولوج طريق القضاء بالمخالفة لاتفاق التحكيم المبرم بينهما.

- فاتفاق التحكيم يلزم الأطراف، بأن تعهد بالمنازعة الناشئة بينهم والمتفق على حلها بواسطه التحكيم إلي هيئة التحكيم، فإذا ما لجأ أحد الأطراف إلي القضاء متجاهلًا هذا الاتفاق، سواء من أجل تعطيل أو وقف إجراءات التحكيم، أصبح من حق الطرف الآخر -المدعي عليه- التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام القضاء.

- فالطرف الذي يبادر برفع دعواه أمام المحاكم -المدعي- هو الذي يعد متنازلًا عن حقه في اللجوء للتحكيم، ويبقي للمدعي عليه حق التمسك بهذا الدفع، ويجب على المحكمة أن تجيبه إلي دفعه. وليس للقاضي سلطة تقديرية في شأن قبول أو رفض الدفع، ما دام أن اتفاق التحكيم غير ظاهر البطلان.
- والمدعي عليه هو الطرف الذي يحق له التمسك بهذا الدفع، وهو الطرف المخاطب بقاعدة عدم جواز التكلم في الموضوع أو إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوي، قبل التمسك بالأثر المانع لاتفاق التحكيم[1].
- فإذا لم يدفع المدعي عليه بالتحكيم، وطلب أجلًا للصلح والاتفاق مع المدعي على وقف الدعوي لإتمامه - الصلح- فإن هذا الطلب يعد تنازلًا من المدعي عليه عن حقه في التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.
- ويترتب على سقوط ذلك الحق - الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم -أن يصبح للمحكمة الاختصاص الأصيل والولايه الكامله لنظر الدعوي المرفوعة أمامها[2].

ثانيًا: وُجُودُ اتفاق تَحْكِيمٍ صَحِيحٍ

حتَّي يكون الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم مقبولًا، ومُنْشِأً لأثره المانع لقضاء الدولة من نظر النزاع، يجب أن يكون الاتفاق على التحكيم صحيحًا وليس باطلا، سواء من الناحية الشكلية مثل التَّشريعَات التي تتطلب أن يكون هذا الاتفاق مكتوبًا، أو من سلامة الاتفاق من عيوب الإرادة، مثل: الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال،

(1) انظر: ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقًا لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم 27لسنة1994 وتعديلاته، دار النهضة العربية القاهرة،2016،ص425

(2) انظر : ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم0000، هامشى 424 وما بعدها.

فإذا كان الاتفاق مشوبًا بأحد هذه العيوب؛ كان قابلًا للإبطال لمصلحة الخَصْم الذي شاب إرادَتَه أحدُ هذه العيوب، وأيضًا يجب ألا يكون الاتفاق مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الدولة حتي يكون صحيحًا، وفي كل الأحوال يجوز أن يكون الاتفاق باطلا نسبيًّا أو بطلانًا مطلقًا، فحتي يعمل الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أثره يجب أن يكون صحيحًا من حيث الشروط والأركان، وألَّا يكون محلُّه مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة.

فللمحكمة سلطةُ البحث عن الوضع الظَّاهر للاتفاق على التَّحكِيم، فإذا وجدته ظاهر البطلان أو غير قابل للتطبيق؛ فإنها تستمر في نظر النزاع، وتفضي بعدم قبول هذا الدَّفع، أما إذا وجدت الاتفاق صحيحا؛ فإنها تلتزم بالامتناع عن نظر النزاع الذي من اختصاص هيئة التَّحكِيم وفق اتفاق وإرادة الأطراف.

ثالثاً: وُجُودُ نزاع بين الأطراف معروض على القضاء:

يشترط في الأساس أن يكون هناك نزاع بين الأطراف حول مسألة معينة، فالمحكمة لا تعترف بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم إلا إذا كان هناك نزاع منظور أمامها، أي يجب أن يكون هناك في الأساس دعوي قضائية أو إجراء قضائي بدأ بالفعل موضوعه طلب الفصل في نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم.

وهذا الشرط بديهي فبدون وجود لهذا النزاع فلن يتم الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم؛ وترتيبًا على ذلك فلا يجوز أن يطلب أحد أطراف اتفاق التحكيم من إحدى المحاكم الوطنية بدعوي مبتدأه أن تُحيل الأطراف إلي التحكيم؛ وبالتالي لم يكن غريبًا أن ترفض محكمة أونتاريو بكندا دعوي بطلب الإحالة للتحكيم مقامة من شركة **ATM Compute GmbH** ضد شركة **DY 4 Syatems, Inc** لأن هذا الطلب سابق لأوانه، فلا يوجد في الأساس دعوي موضوعية منظورة أمام المحكمة بخصوص نزاع يوجد

بشأنه اتفاق تحكيم حتي تستجيب المحكمة للطلب بالإحالة للتحكيم [1].

وقد تشدد رأي في الفقه وذهب إلي القول بأنه يشترط ان تكون المسألة المُثارة أمام القضاء مُتنازع بشأنها، أما إذا كانت طلبات المدعي سبق وأن سلم بها المدعي عليه وأقرها ولم ينكرها فلا تمتنع المحكمة عن نظر النزاع وتستمر في نظره؛ وبالتالي فإن طلب مبلغ من المال لا يعد نزاع في حد ذاته إلا إذا رفض الطرف الأخر السداد أو أنكر التزامه بالسداد، ولكن إذا سبق للمدعي عليه وأن أقر بأن المبلغ مستحق وواجب السداد فلا يوجد نزاع في هذه الحالة وعلي المحكمة ألا تستجيب للدفع [2].

وتطبيقًا لذلك رفضت المحكمة العليا في هونج كونج الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم في إحدى القضايا نظراً لأن تطبيق المادة 20 من قانون التحكيم في هونج كونج المُتضمنة احكام المادة 8 من القانون النموذجي للتحكيم تفترض وجود نزاع وأنه في القضية موضوع النظر لا يوجد نزاع يمكن أن يُحال إلي التحكيم، حيث إن المدعي عليه اعترف من خلال المكاتبات التي جرت بينه وبين المدعي بصحة طلبات المدعي اعترافًا لا لبس فيه بشأن المبالغ كليهما [3].

---

(1) Case No.386, Canda : Ontario Court of Justice (Sedwick J.), June 8, 1995, ATM Compute GmbH v. DY 4 Systems Inc. Albert Jan Van den Berg Yearbook Commercial Arbitration Vol XXVI (2001), Page 319.

(2) Bruce Harris, Rowan Planterose, Jonathan Tecks Foreword by The Rt. Hon. The Lord Bingham of Cornhill KG: The Arbitration Act 1996 A cooentary Fourth Edition, Published by Blackwell Publishing Ltd, 2007, Page 67

(3) Case No 63. Hong Kong: High court of Hong Kong, jonng and Shipping Co. Limited v. Choi Chong-stick (alias Choi Chong-stick) and Chu Ghin Ho trading as Chang Ho Company. 31 March 1994. Albert Jan van den Berg Yearbook Commercial Arbitration Vol XX (1995) Pp.284

وأشارت المحكمة إلى أنه :

" I am thus quite satisfied that the claim both as to liability and quantum have ==

ويبدو أن هذا الرأي وما أيده من حكم قضائي يقبل المناقشة، حيث قام بوضع تفسير مغلوط لشرط وجود نزاع مطروح على القضاء حتي يُقبل الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم، فلا يقصد أبداً بهذا الشرط أن تكون المسألة متنازعا بشأنها حتي يُقبل هذا الدفع أما إذا كان هناك إقرار بها فلا يُقْبل وتستمر المحكمة في نظر الدعوي، وإنما المقصود هنا أن هذا الشرط يتكون من شقين:

الأول: أنه يشترط أن يكون النزاع معروض على القضاء الوطني حتي يُفَعل دوره المعاون في هذه الحالة بالامتناع عن نظر الدعوي، أما إذا توجه أحد الأطراف المتنازعة لجهة أخري للبت في النزاع كاختياره لموفق أو لوسيط بينهما فلا يمكن تطبيق هذا الشرط في مواجهتها بغض النظر عن بطلان هذا اللجوء إذا ما فرضه الطرف الآخر.

الشق الثاني: انه يجب أن يكون هناك نزاع، وبالتالي فلا يعمل هذا الدفع مثلا في حالة رفع دعوي لإثبات حالة حتي لا تضيع معالم واقعة ما بفعل الزمن أو لسماع شاهد؛ ففي هذه الدعاوي لا يكون هناك نزاع موضوعي داخل تحت مظلة اتفاق التحكيم؛ وبالتالي لا يتحقق شرط ضرورة وجود نزاع مطروح أمام القضاء.

==

been unequivocally admitted in the correspondence and, in those circumstances, there is really no reason at all for the parties to have to trouble an arbitrator. This is one of those very rare cases where the court can be confident that it is an appropriate case to grant Order 14 judgment and dismiss the application for a stay under Article 8 of the Model Law. Under Article 8, I am, of course, obliged to grant a stay, but I do not think I am obliged to do so if, as in this case, there is in reality no dispute between the parties. Cases, such as this, will be fairly rare, but in the light of the clear evidence placed before me, it cannot be right injustice nor in my judgment in law to require the plaintiff to abandon these proceedings and commence an arbitration when it is plain that the result is absolutely inevitable. "

الفَصْلُ الثَّانِي

طَبِيعَةُ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتفاق على التَّحْكِيمِ

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ:

الهدف من اتفاق التَّحكِيم هو منعُ قضاء الدَّولة المختص أصلًا بنظر النزاع من نظر ما يثور بين طرفيه من منازعات، وبالتالي إذا كان الاتفاق على التَّحكِيم صحيحًا مكتملا أركانه وشروطه؛ فإنه يعطي لأطرافه الحق في التمسك به أمام القضاء من أجل عرض النزاع على هيئة التَّحكِيم. إلا أن هناك خلافًا حول طبيعة هذا الدَّفع، فهناك من يري أنه دفعٌ بعدم اختصاص القضاء بنظر المنازعات موضوع الاتفاق على التَّحكِيم، وهناك من يري أنه دفعٌ بعدم قبول الدعوي أمام القضاء، وهناك من يري أنه دفعٌ ببطلان المطالبة القضائية، وهناك من يري أنه دفعٌ بنقص في ولاية المحكمة المختصة أصلًا بنظر النِّزاع.

وتمهيدًا للبحث وإحاطةً بالموضوع أقسم هذا الفصل إلي المباحث التالية:

- **المبحث الأول**: طبيعه الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم في فرنسا والتشريعات المقارنة
- **والمبحث الثاني**: طبيعه الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم في الفقه والتشريعات الاخرى

المَبَحَثُ الأَوَّلُ
طبيعه الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم في فرنسا والتشريعات المقارنة

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلي أن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم دفعٌ بعدم الاختصاص، ويعتبر الدَّفع بعدم الاختصاص من الدُّفوع الإجرائية التي تمنع المحكمة من الفصل في النزاع المطروح أمامها، ولكنه لا تستنفد المحكمة سلطة الفصل في الدعوة، ولايحوز الحكم الصادر في هذا الدَّفع حجية الأمر المقضي، وتمهيدًا للبحث وإحاطة بالموضوع، أُقَسِّم هذا المبحث إلي مطلبين، وذلك على النحو التالي:

- **المَطلَبُ الأَوَّلُ**: الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التَّحْكِيمِ دفعًا بِعَدَمِ اختصاص القَضَاءِ بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم في فرنسا.
- **والمَطلَبُ الثَّانِي**: الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التَّحْكِيمِ دفعًا بِعَدَمِ قبول الدعوي امام القضاء في مصر.

المَطْلَبُ الأَوَّلُ

اعتبار الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التَّحْكِيم دفعًا بِعَدَمِ اختصاص القَضَاءِ بِنَظَرِ النزَاعِ مَوْضُوعِ الاتفاق على التحكيم في فرنسا

اولا: مضمون الاتجاه القائل بان الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمه بنظر النزاه موضوع الاتفاق

ذهب جانب من الفقه[1]، وأحكام القضاء[2]، وبعض التَّشريعَات[3]، والاتفاقيات

(1) JULIEN (Pierre) et FRICERO (Natalie), *Droit judiciaire privé*, Ed. L.G.D.J., Paris, 2011 N. 719, P 413; VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, 26éme édition, Précis Dalloz, Paris, 2001, N. 1664. P. 118 ets. FILLION-DUFOULEUR (Bernard) et LEBOULANGER (Philippe), *Le Nouveau droit Egyptien de L'arbitrage*, Revue d'arbitrage, 1994., N 17.p. 672.

- GLASSON (Ernest-Désiré), TISSIER (Albert), MOREL (René), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Libr. du Rec. Sirey, Paris, 1925-1936, N.721, P. 549;

- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline) et VINCENT (J.), *L'arbitrage ; Nature juridique ; Droit interne et droit international privé*, ED., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965, N. 178, N.271; VINCENT (Jean), *Procédure civile*, dix- neuvème édition, ED., Précis Dolloz, Paris,1978, , N. 813, p 1044.

- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), *l'arbitrage; nature juridique; droit interne; droit international privé*, *Op.cit.*, P. 193. ets N. 271 ets.

وانظر أيضًا: سعد أبو السعود: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يجب إبداؤه قبل سائر الدفوع، مجلة المحاماة المصرية السنة 41، سنة1961م، ع8، ص 1329 وما بعدها. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية قانون رقم 77 لسنة 1949، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة1976م، بند 451، ص 621. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، بحث منشور بمجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل الإماراتية، العدد 19 س6 ، أبريل 1979، بند 10 ص 81. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ==

==

والتجارية، دار الفكر العربى، سنة 1990م، بند 81 ص 258 وما بعدها. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 1997، بند 130، ص 199 وما بعدها. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 2004م، بند 156، ص 148 وما بعدها، أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، سنة 2005، بند 172، ص154 وما بعدها. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة، قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968.

2- انظر أحكام القضاء الفرنسي لدى:

VINCENT (Jean), MONTAGNIER (Gabriel), VARINARD (André), *La justice et ses institutions*, deuxième édition, Précis Dalloz, Paris, 1985, , N. 813, P 10 44; répertoiree de droit procédure civile, N. III ets; répertoire de droit commercial, N. 92 ets. Cass Civ. 23 Janvier 1957, Rev. Arb.,1957, P. 89.

وانظر أيضًا: أحكام محكمة النقض المصرية: الطعن رقم (194) سنة 37 قضائية جلسة 15/ 2/ 1972. الطعن رقم (168) سنة 49 قضائية جلسة 30/ 3/ 1982. الطعن رقم (1965) سنة 50 قضائية جلسة 12/ 2/ 1985، س 36، ص 253. الطعن رقم (1068) سنة 52 قضائية جلسة 10/ 12/ 1987. الطعن رقم (2207) سنة 59 قضائية جلسة 10/ 1/ 1991، س 42، ص 172. الطعن رقم (600) سنة 48 قضائية جلسة 20/ 5/ 1992. الطعن رقم (52) سنة 60 قضائية جلسة 27/ 2/ 1994.

وذهبت بعض أحكام محكمة النقض المصرية إلى اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام محاكم الدولة من قبيل الدفوع بعدم الإختصاص، فقضت بأنه " مفاد ما نصَّت عليه المادة من قانون المرافعات وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة، تخويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظرها ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلا، فإختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساسا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سبب إختصاص جهات القضاء، إلا أنه ينبني مباشرة على اتفاق الطرفين....." وانتهت المحكمة في هذا الحكم إلى قبول الدفع المبدي من المطعون منها بعدم إختصاص المحكمة بنظر الدعوى وإختصاص هيئة التحكيم".

3- المادة (1458) من مجموعة المرافعات الفرنسية، الصادرة بالمرسوم رقم(81)-فى 12/ 5/ 1981 بشأن التحكيم والتي تنص على أنَّه: "إِذَا رُفِعَ أمام قَضَاءِ الدَّوْلَةِ نِزَاعٌ اتَّصَلَتْ بِهِ مَحْكَمَةُ تَحْكِيمٍ بِمُقْتَضَى

==

==

اتفاق تَحْكِيم، فَيَجِبُ عَلَى هذَا القَضَاءِ إِعْلَانُ عَدَمِ إختصاصِهِ، أَمَّا إِذَا كَانَ النِّزَاعُ لَمْ يَتَّصِلْ بَعْدُ بِهَيْئَةِ التَّحْكِيمِ فَعَلَى القَضَاءِ إِعْلَانُ عَدَمِ إختصاصِهِ طَالَمَا أَنَّ اتفاق التَّحْكِيمِ لَيْسَ وَاضِحًا بُطْلَانُهُ".

وتنصُّ المادة 173/ 5 من قانون المنازعات الكويتي على أنَّه: "لا تَخْتَصُّ المَحَاكِمُ بِنَظَرِ المُنَازَعَاتِ التِي اتُّفِقَ عَلَى التَّحْكِيمِ بِشَأْنِهَا، ويَجُوزُ النُّزُولُ عَنِ الدَّفْعِ بِعَدَمِ الإختصاص صَرَاحَةً أَوْ ضِمْنًا".

ونصَّت المادَّة السَّابعة من القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص الصادر فى18/ 12/ 1987 على الحكم بعدم إختصاص المحكمة في حالة عرض النزاع عليها يتعلق بمسألة بها اتفاق تحكيم. ونصت المادة (19) من قانون التحكيم التونسى على " اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ اتفاق التَّحْكِيمِ مِنَ الدُّفُوعِ المُتَعَلِّقَةِ بِعَدَمِ الإختصاص".

وفى قانون المرافعات المدنية الهولندي الصادر فى1/ 12/ 1986، نصَّت المادَّة 1022/ 1 على الحكم بعدم الإختصاص فى حالة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، بنصها على أنه:"عَلَى المَحْكَمَةِ التِي تُرْفَعُ أَمَامَهَا دَعْوَى فِي مَسْأَلَةٍ أُبْرِمَ بِشَأْنِهَا اتفاق تَحْكِيمٍ أَنْ تُعْلِنَ عَدَمَ إختصاصِهَا إِذَا طَلَبَ مِنْهَا ذَلِكَ أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ قَبْلَ تَقْدِيمِ دِفَاعَهَ مَا لَمْ يَتَّضِحْ أَنَّ العَقْدَ غَيْرُ صَحِيحٍ". مشار إليه لدى: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم دراسة في ضوء الفقه والقضاء فى قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم2011-48 بتاريخ 13يناير 2011 وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة، دار النهضة العربية بالقاهرة سنة2013، بند 11، ص25 ومابعدها.

ونصَّ المشرِّع الجزائريُّ فى المادَّة (458) مكرَّر 8 من قانون الإجراءات المدنية المعدل بالمرسوم التشريعي لعام 1993 على أنَّه ".... يَكُونُ القَاضِي غَيْرَ مُخْتَصٍّ بِالفَصْلِ فِي المَوْضُوعِ مَتَى كَانَتْ دَعْوَى التَّحْكِيمِ مُعَلَّقَة". مشار إليه لدى: أحمد نبيل سليمان طبوشة 'النظام القانونى لاتفاق التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ، سنة 2011، ص .354

4- تنصُّ الفقرة الثالثة من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ8 يونيو1959، الوقائع المصرية في 5 مايو 1959، العدد35 ملحق، قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم171 لسنة1959 بشأن الانضمام إلى الاتفاقية، الجريدة الرسمية فى 14 فبراير سنة1959،

==

الدولية إلي اعتبار الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعًا بعدم اختصاص القضاء بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم.

==

العدد رقم27)على أنه: "عَلَى مَحْكَمَةِ الدَّوْلَةِ الْمُتَعَاقِدَةِ التِي يُطْرَحُ أَمَامَهَا نِزَاعٌ حَوْلَ مَوْضُوعٍ كَانَ مَحَلَّ اتفاق منَ الأَطْرَافِ بِالمَعْنَى الوَارِدِ فى هَذِهِ المَادَّةِ، أَنْ تُحِيلَ الخُصُومَ بِنَاءً عَلَى طَلَبِ أَحَدِهم إِلَى التَّحْكِيمِ، وَذَلِكَ مَالَمْ يَتَبَيَّنْ لِلْمَحْكَمَةِ أَنَّ هذَا الاتفاق باطلٌ أَوْ لَا أَثَرَ لَهُ أَوْ غَيْرَ قَابِلٍ للتَّطْبِيقِ"، ويتضح من هذا النص ضمنًا، أن اتفاقية نيويورك تعتبر قضاء الدول غير مختص أصلا بنظر النزاع الذى يرد فى شأنه اتفاق تحكيم بين طرفيه، وعبرت عن عدم إختصاص قضاء الدولة فى هذه الحالة بأنه على المحكمة أن تحيل الخصوم إلى التحكيم.

ونصت المادة (8) من (القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بجلسة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بصيغته التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة فى21 يونيو1985، مع التعديلات فى 7 يوليه 2006، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الأربعون، الملحق رقم 17، المرفق الأول، الجلسة العامة112 في 11 كانون الأول من سبتمبر1985، أحمد السيد صاوي، الوجيز فى التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الرابعة، سنة2013، ص498) على حكم مماثل للفقرة (3) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك ؛ حيث نصت الفقرة (1) من المادة الثامنة بأنه:"عَلَى المَحْكَمَةِ التِى تُرْفَعُ أَمَامَهَا دَعْوَى فِى مَسْأَلَةٍ أُبْرِمَ بِشَأْنِهَا اتفاق تَحْكِيم أَنْ تُحِيلَ الطَّرَفَيْنِ إِلَى التَّحْكِيمِ، إِذَا طَلَبَ مِنْهَا ذَلِكَ أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ، فِي مَوْعِدٍ أَقْصَاهُ تَقْدِيمُ بَيَانِهِ الأول في مَوْضُوعِ النِّزَاعِ، مَا لَمْ يَتَّضِحْ لَهَا أَنَّ الاتفاق بَاطِلٌ، أَوْ لَاغٍ، أَوْ عَدِيمُ الأَثَرِ، أَوْ لَا يُمْكِنُ تَنْفِيذُهُ".

وتجيز الفقرة (2) من المادة (8) من القانون النموذجي، برغم رفع الدعوى أمام قضاء الدولة أن تبدأ إجراءات التحكيم، وتستمر إذا كانت قد بدأت قبل ذلك، بل يجوز أن يصدر حكم تحكيم، والدعوى لا تزال منظورة أمام محكمة الدولة، في حين انتقد رأي موقف القانون النموذجي في هذه المادة من استمرار النزاع أمام قضاء الدولة والتحكيم في وقت واحد؛ مما قد يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة تسبب مشاكل قانونية، ويعتقد أنه كان الأقدر للقانون النموذجي أن ينص على عدم اختصاص قضاء الدولة في جميع الأحوال، أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند175، ص158.

فعندما يكون اتفاق التحكيم ساريا وصحيحا فأنه يُخرج النزاع موضوعه من اختصاص القضاء العام في الدولة، حيث يجب على المحاكم أن تعلن أنها غير مختصة ويكون الاختصاص من سلطة هيئة التحكيم. وهذا المبدأ مكرس في الاتفاقيات الدولية، فبروتوكول جينيف لعام 1923 المُتعلق باتفاقيات التحكيم يؤكد على أحقية محاكم الدولة في الفصل فقط في المنازعة موضوع الاتفاق على التحكيم إذا كان الاتفاق باطلاً أو لاغيا.[1]

غير أنه يمكننا القول بأن اختصاص محاكم الدولة لا يتم تقويضه دائمًا في بعض الحالات، خاصة الرقابة على اختصاص المحكمين واتخاذ تدابير مؤقتة. ومع ذلك، لا يمكن اعتبار الطلب المُقدم إلي السلطة القضائية بمثل هذه التدابير غير مُتوافق مع اتفاق التحكيم، ولكنه نزع من التعاون والرقابة بين القضاء والتحكيم.[2]

إلا أنه قد ثار التساؤل حول أي من أنواع الاختصاص يتعلق الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم؟.

ذهب جانبٌ من الفقه إلي أنه دفعٌ بعدم الاختصاص الوظيفي، أي المبني على توزيع ولاية القضاء على جهات متعددة[3]؛ لأنه لا يتعلق بشروط الدعوي القضائية، ومن ثَمَّ فإنها إذا رُفِعَتْ من قِبَلِ المدعي أمام القضاء بخصوص النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم تكون مقبولة؛ لتوافر شروطها.

(1) Art. IV du Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, R.T.S.D.N, 1924, Vol. 27, N° 678, p. 158

(2) Art. VI, al.3, al.4 de la convention européenne de 1961 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T.N.U, 1964, Vol. 184, N° 7041, p. 364

(3) انظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، بند 81، ص 258 وما بعدها. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، بند 157، ص 149.

وقد اختلفت أحكام القضاء حول ما إذا كان الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم يعد دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم متعلقا بالنظام العام، أم غير متعلق به؟.

فقد اتجهت بعض أحكام القضاء في فرنسا قبل صدور مجموعة المرافعات الفرنسية والصادرة بمرسوم رقم(81)-في 12/ 5/ 1981، بشأن التَّحكِيم إلي اعتبار الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم من قبيل الدُّفوع بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، وأنه دفع متعلق بالنظام العام[1].

بينما اتجهت أحكامٌ أخري في فرنسا إلي اعتباره دفعًا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم غيرَ متعلق بالنظام العام[2].

ولكن بصدور مجموعة المرافعات الفرنسية المُعَدَّلَة بالمرسوم 2011- 48 بتاريخ 13 يناير 2011 والنافذ حاليا، اعْتُبِرَ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم غيرَ متعلق بالنظام العام، وإنَّما يتعلق بالمصلحة الخاصة للأفراد، ولا يجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء

(1) Cf: Paris, 13 Décembre, 1850.G.P. 1951.1. 269; Lyon. 20 Décembre. 1954. D., 1955. 142; CASS. Cem. 23 Janv. 1951. J.c.p. 1951. Iv. P. 45- B. 1951. III. N. 39. P. 26 .

مشار إليه لدى: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقة، ص223، الهامش رقم1.

(2) Cf: Lyon II pervrier 1952. D. 1953. 222. Rev. com, 1952. 327 N. 10 obs: BOIJARD; paris, 7 Janv 1954. 1224 ; paris. 19 Janv 1954, G.P.I. 232, Rev. Trim. 1956 352. N.10. obs: HEBRAUD. Paris. 15 dec 1954. D. 1955 208. Note: ROBERT, J.C.P. 1955 11. 8657. Note: HEBRAUD: Paris. 19 Dec 1954 D. 1955. 2-8

انظر: الأحكام القضائية المشار إليها لدى: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبى للاتفاق على التحكيم، ص 224، الهامش رقم2.

نفسها، فلا يمكن التمسك به إلا من قبل المدعي عليه، وقبل الكلام في موضوع الدعوي استناداً للطبيعة الرضائية لاتفاق التَّحكِيم[1].

وقد سارت على نفس النهج المادة (1448) من قانون التَّحكِيم الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم 2011- 48 في 13 يناير 2011م، حيث أكدت على أن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع بعدم الاختصاص، ولكن لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وبالتالي فهو ليس متعلقا بالنظام العام، ولكنه مرتبط بمصلحة الأطراف، ولا بد أن يتمسك به الطرف صاحب المصلحة، وإلا فلن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه[2] إلي اعتبار الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم دفعاً بعدم الاختصاص النوعي، لتعلقه بتوزيع المنازعات بين المحاكم العادية وهيئات التَّحكِيم، وهو ذو طبيعة خاصة ولا يتعلق بالنظام العام.

وهذا هو الاتجاه الذي اعتنقه المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد الصادر بالمرسوم رقم 2011- 48 في 13 يناير 2011، حيث نصت المادة (1448) على أنه: **"إِذَا تَمَّ طَرْحُ نِزَاعٍ مُتَعَلِّقٍ بِاتفاق تَحْكِيمٍ أَمَامَ قَضَاءِ الدَّوْلَةِ، فَعَلَى المَحْكَمَةِ أَنْ تَقْضِيَ بِعَدَمِ اختصاصِهَا، مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ تَمَّ إِحَالَةُ النِّزَاعِ إِلَى مَحْكَمَةِ التَّحْكِيمِ، إِلَّا فِي حَالَةِ كَوْنِ اتفاق التَّحكِيمِ ظَاهِرَ البُطْلَانِ أَوْ ظَاهِرَ عَدَمِ القَابِلِيَّةِ للتَّطْبِيقِ، وَفِي كُلِّ الأَحْوَالِ لَا يَجُوزُ**

(1) GLASSON (Ernest-Désiré), TISSIER (Albert), MOREL (René), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, *Op.cit*., 5. No. 1816. P. 339.

(2) انظر: سعد أبو السعود، الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يجب إبداؤه قبل سائر الدفوع، ص 1329 وما بعدها.

للمَحْكَمَة أَنْ تَقْضِيَ بِعَدَمِ الاختصاص من تِلْقَاءِ نَفْسِهَا وَيَقَعُ باطلا كُلُّ اتفاق يتِمُّ بِالْمُخَالَفَةِ لِهَذَا النَّصِّ وَيُعْتَبَرُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ".

وقد نَصَّت الفقرة الثالثة من المادَّة الثَّانية من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التَّحكِيم الأجنبية على أنَّه: **"عَلَى مَحْكَمَةِ الدَّوْلَةِ الْمُتَعَاقِدَةِ التِي يُطْرَحُ أَمَامَهَا نزاعٌ حَوْلَ مَوْضُوعٍ كَانَ مَحَلَّ اتفاق على التَّحكِيمِ مِنْ قِبَلِ الأطراف بالمَعْنَي الوَارِدِ فِي هَذِهِ المَادَّةِ، أَنْ تُحِيلَ الخُصُومَ بِنَاءً على طلَبِ أَحَدِهِمُ إِلَي التَّحكِيمِ، وَذَلِكَ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ لِلْمَحْكَمَةِ أَنَّ هَذَا الاتفاق باطلٌ أَوْ لَا أَثَرَ لَهُ أَوْ غَيْرُ قَابِلٍ للتَّطْبِيقِ".**

كما تنصُّ المادَّة الثَّامنة من القانون النموذجي للتَّحكيم التجاري الدَّولي على ما يلي:

1. **"عَلَى المَحْكَمَةِ التِي تُرْفَعُ أَمَامَهَا دَعْوَي فِي مَسْأَلَةٍ أُبْرِمَ بِشَأْنِهَا اتفاق تَحْكِيمٍ أَنْ تُحِيلَ الطَّرَفَيْنِ إِلَي التَّحْكِيمِ، إِذَا طَلَبَ مِنْهَا ذَلِكَ أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ، فِي مَوْعِدٍ أَقْصَاهُ تَارِيخُ تَقْدِيمُ بَيَانِهِ الأَوَّلِ فِي مَوْضُوعِ النِّزَاعِ، مَا لَمْ يَتَّضِحِ لَهَا أَنَّ الاتفاق بَاطِلٌ، أَوْ لَاغٍ، أَوْ عَدِيمُ الأثر، أَوْ لَا يُمْكِنُ تَنْفِيذُهُ".**
2. **إِذَا رُفِعَتْ دَعْوَي مِمَّا أُشِيرَ اليه فِي الفَقْرَةِ (1) مِنْ هَذِهِ المَادَّةِ، فَيَجُوزُ مَعَ ذَلِكَ البَدْءُ أَوِ الاسْتِمْرَارِ فِي إِجْرَاءَاتِ التَّحكِيمِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَصْدُرَ قَرَارُ تَحْكِيمٍ، وَالدَّعْوَي لَا تَزَالُ مَنْظُورَةً أَمَامَ المَحْكَمَةِ".**

ويعني هذا النص أنه على المحكمة التي تنظر نزاعا تم الاتفاق في موضوعه على اللجوء للتحكيم أن تلتزم بإحالة وتوجيه الأطراف إلي التحكيم الذي يعتبر مختصا بالفصل في هذا النزاع، وذلك بشرط أن يطلب أحد أطراف التحكيم- المدعي عليه- أمام المحكمة ذلك، وذلك قبل الكلام في موضوع الدعوي، وبشرط أن تبحث المحكمة صحة الاتفاق من عدمه، وفي حال وجدت أن الاتفاق صحيح وغير باطل أو لاغ، أو من المستحيل تنفيذه لأي سبب، هنا يجب عليها الإحالة إلي هيئة التحكيم.

ويجوز أيضًا في حالة عرض النزاع أمام المحكمة أن تنظر هيئة التحكيم النزاع موضوع الاتفاق، وتستمر في نظره ولها أيضا أن تصدر قرارا بشأنه حتي لو كانت الدعوي لازالت معروضة ومنظورة أمام القضاء.

والجدير بالذكر أن استبعاد محاكم الدولة من نظر النزاع ليس نهائيًا وكاملاً، طالما كان من الضروري ضمان تنفيذ أحكام المحكمين أو ممارسة رقابة معينة على القرار التحكيمي. ولكن بشكل عام، فإن اتفاق التحكيم الصحيح يكون لها اثر يكمن في جعل المحكمين المعينين من قبل الطرفين مختصين بنظر النزاع موضوع الاتفاق، ولا تتمتع محاكم الدولة بأية اختصاص للبت في النزاع من حيث الموضوع ما لم يكن هناك بطلان واضح لاتفاق التحكيم.[1]

ثانياً: حُجَجُ اعتبار الدَّفْع بوجود الاتفاق على التَّحْكِيمِ

دَفْعًا بِعَدَمِ اختصاص القَضَاءِ بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

يستند الاتجاه القائل بأن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم إلي مجموعة من الحُجَجِ، وهي:

الحُجَّة الأولي: القانون يجيز للأفراد عن طريق الاتفاق على التَّحكِيم سلب ولاية القضاء العادي-**أي محاكم الدولة**-، ومنح الاختصاص بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم لهيئة التَّحكِيم؛ ومن ثَمَّ فهو يثير مسألة اختصاص متعلق بالولاية، أو ما يُسَمَّي في الفقه المصري[2] بالاختصاص الوظيفي.

(1) REDFERN (A.) et HUNTER (M.), *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *Op.cit.*, p. 122

(2) انظر: وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام المحاكم، ورقة عمل مقدمة من مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، العريش من 20 إلى 25 سبتمبر سنة 1987، إعداد: أ.د أحمد جامع، ص 105.

الحُجَّة الثانية: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يُعَامَلُ من قِبَلِ القضاء معاملة الدُّفوع الشكلية[1]، وبصفة خاصة الدَّفع بعدم الاختصاص؛ حيث إنه يعد دفعًا شكليًّا، يجب إبداؤه قبل الكلام في موضوع الدعوي القضائية، وإلا سقط الحق في إبدائه، وهو غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يتعين على صاحب المصلحة التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه -**صراحةً أو ضمنًا**-، ولو كان دفعًا بعدم القبول لجاز إبدائه في أية حالة يكون عليها الدعوي القضائية[2].

الحُجَّة الثالثة: اتفاق الأطراف على التَّحكِيم لا يمسُّ -أصلًا- حقَّ كلٍّ منهم في الدعوي إذ ما وقع اعتداء على حقِّه، وإنما الأمر يتعلق فقط برضائهم بعرض النِّزاع على هيئة التَّحكِيم، وليس على المحكمة المختصة أصلًا بنظر بالنِّزاع[3].

الحُجَّة الرابعة: يعتمد اتفاق التَّحكِيم في الأساس على إرادة الأطراف المحتكمين واختيارهم، ويعتبر تطبيقًا لدور الإرادة الفرديَّة في تعديل الاختصاص القضائي للمحاكم، سواء كان قيميًّا أو نوعيًا أو محليًّا. فالمعروف أن للإرادة دورًا معروفًا في مدِّ هذا الاختصاص أو قصره على منازعات معينة، عدا الحالات التي يتعلق فيها بالنظام العام[4].

---

(1) انظر: نقض مدني مصري- جلسة6/ 1/ 1976-س27-ص138،26/ 4/ 1982-الطعن رقم714-س47ق، مشارا إليهما لدى : محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، بند 86، ص 262 ومابعدها.

(2) انظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، بند 86، ص 263.

(3) انظر: أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، بند 147، ص 136.

(4) انظر: محمد ماهر أبو العينين، محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه وأحكام المحكمة الدستورية العليا والنقض فى خصومة التحكيم الدولي والداخلي، الكتاب الأول، ص 191.

الحُجَّة الخامسة: إستقر الرأي بالنسبة للتحكيم الإجباري على أنه يسلب اختصاص محاكم القضاء العادي بنظر منازعة معينة، فإذا أُثِيرَ بخصوص إحدى المنازعات جدلٌ أمام المحكمة العادية؛ فإن المحكمة تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها[1].

فإذا كان الالتجاء للمحكمة العادية في حالة من حالات التَّحكِيم الإجباري يثير دفعًا بعدم اختصاصها بنظر النزاع، فإن الأمر يعد كذلك إذا تعلق الأمر بنزاع اتفق أطرافه على إحالته للتحكيم[2].

الحُجَّة السادسة: إذا ما وجد اتفاق تحكيم صحيح، فإنَّه لا يُوجَدُ إلا قضاءٌ واحدٌ، هو قضاء التَّحكِيم، حتي إنه لا يخرج عن اختصاص قضاء الدولة نظر موضوع النزاع الأصلي المتفق على التَّحكِيم فيه فقط، وإنما يخرج عن اختصاصه أيضًا نظر المسائل المرتبطة بهذا النزاع برابطة السَّببيَّة، فلا يجوز له نظرُ طلب إضافيٍّ أو مقابلٍ يرتبط بطلبٍ تم عرضه على هيئة التَّحكِيم[3].

الحُجَّة السابعة: اتجاه الرأي السائد في فرنسا إلي اعتبار الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم دفعًا إجرائيًّا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، وأنَّ المشرِّع الفرنسي نصَّ صراحة على عدم اختصاص جهة القضاء العادي بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم، إلا إذا كان الأخير ظاهر البطلان، ولم يكن

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، بند 136 ، ص266، هامش(2).

(2) انظر: أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، بند 148، ص 137.

(3) انظر: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، سنة1990، مطبوعات جامعة الكويت، ص 149.

النزاع قد رُفِعَ بعدُ إلي محكمة التَّحكِيم[1].

الحجة الثامنة: إذا كان القانون يوجب رفع الالتماس بإعادة النظر ضد حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم إلي المحكمة المختصة أصلا بنظره، لو لم يوجد اتفاق على التحكيم، وكذلك الدعوي القضائية الأصلية المبتدأة، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، كما أنها-أي المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، لو لم يوجد اتفاق على التحكيم- هي التي تأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، وأيضا يتم الرجوع إلي رئيسها للحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أمام هيئة التحكيم، أو من يمتنع منهم عن الإجابة، أو عند الأمر بالإنابة القضائية، فإن كل ذلك يؤكد سلب ولاية هذه المحكمة في الفصل ابتداء في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، وليس العكس؛ حيث إنه لا يوجد نص قانوني وضعي واحد يجيز للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم -لو لم يوجد اتفاق على التحكيم- الفصل المبتدأ في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، طالما كان الاتفاق على التحكيم قائما، والالتجاء إلي إجراءات التحكيم للفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ممكنا، وما الرجوع إلي هذه المحكمة في الحالات الأخرى إلا بحسبانها ممثلة للسلطة العامة في الدولة، فهيئة التحكيم وإن كانت قاضيا إلا أنها تكون قاضيا خاصا بين الأطراف المحتكمين في خصوص النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم والمعروض عليها للفصل فيه بحكم تحكيم يكون حاسما

(1) انظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، بند 86، ص 266.

له، وملزما للأطراف[1].

الحجة التاسعة: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يعتبر دفعا بعدم اختصاص القضاء لكونه يرتب أثرا مانعا، وهو منع القضاء العادي من الفصل في ذات النزاع موضوعه، أي: حجب سلطة القضاء في هذا النزاع من محاكم الدولة، الأمر الذي يؤدي لزوما إلي القول بأن اتفاق التحكيم قد نزع الاختصاص من المحاكم وأعطاه للمحكمين[2].

ثالثاً: الانتقادات للاتجاه القَائِلِ بِأَنَّ الدَّفْعَ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحْكِيمِ

هُوَ دَفْعٌ بِعَدَمِ اختصاص القَضَاءِ بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

تعرض الاتجاه القائل بِأَنَّ الدَّفْعَ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحْكِيمِ هُوَ دَفْعٌ بِعَدَمِ اختصاص القَضَاءِ بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم لكثير من الانتقادات، ويمكن عرضها على النحو التالي:

الانتقاد الأول: إنه من الصعب اعتبار الدَّفع باتفاق التَّحكِيم دفعًا بعدم الاختصاص؛ لأن شرط التَّحكِيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة العاديَّة، وإنَّما يصنعها فقط من قَبُولِ الدعوي، ويستدل على ذلك بأن المشرع عادة ما يعقد الاختصاص للقضاء- رغم قيام شرط التَّحكِيم- بنظر بعض الأمور، مثل: الحكم على من يتخلف من الشهود عن

(1) انظر: على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، سنة 1996، مطبوعة بدار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص204

(2) انظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، بند81، ص258.

وانظر أيضا: حسام الدين فتحي ناصف ، قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم وقيود تطبيقها، ص71.

الحضور، أو يمتنع عن الإجابة، والأمر بالإنابة القضائية[1].

الانتقاد الثاني: القواعد المنظمة لولاية القضاء واختصاص المحاكم قواعد عامة ومجردة تحدد طوائف معينة من الدعاوي وَفْقًا لمعاييرَ عامة، فلا تكون المحكمة مختصة إذا لم تنطبق عليها هذه المعايير، أما منع المحكمة من نظر نزاع اتفق بشأنه على التَّحكِيم فقاصر على نزاع معين بالذات بسبب هذا الاتفاق رغم أنه يدخل في اختصاص المحكمة وفقا لمعايير الولاية والاختصاص؛ الأمر الذي يقتضي البحث عن سبب آخر لهذا المنع غير انتفاء الولاية أو عدم الاختصاص[2].

الانتقاد الثالث: لا يمكن القول بأن الاتفاق على التَّحكِيم يسلب المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم- لو لم يوجد اتفاق على التَّحكِيم- اختصاصها القضائي، فكيف يملك الأفراد والجماعات داخل الدولة ذلك، وقواعد الاختصاص متعلقة بالنظام العام؟[3].

الانتقاد الرابع: لا محل لقياس نظام التَّحكِيم الاختياري على نظام التَّحكِيم الإجباري؛ من حيث أن القضاء العام في الدولة كان يجب عليه أن يحكم بعدم الاختصاص في حالة التَّحكِيم الإجباري، والذي كانت تختصُّ به هيئات التَّحكِيم

(1) انظر: إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم في الخصومة المدنية" دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقارن"، الطبعة الأولى، سنة 1999م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 67.

(2) انظر: وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة 2001م، ص 6.

(3) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لأعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم ونطاقه، ص 244.

المنشأة وفقًا لقانون القطاع العام المصري رقم (97) لسنة 1983، وبطبيعة الحال قبل صدور قانون قطاع الأعمال المصري رقم (203) لسنة (1991)؛ لأن الأنظمة القانونية الوضعية هي التي تعترف في نظام التَّحكِيم الإجباري بسلب ولاية القضاء العام في الدولة، أو اختصاصه القضائي، بالنسبة لطائفة معينة من المنازعات، والفصل فيها عن طريق نظام التَّحكِيم الإجباري؛ مما يجوز معه الكلام عن انتفاء الولاية القضائية، أو عدم الاختصاص القضائي[1].

الانتقاد الخامس: لا يجوز القياس في هذا الصدد على سلطان الإرادة في مد الاختصاص إلي حالة لا تضمنها نصوص القانون، كما هو الحال في مد اختصاص المحكمة المكاني، وكما هو الحال في مد اختصاص القضاء الوطني إلي منازعات ذات عنصر أجنبي لم يقرر المشرع اختصاصه بها أصلًا. ولا يجوز ذلك؛ لأن اختصاص القضاء يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الحد منه، وإن جاز توسعته أو مده إلي حالات لا يشملها[2].

الانتقاد السادس: الاتفاق على التَّحكِيم لا يمس حقَّ الشخص في الالتجاء للقضاء، ولا يُعْتَبَرُ نزولًا عن حق الالتجاء للقضاء[3]، وأن الاتفاق على التَّحكِيم لا صلة له

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، 1988، منشأة المعارف، الإسكندرية، بند 45، ص 126، وما بعدها.

(2) انظر: مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التَّحكيم في العلاقات الخاصَّة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1988، ص 518.

(3) انظر: رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، 1961، بند 102، ص 125. وينظر أيضا:

- محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، بند 81، ص 261.
- أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، بند 157، ص 149.

==

بالحق في الدعوي[1]، وأن الاتفاق على التَّحكِيم يقوم على أساس إجازة المشرع للأفراد في الاتفاق على التَّحكِيم في المنازعات التي يجوز فيها الصلح، ولا تتعلق بالنِّظام العام[2].

وأن هذا الاتفاق لا ينزع اختصاص القضاء بنظر النزاع[3]؛ إذ إنَّ القضاء هو صاحب الولاية العامَّة بنظر النزاع، وأن الاختصاص لهيئة التَّحكِيم ينعقد إذا تمسك الخصم بالدَّفع بوجود اتفاق التَّحكِيم قبل الكلام في الموضوع أو بالتجاء الأطراف مباشرة للتحكيم أو الاستمرار فيه، كما لا يترتب على اتفاق التَّحكِيم نزع اختصاص من جهة قضائية إلي جهة قضائية أخري حتي يعتبر من الاختصاص الولائي؛ إذ الاختصاص الولائي يقوم على أساس توزيع المشرع للمنازعات بحسب طبيعتها بين جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري[4].

==

- أحمد إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006، بند 156، ص 188 وما بعدها.

(1) انظر: أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، بند 157، ص 150.

(2) انظر: أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقًا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، بند 19، ص 33.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، بند 475، ص 864. وانظر: أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بند 198 ص 381 وما بعدها.

