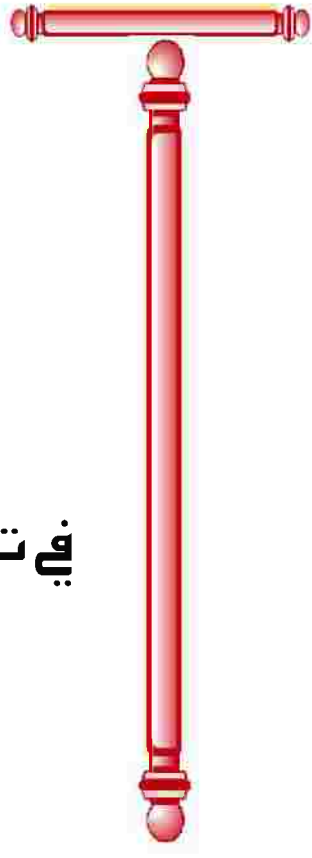
الفصل الرابع



أساس سلطة المحكم
في تعديل التزامات الأطراف

أساس سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف

يثور التساؤل حول أساس المحكم في أجراء هذه التعديلات، فغالبية الأنظمة القانونية لم تتصد لهذه المسألة وقد دفع هذا إلى تباين مواقف المحكمين ، فبينما أنكرت بعض هيئات التحكيم سلطتها في أجراء هذه التعديلات، [1] أقرت أحكام أخرى إمكانية ذلك في ضوء النزاع وأطرافه[2] الأمر الذي أوجد اختلافا واسعا في الواقع العملي.

ولا يسعنا إزاء هذا الفراغ التشريعي سوى الحث عن إجابة لهذا التساؤل بالرجوع لسلطات القاضي المدني ومحاولة عند مقارنة بينهما في الحدود التي يجوز فيها أجراء مثل هذه المقارنة بغية التوصل لاساس سلطة المحكم فى تعديل التزامات الخصوم، تمهيدا للوقوف على نطاق ممارستها . إذا لا يتمشي سلطة المحكم في تعديل العقد قياسا على سلطته فى تفسيره، فرغم ثبوت سلطة المحكم في تفسير العقد تمهيدا لحسم النزاع الذى يثور بشأنه، الا انه يتعذر تقرير سلطته فة تعديل العقد قياسا على سلطته فى تفسيره فهذا التعديل يتضمن اعادة تنظيم العلاقة العقدية، واجراء تعديلات جوهرية فى حقوق والتزامات الاطراف من خلال حذف

١- فقد انتهيت هيئة التحكيم المشكلة فى اطار غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٣٩٣٨ فى عام ١٩٨٢ الى ان المحكم لا يملك تعديل التزامات الأطراف لما ينطوي عليه ذلك من إخلال بتوقعاتهم وتجاوز الحدود مهمته مما يعرض حكمه للأبطال ، راجع هذا الحكم منشورا في "١٩٨٤ p، ٩٢٨ Clunet

٢- اقرت محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى ١٩٧١/١/١٣ ما انتهيت إليه إحدى هيئات التحكيم فى تقرير اختصاصها بإعادة النظر فى العقد وتعديله اذا ما ثارت صعوبات جسمية من شانها الإخلال بالتوازن العقدي على نحو واضح ، هذا الحك منشوار

بعض الشروط او اضافة شروط جديدة فى ضوء ما يثبته الخصوم من عدم ملاءمة الشروط القائمة وفى حدود ما يطلبونه .

وبالرجوع لاحكام القانون المدني الفرنسي يتبين أن المشرع لا يعترف للقاضى المدني بسلطة تعديل العقد تاركا لأطراف العقد مهمة تعديله [1] . أما القانون المدني المصري فقد اعترف للقاضى بسلطة تعديل العقد في حالات محددة أجاز له المساس بجوهر الالتزامات العقدية وأساسها كما في قيمة حالة عقود الادعان أو الظروف الطارئة [2] أو تعديل نطاقها كما في حالة المبالغة في قيمة التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائي [3] أو عند

١- الدكتور : جميل الشرقاوى ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، ط١٩٧٦ ، دار النهضة ، ص٣١٤ . مع ملاحظة ان المادة ١١٢٥ من القانون المدني الفرنسي الصادر فى عام ١٩٨٥ أجازت للقاضى المدني تخفيض الشرط الجزائي والتعويض الاتفاقى .