(4) انظر: فتحي والي، الوسيط فى قانون القضاء المدني، بند 109، ص 186 وما بعدها. وينظر أيضا: وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص 262 وما بعدها. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، بند 198،، ص 381 وما بعدها. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية، 2006 ص 560 وما بعدها.

فيخص المحاكم المدنية والتجارية بالمنازعات المدنية والتجارية، وعلي الأساس السابق وزع المشرع المنازعات، سواء على أساس نوعها أو على أساس قيمتها، كما راعي في تشكيل تلك المحاكم عددا من القضاة الذين سينظرون تلك المنازعات وما تستلزمه من خبرة كما خصَّ المحاكم الإدارية أو المحاكم التابعة لمجلس الدولة بالمنازعات التي تثور بين الإدارة والأفراد، ووزع على هذا الأساس المحاكم الإدارية، واعتبر هذا التوزيع من الأمور المتعلقة بالنظام القضائي ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، ويجب على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها، ولا يتعلق اتفاق التَّحكِيم بتوزيع المنازعات بين جهتي القضاء العادي والإداري؛ إذ لا يتضمن اتفاق التَّحكِيم توزيع العمل بين جهتي القضاء حتي يمكن القول معه بأنه نوع من نوع الاختصاص الولائي للمحاكم، كما أن اتفاق التَّحكِيم لا يتضمن أي توزيع بين جهات القضاء؛ إذ التوزيع يفترض وجود جهة قضائية مشكلة تشكيلًا قانونيًّا كما هو الحال في جهة القضاء العادي والإداري، وبالتالي صعوبة اعتبار الدَّفع بوجود اتفاق التَّحكِيم من الدُّفوع المتعلقة بالاختصاص الوظيفي المبني على توزيع المنازعات بين جهتي القضاء العادي والإداري[1]؛ وبالتالي صعوبة اعتبار الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم من الدُّفوع المتعلقة بالاختصاص الوظيفي المبني على توزيع المنازعات بين جهتي القضاء العادي والإداري.

الانتقاد السابع: الاختصاص النوعي للمحاكم يتعلق بأن المشرع خصَّ المحكمة الابتدائية أو الجزئية أو محاكم الأمور المستعجلة أو محكمة الأسرة بنوع معين من المنازعات[2].

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق الحكيم، بند 16، ص39 وما بعدها.

(2) انظر: أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، بند 196، ص378 وما بعدها، وبند 215 وما بعدها ص 963 وما بعدها.

وذلك سواء لأهميتها أو عدم أهميتها، ووزع المحاكم على مستوي الدولة، وحدد تشكيلها ومكانها، والخبرة المطلوبة لأعضاءها، ولا يتعلق اتفاق التَّحكِيم بتوزيع أو سلب لأي من الاختصاصات الخاصة بالمحاكم؛ إذ التوزيع يفترض وجود جهة قضائية أو محكمة يوزع عليها المشرع الاختصاص، ولا تُعَدُّ هيئة التَّحكِيم- حتي ولو كانت منظمة أو مركز تحكيم- جهةً من جهات القضاء، كما أن الاختصاص النوعي يفترض تحديد اختصاص المحاكم تنظيمًا عامًّا بنوع معين من الدعاوي، على عكس اتفاق التَّحكِيم الذي يتفق فيه الأطراف على مسألة تدخل في الاختصاص القيمي أو النوعي للمحاكم، علاوة على أنه لا يجوز التحفظ على قواعد الاختصاص في هذه الحالة، والقول بأنها لا تتعلق بالنظام العام؛ إذ كيف تعتبر قواعد الاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام في جزئية دون أخري؟؛ وبالتالي يصعب القول باعتبار الدَّفع بوجود اتفاق التَّحكِيم دفعًا متعلقًا بعدم الاختصاص النوعي[1].

الانتقاد الثامن: لا يمكن اعتبار الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم دفعًا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النِّزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم؛ لأنَّ وجود سلطة القضاء العام في الدَّولة رغم الاتفاق على التَّحكِيم لا يمكن إنكارها، وقد قررتها الأنظمة القانونيَّة الوضعيَّة للمحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم- لو لم يوجد اتفاق على التَّحكِيم- على التَّحكِيم في جميع مراحله[2].

الانتقاد التاسع: عدم توافق اعتبار الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم دفعًا بعدم

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند 16، ص 42 وما بعدها.

(2) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص 246.

الاختصاص مع الحلول العملية المتفق عليها، فالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لا يتعلَّق بالنِّظام العام، أما الدَّفع بعدم الاختصاص فمن النظام العام عدا عدم الاختصاص المكاني وفقًا للمادة (108) من قانون المرافعات المصري، وأيضًا فإن القول بأنه دفعٌ بعدم الاختصاص يقترن دائمًا- في القانون المصري- بإعمال نصِّ المادة (110) من قانون المرافعات؛ ممَّا يوجب الحكم بالإحالة، بينما يتعذر الحكم بالإحالة في هذه الحالة إلي المحكَّمين[1].

(1) انظر: فتحي والي، قانون التَّحكيم في النظرية والتطبيق، ، بند 59 ص 182 وما بعدها.
وينظر أيضًا: إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم في الخصومة المدنية، ص 69. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء الوطني، ص 8.

المَطْلَبُ الثَّانِي
الدَّفْعَ بوجود الاتفاق عَلَى التَّحكِيمِ
هُوَ دَفْعٌ بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي أَمَامَ القَضَاءِ في مصر

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلي أنَّ الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع بعدم قبول الدعوي أمام القضاء؛ استنادًا إلي أن الأطراف قد تنازلوا عن حقهم الالتجاء إلي القضاء للفصل في المنازعة موضوع الاتفاق على التَّحكِيم، وأنهم بارادتهم قد اتفقوا على سلب ولاية القضاء بنظرها، وساقوا في تأييد وجهة نظرهم العديد من الحجج التي تؤيد ذلك.

وتمهيدًا للبحث وإحاطة بالموضوع، أقسم هذا المطلب، وذلك على النحو التالي:

- **أولاً**: مَضْمُونُ اعتبارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التَّحكِيمِ دفعًا بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي أَمَامَ القَضَاءِ.
- **ثانياً**: أَسَانِيدُ اعتبارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التَّحكِيمِ دفعًا بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي أَمَامَ القَضَاءِ.
- **ثالثاً**: الانتقادات اعتبارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التَّحكِيمِ دفعًا بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي أَمَامَ القَضَاءِ.

أولاً: مَضْمُونُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ

على التَّحكِيمِ هُوَ دَفْعٌ بِعَدَمِ قَبُـولِ الدَّعْوَي أَمَام القَضَاء.

ذهب جانب من الفقه[1]، وبعض أحكام القضاء[2]، والقوانين المنظمة للتحكيم،

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، بند 475،ص 864، التحكيم الاختياري والإجباري، بند 45، ص 125 وما بعدها. شمس مرغني علي، التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية حقوق عين شمس، سنة1974، ص416. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط1، 1981، بند 138، ص 220 وما بعدها. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة الثالثة، 1993، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، بند 461، ص 943 وما بعدها، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، بند 95 ص 181 وما بعدها. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا لقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثالثة ، 2010، دار النهضة العربية، القاهرة، بند 95، ص 181 وما بعدها. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 99، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، ص 146. إبراهيم حرب محيسن ، طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم في الخصومة المدنية، ص 100. على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية حقوق عين شمس، 1995، ص 208.

(2) درجت بعض أحكام محكمة النقض المصرية على اعتبار الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعًا بعدم قبول الدعوى، انظر: نقض مدني مصري، جلسة 30/ 4/ 1975، الطعن رقم (276) لسنة (41) ق. وينظر أيضًا: نقض مدني، جلسة 26/ 10/ 1986، الطعن رقم (2199) لسنة (52) ق، والذي قضى فيه بنقض الحكم المطعون فيه؛ لالتفاته عن دفاع جوهري يكشف عن عدم خضوع النزاع لنظام التحكيم، وقضائه بعدم قبول الدعوى القضائية، لسبق الاتفاق على التحكيم، حيث قررت محكمة النقض المصرية في هذا الحكم أن:" الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية لوجود شرط التحكيم لا يعد دفعًا موضوعيًّا، وأنه إذا قضت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى القضائية بوجود شرط التحكيم، وحكم في الاستئناف بإلغاء الحكم القضائي المطعون فيه، وجب إعادة الدعوى القضائية؛ لأنها لم تستنفد ولايتها في نظر الدعوى القضائية، بمقتضى حكمها السابق".

==

إلي اعتبار الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم دفعًا بعدم قبول الدعوي.

فاتفاق التَّحكِيم- **شرطًا كان أو مشارطة**- يهدف إلي إقصاء القضاء- أي المحكمة

==

مشار إليه لدى: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم ونطاقه، الهامش رقم (2) ص 248.

وينظر أيضًا: نقض مدني مصري، جلسة 3/ 3/ 1986، الطعن رقم (1875) لسنة (90) قضائية.

وينظر أيضًا: نقض مدني مصري، جلسة 5/ 3/ 1975، فى الطعن رقم (450) لسنة (40) قضائية، مجموعة أحكام النقض 26 ص 535، والذى قضت فيه برفض النص على الحكم المطعون فيه بأنه أنكر العدالة، إذا قضى بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، مشار إليه لدى: فتحي إسماعيل والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علمًا وعملًا، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014، بند 118، الهامش رقم (5)، ص 222.

وينظر أيضًا: نقض تجاري مصري، جلسة 3/ 1/ 2004، رقم (495) لسنة (72) ق، وكان حكم محكمة الاستئناف قد وصفه بأنه دفعٌ بعدم الإختصاص، إلا أنَّ محكمة النقض صححت هذا التكييف مقررة أنه لا يعيب الحكم المطعون فيه وصفه بأنه دفع بعدم الإختصاص؛ إذ لهذه المحكمة أن تصحح الوصف دون أن تنقضه.

وينظر أيضًا: نقض مدني مصري، جلسة 26/ 4/ 2003، الطعن رقم (7880) لسنة (66) قضائية. نقض مدني مصري، جلسة 25/ 11/ 2002، الطعن رقم (820) لسنة (66) قضائية. مشار اليه لدى: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، بند 95 ص 183، الهامشان رقما 6، 7.

وقد سارت محكمة استئناف القاهرة في بعض أحكامها في الاتجاه ذاته ، انظر أيضًا : استئناف القاهرة، الدعوى رقم (1455) لسنة (6) ق فى الطعن رقم (1042) لسنة (73) ق، بجلسة 27/ 3/ 2011، استئناف القاهرة، الدعوى رقم (31) لسنة 13 ق، جلسة 13/ 12/ 1994.

وينظر أيضًا أحكام القضاء الإداري المصري، الدعوى رقم (8628) لسنة (59) ق الدائرة (6) قضاء إداري عقود، تعويضات، جلسة 19/ 2/ 2006، والذي أكد على أن الدفع بعدم قبول الدعوى مناطه هو اتفاق تحكيم صحيح، أما إذا كان باطلًا؛ فلا وجه للدفع بعدم القبول.

المختصة أصلًا بنظر النزاع- عن نظر ما يثور بين طرفي الاتفاق على التَّحكِيم من منازعات؛ بحيث ينشأ لكل طرف الحق في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، إذا ماحاول الطرف الآخر التنصُّل من التَّحكِيم والالتجاء إلي القضاء، وعلي المحكمة التي تُرْفَعُ اليها الدعوي في هذه الحالة أن تحكم بعدم قبولها عند الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم[1].

عَلَى أساس أن الأخير يمنع المحكمة من سماع النزاع، مادام أن شرط التَّحكِيم قائمًا؛ إذ الدَّفع بوجود اتفاق التَّحكِيم ينكر سلطة الخصم في الالتجاء إلي القضاء لمطالبته بالحق المتنازع عليه[2]. وأن الاتفاق على التَّحكِيم لا يَمَسُّ الشروط المتعلقة بعدم الاختصاص، وإنما يَمَسُّ سلطة الخصم في الالتجاء إلي القضاء، وأن الاتفاق على التَّحكِيم ينشئ عائِقًا مؤقتًا يمنع المحكمة من سماع الدعوي، مادام شرط التَّحكِيم قائمًا، وأن الخصم في اتفاق التَّحكِيم يتنازل عن الالتجاء إلي القضاء لحماية حقه، وأن هذا الاتفاق لا ينزع اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم[3]، وأن الخصم وقد ارتضي عرض النزاع على التَّحكِيم يكون قد نزل عن حقه في الفصل في الدعوي عن طريق إجراءات الخصومة القضائية العادية[4].

(1) نظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، الطبعة الرابعة، سنة 2013، مطبعة مراد أبو المجد بالقاهرة- بند 79، ص 125.

(2) انظر: عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية في مصر ، الجزء الثاني ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة، 1923، بند 137، ص 922، الهامش 2، بند 1383، ص 933 الهامش4.

(3) انظر: أحمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، بند 45، ص 125 وما بعدها، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، بند 475، ص 864.

(4) انظر: فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، بند 95، ص 182 وما بعدها.

فالدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم لا يتعلق باختصاص المحاكم، وأن القواعد التي تتعلق وحدها بتوزيع الاختصاص هي التي تنشأ دفعًا بعدم الاختصاص، وإنما هو يتعلق بإنكار سلطة الخصم في الالتجاء إلي القضاء، فالأمر يتعلق بقبول الدعوي أو سماعها ولا يتعلق بعدم الاختصاص[1].

ونخلص ممَّا سبق من النصوص إلي المبادئ الآتية:

أولًا: لا تثير المحكمة المعروض عليها النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم- الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم- من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يتمسك به المدعي عليه ويبديه كدفع أمامها، قبل إبداء أي طلب أو دفع في الدعوي القضائية.

فالدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم غير متعلق بالنِّظام العام. فإذا حضر الطرف الآخر- المدعي عليه- أمام المحكمة المعروض عليها النزاع، وبدأ في مناقشة موضوعه، وإبداء الدُّفوع والطلبات في الدعوي القضائية، ولم يبد الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم، فيكون ذلك مفاده تخليه عن هذا الاتفاق، وقبوله عرض النزاع على هيئة التَّحكِيم، وفقًا للاتفاق المبرم بينه وبين المدعي، ولا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بالدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم؛ لأن حقه فيه يكون قد سقط، ويعتبر متنازلًا عنه بمجرد تقديم الطَّلبات والدُّفوع الموضوعية أمام القضاء.

ولهذا فإن المادة 13 من قانون التَّحكِيم المصري سالفة الذكر تعامل الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم على أنه دفعٌ بعدم قبول الدعوي أمام القضاء، يعامل الدُّفوع الإجرائية، والتي يجب إبداؤها قبل إبداء أي طلب أو دفع فيها، وأنه غير متعلق بالنظام العام؛

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند 19، ص 51.

ولذلك يجب التمسك به من قبل المدعي عليه. وإلا سقط الحق في التمسك به[1].

ثانيًا: التجاء أحد أطراف الاتفاق على التَّحكِيم إلي القضاء لا يمنع الطرف الآخر فيه من بدء إجراءات التَّحكِيم، إذا كانت قد بدأت، وإنَّ رفع دعوي قضائية أمام المحكمة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم لا يمنع من استمرار هيئة التَّحكِيم في نظره، وإصدار حكمٍ فيه، يكون حاسمًا له وملزمًا للأطراف المحتكمين[2].

وقد انتُقِدَ نصُّ المادة (13) من قانون التَّحكِيم المصري سالف الذكر؛ إذ إن السماح باستمرار نظر موضوع النزاع أمام جهة القضاء وهيئة التَّحكِيم معًا قد يؤدي إلي تناقض في الأحكام.

إلا أنَّه نُصَّ في المادة (30) من القانون التَّحكِيم المصري على أنه:

1. **"يُرْسِلُ الْمُدَّعِي خِلَالَ الميعَادِ الْمُتَّفَقِ عليه بَيْنَ الطرَفَيْنِ أَوِ الذِي تُعَيِّنُهُ هَيْئَةُ التَّحْكِيم إِلَى الْمُدَّعَي عليه وَإِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحْتكِمِينَ بَيَانًا مَكْتُوبًا بِدَعْوَاهُ يَشْمَلُ: اسْمَهُ، وَعُنْوَانَهُ، وَاسْمَ الْمُدَّعَي عليه، وَعُنْوَانَهُ، وَشَرْحًا لِوَقَائِعِ الدَّعْوَي، وَتَحْدِيدَ الْمَسَائِلِ محَلَّ النِّزَاعِ، وَطَلَبَاتِه، وَكُلَّ أَمْرٍ آخَرَ يُوجِبُ اتفاق الطَّرَفَيْنِ ذِكْرُهُ فِي هَذَا البَيَانِ.**
2. **يُرْسِلُ الْمُدَّعَي عليه خِلَالَ الميعَادِ الْمُتَّفَق عليه بَيْنَ الطَّرَفَيْنِ أَوِ الَّذِي تُعَيِّنُهُ هَيْئَةُ التَّحكِيم إِلَى الْمُدَّعِي وَكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحْتكِمِينَ مُذَكِّرَةً مَكْتُوبَةً بِدِفَاعِهِ ردًّا على مَا جَاءَ بِبَيَانِ الدَّعْوَي، وَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ هَذِهِ الْمُذَكِّرَةَ أَيَّةَ طَلَبَاتٍ عَارِضَةٍ مُتَّصِلَةٍ بِمَوْضُوعِ**

(1) انظر: عنايت عبد الحميد ثابت، خضوع مسائل المرافعات لقانون القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص 7، وما بعدها.

(2) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص 251.

النِّزَاعِ، أَوْ أَنْ يَتَمَسَّكَ بحَقٍّ نَاشِئٍ عَنْهُ بِقَصْدِ الدَّفْعِ بالمَقَاصَّةِ، وَلَهُ ذَلِكَ وَلَوْ فِي مَرْحَلَةٍ لَاحِقَةٍ مِنَ الإِجْرَاءَاتِ إِذَا رَأَتْ هَيْئَةُ التَّحكِيمِ أَنَّ الظُّرُوفَ تُبَرِّرُ التَّأْخِيرَ".

وهذا يعني أنه يجب تقديم الطلبات إلي هيئة التَّحكِيم خلال الميعاد الذي اتفق عليه أطراف الاتفاق على التَّحكِيم، أو خلال الميعاد الذي تحدده هيئة التَّحكِيم، وبالتالي إذا قدم أحد الأطراف طلبًا بعد فوات هذه المواعيد دون عذر مقبول؛ فإنه يجوز للطرف الآخر تجاهل هذا الطلب، والالتجاء إلي القضاء، كما يكون على هيئة التَّحكِيم أيضًا أن تأمر بإنهاء إجراءات التَّحكِيم.

وهذا ما نصت عليه المادة (48) من قانون التَّحكِيم المصري حيث أكدت على أنه: " تَنْتَهِي إِجْرَاءَاتُ التَّحكِيمِ بِصُدُورِ الحُكْمِ المُنْهِي للخُصُومَةِ كُلِّهَا أَوْ بِصُدورِ أَمْرٍ بِإنهاء إِجْرَاءَاتِ التَّحكِيمِ وَفْقًا للفَقْرَةِ الثَّانِيَةِ مِنَ المَادَّةِ (45) مِنْ هَذَا القَانُونِ كَمَا تَنْتَهِي أَيْضًا بِصُدُورِ قَرَارٍ مِنْ هَيْئَةِ التَّحكِيمِ بإنهاء الإِجْرَاءَاتِ فِي الأَحْوَالِ الآتِيَةِ:

أ- إِذَا اتَّفَقَ الطَّرَفَانِ على إِنْهَاءِ التَّحكِيمِ.

ب- إِذَا تَرَكَ المُدَّعِي خُصُومَةَ التَّحكِيمِ، مَالَمْ تُقَرِّرْ هَيْئَةُ التَّحكِيمِ- بِنَاءً على طلَبِ المُدَّعَي عليه- أَنَّ لهُ مَصْلَحَةً جِدِّيَّةً فِي اسْتِمْرَارِ الإِجْرَاءَاتِ حَتَّي يُحْسَمَ النِّزَاعُ.

ج- إِذَا رَأَتْ هَيْئَةُ التَّحكِيمِ لِأَيِّ سَبَبٍ آخَرَ عَدَمَ جَدْوَي اسْتِمْرَارِ إِجْرَاءَاتِ التَّحكِيم أَوْ اسْتِحَالَتَهُ".

وقد اختلف أنصار الاتجاه القائل بأن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع بعدم قبول الدعوي أمام القضاء في تحديد نوع القبول المترتب على وجود الاتفاق على التَّحكِيم، فذهب جانبٌ إلي القول بأن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم يترتب عليه عدم قبول الدعوي، وأنه من الدُّفوع الموضوعية التي يتعين التمسك بها في أية حالة

تكون عليها الدعوي[1]. في حين ذهب جانبٌ آخر إلي أن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو من قبيل الدُّفوع التي يمكن إدخالها في عداد الدُّفوع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات[2].

ثانياً: أَسَانِيدُ اعتبارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ عَلَى التَّحكِيمِ دفعًا بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي أَمَامَ القَضَاءِ

أخذ أنصار هذا الاتجاه يسوقون الأسانيد التي تؤيد وجهة نظرهم، وأذكر منها الحجج الآتية:

الحُجَّة الأولي: لا يَمَسُّ الاتفاق على التَّحكِيم الشروط الشكلية المتعلقة بالاختصاص، وإنما يَمَسُّ سلطة الخصم في الالتجاء إلي القضاء[3]، وينشئ عائقًا مؤقَّتًا يمنع المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع من نظره؛ ولذلك فإن الرجوع عنه يوجب العودة إلي المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع.

فالاتفاق على التَّحكِيم لا ينزع الاختصاص من المحاكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع، وإنما يؤدي إلي نزول الخصم عن سلطة الالتجاء إلي القضاء بإرادتهم؛ وبذلك فإن الدعوي تفقد شرطًا من شروط قبولها، فيمتنع على المحكمة نظرها[4].

الحُجَّة الثانية: اعتبار الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعًا بعدم اختصاص

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، بند 475، ص 864.

(2) انظر: فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، بند 95، ص 182.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص 126، الهامش رقم (2).

(4) انظر: نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، للنشر بالإسكندرية، 2004، ص 124.

المحكمة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم يصطدم مع طبيعة قواعد الولاية والاختصاص القضائي في الدولة، والتي تُعَدُّ مظهرًا من مظاهر سيادتها؛ ولذا فإن قواعدها تُعَدُّ من النظام العام، لا يجوز الانفاق على خلاف أحكامها، ولا يقبل القول بأن الاتفاق على التَّحكِيم يسلب ولاية القضاء للنزاع موضوعه.

فإرادة الأفراد داخل الدولة لا يمكن أن تتطاول لانتقاص الولاية القضائية للمحاكم أو سلب اختصاصها القضائي، وإنما الأهم القول بأن أثر الاتفاق على التَّحكِيم ينصرف إلى حقوق الأطراف المحتكمين وسلطاتهم، فمن المنطقي أن يتنازل الأفراد عن حقوقهم أو سلطاتهم-الموضوعية والإجرائية-، وليس من المنطقي في شيء القول بتنازلهم عن سلطة القضاء في الدولة، فهي سلطة عامة- **سيادية**- لا يملكون سوي الخضوع لها[1].

الحُجَّة الثالثة: اتفاق التَّحكِيم وإن كان من شأنه منع قضاء الدولة من نظر النزاع موضوعه، إلا أنَّه مع ذلك يظل لهذا القضاء الاختصاص بنظر بعض المسائل المتعلقة به. فاختصاص المحكمة عندئذ لا يمكن تجاهله. ومن ثم، لا يمكن الافتراض معه بأن اتفاق التَّحكِيم ينزع اختصاص تلك المحكمة[2] بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

الحُجَّة الرابعة: الكلام عن عدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم يعني أن هيئة التَّحكِيم هي المختصة بنظره، في الوقت الذي لا يُتَصَوَّرُ فيه الحديث عن الاختصاص القضائي إلا بين محاكم الجهة القضائية الواحدة، وهيئة

(1) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ووسيلة إعماله، ص 261.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، بند 45 ص 127.

التَّحكِيم ليست محكمة، حتي يمكن الكلام عندئذ عن اختصاصها القضائي بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم. ومن ثم تكون المحكمة غير مختصة بنظره[1].

الحجة الخامسة: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع بالتنازل عن وسيلة حماية الحق أو المركز القانوني، حيث كفل الدستور حق التقاضي للجميع بوسائله المحددة قانونا، وهي القضاء أو التحكيم، وعند وجود الاتفاق على التحكيم بصدد مركز مالي خاص أو حكم قانوني فهذا يفيد أن الشخص اختار وسيلة حماية مركزه القانوني أو حقه بواسطة التحكيم وليس القضاء؛ ولذا فإن الدفع المثار هو دفع بعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوي باتفاق الخصوم، ومن هذا المنطلق يعد الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم من الشروط السلبية لقبول الدعوي أمام القضاء وصلاحيتها للنظر فيها أمام التحكيم، لذا فهو عدم قبول الدعوي لرفعها أمام القضاء بغير الوسيلة التي تم الاتفاق عليها بين أطراف النزاع[2].

الحجة السادسة: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يؤدي إلي التزام أطراف الاتفاق باحترامه وعدم الالتجاء إلي القضاء، فبالتالي فإذا رفع أحدهم الدعوي رغم وجود اتفاق التحكيم فإن مصلحته في هذه الدعوي تكون غير مشروعة لإخلاله بما تم الاتفاق عليه، وبالتالي يتخلف شرط المصلحة المشروعة اللازم لقبول الدعوي، ويمكن

(1) انظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ص 931. نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، 1987، منشأة المعارف، الإسكندرية، بند 138، ص 221. محمد نور عبدالهادي شحاته، النشأة الاتفاقية لسلطات المحكمين، 1993، دار النهضة العربية، القاهرة، ص101 وما بعدها.

(2) انظر: سيد أحمد محمود، نظام التحكيم ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري في ضوء أحدث التشريعات والتطبيقات القضائية، ص278.

التمسك في الدفع بعدم القبول[1].

الحجة السابعة: تخويل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم – لو لم يوجد اتفاق على التحكيم– اختصاصا قضائيا بالنسبة للنزاع الذي اتفق على إخضاعه للتحكيم يتنافي مع القول بعدم اختصاصها بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، فالاتفاق لا يسلب القضاء اختصاصه بنظر النزاع موضوعه – لو لم يوجد اتفاق على التحكيم–، وأيضا تظل للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع سلطات واسعة خاصة بالمسائل المتعلقة بوجود الاتفاق على التحكيم [2].

الحجة الثامنة: إن أثر الاتفاق على التحكيم يقتصر على إنشاء عائق مؤقت يمنع القضاء العام في الدولة من سماع الدعوي القضائية؛ ولذلك إذا كان الاتفاق غير صحيح أو تدخل في الخصومة من لم يكن طرفا في الاتفاق على التحكيم أو تم عرض موضوع نزاع خارج اختصاص هيئة التحكيم وكان لا يقبل التجزئة مع موضوع الاتفاق الأصلي فإنه يجب عليه الرجوع إلي المحكمة المختصة أصلا بالنزاع لتفصل فيه برمته[3].

(1) انظر: نبيل إسماعيل عمر، أحمد خليل ، قانون أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2004م، بند 156، ص 344.

(2) انظر: أمينة مصطفى النمر، قانون المرافعات ، المكتبة القانونية، الإسكندرية، 1992م، ص271، أحمد حشيش، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، رسالة دكتوراه، حقوق جامعة الإسكندرية، بند 96، ص145

(3) انظر: سامية رشاد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، ومدى خضوعه للقانون المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م، بند 40، ص84

ثالثاً: الانتقادات للاتجاه القائل باعتبَارِ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتِّفَاقِ عَلَى التَّحْكِيمِ دفعًا بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي أمام القَضَاء.

تعرض أنصار هذا الاتجاه لعدة انتقادات، ونعرض منها ما يلي:

الانتقاد الأول: اعتبار الدَّفع باتفاق التَّحكِيم دفعا بعدم قبول الدعوي أمام القضاء استنادًا إلي أنه يُعَدُّ نزولًا عن الالتجاء اليه، وبالتالي تكون الدعوي قد فقدت شرطًا من شروط قبولها، هو قولٌ ينقصه الدقة؛ لأنه يخلط بين الحق في التقاضي- باعتباره حقًّا من الحقوق المكفولة للكافة ولا تقبل التقييد أو التنازل من جانب الأفراد- والحق في الدعوي الذي يعد حقًّا فرديًّا، باعتبار أن الدعوي هي وسيلة لحماية الحق الموضوعي الذي تم الاعتداء عليه(1). وبناء عليه، فإن الاتفاق على التَّحكِيم لا يُعَدُّ تنازلًا عن الحق في التقاضي، أو الالتجاء لقضاء الدولة، وإنما يعتبر اتفاقا من جانبه على استيفاء حقهم عن طريق وسيلة أخري لحماية حقهم الموضوعي(2).

الانتقاد الثاني: اختلاف أنصار هذا الاتجاه حول تحديد طبيعة الدَّفع بعدم القبول الذي يصفون به الدَّفع بوجود اتفاق التَّحكِيم، ما بين مؤيد لاعتباره دفعًا إجرائيًّا ومؤيد لاعتباره دفعًا موضوعيًّا بعدم القبول؛ لأنه من الصعوبة بمكان إخضاع دفع بعينه لنظامين قانونيين مختلفين(3).

الانتقاد الثالث: القول بانتفاء الحق في الدعوي لانتفاء النزاع في التَّحكِيم فيه نوعُ

(1) انظر: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، سنة 2015، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 44.

(2) انظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية،، ص 258 وما بعدها.

(3) انظر: أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، بند 4، ص 232.

مغالاة تجعله ينافي حقيقة للواقع؛ لأن الاتفاق على التَّحكِيم يفترض لإعماله وجود نزاع قائم أو قد ينشأ مستقبلًا بين الأطراف المحكمين[1].

الانتقاد الرابع: القول بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يُعَدُّ دفعًا بعدم قبول الدعوي أمام القضاء يؤدي إلي نتائج لا تتفق مع طبيعة هذا الدَّفع، ومنها[2]:

- **النتيجة الأولي**: أن الدَّفع بعدم قبول الدعوي يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوي**" المادة (115) من قانون المرافعات المصري، ويقابلها المادة (13) من مجموعة المرافعات الفرنسية"**، أما الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم فلابد من إبدائه قبل التكلم في موضوع الدعوي، وإلا سقط الحق في إبدائه، وهو بذلك يعامل معاملة الدُّفوع الشكلية.
- **والنتيجة الثانية**: الحكم الصادر من المحكمة بعدم قبول الدعوي يحوز حجية الأمر المقضي، ويستنفد ولاية محكمة أول درجة؛ ومن ثم يتعين على محكمة الاستئناف عند إلغائه التصدي للموضوع، وهذا ما يخالف الوضع بالنسبة للحكم الصادر بعدم قبول الدعوي نتيجة للدفع بالتَّحكِيم، فهو لا يستنفد ولاية محكمة أول درجة؛ حيث يتعين على محكمة الاستئناف عند إلغائه إعادة الدعوي إلي محكمة أول درجة للفصل فيها من جديد[3].

---

(1) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص 267.

(2) انظر: وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام المحكمة، ، ص 113 وما بعدها.

(3) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، سنة 2009، بند 4، ص 508.

الانتقاد الخامس: الصياغة التي استعملها بعض أنصار الاتجاه القائل بأن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو من قبيل الدُّفوع بعدم قبول الدعوي القضائية، لا تعني تنازلًا للأطراف المحتكمين عن الحق في الدعوي القضائية، وإنما تعني فقط تنازلهم عن اتباع إجراءات الخصومة القضائية العادية[1].

الانتقاد السادس: ما ذهب اليه أنصار هذا الاتجاه من القول بأن الخصم الذي ارتضي عرض النزاع على هيئة التَّحكِيم يكون قد نزل عن حقه في الفصل في الدعوي عن طريق الخصومة القضائية لا يتفق مع حقيقة أن إبطال اتفاق التَّحكِيم إذا تعذر إجراؤه أو اتفاق الأطراف على العدول عنه، يجعل من حقه العودة إلي طريق الدعوي، ومباشرة إجراءات الخصومة القضائية، فالأصل أن القول بتنازل الخصم عن الالتجاء إلي إجراءات الخصومة القضائية يغلق أمامه هذا الطريق مرة أخري، استنادًا إلي الآثار المترتبة على هذا التنازل، والتي تجعله- إذا صح هذا القول- شرطًا موضوعيًّا لعدم قبول الدعوي، يؤدي التمسك به إلي عدم إمكانية الرجوع أمام المحكمة المختصة مرة ثانية[2]".

الانتقاد السابع: الدَّفع بعدم قبول الدعوي القضائية هو الدَّفع الذي ينازع به المدعي عليه في أنه ليس للمدعي الحق في رفع الدعوي أو في توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبولها، والدَّفع بوجود اتفاق التَّحكِيم لا يتعلق بحق المدعي في الدعوي القضائية، وإنما يتعلق باتفاق الأطراف على التَّحكِيم وعدم الالتجاء إلي القضاء، كما أن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم لا يتعلق بشروط قبول الدعوي

(1) انظر: وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، ص 112.

(2) انظر: أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، ص 133.

أمام القضاء[1].

الانتقاد الثامن: يتعين التمييز بين حق التقاضي-**باعتباره حقًّا من الحقوق العامة المكفولة للكافة، والتي لا تقبل التقيد أو التنازل من جانب الأفراد؛ لاتصالها بالنظام العام، فهو ليس حقًّا فرديًّا ذاتيًّا**- وبين حق الدعوي والذي يعتبر حقًّا فرديًّا بالمعني الفني الدقيق، على اعتبار أن الدعوي هي وسيلة لحماية الحق الموضوعي الذي تم الاعتداء عليه[2].

وقانون المرافعات لا يعترف بحق الدعوي إلا لصاحب الحق فيها، لكن اتفاق التَّحكِيم لا يمس الحق في ذاته، ذلك أن حق الدعوي هو حق الشخص في الحصول على حكم في موضوعها لمصلحته، وعليه فإن هذا الحق يبقي قائمًا على الرغم من وجود اتفاق التَّحكِيم، فالأفراد عند اتفاقهم على التَّحكِيم لا يتنازلون عن حقهم في الحصول على حكم قضائي لحماية حقوقهم، وإنما يتفقون على اتباع طريق آخر لحمايتها[3].

الانتقاد التاسع: إن تخلف شرطٍ من شروط قبول الدعوي يجعلها غير مقبولة أمام سائر المحاكم، وليس الأمر كذلك عند الاتفاق على التَّحكِيم؛ لأن وجود هذا الاتفاق يجعل المحكمة العادية وحدها غير مختصة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم؛

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند 22، ص 57.

(2) انظر: باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2006، ص 435.

(3) انظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، بند 81، ص 258 وما بعدها. وانظر: مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بند 355، ص 521. وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام المحاكم، ص 111.

لأنها غير ذات ولاية مادام قائمًا وصحيحًا[1].

الانتقاد العاشر: إن تكييف الدفع بعدم قبول الدعوي التي يوجد فيها شرط تحكيم فيه نظر، فمن الممكن أن تتوافر كل شروط الدعوي على الرغم من وجود اتفاق التحكيم، فالمدعي الذي يلجأ للقضاء بوجود اتفاق التحكيم قد تكون له صفة في رفع الدعوي، وقد تكون له أيضا مصلحة في ذلك، ومن ثم وجود شرط التحكيم لا يتسبب في تخلف شرط من شروط قبول الدعوي، ولا يعد الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعا بقبولها[2].

(1) انظر: سعد أبو السعود، الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يجب إبداؤه قبل سائر الدفوع ، ص 1334.

(2) انظر: محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، الطبعة الأولى، 2014م، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، ، ص85 وما بعدها.

المَبَحَثُ الثاني
الاتجاهات الأخرى لتحديد طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ:

اختلفت آراء الفقه والقضاء وبعض القوانين الوضعية في تحديد طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم وما يترتب عليه من أهمية عملية وتطبيقية على عكس ما ذهب اليه الفقه والقضاء والقانون الوضعي في كل من فرنسا ومصر، ولأهمية البحث وإحاطة بالموضوع سوف نقسم هذا المبحث على النحو التالي:

- **المطلب الأول**: الدَّفْعُ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ هُوَ دَفْعٌ إِجْرَائِيٌّ بِبُطْلَانِ الْمُطالَبَةِ القَضَائِيَّةِ.
- **المطلب الثاني**: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع بنقص في ولاية المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.
- **المطلب الثالث**: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفع له ذاتية خاصة.
- **المطلب الرابع**: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعاً بوقف الدعوي.

واليك التفصيل على النحو التالي:

المَطْلَبُ الأول

الدَّفْعُ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ هُوَ دَفْعٌ إِجْرَائِيٌّ بِبُطْلَانِ المُطالَبَةِ القَضَائِيَّةِ

عَلَى الرغم من تباين وجهات النظر والآراء واتجاه غالبية فقهاء القانون والتشريعات الوضعية إلي اعتباره دفعا بعدم الاختصاص أو دفعا بعدم القبول، إلا أن هناك اتجاها آخر في الفقه اعتبر هذا الدفع دفعا إجرائيا بِبُطْلَانِ المُطَالَبَةِ القَضَـائِيَّةِ، والمطالبة القضائية هي الإجراء الافتتاحي للخصومة، فهي عمل مادي إجرائي؛ وذلك في محاولة للابتعاد عن الانتقادات التي وجهت للنظريات السابقة، وتمهيدا للبحث وإحاطة بالموضوع أقسم هذا المطلب على النحو التالي:

- **أولاً**: مضمون اعتبار الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع إجرائي ببطلان المطالبة القضائية.
- **ثانياً**: أسانيد اعتبار الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع إجرائي ببطلان المطالبة القضائية.
- **ثالثاً**: الانتقادات لاعتبار الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع إجرائي ببطلان المطالبة القضائية.

أولاً: مَضْمُونُ اعتبار الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق عَلَى التَّحكِيمِ دَفْعًا إِجْرَائِيٌّ بِبُطْلَانِ المُطَالَبَةِ القَضَائِيَّةِ.

إن أهمَّ ما يمَيِّز هذا الاتجاه هو رفضه للاتجاهين السابقين، وإن كان يقترب بعض الشيء من الاتجاه الذي يؤكد أن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع بعدم الاختصاص[1].

فالدَّفع ببطلان المطالبة القضائية يعتبر من الدُّفوع الإجرائية، ويوجه إلي صحيفة الدعوي، توصلًا إلي إثبات عدم مراعاة محررها للأوضاع، والبيانات التي تطلبها المشرع في تحريرها، أو في كيفية إعلانها[2].

وباعتباره دفعًا شكليًّا يجب التمسك به قبل الكلام في موضوع الدعوة القضائية أو إبداء الدَّفع بعدم القبول وإلا سقط الحق في إبدائه، ولا تستطيع المحكمة إثارته من تلقاء نفسها، إلا إذا كان العيب الذي أصابه صحيفة الدعوي متعلقًا بالنِّظام العام.

فالدَّفع ببطلان المطالبة القضائية يفترض وجود صحيفة دعوي شابها عيبٌ أو أكثر يؤدي إلي بطلانها، أما الدَّفع بعدم وجود صحيفة الدعوي أصلًا أو بالالتجاء إلي طريق آخر لرفع الدعوي، مثل التكليف بالحضور، فلا يعتبر كذلك، وإن كان يعد دفعًا إجرائيًّا متعلقًا بالنظام العام؛ لتعلقه بأسس التقاضي[3]. ويري أنصار هذا الاتجاه[4]

(1) انظر: أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، بند 151، ص 143.

(2) انظر: أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، رقم 178، ص 298.

(3) انظر: نقض مدني مصري، جلسة 9/ 2/ 1970، فى الطعن رقم (67)، السنة 15، ص 521.

(4) انظر: وجدي راغب فهمى، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام المحاكم، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر: حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، العريش، مصر من 20- 25/ 9/ 1987، ص 95 وما بعدها.

استبعاد تعرض الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لموضوع النزاع المراد حسمه عن طريق التَّحكِيم، سواء من قريب أو بعيد.

فهو دفع ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي، وهو عدم قابلية الطلبات التي تتضمنها صحيفة افتتاح الدعوي القضائية لأن تكون محلًّا للمطالبة القضائية، بسبب الاتفاق على التَّحكِيم[1].

ويفرق هذا الاتجاه بين كلٍّ من الدَّفع بعدم القبول والدَّفع الإجرائي؛ ليتوصل من خلال ذلك إلي أن هناك صلة وثيقة بين أسباب عدم القبول وموضوع الدعوي، في حين أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لا صلة له بموضوع الدعوي؛ لأنه يوجه إلي إجراءات الخصومة القضائية[2].

فالدَّفع الإجرائي باعتباره دفعًا يوجه إلي إجراءات الخصومة القضائية، بهدف الحصول على حكم يؤدي إلي إنهاء الخصومة دون الفصل في موضوعها، يختلف عن الدَّفع بعدم القبول الذي يُوَجَّهُ إلي الحق في الدعوي، وإن كانا يتفقان في أنهما يهدفان إلي الحصول على حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها، وعليه فإن الدَّفع بعدم القبول وإن لم يكن دفعًا موضوعيًّا بحتًا لتعلقه بحق إجرائي هو الحق في الدعوي، إلا أنه يكون حقًّا متعلقًا بالموضوع؛ ومن ثم فإن أسباب عدم القبول مثل انتفاء الصفة تتصل اتصالًا وثيقًا بموضوع الدعوي القضائية[3].

(1) انظر: وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، ص 114 وما بعدها.

(2) انظر: باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، ص 437.

(3) انظر: باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، ص 437.

ويري هذا الجانب من الفقه[1] أنه لا يكفي في سبيل تأصيل الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم الوقوف عند الطبيعة الإجرائية له، وإنما يتعين تحديد نوع هذا الدَّفع من بين طائفة الدُّفوع الإجرائية التي حددتها المادة (108) من قانون المرافعات المصري[2]. ويرجع ذلك-**أي: ضرورة تحديد نوع الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم**- إلي أن لكلِّ دفع من الدُّفوع الإجرائية قواعده الخاصة به.

والدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لا يمكن أن يكون إلا دفعًا ببطلان الإجراء الافتتاحي للخصومة، وهو المطالبة القضائية، إلا أن سبب البطلان الذي يثيره هذا الدَّفع ليس عيبًا شكليًّا في المطالبة القضائية، وإنما هو عيبٌ موضوعيٌّ يتعلق بعدم قابلية المحل للفصل فيه[3].

ويترتب على وجود اتفاق تحكيم صحيحٍ بُطْلَان المطالبة القضائية، الحكم في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم قد يترتب عليه بطلان المطالبة القضائية أو صحتها، وهذا البطلان يتعلق بالمصلحة الخاصة للخصوم، ويترتب على الحكم ببطلان المطالبة القضائية بطلان جميع الإجراءات اللاحقة عليها[4].

---

(1) انظر: وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، ص 120 وما بعدها.

(2) تنص المادة (108) من قانون المرافعات المصري على أن" الدفع بعدم الإختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع، أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في صحيفة الطعن.- ويحكم في هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع، وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها على حدة، ويجب إبداء جميع الوجوه التي يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معًا، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".

(3) انظر: باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، ص 439.

(4) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند 23، ص 58.

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه عدة نتائج يمكن عرضها على النحو التالي:

النتيجة الأولى: يجب إبداء الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم قبل إبداء أي طلب أو دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق في إبدائه.

النتيجة الثانية: يجب أن تفصل المحكمة في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم استقلالًا، وقبل الفصل في الموضوع، ما لم تقرر ضمه اليه، وعندئذ يتعين عليها أن تصدر قرارًا بالضم لتنبيه الخصوم إلي تقديم دفاعهم الموضوعي[1].

النتيجة الثالثة: الحكم الصادر بقبول الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لا يستنفد ولاية محكمة أول درجة، ومن ثم إذا قررت المحكمة الاستئنافية إلغاءه، وجب عليها إعادة الدعوي إلي محكمة أول درجة لتفصل في موضوعها.

النتيجة الرابعة: الحكم الصادر في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يعد حكمًا قطعيًّا فاصلًا في مسألة إجرائية، ومن ثَمَّ فإنه يستنفد ولاية المحكمة في هذه المسألة التي فصل فيها فقط دون الموضوع.

النتيجة الخامسة: لَمَّا كان الدَّفع بعدم وجود الاتفاق على التَّحكِيم يعد دفعًا غير متعلق بالنظام العام؛ فإنه يخضع لقواعد البطلان الخاص والمنصوص عليها في قانون المرافعات، بحيث لا يجوز أن يتمسك به إلا من شرع لمصلحته، ولا يجوز للمدعي أن يتمسك به؛ لأنه الخصم المتسبب في البطلان، كما يزول البطلان إذا تم التنازل عنه، سواء صراحة أو ضمنًا.

النتيجة السادسة: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم مقرر لمصلحة الخصم- المدعي

(1) انظر: باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، ص 438.

عليه-، وبالتالي لا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما يتمسك به من له مصلحة في ذلك.

والنتيجة السابعة: يستطيع من تقرر لمصلحته الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم - المدعي عليه- أن يتنازل عنه صراحةً أو ضمنًا.

ثانياً: أَسَانِيدُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق عَلَى التَّحكِيمِ هُوَ دَفْعٌ إِجْرَائِيٌّ بِبُطْلَانِ المُطَالَبَةِ القَضَائِيَّةِ.