٢- حددت المادة ١٤٧ ضوابط ابراد ممارسة القاضي الوطني لسلطة تعديل العقد فى حالة فى هذه الحالة ، او فى عقود الإذعان والتي نصت عغليها المادة ١٤٩ من القانون المدني ، حيث تنص المادة ٢/١٤٧ على انه : ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعادى ، وان لم يصبح مستحيلا صادر مر للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموزنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . كما تنص المادة ١٤٩ على انه اذا تم العقد بطريق الإذعان وكان متضمنا شروط نفسة ، جاز للقاضى ان يعدل هذه الشروط أو يعنى الطرف المدنى منها وذلك وفقا لما تقتضيه العدالة .

٣- والتي نظمتها المادة ٢٢٤ من ذات القانون وتنضص على عدم استحقاقا التعويض الاتفاقى اذا لم تلحق بالدائن اية أضرار ، كما يجوز للقاضى تخفيضه اذا كان مبالغا أية الى درجة كبيرة او اذا نفذ جزء من الالتزام ، كما يجوز تخفيض الشرط الجزائي لذات

وجود غبن لاحد الأطراف [1] ومن ثم يتضح أن المشرع لم يمنح تقاضى سلطة عامة ف المساس بالمراكز القانونية للمتعاقدين في يملك إن يجرى تعديلا في العقد آلا في الحالات في العقد ألا في الحالات التي يقررها القانون والتي تتركز في مجملها في حدوث تغيرات جوهرية تفوق توقعات الأطراف وتحدث انقلابا في اقتصاديات العقد [2] ولم يجز الاتفاق على خلاف ذلك، ومن ثم فان الشرط العقدي الذي يحظر على القاضي تعديل التزامات الأطرف على انحو المقرر قانونا لا يعتد به .

وبمقارنة هذا الوضع والهدف الذى تغياه المنشرع من منح للقاضى سلطة تعديل التزامات الاطراف يتصح ان القاضى يتمتع بسلطة عامة فى منح الحماية القانونية تحقيقا لاستقرار المعاملات وتدعيم النظام الاقتصادي الوطني، وهذا الاختلاف بين دور القاضي والمحكم ما يبرر عدم تصدى التشريعات لمنح المحكم هذه السلطة .[3]

الأسباب . وهو ذات المعنى الذي ينص عليه القانون الفرنسي فى المواد ١١٥٢ من القانون المدني الصادر فى عام ١٩٨٥ .

١- وتنص المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري على انه يجوز للقاضى بناء على طلب ان يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢- يراجع الدكتور : محمود الكيلانى ، جزاء الإخلال في تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا ، رسالة القاهرة ١٩٨٨ ، ص ٣٨٢ وراجع أيضا الدكتور : سمبحة القليونى ، عقد تسويق الإنتاج ، جار النهضة ، ١٩٨٧ ، ص٥٨٨

٣- ومع ذلك يرى البعض الآخر أن مهمة تعديل العقد إلى تحقيق التوازن بين واقع الأمر وفعالية الانون الدكتور طلعت المنتهى ، بحث حول تغير الأوضاع وعقد الامتياز البترولي ، بحث مقدم لمؤتمر البترول العربي السادس في بغداد ،١٩٦٧ مجلة البترول ، المجلد الرابع ، ع ٢

وترتيبا على من تقدم يمكننا تن نقرر أن المحكم لا يملك فرض هذا التعديل على الخصوم لانتفاء التنظيم التشريعي لهذه السلطة، ليبقى المجال متاحا أمام اتفاقات الخصوم على ذلك [1] وهذا ينقلنا الى تساؤل اخر حول إمكانية منح المحكم هذه السلطة اتفاقا وهل يتقيد بذات القيود القانونية التي يتقيد بها القاضي في هذه الحالة فمن المتصور منح المحكم سلطة تعديل الالتزامات العقدية في أحد فرضين : الأول هو وجود نص فى العقد [2] او فى اتفاق لاحق ذلك صراحة والثاني هو اتفاق الخصوم على وجود نزاع بشان الشروط العقدية يستوجب حسمه ،منح المحكم سلطة مراجعة شروط العقد [3]

١- وذلك اخذ بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقصه ولا تعديله ألا بالاتفاق المتعاقدين أ وينص القانون ، راجع : الدكتور : إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكم الدولي الخاص ، ط٢ ص٢٢٨ ويحظر على المحكم هذه السلطة انطلاقا في أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز للمحكم تعديله .