يَستَنِدُ الاتجاه القائل بأن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع إِجْرَائِيٌّ بِبُطْلَانِ الْمُطَالَبَةِ القَضَائِيَّةِ إلي مجموعة من الحُجَجِ على النَّحو التالي:

الحُجَّةُ الأُولَى: الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم لا صلة له بموضوع الدعوي القضائية، ولكنه يكون موجهًا لإجراءات الخصومة، على أساس أنه يرتب التزاما على عاتق طرفيه بعدم سلوك إجراءات التقاضي العادية، والدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو الوسيلة الفنية التي يتمسك بها الخصم قبل خصمه بحقه في عدم اتباع إجراءات التقاضي العادية[1].

الحُجَّةُ الثَّانِيَةُ: أنصار الاتجاة القائل بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، وأنصار الاتجاه القائل بأنه يعتبر دفعًا بعدم قبول الدعوي القضائية يقرون الطبيعة الإجرائية البحتة له، ويطبقون عليه أحكام الدُّفوع الإجرائية[2].

الحُجَّةُ الثَّالثَةُ: لما كان اتفاق التَّحكِيم يلزم طرفيه بعدم اتباع إجراءات التقاضي العادية وضرورة سلوك إجراءات التَّحكِيم، فإن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

(1) انظر: وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، ص 115.

(2) انظر: أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، بند 154، ص 145.

هو الوسيلة التي يتمسك الخصم من خلالها بعدم اتباع طرق التقاضي العادية، فهو دفع موجهٌ إلي إجراءات الخصومة القضائية، ويخضع بالتالي من الناحية العملية للقواعد التي تحكم الدُّفوع الإجرائية البحتة[1].

الحُجَّة الرَّابِعَةُ: تتبع الصياغات المختلفة للاتجاهات التي قيل بها حول طبيعة الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم تؤكد اعتباره دفعًا ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي، وهو عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلًّا لها، فأنصار فكرة عدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم، أو انتفاء ولاية المحكمة يقرون الطبيعة الإجرائية البحتة للدفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم؛ لذا فإنهم يستبعدون فكرة عدم قبول الدعوي القضائية، ويدرجونه ضمن نوع من أنواع الدُّفوع الإجرائية، أما أنصار فكرة عدم قبول الدعوي القضائية، فقد رأوا أن مضمون الاتفاق على التَّحكِيم هو نزول الخصم عن حقه في الفصل في الدعوي القضائية عن طريق الخصومة القضائية العادية[2]، مما يجعل التنازل عن طريق الخصومة القضائية العادية، وليس التنازل عن حق الدعوي القضائية، أما من اعتبر أن الاتفاق على التَّحكِيم يتضمن تنازلًا عن الحق العام في الالتجاء إلي القضاء، فإن معناه لا يمكن أن ينصرف إلا إلي مجرد التنازل عن إجراءات التقاضي العادية[3].

الحُجَّة الخَامِسَةُ: يتمسك أنصار هذا الاتجاه بضرورة تحرير الفكر القانوني من رواسب تاريخية كانت تذهب لاعتبار الإجراءات القضائية مجرد طقوس وشكليات لا يحكم

(1) انظر: أسامة أحمد شوقي المليجي،هيئه التحكيم الاختيارى، ص 146.

(2) انظر: فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، بند 441، ص 913.

(3) انظر: وجدي راغب فهمى، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، ص 116.

ببطلانها إلا إذا كانت مشوبة بعيب، أما الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم فهو دفعٌ من نوع خاص يتفق مع نظرة الفكر القانوني المعاصر للدور الإجرائي في الخصومة المدنية الحديثة[1].

الحُجَّة السَّادِسَةُ: تعلق الأمر بمسألة إجرائية، مضمونها عيب في إجراءات المطالبة القضائية، فالإجراء هو عملٌ قانونيٌّ يجب أن تتوافر فيه عناصر موضوعية: **" الأهلية والاختصاص، والإرادة، والمحل"** وأخري شكلية، وإلا كان باطلا. ووظيفة اتفاق التَّحكِيم هي مجرد الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء، على نحو لا يصح معه لأن يكون محلًّا لهذه المطالبة[2]، وَمِنْ ثَمَّ فإنَّه لا يجوز التَّمَسُّك به إلَّا من شُرِعَ لمصلحته -**أي الطرف الآخر في اتفاق التَّحكِيم**-، ولا يجوز أن يتمسك به من تسبب فيه، فلا يجوز أن يتمسك به المدعي؛ لأنه الخصم المتسبب في البطلان[3].

كما يزول هذا البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته -**صراحة أو ضمنًا**- والمطالبة به لا تنقطع بالتقادم، و تطبق عليها قواعد التحول، والانتقاص، كما يترتب على الحكم القضائي الصادر ببطلان المطالبة القضائية بطلان كافة الإجراءات اللاحقة، والمبنية عليها، وزوال الخصومة القضائية، باعتبارها أثرًا للمطالبة القضائية[4].

---

(1) انظر: وجدي راغب فهمى، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، ص 126- 130.

(2) انظر: مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بند 356، ص 522.

(3) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص 281.

(4) انظر: فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985، بند 79 ص 156 وما بعدها بند 206، ص 385 وما بعدها. وجدي راغب فهمي، مبادئ ==

الحُجَّة السَّابِعَةُ: تُرَتِّبُ بعض التَّشريعَات العربية على الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم أثرًا إجرائيًّا بحتًا، ألا وهو وقف الإجراءات لحين صدور حكم التَّحكِيم في النزاع موضوعه، ونخلص من ذلك إلي أن تطبيق الضوابط الفنية والأفكار العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية. وكذلك الأحكام العملية في أحكام القضاء تؤكد على اعتبار الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعًا إجرائيًّا بحتًا[1].

الحجة الثامنة: وظيفة اتفاق التحكيم هي مجرد الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء على نحو لا يصبح معه صالحا لأن يكون محلال لهذه المطالبة؛ ومن ثم فالمطالبة بالحق بعد الاتفاق على التحكيم تكون باطلة، وسبب البطلان هو افتقاد هذا الإجراء –المطالبة القضائية– عنصرا من عناصره الموضوعية[2].

والحجة التاسعة: المطالبة القضائية إجراء شكلي يرمي الشكل فيه إلي ضمان علم القاضي والخصوم بمضمون المطالبة، فإذا تخلفت إحدى هذه المقتضيات فالقاعدة أن الجزاء هو البطلان[3].

==

الخصومة المدنية الحديثة، ص 308: 316. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974 بند 267 وما بعدها.

(1) انظر: محمود السيد عمر التحيوى، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبى للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص289.

(2) انظر: مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، ج1، بند356، ص522وما بعدها.

(3) انظر: وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص81

ثالثاً: الانتقادات لاعتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق عَلَى التَّحكِيمِ هُوَ دَفْعٌ إِجْرَائِيٌّ بِبُطْلَانِ المُطَالَبَةِ القَضَائِيَّةِ.

تعرض أنصار الاتجاه القَائِل بِأَنَّ الدَّفْعَ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ هُوَ دَفْعٌ إِجْرَائِيٌّ بِبُطْلَانِ المُطَالَبَةِ القَضَائِيَّةِ لعدة انتقادات، ومن بينها ما يلي:

الانتقاد الأَوَّلُ: القول بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يوجه إلي إجراءات الخصومة القضائية تأسيسًا على أن اتفاق التَّحكِيم يلزم طرفيه بعدم سلوك طريق التقاضي العادي لا يختلف عن تأصيل التَّحكِيم باعتباره تنازلًا عن الحق في الدعوي أو الالتجاء إلي القضاء؛ فجميعها تقوم على افتراض ليس صحيحًا، بدليل إمكانية العودة إلي التقاضي العادي لو تعذرت مواصلة التَّحكِيم أو وصوله إلي منتهاه، بعكس التنازل الذي يحول دون العودة إلي ممارسة الحق الذي تم التنازل عنه[1].

الانتقاد الثَّانِي: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لا يوجه إلي إجراءات الخصومة القضائية، وإنما إلي حق الخصم –**من حيث المبدأ**– في استعمال الحق في الدعوي، وولوج باب القضاء العادي، وذلك بعد أن تم الاستعاضة عنه بطريق آخر موازٍ له ومحقق للأهداف ذاتها، من حيث حسم النزاع بحكم ملزم، فإذا استبعدنا الدَّفع بعدم الاختصاص لصعوبة إعماله، فإنه لا يبقي إلا الدَّفع بعدم القبول، فاتفاق التَّحكِيم يرتكز إلي اتفاق الطرفين ومباركة القانون له[2].

(1) انظر: إبراهيم حرب محيسن ، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم في الخصومة المدنية، ص 75 وما بعدها.

(2) انظر: إبراهيم حرب محيسن ، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم في الخصومة المدنية ، ص 76.

الانتقاد الثَّالِثُ: القول باعتبار أن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم دفعًا ببطلان المطالبة القضائية يخالف القواعد الثابتة في البطلان؛ إذ البطلان يتعين أن يستند لشيء في المطالبة القضائية، ولا يتعين أن يستند لشيء خارجي مثل اتفاق التَّحكِيم، كما أن الأخير قد يتم في مرحلة لاحقة لقيام الخصومة، فكيف يبطلها عندئذ؟![1].

الانتقاد الرَّابِعُ: الأمر في الاتفاق على التَّحكِيم لا يتعلق ببطلان المطالبة القضائية، وإنما بوجود أو عدم وجود الحق في الدعوي القضائية، وهو الحق في الحصول على الحكم بصحة أو عدم صحة الادعاء المُقَدَّمِ إلي القاضي، وفيما يتعلق بالتَّحكِيم فإنَّ عدم كفاية الادعاء يرجع إلي نص القانون، والذي أقر للخصوم الحق في الاتفاق على التَّحكِيم[2].

الانتقاد الخَامِسُ: المتمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم ينازع في أحقيَّة المدعي في إقامة دعواه، ولا يهدف إلي الإنهاء على الإجراء القضائي لعيب فيه أيًّا كان هذا العيب، وكيف أن يقضي له بعدم قبول الدعوي ليناط أمر النزاع بالمحكمين، ومحاولة إعمال قواعد البطلان في غير محلها لا تجدي ولا تضيف جديدا. أما القول بعدم جواز تمسك المدعي بالدَّفع فيفسره أنه مادام هو الذي أقام دعواه فليس من المعقول أن يدفع ببطلانها أو بعدم قبولها، لاسيما وأنه يملك إذا رغب عنها أن يسقطها أو يتنازل عنها دون معارضة المدعي عليه المتمسك بالدَّفع والذي يستوي لديه تراجع المدعي عن المطالبة القضائية أو الحكم له بعدم قبولها. وأما الزعم بأن المدعي هو الذي تسبب

(1) انظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، بند 81 ص 262.

(2) انظر: هات محيي الدين اليوسفي، الأثر المانع لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 83.

بالعيب، فلا يجوز له أن يتمسك به، فهل ينظر إلي أن اتفاق التَّحكِيم هو وليد إرادة الخصمين، وكلاهما مسئول عن نشأته. وأن إقامة الدعوي برغم وجود اتفاق التَّحكِيم فلا يمكن أن تشكل في حد ذاتها عيبًا يستوجب البطلان[1].

والانتقاد السادس: إذا كان على القاضي أن يبحث بداهة موضوع الادعاء المقدم اليه - **كشرط لوجود الحق في الدعوي القضائية**- وهذا يقتضي أن يكون الادعاء كافيًا لكي يتمكن من بحث جميع العناصر المكونة للحق الموضوعي المتنازع عليه، فإذا كان عبء الادعاء غير كاف، فإنه ينبغي على القاضي أن يستمر في البحث عما قاله الخصوم في الدعوي القضائية؛ ممَّا يوفر عليه عناء البحث عن الحقيقة، ويجب لكفاية الادعاء ألا يكون قد سبق الفصل في موضوعه، وألا يكون مخالفًا للنظام العام، فإنه ومما يتعلق بالتَّحكِيم، فإن عدم كفاية الادعاء يرجع إلي نص القانون، والذي قرر للخصوم الحق في الاتفاق على التَّحكِيم. ولذلك فإن المشكلة تكمن في تحديد مصدر اختصاص هيئة التَّحكِيم -**القانون أم الاتفاق**- فالقانون يحدد حالات، وشروط ممارسة الخصوم لحقهم في الالتجاء إلي التَّحكِيم -**وهي مصدر التَّحكِيم دائما**- فإذا لم تتوافر مثل هذه الشروط، فإنه يكون عليه أن يقضي باختصاص أو بعدم اختصاص هيئة التَّحكِيم بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم[2]، وليس ببطلان المطالبة القضائية.

(1) انظر: إبراهيم حرب محيسن ، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم في الخصومة المدنية، ص 77 وما بعدها.

(2) انظر: محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية لسلطات المحكمين، ص 103.

المَطْلَبُ الثاني
الدَّفْعَ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ

هُوَ دَفْعُ بِنَقْصٍ فِي وِلَايَةِ المَحْكَمَةِ المخْتَصَّةِ أَصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ.

إزاء الانتقادات التي وُجِّهَتْ إلي النظريات السابقة في تحديد طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، ذهب جانب من الفقه إلي اعتبار الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعًا يتعلق بتوزيع الولاية ما بين القضاء العام في الدولة وبين قضاء التَّحكِيم، وأن للمحكمة دورًا مساعدًا للتحكيم، وأنها تستمد ولايتها كاملة على النزاع إذا فشل التَّحكِيم في الوصول إلي أهدافه، فدور المحكم هو نظر الدعوي من خلال خصومة التحكيم، وإصدار قرار يحسم النزاع، وهو قرار يصدر من فرد عادي، على الرغم من حيازته حجية الأمر المقضي، إلا أنه لا يقبل التنفيذ إلا بعد أن يحيطه قضاء الدولة بالإجراء الأخير، وهو الأمر بالتنفيذ، وسوف أتناول هذا المطلب على النحو التالي:

- **أولاً**: مَضْمُونُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ هُوَ دَفْعُ بِنَقْصٍ فِي وِلَايَةِ المَحْكَمَةِ المخْتَصَّةِ أَصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.
- **ثانياً**: أَسَانِيدُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ هُوَ دَفْعُ بِنَقْصٍ فِي وِلَايَةِ المَحْكَمَةِ المخْتَصَّةِ أَصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.
- **ثالثاً**: الانتقادات لاعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم هُوَ دَفْعُ بِنَقْصٍ فِي وِلَايَةِ المَحْكَمَةِ المخْتَصَّةِ أَصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

أولاً: مَضْمُونُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ دَفْعًا بِنَقْصٍ فِي وِلَايَةِ المَحْكَمَةِ المخْتَصَّةِ أَصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم

يري جانبٌ من الفقه[1] أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع بنقص في ولاية المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم لو لم يوجد هذا الأخير؛ حيث لا يتناول موضوع الدعوي القضائية ذاتها، طالما كان الاتفاق صحيحًا.

فالاتفاق على التَّحكِيم- والذي يعترف به القانون ويرتب عليه آثاره- يجعل سلطة القضاء مُقَيَّدَةً بتقدير القدر اللَّازم من الحماية القضائية الذي يحققه لنظام التَّحكِيم، وذلك من خلال مجموعة من الإجراءات والأوامر التي تُعِينُ المُحَكِّمَ على تسيير الخصومة، وتحقق للمحكم في القرار الذي يصدره الفاعلية الإجرائية القضائية[2].

فالاتفاق على التَّحكِيم ما هو إلا توزيع لولاية نظر الدعوي بين المحكمة المختصة والمحكم الذي أسند اليه موضوع النزاع بوجود الاتفاق. فللمحكمة دور يساعد المحكم في إنهاء مهمته، ويكفل لنظام التَّحكِيم فاعليته، وبالتالي يمكن القول بأن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفعٌ بنقص في ولاية المحكمة؛ حيث لا يتناول موضوع الدعوي ذاتها طالما كان اتفاق التَّحكِيم صحيحًا.

(1) انظر: هات محيي الدين اليوسفي، الأثر المانع لاتفاق التحكيم، ص 84.

(2) انظر: على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، ص 208.

ثانياً: أَسَانِيدُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ دَفْعًا بِنَقْصٍ فِي وِلَايَةِ المَحْكَمَةِ المخْتَصَّةِ أَصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

يستندُ الاتجاه القائل بأن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع بِنَقْصٍ فِي وِلَايَةِ المَحْكَمَةِ المخْتَصَّةِ أَصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم إلي مجموعة من الحُجَجِ على النَّحو التالي:

الحُجَّةُ الأُولَى: إذا ظل اتفاق التَّحكِيم صحيحًا وساريًا ومنتجًا لآثاره القانونية؛ فإن دوره ينحصر عندئذ في منح القدر اللازم من الحماية القضائية الذي يكفله نظام التَّحكِيم[1]؛ ولذلك فإنه إذا عدل الأطراف المحتكمون عن التَّحكِيم تستعيد المحكمة اختصاصها وولايتها كاملة، باعتبار أن القضاء هو صاحب الولاية العامة في الفصل في جميع المنازعات في الدولة، وأن التَّحكِيم هو استثناء من هذا الأصل.

الحُجَّةُ الثَّانِيَةُ: إذا ما تقدم أحد الأطراف المحتكمون-عَلَى الرغم من وجود الاتفاق على التَّحكِيم- إلي المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم مطالبًا الحكم في هذا النزاع، وكانت شروط الدعوي القضائية متوافرة وكانت المحكمة مختصة طبقًا لقواعد الاختصاص القضائي، فكيف تحكم المحكمة بعدم القبول أو عدم الاختصاص؛ بجانب أن القوانين المنظمة للتحكيم قد منحت المحاكم دور مساعدًا في أثناء خصومة التَّحكِيم؛ إذ إن المسألة بخصوص الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم ليست دفعًا بعدم القبول أو عدم الاختصاص[2].

(1) انظر: على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، ص 208.

(2) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص 274.

الحُجَّةُ الثَّالِثَةُ: للمحكمة المختصة أَصْلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التَّحكِيم دورٌ في مساعدة المُحَكِّمِ في إنجاز مهمته، سواء من حيث الرقابة على الأحكام الصادرة منه، وذلك من حيث: الاختصاص بنظر الطعن عليها، أو الأمر بتنفيذها، أو من حيث المساعدة في تشكيل هيئة التَّحكِيم إذا ما اختلف الأطراف المحتكمون في ذلك[1].

الحجة الرابعة: اتفاق التحكيم يوزع الولاية في نظر الدعوي ما بين المحكمة المختصة والمحكم الذي ينظر الدعوي، فالمحكمة لها دور مساعد للمحكم حتي يستطيع إنجاز مهمته، والقرار الصادر منه هو قرار من فرد عادي، وبالرغم من أنه يحوز حجية الأمر المقضي إلا أنه لا يقبل التنفيذ إلا بعد منحه التنفيذ من القضاء[2].

ثالثاً: الانتقادات اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم دَفْعًا بِنَقْصٍ فِي وِلَايَةِ المَحْكَمَةِ المخْتَصَّةِ أَصلًا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

يتلافي هذا الاتجاه العديد من الانتقادات التي وجهت لسابقيه من الاتجاهات، إلا أننا لا يمكن أن نبعده عن دائرة الانتقاد، وممَّا وُجِّهَ اليه من نقد ما يلي:

الانتقاد الأَوَّلُ: القضاء هو صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في المنازعات؛ وبالتالي لا يمكن أن نقول بأن الاتفاق على التَّحكِيم يؤدي إلي نقص في ولاية المحكمة؛ لأنها مختصة أصلا بنظر النزاع – كقاعدة عامة.

الانتقاد الثَّانِي: لا يجوز أن ندعي أن سلطة القضاء – السلطة المختصة بالفصل في المنازعات – مقيدة، بل هي صاحبة الاختصاص العام.

(1) انظر: على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، ص 209.

(2) انظر: على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، ص209

الانتقاد الثالث: المحكمة لها دور مساعد من بداية إجراءات التحكيم حتي نهايتها، فكيف يمكن القول بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع بنقص في ولاية المحكمة، وهي تستطيع الفصل في النزاع إذا فشل التحكيم في تحقيق مبتغاه؟!.

الانتقاد الرابع: توزيع الولاية في الفصل في المنازعات يكون بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم بالرغم من اعتراف المشرع لها بالفصل في المنازعات، إلا أنه لا يجوز وضعها في مرتبة واحدة مع محاكم الدولة.

المَطْلَبُ الثالث
الدَّفْعُ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التحْكِيمِ دَفْعٌ لَهُ ذَاتِيَّةٌ خَاصَّة

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ

بعد استعراض الاتجاهات الفقهية السابقة في تكييف الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، نجد أن هناك جانبا آخر من الفقه تبني تكييفا آخر للدفع بالتحكيم، وأكد على أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع له ذاتية خاصة، وهو دفع يلتزم القضاء بموجبه أن يمتنع عن نظر النزاع الذي يعرض عليه وبشأنه اتفاق تحكيم؛ احتراما لهذا الاتفاق وإلزام الأطراف باللجوء إلي هيئة التحكيم، وتمهيدا للبحث وإحاطة بالموضوع أتناول هذا المطلب على النحو التالي:

- **أولاً**: مَضْمُونُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التحكيم لَهُ ذَاتِيَّةٌ خَاصَّة.
- **ثانياً**: أَسَانِيدُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التحكيم لَهُ ذَاتِيَّةٌ خَاصَّة.
- **ثالثاً**: الانتقادات لاعْتِبَارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التحكيم لَهُ ذَاتِيَّةٌ خَاصَّة.

أولاً: مَضْمُونُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ لَهُ ذَاتِيَّةٌ خَاصَّة.

ذَهَبَ جانبٌ من الفقه[1] إلي أنَّ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يُعَدُّ دفعًا خاصًّا له طبيعة خاصَّة ومستقلة، وهو ليس إلَّا دفعًا بالتَّحكِيم لا يترتَّب عليه سلب اختصاص المحاكم كأثر مباشر، ولا يترتب على قبولها نظر المنازعة المعروضة عليها، بل يكون لِكُلِّ طرف من أطراف اتفاق التَّحكِيم التنازل ضمنيًّا عن هذا الاتفاق والالتجاء للقضاء، دون أن يرتب عليه أية مسئولية؛ حيث إِنَّ الاتفاق يُمَكِّنُ الأطراف من اللجوء

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند 31، ص66

للتَّحكيم، ولا يمنعهم من الالتجاء للقضاء، كُلُّ ما هنالك أَنَّ الإرادة تكون مُعَلَّقَةً على إرادة الطرف الآخر الذي يحقُّ له الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، وأن المحكمة تظل مُخْتَصَّةً إذا رفضت الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، وذلك عندما تتأكَّد من عدم صحة اتفاق التَّحكِيم.

ويؤكد هذا الاتجاه على أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يُعَدُّ دفعًا خاصا أنَّ المشرِّع وضع له أحكاما خاصة، وإن سماه دفعًا بعدم القبول، فهو لا يتعلق بالنِّظام العام، ويجب إبداؤه قبل الحديث في الموضوع، وإلا سقط الحقُّ في التمسك فيه، ويمكن تفسير هذه الطبيعة الخاصة للدفع بالتَّحكِيم بأنه لَمَّا كانت أحكام التَّحكِيم وقواعده معظمها إن لم تكن جميعها اتفاقية وتكمل إرادة الأطراف؛ فإن المشرع سَنَّ لهم قاعدة خاصة تُمَكِّنُهُم من الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم" إذا ارتأي أحدهم إثارة الدَّفع، ويترَتَّب على الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أن تقضي المحكمة بعدم قبولها إذا دفع أمامها، ولكن لا تنطبق على الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم القواعد المتأصلة في قانون المرافعات بشأن الدَّفع بعدم القبول، وإنما تطبق أحكامه الخاصَّة، والتي نص عليها قانون التَّحكِيم المصري[1].

ثانياً: أَسَانِيدُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التحكيم لَهُ ذَاتِيَّةٌ خَاصَّة.

يستندُ الاتجاه القائل بأن الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم هو دفع لَهُ ذَاتِيَّةٌ خَاصَّة إلي مجموعة من الحُجَجِ على النَّحو التالي:

الحُجَّةُ الأُولَى: إن المشرع أجاز للأفراد الاتفاق على اختصاص هيئة التَّحكِيم على

(1) انظر: أحمد نبيل سليمان طبوشة، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ص366 .

سبيل الاستثناء إلي جانب القضاء مع إعطاء الأولوية لهيئة التَّحكِيم في حالة التمسك بهذا الاتفاق من أي طرف بالطريقة التي رسمها القانون؛ ومن هنا لا يوجد ما يمنع أن يكون هذا الدَّفع دفعا بالتَّحكِيم، تكون له قواعده الخاصة التي تخالف أحكام وقواعد الدُّفوع في قانون المرافعات.

الحُجَّةُ الثَّانِيَةُ: يمكن أن يأخذ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم حكم المسائل الأولية السابقة على الفصل في الموضوع والتي يتوقف عليها استمرار المحكمة بنظر موضوع الدعوي من عدمه، وهذا الدَّفع يتعلق بإجراءات الدعوي المطروحة أمام المحكمة؛ حيث يترتب على صحة الاتفاق صحة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، وعلي رفض الدَّفع القضاء ضمنيًّا بعدم صحة الاتفاق على التَّحكِيم[1].

الحُجَّةُ الثَّالِثَةُ: التكييف للدَّفع باتفاق التَّحكِيم يتماشي مع طبيعة المنازعة المطروحة على المحكمة، وسلطة المحكمة إزاء هذه المنازعة، والحاجة لوجود حكم قابل للتنفيذ الجبري، في حالة تأكد المحكمة من صحة اتفاق التَّحكِيم، خاصَّة وأن الحكم الصادر بعدم القبول، أو عدم الاختصاص، أو حتي بوقف الدعوي، أو ببطلان المطالبة القضائية لا يحوز قوة الأمر المقضي ولا يتضمن أي إلزام لإمكان تنفيذه جبرًا؛ ومن ثم يكون من المناسب تكييف هذا الدَّفع على أنه دفع بوجود وصحة اتفاق التَّحكِيم[2].

الحُجَّةُ الرَّابِعَةُ: هناك من التَّشريعَات الوضعية التي نصَّت صراحَةً على مُسَمَّي الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، وذلك كما في قانون التَّحكِيم السويسري لسنة 1999، الذي مَيَّزَ الدَّفع بوجود اتفاق التَّحكِيم، وسماه باسمه، وهو " الدَّفع بوجود

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند 32، ص72.

(2) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند 32، ص 72.

الاتفاق على التَّحكِيم" دون أن يصفه بعدم الاختصاص أو بالدَّفع بعدم القبول[1].

الحُجَّةُ الخَامِسَةُ: الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم من الصعب إخضاعه بصورة تلقائية لأية طائفة من الدُّفوع دون أن تكون هناك استثناءات في بعض آثاره[2].

الحجة السادسة: يرمي الدفع بوجود اتفاق التحكيم إلي التزام الطرف الآخر بالبدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة؛ إذ الهدف من الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو إثباته لمنع القضاء من نظر النزاع موضوعه[3].

الحجة السابعة: هذا التكييف يتماشي مع طبيعة المنازعة المطروحة على المحكمة، وسلطة المحكمة إزاء هذه المنازعة، ففي حالة التأكد من صحة اتفاق التحكيم فيلزم الطرف الأخير جبرا بالبدء في إجراءات التحكيم، وهذا ما لا يتوافر في الحكم بعدم الاختصاص، أو عدم القبول، أو وقف الدعوي، أو بطلان المطالبة القضائية[4].

ثالثاً: الانتقادات لاعْتِبَارِ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيم لَهُ ذَاتِيَّةٌ خَاصَّة.

وُجِّهَتْ بعضُ الانتقادات للاتجاه القائل بأنَّ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم له ذاتيَّةٌ خاصَّةٌ، ومنها مَا يلي:

الانتقاد الأَوَّلُ: بالرغم من وجاهة هذا الرأي إلَّا أنَّه لا يمكن تقبُّله على إطلاقه،

(1) انظر: أحمد نبيل سليمان طبوشة، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ص364 وما بعدها.

(2) انظر: إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة في الأثر السلبي المترتب على اتفاق التحكيم في التشريعات العربية والأجنبية ، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009 ، ص157 .

(3) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب ، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، ص290.

(4) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب ، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، ص295.

فالقانون لم يأت بنص صريح يُسَمِّي فيه هذا الدَّفع دفعا بالتَّحكِيم، وإنَّما اكتفي بتمديد قواعده وأحكامه في النصوص القانونية. وتعرض القانون لآثاره التي تمنع القضاء العام في الدولة من نظر موضوع النزاع المتفق بشأنه على التَّحكِيم، إذا كان الاتفاق عليه صحيحًا، وأوجب على المحكمة حينما يتمسك أحد الأطراف أمامها بوجود اتفاق التَّحكِيم صحيحًا أن توجه الأطراف إلي التَّحكِيم للفصل في هذا النزاع.

الانتقاد الثَّانِي: إنَّه إنْ كان المشرع أورد استثناءً على القضاء بصفته المختص الأصيل بالفصل في المنازعات، وأجاز للأطراف حق اختيار طريق التَّحكِيم كأحد الوسائل البديلة للفصل في المنازعات، إلا أنه لا يجوز التوسعُ في هذا الاستثناء وإدخالُ دفعٍ جديد لم ينص عليه المشرع صراحة.

الانتقاد الثَّالِثُ: إنَّ القول بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يأخذ حكم المسائل الأولية السابقة على نظر الموضوع، والتي يتوقف عليها استعمال إجراءات أمام المحكمة من عدمه يمكن أن يدخل في عداد الدُّفوع الإجرائية، فلا يوجد مبرر لتسميته اسما خاصا به.

الانتقاد الرابع: هذا الرأي ركز اهتمامه على تسمية الدفع دون أن يوضح طبيعته وحقيقته ومرماه وآثاره والنتائج المترتبة عليه، فضلا عما يثيره هذا الرأي من إشكالية من حيث توجيه الأطراف إلي التحكيم عند عرض النزاع على قضاء الدولة في النزاع المتفق بشأنه عرضه على هيئة التحكيم[1].

(1) انظر: أحمد نبيل سليمان طبوشة، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2011م، ص365. وانظر أيضا: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، ص49

المَطْلَبُ الرابع
الدَّفعُ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ يُعَدُّ دَفْعًا بِوَقْفِ الدَّعْوَي

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ:

إزاء الانتقادات التي وُجِّهَتْ لكلٍّ من الاتجاهات السابقة حاول البعض إيجاد وجهة نظر أخري قد تتلافي الانتقادات التي وجهت لسابقيه، فقاموا بإدراج الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم ضمن الدفع بوقف الدعوي القضائية، على اعتبار أن الوقف من الطلبات التي ترد ضمن الدُّفوع الشكلية، وساقوا بعض الأسانيد التي تؤيد وجهة نظرهم، وسوف أقسم دراسة ذلك المطلب على النحو التالي:

- **أولاً**: مَضْمُونُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التحكيم دَفْعًا بِوَقْفِ الدَّعْوَي القَضَائِيَّةِ.
- **ثانياً**: أَسَانِيدُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التحكيم دَفْعًا بِوَقْفِ الدَّعْوَي القَضَائِيَّةِ.
- **ثالثاً**: الانتقادات لاعْتِبَارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التحكيم دَفْعًا بِوَقْفِ الدَّعْوَي القَضَائِيَّةِ.

أولاً: مَضْمُونُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ دَفْعًا بِوَقْفِ الدَّعْوَي القَضَائِيَّةِ.

ذهب جانبٌ من الفقه إلي القول بأن وجود اتفاق التَّحكِيم يُوجِبُ التزاما على المحكمة بوقف الدعوي لحين الفصل في النزاع من هيئة التَّحكِيم[1].

(1) انظر: مصطفي الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية بند 359، ص524 وما بعدها

وقد نَصَّ المشرِّع المصريُّ في المادة (46) من قانون التَّحكِيم المصري رقم 27 لسنة 1994 بوقف الخصومة الأصلية لحين رفع دعوي بالمسألة الأولية، أو لحين صدور حكم فيها، والرجوع بعد ذلك إلي هيئة التَّحكِيم وتحريك خصومة التَّحكِيم.

فالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم قد يأخذ حكم المسألة الأولية والتي يجب الفصل فيها قبل الفصل في الموضوع، والقاعدة أنه على المحكمة أن تأمر بوقف الدعوي كلما تقدم أحد الخصوم بدفع يثير مسألة أوَّلية، يجب الفصل فيها أولا لكي يمكن الحكم في الدعوي الأصلية بشرط أن تكون هذه المسألة ممَّا يخرج عن اختصاص المحكمة[1].

ومن هنا يمكن اعتبار أنه من الأفضل أن يكون الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعا بوقف الدعوي؛ حيث إنه يحقق مزايا عملية، فهو يساعد الأطراف على العودة للقضاء مرة أخري في حالة فشا عملية التحكيم، وأن حكم الوقف هو من الأحكام التمهيدية التي لا يجوز استئنافها مباشرة[2].

والوقف من الطلبات التي ترد في صورة دفوع شكلية، ولها طبيعة الدفوع الشكلية، فالقاضي يوقف الدعوي كلما بدا له ارتباط بين النزاع المعروض عليه وبين مسألة أخري ارتباطا لا يمكن معه تجاهله والفصل في الدعوي، ويمتنع السير في إجراءاتها إلي أن يفصل في المسألة المرتبطة[3].

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، الدفوع في قانون المرافعات، ص1146 ..

(2) انظر: فاطمة صلاح رياض، نطاق إختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، رسالة حقوق، جامعة القاهرة، 2009م، بند 47، ص20، وما بعدها.

(3) انظر: هدى محمد مجدي، طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، العدد الثمانون، 2008، ص28

وفكرة الوقف قد تكون أكثر ملائمة وتوافقا بين ضرورة احترام اتفاق التحكيم الصحيح وبين الإبقاء على اختصاص القضاء فيما يجاوز نطاق اتفاق التحكيم[1].

ثانياً: أَسَانِيدُ اعْتِبَارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التحكيم دَفْعًا بِوَقْفِ الدَّعْوَي القَضَائِيَّةِ.

يستندُ الاتجاه القائِلُ بأنَّ الدَّفعَ بوجود الاتفاق على التَّحكِيم يُعَدُّ دَفْعا بِوَقْفِ الدَّعْوَي القَضَائِيَّةِ إِلَي الحُجَجِ التالية:

الحُجَّة الأولي: وقف الدعوي لا يتعارض مع الطبيعة القضائية للتحكيم، بل يؤكدها، وإن جميع الاتفاقات الدولية ولوائح مؤسسات التَّحكِيم لا تتعارض مع فكرة وقف الدعوي رغم اختلاف الصياغة المستخدمة[2].

الحُجَّة الثانية: الوقف يحقق مزايا عملية، مثل: تيسير عودة الأطراف للقضاء أثناء الخصومة لطلب المساعدة، علاوة على أن الوقف حكم تمهيدي لا يجوز استئنافه مباشرة[3].

الحُجَّة الثالثة: نصَّت بعض التَّشريعَات على أنه يترتب على الدَّفع بوجود اتفاق التَّحكِيم التزام المحكمة بوقف الدعوي؛ حيث نصَّ الفصل[3] من قانون التَّحكِيم الفيدرالي الأمريكي لعام 1925 على أنَّه "إذا رفعت دعوي أمام أية محكمة فيدرالية أمريكية في نزاع اتفق كتابة على إحالته إلي التَّحكِيم يجوز للمحكمة التي رفعت أمامها

(1) انظر: هدى محمد مجدي، طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، ص38

(2) انظر: هدي محمد مجدي، طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، ص29.

(3) انظر: فاطمة رياض صلاح، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، بند 47، ص20 وما بعدها .

دعوي بعد التأكد من أن المسألة المتنازع عليها تدخل في إطار العقد التَّحكِيمي تأجيل أو استئخار البتِّ بالقضية حتي انتهاء الإجراءات التَّحكِيمية المنصوص عليها في العقد التَّحكِيمي بناءً على طلب أحد الأطراف على أن يكون هذا الطرف غير متكلف في الإجراءات التَّحكِيمية[1]".

الحجة الرابعة: تفيد فكرة الوقف عند إصدار المحكم حكمه بإنهاء الإجراءات دون الفصل في النزاع؛ إذ يحق للمحكم أو للمحكمة المختصة إنهاء إجراءات التحكيم طبقا للمادة (34/ 1) من قانون التحكيم المصري إذا لم يقدم المدعي دعواه دون عذر مقبول في الميعاد المتفق عليه ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك[2].

الحجة الخامسة: تبدو أهمية الوقف جلية في بعض الفروض عندما يلجأ المدعي للقضاء رغم وجود اتفاق التحكيم خشية سقوط ادعائه طبقا لقانون دولته، فيبادر ببدء الإجراءات القضائية قطعا للتقادم رغم وجود اتفاق التحكيم حتي لا يواجه مشكلة سقوط ادعائه أمام القضاء، فيترتب على وقف الدعوي ألا يفقد المدعي حقه الموضوعي بالتقادم[3].

ثالثاً: الانتقادات لاعْتِبَارِ الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التَّحْكِيمِ دَفْعًا بِوَقْفِ الدَّعْوَي القَضَائِيَّةِ

وُجِّهَتْ بَعْضُ الانتقاداتِ للاتجاه القَائِلِ بِأَنَّ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لَهُ ذَاتِيَّةٌ خَاصَّةٌ، وَمِنْها:

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند 27، ص59 وما بعدها.

(2) انظر: هدي محمد مجدي، طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، ص30

(3) انظر: هدي محمد مجدي، طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، ص31

الانتقاد الأَوَّلُ: الوقف الاتفاقيُّ والذي يكون بناء على طلب أحد الخصوم يكون لمدة لا تجاوز ستة أشهر بشرط موافقة الطرف الثاني، ويكون الهدف منه منح الخصوم مهلة لتقديم دفاعهم، وهذا ما لا يتحقق في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.

فالوقف الاتفاقي يعني اتفاق الخصوم على ذلك من أجل إعطاء مهلة لهم لتقديم دفاعهم ومستنداتهم، أما الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لايعني اتفاق الخصوم على الوقف، ولا يعني إعطاء مهلة لهم لذلك، فليس الهدف منه كالهدف من الوقف الاتفاقي وإنما منع القضاء المختص بنظر النزاع من النظر في المنازعة موضوع الاتفاق على التحكيم، وعرضها على هيئة التحكيم، وهذا يعني المنع النهائي، وإصدار الحكم من هيئة التحكيم، وليس المنع المؤقت والمحدد بمدة زمنية كما هو الحال في الوقف الاتفاقي.

الانتقاد الثَّانِي: يترتب على انتهاء مدة الوقف معاودة المحكمة نظر النزاع مرة أخري، وهو ما لا يتحقق في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم[1].

فبانتهاء مدة الوقف تعاود المحكمة نظر النزاع مرة أخري بعد قيام الخصوم بيتعجيل الدعوي، أما الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لا يتشابه مطلقا مع الوقف في هذا الشأن، فهو المنع التام حتي صدور حكم من هيئة التحكيم في النزاع موضوع الاتفاق، أو انتهاء مهمة المحكم لأي سبب، أما الوقف فيعني أن هناك نزاعا يعرض من الأساس على القضاء ويكون مختصا به ثم يحدث أحد عوارض الخصومة فتوقف الدعوي.

الانتقاد الثَّالِثُ: النصُّ من جانب بعض التَّشريعَات على التزام المحكمة أن تأمر بالوقف وتلزم الخصوم باللجوء إلي التَّحكِيم لا يرقي أن يكون حجة على أن نعتبر

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند 30، ص65 .

الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعًا بوقف الدَّعوي القضائية.

فقد نصت المادة (154) من قانون المرافعات السوداني على أنه:" 1- إذا كان هناك اتفاق للإحالة للتحكيم أو التوفيق ورفعت دعوي من أحد أطراف ذلك الاتفاق أو من شخص يدعي عن طريقه في مواجهة طرف آخر في الاتفاق أو على أي شخص يدعي عن طريقه بشأن أية مسألة اتفق على إحالتها للتحكيم أو التوفيق جاز لأي خصم في الدعوي وفي أقرب فرصة ممكنة وقبل البدء في سماع الدعوي أن يطلب من المحكم وقف الدعوي، 2- إذا اقتنعت المحكمة بعدم وجود سبب كاف يمنع من الإحالة أو التوفيق طبقا للاتفاق وأن الطالب كان في وقت رفع الدعوي ولا يزال مستعدا وراغبا في الوفاء بالتزاماته لتسيير التحكيم أو التوفيق للمحكمة أن تأمر بوقف الدعوي".

كما نصت المادة (253) من قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي على أنه:"1- إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع دعوي به أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم، 2- ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلي رفع الدعوي دون اعتداد بشرط التحكيم، ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولي جاز نظر الدعوي واعتبر شرط التحكيم لاغيا، 3- أما إذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوي مستأخرة حتي يصدر قرار التحكيم".

ويري الباحث بعد عرض الاتجاهات المختلفة في شأن تحديد طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، والانتقادات التي تعرض لها كل اتجاه.

ومن ثَمَّ لا يمكن التسليم بوجهة النظر القائلة بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يُعَدُّ دفعا بعدم الاختصاص؛ فاتفاق التَّحكِيم لا يتضمن سلب القضاء لاختصاصه بنظر المنازعة، وكل ما هنالك أن القانون يعطي للطرف الآخر الحق في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم إذا لجأ خصمه للقضاء على عكس ما اتفق بشأنه

على التَّحكِيم، فهو لا يسلب اختصاص المحكمة.

ومن ثم فإن اتفاق التَّحكيم لا يسلب القضاء العام ولاية الفصل في النزاع موضوعه على اعتبار أن هيئة التحكيم هي المختصة، كما لا ينزع الاختصاص النوعي للمحاكم؛ لأن هذا هو المكفول، فللقضاء سلطة لا يمكن إنكارها نظمها القانون للمحكمة المختصة على التحكيم في جميع مراحله.

كما أن كلمة اختصاص تعني توزيع المسائل على محاكم الدولة؛ فالتَّحكيم ليس محكمة، كما أن قواعد الاختصاص الوظيفي أو النوعي تتعلق بالنظام العام، فكيف نجعلها غير متعلقة بالنظام العام بالنسبة للتحكيم؟!، فهذا غير معقول؛ حيث إن نفس المسألة تكون متعلقة بالنظام العام أمام المحاكم، وغير متعلقة بالنظام العام بالنسبة للتحكيم[1].

ولا يمكن التَّسليم أيضا بوجهة النَّظر القائلة بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يعد دفعا بعدم قبول الدعوي؛ لأن عدم القبول يعني أن الشخص لا تنطبق عليه شروط رفع الدَّعوي من صفة ومصلحة، ولا شكَّ أنَّ الطرف في اتفاق التَّحكِيم يتوافر له ذلك.

ومن هنا لا يمكن القبول بهذا الرأي، فالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لا يمكن اعتباره دفعا بعدم قبول الدعوي؛ لأن شروط الدعوي مكتملة لدي أطراف الاتفاق على التحكيم.

وأيضا نري عدم رجحان اعتبار الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعًا بنقص في

(1) انظر: سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقًا لقانون المرافعات، ص106

ولاية المحكمة؛ لأن المحكمة يظل لها الدور المساعد والمساند لهيئة التَّحكِيم أثناء نظر المنازعة.

فالمحاكم لها ولاية كاملة في الفصل في المنازعات، وهي جهة الاختصاص الأصيل في هذا الشأن، والمشرع عندما نص على وجوب التزام الأطراف باتفاق التحكيم لم يستطع القول بأن ذلك يعتبر نقصا في ولاية المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.

ولا يمكن التسليم بوجهه النظر القائلة بأن الدفع بوجود الاتفاق على التَّحكيم يعتبر دفعًا ببطلان المطالبة القضائية.

فالقاعدة في قانون المرافعات تقضي بأن القاضي لا يعمل من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب من الخصوم، وهو مبدأ يميز أعمال القضاة باعتبارها نشاطًا مطلوبًا لايقوم به القاضي تلقائيًّا.

فالخصومة لا تنشأ إلا بناء على طلب، ويتحدد محل الخصومة والحكم الصادر فيها بحدود طلبات الخصومة، فيلتزم القاضي بالدعوي من حيث: (الأشخاص، والمحل، والسبب).

فالقانون يتطلَّب في المطالبة القضائية أن يكون لها محلٌّ، وهو الدعوي، وأن يكون المحل ممكنًا ومعينًا، كذلك يتطلب أهليَّة الاختصام والتَّقاضي، ووظيفة اتفاق التحكيم هي الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه موضوع الاتفاق عن طريق القضاء، ونري أن محل الاتفاق على التحكيم حينما يعرض على القضاء لا يفتقد أيًّا من عناصر المطالبة القضائية، سواء الأشخاص أو المحل أو السبب، وبالتالي لا يمكن القول بأنَّه يعتبر دفعًا ببطلان المطالبة القضائية.

ونري أنه من الأفضل تأييد وجهة النظر القائلة بأنه يعتبر دفعًا بوقف الدعوي القضائية، وإن كانت أحكام هذا الدفع تختلف عن أحكام الوقف في القانون، إلا أنَّه

من وجهة نظري المتواضعة أن اعتباره دفعًا بالوقف هو أفضل، على اعتبار أن اتفاق التحكيم يعتبر مانعًا مؤقتًا، يمنع القضاء صاحب الاختصاص العام من نظر النزاع موضوعه.

وبالتالي فإذا ظهر بطلان الاتِّفاق أو عدم صلاحية المنازعة المتفق بشأنها على التَّحكيم لأن تكون محلًّا للفصل فيها عن طريق التحكيم، فإنه لا مفر من العودة إلي طريق القضاء مرة أخري، وبالتالي فالوقف من الأهمية بمكان في حالة عدم استطاعة الأطراف الحصول على حكم من هيئة التحكيم، أو إنهاء الإجراءات دون الفصل في النزاع، فهو لا يمنع القضاء نهائيًّا من نظر النزاع، وإنما يعتبر حاجزًا مؤقتًا.

ومن هنا اعتبر الفقه [1] المؤيد لهذا الاتجاه أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، يُعَدُّ دفعًا إجرائِيًّا ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي، وهو عدم قابلية الطلبات التي تتضمنها صحيفة الدعوي القضائية لأن تكون محلًا للمطالبة القضائية بسبب الاتفاق على التَّحكِيم".

(1) انظر: وجدي راغب فهمي، طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، بحث مقدم إلى مؤتمر العريش حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي في الفترة من 20 إلى 25 سبتمبر 1987، ص 95.

الباب الثاني

أَرْكَانُ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتفَاقِ على التَحْكِيمِ وَشُرُوطُ صِحَّتِهِ

ويشتمل هذا الباب على الفصلين التاليين:

- **الفَصْلُ الأَوَّلُ: أَرْكَانُ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ**
- **الفَصْلُ الثَّانِي: أحكام الدَّفْعِ بوجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ**

الباب الثاني

أَرْكَانُ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتفَاقِ على التَّحْكِيمِ وَشُرُوطُ صِحَّتِهِ

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ

يُعَدُّ اتفاق التَّحكِيم عقدًا يخضع لمبدأ نسبية أثر العقود من حيث الأشخاص والموضوع، واتفاق التَّحكِيم هو مصدر سلطة المحكمين، وعلي أساس اتفاق التَّحكِيم يتحدد نطاقه سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع.

واتفاق التَّحكِيم هو الذي يحدد من له الحق في التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم سواء من حيث الأشخاص أطراف الاتفاق، أو من حيث الموضوعات التي يمكن التمسك بالدَّفع أمام القضاء بها، فلا يحقُّ لأي شخص أن يتمسك بهذا الدَّفع، ولا يحق أيضا التمسك به في كل الموضوعات التي يمكن إثارتها أمام القضاء، فهناك موضوعات لايمكن للمحكم الفصل فيها، ولا يجوز التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم من اجلها، وأيضا ليس لكل الأشخاص التمسك بهذا الدَّفع؛ فهو قاصر على من كان طرفًا في الاتفاق.

فمن حيث الأشخاص فالقاعدة العامة أن العقد شريعة المتعاقدين، والمبدأ العام في العقود هو مبدأ نسبية أثر العقود، فهي لا تلزم سوي أطرافها أو من قام بالتوقيع عليها، ولكن هناك حالات تعتبر استثناءً على هذا الأصل العام، وفيها يمتد اتفاق التَّحكِيم إلي غير أطرافه، ويعطي الحق لهم في التمسك بالدَّفع أمام القضاء.

أما من حيث الموضوع فيحدد اتفاق التَّحكِيم الموضوعات التي يتم اللجوء فيها للتحكيم، وليس للقضاء؛ إعمالًا لفكرة الأثر السلبي لاتفاق التَّحكِيم. وأيضًا فلهذا الدَّفع شروط صحة لابد أن تتوافر في كل من يحق له التمسك بهذا الدَّفع؛ فلابد أن يكون له مصلحة وصفة؛ حتي يحق له الدَّفع به أمام القضاء، وأيضا لابد أن يراعي وقت إبداء هذا الدَّفع والشكل الذي يُبْدَي فيه، وسوف أقسم هذا الباب إلي فصلين على النحو التالي:

- **الفصل الأول**: أركان الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.
- **والفصل الثاني**: شروط صحة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.

الفصل الأول

أَرْكَانُ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ.

يثيرُ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم العديد من الإشكاليات التي يجب الحديث عنها، فمن حيث الأركان يجب التطرق ومعرفة من لهم الحق في الدَّفع به أمام القضاء، وهل يحق لكل الأشخاص التمسك به؟، أم أنه يكون قاصرًا على من قاموا بالتوقيع على هذا الاتفاق، ومن هو الطَّرف في الاتفاق؟، ومن هو الغير فيه؟ وما الموضوعات التي يمكن إثارة الدَّفع بصددها أمام القضاء، وهل كل الموضوعات التي يتناولها اتفاق التَّحكِيم يمكن أن تكون محلًّا للدفع به؟ وما سبب الدَّفع به؟.

وسوف أقسم هذا الفصل إلي مطلبين على النَّحو التالي:

- **المبحث الأول**: أشخاص الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.
- **المبحث الثَّاني**: موضوع الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.

المَبَحَثُ الأَوَّلُ
أَشْخَاصُ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ.

العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي فيجب على جميع الأطراف الذين وقعوا على اتفاق التَّحكِيم الالتزام بالأثر السلبي الناتج عنه، وإذا خالف أحدهم ذلك ولجأ الي القضاء أصبح من حق الطرف الآخر-المدعي عليه- الدَّفع به أمام المحكمة، ومن هنا تثور عدة تساؤلات، فهل يقتصر حق الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم فقط على من قاموا بالتوقيع عليه باعتباره هو الطرف فيه؟، أم أنه يمتد ليشمل الغير من الذين لم يوقعوا عليه؟، ومن هو الطرف في الاتفاق؟، ومن هو الغير الذي يحق له الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم؟.

وسوف أقسم هذا المبحث إلي مطلبين على النحو التالي:

- **المطلب الأول: نسبية الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.**
- **المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.**

المَطْلَبُ الأَوَّلُ
نِسْبِيَّةُ أَثَرِ الدفعِ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ:

لَا يُلْزِمُ العقدُ إلَّا من ارتضاه، ولا يمتد لغيرهم، وهذه هي القاعدة العامَّة، واتفاق التَّحكِيم -شرطًا كان أو مشارطة- لا يُلْزِمُ إلا طَرَفَيْهِ[1].

فالتَّحكيم طريق استثنائي للتقاضي يقوم على رضاء الأطراف به بديلا عن محاكم الدولة؛ ولذا فإن إرادة الأطراف هي مصدر التحكيم، وهي التي تحدد نطاقه[2].

وهنا تتجلي نسبية اتفاق التحكيم؛ فلا يحتج به ولا ينتج آثاره إلا بالنسبة للشخص الذي تتجه إرادته اليه، أو الطرف الذي ارتضاه وقبل خصومته؛ لأن اتفاق التحكيم لا يلزم الغير الذي لم يكن طرفا في الاتفاق، ولا يخوله أي حق، شأنه في ذلك شأن أي اتفاق[3].

---

(1) انظر:

VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile, Droit privé*, Op.cit., N. 644. P.1105; GOUTAL (Jean-Louis), *« L'arbitrage et les tiers : I- Le droit des contrats. Rapport général »*, Rev. arb., Paris, 1988, P. 440, ets. CASS COM. 15.NOU 1979. D.1979 .1.R130 :CASS 4 Juin 1985J.C.P. 1985IV. 283:CASS.COM 20 juin 1995.Rev. d'arbitrage 1995, P.622.

(2) انظر: طارق سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية، القاهرة، 2018م، ص183.

(3) انظر: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علما وعملا، ص176، بند 86، نقض تجاري، 22 يونيو، 2014، في الطعنين رقمي (4729-4730) لسنة 72 ق.

فلا يحتَجُّ بهذا الاتفاق إلا لمن اتجهت إرادته اليه، وهو من يعتبر طرفًا فيه؛ ولهذا كان لزامًا علينا قبل الحديث عن قاعدة نسبية اتفاق التَّحكِيم أن نتحدث أولًا عن مفهوم الطرف فيه؛ حتي يتسني لنا التفرقة بينه وبين الغير فيه.

أَوَّلًا: مَفْهُومُ الطَّرَفِ فِي اتفاق التَّحكِيم.

يقصد بالطرف في اتفاق التحكيم كل من أبرم اتفاق التحكيم بنفسه، أو عن طريق من يمثله[1].

فباعتبار أن اتفاق التحكيم عقد حقيقي فأن أثره مُلزم فقط للأطراف الذين وقعوا عليه ولا يمكن لطرف ثالث الاستفادة من هذا الاتفاق أو الاعتراض عليه إلا إذا التزم بحرية كاملة بهذا الاتفاق أو انضم اليه.[2]

وقد نصت المادة (145) من القانون المدني على أنه "لا تنصرف آثار العقد إلي الغير الذي لم يكن طرفا فيه، ولم تربطه صلة بأي من طرفيه، سواء أكانت هذه الآثار حقا أم التزاما"، وعليه فإن اتفاق التحكيم لا يسري إلا على أطرافه دون سواهم[3].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض[4] بأنه: "إذا دخل شخص من الغير في خصومة التحكيم، وهو ليس طرفا في اتفاق التحكيم، فإن له أن يطلب إخراجه منها".

وقد عَرَّفَت محكمة النَّقض المصرية في أحد أحكامها من يُعَدُّ طرفًا، فقد قضت فيه بأنَّ "العقد هو كلُّ اتفاق يُرَادُ به إحداثُ أثر قانوني، وإسباغ وصف المتعاقد إنَّما

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم، ص271

(2) BOURNONVILLE (P.), *L'arbitrage*, Editions Larcier, Bruxelles, 2000, P.135

(3) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، ص103وما بعدها.

(4) نقض تجاري في 22 يونيو 2004م، في الطعنين رقمي (4729، و 4730) لسنة 72ق.

ينصرف إلي من يفصح عن إرادة متطابقة مع أخري على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه، دون أن يعتبر باطلا كل من يرد ذكره بالعقد أنَّه أحد أطرافه، طالما لم يكن له حالة بشأن ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد، وهو أمر من مطلق حق قاضي الموضوع مستمد من حقه في تفهم الواقع في الدعوي، ولا معقب عليه فيه مادام استخلاصه سائغًا[1]".

ومن خلال الحكم السابق يتضح لنا أن محكمة النقض تركت أمر تحديد من هو طرف في العقد من عدمه إلي قاضي الموضوع باعتباره من حقه في فهم الواقع، ولم يشترط في الطرف أن يوقع العقد بنفسه أو عن طريق مَنْ يمثله. ولا تثور مشكلة إذا كان الطرف هو من وَقَّعَ على العقد وارتضاه بنفسه، فلا شك أنَّه يتحمل كافة الآثار المترتبة على هذا العقد. وإِنَّما تثور المشكلة في حالات أخري يقوم بإبرام اتفاق التَّحكِيم شخص آخر غير الطرف الحقيقي، ويكون ذلك في حالة النيابة في التَّعاقد، أو في حالة مدير الشركة.

وفي هذا الشأن قضت محكمة النَّقض المصرية بأنَّه: "الشركة بوصفها شخصًا معنويًا يمثلها مديرها أو مديروها... [2]؛ فاتفاق التَّحكِيم الذي يبرمه مدير الشركة ينصرف آثاره إلي الشركة ذاتها، وليس إلي المدير؛ لأنَّه يعتبر مجرد ممثل للشركة فقط".

وقُضِيَ بأنَّ "النيابة تستقلُّ عن مصدرها، فهي كعمل قانوني صادر عن إرادة الأصيل يرمي إلي تخويل النائب القيام بتصرف تعود آثاره على الأصيل دون النائب أو

(1) جلسة 14 مارس 1979، الطعن رقم (669) لسنة (42 قضائية)، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة الثلاثون من يناير إلى مارس سنة 1979، ص786.

(2) جلسة 1/ 8/ 2005، الطعنان رقما (661 – 662) لسنة (72 قضائيَّة).

الوكيل، وتعد أفعال الوكيل حُجَّة على الأصيل[1]".

إذن فكل تصرف للنائب في حدود نيابته يعتبر حجَّةً على الأصيل، وتنصرف آثار التصرف، وما يرتبه من نتائج إلي الأصيل مباشرة، ومنها اتفاق التَّحكِيم.

كما قُضِيَ بأنه "يبرم العقد الذي يتضمن شرطًا للتحكيم من الوكيل، ويكون ملزمًا للأصيل"[2].

ومن خلال هذه الأحكام نجد أن مفهوم الطرف لا ينطبق في كل الأحوال على الشخص الذي قام بالتوقيع على العقد أو الاتفاق، فهناك معيارٌ آخر يحدد مفهوم الطرف في الاتفاق، وهو رضاء هذا الشخص بوجود الاتفاق، وما يرتبه من آثار؛ ولذلك قضي بأن "الاتفاق لا يفترض ويلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف إرادة الخصوم في اتباع هذا الطريق[3]".

فالطرف في اتفاق التَّحكِيم هو كُلُّ من أَبْرَمَ اتفاق التَّحكِيم بنفسه، أو عن طريق مَنْ يُمَثِّلُهُ[4].

كما ينصرف معني الطرف لكُلِّ من يرتبط بموضوع اتفاق التَّحكِيم، أو يحتج به عليه[5]،

(1) محكمة استئناف القاهرة، جلسة 4/ 5/ 2010، رقم (94) لسنة _125 قضائية تحكيم.

(2) أحكام تحكيم مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجاري الدولي، قضية تحكيمية، جلسة 7/ 3/ 2006، رقم (382) لسنة 2004، حكم.

(3) نقض مصري، جلسة 27/ 3/ 2007، الطعن رقم (607) لسنة (63 قضائيَّة)، مجلة التَّحكيم العربى، العدد 14، يونيو 2010.

(4) انظر: فتحى إسماعيل والي، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، بند 76، ص161.

(5) انظر: محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ص113 وما بعدها.

أو كل من ارْتَضَي أو ارْتَضَي له المتعاقدون انصراف أثر الالتزام اليه، وقبل هذه الإرادة من الغير[1]، كما هو الحال في الاشتراط لمصلحة الغير.

ثانياً: امتداد حَقِّ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ إِلَي الخَلَفِ العَام.

يُقْصَدُ بالخلف العام: "من يَخْلُفُ الشخص في ذمته المالية في الحقوق والالتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال كالوارث، والموصي له بجزء من التركة في مجموعها"[2].

والأصل أن الخلف العام لا يعتبر من الغير، ومن ثم تنصرف اليه آثار العقد الذي يبرمه سلفه وَفْقًا لقاعدة النسبية. ويقصد بذلك أنه يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه، فإذا تُوُفِّيَ أحدُ المتعاقدين انتقلت إلي خلفه الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه قبل وفاته[3].

ويري جانب من الفقه[4] أنَّه إذا تُوُفِّيَ أحد أطراف الاتفاق على التَّحكِيم بعد إبرام هذا الاتفاق؛ فإن ورثته يَخْلُفُونَهُ في مركزه القانوني الناشئ عن هذا الاتفاق، ويتحملون ما ينشأ عنه من آثار، سواء سلبية أو إيجابية؛ فاتفاق التَّحكِيم لا ينقضي بانتهاء العقد

(1) انظر: هدى مجدى عبدالرحمن، ارتباط المنازعات والطلبات فى خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص18.

(2) انظر: عبدالرازق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1981، بند 344، ص721.

(3) انظر: عبدالرازق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدني، بند 346، ص723.

(4) انظر: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير دراسة مقارنة، ص140.

الأصلي، ولا ينتهي بوفاة أحد أطرافه[1].

حيث يمتنع على الورثة اللجوء إلي القضاء بخصوص نزاع قام مُوَرِّثُهُم بإبرام اتفاق في شأنه؛ ومِن ثَمَّ يلتزمون بحل هذا النزاع عن طريق اتفاق التَّحكِيم. فيمتنع عليهم اللجوء إلي القضاء لوجود شرط التَّحكِيم في العقد موضوع النزاع.

ولذلك قُضِيَ بأن "الأحكام الصادرة في مواجهة السلف حُجَّةٌ على الخلف بشأن الحق الذي تلقاه منه[2]".

وقد نصَّت المادة (145) من القانون المدني المصري على أنه **"يَنْصَرِفُ أَثَرُ العَقْدِ إِلَى المُتَعَاقِدِينَ وَالخَلَفِ العَامِّ دُونَ إِخْلَالٍ بِالقَوَاعِدِ العَامَّةِ المُتَعَلِّقَةِ بِالمِيرَاثِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ مِنَ العَقْدِ أَوْ مِنْ طَبِيعَةِ التَّعَامُلِ أَوْ مِنْ نَصِّ القَانُونِ أَنَّ هَذَا الأَثَرَ لَا يَنْصَرِفُ إِلَى الخَلَفِ العَامِّ"**.

وجديرٌ بالذِّكر أنَّه إذا كان بعض الورثة كاملي الأهلية، وكان أحدهم قاصرًا أو فاقدَ الأهلية لأي سبب من أسباب فقد الأهلية استمر شرط التَّحكِيم منتجًا لآثاره بالنسبة للورثة كاملي الأهلية، بينما ينقطع سريان آثاره بالنسبة للقاصر أو فاقدي الأهلِيَّة.

إلَّا أنَّه في حالة بلوغ القاصر سن الرشد أو زوال سبب فقد الأهلية عنه؛ فإنه في هذه الحالة يتم استئناف العمل بشرط التَّحكِيم الموجود بالعقد، ويصبح من الممكن الاحتجاج به في مواجهته باعتباره طرفًا في العقد، ويكون له الحقُّ في الاحتجاج بشرط

(1) انظر: محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص155 وما بعدها.

(2) القضية التحكيمية رقم (585) لسنة (2008) بتاريخ 24/ 11/ 2009، مجلة التحكيم العربي، العدد 14، يونيو 2010.

التَّحكِيم الموجود بالعقد الأصلي في مواجهة المتعاقد مع السَّلف[1]. ومن هنا يمكن التَّأكيد على أنَّ الخلف العام يحقُّ لهم التَّمسُّك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام القضاء؛ لأنَّهم ينتقل اليهم كافَّة حقوق والتزامات مورثهم؛ ولذلك قضت محكمة النَّقض بأنَّ "عدم توافر الأهلية يعد أحد أسباب بطلان حكم التَّحكِيم[2]".

وبالتالي يتم نقل أثر اتفاق التحكيم إلي غير المُوقعين عليه إذا كان هؤلاء الأشخاص يحصلون على حقوق تنشأ عن هذا الاتفاق [3] أو يرتبطون بطريقة أو بأخري بالعملية التعاقدية التي تدخل في نطاق اتفاق التحكيم. [4]

وفي حالة إذا ما كان أحد أطراف اتفاق التَّحكِيم شركة ثم انقضت بالاندماج مع شركة أخري؛ فإن اتفاق التَّحكِيم ينتقل بكل آثاره إلي الشركة الجديدة الدامجة، وذلك باعتبارها خلفًا عامًا للشركة المندمجة، وتحل بقوة القانون محل الشركة المندمجة في حقوقها والتزاماتها، وبالتالي فهي تكون ملتزمة بتنفيذ اتفاق التَّحكِيم الذي أبرمته الشركة المندمجة[5].

(1) انظر: محمد محمود عبد الهادي شحاته، مفهوم الغير فى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، بند 71، 53.

(2) جلسة 27 ديسمبر 2011، الطعن رقم (15091) لسنة (80 قضائية).

(3) LOQUIN (E.), « *Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises* », Gaz. Pal. 2002 n°157 p. 7

(4) OPPETIT (B.), « *L'arbitrage et les tiers* », Rev. arb. 1988 p. 553.

(5) انظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، بند 131، ص48. حسنى المصري، اندماج الشركات وانقسامها دراسة مقارنة بين القانون الفرنسى والقانون المصري، ط1، 1986، بند 197، ص330.

أما في الحالة التي يحدث فيها انقسام لإحدي الشركات الكبري؛ فإن الشركة الناتجة عن هذا الانقسام تعتبر أيضًا خلفًا عامًا للشركة المنقسمة، ويستطيع الطرف الآخر في اتفاق التَّحكِيم المدرج في العقد الأصلي المبرم بينه وبين الشركة الكبري مطالبة الشركة الناتجة عن الانقسام بالالتزام باتفاق التَّحكِيم[1].

ثَالِثًا: امتداد حقِّ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ إِلَي الخَلَفِ الخَاصِّ

الخلف الخاصُّ هو من يتلقَّي من سلفه حقًّا كان قائمًا في ذمة هذا السلف، سواء كان هذا الحق عينيًّا أو شخصيًّا[2].

وعرفه آخر بأنه:" هو من يتلقي من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقًّا عينيًّا على هذا الشيء الذي يتلقاه الخلف، وقد يكون هو ذاته حقا عينيًّا كما هو الغالب، وقد يكون حقًا شخصيًّا، فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة، وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقي منه هذا الحق، وهذا استخلاف في حق معين واقع على عين معينة"[3].

وقد نصَّت المادة (146) من القانون المدني المصري على أنَّه **"إِذَا أَنْشَأَ العَقْدُ التِزَامَاتٍ وَحُقُوقًا شَخْصِيَّةً تَتَّصِلُ بِشَيْءٍ انْتَقَلَ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَي خَلَفٍ خَاصٍّ، فَإِنَّ هَذِهِ الالتِزَامَاتِ وَالحُقُوقَ تَنْتَقِلُ إِلَي هَذَا الخَلَفِ فِي الوَقْتِ الذِي يَنْتَقِلُ فِيهِ الشَّيءُ إِذَا كَانَتْ مِنْ مُسْتَلْزَمَاتِهِ وَكَانَ الخَلَفُ الخَاصُّ يَعْلَمُ بِهَا وَقْتَ انْتِقَالِ الشَّيءِ اليه"**.

(1) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، بند 131، ص48.

(2) انظر: محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات "مصادر الالتزام" ، ص230

(3) انظر: عبد الرازق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ص208

ومفاد النَّصِّ المتقدم أَنَّه يُشْتَرَطُ لكي تنصرف آثار العقود التي يبرمها السلف إلي الخلف الخاص توافر شرطين، وهما:

الشرط الأَوَّل: أن يكون الحقُّ أو الالتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلي الخلف الخاص، أما إذا لم يكن كذلك فإنَّه لا يكتسب هذا الحق ولا يتحمل هذا الالتزام.

الشرط الثَّاني: أن يكون الخلف الخاصُّ عالمًا بالحقِّ أو الالتزام وقت انتقاله اليه.

فإذا لم يتوافر الشرطان المتقدمان لا يمتدُّ أثر الالتزام الذي يبرمه السَّلف إلي الخلف الخاصِّ، ولا يكون حُجَّةً عليه.

وهنا يثور التساؤل حول مدي انتقال أثر اتفاق التَّحكِيم الذي يبرمه السلف إلي الخلف الخاص؟ وهل يكفي تحقق الخلافة في آثار العقد الأصلي، حتي تتحقق الخلافه في اتفاق التَّحكِيم؟ أم يجب أن تتحقق شروط الخلافة بالنسبة لآثار اتفاق التَّحكِيم استقلالًا عنه العقد الأصلي؟[1]

نجد أنه بتطبيق الشروط السابق ذكرها بشأن انتقال تصرفات السلف إلي الخلف الخاص يتضح لنا الآتي:

أولًا: يُعَدُّ إتقان التَّحكِيم من مستلزمات العقد الأصلي؛ لأَنَّه ينصبُّ على المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، وليس غيره، إذن فالشرط الأول متحقق.

(1) انظر: حسام الدين فهمي ناصف، اتفاق التحكيم، دراسة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم فى ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص23، وما بعدها. انظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بند324، ص475 وما بعدها.

ثانيًا: الشرط الذي يؤكد ضرورة عِلْمِ الخلف الخاص باتفاق التَّحكِيم، وهنا نميز بين فرضين على النحو التالي:

الفرضُ الأوَّل: أن يكون اتفاق التَّحكِيم مُدْرَجًا بالعقد الأصلي الذي انتقلت آثاره إلي الخلف الخاص، فهنا لا يوجد ثمه مشكلة؛ حيث إنَّه يكون العلم باتفاق التَّحكِيم مُتَحَقِّقًا بالضَّرورة تبعًا لتحقُّق العلم بالعقد الأصلي؛ لأنَّه يعتبر أحد بنوده، ويعتبر الخلف الخاص عالمًا به أو بإمكانه أن يعلم.

الفرض الثَّاني: أن يكون اتفاق التَّحكِيم غير مدرج في العقد الأصلي، فهنا يُشْتَرَطُ أن يكون تم إبرامه قبل انتقال الشيء إلي الخلف الخاص، وأن يكون عالمًا به، فإذا لم يكن يعلم به فلا يلتزم به ولا تنصرف آثاره اليه.

أما إذا تَمَّ إبرام الاتفاق على التَّحكِيم بعد انتقال الشيء إلي الخلف الخاصِّ؛ فلا يلزمه هذا الاتفاق، ولا يكون حُجَّةً عليه.

وعليه، فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الذي أبرمه السلف ينتقل إلي الخلف الخاص الذي انتقل اليه حق ناشئ عن هذا العقد باعتبار أن شرط التحكيم من مكونات هذا الحق[1].

وبناء عليه، فإذا تضمن عقد إيجار شرط تحكيم فإن هذا الشرط ينتقل إلي الخلف الخاص لأي من الطرفين إذا تنازل أحدهما عن هذا العقد إلي شخص من الغير[2].

---

(1) انظر: طارق سمير طلبة دويدار ، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، ص181.

(2) انظر: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علما وعملا، بند89، ص181، حكم تحكيم مركز القاهرة الإقليمي بتاريخ 20/ 11/ 2007م في الدعوى رقم 507، لسنة 2007، مجلة التحكيم العربي ، العدد 11، يونيو 2008، ص227.

وكذلك ينتقل شرط التحكيم في سلسلة العقود الناقلة للملكية اليا باعتباره تابعا للحق في إقامة الدعوي، وهو خلف للحق الأساسي المنتقل[1].

رَابِعًا: مَدَي امتداد حَقِّ الدَّفْعِ بِالتَّحكِيمِ فِي حِوَالَةِ الحَقِّ.

حوالة الحق هي: "اتفاق بمقتضاه ينقل الدائن ما له من حقٍّ قِبَلَ المدين إلي شخص آخر يصبح دائنًا مكانه، ويُسَمَّي الدائن الأصلي عندئذ "المحيل" والدائن الجديد "المحال له" والمدين "المحال عليه"[2].

ويترتب على الحوالة انتقال الحق الذي كان ثابتًا للدائن إلي المحال له، بكل صفاته وضماناته التي كانت له قبل الحوالة، وبما يرد عليه من دفوع؛ ويرجع ذلك إلي أن الحوالة لا تنشيء حقًّا جديدًا[3].

وتتم برضاء كل من المحيل والمحال به أطراف عقد الحوالة، والعلة من عدم اشتراط رضاء المدين لانعقاد الحوالة هو أنه يتساوي لدي الحدين بقاء دائنه أو استبداله بدائن آخر، طالما أن شخص الدائن ليس محلًّا اعتباريًّا في الالتزام دون أن يترتب على هذا التغيير زيادة في عبء الالتزام.

وبالتالي فإن اتفاق التَّحكِيم بوصفه من مستلزمات الحق الذي كان ثابتًا للدائن،

(1) انظر: نقض فرنسي ، الدائرةالمدنية الأولى ، يناير ، 2008، مجلة التحكيم، العدد الأول، ص618، بند 8

(2) انظر: محمد لبيب شنب، دروس فى نظريه الالتزام. أحكام الالتزام، الجزء الثالث، 1958، بند 362، ص 360.

(3) انظر: محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، بند 365، ص263. عبدالرازق أحمد السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدني، نظريه الالتزام بوجه عام، ص560.

ينصرف أثره إلي المحال له، بوجود الاتفاق على التَّحكِيم، ويلتزم به المحال له باعتباره يحل محل الدائن المحيل، ويصبح بالنسبة للحق المحال به كما لو كان طرفًا في العقد الأصلي الذي تولد منه الحق المحال به؛ وتطبيقًا لذلك فقد قضي بأن "المحيل ينقل حقه إلي المحيل اليه مقيدًا بشرط التَّحكِيم، فإذا رفع المحال اليه على المدين للمطالبة بالحق أمام المحاكم؛ كان له عندئذ التمسك بعدم قبولها بوجود شرط التَّحكِيم؛ لأن الحوالة لا تنشيء التزامًا جديدًا في ذمة المدين، وإنما تنقل الحق المحال إلي المحال اليه، بصفاته وتوابعه ودفوعه... [1]".

فيظل اتفاق التحكيم سارياً على النزاعات التي قد تنشأ بعد الحوالة بين المُحيل والمُحال عليه. [2]

وقد نصت المادة (307) من القانون المدني المصري على أنه **"تَشْتَمِلُ حِوَالَةُ الحَقِّ ضَمَانَاتِهِ كَالكَفَالَةِ والامْتِيَازِ والرَّهْنِ، كَمَا تُعْتَبَرُ شَامِلَةً كُلَّا مِنْ فَوَائِدَ وَأَقْسَاطِ"**، وتنص المادة (132) من القانون المدني المصري على أنَّه **"لِلْمَدِينِ أَنْ يَتَمَسَّكَ قِبَلَ المُحَالِ لَهُ بالدُّفُوعِ التِي كَانَ لَهُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِهَا قِبَلَ المُحِيلِ وَقْتَ نَفَاذِ الحِوَالَةِ فِي حَقِّهِ، كَمَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِالدُّفوعِ المُسْتَمَدَّةِ مِنْ عَقْدِ الحِوَالَةِ"**.

ومفاد النص المتقدم أن الحوالة تنتقل إلي المحال له بكافة مستلزماتها بما في ذلك الالتزام باتفاق التَّحكِيم، وأنه يحل محل المحيل في كافة حقوقه الناشئة عن الحق محل الحوالة، وكذلك الحال بالنسبة للمدين "المحال عليه" فله أن يتمسك بشرط التَّحكِيم

(1) أحكام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، القضية التحكيمية، جلسة 22/ 9/ 2011، رقم (663) لسنة2010، مجلة التحكيم العربي، العدد 17، ديسمبر2011.

(2) Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 20 décembre 2001, 00-10.806, Publié au bulletin.

تجاه "المحال له"، وينبغي في هذا الصدد التفرقة بين فرضين، وهما:

الفرض الأول: إذا كان شرط التَّحكِيم مُدْرَجًا في سند الحق المحال به، فعندئذ يلتزم به المحال له، لأنه يعلم به، ويحق للمدين أن يحتج به ويدفع بالتَّحكِيم في حالة لجوء المحال له إلي القضاء دون التَّحكِيم.

والفرض الثاني: إذا كان شرط التَّحكِيم عبارة عن اتفاق منفصل عن سند الحق المحال به، فعندئذ لا يلتزم المحال له به ولا يحتج به في مواجهته إلا إذا كان يعلم بوجوده كشرط مستقل عن العقد الأصلي للحوالة، أمَّا إذا كان لا يعلم بوجوده فلا يلتزم به[1].

وقد قضي بأنه: "إذا أحال طرفٌ في عقد يتضمن شرط تحكيم حقه الناشيء عن هذا العقد إلي الغير، وكانت الحوالة صحيحة فإن الحق ينتقل مُقَيَّدًا بشرط التَّحكِيم"[2].

كما قد قضت محكمة استئناف باريس بأنه" اتفاق التَّحكِيم يكون ملزمًا للمحال له قبل المدين متي كان عالمًا أو يستطيع العلم وقت إبرام الحوالة[3].

(1) انظر: الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 42.

(2) انظر: نقض مدني مصري، جلسة 11 نوفمبر 1966، رقم (289) لسنة (3 قضائية)، مجموعة المكتب الفني 17 الجزء الأول من 65، نقض تجاري، جلسة 26 نوفمبر 2002، رقم (76) لسنة (70 قضائية). ينظر أيضًا: حكم محكمة استئناف القاهرة، رقم (57) لسنة (128 قضائية تحكيم)، الدائرة (7) تجارية، جلسة، أبريل 212، مجلة التحكيم العالمية، العدد 15، ص601.

(3) Cour d' appel de Paris. 28 oct., 1988. Rev.Arb, 1988, p.565
مشار إليه انظر: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير دراسة مقارنة، ص165

خَامِسًا: مَدَي امتداد حَقِّ الدفع بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ فِي حِوَالَةِ الدَّيْنِ.

تُعَرَّفُ حوالة الدين بأنها: "اتفاق يَتِمُّ بِهِ نَقْلُ عِبْءِ الدَّيْنِ بِجَمِيعِ مُقَوِّمَاتِهِ وَخَصَائِصِهِ مِنَ المَدِينِ الأَصلي إِلَي شَخْصٍ آخَرَ مِنَ الغَيْرِ" المَادَّة(315) من القانون المدني المصري"

ولحوالة الدين صورتان:

الأولي- هي الصورة العادية للحوالة التي تتم باتفاق المدين الأصلي (المحيل) وشخص آخر والذي يتحمل عنه هذا الدين (المدين الجديد).

والثانية: أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه، وهو (المدين الجديد) بصرف النظر عن موافقة المدين الأصلي.

وحوالة الدين قد تتم على سبيل التبرع؛ وذلك إذا كان لدي المحال عليه هذه النِّيَّة، وقد يُقْصَدُ من الحوالة إقراض المحال عليه للمحيل قيمة الدين الذي تحمله عنه، وقد يُقْصَدُ بها وفاءُ المحال عليه بدين قد ترتب في ذمته مِنْ قِبَلِ المحيل[1].

وقد نصَّت المادَّة (316) من القانون على أنه: **"لَا تَكُونُ الحِوَالَةُ نَافِذَةً فِي حَقِّ الدَّائِنِ إِلَّا إِذَا أَقَرَّهَا**[2].

ومفاد النص المتقدم أنه لا يكفي إعلان الدائن بالحوالة حتي يتحقق نفاذها، ولكن لابد من أن يقرَّها.

(1) انظر: محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، أحكام الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث، 1958، بند 37، ص 368.

(2) انظر: عبد الودود يحيى، حوالة الدين دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانونين الألماني والمصري- دار النهضة العربية ، القاهرة، 1992، ص9.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه[1] إلي أنه في الحوالة التي تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه فإن التزام المحال عليه (المدين الجديد) باتفاق التَّحكِيم يتوقف على ما صار الاتفاق عليه في الحوالة، وكلما تعلق الأمر بشرط التَّحكِيم المدرج في سند الدين أو المشار اليه فيه فإنه يكون ملزمًا للمحال عليه باعتباره من توابع الدين الذي انتقل اليه ما لم ينص اتفاق الحوالة على غير ذلك.

أما إذا تمت حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه؛ فإنه ينتقل إلي الدائن، ولا يكون ملزمًا باتفاق التَّحكِيم في مواجهة المحال عليه إلا إذا وافق عليه، سواء تضمنه العقد الأصلي، أو أشار اليه، أو كان في مُحَرَّرٍ مستقل.

حيث لا يجوز للمدين الجديد (المحال عليه) أن يتمسك باتفاق التَّحكِيم المبرم بين المدين الأصلي والدائن، وإنما يجب عليه الاتفاق مع الدائن على كيفية الفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن الدَّيْنِ محل الحوالة، فإذا وافق الدائن على شرط التَّحكِيم كان ملزمًا به[2].

وقد ثار التساؤل حول أثر حوالة الدين على اتفاق التَّحكِيم المبرم بين الدائن والمدين الأصلي في مواجهه المحال عليه؟، وهل يمتد أثره إلي المحال عليه، وذلك على الرغم من أنه لم يكن طرفًا فيه؟.

ذهب جانب من الفقه[3] إلي القول بأنه:" إذا تمت حوالة الدين باتفاق بين الدائن

(1) انظر: مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بند 326، ص477 وما بعدها.

(2) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون التجاري الدولي والداخلي، بند131، ص452.

(3) انظر: عبد الودود يحيى، حوالة الدين دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانونين الألمانى والمصري، ص9.

والمحال عليه، فإن شرط التَّحكِيم الوارد في العقد الأصلي ينتقل إلي المحال عليه ما لم يتضمن اتفاق الحوالة على ما يشير إلي خلاف ذلك، فإن لم يكن الشرط واردا في العقد الأصلي أو المشار اليه فلا يكون نافذًا في مواجهة المحال عليه إلا إذا وافق عليه.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه[1] إلي أنَّه" المحال عليه يحل محل المدين الأصلي في الدين، ومن ثَمَّ فهو يعد خلفًا له، وينتقل اليه الدين المحال به بجميع صفاته وخصائصه".

ولَمَّا كان اتفاق التَّحكِيم من مستلزمات العقد الأصلي المُبْرَم بين الدَّائن والمدين الأصلي فإن حوالة الدين تنتقل بنفس الصفات؛ وبالتالي ينتقل اتفاق التَّحكِيم بالتبعية للمدين الجديد المحال عليه، ويكون ملتزمًا به، ويحق له التمسك به أمام القضاء والدَّفع به إذا حدث نزاعٌ ولجأ الدائن إلي القضاء دون التَّحكِيم. كما يحق للدائن أيضًا الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم إذا قام المحال عليه بالالتجاء إلي القضاء دون التَّحكِيم، باعتباره خلفًا للمدين الأصلي، وتنتقل اليه حقوقه والتزاماته.

(1) انظر: بسمة لطفي دباس، نسبية اتفاق التحكيم وآثاره دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996، ص474.

المَطْلَبُ الثَّانِي
الاسْتِثْنَاءَاتُ الوَارِدَةُ على مَبْدَأِ نِسْبِيَّةِ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ:

القاعدة أن شرط التَّحكِيم وفقًا لمبدأ نسبية أثر العقود لا يُلْزِمُ إلا طرفيه؛ عملًا بمبدأ نسبية أثر العقود، وبالتالي لا يفيد من العقد ولا يضار منه إلا من كان طرفًا فيه. أمَّا الغير فهو شخصٌ أجنبيٌّ عن العقد، ويعرف الغير بأنه: " كُلُّ من لم يكن طرفًا في العقد، ولا خلفًا عامًّا أو خاصًّا، ولا ممثلا في العقد بإحدي طرق الإنابة التي يقررها القانون، ولم يكتسب من المتعاقدين حقًا يخلع عليه صفة الخلف الخاص"، أي أنه: غير أطراف العقد والخلف العام والخاص[1].

إلا أنَّ هذه القاعدة يرد عليها بعض الإستثناءات، ولذلك فقد نصَّ القانون المدني المصريُّ في المادة (152) على أنه: **"لَا يُرَتِّبُ العَقْدُ التِزَامًا فِي ذِمَّةِ الغَيْرِ، وَلَكِنْ يَجُوزُ أَنْ يُكْسِبَهُ حَقًّا"**.

وهذه الإستثناءات في مجال اتفاق التَّحكِيم لها أهمية كبيرة، نظرًا لخطورتها على الالتزام به، وما يترتب عليه من آثار.

أولا: مَدَي امتداد الحَقِّ في الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التَّحْكِيم فِي حَالَةِ التَّعَهُّدِ عَنِ الغَيْرِ.

التعهُّد عن الغير هو: **"عقد يتم بين شخصين، يتعهد فيه أحدهما (المتعهد) في**

(1) انظر: محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، بند 315، ص405.

مواجهة الطرف الآخر بأن يجعل شخصًا ثالثًا (الغير) يلتزم بأمر معين[1].

ومن هذا التعريف نجد أن المتعهد يلتزم تجاه المتعاقد معه بالقيام بعمل مضمونه جعل الغير يقبل الالتزام بأمر معين[2].

ولما كان المتعهد يتعاقد باسمه لا باسم الغير، فهو بذلك يختلف عن الوكيل الذي يتعاقد باسم ولحساب الأصيل؛ ولذلك فإن آثار التعهد تنصرف اليه ويبقي (الغير) شخصًا أجنبيًا عن التعهد ولا يلتزم به، فيظل له الاختيار في قبول التعهد أو رفضه.

ويثار التساؤل في حالة التَّعهد عن الغير: هل يمتَدُّ شرط التَّحكِيم إلي المتعهد عنه؟، ويجوز عندئذ للطرف الآخر في العقد التَّمسك به في مواجهة المتعهد عنه؟، وهل يحق للمتعهد عنه التمسك به أمام القضاء؟.

يترتب على التعهد عن الغير التزام المتعهد بالحصول على موافقة الغير على العقد بما فيه اتفاق التحكيم، مع ملاحظة أن للغير مطلق الحرية في الموافقة على الالتزام باتفاق التحكيم الوارد في العقد أو عدم الالتزام به، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية؛ حيث قضت بأن الاتفاق بين المتعهد والمتعهد له لا يلزم الغير بشرط التحكيم المذكور أو عدم الموافقة، وبالتالي يظل أجنبيا عن العقد، وبالتبعية عن اتفاق التحكيم، ويظل اتفاق التحكيم مقتصرا على المتعهد إلي أن يعلن الغير موقفه من العقد، وبالتالي من اتفاق التحكيم"[3].

---

(1) انظر: عبدالودود يحيى، الموجز فى النظرية العامة للإثبات، بند 105، ص158.

(2) انظر: إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، بند 186، ص361.

(3) انظر: CASS.Civ 16 juillet 1992.Rev.Arb1993.p611.Note philippe Delbeque مشارا إليه لدى: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، ص207

ويمكن التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: في حالة موافقة الغير على العقد الأساسي وشرط التَّحكِيم، فعندئذ يكون نافذًا من لحظة قبوله لهذا التعهد؛ لأَنَّه يصبح طرفًا في العقد، ويتحمل كافة الالتزامات الناشئة عنه مع شرط التَّحكِيم، مع الأخذ في الاعتبار أن قبوله لا ينتج أثره إلا من وقت صدوره، إلا إذا أراد المتعهد عنه أن يكون له أثرٌ رجعيٌّ، ويجوز للمتعهد عنه عندئذ التمسك به أمام القضاء، كما يحق للطرف الآخر التمسك به في مواجهته[1].

ومن هنا يمكن التأكيد على أنه بمجرد موافقة الغير على العقد يصبح بالتبعية طرفا في التحكيم.

ويلاحظ أن تحديد ميعاد قبول الغير للعقد وقبول اتفاق التحكيم المنصوص عليه في العقد من الأمور المهمة؛ وذلك لأن اتفاق التحكيم يكون محددا بفترة تبدأ وتنتهي فيه إجراءات التحكيم.

وقد ذهب جانب من الفقه إلي أن تعبير الغير عن إرادته بالموافقة على الالتزام باتفاق التحكيم يجب أن يأخذ الشكل المطلوب في هذا الاتفاق، وهو الكتابة، وبالتالي فإذا كان شرط التحكيم مدرجا في العقد الأصلي، فإنه يتعين أن يكون قبول هذا العقد -وتبعا له شرط التحكيم- كتابة[2].

والفرض الثاني: رفض المتعهد عنه العقد، وبالتالي رفض شرط التَّحكِيم، فعندئذ لا يمكن إلزامه به؛ لأنه لا يصبح طرفا في اتفاق التحكيم، ولا يمكن اعتباره طرفا في

(1) انظر: طارق سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، ص200

(2) انظر: مصطفى الجمال ، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، بند 313، ص459

العقد الأصلي، وبالتالي اتفاق التحكيم، ولا يقع على عاتقه أي مسئولية، فلا يمكن إجبار أي شخص باتفاق هو لم يرتضيه، فلا يجوز إجباره عليه.

وهناك فرض ثالث هو: أن يوافق الغير على العقد، وفي نفس الوقت يرفض اتفاق التحكيم في هذا الفرض أيضا، فإن اتفاق التحكيم لا ينصرف إلي الغير طالما لم يقره[1].

وخلاصة القول أنه في حالة التعهد عن الغير فإن أثر اتفاق التحكيم لا يمتد إلي الغير إلا إذا وافق عليه هذا الغير وقبله من تاريخ التعهد ويصبح ساريا في حقه، أما إذا رفض التعهد فإن اتفاق التحكيم لا يمتد اليه؛ لأن التحكيم يقوم على إرادة الأطراف بداية ونهاية، فلا يجوز إجبار أحد عليه.

ثَانِيًا: مَدَي امتداد الحَقِّ في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم فِي حَالَةِ الاشْتِرَاطِ لمَصْلَحَةِ الغَيْرِ.

الاشتراطُ لمصلحة الغَيْرِ هو: **"عقدٌ يشترط أحد أطرافه (المشترط) على الطرف الآخر (المتعهد) التزامًا لصالح شخصٍ ثالث يُسَمَّي (المستفيد)، وينشأ عن هذا العقد حقًّا مباشرًا للمستفيد قبل المتعهد"**[2].

ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدُّفوع التي تنشأ عن العقد، فالمنتفع يكسب حقًا ولا يتحمل التزامًا.

يمكن التذرع بشرط التحكيم الوارد في العقد الذي يربط بين المُشترط والمُتعهد المنفذ من جانب أو ضد الغير المستفيد من الاشتراط لمصلة الغير. [3]

(1) انظر: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، ص209

(2) انظر: عبدالودود يحيى، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات، بند 108، ص161.

(3) CASS. civ. 1re, 11 juillet 2006 (JCPG, 15.11.2006, n.° 49, II 10183, p. 2120 ==

ويثار التساؤل حول مدي امتداد شرط التَّحكِيم إلي المستفيد؟ وهل يحق له التمسك به أمام القضاء؟. وهل يجوز للطرف الآخر أن يتمسك به في مواجهة المستفيد؟.

ويمكن التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: قبل إعلان المنتفع صراحة قبول الاشتراط لمصلحته، فلا شك أنه لا يلتزم به، ولا يجوز الاحتجاج به قبله؛ لأنه أصلًا لم يكتسب ثمة حق من العقد[1].

والفرض الثاني: قبول المنتفع صراحة لهذا الاشتراط، فقد انقسم الفقه إلي:

الاتجاه الأول: ذهب هذا الاتجاه إلي أنه:" لما كان حق المنتفع هو حق مباشر اكتسبه عن طريق عقد الاشتراط، ولذلك فإنه عندما يطالب بهذا الحق يستطيع أن يستند في مطالبته إلي العقد الذي أنشأ له هذا الحق -أي: عقد الاشتراط-، وبالتالي يجب عليه الالتزام بما جاء فيه من شروط، ومنها شرط التحكيم ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك[2].

وبالتالي يستطيع المنتفع في عقد الاشتراط الذي يتضمن شرط التحكيم أن يطالب بالالتزام بهذا الشرط، فله أن يطالب المتعهد بحقه بواسطة التحكيم، ويلتزم هو أيضا – المنتفع- باللجوء إلي التحكيم للمطالبة بحقه[3].