٢- وهذا يقتضي أن يحتاط المتعاقدين بتضمين العقد شرط يسمح بمراجعته واعادة التفاوض بشان محددا الظروف التي تستوجب أجراء هذا التعديل بالمدة التي يجوز ببعضها من جديد تحقيقا مراجعة شروط العقد برما ما إذا كان يكتفي بمراعاة هذه لظروف أم متراجعة كافة شروط العقد واعادة صياغتها من جديد تحقيقا لتوازن العقد، راجع الدكتور : عصام الدين القصبى : خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة ،١٩٩٣، ص١٥١

٣- رغم صعوبة قبول اللجوء إلي التحكيم في هذه المرحلة ، بصفة عندما يلحق الغبن بأحد ، المتعاقدين دون الآخر وما يحدث غالبا في مجال الاتفاقات الدولية وخاصة في مجال البترول واستغلال الثروات ، يرى البعض أن الأطراف لا تقوم بالتنفيذ أعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ةانما نتيجة لمفاوضات وتهديدات والتي لا تقبل مبدا تغير الظروف ألا لذات المبررات ، الدكتور : احمد كامل عبد القوى بعض الملائمة القانونية للمشاركة ،مجلة البترول ، ع ٢ ١٩٧٢ المجلد التاسع ، ص٢٢

التفويض بالصلح وسلطة تعديل العقد :

ذهب بعض الفقه إلي أن المنازعات المتعلقة بتعديل العقد تعد منازعات غير قانونية لانها لا تقوم على اعتبارات قانونية وانما يكمن أساسها في التعارض بين مصالح الأطراف ومن ثم يتم تسويتها استنادا إلي مبادئ العدالة وحسن النية، وهذا يقتضي تحويل الحكم سلطات خاصة تمكنه فى الوصول لحكم دون اتباع قواعد قانونية معينة، بشرط ان تتجه نيه الأطراف على نحو مؤكد إلى تحويل المحكم بواسطة ممارسة هذا الدور غير التقليدي، يرى وجوب حرص الأطراف على تحديد الإجراءات على نحو يسمح باشتراك الأطراف أنفسهم في صنع القرار النهائي ووضع تنظيم خاص بتشكيل هيئة التحكيم للفصل في هذا النوع من المنازعات يتضمن خبراء في الشئون المالية والاقتصادية [1] ومفاد هذا الاتجاه وجوب حسم النزاع حول تعديل الالتزامات العقدية من خلال التحكيم بالصلح دون التحكيم بالقضاء .وقد يكون لهذا الرأي وجاهته [2] وغير انه ليس هناك ما يحول دون تخويل المحكم في إطار التحكيم بالقضاء هذه السلطة مع استبعاد فقرة اشتراك الخصوم في صنع القرار على النحو الذي انتهى إليه الرأي السابق .

كما ينبغي توضيح أن هذه السلطة لا تثبت للمحكم المفوض بالصلح تلقائيا لمجرد منحه سلطة التحكيم بالصلح. فهذه السلطة لا تتدرج في مفهوم التحكيم بالصلح في ذاته ما لم يتفق الأطراف على منح المحكم هذه السلطة صراحة . ومع ذلك انتهت محكمة استئناف باريس إلي أن

١- الدكتور : عصام الدين القصبى ،المرجع السابق ، ص١٥٢

٢- راجع تأييدا لمنح المحكم المصالح هذه السلطة

المحكم المخول سلطة التسوية الودية يحق له تعديل الآثار القانونية للعقد المبرم بين الأطراف إلي الحد الذي لا يصل إلي إعادة بنائه أو يشكل للنظام العام وبصفة عامة حق الملكية باعتباره من حقوق الإنسان [1].