==

note C. LEGROS ; RTD com., 2006.773, note E. LOQUIN ; voir généralement sur cette question Ch. LARROUMET, "*Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage*", Rev. arb.,2005. 903).

(1) انظر: الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، بند 28، ص50.

(2) انظر: مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، بند 333، ص486وما بعدها.

(3) انظر: فتحي إسماعيل والي، اتفاق التحكيم بين النظرية والتطبيق، بند87، ص171.

وقد قضي بأنه:" ينصرف أثر اتفاق التحكيم بين المؤمن والمؤمن له إلي المستفيد الذي قبله إذا كان عقد التأمين يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير، وكان هو المستفيد الوحيد ولا يشاركه أحد في مزايا العقد وآثاره"[1].

الاتجاه الثاني: ذهب جانب آخر من الفقه إلي أن شرط التحكيم لا يحمل المنتفع بالالتزامات، وإنما يرتب له حقوقا فقط، ومن ثم فهو لا يلزم بشرط التحكيم الوارد في عقد الاشتراط، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتمسك المنتفع بشرط التحكيم الذي أبرمه المشترط، فالاشتراط لمصلحة الغير يعد استثناء من مبدأ نسبية أثر العقد، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه، وذلك لأن المشرع قصد من الاشتراط لمصلحة الغير أن يعطي المنتفع حقوقا وهو بطبيعة الحال ليس طرفا في العقد، ولا يتمتع بنفس إمكانيات الطرف، والمنطق القانوني يقتضي عدم التمسك في مواجهة المنتفع بشرط التحكيم الذي يتضمنه عقد الاشتراط، وإن كان له- المنتفع-التمسك به باعتباره حقا له وليس التزاما عليه[2].

الاتجاه الثالث: ذهب جانب من الفقه[3] إلي أن شرط التحكيم الوارد في عقد الاشتراط لمصلحة الغير ملزم أيضا للمنتفع استنادا على أن الاشتراط المقرر لمصلحته

(1) القضية التحكيمية رقم 96 لسنة 1997، مركز القاهرة الإقليمي، مجلة التحكيم العربي ، العدد الأول، مايو ، 1999، ص151.

(2) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ص193، وأيضا: باسمة لطفي دباس، اتفاق التحكيم وآثاره، ص503 وما بعدها.

(3) انظر: فايز عبد الله الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة للغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، يوليو 2000، السنة الثانية والأربعون، تصدرها كلية حقوق جامعة عين شمس، ص105 وما بعدها.

مقرر جملة واحدة بما فيه من حقوق وما يرتبه من التزامات، وبالتالي فيجوز لكل من المتعهد والمستفيد التمسك بهذا الشرط في مواجهة الآخر، ولذلك فإنه عندما يطالب بهذا الحق فإنه يستند إلي عقد الاشتراط بكل ما يحتويه من شروط.

ومن وجهة نظري المتواضعة نؤكد على أن شرط التحكيم يمتد للمنتفع من عقد الاشتراط في حالة قبوله بعقد الاشتراط، فهنا يكتسب كافة الحقوق ويلتزم بكافة الالتزامات الناشئة عنه، أما إذا رفضه فلا يجبر عليه؛ لأن له مطلق الحرية في قبول أو رفض هذا العقد.

ثَالِثًا: مَدَي امتداد الحَقِّ في الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيم بِالنِّسْبَةِ للكَفِيلِ.

الكفالة هي: "**عَقْدٌ بِمُقْتَضَاهُ يَكْفُلُ شَخْصٌ تَنْفِيذَ الْتِزَامٍ بِأَنْ يَتَعَهَّدَ للدَّائِنِ بِأَنْ يَفِيَ بِهَذَا الالتِزَامِ إِذَا لَمْ يَفِ بِهِ المَدِينُ نَفْسُهُ، وَيَجُوزُ أَنْ تَتِمَّ الكَفَالَةُ سَوَاءٌ رَضِيَ المَدِينُ أَمْ لَمْ يَرْضَ**" المادَّة (772) من القانون المدني المصري".

ويُثَارُ التَّساؤل حول مدي امتداد أثر شرط التَّحكِيم المبرم بين الدائن والمدين إلي الكفيل؟، وهل يجوز للكفيل أن يتمسَّك بشرط التَّحكِيم الموقع بين الدائن والمدين؟، وهل يجوز أن يحتجَّ على الكفيل بوجوده؟.

ذهب جانبٌ من الفقه[1] إلي أنَّ الكفيل يعتبر من الغير، فلا يلتزم بشرط التَّحكِيم طالما أن الكفالة غير واردة في عقد المديونية المتضمن شرط التَّحكِيم.

(1) انظر: فتحي إسماعيل والي، قانون التَّحكيم، بند 88، ص172، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بند 315، ص462 وما بعدها، محمود مصطفى يونس، قوَّة أحكام المحكَّمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ص121.

فالأصل إذا أن يكون الكفيل أجنبيا بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي يبرمه المدين مع الدائن، وبالتالي لا يلتزم به، ولا ينصرف آثاره اليه[1].

بينما يري جانبٌ آخر من الفقه[2] أن شرط التَّحكِيم لا يكون نافذًا في مواجهة الكفيل إلَّا إذا قَبِلَهُ أو أَجَازَهُ. ويعتبر تدخل الكفيل للدفاع عن المدين أمام المحكم رضاء منه بشرط التَّحكِيم.

فإذا كانت الكفالةُ واردةً في العقد الأصلي بين الدائن والمدين، فإنَّ الكفيل عندئذ لا يعتبر من الغير، ويمتد اليه شرط التَّحكِيم، أمَّا إذا أُبْرِمَ شرط التَّحكِيم بين الدائن والمدين الأصلي، وكان عقد الكفالة مستقلًا؛ فإنه يعتبر من الغير، ولا يمتد اليه شرط التَّحكِيم.

عَلَى حين ذهب جانب آخر من الفقه[3] إلي أن مجرد علم الكفيل بوجود شرط التَّحكِيم في العقد الأصلي ليس كافيًا لمد أثره اليه؛ لأن ذلك يخالف صريح نص القانون، والذي يشترط أن يكون شرط التَّحكِيم مكتوبًا، أي موقعًا عليه من قبل الملتزم به، وبالتالي فإن التزام الكفيل بشرط التَّحكِيم الوارد في العقد الأصلي لا يجوز إلا إذا قام بالتوقيع على هذا العقد؛ حيث إنَّه بهذا التوقيع يكون عندئذ قد وافق عليه بإرادته الصريحة، وبالتالي أصبح طرفًا فيه.

---

(1) انظر: طارق سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، ص235.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف بالأسكندرية، الطبعة الثانية،1974، بند 59ـ، ص149.

(3) انظر: رضا السيد عبدالحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الثاني، التحكيم فى الكفالة المصرفية وخطابات الضمانات، الطبعة الثانية، سنة 2007، دار النهضة العربية، القاهرة، ص36.

وقد قضي بأنه: "**توقيع الشخص على العقد يُعَدُّ قرينة على التزامه به وتعبيرًا عن إرادته الصريحة حتي الالتزام به، وبالتالي يلتزم بشرط التَّحكِيم**"[1].

وقد نصَّت المادة (782) من القانون المدني المصري على أنه "**يُبَرَّأُ الكَفِيلُ بِمُجَرَّدِ بَرَاءَةِ المَدِينِ، وَلَهُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِجَمِيعِ الأَوْجُهِ التِي يَحْتَجُّ بِهَا المَدِينُ**".

ومفاد النص المتقدم أن الكفيل يستطيع أن يتمسك تجاه الدائن بكافة الدُّفوع التي يحق للمدين التمسك بها؛ ولذلك فإنه يجوز له التمسك تجاهه بشرط التَّحكِيم الوارد في العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين الأصلي، وله في حالة التجاء الدائن إلي القضاء أن يتمسك بشرط التَّحكِيم ويدفع به أمام القضاء، بعد التأكد من صحته، ويكون للقضاء الحكم بعدم قبول الدعوي لوجود شرط التَّحكِيم.

وقد قضي بأنَّه: "**المقصود بهذه الدُّفوع الخاصة هي تلك الدُّفوع المتعلقة بالدين ذاته والتي تؤدي إلي انقضائه أو انتهائه، وطالما أن شرط التَّحكِيم لا يؤدي إلي ذلك ولا يتعلق بالدين؛ فإنه لا يجوز للكفيل أن يتمسك به في مواجهة الدائن**[2]".

وقد ذهب جانب من الفقه[3] إلي القول بأن الدُّفوع المتعلقة بشرط التَّحكِيم هي من الدُّفوع الإجرائية ولا يؤثر – **سلبًا أو إيجابيًا**– على هذا الدين؛ ولذلك فإنَّ الكفيل لا يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن.

وقد ثار التساؤل في حالة قيام الكفيل بالوفاء بالدين، فهل يحق له التمسك بشرط التَّحكِيم تجاه المدين؟. وهل يمكن أن يدفع به أمام القضاء؟.

---

(1) مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، القضية التحكيمية رقم (941) لسنة 2013، جلسة 10/ 11/ 2014، مجلة التحكيم العربي، العدد 223 ديسمبر.

(2) CF:CASS. Com 22 novembre 1977 Rev. Arb. 1978, Philippe FOUCHARD.

(3) انظر: محمد نور شحاته، مفهوم الغير فى التَّحكيم، بند 120، ص101.

يمكن التمييز هنا بين فرضين:

الفرض الأول: رجوع الكفيل على المدين بدعوي الحلول، فعندئذ يجوز له بموجب هذه الحلول التمسك بشرط التَّحكِيم في مواجهة المدين عند رجوعه عليه[1]، وذلك لأن الكفيل يرجع على المدين بحق الدائن نفسه، وبماله من خصائص وما يلحقه من توابع، ومن هذه التوابع شرط التَّحكِيم[2].

وعليه يكون شرط التحكيم الوارد في العقد المكفول ملزما للكفيل، رغم أنه لم يوقع عليه، وذلك إذا ما بادر إلي رفع دعوي الحلول على المدين، فإذا كان الدين نشأ عن عقد اتفق فيه على التحكيم، أو على اختصاص هيئة معينة بنظر ما ينشأ بينهم من نزاعات، فإن الشرط يبقي قائما، ويجب العمل به عند رجوع الكفيل على المدين[3].

والفرض الثاني: هو رجوع الكفيل على المدين بالدعوي الشخصية أو دعوي الإثراء بلا سبب، حيث يستند الكفيل في رجوعه على المدين لاستيفاء قيمة ما وفاه للدائن على حقه الشخص المستمد من عقد الكفالة، والتي لا شأن لها باتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي، ففي كلتا الحالتين لا يجوز للكفيل التمسك باتفاق التحكيم المبرم بين المدين والدائن[4].

---

(1) انظر: مصطفى الجمَّال، وعكاشة عبدالعال، التَّحكيم فى العلاقات الخاصة الدَّوليَّة والداخليَّة، بند 317، ص464.

(2) انظر: محمد نور شحاته، مفهوم الغير فى التَّحكيم، بند 124، ص104 وما بعدها.

(3) انظر: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، ص337

(4) انظر: عبلة خالد عبد السلام الفقي، امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، رسالة ماجستير، 2012م، حقوق جامعة الإسكندرية، ص53.

وقد ثار تساؤل آخر حول مدي جواز تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن؟.

ذهب الاتجاه الراجح في الفقه إلي أن الكفيل لا يجوز له أن يتمسك باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن؛ لأن المقصود بتلك الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن هي تلك الدفوع التي تؤدي إلي انقضاء الدين أو تخفيض مقداره، ولا ينطبق ذلك على الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم(1).

وعلي ذلك فاتفاق التحكيم لا يؤدي إلي التأثير على الدين المكفول، فلا يجوز للكفيل أن يتمسك به في مواجهة الدائن، على اعتبار أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو مجرد دفع إجرائي لا يؤثر سلبا ولا إيجابا على الدين(2).

عَلَى أنه إذا وردت الكفالة في العقد الأصلي مصدر الالتزام المكفول والمنشئ لعلاقة الدائن والمدين، والذي يتضمن اتفاق التحكيم، فلا يمكن اعتبار الكفيل أجنبيا عن اتفاق التحكيم الذي وقع عليه بتوقيعه على العقد الأصلي ككفيل، ويعتبر في هذه الحالة طرفا في اتفاق التحكيم شأنه شأن المدين، ويلتزم به ويحتج به في مواجهته، ويستطيع الكفيل أن يتمسك به في مواجهة الدائن(3).

(1) انظر: الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، ص74، مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص462 وما بعدها، محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، ص101 وما بعدها.

(2) انظر: طارق سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، ص238.

(3) انظر: طارق سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، ص238.

رَابِعًا: مَدَي امتداد الحَقِّ في الدَّفْعِ بِالتَّحكِيمِ فِي حَالَةِ التَّضَامُنِ بَيْنَ المَدِينِينَ وَالدَّائِنِينَ.

التضامن إمَّا أن يكون إيجابيًّا (**وهو تضامن الدائنين**) وإمَّا أن يكون سلبيًّا (**وهو تضامن المدينين**)، وفي كل من التَّضامن الإيجابي والسلبي فإن الالتزام يكون واحدًا، ولكنَّ الأطراف يكونون متعدِّدين[1].

والقاعدة هي أن المتضامن يُعَدُّ ممثلا لغيره من المتضامنين معه فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم.

ونظرًا لعدم وجود نص خاص في قانون التَّحكِيم بشأن التَّضامن في اتفاق التَّحكِيم، فسوف نطبِّق عليه القواعد الخاصة الواردة في القانون المدني، وذلك على النحو التالي:

أ- مَدَي امتداد الحَقِّ في الدفع بوجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ فِي مُوَاجَهَةِ المَدِينِينَ المُتَضَامِنِينَ (التَّضَامُنُ السَّلْبِيُّ).

التَّضامن السَّلبي هو: "الالتزام الذي يتعدد فيه المدينون، بحيث يصبح كل مدين مسئول قبل الدائن عن كل الدين، في مقابل أن وفاء أي مدين بالدين للدائن تبرأ ذمته وذمة سائر المدينين المتضامنين[2]".

وتنص المادة (284) من القانون المدني المصري على أنه: "**إِذَا كَانَ التَّضَامُنُ بَيْنَ المَدِينِينَ فَإِنَّ وَفَاءَ أَحَدِهِمْ بِالدَّيْنِ يُبَرِّئُ ذِمَّةَ البَاقِينَ**".

كما تنص المادَّة (285/ 1) من ذات القانون على أنَّه:" **يَجُوزُ للدَّائِنِ مُطَالَبَةُ المَدِينِينَ**

(1) انظر: أحمد السيد صاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، بند 8، ص61.

(2) انظر: نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، 2005، دار الجامعة الجديدة، ص213.

المُتَضامِنِينَ بالدَّيْنِ مُجْتَمِعِينَ أَوْ مُنْفَرِدِينَ، وَيُرَاعَى فِي ذَلِكَ مَا يَلْحَقُ رَابِطَةَ كُلِّ مَدِينٍ مِنْ وَصْفٍ يعدل فيه أَثَر الدَّيْنِ".

ومفاد النصوص المتقدمة أنه يجوز للدائن -وحسب اختياره- مطالبة المدينين مجتمعين أو منفردين بالدين كله، وأن وفاء أحدهم بالدين يبرئ ذمة الباقين.

ولَمَّا كانت القاعدة العامَّة في التَّضامن هي أن المتضامن يعتبر ممثلا لغيره من المتضامنين فيما ينفعهم دون ما يضرهم، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم الذي يبرمه المدين المتضامن لا يلزم باقي المتضامنين إذا لم يقروه ويتمسكوا به، فإذا تمسكوا به معتبرين أنه يحقق لهم مصلحة، فيصبحون حينئذ أطرافا في اتفاق التحكيم[1].

وفي حالة إذا ما كان هناك اتفاق على التَّحكِيم بين أحد المدينين المتضامنين والدائن، فإنهم يكونوا بالخيار بين التمسك بهذا الاتفاق إذا كان يحقق لهم نفع أو عدم التمسك به إذا لم يروا هناك مصلحة لهم فيه.

ولذلك فإذا ما تمَّ إبرام اتفاق تحكيم بين أحد المدينين المتضامنين وبين الدائن لا يلتزم به المدينين المتضامنين، ويحق لهم الدَّفع بذلك إذا تم اختصامهم أمام القضاء.

وتطبيقًا لذلك فقد قضي بأنه: **"ماهية إدخال المتضامنين مع المدين في خصومة التَّحكِيم إذا كان الطاعن قد تمسك بدفاعه محل النفي أمام محكمة الاستئناف بأن رفض طلبه إدخال باقي البائعين المتضامين معه في خصومة التَّحكِيم يخالف المقاصد الكبري للقانون المصري المتعلقة بالنظام العام التي تقضي بحفظ حقوق المدينين المتضامنين**

(1) انظر: مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، بند314، ص460.

وعدم تحميل أحدهم بأكثر من نصيبه.... [1]".

وقضي أيضا بأنه:" الشريك المتضامن لا يعتبر من الغير بالنسبة لشرط التحكيم الوارد في عقد يبرمه أحد الشركاء المتضامنين بعنوان شركة التضامن، ولذلك يجوز بدء إجراءات التحكيم ضد الشركة أو أي شريك متضامن فيها أو ضدهم مجتمعين،... ومن ثم فإن هذا التوقيع يلزم جميع الشركاء المتضامنين،.. وبناء على ذلك فإن العقد محل النزاع ينصرف أثره بجميع بنوده بما فيها شرط التحكيم إلي سائر الشركاء المتضامنين على الرغم من عدم توقيعهم على ذلك العقد، ومن ثم يكون للبنك المتعاقد مع الشركة المحتكم ضدها الأولي أن يبدأ إجراءات التحكيم ضدها أو ضد أي شريك متضامن فيها، أو ضدهم مجتمعين؛ وذلك لأن الشريك المتضامن لا يعتبر من الغير بالنسبة لشرط التحكيم الوارد في عقد يبرمه أحد الشركاء المتضامنين بعنوان شركة التضامن"[2].

ب- مَدَي امتداد الحَقِّ فِي الدَّفْعِ بِالتَّحكِيمِ فِي مُوَاجَهَةِ الدَّائِنِينَ المُتَضامِنِينَ (التَّضَامُنُ الإيجَابِيُّ).

التَّضامن الإيجابيُّ هو:" **مجرد تسهيل عملية استيفاء الحق؛ إذ يكونُ لكُلٍّ من الدائنين المتضامنين أن يستوفيَ كلَّ الحق من المدين، وأيضًا يكون للمدين أن يوف بالدين كله لأي منهم، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته بهذا الوفاء**". والمبادئ التي تحكم التضامن السلبي

(1) نقض مدني مصري، الطعن، جلسة 11/ 5/ 2010، رقم (10132)، السنة (78 قضائية)، مجلة التحكيم العربي، العدد السابع عشر، 2011، 238.

(2) القضية التحكيمية رقم 706لسنة 2010م، الحكم بتاريخ 19/ 1/ 2012، مركز القاهرة الإقليمي، مجلة التحكيم العربي، العدد الثامن عشر، يونيو 2012.

هي ذاتها التي تحكم التضامن الإيجابي بين الدائنين، وهي: وَحْدَةُ الدَّيْنِ، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضرُّ، وهذه هي المبادئ التي تحكم علاقة المدين بالدائنين المتضامنين[1].

وإذا تمَّ إبرام اتفاق تحكيم بين أحد الدَّائنين المتضامنين مع المدين، لا يلزم باقي الدائنين المتضامنين، ولكن يجوز لهم التَّمسك به إذا كان ذلك يحقق لهم مصلحة، استنادًا على مبدأ النِّيابة التَّبادلية فيما ينفعهم لا فيما يضرهم؛ ولذلك يجوز لهم رفع الدعوي التحكيمية أمام المحكم، كما يجوز لهم التمسك باتفاق التَّحكِيم أمام القضاء والدَّفع به[2].

وإذا كان المبدأ هو جواز تمسك الدائنين المتضامنين باتفاق التَّحكِيم، وبحكم التَّحكِيم إلا أنه يجب علينا-وفي هذا الصدد- التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان الدائنين المتضامنين قد تمسكوا باتفاق التَّحكِيم والتَّدخل في خصومة التَّحكِيم فإنهم يصبحون أطرافا في اتفاق التَّحكِيم وفي خصومة التَّحكِيم، ويحوز الحكم الصادر فيها الحجية في مواجهتهم، سواء صدر لصالحهم أو ضدهم"[3].

والفرض الثَّاني: إذا اختار الدائنون المتقاضون البقاء بعيدًا عن اتفاق التحكيم وخصومته، فلهم أن يتمسكوا بحكم المحكم إذا صدر لصالح زميلهم، أما إذا صدر

(1) انظر: نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة لأحكام الالتزام، ص241.

(2) انظر: مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص462.

(3) انظر: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، ص337

الحكم ضد زميلهم فإنَّه لا يجوز التَّمسك به في مواجهتم[1].

وتجدر الإشارة إلي أنه قد يكون الحكم الصادر يحقق مصلحة أحد الطرفين في شق منه، بينما يحقق في شقه الثاني مصلحة الطرف الآخر، وهنا يجب على الدائنين المتضامنين مع الدائن الذي أبرم اتفاق التحكيم الاختيار ما بين التمسك بحكم التحكيم كاملا أو تركه كاملا، فلا يجوز لهم تجزئته بقبول الشق الذي يحقق مصلحتهم ورفض الشق الآخر[2].

خَامِسا: مَدَي امتداد الحَقَّ في الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ فِي مَجْمُوعَةِ الشَّرِكَاتِ.

إن الشركات المكونة للمجموعة رغم أنها تتمتع باستقلال قانوني إلا أنها ترتبط بهدف اقتصادي واحد يجعلها تخضع لرقابة واحدة، وهي ما تعرف بمجموعة الشركات، وتثير مجموعة الشركات التساؤل حول مدي امتداد شرط التَّحكِيم إلي من؟.

ونجد أن الفقه والقضاء قد انقسما بشأن امتداد حق الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم في مجموعة الشركات مابين مؤيد ومعارض، وإن كان الأصل هو مبدأ نسبية آثار اتفاق التَّحكِيم باعتباره عقدًا، ومن هنا فإن الشركة التي قامت بإبرام العقد والتوقيع عليه هي وحدها الملتزمة باتفاق التَّحكِيم، ويحقُّ لها الدفع به أمام القضاء.

(1) انظر: الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، بند26،ص49

(2) انظر: طارق سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، ص231

أ- مَفْهُومُ مَجْمُوعَةِ الشَّرِكَاتِ

عرف جانبٌ من الفقه[1] مجموعة الشركات بأنها: "**تجمع عدد من الشركات تتمتع فيه كل شركة بشخصية قانونية مستقلة ومتميزة، في حين لا يتمتع هذا التجمع بالشخصية القانونية، بل بوحدة في القرارات والإدارة والرقابة**".

بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه[2] إلي تعريفها بأنها " **نظام قانوني يضم عددًا من الشركات تتميز باتحادها من الناحية الإقتصادية واستقلالها من الناحية القانونية**".

فيما ذهب جانب آخر إلي تعريفها بأنها " الشركات متعددة الجنسيات التي تتخذ شكل مشروع خاص متعدد القوميات"[3].

وأن الشركات المكونة لهذه المجموعة على الرغم من أنها تتمتع بالاستقلال القانوني إلا أنها ترتبط بهدف اقتصادي واحد يجعلها تخضع لرقابة موحدة، وذلك عن طريق تركيز سلطة اتخاذ القرار في المجموعة[4].

---

(1) CF: JARROSSON (Ch.), *Convention d'arbitrage et groupes de sociétés, In Groupes de sociétés: Contrats et responsabilités*, L. G. D. J., Paris, 1994. P53.

مشارًا إليه لدى: عاطف محمد الفقي، التحكيم التجارى متعدد الأطراف، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص26.

(2) انظر: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارية الدولية، بند 253، ص 232. وانظر: مصطفى أبو اليزيد الحلفاوي، الحقوق الإجرائية لأطراف خصومة التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، 2012، ص218

(3) انظر: محمود سمير الشرقاوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، مجلة القانون والاقتصاد، سنة 1975، بند 9، صفحة 50 وما بعدها.

(4) انظر: محسن شفيق، المشروع القومي والقوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، 1987، ص252 وما بعدها.

وعرفها آخر بأنها:" تجميع عدد من الشركات التي تتمتع فيها كل شركة بشخصية قانونية مستقلة ومتميزة، في حين لا يتمتع هذا التجمع بالشخصية القانونية، إنَّما يتمتع بوحدة في القرارات والإدارة والرقابة[1].

ويمكن وضع تعريفٍ لمجموعة الشركات، وهو: **"اتحاد عدد من الشركات التي يكون لكلٍّ منها شخصية قانونية مستقلة عن الشركة الأخرى، من أجل العمل على تحقيق هدف إقتصادي مشترك فيما بينهم، وتظل كل شركة محتفظة بشخصيتها المعنوية والقانونية المستقلة، ولا يشكل هذا الإتحاد شخصية معنوية جديدة، غير أن هذه الشركات تخضع لقرارات إدارية ورقابية واحدة، حتي يمكن تحقيق الهدف الإقتصادي المشترك"**.

ب- مَوْقِفُ الفِقْهِ مِنِ امتداد شَرْطِ التَّحكِيمِ فِي مَجْمُوعَةِ الشَّرِكَاتِ.

اختلف الفقه والقضاء في مدي امتداد اتفاق التَّحكِيم في إطار مجموعة الشركات الوارد في أحد العقود التي تبرمها إحدى هذه الشركات مع الغير؛ ويرجع هذا الاختلاف إلي عدم وجود نصوص تشريعية قاطعة على وضع حل مناسب لتلك الإشكالية، فذهب البعض إلي امتداد شرط التحكيم إلي الغير الذي لم يوقع على شرط التحكيم، بينما اتجه اخر إلي عدم امتداد شرط التحكيم لغير المُوقعين عليه [2]، مما يعني أن الحلول ما زالت متاحة لهذه المسألة، ونجد أن الفقه قد انقسم إلي اتجاهين، وذلك على النحو التالي:

(1) انظر: محمد ماهر أبو العنين، وعاطف محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الأول، ص371.

(2) DAVID (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris , 1982, p. 297

الاتجاه الأول[1]: عدم امتداد اتفاق التحكيم إلي باقي شركات المجموعة.

أولاً: المضمون.

أخذ هذا الاتجاه بعدم امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه شركة من مجموعة الشركات مع الغير إلي باقي شركات المجموعة، إستنادا إلي مبدأ نسبية أثر العقود، فاتفاق التحكيم لا يلزم سوي الشركة التي قامت بإبرامه، ولا يتعداها إلي باقي الشركات، وبالتالي تبقي هذه الشركة فقط الملتزمة بهذا الاتفاق دون غيرها، فالاتفاق لا يلزم سوي عاقديه، فكل شركة من شركات المجموعة شخصية قانونية مستقلة عن باقي الشركات، فاتفاق التحكيم الأساس فيه هو الإرادة والاختيار، وبالتالي لا يجوز أن نجبر باقي الشركات على الالتزام به، وقد أسس هذا الاتجاه رأيه على عدة حجج تؤيد وجهة نظرهم، وقد أيدت أحكام القضاء هذا الاتجاه.

وقضي أيضًا بأن "اتفاق التَّحكِيم الذي تبرمه أي من الشركتين لا يسري إلا في مواجهة الطرف فيه دون الشركة الأخرى، هذا ولو كان العقد المبرم من الشركة الأم المتضمن شرط التَّحكِيم يمس مصالح مشتركة للشركة التابعة، أو كان شرط التَّحكِيم الذي أبرمته الشركة التابعة يؤثر في نشاط الشركة الأم[2]".

(1) انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة نشر، ص112. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، بند 133، ص462 وما بعدها، فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علما وعملا ، ص195، بند 101، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، بند 9، ص175، أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، بند 255، ص235، محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، بند89، ص76.

(2) القضية التحكيمية، جلسة 7 يونيو 2001، رقم (212) لسنة (2001)، مجلة التحكيم العربي، العدد السادس، ص646.

ثانيا: الأسانيد.

يستند هذا الاتجاه إلي عدة أسانيد ومبررات، ومنها:

السند الأول: عدم امتداد شرط التَّحكِيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة لا يلزم باقي الشركات الأخرى؛ تأسيسًا على أنه وإن كانت هذه الشركات يجمعها وحدة اقتصادية واحدة، إلَّا أنها تتمتع باستقلال قانوني عن الشركات الأخرى[1].

السند الثاني: كما استند هذا الاتجاه على فكرة الرضائية في اللجوء إلي التَّحكِيم؛ حيث يحتاج اللجوء إلي التَّحكِيم إلي الإرادة الصريحة التي تؤكد رغبة الشركة في امتداد شرط التَّحكِيم لها والتزامها به، ولا تظهر هذه الإرادة الصريحة إلا بالتوقيع على العقد المتضمن شرط التَّحكِيم.

السند الثالث: القول بإمتدا اتفاق التحكيم يتعارض مع الطابع الإرادي الذي يتميز به نظام التحكيم باعتباره عقدا يخضع لمبدأ نسبية العقود، وبالتالي تم الأخذ بالتفسير الضيق لفكرة الطرف في اتفاق التحكيم[2].

السند الرابع: إن العقد الذي تضمن اتفاق التحكيم عقد أصلي، والعقود التي لم تتضمنه تعتبر عقودا فرعية، ومن هنا كان لابد أن تكون إرادة الأطراف صريحة، وبالتالي فالقول بامتداد اتفاق التحكيم يتعارض مع الرضائية في اتفاق التحكيم[3].

---

(1) انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة نشر، ص112. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، بند 133، ص462 وما بعدها.

(2) انظر: محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، بند89، ص76.

(3) انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، تطبيقات عملية لقضايا التحكيم – مقال منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثالث، أكتوبر، 2000، ص144.

السند الخامس: لا يمكن القول بامتداد اتفاق التحكيم إلي باقي المجموعة، فهو لا يري إلا في حق الشركة التي وقعت عليه، وذلك لاستقلال كل منهما بشخصية قانونية مستقلة، ولو كانت الشركة الأم تملك نسبة كبيرة في رأس مال الشركة التابعة[1].

ثالثا: الانتقادات.

بالنظر إلي هذا الاتجاه وما ساقوه من حجج وأسانيد تبرر وجهة نظرهم ووجاهة هذه الأسانيد، إلا أنه لا يخلو من الانتقاد، ومن الانتقادات التي وجهت اليه ما يلي:

الانتقاد الأول: يتجاهل هذا الاتجاه تشابك وترابط العلاقات والتعاقدات التي تتم في نطاق التجارة وما تستلزمه هذه العلاقات من مرونة.

الانتقاد الثاني: يتبني هذا الرأي فكرة الجحود التي من الصعب تطبيقها في مجال عقود الشركات.

الانتقاد الثالث: يتجاهل هذا الرأي اعتبار أن مجموعة الشركات تعتبر مجموعة إقتصادية واحدة لها هدف مشترك وتسيطر عليها ما يعرف بالشركة الأم.

الانتقاد الرابع: يأخذ هذا الرأي بالمفهوم التقليدي لنظام الشركات ويتناسي ماحدث من تطورات، والتزايد العالمي نحو المشروعات الكبري والعملاقة.

الانتقاد الخامس: تعتبر عقود هذه الشركات عقدا واحدا، وتعتبر عقودا غير قابلة للتجزئة؛ حيث إنها تسهم في مشروع إقتصادي واحد.

(1) انظر: سميحة القليوبي ، الأسس القانونية للتحكيم وفقا للقانون رقم 27 سنة1994، طبعة 2012، دار النهضة العربية، القاهرة، بند7، ص90.

والاتجاه الثاني[1]: يؤيد امتداد شرط التَّحكِيم في مجموعة الشركات.

أولاً: مضمون الاتجاه المؤيد امتداد اتفاق التَّحكِيم في مجموعة الشركات.

عَلَى العكس من سابقه فقد أكد هذا الاتجاه على امتداد اتفاق التَّحكِيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة إلي باقي الشركات داخل هذه المجموعة، وبالتالي تعد باقي الشركات طرفا في هذا الاتفاق، وتلتزم باتفاق التحكيم ويسري عليها آثاره من التزامات أو حقوق؛ حيث إن هذه الشركات تعتبر شركة ووحدة إقتصادية واحدة، وبالتالي فأثر الاتفاق على التحكيم يسري على الجميع.

فمجموعة الشركات، على الرغم من الشخصية القانونية المنفصلة لكل منهما، إلا أن لهما كيان اقتصادي واحد يجب على المحكمة مراعاتها عند تقرير اختصاصها بموجب قواعد ولوائح غرفة التجارية الدولية. على وجه الخصوص، يجب أن يكون شرط التحكيم، الذي تم قبوله صراحة من قبل بعض الشركات في المجموعة، مُلزما للشركات الأخرى التي لم توقع عليه، من خلال الدور الذي قامت به هذه الشركات في إبرام أو تنفيذ أو فسخ العقود التي تحتوي على شرط التحكيم، ووفقا للإرادة المشتركة لجميع الأطراف في إجراءات التحكيم، كونها تُعد أطراف فعلية في هذه العقود، أو باعتبارهم معنيين في المقام الأول بها وبالنزاعات التي قد تنشأ عنها. [2] وفي هذا

(1) انظر: حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ص139، فهيمة أحمد على القماري ، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، ص300، إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الثالث للتحكيم التجاري الدولي المنعقد فى القاهرة فى الفترة من 13 إلى 14 إبريل 1996، ص8، مصطفى أبو اليزيد الحلفاوى، الحقوق الإجرائية لأطراف خصومة التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، 2012، ص219.

(2) Sentence CCI, 23 septembre 1982, Dow Chemical - Rev. arb., 1984.137) (principe ==

الصدد، ينطبق هذا المبدأ فقط على الشركات التي تُعد جزءًا من نفس المجموعة (أي، تلك التي لها شركة أم وتخضع فيما بينها لسلطة أو علاقات تبعية). (1)

ثانياً: أسانيد الاتجاه المؤيد امتداد اتفاق التَّحكِيم في مجموعة الشركات.

السند الأول: أخذا بفكرة الامتداد الأفقي لاتفاق التحكيم، والذي يستند إلي فكرة الإرادة الظاهرة، وهو ما يعني أن امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات يستند إلي فكرة الإرادة الظاهرة والقبول الضمني للشركات الداخلة في المجموعة؛ لأنه يتم عن إرادة ظاهرة لديها من الإلتزام باتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة(2).

السند الثاني: يري هذا الاتجاه أنه يجب التحرر من فكرة التفسير الضيق لاتفاق التَّحكِيم، والسماح لشرط التَّحكِيم لأن يمتد إلي غيره استنادًا إلي الوحدة الاقتصادية التي تكونها مجموعة الشركات؛ ولذلك قضي بأنَّ "شرط التَّحكِيم الذي توقع عليه شركة واحدة من مجموعة شركات تشكل كيانًا اقتصاديًا واحدًا يمتد لسائر الشركات في هذا الكيان(3)".

==

confirmé par la jurisprudence française : voir Pau, 26 novembre 1986, Sponsors AB c/Lestrade - Rev. arb., 1988 p. 153 note A. Chapelle.

Voir aussi à cet égard : LINNANT DE BELLEFONDS (X.) et HOLLANDE (A.), *L'arbitrage*, P. U. F, Paris , 1995, P. 117

(1) Lyon, 15 octobre 2013, Amplitude c/Iakovoglou Promodos et Cie - Cah. arb., 2013.1112.

(2) انظر: محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم ، ص76، بند89. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، بند 25، ص235.

(3) انظر: حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية التحكيمية، جلسة 19/ 1/ 2011، رقم (654)، سنة (2009)، مجلة التحكيم العربي، العدد السادس عشر، يونيو 2011، ص203 وما بعدها.

السند الثالث: في حين أن البعض استند إلي فكرة النيابة لامتداد شرط التَّحكِيم المُوَقَّعِ من الفرع إلي الشركة الأم؛ ولذلك قضي بأنَّ "انصراف فكرة الطرف على الشركة الأم التي شاركت في تنفيذ العقد محل النزاع الذي وقعه الفرع، وذلك باعتبارات أن الفرع الموقع على العقد هو في الواقع نائبٌ عن الشركة الأم[1].

السند الرابع: وقضي بأن " الشخص الذي يقع إرادته بالارتباط بآخر في علاقة عقدية قاصدًا التزامه بما يرد في العقد يعتبر طرفًا، ويحق له المطالبة بما يرتبه العقد من آثار، فإذا تبين من النزاع الناشئ عن عقد معين أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد اتجهت إلي انصراف أثر العقد إلي غيرهم ممن شارك في تنفيذه؛ فإن شرط التَّحكِيم يصبح مقيدًا به[2]".

السند الخامس: وفي حكم آخر بأنه "إذا أبرمت الشركة اتفاق تحكيم عن عمل يتعلق بالفرع فإنه يعتبر ملزمًا لها وللفرع؛ إذ الفروع لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة، أما إذا أبرم الفرع اتفاق التَّحكِيم، وكان نظام الشركة يجيز بهذا، فإنه في الواقع يبرمه نيابة عن الشركة، وتسري آثار شرط التَّحكِيم في مواجهة الشركة[3]".

السند السادس: وقضت محكمة النقض بأن "مجرد كون أحد أطراف خصومة

(1) انظر: حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية التحكيمية، جلسة 31/ 1/ 2012، رقم (723)، سنة (2010)، مجلة التحكيم العربي، العدد الثامن عشر، يونيو 2012، ص239.

(2) انظر: مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجاري الدولي، القضية التحكيمية، جلسة 31/ 1/ 2012، رقم (723)، سنة (2010). القضية التحكيمية، جلسة 19/ 1/ 2011، رقم (654) لسنة (2009).

(3) القضية التحكيمية جلسة 31/ 1/ 2012، رقم(723) لسنة (2010)، حكم سابق الإشارة إليه. انظر: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص175.

التَّحكِيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلًا على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولي المستقلة على شرط التَّحكِيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى[1]".

ثالثاً: الانتقادات الاتجاه المؤيد امتداد اتفاق التَّحكِيم في مجموعة الشركات.

الرأي الذي استند إلي فكرة القبول الضمني (الإرادة الضمنية) يتناقض مع ما هو مُسْتَقَرٌّ عليه في مجال التَّحكِيم واللجوء اليه، والذي يؤكد أن "الاتفاق على التَّحكِيم لا يفترض، ويلزم أن يُعَبَّرَ بوضوح عن انصراف إرادة الخصوم في اتباع هذا الطريق[2]".

والقول بفكرة الإرادة المشتركة أو الوجود الواقعي لمجموعة الشركات كوحدة اقتصادية لتحقيق هدف اقتصادي واحد، فهذه الأفكار مستمدة من قانون الشركات، ونري أنه لا يجوز الاستناد إلي هذه الفكرة في مجال التَّحكِيم الاختياري أو الإرادي الذي لا يلزم إلا من وافق عليه صراحة، ولابد من توافر كافة شروطه وأركانه وأولها وأهمها الرضا بالتَّحكِيم.

وفي غياب مثل هذه الإرادة الصريحة للالتزام بشرط التَّحكِيم، فإنه يمكن البحث عن الإرادة الضمنية للشركة المراد التزامها أو إلزامها بشرط التَّحكِيم، وليس كافة شركات المجموعة؛ وذلك لأن عدم توقيع هذه الشركة على العقد الذي يحتوي على

(1) نقض تجاري، جلسة 12 ينونيو 2004، رقم (4729، 4730) لسنة (72 قضائية)، مجلة التحكيم العربي، العدد 11، ص154.

(2) انظر: نقض مصري، جلسة 27/ 3/ 2007، رقم (607) لسنة (63 قضائية)، غير منشور، مشار إليه، انظر: مجلة التحكيم العربي، العدد 14، يونيو 2010.

شرط التَّحكِيم لا يعني بالضرورة عدم التزامها به، يبد أن هذه الإرادة الضمنية لا ينبغي البحث عنها في مسلك الشركة التي يراد إلزامها بشرط التَّحكِيم، والتي يمكن استظهارها من خلال اشتراك هذه الشركة الأخيرة في المفاوضات السابقة لإبرام العقد الذي يشتمل على شرط التَّحكِيم[1].

ويمكن القول بأن أثار اتفاق التحكيم قد تمتد إلي الشركة التي تنتمي إلي نفس مجموعة الشركات عندما تكون قد شاركت في عملية اقتصادية مشتركة، ويمكن اعتبار شرط التحكيم مقبول ضمنياً في هذه الحالة. [2]

ج- مَدَي امتداد حَقِّ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم فِي مَجْمُوعَةِ الشَّرِكَاتِ مِنْ وِجْهَةِ نَظَرِ البَاحِثِ.

بعد عرض الاتجاهات السابقة، وأسانيد والانتقادات كل اتجاه نري أنه لا يجب تضييق القاعدة العامة، وهي مبدأ نسبية أثر العقود، حيث لا تلتزم باتفاق التحكيم سوي الشركة التي وقعت عليه، هذا وإن كان الأساس في نظام التحكيم الاتفاق والتفاوض، ولكن نظرا للتطورات في مجال الشركات ومدي ترابط وتشابك العلاقات بين هذه الشركات خاصة إذا كانت داخل مجموعة واحدة، ولإضفاء نوع من المرونة التي يتطلبها العمل التجاري والسرعة التي يحتاجها يمكن أن تبرر امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة إلي باقي هذه الشركات.

ففي حالة إذا كان هناك اتفاق صريح بين مجموعة الشركات بالموافقة على شرط

(1) CF: COHEN (Daniel), *Arbitrage et Société*, Thèse de doctorat en droit privé, Paris II, 1993, No 549, P.288

مشار إليه لدى: عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، ص53.

(2) ROUSSEAU (C.), *Les rapports conflictuels*, t. V , Sirey, Paris, 1983, p. 322

التَّحكِيم الذي تبرمه أي شركة، فإنه يمتد إلي باقي الشركات حتي إذا لم توقع على العقد الأصلي المتضمن هذا الشرط.

ونري أنه يجوز أن يمتد شرط التَّحكِيم الذي تبرمه الشركة الأم باعتبارها صاحبة السلطة والرقابة على باقي الشركات في المجموعة؛ وبالتالي تلتزم هذه الشركات بشرط التَّحكِيم الذي تبرمه الشركة الأم.

وكذلك فاتفاق التحكيم يمتد إلي المجموعة عندما تتولي الشركة الوليدة إبرام العقد التجاري الدولي، بينما يقف دور الشركة الأم عند مرحلة المفاوضات والتنفيذ، وكذلك عندما تتعاقد أكثر من ركة وليدة مع الغير، ثم تشارك عدة شركات أخري في تنفيذه أو الاستفادة منه.

كما يمتد اتفاق التحكيم في حالة ما إذا كان يملك مجموعة الشركات شخص طبيعي تخضع المجموعة لرقابته المباشرة[1].

سَادِسًا: مَدَي امتداد حَقِّ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتِّفاق على التَّحْكِيم فِي سِلْسِلَةِ العُقُودِ

ثار خلاف في الفقه والقضاء حول مدي امتداد اتفاق التَّحكِيم في سلسلة العقود؟، وهل يمتدُّ اتفاق التَّحكِيم على شخص آخر يكون قد أسهم في تكوين تصرف آخر لا حق أو منبثق عن التَّصرف الأصلي؟.

ففكرة سلسلة العقود تقوم على مجموعة من العقود المترابطة ببعضها من حيث الموضوع والهدف، ويكون بعضها فقط هو الذي يحتوي على اتفاق التَّحكِيم؛ ولذلك

(1) انظر: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، ص301.

فقد ثار التَّساؤل حول مدي امتداد الحق في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم في أحد العقود الي أطراف عقد آخر من عقود هذه السلسة والتي لم يتم النصُّ صراحة فيها على اتفاق التَّحكِيم أو حتي الإحالة اليها؟

أ- مَفْهُومُ سِلْسِلَةِ العُقُودِ.

كثيرا ما تجتمع عدة عقود حول عمل واحد، تتعاقب عليه ويكون محلا لكل منها أو حول غرض واحد، تصوغ أحدها الإلتزامات المحققة له، وتسهم الأخرى في تنحية هذه الإلتزامات، أو تساعد عليها، أو تقدم الضمان اللازم لتمام تنفيذها[1].

فقد تتضافر العقود المتعددة لتحقيق هدف مشترك رغم إختلاف أطرافها مثل العقود التي تربط عدة مقاولين أصليين بصاحب عمل واحد، وقد تتابع العقود على ذات العمل بالرغم من اختلاف أطرافها، كما هو الحال في العقد المبرم بين كل من صاحب العمل والمقاول الأصلي، وبين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وهذا ما يسمي "سلسلة العقود"

وتعددت التَّعريفات التي قيلت في هذا، وقد تناولها البعض تحت مسمي الأسرة العقدية[2]، ومنهم من أسماها بالسلسلة العقدية[3]، ومنهم من أسماها مجموعات العقود[4].

(1) انظر: محمد ماهر أبو العينين، عاطف محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم، الكتاب الأول، ص403

(2) انظر: فيصل زكي عبدالواحد، المسئولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، ص 12.

(3) انظر: حسام كامل الأهواني، مصادر الالتزام، ط 1994، ص55.

(4) Cf: LARROUMET (C.), *l'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels*, J.C.P. 1988, I, doc, 3357

ويعَرِّفها البعض: **"ترابط عدة عقود معينة، سواء بسبب موضوعها أو بسبب أشخاصها لتحقيق عملية تجارية معينة"**[1].

في حين ذهب اتجاه آخر إلي تعريفها بأنَّها: **"مجموعةٌ من الأشخاص يسهمون في تكوين تصرفات قانونية متتالية أو متعاقبة على محل واحد أو مال واحد أو مترابطة بقصد تحقيق هدف اقتصادي واحد، وينشأ كلُّ تصرف مستقلًّا عن الآخر"**[2].

في حين أن هناك جانبًا آخر من الفقه[3] يعرفها بأنَّها: **"عدة عقود تسهم جميعًا في تحقيق وتنفيذ الالتزامات عن عقد واحد، فكل من يسهم ولو بصورة مستقلة في تنفيذ هذه الالتزامات اعتبر طرفًا في المجموع العقدي الذي يتكوَّن من عقدين أو أكثر"**.

وهذه العقود منها ما يكون الارتباط بينها موضوعيًّا، أي يتعلق بالطبيعة الواحدة لموضوع تلك العقود[4]؛ إذ إنها تهدف إلي تحقيق نفس العملية التجارية[5].

---

(1) FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international,, op. cit.*, pp. 396-402.

أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، بند 265، ص 45.

(2) انظر: فيصل زكي، خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقا للقانون الكويتي رقم 11 لسنة 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ص 12.

(3) انظر: حسام الدين كامل الأهواني، مقالة منشورة بمجلة التحكيم العربي، العدد16، يونيو 2011، ص331. انظر أيضا: حمدي عبد الرحمن، الوسيط في الدراسات، 1999، ص 510.

(4) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، بند 132، ص 457.

(5) انظر: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، بند 265، ص 245.

مجموعة العقود تقوم إذن إمَّا على فكرة وحدة الموضوع أو وحدة الأشخاص[1]، وقد يكون الإرتباط بين هذه العقود شخصيًّا[2]، حيث تبرم بين نفس الأطراف سلسلة من العقود التي تتصل بالعلاقات التعاقدية المعتادة بينهم، وتدور حول نفس المسائل أو مسائل مشابهة[3]، مثل: عقود التَّوريد والتَّجهيزات.

ب- مَدَي امتداد حَقِّ الدفْعِ بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ فِي سِلْسِلَةِ العُقُودِ

يثور التَّساؤل حول مدي امتداد اتفاق التَّحكِيم المُدْرَجِ في أحد هذه العقود إلي العقود الأخرى الَّتي لم يُدْرَجْ فيها شرط التَّحكِيم، وبالتالي يمتدُّ نطاق الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم إلي أطراف الموقعين على العقد المتضمن شرط التَّحكِيم؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يجب التمييز بين عدة فروض:

الفرض الأول- إذا كان شرط التَّحكِيم واردًا في العقد الأصلي دون العقود الأخرى: فإن القضاء الفرنسي اتجه للقول بامتداد شرط التَّحكِيم في مثل هذه الحالة[4].

---

(1) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، بند 132، ص 455 وما بعدها.

(2) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، بند 132 ص 455.

(3) انظر: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، بند 272، ص 250. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته واثاره ونطاقه القانونى الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري به، دار الفكر الجامعى، الاسكندرية، 2001، ص 171.

(4) Cf: Cour d'appel de Paris, 29 novembre 1991. Rev. arb, 1993, p. 617, note: l. AYNES.

وهذا ما أكَّده حكمه الصَّادر في دعوى شركة (Samin)، حيث نص على أنه" تعاقدت إحدى الشركات الفرنسية (Sofremines) مع الشركة العربية للمناجم على إعادة تشغيل منجم الكبريت والنحاس ==

فإذا اشتمل العقد الأساسيُّ على اتفاق التَّحكِيم فإنَّه يشمل جميع العقود الخاصة بتنفيذ هذه العملية؛ وذلك لوضوح إرادة الأطراف في خضوع أي نزاع أو خلاف ينشأ بينهم إلى هيئة التَّحكِيم، وذلك طالما تمَّ النصُّ على اتفاق التَّحكِيم في العقد الأصلي، ولو لم يتمُّ النصُّ عليه في العقود اللَّاحقة[1] وفقًا لما يقتضيه العرف وسوابق التعامل بين الأطراف[2].

الفرض الثاني- أن يرد شرط التَّحكِيم في أحد العقود المنفذة للعقد الأصلي دون أن يتضمَّنه هذا الأخير:

==

بموريتانيا، وفي سبيل ذلك فقد تم إبرام عقدين أساسيين الأول في 16 نوفمبر 1982 ، ويهدف إلى دراسة المشروع الثاني في 21 ديسمبر 1983، ويهدف إلى تشغيل المنجم. وقد تضمن كلٌّ من هذين العقدين شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية، على أن يكون مكان التَّحكِيم بجنيف، وفي فترة لاحقة أبرمت عدة عقود أخرى بين الطرفين لتنظيم العائد المادي لاستغلال المنجم، لم يتضمن أيٌّ منها شرط التَّحكِيم، وعلى أثر نزاع نَشَبَ بين الطرفين قامت الشركة الفرنسية برفع دعوى أمام محكمة (Bobigny) التجارية اعتمادًا على أنَّ النِّزاع الحاصل كان بشأن أحد العقود التي لم تتضمن شرط التَّحكِيم، غير أن المحكمة المذكورة قررت في الحكم الصادر عنها بتاريخ 29 مارس 1990 عدم إختصاصها بنظر الدعوى؛ لامتداد شرط التَّحكِيم للعقد الوارد بشأنه النزاع.

ولذلك ذهب جانبٌ من الفقه إلى تأييد هذا الإتجاه والقول بمدِّ اتفاق التَّحكِيم إلى العقود اللاحقة طالما أنَّ المعاملات السابقة كانت من الأهمية بمكان، انظر: حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ص 172.

(1) انظر: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، بند 267، ص 246 وما بعدها.

(2) Cf: Sentence rendue dans l'affaire- N. 7154 en 1993 . J.D.I 1994, p.1059. note: y.D.

ثار خلافٌ في هذا الفرض فقد اتَّجه البعض إلي القول بأنه يتعين في هذه الحالة تفسير إرادة الأطراف في كل حالة على حدة للوقوف على إرادتهم الحقيقية من اتفاق التَّحكِيم[1].

(1) انظر: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، بند 268، ص 247.

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه" يبدو منطقيًّا ألَّا يقتصر أثر مختلف الالتزامات التَّعاقدية التي تتحمَّل بها الأطراف المتعاقدة، وهي تسعى نحو تحقيق هدف مشترك على نطاق تعاقداتهم الخاصة أو المتبادلة، وإنما في نطاق تعاقدات المجموعة بأكملها". نقض فرنسي في 11 يوليو 1991، مشار إليه لدى: باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، ص 509.

وأيضًا قضت محكمة Bobigny التجارية في 29 مارس 1990 بامتداد شرط التَّحكِيم الوارد في العقد الأساسي إلى العقود التابعة له، وجاء في سياق الحكم أنَّه " من الثَّابت أَن هذه العقود اللَّاحقة التي كانت قد أُبْرِمَتْ في إطار العلاقات التَّعاقديَّة بين الأطراف لتنفيذ الاتفاقين الأساسيين والمؤرخين في 16 نوفمبر 1981، 21 ديسمبر 1983؛ فإنه نتيجة لذلك تكون العقود اللاحقة خاضعة للقواعد الواردة في الاتفاقيات الأساسية، وبالتالي لشرط التَّحكِيم الوارد بها. وتتلخص وقائع القضية في أن شركة (Sofremines) الفرنسية تعاقدت مع الشركة العربية للمناجم على إعادة تشغيل منجم الكبريت والنحاس بموريتانيا، وفي سبيل ذلك تم إبرام عقدين أساسيين: الأول في 16 نوفمبر 1982 يهدف إلى دراسة المشروع، والثاني في 21 ديسمبر 1983 للبدء في تشغيل المنجم، واحتوى كلاهما على شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، ثم أبرمت عدة عقود بين الطرفين لتنظيم العائد المادي لاستغلال المنجم، وقد خلت تلك العقود من أي شرط تحكيم.

وعندما حدث نزاع بين الطَّرفين حول أحد هذه العقود، قامت الشركة الفرنسية بإقامته دعواها أمام القضاء الفرنسي استنادًا إلى عدم وجود اتفاق على التحكيم، إلا أنَّ المحكمة رفضت الفصل في النِّزاع، وقضت بعدم إختصاصها استنادًا إلى فكرة امتداد شرط التحكيم الوارد في العقود الأساسية على العقد محل النزاع، وقررت في حيثيَّات حكمها أنَّ " هذه العقود اللَّاحقة كانت قد ==

فإذا كانت إرادة الطَّرفين تُعَبِّرُ بطريقة واضحة على امتداد اتفاق التَّحكِيم إلي كافة العقود المبرمة بين الطرفين حتَّي لو لم يتم النصُّ في كلٍّ منها، فحينئذ يجب تطبيق وتفعيل هذه الإرادة، وذلك باللجوء إلي التَّحكِيم لفض هذه المنازعات، أما إذا كانت هذه الإرادة غير واضحة فيجب الرجوع إلي الأصل العام في فض المنازعات وهو القضاء وليس التَّحكِيم، وهنا لا يحقُّ للطرف الآخر- **المدعي عليه**- أن يدفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم.

إلَّا أنَّ هذا الرأي قد انتقد من جانب البعض[1]؛ إذ يشترط القول بامتداد شرط التَّحكِيم أن يكون هذا الأخير واردًا في إطار تنفيذ ذات العمليَّة التِّجاريَّة، وأيًّا كان موقع العقد الذي انطلق منه فلا محلَّ للقول بامتداد شرط التَّحكِيم إذا لم يكن هناك سبب قانوني يبرر ذلك الامتداد.

فيمكننا القول بأن شرط التحكيم الدولي يمتد إلي الأطراف المعنية مباشرةً في تنفيذ العقد وتختص هيئة التحكيم بالنزاعات التي قد تنشأ عنه. [2]

==

نشأت في إطار العلاقات التَّعاقديَّة المبرمة بين الأطراف لتنفيذ الاتفاق المُبْرَم عنه العقد أن الأساسيات المؤرخات في 16 نوفمبر 1982، 21 ديسمبر 1983؛ ونتيجة لذلك تخضع العقود التابعة للقواعد التي قررتها الاتفاقية الأساسية، وبالتالي فهي تخضع للتحكيم.

- Trib. de. Commerce de Bobigny. 29 Mars 1990, Arrêt Sofreminesc, Sanim, Rev. Arb, 1992, P. 68, note: Laynes.

(1) انظر: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، بند 268، ص 247.

(2) تعاونت شركة ABS الفرنسية مع الشركة البلجيكية AME ، التي تنتمي إلى نفس المجموعة ، لتصنيع شرائح إلكترونية ؛ وكانت الشركة البلجيكيةAME قد أبرمت عقد بيع مع شركة Amkor الأمريكية، يحتوي هذا العقد على شرط تحكيم لتعيين جمعية التحكيم الأمريكية (AAA)

==

==

في فيلادلفيا. وكانت الشركة الأمريكية Amkor مرتبطة مع شركة Anam الكورية بعقد يحتوي على اتفاق تحكيم لـتعيين الجمعية الأمريكية للتحكيم بمدينة سانتا كلارا. تم تسليم الشرائح الالكترونية التي تم تصنيعها من قبل شركة Anam الكورية إلى شركة AME البلجيكية والتي قامت بتسليمها إلى شركة ABS.الفرنسية بعد معالجة هذه الشرائح.

ومع حدوث بعض الخلافات، قامت شركة ABS برفع دعوى ضد شركة Amkor وشركيتها الفرعيتين الفرنسيتين وشركة Anam للمثول أمام محكمة تجارية وطالبتهما بدفع تعويضات ؛ وقام المدعى عليهم ، متذرعين بوجود شرط تحكيم الذي يحدد اختصاص الجمعية الأمريكية للتحكيم بفيلادلفيا بنظر النزاعات التي قد تنشأ بينهم ، وقد أثاروا عدم اختصاص قضاء الدولة بالبت في تلك النزاعات.

وافقت محكمة النقض على حكم محكمة الاستئناف التي رفضت معارضة الاختصاص الذي قدمته شركة ABS وأحالته من جديد للطعن عليه؛ في الواقع ، قضت محكمة الاستئناف بحق أن هناك سلسلة من عقود نقل الملكية واستنتجت بحق أن شرط التحكيم الوارد في العقد بين شركتي Amkor و AME ، والذي التزمت به شركة Anam، كان ملزمً أيضا لشركة ABS ، حيث يتم نقل هذا الشرط كملحق لحق رفع الدعوى ، وهو في حد ذاته ملحق لقانون أساسي.

وأشارت محكمة النقض أيضًا أن أثر شرط التحكيم الدولي يمتد إلى الأطراف المعنية مباشرة في تنفيذ العقد وكذلك أية نزاعات قد تنشأ عنه ؛ في هذه القضية ، لاحظت محكمة الاستئناف ، أن الشركتين التابعتين لشركة Amkor قد تدخلا للحصول على الموافقة ، من قبل شركة AME ، على الشرائح الإلكترونية ، واستنتجت من ذلك تمامًا أن هذه الشركات من حقها التمسك، تجاه شركة ABS ، بشرط التحكيم المنصوص عليه في العقد المبرم بين شركتهم الأم وشركة AME.

(Cass. civ. 1re, 27 mars 2007, ABS, Rev. arb., 2007.785, note J. El Ahdab ; D., 2007.2077, note S. Bollée ; JDI, 2007.968, note C. Legros ; Gaz. Pal., 21-22 nov. 2007 (Les cahiers de l'arbitrage 2007/3), p. 6, note F.- X. Train ; D., 2008, pan. p. 184, obs. Th. Clay).

سَابِعًا: مَدَي امتداد الحَقِّ في الدفع بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ إِلَي المُرْسَلِ اليه فِي عَقْدِ النَّقْلِ البَحَرِيّ.

يمكن أن نطرح تساؤلا مهمًّا: هل يعتبر المرسل اليه طرفًا في عقد النقل البحري أم من الغير ؟، وهل يحق له الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أم لا ؟.

وقد انقسم الفقه في ذلك إلي اتجاهين:

الاتجاه الأول: يري أن مبدأ استقلال شرط التَّحكِيم يحول دون امتداده إلي المرسل اليه، خاصة وأن هذا الشرط يعبر عن رغبة شخصية في عدم سلوك سبيل القضاء من طرفي النزاع، على نحو يقتضي قصر الالتزام على من عَبَّر بالفعل عن هذه الرغبة[1].

وقد أَيَّدَت محكمة النقض الفرنسِيَّة هذا الاتجاه بحكمها الصادر في 29 نوفمبر 1994؛ حيث قضت فيه " بأنه لكي يحتج على المرسل اليه بشرط التَّحكِيم الثابت في سند الشحن ينبغي أن يشكل هذا الشرط مصلحة، وأن يكون محل قبول من جانبه يصدر في ميعاد لا يتأخر – على أكثر تقدير – عن لحظة انضمام المرسل اليه إلي عقد النقل بتسليمه البضاعة المرسلة [2]".

---

(1) انظر: مصطفي الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية مرجع سابق، ص506 . انظر: محمد فريد العريني، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 160 .

(2) انظر:

199 .200 5. . D.M.F Bonssies .Obs :tassel yves not 2.18 ,1995 .D.M.F

مشار إليه لدى : محمد فريد العريني، التحكيم في المنازعات البحرية، ص161.

وقد أرست المحكمة هذا المبدأ القانوني في حكم آخر لها بتاريخ 20 يونيو 1995 ؛ حيث قضت بأن " قبول الشاحن شرط التَّحكِيم الوارد في سند شحن لا يكفي لكي يحتج به على المرسل إليه، ما ==

==

دام أن هذا الأخير لم يقبله" .

Revue de l,Arbitrage ,1995,622,Not Jean - louis GOUTAL

مشارًا إليه لدى: محمد فريد العريني، التحكيم في المنازعات البحرية، ص161

وقضت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر لها بتاريخ 26/ 5/ 1992 بأن " شرط التَّحكِيم المدرج في سند الشحن لا يلزم المرسل إليه إلا إذا كان قد علم به ثم قبله صراحة أو بتسلمه البضاعة المرسلة إليه " مجلة التحكيم العربي – 1995، ص 622، مشار إليه لدى مصطفي الجمال، عكاشة عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، ص506.

وعند النظر إلى محكمة النقض المصرية نجدها لم تأخذ بإتجاه واضح ومحدد؛ حيث أصدرت حكما في 1996 اعتبرت المرسل إليه من الغير، بالنسبة لسند الشحن وقررت أن إثبات عكس بيانات سند الشحن الخاصة بالبضاعة ممكن في العلاقة بين الناقل والشاحن، إلا أنه غير جائز إزاء المرسل إليه . نقض مدني مصري في 14/ 12/ 1965 الطعن رقم 245 سنة 30 ق، مجموعة أحكام النقض السنة 16، ص 1249 .

ومن هذه الأحكام نرى أن إتجاه القضاء في هذه الحالة كان قائمًا على إعتبار المرسل إليه من الغير من سند الشحن، وبالتَّالي لا يحقُّ له التَّمسُّك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم بناء على اتفاق التَّحكِيم الوارد في سند الشحن بين الشاحن والناقل ، وإذا حدثت منازعة بين الناقل والشاحن وتم العرض أمام القضاء، فيجوز للطرف الآخر – المدعى عليه – في سند الشحن التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، ومنع القضاء من النظر في هذه المنازعة، ولا يجوز ذلك للمرسل إليه وفق هذا الإتجاه، وإن كان هذا التفسير هو المنطقي والذي يتماشى مع مبدأ نسبية أثر العقود، وبالتالي فالمرسل إليه لم يوقع على سند الشحن، ولم تتجه إرادته للقبول لاتفاق التَّحكِيم الوارد به، إلا أن الوضع في مجال عقد النقل البحري بما يرتبه من التزامات وحقوق وتشابك بين الأطراف حتى من لم يوقع على هذا السند يجعل هذا الإتجاه محل نظر؛ ولذلك ظهر إتجاه آخر عكس ما قال به هذا الإتجاه .

ويكمل هذا الإتجاه بأن إعتبار المرسل إليه طرفا في عقد النقل البحري لا يتفق مع المبادئ القانونية السليمة، وإلا سنجد أنفسنا في منطقة الأثر الملزم للعقد ومبدأ نسبية أثر العقود وما يستتبع ذلك

==

ومن ثم فيجب إعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وأنه إذا صدر مكتملا الشروط والأركان فإنه يكون ملزما للأطراف فقط، وهو ما يتم التعبير عنه بمبدأ نسبية أثر العقود، فالروابط العقدية القائمة لا يسمح بإنصراف آثارها إلا لعاقديها فقط وخلفهما العام والخاص وبشروط[1].

وبالتالي عدم اعتبار المرسل اليه في سند الشحن البحري طرفًا في هذا السند، وعدم امتداد شرط التحكيم الوارد في سند الشحن إلا بموافقته على الانضمام، وعدم جواز اعتباره طرفاً منظماً للأطراف الأصليين، كما لا يجوز اعتباره طرفًا، إذ أطراف سند الشحن يوقعونه باعتبارهم الأطراف الأصليين وليسوا باعتبارهم وكلاء عن المرسل اليه[2].

الاتجاه الثاني: يذهب إلي أن المرسل اليه يلتزم بشرط التَّحكِيم.

يؤكد هذا الاتجاه ان المرسل اليه يلتزم بشرط التحكيم المنصوص عليه في سند الشحن، تأسيسًا على أن المقصود باستقلال شرط التَّحكِيم عن العقد الأصلي الذي ينطوي عليه هو الاستقلال عنه في كينونته بحيث لا يرتبط مصير أحدهما بالآخر، إلا

==

من تطبيق النظام العقدي على مثل هذه العلاقات دون تبرير قانوني سليم إلا إذا كان ذلك يشكل استثناء على مبدأ نسبية أثر العقود، وهذا لا ينبغي تقريره كقاعدة عامة إلا استنادا إلى نصٍّ تشريعيٍّ يتيح هذا الاستثناء. انظر: عباس المصري، التزام بائع المحل التجاري بعدم إنشاء تجارة منافسة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، سنة 1980، ص 247 وما بعدها .

(1) انظر: محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، بند 67، ص57، محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، ص573 وما بعدها.

(2) انظر : أحمد ابراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم ، بند 109،ص288

أن هذا الاستقلال لا ينفي بطبيعة الحال وجود ارتباط بينهما، مصدره أن محل التحكيم هو المنازعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي، وهذا وحده كافٍ للقول بأن الاعتبارات التي أدت إلى التسليم بأن سند الشحن ينتج أثره في حق المرسل اليه يصبح في ذات الوقت مبررًا لإلزامه بشرط التَّحكِيم الوارد به[1].

(1) انظر: محمد فريد العريني، التحكيم في المنازعات البحرية، ص161 .انظر: مصطفي الجمال، عكاشة عبد العال – التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق ص506 .

وقد أَكَّدَ جانبٌ من القانون الفرنسي على أن سند الشحن لابُدَّ أن يُنْظَرَ إليه على أنَّه عقد ثلاثي الأطراف، ويعتبر المرسل إليه من أطرافه. انظر:

Jean Louis GOUTAL note , cass . com ,juin 1995 Revue d,arbitrage, 1995, n04 , p. 624 et s .

وفي هذا ذهب القضاء المصري في أحكام متعددة إلى إعتبار المرسل إليه طرفًا ذا شأن في عقد النقل البحري، فقضت محكمة النقض المصرية بأنَّ (قانون التجارة البحرية يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن في سند الشحن يتكافأ مركزه –حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل– ومركز الشاحن ، بحيث يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباط الشاحن به، ومقتضى ذلك أن يلتزم المرسل إليه بشرط التَّحكِيم الوارد في سند الشحن ... ".انظر: نقض مدني مصري، الطعن رقم 135 لسنة 35 قضائية، جلسة 7/ 2/ 1968، مجموعه الأحكام الصادرة عن المكتب الفني – السنة 17– 300 وما بعدها، مشار إليه لدى : فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير دراسة مقارنة، ص265 .

وقضى أيضا بأنه " إذا كان النائب في الدعوى أن عملية النقل قد نصت بموجب إشارة إلى الإحالة بالرحلة ، اشتملت على شروط الاتفاق وحُرِّرَ تنفيذًا لها سندُ شحن تضمن الإحالة بصيغة عامة إلى ما تضمنه من شروط ، من بينها شرط التَّحكِيم ، كان الشاحن هو مستأجر السفينة ، فإن توقيعه على المشارطة بما اشتملت عليه من شروط التَّحكِيم يلزم الطاعن بإعتباره مرسلا إليه ، وطرفا ذا شأن في عقد النقل ، يتكافأ مركزه ومركز الشاحن مستأجر السفينة حينما يطالب بتنفيذ العقد " . الطعن رقم 453 لسنة 42 قضائية، حبسه 9/ 2/ 1981 مشار إليه لدى

==

ويمكن اعتبار المرسل اليه من أطراف العقد باعتباره طرفًا منضما لسند الشحن اعتماداً على فكره الإرادة الضمنيه للأطراف الاصليين[1].

وبالتالي يمكن القول بأن المرسل اليه يعتبر طرفًا في سند الشحن وليس بصفته موكلًا قام الشاحن بوضع الشرط نيابه عنه، أما إذا خلا سند الشحن من شرط التحكيم فلا يحتج به قبل المرسل اليه، وأن الإحالة المجهلة في مشارطة الإيجار لا تكفي لاعتداد بشرط التحكيم[2].

والواقع أن تحديد امتداد شرط التحكيم في سند الشحن للمرسل اليه يعتمد على

==

انظر: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2015، ص266 وما بعدها .

وبالتالي فإن ما يجب توافره لإلزام المرسل إليه بشرط التَّحكِيم الوارد في المشارطة هو أن تتم الإحالة إلى التَّحكِيم، سواء وردت الإحالة في سند الشحن أو تمت إحالة سند الشحن إلى المشارطة في عبارات عامة؛ حيث يعتبر شرط التَّحكِيم الوارد بالمشارطة في هذه الحالة مندمجًا في سند الشحن، ولا بد أن تكون هذه الإحالة صريحة.انظر: فهيمة أحمد على القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، ص 267.

ونلاحظ أن المشرع المصري قد اتفق مع نهج محكمة النقض المصرية ونصَّ في المادَّة (10/ 3) من قانون التَّحكِيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنَّه : " يُعْتَبَرُ اتفاقا عَلَى التَّحكِيمِ كُلُّ إِحَالَةٍ تَرِدُ فِي العَقْدِ إِلَى وَثِيقَةٍ تَتَضَمَّنُ شَرْطَ التَّحكِيمِ إِذَا كَانَتْ الإِحَالَةُ وَاضِحَةً فِي إعتبار هَذَا الشَّرْطِ جُزْءًا مِنَ العَقْدِ " .

(1) انظر: محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحرى، دار الجامعه الجديده، الاسكندرية 2003، ص577 وما بعدها. محمد كمال حمدى، عقد الشحن والتفريغ فى النقل البحرى ص348.

(2) انظر: محمود مصطفى يونس، قوه أحكام المحكمين وقيمتها أما قضاء الدولة،ص115

تحديد المركز القانوني للمرسل اليه في سند الشحن، وهل هو من أطرافه أو لَا؟

وقد عرفت المادة (208) من القانون التجاري المصري عقد النقل:" بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص أو شيء إلي مكان معين مقابل أجرة، وأن أطراف هذا العقد تتمثل في شخصين هما المرسل والناقل فقط "[1].

(1) انظر: مصطفى كمال طه، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعى،2005، بند140 ص107 وما بعدها.

المَبحَثُ الثَّانِي
مَوْضُوعُ الدفع بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ:

هل يقتصرُ حقُّ الدَّفع على الموضوعات التي تناولها اتفاق التَّحكِيم، أم أنه يمتد لموضوعات أخري غير المدرجه في الاتفاق؟، وهل كل ما يشمله الاتفاق من موضوعات تصلح لأن تكون محلًّا للفصل فيها من خلال التَّحكِيم؟، أم أن هناك موضوعات إذا تناولها الاتفاق فلايجوز أن تكون محلًّا للدفع بالتَّحكِيم، أي حتَّي لو اتَّفق الأطراف عليها؟. وتمهيدًا للبحث وإحاطة بالموضوع، أقسم هذا المبحث إلي مطلبين على النحو التالي:

- **المطلب الأول: تحديد محل النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.**
- **المطلب الثاني: تحديد محل النزاع في الطلبات الأصلية والعارضة.**

المَطْلَبُ الأول
تَحْدِيدُ مَحَلِّ النِّزَاعِ مَوْضُوعِ الاتفاق على التَّحكِيم

اتفاق التحكيم هو أساس العملية التحكيمية بين أطراف النزاع[1]، فاتفاق التحكيم هو دستور التحكيم، ومصدر سلطات المحكمين[2].

ومن المستقر عليه في مختلف التشريعات ضرورة أن يكون محل النزاع قابلا للتسوية بطريق التحكيم، فالنزاع هو مناط اللجوء إلي التحكيم[3].

وإذا كان القضاء يتقيد بما يطلبه الخصوم، فهل التحكيم يلتزم هو الآخر بنفس القدر الذي يلتزم به قضاء الدولة؟

من هنا تبدو أهمية تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم نظرا لما يثيره من تساؤلات.

أَوَّلًا: تَحْدِيدُ مَحَلِّ المُنَازَعَةِ فِي شَرْطِ التَّحكِيم.

يُقصد بشرط التحكيم **" الشرط الذي يتم إدراجه في عقد وينص على أنه في حالة**

(1) انظر: عاطف شهاب ، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيم، بدون ذكر دار نشر،2002، بند 3، ص4 .

(2) انظر: نقض رقم 98 سنة 79 قضائية ، جلسة 24/ 12/ 2009م، المستحدث من أحكام القضاء المصي في مسائل التحكيم ، حسين مصطفى فتحي ، مجلة التحكيم العربي ، العدد السابع عشر، ديسمبر 2011، بند 1،ص233.

(3) انظر: محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، نطاقها ومضمونها، ص28.

وجود صعوبة بين الطرفين في سياق تنفيذ العقد، سيتم تسوية النزاع بواسطة محكمة تحكيم. (1)

كما أن "شرط تحكيم" يتم صياغته لنظر نزاع مستقبلي محتمل قد ينشأ بين الأطراف تتعهد بموجبه أطراف هذا العقد بعرض أية نزاعات قد تنشأ فيما يتعلق بهذا الاتفاق إلي التحكيم. (2)

ولشرط التحكيم أثرين مختلفين، فسلباً هو اتفاق الأطراف على عدم اللجوء إلي محاكم الدولة (القضاء) لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بينهما، وإيجابًا، هو الالتزام بعرض أية نزاعات تنشأ عن العقد إلي هيئة التحكيم. (3)

ويجب أن يكون شرط التحكيم منصوصًا عليه كتابيًا، كما يجب أن يُحدد اسم المحكم (المحكمين) أو ينص على شروط تعيينه أو تعيينهم عندما ينشأ النزاع، وفي أغلب الحالات، تتم كتابة شرط التحكيم. وتؤكد الأطراف فقط على مبدأ اللجوء إلي التحكيم والشروط العملية لتعيين المحكمين. (4)

ويجب أن يعين شرط التحكيم المحكمين، أو شروط تعيينهم. ويخضع تعيين المحكمين لمبدأ المساواة بين الأطراف، وهو نظام عام، يتمتع شرط التحكيم باستقلالية قانونية فيما يتعلق بالعقد الذي يتم إدراجه فيه، وبالتالي، لا يؤثر بطلان الاتفاق الرئيسي

(1) CADIET (L.), CLAY (T.) et JEULAND (E.), *Médiation et arbitrage - Alternative dispute résolution*, éd. Litec, 2005, p. 61.

(2) LINNANT (X.) DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE, *L'arbitrage*, P. U. F, Paris , 1995, p. 33

(3) RUBBENS (A.), *Le Droit judiciaire congolais*, P.U.C., 2012, p. 242.

(4) BOULARBAH (H.), *Cours de droit judiciaire prive*, Université de Liège, M1D, 2007-2008.

على صحة شرط التحكيم. [1]

" يجب أن يكون شرط التحكيم [...] قابلاً للتنفيذ بشكل مستقل عن وجود أو صلاحية العقد الرئيسي وفقًا للإرادة المشتركة للأطراف". بناء على هذه الأحكام، تؤكد محكمة الاستئناف باريس على إرادة الأطراف كعنصر يقوم على أساس استقلال الشرط المتعلق بالعقد الرئيسي. [2]

بالنسبة إلي بعض الفقهاء، فإن خصوصية موضوع اتفاق التحكيم تبرر إمكانياتها للفصل: لأن شرط التحكيم الذي يتم إدراجه في عقد له أساس موضوعي، يكون لهذا الشرط غرض إجرائي بحت، وهو إحالة كافة أو جزء من النزاعات التي قد تنشأ مستقبلًا من اتفاق الرئيسي إلي التحكيم. وبالتالي، فإن الغرض من شرط التحكيم يميزه عن الأحكام الموضوعية الأخرى في العقد. فهدفه هو النزاع وليس الحق التعاقدي نفسه. [3]

وفي فرنسا على سبيل المثال، لا يُعد شرط التحكيم قانونياً إلا في المسائل التجارية، أي عندما يتعلق الأمر بالعقود المبرمة بين التجار أو بين الشركات، الأشخاص المفترض أنهم قادرون على الدفاع عن مصالحهم خلال المفاوضات التجارية. ومن المحتمل أن

(1) NAMMOUR (FADY), *Droit et pratique d'arbitrage interne et international*, Beyrouth, 3éd. Delta, 2009, p. 94.

(2) Paris, 1 ère Ch. C, 16 juin 1998, Rev. Arb., 1999, p. 350.

(3) ANCEL (P.), « *Conventions d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables* », Juris-Classeur Procédure civile, Fasc. 1024, Commercial, Fasc. 212, 1986 p. 358

VOIR aussi: RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public,* préface de Ph. Fouchard, LGDJ, Paris, 1999,, p. 313.

يحمي هذا التقييد مصالح الأشخاص، وبالتالي تجنب انتهاكات القوة الاقتصادية. [1]

وفي الفقه المصري، يعني شرط التحكيم:" اتفاق التحكيم الذي يواجه منازعات مستقبلية أو احتمالية غير قائمة بالفعل، ولكنها قد تنشأ في المستقبل، وقد استمد هذا الاتفاق تسميته من أنه يكون جزءًا من العقد، وشرطًا من شروطه لاحتمال نشوء نزاع بسبب تنفيذه أوتفسيره[2]".

وعرفه آخر بأنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفان على تسوية ما ينشأ بينهما من منازعات بواسطه التحكيم[3]، وهذا الاتفاق يمكن أن ينصرف لاتفاقهم في العقد نفسه، أو لاحقًا على العقد في اتفاق مستقل، أو بالإحالة إلي وثيقة تتضمن اتفاق تحكيم مع موضوع هذه الإحالة[4]".

ويكون تحديد النِّزاع محل التَّحكِيم واردًا في شرط التَّحكِيم، سواء بطريقة مستقلة أو كان مدرجًا في عقد من العقود أيًّا كان نوعها.

ولا يُشْتَرَطُ أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق التَّحكِيم في ذات العقد

(1) JACQUET (J.M.)et P. DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 2000, p. 37.

(2) انظر: أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى الطبعه السابعه، دار القانون للإصدارات القانونيه ، القاهره،2014،ص76.

(3) انظر: أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم، اتفاق التحكيم ،إجراءات الخصومه والحكم فيها، 2007،ص27 وما بعدها، أحمد صدقى محمود، مفهوم الكتابه فى اتفاق التحكيم،ص13 وما بعدها.

(4) انظر: محمود مصطفى يونس ، المرجع فى أصول التحكيم، دار النهضه العربية 2009، بند 176، ص150 وما بعدها.

المتضمن شرط التَّحكِيم، وإنَّما يمكن أن يشير هذا العقد إلي عقد أو عمل قانوني آخر[1].

وهذه الإحالة تقوم مقام شرط التَّحكِيم وتأخذ حكمه الذي يأخذ صورة بند من بنود العقد الأصلي، عندما لا يكون شرط التَّحكِيم مدرجًا في العقد الذي يكون التَّحكِيم بمناسبة المنازعات الناشئة عنه، وإنَّما في وثيقة أخري يحيل عليها هذا العقد كاتفاقية دولية، أو عقد نموذجي، أو عقد آخر متصل بهذا العقد، ومن ذلك عقود المقاولة من الباطن يشار فيه إلي عقد المقاولة الأصلي، وقد اشترط المشرع لقيام شرط التَّحكِيم في شأن العقد الذي تضمن الإحالة أن ترد صراحةً وواضحةً في اعتبار هذا الشرط – شرط الإحالة – جزء من العقد، فالإحالة العامَّة لنصوص الوثيقة دون تخصيص شرط التَّحكِيم بالذكر تخصيصًا يفيد علم الطرفين بوجودها تجعل الإحالة لا تمتد اليه، ولا يكون التَّحكِيم متفَقًا عليه بين أطراف العقد[2].

ويجوز أن يتضمن شرط التَّحكِيم نصًّا صريحًا على حلِّ كافَّةِ المنازعات الناشئة عن تفسير العقد أو تنفيذه عن طريق التَّحكِيم، أو جزءٍ فقط من هذه المنازعات المحتملة.

وتلتزم هيئة التَّحكِيم بنظر المنازعة محل شرط التَّحكِيم، ولا يجوز لها تجاوز هذه الحدود، وإلَّا كان حكمها باطلا[3]. فموضوع النزاع الذي يجري التحكيم بشأنه يجب

---

(1) انظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، بند 439، ص908 .

(2) انظر: مصطفي الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، بند 234 ص 348 وما بعدها . وينظر أيضًا : على عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات الحديثة والتجارية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001 م، بند 78، ص78 .

(3) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنَّ: " النص في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون رقم 27 لسنة 1994 يجري نصُّها على أنَّه " يجوز أن يكون اتفاق التَّحكِيم سابقًا على قيام النزاع، ==

==

سواء قام مستقلا بذاته، أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يُحَدَّدَ موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولي من المادة 30 من هذا القانون"، كما يجوز أن يتم الاتفاق على التَّحكِيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يُحَدِّدَ الاتفاق المسائل التي يشملها التَّحكِيم، وإلَّا كان الاتفاق باطلًا، والواضح من سياق النَّص أنَّ المشرع قد فرق بين وجود اتفاق التَّحكِيم قبل قيام النِّزاع وحالة اتفاق التَّحكِيم بعد قيام النزاع، ويظهر أثر تلك التفرقة في الوسيلة التي يتمُّ بها تحديد موضوع النزاع، أو المسألة التي يجري التَّحكِيم بشأنها: ففي الحالة الأولي، وهي حالة وجود اتفاق تحكيم قبل قيام النزاع سواء قام اتفاق التَّحكِيم مستقلا أو ورد في عقد مبرم بين الأطراف، فإن موضوع النزاع الذي يجري بشأنه التَّحكِيم يجب أن يحدده الطرف المحتكم في بيان الدعوى، أما في الحالة الثانية وهي قيام اتفاق التَّحكِيم بعد قيام النزاع فإن موضوع التَّحكِيم أو المسائل التي يشملها التَّحكِيم يجب تحديدها في اتفاق التَّحكِيم "مشارطة التَّحكِيم " . نقض مدني مصري – الطعن رقم 1926، سنة 74 ق، جلسة 20/ 4/ 2006 ، مجلة هيئة قضايا الدولة – مجموعة القوانين والمبادئ القانونية، 18، مجموعة أحكام النقض (2004 – 2006) ج1 – المستشار سامي عبد المنعم حسين، 2007، بند 81 ص153 .

كما قضت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها بأنه : " أجازت المادة العاشرة من القانون رقم 27 لسنة 1994 على أن يكون اتفاق التَّحكِيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته، أو ورد في عقد معين ..... ويكون القول ببطلان الإجراءات لعدم توقيع مشارطة تحكيم مستقلة مفتقدًا إلى سند من القانون " . الحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة، د (63) تجاري، جلسة 5/ 4/ 2000، دعوي تحكيمية رقم 16 لسنة 116 ق، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع أغسطس، 2001، بند 5، ص209 .

ولذلك يجب أن يتضمن شرط التَّحكِيم بالضرورة الالتزام الأساسي لأطرافه المحتكمين، ألا وهو التزامهم بحل المنازعات المستقبلية، والتي يمكن أن تنشأ عن تفسير أو تنفيذ العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، بحيث إذا خلا شرط التَّحكِيم من هذا الالتزام، فإنه يكون قد فقد مغزاه؛ لأنَّه يكون واردًا حينئذ على غير محل .

==

أن يحدده الطرف المحتكم في بيان دعواه.

ثانيا: تَحْدِيدُ مَحَلِّ المُنَازَعَةِ فِي مُشَارَطَةِ التَّحكِيم.

يقصد بمشارطة التحكيم في الفقه الفرنسي بأنها " **اتفاق أُبرم بين الطرفين بعد نشوء النزاع لعرضه على هيئة التحكيم** ". (1)

==

TYAN (Emile) : *le Droit de l'arbitrage* , Répertoire De Droit civile Deuxième édition . p. 194 ets ,

T. 11 . N . 205 ets , MOSTEFA TRARITANI : *DE La clause compromissoire* . P . 185 ets - Dalloz Nouveau répertoire de Droit . 1947 . N . 48 et s, Répertoire . De Droit commercial . Arbitrage commercial . 1972 . N . 2 , 27 , N . 52 .

وينظر أيضا : حسني المصري، شرط التحكيم التجاري، بند 34، ص190 وما بعدها

ولذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنَّه: "يترتب على كون التَّحكِيم طريقًا استثنائيًّا لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العاديَّة، وسلْبًا لإختصاص جهات القضاء، أن تقتصر ولاية هيئة التَّحكِيم على نظر موضوع النزاع الذي تنصرف إليه إرادة المحتكمين، فإذا خصت في مسألة لا يشملها هذا الموضوع أو تجاوزت نطاقه، فإن قضاءها بشأنه يضحي واردًا في إختصاص جهة القضاء وصادرا من جهة لا ولاية لها بالفصل فيه، وبالتالي يدخل في إختصاص جهة القضاء صاحب الولاية العامة بنظره ". انظر: نقض مدني مصري، جلسة 26/ 11/ 2002، رقم (86) لسنة (70 قضائية) .

وقضي أيضا بأنه : " إذا كان شرط التَّحكِيم قد حدد نطاق اتفاق التَّحكِيم بإثبات الأضرار أو الخسائر الناشئة عن الحادث المضمون بوثيقة التأمين وتقدير قيمتها دون القضاء بالإلزام .. فإن هيئة التَّحكِيم بقضائها بإلزام الشركة المدعية المحتكم ضدها بالمبلغ المقضي به بالحكم المذكور تكون قد تجاوزت حدود المهمة التي يشملها اتفاق التَّحكِيم الأمر الذي يصيب ذلك الحكم بعوار البطلان". انظر: استئناف القاهرة، جلسة 26/ 2/ 2003، رقم (82) لسنة (119 قضائية)، الدائرة (91) تجاري .

(1) GAVALDA (C.), DE LEYSSAC (C.L.), *L'arbitrage*, *Op.cit*., p.20.

كما تُعرف "مشارطة التحكيم بأنها " **عقد يُقرر بموجبه الأطراف، بعد نشوء النزاع، المثول أمام محكمة تحكيم لنظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم. وإنها أيضًا وثيقة تشهد على اتفاق بين أطراف النزاع لعرض النزاع على هيئة تحكيم بعد نشوء النزاع بالفعل. وبمعني آخر، مشارطة التحكيم هي اتفاق يُقرر بموجبه أطراف النزاع بعرض نزاعهم على خبير أو أكثر من "خبير" (يُطلق عليهم المحكمون)، مع استبعاد قضاء الدولة من نظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم** ". (1)

وعرف الفقه المصري مشارطة التحكيم بأنها " **اتفاق الأطراف المتنازعة في علاقة قانونية معينة على اللجوء إلي التحكيم بعد نشوء نزاع بينهم لعرض هذا النزاع على التحكيم**" (2).

وموضوع النِّزاع في مشارطة التَّحكِيم يجب أن يتمَّ تحديده في المشارطة التي تُبْرَمُ بعد نشأة النِّزاع.

وهذا ما نصت عليه المادة (1445) من قانون المرافعات الفرنسي الصادر بالمرسوم 48-2011 بقولها: "**تُحَدِّدُ مُشَارَطَةُ التَّحْكِيمِ مَحَلَّ النِّزَاعِ، وَإِلَّا كَانَتْ بَاطِلَةً**(3)".

كما تنصُّ المادة (10/ 2) من قانون التَّحكِيم المصري رقم (27) لسنة (1994) على

(1) RUBBENS (A.), *Le Droit judiciaire congolais*, *Op.cit*., p. 234. Voir aussi : JACQUET (J.M.) et DELEBECQUE (P.), *Droit du commerce international*, *Op.cit*., P. 43

(2) انظر: محمود سمير الشرقاوى ، التحكيم التجارى الدولى،ص65

(3) وقد نَصَّت المادَّة (1448/ 1) من مجموعة المرافعات الفرنسية الصادرة بالمرسوم فى الرابع عشر من شهر مايو سنة 1980 على أَنَّه "يَجِبُ أَنْ يُحَدِّدَ الخُصُومُ مَوْضُوعَ النِّزَاعِ فِي مُشَارَطَةِ التَّحْكِيمِ؛ وَإِلَّا كَانَتْ بَاطِلَةً".

أنَّه: "**يَجُوزُ أَنْ يتِمَّ اتفاق التَّحكِيم بَعْدَ قِيَام النِّزَاع.... وَفِي هَذِهِ الحَالَةِ يَجِبُ أَنْ يُحَدِّدَ الاتفاق المسَائِلَ التِي يَشْمَلُهَا التَّحكِيمُ، وَإِلَّا كَانَ الاتفاق باطلا**".

ولابدَّ أن يكون تحديد النِّزاع في مشارطة التَّحكِيم تحديدًا واضحًا من ألفاظ وعبارات لا لبسَ فيها ولا غموض، حتي تكون المشارطة صحيحة؛ ولذلك قضي بأنه "إذا حدث سوء تفاهم بين الطرفين، ونتجت منه مشاجرة ونزاع بينهما، واتفق الطرفان على انعقاد جلسة في ميعادٍ لحسم النزاع، فإنَّ ما ورد في تلك المشارطة لم يخرج عن عبارات فضفاضة غير محددة لم يوضح فيها الموضوع الواجب عرضه على هيئة التَّحكِيم، وهو ما يبطل المشارطة، ويبطل حكم التَّحكِيم الذي استند اليها[1]".

وتلتزم هيئة التَّحكِيم بالفصل في المنازعات التي أُبْرِمَ بشأنها مشارطةُ تحكيم، ولا يجوز لها تجاوز هذه المنازعات للفصل في غيرها.

فحتي تكون مشارطة التحكيم صحيحة يجب تحديد المسائل المتفق بشأنها على التحكيم، على وجه الدقة.

فتحديد هذه المسائل هي التي تسهل عمل المحكمين، الأمر الذي يجعل من السهل مراقبه مدي تقيدهم بحدود ولايتهم[2].

واشتراط تحديد المسائل التي يشملها التحكيم بالنسبة لمشارطة التحكيم له وجاهته، فليس هناك ما يدعو إلي عدم تحديد موضوع النزاع بعد وقوعه فعلًا؛ لأن

(1) انظر: استئناف القاهرة: الدعوى رقم (21) لسنة (124 قضائية تحكيم)، 13/ 2/ 2008، الدائرة (91) تجاري.

(2) انظر : أحمد السيد صاوي ، التحكيم طبقا لقانون التحكيم رقم 27 لسنة1994 وأنظمة التحكيم الدولية، بند 32 ، ص-46 .

تحديد هذه المسائل بعد حدوث النزاع يفترض أن الخصوم سيتفقون على هذا التحديد[1].

ويجب تعيين موضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم على وجه الدقة، وذلك قبل بداية خصومه التحكيم، فلا يجوز إبداؤه أثناء المرافعة[2].