وفى حكم آخر لها أشارت إلي قيد آخر على سلطة المحكم بالصلح في أجراء التعديل مؤداه ألا تنطوى هذه التعديلات على غش من جانب الطرف الذي يطالب بها [2]

ويؤيد ما ذهبنا إليه ما انتهت إليه إحدى هيئات التحم صراحة من أن سلطة التفويض بالصلح في ذاتها لا تخولها إمكانية تعديل العقد ، ومن ثم تلتزم باحترام العقد ، ألا انه بالنظر آبى مات تبين لها من وجود شرط صارم في العقد من شأن أعماله تحقق إخلال جسيم بالتوازن العقدي فقد انتهيت إلي منح الطرف المتضرر تعويضا جزئيا عن الخسارة التي لحقت به نتجية لهذا الشرط الصارم وعند الطعن على هذا الحكم أقرت محكمة به نتيجة لهذا النقض الفرنسية ألغه استنادا إلي وجود تناقض في الأسباب لصعوبة التوفيق بين إنكار سلطة المفوض بالصلح في تعديل العقد عند عدم وجودا تفاق بين الأطراف، وبين منحه تعويضا لالطرف المتضرر من أحد الشرط العقدية [3] كما أقرت محكمة استئناف باريس[4] ما انتهيت إليه إحدى إليه هيئات التحكيم المفوضة بالصلح في نفى تقرير اختصاصها بإعادة النظر في الشروط العقدية في ظل غياب اتفاق الأطراف على ذلك .

١- حكمها الصادر فى ١٩٨٥/٣/١٢ منشورا

٢- حكمها الصادر في ١٩٨٤/١/٦ منشورا في

٣- حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٩٧٦/٦/١٦ منشورا فى

٤- حكمها الصادر فى ١٩٧٤/٧/١٢ منشورا فى

ونخلص من ذلك إلي ضرورة اتفقا الخصوم على منح المحكم هذه السلطة يستوي ذلك التحكيم بالصلح والقضاء، فليس للمحكم في كلا النمطين سلطة التصدي لتعديل العقد من تلقاء نفسه، أو بناء على رغبة أحد الأطراف، فقط وانما يلزم موافقة كلا الطرفين. أما عن القيود التي تحكم ممارسة المحكم لهذه السلطة، فانه لا يتقيد ذات القيود القانونية التي يتقيد بها القاضي عند ممارسة سلطة تعديل العقد، فهذه القيود تجد آساها في نصوص القانون التي تخاطب القاضي [1] وهو ما لا يتحقق على نحو ما أوضحنا بالنسبة للمحكم الذي يتقيد بحدود اتفاق الأطراف.

قبول الأطراف كشرط لمنح المحكم سلطة التعديل:

تفويضا محددا من الأطراف بمقتضى شرط التحكيم وما لم يتلق المحكم صراحة سلطة تعديل العقد فلا يمكنه ذلك أعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهو من الضوابط التي تحكم ممارسة المحكم لسلطة التعديل العقد انه لا يملك التصدي لهذه التعديل من تلقاء نفسه وآلا كان متجاوزا لحدود مهمته على نحو يعرض حكمه للأبطال فضلا عن إخلاله بتوقعات الأطراف، فالمحكم يتلقى مبدأ من المبادئ التي يشير أليها

١- ذهب رأى انه لا يوجد ما يبرر تقيد سلطة المحكم في تكمله وتعديل مضمون العقد في حدود ما للقاضى من سلطات ، ثم يؤكد أن صعوبة منح الحكم سلطة تعديل العقد، آثارها الاختلاف حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه السلطة لملا تنطوى عليه من خلط بين المسائل الإجرائية بين المسائل الإجرائية والموضوعية ، وراجع الدكتور : محمد نور شحاته المنشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمين ،١٩٩٢ ، دار النهضة ، ص٢١، ٤٢٩

المحكمون بوصفه من المبادئ العامة للقانون [1] ورغم ذلك يرى البعض انه يكفى توافر النزاع كمبرر لممارسة المحكم سلطة تعديل العقد ،ولو لم يوجد اتفاق اسبق بين الأطراف على تخويله سلطة التعديل طالما يوجد نزاع، إذا واكتفى برغبة أحد الأطراف على التعديل يكفى في ذاته لتحقق النزاع بمعنى واسع مما يبرر تدخل المحكم لحله[2] غير أننا لا نشاطر هذا الرأي فيما انتهى إليه، فضلا عن عدم كفاية اختلاف وجهات النظر كمعيار للنزاع، فانه يبرر لأي طرف يرغب في التحلل من التزاماته أن يواجه الطرف الأخر بضرورة تعديلها، وألا اعتبرت المنازعة قائمة ومن ثم ينعقد اختصاص المحكم بتعديل العقد.