ويمكن أن تبرم مشارطة التحكيم دون أن يسبقها شرط تحكيم، كما يمكن أن تبرم مسبوقة بهذا الشرط، ويكون إبرامها نفاذًا لهذا الشرط السابق الاتفاق عليه، ويمكن أن تتسع لتشمل موضوعات لم يشملها الشرط، كما أن بطلان المشارطة لا يؤثر على شرط التحكيم كونه مستقلا بذاته عنها، ويظل ملزمًا لأطرافه بحل نزاعهم عن طريق التحكيم دون القضاء، بالإضافة الي أن بطلان مشارطة التحكيم لعدم تحديد المسائل التي تشملها لا يحول دون تحديد هذه المسائل باتفاق لاحق يضم الي مشرطة التحكيم ويؤدي الي تصحيحها[3].

ويجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تحديد أطراف المشارطة وعناوينهم وبيان من يمثل كلاً منهم في التوقيع على المشارطة وعنوانه إن وجد. وتحديد أعداد المحكمين وتسميتهم وعناوينهم، وتحديد العقد الموضوعي أو الرابطة القانونية محل النزاع، وتحديد المنازعات التي تعرض على التحكيم، مكان التحكيم، لغة التحكيم، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وسلطة المحكمين للمحكم، وسلطتهم في إصدار الأوامر الوقتية.

---

(1) انظر : ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم ، ص-ـ211 .

(2) انظر: أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 وتعديلاته، ص172 .

(3) انظر: السيد عيد نايل ، الدورة العامة لإعداد المحكم ، الفترة من 18 إلى 22/ 10/ 2018، ص14.

إن أراد الأطراف ذلك – والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وتحديد ميعاد التحكيم وبدء سريانه، توقيع الأطراف أو من ينوب عنهم مع تحديد صفته والإشارة الي مصدر هذه السلطة[1].

وقد قضي بأنه:" التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج على الطرق العادية للتقاضي..... وقد أوجب القانون أن تتضمن مشارطة التحكيم تعينا لموضوع النزاع حتي تتحدد ولاية المحكمين، ويثني رقابة مدي إلتزامهم حدود ولايتهم[2]".

(1) انظر : فتحي اسماعيل والي ، الوسيط في القانون المدني ، ص 104 .

(2) انظر : أحمد محمد عبد الصادق ، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي ص444 ، نقض مدني ، الطعن رقم 275 لسنة 36 قضائية ، جلسة 16/ 2/ 1971 ، مجموعة الأحكام ، جزء 1 ص 179 .

المَطْلَبُ الثاني

تحديد محل النزاع في الطلبات الأصلية والعارضة

أولاً: مَدَي امْتِدَادِ حقِّ الدَّفْعُ بالتَّحْكِيمِ فِي الطَّلَبَاتِ الأَصليةِ

الطلبات الأصلية هي الطلبات الناتجة لخصومة التحكيم، وقد ذكر القانون الفرنسي تنوع الطلبات إلي أصلية وهي الطلبات الفاتحة للخصومة، وقد عرفتها المادة (53) من قانون المرافعات الفرنسي بأنها "الطلبات البادئة للخصومة، وهي الطلبات التي تتم بواسطة الخصم كمبادرة منه لطرح الخصومة على القضاء"[1].

وفي خصومة التحكيم يقوم المحتكم أو المدعي بتقديم بيان دفاعه على نحو ما تنص عليه المادة (32) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية وهو ما يسمي عملا بطلب التحكيم أ صحيفة التحكيم، خلال المدة المتفق عليها من جانب الأطراف، أو التي تحددها هيئة التحكيم.

وإذا كانت ولاية هيئة التحكيم قاصرة على النزاع المحدد في الاتفاق على التحكيم – دون غيره – فإنها تلتزم – وعند الفصل فيه – بحدود تلك الولاية الاستثنائية. فإذا خرجت عن حدود تلك الولاية، فإن حكم التحكيم عندئذ يكون باطلا [2].

فهيئة التحكيم لا تمتلك الفصل في نزاع لم يتفق عليه الأطراف صراحَةً أو ضمنًا على الفصل فيه عن طريق التحكيم، فلا يجوز لها أن تقبل الفصل في أي نزاع أمامها ما لم

(1) انظر: أحمد إبراهيم عبدالتواب، اتفاق التحكيم، مفهومه، أركانه وشروطه، نطاقه بند 138، ص391 وما بعدها .

(2) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية للأثر السلبى للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص415.

يكن تم الاتفاق عليه في اتفاق التحكيم.

ولذلك فالطلبات الأصلية التي تتولى هيئة التحكيم الفصل فيها عن طريق التحكيم يجب أن تكون – الطلبات – من التي شملها الاتفاق على التحكيم.

ويعتبر ذلك انحصارًا لولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، بحيث تجاوزها لما شمله الاتفاق يجعل حكمها باطلا.

فالتحكيم وإن كان يمثل استثناءً على اللجوء للقضاء العام في الدولة فإنه يجب أن يلتزم بحدود هذا الاستثناء ولا يحيد عنه، وبالتالي تتحدد نطاق خصومه التحكيم بالطلبات الأصلية التي يتقدم بها المدعي، والتي يجب أن تكون مشمولة في اتفاق التحكيم، وتم الاتفاق عليها وقبول عرفها على هيئة التحكيم صراحةً أو ضمنًا.

وقد نصت المادة (53) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والتي جاء نصها: " لا تقبل دعوي البطلان إلا في الحالات الآتية:.... وإذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يشملها الاتفاق على التحكيم أو جاوز حدود اتفاق التحكيم، وإلا وقع حكم التحكيم الصادر في تلك المسألة باطلا....".

ويترتب على تحقق هيئة التحكيم من عدم شمول صحيفة افتتاح خصومة التحكيم على النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، اعتبار هيئة التحكيم غير مختصة بنظر النزاع، فعندئذ تحكم بعدم اختصاصها أو بانتهاء إجراءات التحكيم.

فالطلبات الأصلية التي يتم بها افتتاح خصومة التحكيم يجب أن تشمل المنازعات موضوع الاتفاق.

وبالتالي إذا عرضت على القضاء منازعة متفق بشأنها على التحكيم، وقدمت في صحيفة الدعوي، وكانت تشمل منازعات متفق بشأنها على التحكيم، يحق للطرف

الآخر – المدعي عليه – الدفع بالتحكيم أمام المحكمة، أما إذا كانت هذه الطلبات الأصلية خارج الاتفاق الخاص بالتحكيم، فللمحكمة أن ترفض هذا الدفع وتستمد في نظر الدعوي وتصدر حكمها فيه.

ولا تكون قد تجاوزت حدود اختصاصها؛ لأنها فصلت في منازعات لم يتفق بشأنها على التحكيم.

ثانياً: الدَّفْعُ بالتَّحْكِيمِ فِي الطَّلَبَاتِ العَارِضَةِ

تتنوع الطلبات في القانون المصري إلي طلبات أصلية، وطلبات عارضة يبديها الخصم أثناء سير لدعوي، وقد نصت عليها المادة (63) من قانون المرافعات المصري على أن الخصومة ترفع بورقة تسمي صحيفة افتتاح الدعوي أو ورقة التكليف بالحضور، كما أنها تتنوع إلي طلبات عارضة يبديها الخصم أثناء سير الدعوي[1].

ويجوز للمدعي أن يبدي أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة موجهة الي المدعي عليه، وتعرف هذه الطلبات القضائية بالطلبات القضائية الإضافية[2].

كما يجوز للمدَّعَي عليه أن يبدي أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة، موجهة الي المدعِي في الدعوي القضائية، وتعرف هذه الطلبات القضائية بدعاوي المدعي عليه، أو الطلبات القضائية المقابلة[3].

والأصل أن نطاق الخصومة يتحدد بالطلبات الأصلية، غير أنه ليس هناك ما يمنع

(1) انظر: أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بند 135، ص262.

(2) انظر: محمود السيد عمر التحيوي – الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي، صـ421 .

(3) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي، ص421 .

من إبداء طلبات عارضة أمام محكمة أول درجة.

ويجوز للخصوم توجيه طلبات عارضة للغير الذي لم يكن خصمًا أصليا الدعوي وهو ما يسمي اختصام الغير، وإذا ما قبلته المحكمة أصبح هذا الغير خصمًا في الدعوي ويجوز له توجيه الطلبات ضد كل من المدعي والمدعي عليه.

والأصل أن نطاق الخصومة يتحدد بالطلبات الأصلية غير أنه ليس هناك ما يمنع من إبداء طلبات عارضة أمام محكمة أول درجة.

والوقع أن خصومة التحكيم تتحدد هي الأخرى بالطلبات العارضة أي بالمنازعة التي تم الاتفاق فيها على التحكيم دون قضاء الدولة.

فهل من المتصور تقديم طلبات إضافية وعارضة من أطراف خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم، وهل من المتصور القول بثبات النزاع على المنازعات موضوع الاتفاق على التحكيم؟

بالرجوع إلي أنظمة التحكيم نجد أنها أكدت على جواز تقديم طلبات عارضة أمام هيئة التحكيم؛ حيث نصت المادة (19/ 3) من قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) بصيغتها عام 1976 على أن: **"للمدَّعَي عليه أن يقَدِّمَ في بيانِ الدِّفَاعِ أو في مرحَلَةٍ لاحِقَةٍ مِنْ إِجْرَاءَاتِ التَّحْكِيمِ إِذَا قرَّرَت هَيْئَةُ التَّحْكِيمِ أَنَّ الظُّرُوفَ تُبَرِّرُ هَذَا التَّأْخِيرِ، طَلَبَاتٍ عَارِضَةٍ نَاشِئَةٍ عَنْ نَفْسِ العَقْدِ أَوْ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِحَقٍّ نَاشِئٍ عَنْ نَفْسِ العَقْدِ كَالدَّفْعِ بِالمَقَاصَّةِ"**.

وهو نفس ما نصت عليه الفقرة (3) من المادة (21) من قواعد التحكيم التجاري الدولي الأونستيرال بصيغتها لعام 2010 على حق المدعي عليه في خصومة التحكيم في تقديم دعوي متقابلة أو أن يستند إلي دعوي مقامة لفرض الدفع بالمقاصة، شريطة أن تكون هيئة التحكيم مختصة بذلك.

كما نصَّت المادة (22) من قواعد التحكيم التجاري الدولي الأونستيرال لعام 2010 على أنه: "**يَجُوزُ لأَيِّ طَرَفٍ أَثْنَاءَ إِجْرَاءَاتِ التَّحْكِيمِ أَنْ يُعَدِّلَ أَوْ يَسْتَكْمِلَ دَعْوَاهُ أَوْ دِفَاعَهُ، بِمَا فِي ذَلِكَ الدَّعْوَي الْمُضَادَّةُ أو الدَّعْوَي الْمُقَامَةُ بِغَرَضِ الدَّفْعِ بالمَقَاصَّةِ إِلَّا إِذَا رَأَتْ هَيْئَةُ التَّحْكِيمِ أَنَّ السَّمَاحَ بِذَلِكَ التَّعْدِيلِ أَوِ الاسْتِكْمَالِ لَيْسَ مناسِبًا بسبَبِ التَّأَخُّرِ فِي تَقْدِيمِهِ أو مَا يَنْشَأُ عَنْهُ مِنْ ضَرَرٍ للأَطْرَافِ الآخَرِينَ أَوْ بِسَبَبِ أَيِّ ظُرُوفٍ أُخْرَي، ولكنْ لَا يَجُوزُ تَعْدِيلُ أَوْ استكْمَالُ الدَّعْوَي أَوِ الدِّفَاعُ بِمَا فِي الدَّعْوَي الْمُقَابِلَةِ أو الدعوي الْمُقَامَةِ بالطَّلَبِ الْمُعَدَّلِ أَوِ المسْتَكْمَلِ عَنْ نِطَاقِ اختصَاصِ هيئةِ التَّحْكِيمِ**".

وقد نصَّت المادة (1460/ 2) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أن: "**مَوْضُوعُ النِّزَاعِ يتَحَدَّدُ بالطَّلَبَاتِ الْمُتَبَادَلَةِ للخُصُومِ، وأَنَّ هذهِ الطَّلَبَاتِ تتحَدَّدُ فِي صَحِيفَةِ افتتَاحِ الدَّعْوَي، وكَذَلِكَ بالطَّلَبَاتِ العَارِضَةِ إِذَا كَانَتْ تَرْتَبِطُ بالطَّلَبَاتِ الأَصليةِ بِرَابِطَةٍ كَافِيَةٍ**".

إذن فالمبدأ هو جواز تقديم الطلبات العارضة أمام هيئة التحكيم، ولكن لا يجوز تقديم طلبات من شأنها إخراج الخصومة عن المنازعة محل التحكيم.

وفي نفس السياق نص قانون التحكيم المصري في المادة (30/ 2) على حق المدعي عليه في الرد على طلب التحكيم، وحقه أن يضمن هذا الرد أو المذكرة أية طلبات عارضة أو متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بعقد مثل الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر ذلك[1].

(1) انظر: أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقًا للقانون رقم 27 لسنة 1994، بند 128، ص 223 وما بعدها.

فمن المتفق عليه أنه لابد ألا تخرج طلبات الطرفين – **أصلية أو عارضة** – عن نطاق الاتفاق على التحكيم – **شرطًا كان أو مشارطةً** – وبالرغم من نص المادة (32) من قانون التحكيم المصري واتساع نطاق الخصومة بتعديل الطلبات، فإن طلب التعديل أو الإضافة يتقيد باتفاق التحكيم – **شرطًا أو مشارطة** –، ذلك أن التحكيم طريق استثنائي فيكون مقصورًا على ما تنصرف اليه إرادة الأطراف إلي التحكيم بشأنه، ولهذا فإنه لا ينطبق بالنسبة لخصومة التحكيم القاعدة المعروفة في الخصومة أمام المحاكم من أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع[1].

فتقتصر ولاية المحكمين على ما ورد صراحة في اتفاق التحكيم دون قياس أو توسع[2].

فالقاعدة هي أن سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم تنحصر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، ويكون حكم التحكيم الصادر منها فيه خارج هذا النطاق باطلا، فإن على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم أن تمتنع عن قبول أي طلب خارج عن هذا النزاع سواء كانت طلبًا أصليا أم طلبًا عارضًا[3].

(1) انظر: استئناف القاهرة، الدعوى، جلسة 7/ 5/ 2008، رقم (76) لسنة (124 قضائية)، الدائرة/ 62 تجارية.

(2) انظر: استئناف القاهرة، الدعوى، جلسة 27/ 7/ 2003، رقم (12) لسنة (120 قضائية تحكيم)، الدائرة/ 91 تجارى.

(3) انظر: محمود السيد عمر التحيوي، تحديد المعنى الموضوعي لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم، ص77.

غير أن التقيد بموضوع النزاع المحدد في مشارطة التحكيم أو بالرابطة القانونية في شرط التحكيم أمر لا يتعلق بالنظام العام؛ ولذلك يجوز للأفراد توسيع نطاق سلطتهم في تقديم الطلبات المقابلة أو العارضة بما يتجاوز حدود اتفاق التحكيم، وهنا يجب أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم وبصفة خاصة أن يكون مكتوبًا.

وإذا كان اتفاق الطرفين قد حدد المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم كما حدد الطلبات التي لكل طرف أن يقدمها في التحكيم متعلقة بهذه المسائل، فإن هذا الاتفاق يلزم الطرفين، فليس لأي طرف أن يعدل طلباته التي نص عليها والتي يشملها التحكيم دون تحديد للطلبات المتعلقة بهذه المسائل، فإنه يجوز تعديل الطلبات المقدمة في بيان الدعوي، أو في الطلب المقابل، ما دام هذا التعديل في نطاق المسائل التي اتفق الطرفان على التحكيم بشأنها[1].

ولا يثير تعديل الطلبات أية مشكلة إذا قدم التعديل في تبادل المذكرات بين الطرفين.

وتطبيقًا لما تقدم، إذا أثيرت مسألة أولية تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعنًا بالتزوير في ورقة قدمت لها أو إذا اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه الحالة أو في تزوير الورقة أو الفعل الجنائي الآخر ليس لازمًا للفصل في موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتي يصدر حكم نهائي في هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم [2].

(1) انظر: تعليق، حسنى عبدالواحد على حكم محكمة استئناف القاهرة، بتاريخ 30/ 1/ 2007 في الدعوى رقم (73) لسنة (123 قضائية)، مجلس التحكيم العربي، العدد الثالث، ص566 وما بعدها.

(2) انظر: سيد أحمد محمود، نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، ص337.

وإذا تم تقديم التعديل أو الطلب العارض في وقت تقدره هيئة التحكيم أنه غير مناسب ودون وجود سبب حقيقي يبرر التأخير وأنه يترتب عليه التأخر في الفصل في الدعوي التحكيمية في موعدها، فيكون لها الحق في عدم قبول هذا الطلب العارض.

الفصل الثاني

أحكام الدَّفْعِ بوجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ

تَمْهِيدٌ وَتَقْسِيمٌ:

لا يكفي حتي يحق لأحد الأطراف الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام القضاء أن يكون المتمسك بالدَّفع هو أحد أطراف الاتفاق على التَّحكِيم وأن يكون موضوع الدَّفع مما يجوز فيه التَّحكِيم وأن يكون خاليا من البطلان أو عدم القابلية للتطبيق أو ألا يكون مخالفا للنظام العام، ولا يتوقف أيضا على أن يكون الاتفاق مكتمل الشروط والأركان بأن يكون السبب في الدَّفع صحيحًا، ولكن للدفع شروط صحة يجب أن يتم مراعتها حتي يقبل هذا الدَّفع، فلابد أن يتم ابداؤه في وقته، وأن يتمسك به من له صفة ومصلحة في التمسك به، ولا ينبغي علينا أن نتناسي أن المحكمه لها الحق في قبول الدَّفع أو عدم قبوله على حسب الأحوال.

وتمهيدا للبحث وإحاطة بالموضوع، أقسم هذا الفصل إلي المباحث التالية:

- **المبحث الأول**: وقت إبداء الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم وسلطة المحكمة تجاهه.
- **المبحث الثاني**: حق التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم وشكله.

المَبَحَثُ الأَوَّلُ
وَقْتُ إِبْدَاءِ الدفع بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ وسلطة المحكمة تجاهه

تمهيد

الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يمتاز بعدة أحكام تختلف عن باقي الدفوع في قانون المرافعات.

أولاً: وقت إبداء الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

يُعَدُّ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعًا إجرائيًّا، فهو ليس دفعًا بعدم قبول موضوعي ممَّا تنص المادة 1/115 مرافعات[1].

وتنصُّ المادة 1/74 من القانون على أنه:" **وُجُوبِ إِبْدَاءِ جَمِيعِ الدُّفُوعِ الشَّكْلِيَّةِ مَعًا وَقَبْلَ التكَلُّمِ فِي المَوْضُوعِ وَقَبْلَ إِبْدَاءِ أَيِّ دَفْعٍ بِعَدَمِ القَبُولِ، وَلَوْ كَانَ الدَّفْعُ الشَّكْلِيُّ مُتَّصِلًا بِالنظَامِ العَامِّ**[2]".

وبالتالي يجوز اشتراط التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم قبل الكلام في الموضوع بشأن الدُّفوع الإجرائية أو الشكلية، مالم يكن سببه قد تحقق في تاريخ لاحق،

(1) انظر: نقض مدني 26/ 5/ 2003 في الطعن رقم 7880 لسنة 66ق. ونقض مدني 25/ 11/ 2002 في الطَّعن رقم 820 لسنة 66 ق، مشار إليه لدى: فتحى والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علمًا وعملًا، ط1، 2014، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 119، هامش 1 ص 223.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، نظر الدفوع في قانون المرافعات، بند 7، ص 21.

في حالة اتفاق أطراف الخصومة على أيِّ مرحلة من مراحل التقاضي على تسوية منازعاتهم عن طريق التَّحكِيم أثناء سيرها؛ وبالتالي يكون لها نفس طبيعة المسائل الأوليَّة المتعلقة بإجراءات الدعوي، والتي يجوز فيها اشتراط تعديه قبل الكلام في الموضوع أو بعد تحقق سببه إذا كان السببُ قد تحَقَّقَ لاحقًا"[1].

فهو يُعْتَبَرُ دفعًا شكليًّا يجب أن يثار قبل الكلام في الموضوع؛ لأنَّ عدم إثارته قبل الكلام في الدُّفوع يعني التنازل الضمني لأطراف الاتفاق عن ولوج طريق التَّحكِيم والعودة إلي القاضي الطبيعي صاحب الولاية العامَّة[2]".

وقد نصَّ قانون المرافعات الفرنسي المُعَدَّل بموجب المرسوم رقم 2011- 48 في 13 يناير 2011، في المادَّة (1448) على أنَّه:" **فِي حَالَةِ وُجُودِ اتفاق التَّحكِيمِ يَجِبُ على مَحَاكِمِ الدَّوْلَةِ الحُكْمُ بِعَدَمِ الاختصاص مَالَمْ يَكُنْ النِّزاعُ قَدْ دَخَلَ فِي حَوْزَةِ هَيْئَةِ التَّحكِيمِ، إلَّا فِي حَالَةِ كَوْنِ اتفاق التَّحكِيمِ ظَاهِرَ البُطْلَانِ أو ظَاهِرَ عَدَمِ القَابِلِيَّة للتَّطْبِيقِ، وَفِي كُلِّ الأَحْوَالِ لَا يجُوزُ لِلْمَحْكَمَةِ الحُكْمُ بِعَدَمِ الاختصاص مِنْ تِلْقَاءِ نَفْسِهَا، وَيَقَعُ باطلا كُلُّ اتفاق يَتِمُّ بِالمُخَالَفَةِ لِهَذَا النَّصِّ، وَيُعْتَبَرُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ**"[3].

ونصَّ قانون التَّحكِيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادَّة (1/13) على أنَّه: " **يَجِبُ على المَحْكَمَةِ التِي يُرْفَعُ اليها نِزَاعٌ يُوجَدُ بِشَأْنِ اتفاق تَحْكِيمٍ أَنْ يَحْكُمَ بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي إِذَا وَقع المُدَّعَي عليه قَبْلَ إِبْدَائِهِ أَيِّ طَلَبٍ أَوْ دِفَاعٍ فِي الدَّعْوَي**".

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الدُّفوع في قانون المرافعات، بند 32، ص 74 وما بعدها.

(2) انظر: أحمد أبو الوفا، التَّحكيم الاختياري والإجباري، ص 131، فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء ...، ص 913، عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ص 165.

(3) انظر: أحمد أبو الوفا، الدُّفوع في قانون المرافعات، بند 33، ص 77 وما بعدها.

وهذا ما أكدته محكمة النَّقض المصرية في أحكامها[1]، ويجب تقديمه مع باقي الدُّفوع الشكليَّة، وإلَّا سقط الحقُّ فيه[2].

وقد نصَّتِ المادَّة 1458 من قانون الاتفاق الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 50 لسنة 1981 على التزام المُحَكِّمِ بالحكم بعدم الاختصاص في حالة الدَّفع بوجود اتفاق التَّحكِيم، ما لم يكن اتفاق التَّحكِيم ظاهر البطلان، وفي الحالتين لا يجوز للمحكمة الحكم تلقائيًّا بعدم الاختصاص[3].

ويُلَاحَظُ أَنَّهُ لا يلزَمُ – **في القانون المصري**– إبداء الدَّفع في أَوَّل جلسة أمام المحكمة إذا كان المدعي عليه لم يقدم فيها أي طلب أو دفاع؛ ولهذا فإنه إذا حضر المدعي عليه في أول جلسة وطلب أجلًا لإحضار سند وكالة أو للاطِّلَاع، فإنَّ حقه في إبداء الدَّفع لا يسقط[4].

إذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوي لشرط التَّحكِيم، فإنها لا تحيل الدعوي إلي هيئة التحكم، ولو كان الطَّرفان قد اتفقا عليها؛ ذلك أن من المقرر أن المحكمة عندما تحكم بعدم القبول لا تحكم بالإحالة، فوفقًا للمادة 110 من قانون المرافعات، لا تحكم

(1) نقض تجاري 3/ 1/ 2004 في الطعن رقم 495 لسنة 72 ق.

(2) نقض مدني 26/ 5/ 2003، الطعن رقم 7880 لسنة 16ق، و26/ 4/ 1982، مجموعة أحكام النقض السنة 33– ج1– ص 442، مشار إليه لدى: فتحي والي، التحكيم علمًا وعملًا، ص 223 هامش3.

(3) JULIEN (Pierre) et FRICERO (Nathalie), *Droit judiciaire privé*, *Op. cit*., no 7/9, p. 413; VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, *Op. cit*., no 166, p. 1118, DE BOISSESON (Matthieu), *Le Droit français de l'arbitrage*, Ed.,Juridictionnelles,July,paris,1983. no 89,p. 82.

(4) نقض 15/ 2/ 1972 في الطعن رقم 194 لسنة 37ق، مجموعة النقض 23 ص 168.

المحكمة بالإحالة إلا بعد الحكم بعدم اختصاصها بالدعوي؛ إذ عندئذ عليها أن تحيل الدعوي إلي المحكمة المختصة بها[1].

وقد تمسك البعض بعدم دستورية نص المادة 13/ 1 من قانون التَّحكِيم؛ لإلزامها المحكمة المقام أمامها نزاع يوجد بشأن اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوي إذا دفع المدعي عليه بذلك؛ لأنه بذلك يكون قد أصدر حق التقاضي لطائفة من المواطنين، وهم الذين اتفقوا على التَّحكِيم مما يخل بمبدأ المساواة، فضلًا عن مخالفته لنصِّ المادة (15) من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 والتي عقدت ولاية الفصل في المنازعات للمحاكم بصفة أصلية، فلا يجوز تقييد هذا الحق. وقد رفضت المحكمة الدستورية العليا- **بحق**- هذا النصَّ؛ استنادًا إلي أن النص الطعين " إنما سيطر في تغليب إرادة المحتكمين الذين يقفون إزاءه على قدم المساواة "[2].

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يعامل معاملة الدُّفوع الشكلية التي يجب إبداؤها قبل الكلام في موضوع الدَّعْوَي.

وجديرٌ بالذكر أنَّ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يُعَدُّ دفعًا لا يتعلق بالنِّظام العام؛ فلا يجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويترتب على سقوط الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم اعتبار الخصم متنازلًا عن الاتفاق ضمنيًّا[3]، ولا يترتب على حكم المحكمة في الدَّفع استنفاذ المحكمة لولايتها بنظر النزاع[4].

---

(1) فتحي والي، التحكيم، ص 225 بند 119.

(2) المحكمة الدستورية العليا- جلسة 13/ 1/ 2002، القضية رقم 155 لسنة 20ق. دستورية.

(3) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، بند 39، ص 88.

(4) أحمد السيد صاوي، التحكيم، بند 48، ص 469، عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير ==

ثانياً: سُلْطَةُ المَحْكَمَةِ تِجَاهَ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

من الطبيعي أنَّ أيَّ دفع إنَّما يُقَدَّمُ من المُدَّعَي عليه، فهو الجانب السلبيُّ في الخصومة المدنيَّة[1].

وبالتالي إذا ما رُفِعَ نزاعٌ إلي القضاء في عقد تم الاتفاق على إحالته للتَّحكيم فإنَّه من الطبيعي أنَّ من يملك حق الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو المُدَّعَي عليه فقط.

ولابدَّ أن يكون من يتمسَّك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم- **المدَّعي عليه**- صاحب حق ومصلحة في الدعوي القضائية- طرف في الاتفاق على التَّحكِيم.

فالمحكمة لا تقضي بعدم قبول الدعوي من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يقوم من شرع هذا الدَّفع لمصلحته - **المُدَّعَي عليه**- بإبدائه أمام المحكمة.

وقد أكدت الاتفاقيات الدوليَّة على ذلك؛ فقد نصَّت المادَّة 8/ 1 من قانون التَّحكِيم التِّجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر عن الأمم المتحدة عام 1985 بقولها: **"على المَحْكَمَةِ التِي يُرْفَعُ أَمَامَهَا دَعْوَي فِي مَسْأَلَةٍ أُبْرِمَ بِشَأْنِهَا اتفاق تَحْكِيم أَنْ تُحِيلَ الطَّرَفَيْنِ للتَّحْكِيم، إِذَا طَلَبَ مِنْهَا ذَلِكَ أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ فِي مَوْعِدٍ أَقْصَاهُ تَقْدِيمُ بَيَانه الأَول بِمَوْضُوعِ النِّزَاعِ، مَالَمْ يَتَّضِح أَنَّ الاتفاق بَاطِلٌ وَلَاغٍ وَعَدِيمُ الأَثَرِ أو لَايُمْكِنُ تَنْفِيذُهُ"**.

وقد أَكَّدَت على المعني نفسِهِ المادَّة 3/ 2 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبيَّة؛ حيثُ نصَّت على أنَّه **" على مَحْكَمَةِ الدَّوْلَةِ المُتَعَاقِدَةِ التِي يُطْرَحُ أَمَامَهَا نِزَاعٌ حَوْلَ مَوْضِوع كَانَ مَحَلَّ اتفاق مِنَ الأَطْرَافِ بِالمَعْنَي**

==

وتصحيح أحكامهم، دراسة مقارنة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، سنة 2، عدد 4، ديسمبر 1984، ص 108 وما بعدها.

(1) إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، ص 171.

الوَارِدِ وَالنَّصِ عليه فِي هَذِهِ المَادَّةِ أَنْ تُحِيلَ الخُصُومَ بِنَاءً على طَلَبِ أَحَدِهِمْ إِلَى التَّحكِيم، وَذَلِكَ مَالَمْ يَتَبَيَّنْ لِلْمَحْكَمَةِ أَنَّ هَذَا الاتفاق بَاطِلٌ أَو لَا أَثَر لَهُ أَوْ غَيْرُ قَابِلٍ للتَّطْبِيقِ".

وقد أكد المشرع الفرنسي في المادَّة (1448) من قانون المرافعات الجديدة الصادر بالمرسوم رقم 2011- 48، حيث نصت على أنه "**في حالة وجود اتفاق التحكم يجب على محاكم الدولة الحكم بعدم الاختصاص مالم يكن النزاع قد دخل في حوزة هيئة التَّحكِيم، إلا في حالة كون اتفاق التَّحكِيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، ويقع باطلا كل اتفاق يتم بالمخالفة لهذا النص، ويعتبر كأن ولم يكن**".

ويؤَكِّدُ هذا النَّصَّ على أنَّ الحكم بعدم الاختصاص لا يكون تلقائيًّا من المحكمة، ولكن لابُدَّ أن يكون بناءً على طلب أحد الخُصُوم- **المُدَّعَي عليه**- صاحب الحقِّ في التَّمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.

وسلطة المحكمة في قبول الدَّفع ليست مطلقة بل إِنَّهَا مُقَيَّدَةٌ، فلها في أحوال معينة أن ترفض الدَّفع في حالة كون الاتفاق ظاهرَ البُطْلَانِ أو غيرَ قابل للتَّصنيف، كما إذا كان الاتفاق يتضَمَّنُ مسائلَ معيَّنَةً لا يجوزُ فيها التَّحكِيم.

وقد كان نصُّ المادَّة (1458) من قانون المرافعات الفرنسي الصادر بالمرسوم 500- 1981 ينصُّ صراحةً على سلطة المحكمة في الحكم بعدم الاختصاص، سواء قبل تشكيل هيئة التَّحكِيم أو بعد تشكيلها، مالم يكن اتفاق التَّحكِيم ظَاهِرَ البُطْلَانِ، وفي الحالتين لا يجوزُ للمحْكَمَةِ الحُكْمُ بعدم الاختصاص من تِلْقَاءِ نفسها[1].

(1) JULIEN (Pierre) et FRICERO (Natalie), Droit judiciaire privé, Op. cit., no 719, p. 413.

كما نصت المادة 13/ 1 من قانون التَّحكِيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنَّه: **"يَجِبُ على المَحْكَمَةِ التِي يُرْفَعُ اليها نِزَاعٌ يُوجَدُ بِشَأْنِ اتفاق تَحْكِيمٍ أَنْ تَحْكُم بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي إِذَا دَفَعَ المُدَّعَي عليه بِذَلِكَ قَبْلَ إِبْدَائِهِ أَيَّ طلَبٍ أَوْ دِفَاعٍ فِي الدَّعْوَي"**.

وقد نَصَّت غالبيَّة القوانين الوضعيَّة[1] على أنَّ المحكمة لا تحكم بقبول الدَّفع من تلقاء نفسها، وإنَّما يجب أن يبدي الدَّفعَ أحدُ الخُصُومِ- **المدعي عليه**-.

والتساؤل الذي يثارُ هنا: هل مجرد الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام المحكمة يوجب عليها أم يعطي لها السلطة التقديرية في قبول الدَّفع أو عدم قبوله؟

يُؤَكِّدُ بعض الفقه الفرنسي على أنَّ سلطة المحكم في النِّزاع على وجود اتفاق التَّحكِيم من عدمه لا تعني غل يد المحكمة في الفصل في وجود أو صحة اتفاق التَّحكِيم، بل على العكس تمامًا يكون للمحكمة بحث وجود الاتفاق أو صحته أو بطلانه أو سقوطه[2].

---

(1) ففي قانون المرافعات الهولندي الصادر في 1/ 12/ 1986، نصت المادة 1022/ 1 على أنه " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تعلن عدم إختصاصها إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين، قبل تقديم دفاعه، مالم يتضح أن العقد غير صحيح".

- كما نصت المادة السابعة من القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص الصادر في 18/ 12/ 1978، على أنَّه " يحكم بعدم إختصاص المحكمة في حالة عرض النزاع عليها يتعلق بمسألة بها اتفاق تحكيم إلا إذا: أ) رد المدعى عليه في الأساس على الطلب التحكيم دون أي تحفظ، ب) أو يتبين للمحكمة أنه اتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه، ج) أو أنه لا يمكن تشكيل هيئة التحكيم لأسباب تعود بصورة واضحة للمدعى عليه في التحكيم"- مشار إليه لدى: أحمد عبد التواب، الدفوع بند 33، ص 76 وما بعدها.

(2) MOTULSKY (H.), " *A propos de l'arbitrage*" , JCP. 1954, 1.1194 et 1957, 1.1383., Vise à VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procedure civile*", *Op. cit* : , N 1664, p. 1118 ets.

مشار إليه لدى: أحمد إبراهيم عبدالتواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، بند 34،ص 79.

والمقصود هنا هو تخلف سلطة الحكم في النزاع المطروح على المحكمة باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل بالفصل في النزاع طالما كان الاتفاق على التَّحكِيم موجودًا وصحيحًا وموافقًا للقانون.

في حين ذهب الفقه المصري إلي أن هناك التزاما على المحكمة بالحكم بعدم القبول بمجرد إبداء الدَّفع، وأن المحكمة لا تملك أية سلطة تقديرية في الحكم بعدم القبول مادامت قد تحققت من وجود اتفاق تحكيم يتعلق بموضوع النزاع، وتمسك به المدعي عليه قبل الكلام في الموضوع[1].

والراجح- **وبحق**- أنَّ المحكمة لا تتخلي عن نظر النِّزاع لمجرد تمسك أحد أطراف اتفاق التَّحكِيم بوجوده، بل يلزم أن يكون هذا الاتفاق موجودًا وصحيحًا، وإلَّا استمرت المحكمة في نظر النزاع[2].

وتملك المحكمةُ الحكمَ تلقائيًّا برفض الدَّفع إذا كان اتفاق التَّحكِيم باطلا بطلانًا مطلقًا متعلقًا بالنِّظام العام دون حاجة للدَّفع بالبطلان من جانب الطرف الآخر- **المدعي**.

(1) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، بند 95، ص 184، محمود مصطفى يونس، حجية أحكام المحكمين ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري الفرنسي، ص 152.

(2) ئمختار بربري، الأثر المانع لاتفاق التحكيم، كتاب التحكيم والقانون الصادر عن مركز الدكتور عادل خير 1997 ص 124 وما بعدها، التحكيم التجاري الدولي، بند 32، ص 47 وما بعدها، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي، بند 143، ص 508 وما بعدها.

المَبَحَثُ الثاني
حق التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

أولاً: صَاحِبُ الصِّفَةِ وَالمَصْلَحَةِ فِي التَّمَسُّكِ بِالدفع بوجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ

اتفاق التَّحكِيم كغيره من العقود؛ وبالتالي لا يُلْزِمُ سوي أطرافه، ولا يجوز الطعن في العقد إلا لصاحب الصفة والمصلحة فيه؛ وبالتالي فإنَّ الأصلَ أنَّ من يتمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم- **أمام القضاء**- هو المُدَّعَي عليه الذي يعتبر الطرف الآخر في الاتفاق.

فمن الطبيعي أنَّ أيَّ دفعٍ يُقَدَّمُ من المُدَّعَي عليه- **باعتباره الطرف السلبي في الخصومة القضائية**-، وعليه فإذا ما رفع نزاع أمام القضاء العادي بخصوص عقد تم الاتفاق فيه على اللجوء إلي التحكم، فمن الطبيعي أن من يملك حق الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو المُدَّعَي عليه[1].

ويستنبط هذا الأمر من غالبية التَّشريعَات الوضعية والاتفاقيات الدولية؛ فقد نَصَّت المادَّة (1448) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد بالمرسوم رقم 211- 48 في 13 يناير 2011 على أنَّهُ:" **فِي حَالَةِ وُجُودِ اتفاق تَحْكِيم... وَفِي كُلِّ الأَحْوَالِ لَا يَجُوزُ لِلْمَحْكَمَةِ الحُكْمُ بِعَدَمِ الاختصاص مِنْ تِلْقَاءِ نَفْسِهَا...**".

ومن هذا النص نستنتج أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يجب أن يتمسك به أحد الخصوم، **وهو المدعي عليه**، فالمحكمة لا تحكم به من تلقاء نفسها.

وفي قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 نَصَّتِ المادَّةُ 13/ 1 على أَنَّه:" **يَجِبُ**

(1) إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع باتفاق التحكيم فى الخصومة المدنية، ص 172.

على المَحْكَمَةِ التِي يُرْفَعُ اليها نِزَاعٌ يُوجَدُ بِشَأْنِ اتفاق تَحْكِيمٍ أَنْ تَحْكُمَ بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي إِذَا دَفَعَ المُدَّعَي عليه بِذَلِكَ قَبْلَ إِبْدَائِهِ أَيَّ طَلَبٍ أَوْ دِفَاعٍ فِي الدَّعْوَي".

وهذا النص قد أَكَّدَ صراحةً على أن المُدَّعَي عليه هو صاحب الحقِّ في التَّمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم فهو صاحب الصِّفَةِ والمصلحة في هذا الدَّفع.

ومن الاتفاقيات الدَّولية، نصَّت المادَّة 1/8 من قانون التَّحكِيم التِّجاري الدولي (الأونيسترال) على أنه: **"على المَحْكَمَةِ التِي تُرْفَعُ أَمَامَهَا دَعْوَي فِي مَسْأَلَةٍ أُبْرِمَ بِشَأْنِهَا اتفاق تَحْكِيمٍ، أَنْ تُحِيلَ الطَّرَفَيْنِ للتَّحْكِيمِ، إِذَا طَلَبَ مِنْهَا أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ ذَلِكَ".**

وقد أكدت اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنمية أحكام المحكمين الأجنبية على أنَّه: **"على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق الأطراف... أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلي التَّحكِيم...".**

والحكمة من ذلك أن هذا الدَّفع إنما تقرر لمصلحة الخصوم؛ حيث إن أساس هذا الدَّفع هو تنازل الأفراد باتفاقهم وإرادتهم عن حقهم في الفصل في النزاع بينهم عن طريق القضاء العادي، وأنهم آثروا طريق التَّحكِيم، ومن البديهي أن المدعي عليه هو صاحب الحق في التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم؛ لأنَّه يُفْتَرَضُ أن المدعي قد بادر بالمخلفة لاتفاق التَّحكِيم، وقام برفع النزاع أمام القضاء، وهنا يكون المدعي عليه هو صاحب المصلحة في التمسك بالدَّفع.

وإذا كانت القاعدة هي أن المدعي عليه صاحب الحق في التمسك بالدَّفع أمام القضاء، إلا أنَّه لا يوجد ما يمنع أن يكون صاحب الحق فيه هو المدعي، في حالة إذا تم إبرام مشارطة تحكيم أثناء نظر النزاع بالفعل أمام القضاء، ثم ينكل المدعي عليه من اللجوء إلي التَّحكِيم، فهنا يصبح من حق المدعي- **الطرف الآخر في مشارطة التَّحكِيم**- أن يتمسك بالدَّفع أمام القضاء.

ويجب التأكيد على أن المدعي أو المدعي عليه- الذي يحق لهما التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام القضاء لابد أن يكونوا طرف في اتفاق التَّحكِيم- **شرطًا كان أم مشاركة**-، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة- **العقد شريعة المتعاقدين**-.

ولكن اتفاق التَّحكِيم- **كأيِّ عقد**- قد يمتد ويعطي حقوقًا ويحمل النزاعات على عاتق أشخاص لم يكونوا طرفًا في هذا الاتفاق، وينشأ لهؤلاء- **الغير**- الحق في التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام القضاء. ففي النهاية نؤكد على أن المدعي عليه هو صاحب الحق الأصيل في التمسك بالدَّفع، ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات، فيجب على المحكمة عندما تنظر الدَّفع أن تتأكد من أن الذي يتمسك به هو صاحب الحق فيه.

ويؤكد جانب من الفقه على أنَّ عدم الاختصاص غير متعلق بالنِّظام العام، وأن صاحب الحق له التَّمسك بالدَّفع قبل الكلام في الموضوع استنادًا إلي الطَّبيعة الرِّضائية لاتفاق التَّحكِيم[1].

فالدُّفوع الإجرائية ومنها عدم الاختصاص يجب الإدلاء بها في وقت واحد وقبل إثارة الدفاع في الموضوع، ويمكن تقديمها في نفس اللائحة التي تضمنت مناقشة الأساس أو الموضوع بشرط أن تكون هذه الدُّفوع قد وردت في تلك اللائحة قبل المناقشة في الموضوع.

ثانياً: شَكْلُ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم

الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم شأنه شأن سائر الدُّفوع الأخرى، له أحكام وقواعد تحكمه وتنظم وقته وطريقة إبدائه أمام القضاء، ومن خلال نصوص

(1) انظر: أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، بند 148، ص138 .

الاتفاقيات الدَّولية والتَّشريعَات الوضعية نجد أنَّه لم يتم تحديد الشكل الذي يتم فيه الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم صراحة، فهل يُشْتَرَطُ أن يكون مكتوبًا أم يُكْتَفَي بأن يكون شفويًّا، وهل لابد أن يتمَّ التَّعبير عنه صراحة أم يكفي أن يكون ضمنيًّا؟

نصَّت المادة (1448) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد المعدل بموجب المرسوم رقم 2011- 48 في 13 يناير 2011 على أنَّه:" **فِي حَالَةِ وُجُودِ اتفاق تحْكِيم... وَفِي كُلِّ الأَحْوَالِ لَا يَجُوزُ لِلْمَحْكَمَةِ الحُكْمُ بِعَدَمِ الاختصاص مِنْ تِلْقَاءِ نَفْسِهَا، وَيَقَعُ باطلا كُلُّ اتفاق يَتِمُّ بِالمُخَالَفَةِ لِهَذَا النَّصِّ، وَيُعْتَبَرُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ**".

فهذا النَّص أعطي الحقَّ للخصوم في التَّمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم واعتبره دفعًا بعدم الاختصاص، ولا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ولم يُشْتَرَطْ أَنْ يكون هذا التمسك صراحةً أو ضمنيًّا، شفويًّا أو مكتوبًا.

وفي القانون المصري نَصَّت المادَّة 13/ 1 من قانون التَّحكِيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنَّه: "**يَجِبُ على المَحْكَمَةِ التِي يُرْفَعُ اليها نِزَاعٌ يُوجَدُ بِشَأْنِهِ اتفاق تَحْكِيمٍ أَنْ تَحْكُمَ بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي إِذَا دَفَعَ المُدَّعَي عليه بِذَلِكَ قَبْلَ إِبْدَائِهِ أيَّ طَلَبٍ أَوْ دِفَاعٍ فِي الدَّعْوَي**".

فلم يشترط هذا النص شكلًا مُعَيَّنًا لإبداء الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، وإنَّما أوجب أن يتمَسَّك به صاحب المصلحة – **المدعي عليه**–، وأَنَّ المحكمة لا تحكم به من تلقاء نفسها، فهو دفعٌ لا يتعلَّق بالنِّظام العام.

فقد يتم ذلك شفاهة في الجلسة، وقد يتم بمذكرة مكتوبة تقدم للمحكمة، وقد يكون بطلب مستقل يقدم الي المحكمة، وليس للقاضي سلطة تقديرية في قبول الدفع أو رفضه طالما لم يكن ظاهر البطلان.

فلا يوجد نص قانوني يحدد شكل للدفع بالتحكيم أمام القضاء.

ولهذا لا يجوز للمحكمة أن تقوم بإعمال الدَّفع من تلقاء نفسها، كما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنًا.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأن الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التَّحكِيم تُتَّخَذُ قوامًا لوجوده، وتجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنَّما يتعيَّن التَّمسك به أمامه ويجوز النزول عنه صراحةً أو ضمنًا؛ إذ يُعَدُّ السكوت في إبدائه قبل نظر الموضوع نزولًا ضمنيًّا عن التَّمسُّك به[1].

وأكدت أيضًا محكمة النقض المصرية على ذلك بقولها: " لأن أساس هذا الدَّفع الإجرائي هو اتفاق الطرفين على التَّحكِيم؛ فإنَّه لا يتعَلَّق بالنِّظام العام، فليس للمحكمة أن تقضيَ بإعماله من تلقاء نفسها، بل يجب التمسك به أمامها، ويجوز النُّزول عنه صراحةً أو ضمنًا... [2]".

ويُلَاحَظُ أنَّه لا يلزم- **في القانون المصري**-إبداء الدَّفع في أول جلسة إذا كان المدعي عليه لم يقدم فيها أي طلب أو دفاع؛ ولهذا فإنه إذا حضر- **المدعي عليه**- في أول جلسة وطلب أجلًا لإحضار سند وكالته أو للاطِّلاع، فإنَّ حقَّه في إبداء الدَّفع لا يسقط، وإذا طلب لأكثر من مرة لضم دعوي أخري قبل الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم؛ فإنَّ هذا الطلب لا يؤدي إلي سقوط حقه في التَّمسُّك بالدَّفع، ولا يجوز أن يعتبر ذلك تنازلًا

(1) نقض مدني 15/ 2/ 1972، مجموعة النقض 1 لسنة 23 صفحة 168، نقض 26/ 3/ 1981 الطعن رقم 698 لسنة 47 ق مجموعة النقض 1 لسنة 32، صفحة 953، مشار إليه لدى : أحمد صاوي، ص 129.

(2) نقض مدني 26/ 5/ 2003، القضية رقم 7880 لسنة 66 قضائية.

ضمنيًّا عنه[1].

من خلال ذلك يتضح لنا أنه يجوز إبداء الدَّفع بالتحكم شفاهةً في الجلسة، ويجوز النزول فيه صراحة أو ضمنًا.

ومن حق محكمة الموضوع استخلاص نزول الخصم عن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم بشرط أن يبني استخلاصها على أسباب شائعة[2].

ثالثاً: السَّبَبُ فِي الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ

اتفاق التَّحكِيم هو السبب الذي يعطي الحق في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم؛ ولذلك يجب أن يكون الاتفاق صحيحًا مكتملَ الأركان والشروط حتي يحق للطرف الآخر- **المدعي عليه** - التمسك بالدَّفع به أمام القضاء.

ولتعريف السبب نظريات مختلفة، والذي يهمنا أن السبب هو الباعث أو الدافع على التعاقد، وليس مجرد الغاية المباشرة من الالتزام، وفكرة السبب في اتفاق التَّحكِيم لاتتعلق بسبب الطلب القضائي، وإنما تتعلق بالسبب كمحل للالتزام أو الاتفاق. فاتفاق التَّحكِيم هو اتفاق أو التزام مدني له طبيعة خاصة، مضمونه الاتفاق على الالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة.

وقد نصَّت المادَّة 1131 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "**الالْتِزَامَ لَا يُنْتِجُ أَيَّ أَثَرٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَبْنِيًّا على سَبَبٍ أَوْ كَانَ مَبْنِيًّا على سَبَبٍ غَيْرِ صَحِيحٍ أَوْ على سَبَبٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ**".

(1) نقض مدني مصري جلسة 15/ 2/ 1972، الطعن رقم 194، لسنة 37 ق، مجموعة النقض 23 ص 168، نقض مدني 26/ 4/ 1982، مجموعة النقض الـ 23، صفحة 442، الطعن رقم 714 لسنة 47 ق.

(2) نقض مدني مصري 29/ 4/ 1992، الطعن رقم 1750 لسنة 55ق.

كما نصَّت المادَّة 1132 من ذات القانون على أنه: "**الاتفاق يكون صحيحًا ولو لم يذكر له سبب**".

ونَصَّت المادَّة 1133 على أن: "**السَّبَبَ يَكُونُ غَيْرَ مَشْرُوعٍ إِذَا حَرَّمَهُ القَانُونُ أَوْ كَانَ مُخَالِفًا للنِّظَامِ العَامِّ وَالآدَابِ العَامَّةِ**".

كما نصَّت المادَّة 136 من القانون المداني المصري على أنَّه: "**إِذَا لَمْ يَكُنْ للالتِزَامِ سبَبٌ أَوْ كَان سَبَبُهُ مُخَالِفًا للنِّظَامِ العَامِّ أوِ الآدَابِ العَامَّةِ كَانَ العَقْدُ باطلا**".

ونصَّت المادَّة 137 على أنَّ: "**كُلَّ التزَامٍ لَمْ يُذْكَرْ لَهُ سَبَبٌ فِي العَقْدِ يُفْتَرَضُ أَنَّ يَكُونَ سَبَبُهُ مَشْرُوعٌ مَالَمْ يَقُمِ الدَّلِيلُ على غَيْرِ ذَلِكَ، 2- وَيُعْتَبَرُ السَّبَبُ المَذْكُورُ فِي العَقْدِ هُوَ السَّبَبُ الحَقِيقِيُّ حَتَّى يَقُومَ الدَّلِيلُ على مَا يُخَالِفُ ذَلِكَ،فَإِذَا قَامَ الدَّلِيلُ على صُورِيَّةِ السَّبَبِ فَعَلَى مَنْ يَدَّعِي أَنَّ للالتِزَامِ سَبَبًا آخَرَ مَشْرُوعًا أَنْ يُثْبِتَ مَا يَدَّعِيهِ**".

ومفاد النصوص المتقدمة أن السبب لحق التمسك في الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام القضاء هو أن يكون سبب الاتفاق صحيحًا؛ فإذا كان سبب الاتفاق غير صحيح أو باطلا أو غير مشروع؛ فلا يعطي الحق – للمدعي عليه –في التمسك بهذا الدَّفع أمام القضاء.

وقد نصَّت المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك لعام 1985 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التَّحكِيم الأجنبية على أنه: "**تعترف كل دولة متعاقدة بوجود الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات... بمسأله يجوز تسويتها عن طريق التَّحكِيم**".

ولذلك فحق اللجوء إلي التَّحكِيم يكون مشروعا للجميع بشرط أن تكون من المسائل التي يقبل الفصل فيها عن طريق التَّحكِيم.

وقد نَصَّت المادَّة 1/8 من قانون التَّحكِيم التجاري الدولي (الأونستيرال) لعام 1985 على أنَّه: "**على المَحْكَمَةِ التِي يُرْفَعُ أَمَامَهَا دَعْوَي فِي مَسْأَلَةٍ أُبْرِمَ بِشَأْنِهَا اتفاق تَحْكِيمٍ... مَالَمْ يَتَّضِحِ أَنَّ الاتفاق بَاطِلٌ وَلَاغٍ وَعَدِيمُ الأَثَرِ أو لَايُمْكِنُ تَنْفِيذُهُ**".

وفي هذا الشأن نصت المادة 1448 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم 48 لسنة 2011 الصادر بتاريخ 13 يناير 2011، عَلَى "**جواز قضاء المحكمة بعدم الاختصاص إِذَا مِا أُثِيرَ أَمَامَهَا نِزَاعٌ بِهِ اتفاق تَحْكِيمٍ، وكَانَ هذَا النِّزَاعُ لَمْ يُطْرَحْ بَعْدُ على هَيْئَةِ التَّحكِيم مَالَمْ تَرَ المحْكَمَةُ أَنَّ هذَا الاتفاق ظَاهِرُ البُطْلَانِ أَوْ غَيْرُ قَابِلٍ للتطْبِيقِ**".

ومفاد النصوص المتقدمة أن الاتفاقيات الدولية والتَّشريعَات الوضعية قد اتفقت ضمنيًّا على أن السبب في حق التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو أن يكون الاتفاق صحيحًا وغير ظاهر البطلان، ولا يخالف النظام العام، وأن يكون فيما يجوز فيه التَّحكِيم.

الخَاتِمَةُ

تناولت في الفصل التمهيدي التعريف باتفاق التحكيم، وأركانه، وشروط صحته، ثم تناولنا صوره، وبعض المنازعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم، ثم عرضنا في الباب الأول ماهية الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم فقهًا وقضاءً وقانونًا، وبينا أنه يختلف عن باقي الدُّفوع الموجودة في قانون المرافعات، سواء من حيث النظام القانوني له، أو من حيث الأثر المترتب عليه. فهو يمنع قضاء الدولة-**المختص أصلًا** بنظر النزاع.

وتناولنا بالتَّحليل إشكالية تحديد طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، والنظريات الفقهيَّة المختلفة في هذا الشأن، وموقف الاتفاقيات الدَّوليَّة والتَّشريعَات الوضعية منه، مثل: قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم 48/ 2011 في يناير 2011 الذي أَكَّدَ على أن هذا الدَّفع يعتبر دفعًا بعدم الاختصاص، وذكرنا بعض الفقه المؤيد لهذه النظرية والأحكام القضائية التي تؤيد ذلك، وأسانيد ذلك الاتجاه، ثم الانتقادات هذا الاتجاه.

ثُمَّ عرضنا الاتجاه القائل بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعٌ بعدم قبول الدعوي القضائية، وموقف المشرع المصري من هذا الدَّفع في قانون التَّحكِيم المصري رقم 27 لسنة 1994، واعتباره دفعًا بعدم القبول، وآراء الفقه المؤيدة له، والأحكام القضائية التي تساند ذلك، ثم قمنا بالانتقادات هذا الاتجاه.

كما عرضت اتجاها ثالثا يري أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يعدُّ دفعًا ببطلان المطالبة القضائية، وَبَيَّنْتُ أسانيد هذا الاتجاه ومؤيدي ذلك ثم الانتقادات هذا الاتجاه.

كما عرض البحث نظريات أخري، منها من قال بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يعتبر دفعًا ينقص في ولاية المحكمة المختصة أصلًا، ومنها من قال بأنَّ هذا الدَّفع له طبيعة خاصة ومستقلة وله أحكامٌ تغاير أحكام الدُّفوع الموجودة في قانون المرافعات.

وانتهينا في هذا الباب بعرض **وجهة نظر الباحث المتواضعة، وهو** أن من الأفضل اعتبار الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم دفعًا بوقف الدعوي لحين الانتهاء من النزاع أمام هيئة التَّحكِيم، بحيث إذا لم تنجح الهيئة في إصدار حكم، أو شاب الاتفاق أي نوع من البطلان، أو كانت إجراءاته باطلة؛ فلا يُحْرَمُ الأطراف من عرض نزاعهم-**محل الاتفاق على التَّحكِيم**- عَلَى قاضيهم الطبيعي.

وفي الباب الثاني تحدثنا عن شروط صحة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، من حيث الأشخاص الذين يحقُّ لهم التَّمسُّك بهذا الدَّفع أمام القضاء، وأن القاعدة العامة هي مبدأ نسبية أثر العقود، وبالتالي فإنَّ حق التَّمسُّك بهذا الدَّفع يفرض أن يكون-**كقاعدة عامة**-قاصرًا على من كان طرفًا فيه.

وقمنا بتعريف الطرف في الاتفاق على التحكيم، وكيف يستطيع التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، وأيضًا وجدنا أن هناك استثناءات على هذه القاعدة؛ وبالتالي ينطبق وصف الطرف على من لم يوقع على هذا الاتفاق، فهناك الخلف العام والخاص، وأيضًا تحدَّثنا عن مشكلة مجموعة الشركات وسلسة العقود، وما إذا كان حقُّ التَّمسُّك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يمتَدُّ في هذه الحالات، وأيضًا عَرَّفنا المرسل اليه في سند الشحن، والنظريات المختلفة في هذا الشأن ما بين مؤيد لاعتباره طرفًا في اتفاق التَّحكِيم، وبالتالي يحقُّ التَّمسُّك بالدَّفع أمام القضاء، ومن اعتبره ليس بطرَفٍ-**من الغير**-، وبالتالي لا يَحِقُّ له التَّمسُّك بهذا الدَّفع.

وتناولت الدراسة أيضًا موضوع الاتفاق على التَّحكِيم، وما إذا كان يمكن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم بصدد الموضوع المُتَّفَقِ عليه فقط عن إثارته أمام القضاء، ثم ذكرنا محل الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، وتعريفه، وهل يختلف في حالة إذا كان-**شرطًا أو مشارطة**- أم أن الوضعَ لا يختلف.

وما الوضع في حالة الطلبات الإضافية أو العارضة التي تقدم من الخصوم أثناء حضور التَّحكِيم، والإلزام الذي يقع على الأطراف بضرورة تحديد موضوع النزاع تحديدًا دقيقًا، ويُمْكِنُ عَرْضُ أَهَمِّ النَّتَائِجِ التِي تَوَصَّلَتْ اليها الدرَاسَةُ فِيمَا يَلِي:

(1) يُعَدُّ حَقُّ الدِّفاع من أهم سمات قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهو حقٌّ أصيل للخصوم، ويشتمل على تطبيقات متعددة غايتها الوصول للعدالة.

(2) تحدث المشرع المصري بشكل صريح ومباشر في قانون المرافعات عن ثلاثة أنواع من الدُّفوع: الدَّفع الإجرائي، والدَّفع الموضوعي، والدَّفع بعدم القبول، ولم يتحدث بشكل صريح عن الدَّفع بالتَّحكِيم.

(3) اعترف المشرع المصري لبعض الهيئات غير القضائية بسلطة الفصل في المنازعات عن طريق التَّحكِيم الذي هو نظام بديل للقضاء المختص أصلًا بنظر تلك المنازعات.

(4) اتِّفَاق التَّحكِيم هو الأساس في العملية التَّحكِيمية والتي تقوم على إرادة الأطراف.

(5) ثبوت حق - المدعي عليه - في إثارة الدَّفع بالتَّحكِيم أمام القضاء إذا ما قام الطرف الآخر - المدعي - برفع النزاع إلي القضاء بالمخالفة لاتِّفَاق التَّحكِيم.

(6) هناك العديد من المشكلات الفنية التي قد تحدث أثناء العملية التَّحكِيمية لم يتم النصُّ على حلٍّ لها من قِبَلِ المشرع المصري. وما زالت مثار اختلافات بين الفقه وأحكام القضاء.

(7) لم يرد نصٌّ صريحٌ من المشرع المصري على سلطة المحكمة في البحث عن مدي صحة اتِّفَاق التَّحكِيم من عدمه.

(8) لم يُجِزْ المشرع المصري حقَّ الطَّعن على الحكم الصادر بعدم قبول الدعوي للاتِّفَاق على التَّحكِيم باعتباره غير مُنْهٍ للخصومة.

(9) حدث اختلاف شديد بين الفقه والقوانين الوضعية في تحديد طبيعة موحدة للدفع بالتَّحكِيم.

(10) قلة الأبحاث التي تتناول الدَّفع بالتَّحكِيم ومشكلاته بشكل مباشر وعميق.

وأوصي بِمَا يلي:

(1) تعديل نص المادة 13/ 1 من قانون التَّحكِيم المصري ليكون نصها على النحو التالي: " لِلْمَحْكَمَةِ التِي يُرْفَعُ أَمَامَهَا دَعْوَي يُوجَدُ بِشَأْنِهَا اتفاق تحْكِيمٍ أَنْ تحْكُمَ بِصِحَّةِ اتفاق التَّحكِيم أَوَّلًا، ثُمَّ إِلْزَامِ الأَطْرَافِ بِبَدْءِ إِجْرَاءَاتِ التَّحكِيم إِذَا مَا دُفِعَ أَمَامَهَا بِوُجودِ اتفاق التَّحكِيم – شرطًا كَانَ أَمْ مُشَارَطَةً – قَبْلَ أَيِّ طَلَبٍ أَوْ دَفْعٍ مَوْضُوعِيٍّ مَتَي كَانَ اتفاق التَّحكِيم صَحِيحًا وَغَيْرَ لَاغٍ وَقَابِلٍ لِلتَّحْكِيم، وَلَهَا رَفْضُ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم إِذَا كَانَ الاتفاق على التَّحكِيمِ يَشْمَلُ مَسَائِلَ لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّحكِيمُ، أَوْ ظَاهِرَ البُطْلَانِ".

(2) وضع نصٍّ في قانون التَّحكِيم المصري بضم التَّحكِيمات في حالة تعدد إجراءات التَّحكِيم.

(3) النصُّ على عدم امتداد اتفاق التَّحكِيم إلي غير أطرافه إلا إذا وافق الغير على هذا الاتفاق صراحة خاصة في مجال المعاملات التجارية.

(4) النص على الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم والحق في إبدائه أمام القضاء وتطبيق أحكامه الخاصة به.

(5) إضافة عبارة: (وصورة من اتفاق التَّحكِيم) لنص المادة (30/ 1) من قانون التَّحكِيم المصري ليكون نصها على النحو الآتي: " يُرْسِلُ الْمُدَّعِي خِلَالَ المِيعَادِ الْمُتَّفَقِ عليه بَيْن الطَّرَفَيْنِ، أَوِ الذِي تُعَيِّنُهُ هيْئَةُ التَّحكِيم إِلَي الْمُدَّعَي عليه وَإِلَي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحَكِّمِينَ بَيَانًا مَكْتُوبًا بِدَعْوَاهُ تَشْمَلُ اسْمَهُ وَعُنْوَانَهُ وَاسْمَ الْمُدَّعَي عليه وَعُنْوَانَهُ، وَشَرْحَ وَقَائِع الدَّعْوَي، وَتَحْدِيدَ المَسَائِلِ مَحَلَّ النِّزَاعِ، وطَلَبَاتِهِ، وَصُورَةً مِنَ اتفاق التَّحكِيم الْمُبْرَمِ بَيْنَ الأَطْرَافِ، وَأَيَّ بَيَانٍ يُوجِبُ اتفاق التَّحكِيم ذِكْرَهُ ".

(6) العمل على توحيد المصطلحات في مجال التَّحكِيم.

(7) وضع تعريف محدد للدفع بالتَّحكِيم أمام القضاء، وتحديد طبيعة قانونية تتفق وآثاره المغايرة لباقي الدُّفوع القانونية الأخرى.

(8) ضرورة النَّصِّ على جواز إبداء الطلبات العارضة الإضافية والمقابلة أمام هيئة التَّحكِيم والنص على اختصاص الهيئة بها طالما بينها وبين الطلبات الأصلية- موضوع الاتفاق- ارتباطًا لا يقبل التجزئة.

قائمة المراجـــع

وتشتمل المراجــع على:

- أولاً: المَرَاجِعُ العَامَّةِ
- ثانياً: المَرَاجِعُ المُتَخَصِّصَةُ
- ثالثاً: الأَبْحَاثُ والمقَالاتُ
- رابعاً: الرَّسَائِلُ العِلْمِيَّةُ
- خامساً: المراجع الفرنسية

قَائِمَةُ المَرَاجِعِ

أولاً: المَرَاجِعُ العَامَّةِ

ابي بكر محمد السرخسي

- المبسوط، دار المعرفة، بيروت، الجزء الأول

الإمام النووي

- أسني المطالب، شرح روضة الطالبين، المكتب الاسلامي، بيروت.
- شرح صحيح مسلم، مطبعة عيسي الحلبي، الجزء الثاني عشر.

أحمد بن حمزة الرملي

- نهاية المحتاج شرح المنهاج، مطبعة مصطفي الحلبي، القاهرة، الجزء الثامن.

إبراهيم نجيب سعد

- القانون القضائي الخاص، الجزء الاول، 1974.

أحمد أبو الوفا

- نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، طبعة 1988، طبعة 2015.

أحمد السيد صاوي

- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الأول، طبعة 2006.

أحمد مليجي موسي

الاختصاص القيمي والنوعي والمحلي للمحاكم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

حسني المصري

اندماج الشركات وانقسامها دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المصري، ط1، 1986.

حسن كيره

- المدخل الي القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية،1993.

رمزي سيف

- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة، القاهرة، طبعة 1959.

رمضان بطيخ

- الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة PPP والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، الطابعة الاولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011

سميحة القليوبي:

- القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة،1987.
- المنظمات الدولية، النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003.

صوفي أبو طالب

- مبادئ تاريخ القانون، طبعة 1957، مكتبة النهضة المصرية

عوض الله شيه الحمد

- القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين، مطبوعات جامعة البحرين، 2007.

عبد المنعم أحمد الشرقاوي

- شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية قانون رقم 77 لسنة 1949، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1976.

عبدالرازق أحمد السنهوري

- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، الجزء الثالث، 1958، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة،1981.

عبد الودود يحيي

- حوالة الدين دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين الألماني والمصري- دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

فتحي والي

- الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1993.

فؤاد رياض، سامية راشد

- الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.

محسن عبدالحميد إبراهيم البيه

- النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.

محمد لبيب شنب

دروس في نظرية الالتزام، أحكام الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث، 1958.

محمد كمال فهمي

- أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافه الجامعية، الاسكندرية، الطابعة الثانية، 1983.

محمد رأفت عثمان

- القضاء في الفقه الاسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت.

محمد عبد اللطيف

- القضاء المستعجل، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة،1977.

محمد على راتب ونصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب

- قضاء الأمور المستعجلة، الجزء الأول، الطبعة السابعة، 1985.

محمد على راتب

- قضاء الأمور المستعجلة،بدون سنة نشر، دار الحديث، القاهرة.

محمد على رشدي

- قاضي الأمور المستعجلة- الجزء الأول، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1952.

محمد فؤاد عبد الباسط

- مدي إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2006.

محمد كمال عبدالعزيز

- تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، إدارة التشريع بوزارة العدل، القاهرة، 1968.

محمود محمد هاشم

- قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، التقاضي أمام القضاء المدني (الدعوي، الخصومة القضائية، الأحكام وطرق الطعن فيها)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

مصطفي عبدالسيد الجارحي

- عقد المقاولة من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988

مصطفي مجدي هرجه

- الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية- ج2، دار المطبوعات الجامعية، 1995.

نبيل إسماعيل عمر

- قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1987.

هشام صادق. حفيظه الحداد

- دروس في القانون الدولي الخاص،

وجدي راغب

- مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

ثانياً: المَرَاجِعُ المُتَخَصِّصَةُ:

إبراهيم أحمد إبراهيم

- التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة نشر.

إبراهيم جوهر إبراهيم

- الدفع باتفاق التحكيم في الدعوي المدنية، دراسة مقارنة في الأثر السلبي المترتب على اتفاق التحكيم في التشريعات العربية والأجنبية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009.

إبراهيم حرب محيسن

- طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 1999.

أبو العلا النمر

- النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، ط1، 2005.

أحمد إبراهيم عبد التواب

- النظرية العامة للحق الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- اتفاق التحكيم (مفهومه، أركانه، شروطه، نطاقه)، دار النهضة العربية القاهرة، 2013.
- الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2013.
- الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

أحمد أبو الوفا

- التحكيم بالقضاء والصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولي،1964.
- التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1988.
- التحكيم في البلاد العربية، منشأه المعارف، الإسكندرية، ط1، 2000.

أحمد السيد صاوي

- التحكيم طبقًا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة 2004، دار النهضة بالقاهرة، ط4، 2013.
- الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، ص3، 2010

أحمد شرف الدين:

- الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره في ضوء أحكام محكمة النقض،طبعة 2007، وطبعة 2011م

أحمد صدقي محمود

- التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، 2005.
- مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة،2004.

أحمد عبد الكريم سلامة

- قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، 2004.

أحمد محمد عبدالسميع شتا

- شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004

أحمد محمود

- أصول التقاضي وفقًا لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية، 2006.

أحمد مخلوف

- اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005.

أسامة أبو الحسن مجاهد

- قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية،2012.

السيد المراكبي

- التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدي تأثره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

أحمد مليجي

- قواعد التحكيم في القانون الكويتي يؤسسه دار الكتب ــ الطبعة الأولي 1996.

أسامة أحمد شوقي المليجي

- هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة،2004.

الأنصاري حسن النيداني

- الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

حسام أحمد هلال منصور، حسين إبراهيم خليل، هبه الله عماد

- قانون التحكيم الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.

حسام الدين فتحي ناصف

- قابلية النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- اتفاق التحكيم، دراسة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

حفيظة السيد الحداد

- مدي اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996.
- الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وآثاره ونظامه القانوني الذي يحكمه، ومدي تأثر قانون التحكيم المصري به، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية- تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

خالد محمد القاضي

- موسوعة التحكيم التجاري في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة،2002.

جابر جاد نصار

- التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، الكتاب الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

دويب حسين صابر

- حدود اختصاص القضاء الاداري بدعوة بطلان احكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة،2014.

رضا السيد عبدالحميد

- مسائل في التحكيم، الكتاب الثاني، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمانات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2007.

رمزي سيف

- قواعد تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة، طبعة الثامنة، 1968.

رجب محمد السيد

- حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

سامية راشد

- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

سحر عبدالستار إمام يوسف

- المركز القانوني للمحكم دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2006

سراج حسن محمد أبوزيد

- التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

سميحة القليوبي

- الأسس القانونية للتحكيم وفقا للقانون رقم 27 سنة1994، طبعة 2012، دار النهضة العربية، القاهرة.

سيد أحمد محمود

- سلطة المحكم في إصدار التدابير الوقتية والأوامر، دار النهضة العربية، ط2، 2006.
- نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقا للقانون الكويتي رقم 11 لسنة 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997

طارق سمير طلبة دويدار

- الابعاد القانونية لإمتداد شرط التحيكم، مركز القاهرة للدراسات العربية، القاهرة، الطبعة الاولي، 2018.

عاطف محمد الفقي:

- النقل البحري للبضائع في ظل قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990 واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978 (قواعدها مبورج 1978)، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، 2001.
- التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهره،1990.
- التحكيم متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

عبدالحميد الأحدب

موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008

عبدالمنعم البدراوي

- النظرية العام للالتزامات، مصادر الالتزام، القاهرة،1985.

عبدالمنعم زمزم

- الإجراءات التحفظية والوقتية قبل وأثناء وبعد انتهاء حقوق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

عبد الودود يحيي

- حوالة الدين دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية القانونين الألماني والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة،1992.

عزمي عبد الفتاح

- قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولي، 1990.

علي عوض حسن

التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات الحديثة والتجارية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001 م.

علي جمال الدين

النقل البحري للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

علي الشحات الحديدي

- التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

عنايت عبد الحميد ثابت

- خضوع مسائل المرافعات لقانون القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

علاء محي الدين مصطفي

- التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية واحكام التحكيم دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.

عليوه فتحي الباب

- التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، نقابة المحامين، لجنه الفكر القانوني.

فتحي والي

- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف. الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 2007.
- التحكيم في المنازعات الوطنية التجارية الدولية علمًا وعملًا، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014

فهيمة أحمد على القماري

- أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولي،2015.

فيصل زكي

- خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقا للقانون الكويتي رقم 11 لسنة 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولي، 1997.

قدري محمد محمود

- التحكيم في الشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة،2014.

محسن شفيق

- التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

محسن عبدالحميد إبراهيم البيه

- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.

محمد عبد الفتاح ترك

- التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل اليه بشرط التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولي، 2006.

محمد ماهر أبو العينين، محمد عبد اللطيف

- قضاء التحكيم، الكتاب الأول، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه وأحكام المحكمة الدستورية العليا والنقض في حقوق التحكيم الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، 2010.

محمد محمود نور شحاته

- مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- النشأة الاتفاقية لسلطات المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

محمد سعيد شيبه المري

- خصوصية خصومة التحكيم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولي، 2016.

محمد حسن جاسم المعماري

التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، الطبعة الاولي،2014.

محمود سمير الشرقاوي

- التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

محمود السيد عمر التحيوي

- طبيعة شرط التحكيم، وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لابد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، منشأة المعارف. الإسكندرية، 2003.
- تحديد المعني الموضوعي لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.

محمود محمد هاشم

- النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، 1990.

محمود مصطفي يونس

- قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية القاهرة، 2004.

النظام العام والتحكيم في قضاء محكمه تمييز دبي ومدي توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة.

مختار أحمد بربري

- الأثر المانع لاتفاق التحكيم، كتاب التحكيم والقانون الصادر عن مركز الدكتور عادل خير، التحكيم التجاري الدولي، 1997.

مصطفي محمد الجمال،عكاشة محمد عبدالعال:

- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولي، 1998.

منير عبد المجيد

- التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وأحكام قضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

ناريمان عبدالقادر

- اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، الطبعة الأولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

نبيل إبراهيم سعد

- النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2005.

نبيل إسماعيل عمر

- الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأه المعارف، الإسكندرية، 1981.
- التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

هات محيي الدين اليوسفي

- الأثر المانع لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.

هاني صلاح سري الدين

- اتفاقات "الكونسرتيوم" وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولي، 1999.

هدي مجدي عبد الرحمن

- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، 2006.

ثالثاً: الأَبْحَاثُ والمقَالَاتُ:

إبراهيم أحمد إبراهيم

- القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ورقة عمل مقدمة إلي المؤتمر الثالث للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في القاهرة في الفترة من 13 إلي 14 أبريل 1996.

أحمد إبراهيم عبد التواب

- صور اتفاق التحكيم واستقلاله ــ مجلة الامن والقانون ــ س16ــ عدد1ــ

أكثم أمين الخولي

- بدء التحكيم وسيره طبقاً لنظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، ورقة عمل مقدمة الي مؤتمر التحكيم التجاري المنعقد في دبي في الفترة28-29 مايو 1995.

محمد أمين المصري، محمود فوزير عبدالباري

- الدعوي ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر، يوليو 2010.

ناجي عبدالمؤمن

- بحث بعنوان "مدي جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الاحالة في القوانين وعلاقات التجارة الدولية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير 2002 العدد الاول السنه44، صـ 420، كلية الحقوق، جامعة عين شمس"

فايز عبدالله الكندري

- مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، يوليو2000.

فخري أبوسيف مبروك

- مظاهر القضاء الشعبي لدي الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1974.

مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية

- العدد الخامس 1997،كلية الحقوق، كامعة القاهرة.

مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية

- العدد23 ابريل2006، جامعة القاهرة، بحث بعنوان "هل يستفيد اتفاق التحكيم غرضه بابطال حكم التحكيم الصادر استنادا اليه".

مجلة الامن والقانون

- بحث بعنوان "اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي"، السنة الخامسة عشر، العدد الاول.

حسام الدين كامل الأهواني

- المسائل القابلة للتحكيم، مقالة منشورة بمجلة التحكيم العربي، الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد 16 يونيو 2011.

حسني المصري

- التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي المقارن ــ ص 56، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية العدد 23 ابريل 2006 جامعة القاهرة – بحث بعنوان "هل يستنفذ اتفاق التحكيم غرضه بابطال حكم التحكيم الصادر استنادا اليه

رضا السيد عبدالحميد

- مسائل في التحكيم، الكتاب الثاني، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط2، سنة2007.

سعد أبو السعود

- الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يجب إبداؤه قبل سائر الدفوع، مجلة المحاماة السنة 41، 1961، ع8.

سيد أحمد محمود

- نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، مقال منشور في مجلة المحامي، السنة الرابعة والعشرون، أبريل/ مايو/ يوليو 2000.

سميحة القليوبي

- بحث مقدم الي ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات المنعقدة في الشارقة، الفترة من 4 الي 7 ديسمبر 2005.

عادل الطبطباني

- الجوانب الدستورية والقانونية في عمليات إنشاء هيئة التحكيم، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 15، العدد 1، 1993.

عبد الحي حجازي

- نظرات في الاشتراط لمصلحة الغير "، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، العدد 1، السنة 5، يناير 1963.

عز الدين عبد الله

- تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، بحث منشور بمجلة العدالة الصادرة من وزارة العدل الإماراتية، العدد 19 س6 أبريل 1979.

عزمي عبدالفتاح

- التنازع والتعارض بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم في المنازعات الوقتية

والتحفظية، مقال بدون تاريخ منشور في أعمال ندوة عقدت بمدينة الغردقة عن التحكيم

- سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، دراسة مقارنة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، سنة 2، عدد 4، ديسمبر 1984.

فخري أبوسيف مبروك

- مظاهر القضاء الشعبي لدي الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، السنة السادسة، العدد الأول، يناير، 1974

محسن شفيق

- المشروع القومي والقوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، 1987.

محمود سمير الشرقاوي

- المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، مجلة القانون والاقتصاد، سنة 1975، بند 9، صفحة 50 وما بعدها.

مصطفي الجمال

- امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به.

وجدي راغب فهمي

نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، العدد الأول، السنة الخامسة عشر 1973.

- طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أمام المحاكم، ورقة عمل مقدمة من مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي والدولي، العريش من 20 إلي 25 سبتمبر 1987.

رابعاً: الرَّسَائِلُ العِلْمِيَّةُ

أحمد إبراهيم عبد التواب

- النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006.

أحمد السيد محمد سعد الحديدي

- قابلية عرض النزاع على التحكيم، رسالة ماجستير، حقوق القاهرة، 2010.

أحمد حشيش

- الدفع بعدم قبول الدعوي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، 1986.

أسامة الشناوي

- المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1990.

أحمد نبيل سليمان طبوشة

- النظام القانوني لاتفاق التحكيم، رساله دكتوراه، حقوق القاهرة، 2011.

باسمة لطفي دباس

- شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، تجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

حسام الدين عبدالغني الصغير

- النظام القانوني لاندماج الشركات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة،1981.

حسن محمد سليم

- النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية، رسالة دكتوراه، عين شمس، 2007.

عاطف محمد فخري

- الغير في القانون المدني المصري، رساله دكتوراه، حقوق الإسكندرية، 1976

فاطمة صلاح رياض

نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، دكتوراه، حقوق القاهرة، سنة 2009.

فتحي والي

- نظرية البطلان في قانون المرافعات، رساله دكتوراه، حقوق القاهرة، 1985

شمس مرغني علي

- التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1973.

عباس المصري

- التزام بائع المحل التجاري بعدم إنشاء تجارة منافسة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، سنة 1980.

علي بركات

خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996.

عائشه محمد الزوادي

- التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق،2005.

علي سالم

- ولاية القضاء على التحكيم، دكتوراه، عين شمس، 1995.

دويب حسين صابر

- الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، رسالة دكتوراه، جامعة اسيوط، كلية الحقوق، 2006.

محمد حلمي عبدالحميد زيدان

- اتفاق التحكيم كأثر مانع لقضاء الدولة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2008.

محمود السيد عمر التحيوي

- اتفاق التحكيم وقواعده، في قانون المرافعات وقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، 1995.

مصطفي أبو اليزيد الحلفاوي

- الحقوق الإجرائية لأطراف خصومة التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، 2012.

هبة بدر أحمد محمد صادق

- الحماية الوقتية في التحكيم دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2005.

هدي عبد الرحمن

- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

وليد محمد عباس

- التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون ودول الخليج العربي، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة عين شمس، 2009.

خامساً- المراجع الفرنسية

I: OUVRGES GENERAUX:

1) ANCEL (P.), « Conventions d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables », Juris-Classeur Procédure civile, Fasc. 1024, Commercial, Fasc. 212, 1986
2) BERNARDINI (Piero), " L'arbitrage en Italie après la réforme", Rev. de l'arbitrage, no 3, 1999
3) BERNHEIM (Laure)- CASTEELE (Van de), les principes fondamentaux de l'arbitrage par Préface de Thomas Clay, En réalité, l'un des principes les plus controversés du droit de l'arbitrage, 2ème édit Bruylant, Paris, 2012
4) BOURNONVILLE (P.), L'arbitrage, Larcier, Bruxelles, 2000
5) CADIET (L.), CLAY (T.) et JEULAND (E.), Médiation et arbitrage - Alternative dispute résolution, éd. Litec, 2005
6) CATALA (P.), Arbitrage et patrimoine familial, Rev. Arb, Paris, 1994.
7) DAVID (R.), L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982
8) DE BOISSESON (Matthieu) et DE JUGLART (Michel), Le Droit français de l'arbitrage, ED., Juridictionnaires Joly, Paris, 1983.
9) E. LOQUIN, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international:JDl, Paris, 1983.
10) FILLION-DUFOULEUR (Bernard) et LEBOULANGER (Philippe), Le Nouveau droit Egyptien de L'arbitrage, Revue d'arbitrage, Nº 4, Paris, 1994.
11) FOUCHARD (P.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, ED., Litec, Paris, 1996.
12) GAILLARD (Emmanuel) et De LAPASSE(Pierre), le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Editions

Dalloz. janvier 2011

13) GOUTAL (Jean-Louis), « L'arbitrage et les tiers: I- Le droit des contrats. Rapport général », Rev. arb., Paris, 1988.
14) H. VAN HOUTTE, « Le juge et l'arbitre. Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale », Rev. dr. int. dr. comp., 1993
15) HANOTIAU (Bernard): l'arbitrabilité et la favor arbitrandum, J.D. I., Paris, 1994.
16) JARROSSON (Ch.), Convention d'arbitrage et groups de sociétés, In Groups de sociétés: Contrats et responsabilités, L. G. D. J., Paris, 1994.
17) JULIEN (Pierre) et FRICERO (Natalie), Droit judiciaire privé, Ed. L.G.D.J., Paris, 2011.
18) LE BARS (Benoît), la réforme du droit de l'arbitrage- un nouveau pas vers un pragmatisme en marche. La semaine juridique édition Générale no4, 24 Janvier 2011
19) LE GALL (J-P.), Fiscalité et arbitrage, Rev. Arb., Paris, 1994.
20) LINNANT DE BELLEFONDS (X.) et HOLLANDE (A.), L'arbitrage, P. U. F, Paris , 1995
21) LOQUIN (E.), « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », Gaz. Pal. 2002 n°157
22) LOQUIN (E.), La compétence arbitrale conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire, JCI. Procédure civile. fasc. 1034; no 23., 2008
23) MENDEZ (F.Ramos), Arbitrage international et mesures conservatoires, Rev. arb., Paris, 1985.
24) MONITRY (Jean Hubert), " arbitrage international et droit de la concurrence de la lexmercatoria", Rev. d'arbitrage,Paris, 1989
25) MOREL (R.): la clause compromissoire commercial, L.G.D.J paris,1950
26) MOTULSKY (H.), " A propos de l'arbitrage" , JCP., Paris, 1954.

27) NAMMOUR (FADY), Droit et pratique d'arbitrage interne et international, Beyrouth, 3éd. Delta, 2009

28) NORMAND (J.), Les mesures provisoires et l'arbitrage. Les mesures provisoires en droit belge, français et Italian, Bruxelles, Bruylant, 1999.

29) QUAKART (Philippe), L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires, Etude générale, DPCI, Paris, 1988.

30) RACINE (J.-B.), L'arbitrage commercial international et l'ordre public, préface de Ph. Fouchard, LGDJ, Paris, 1999

31) REDFERN (A.) et HUNTER (M.), Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2è éd, L.G.D.J, Paris, 1994

32) REICHERT (David P.), Problems with parallel and duplicated, proceedings Arbitration international, vol. 8, N. 3, 1992.

33) ROUSSEAU (C.), Les rapports conflictuels, t. V , Sirey, Paris, 1983

34) RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline) et VINCENT (J.), L'arbitrage ; Nature juridique ; Droit interne et droit international privé, ED., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965.

35) SERAGLINI (Ch.), " le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et realités", Cahier d'arbitrage, 2011, vol. V, , no39

36) TYAN (Emile), Le Droit de l'arbitrage, Beyrouth Edition Librairies Antoine, 1972.

II: THESES:

1) CHASSERY (HERVE) ; la clause compromissoire en Droit interne, thèse. Montpellier,Mars.1975

2) COHEN (Daniel), Arbitrage et Société, Thèse de doctorat en droit privé, Paris II, 1991.

3) GRECH (GASTON): précis de l'arbitrage, traité pratique sur la

clause compromissoire et les chambres arbitrales, Thèse de doctorat,1964.

4) MARIE AUSSEL (J.), Essai sur la notion des tiers en droit civil français, Thèse, Montpellier, 1951.
5) REFPRT (CHARLES): les diffcultés soulvées par l'application de la loi 31 Décembre 1925, sur la clause compromissoire, thèse, paris, 1929
6) TRARI TANI (Mostefa), De la clause compromissoire essai d'une théorie générale dans les droits internes français et algérien et dans le commerce international,Thèse de 3e cycle Droit privé: Rennes 1, 1985.

III: LOIS, DECRETS, ORDONNANCES Et CONVENTIONS:

1) convention européenne de 1961 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T.N.U, 1964, Vol. 184, N° 7041
2) Décret no 2002- 56 du 8 Janvier C.J.E.G., cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, 2 juin 2003
3) Loi 17 avril 1906. J. O.R.F, 18 Avril 1906
4) Loi 75- 596 du 9 juillet 1975 J.O. R. F.
5) Ordonnance No 2004- 559 du 17 Juin 2004, Journal official de la République (JO), 19 Juin 2004
6) Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, R.T.S.D.N, 1924, Vol. 27, N° 678

المحتويات

LISTE DES ABRÉVIATIONS 9
مقدمـــة 11
التعريف بموضوع البحث 17
نطاق البحث 18
مُشْكِلَةُ البَحْثِ 18
خطة البحث 20

الفصل التمهيدي
فكره الاتفاق على التحكيم

المَبحَثُ الأول: مَاهِيَّةُ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ وطَبِيعَتُهُ القَانُونِيَّةِ وأركانه 24
المَطْلَبُ الأَوَّلُ: ماهية الاتفاق على التحكيم 25
المَطْلَبُ الثَّانِي: الطَّبِيعَةُ القَانُونِيَّةُ لاتِّفَاقِ التَّحْكِيمِ 40
المَطْلَبُ الثَّالث: أَرْكَانُ اتفَاقِ التَّحْكِيمِ 46
المَبحَثُ الثَّاني: شرُوطُ صحَّةِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ وصوره ونطاقه 51
المَطْلَبُ الأَوَّلُ: شروط صحه الاتفاق على التحكيم وصوره 52
المَطْلَبُ الثاني: صُوَرُ اتفَاقِ التَّحْكِيمِ 56
المَطْلَبُ الثالث: نطاق الاتفاق على التحكيم 63

البَابُ الأَوَّلُ
مَاهِيَّةُ الدَّفْعِ بِوُجُود الاتفاق على التَّحْكِيمِ وَطَبِيعَتُهُ القَانُونِيَّةُ

الفَصْلُ الأَوَّلُ: مَاهِيَّةُ الدَّفع بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم وشروطه 89

المَبَحَثُ الأَوَّلُ: مَاهِيَّةُ الدَّفع بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم 90

المَبَحَثُ الثَّانِي: خَصَائِصُ وشروط الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ 98

المَطْلَبُ الأَوَّلُ: خَصَائِصُ الدَّفعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيم 99

المَطْلَبُ الثَّانِي: الشروُط العامة للدفع بوجود الاتفاق على التحكيم 102

الفَصْلُ الثَّانِي: طَبِيعَةُ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحْكِيمِ 107

المَبَحَثُ الأَوَّلُ: طبيعه الدَّفع بوجود الاتفاق على التَّحكِيم في فرنسا والتشريعات المقارنة 108

المَطْلَبُ الأَوَّلُ: اعتبار الدَّفْعِ بوجود الاتفاق على التَّحْكِيمِ دفعًا بِعَدَمِ اختصاص القَضَاءِ بِنَظَرِ النزَاعِ مَوْضُوعِ الاتفاق على التحكيم في فرنسا.....109

المَطْلَبُ الثَّانِي: الدَّفْعَ بوجود الاتفاق عَلَى التَّحكِيمِ هُوَ دَفْعٌ بِعَدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَي أَمَامَ القَضَاءِ في مصر 128

المَبَحَثُ الثاني: الاتجاهات الأخرى لتحديد طبيعة الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم 144

المَطْلَبُ الأول: الدَّفْعُ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ هُوَ دَفْعٌ إِجْرَائِيٌّ بِبُطْلَانِ الْمُطالَبَةِ القَضَائِيَّةِ.....145

المَطْلَبُ الثاني: الدَّفْعَ بِوُجُودِ الاتفاق على التَّحكِيمِ.....157

المَطْلَبُ الثالث: الدَّفْعُ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التحْكِيمِ دَفْعٌ لَهُ ذَاتِيَّةٌ خَاصَّة 162
المَطْلَبُ الرابع: الدَّفعُ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ يُعَدُّ دَفْعًا بِوَقْفِ الدَّعْوَي 167

الباب الثاني
أَرْكَانُ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتفَاقِ على التَّحْكِيمِ وَشُرُوطُ صِحَّتِهِ

الفصل الأول: أَرْكَانُ الدَّفْعِ بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ 181
المَبَحَثُ الأَوَّلُ: أَشْخَاصُ الدَّفْعِ بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ 182
المَطْلَبُ الأَوَّلُ: نِسْبِيَّةُ أَثَرِ الدفع بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ 183
المَطْلَبُ الثَّانِي: الاسْتِثْنَاءَاتُ الوَارِدَةُ على مَبْدَأِ نِسْبِيَّةِ الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم 199
المَبَحَثُ الثَّانِي: مَوْضُوعُ الدفع بِوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ 239
المَطْلَبُ الأول: تَحْدِيدُ مَحَلِّ النِّزَاعِ مَوْضُوعِ الاتفاق على التَّحكِيم 240
المَطْلَبُ الثاني: تحديد محل النزاع في الطلبات الأصلية والعارضة 251

الفصل الثاني: أحكام الدَّفْعِ بوجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ 259
المَبَحَثُ الأَوَّلُ: وَقْتُ إِبْدَاءِ الدفع بوُجُودِ الاتِّفَاقِ على التَّحْكِيمِ وسلطة المحكمة تجاهه.....260
المَبَحَثُ الثاني: حق التمسك بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.....268

الخَاتِمَةُ..... 277

قائمة المراجـع 283

أولاً: المَرَاجِعُ العَامَّةِ.....285
ثانياً: المَرَاجِعُ المُتَخَصِّصَةُ 289
ثالثاً: الأَبْحَاثُ والمقَالَاتُ 300
رابعاً: الرَّسَائِلُ العِلْمِيَّةُ.....304
خامساً: المراجع الفرنسية.....307