فمنح المحكم سلطة خلق التزامات جديدة في عناصرها ونطاقها لا تثبت له كجزء متمم لولايته بنظر النزاع، وفى غياب التنظيم القانوني لا سبيل لمنح المحكم هذه السلطة ألا باتفاق الخصوم [3] ما لم يتضمن القانون

١- سواء في صورة نص العقد ذاته أو في اتفاق التحكيم ، أو عند وجود نص عام يقضى باللجوء إلى التحكيم عند وجود نزع بشان الشروط العقدية وضرورة ، راجع الدكتور: احمد كامل عبد القوى ، المرجع الساق ، ص٢٢ أيضا ، الدكتور : عصام الدين القصبى ، المرجع السابق ، ص١٥١ وراجع حكم التحكيم الصادر في القضية التحكمية رقم (١٨) المرفوعة من إحدى شركات المقاولات ضد إحدى الهيئات التعليمية ، مشار إليها لدى المهندس / محمد ماجد خلوصى ، قضايا تحيكيمة ، دار الكتب القانونية ٢٠٠٦ ص ٢٣٦الدكتورة : حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، دار النهضة العربية ١٩٩٦، ص٧٩٠

٢- الدكتور : محمد نور شحاته ، المرجع السابق ، ص٤٢٥

٣- وهو ما انتهيت إليه محكمة التحكيم المشكلة إطار غرفة التجارة الدولية في القضية رقم ٣٩٢٨ الصادرة في عام ١٩٨٢ منشوار فقد أنكرت محكمة النقض الفرنسية في ١٩٨٤/١٠/٣ سلطة المحكمين في التصدي لتعديل العقد إذا كانت هذه المهمة تتعارض

الواجب التطبيق نصوصا تتعلق بسلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف لاعادة التوازن العقدي، فيطبقها في ضوء ما يقضى به هذا القانون .

وقد انتهت إحدى الهيئات التحكيم المشكلة في إطار غرفة التجارة الدولية إلي انه لا يشترط الموافقة الصريحة للأطراف، بل تكفى الإدارة الضمنية واعتبرت أن هذه الإرادة الضمنية تتوافر إذا ما تحقق على نحو ليس فيه أن الشروط التي اصبح عليه مخالفة للنوايا الحقيقية للأطراف [1] وقيدت هيئات تحكيم أخري ممارسة هذه السلطة رغم تغير الظروف الاقتصادية بثبوت تعسف المتعاقد والذي لا يحدث ألا إذا كان التغير في الظروف من الجسامة على نحو لا يطيقه المتعاقد الأخر[2] .

مع مهمتهم القضائية القضائية ، هذا الحكم منشورا في كما قررت محكمة استئناف باريس في حكم قديم لها صدر في ١٩٥٧/٤/١١ انه يمكن للحكم ان يعدل ان يخفف من الحقوق المتولدة عن العقد على ألا ينطوى ذلك على اعدة النظر في اتفاق الأطراف أو إعادة التفاوض حول شروط الاتفاق ومراجعته ، هذا الحكم منشورا .

١- راجع هذا الحكم الصادر فى القضية رقم ٣٢٦٧ منشوا فى كما اقر القضاء الفرنسي ما اتاهت إليه إحدى هيئات التحكيم من تقرير سلطتها فى تعديل فى تعديل العقد اذا ما ثارت صعوبات جسمية من شانها الإخلال بالتوازن العقدى على نحو واضح دون لاتفاق الخصوم فقد أشرنا آنفا إلي حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ١٩٧١/١/١٣ الذي اقر حكم التحكيم الذى قبل اختصاصيه بإعادة النظر في العقد لاعادة التوازن العقدي

٢- وقد أسست هيئة التحكيم رفضها لطلب التعديل على نفى أن يكون الضرر المتحقق له هذه الجسامة و ذلك استنادا الى رفض المدعى إثبات هذا الضرر بالأرقام والمستندات حفاظا على سرية أعماله هذا الحكم صادر في إطار غرفة التجارة الدولية غير مشارا أليه في مقال : مقال محي الدين علم الدين ، الأهرام الاقتصادي ، ع ١٢٢١ والصادر فى ١٩٩٢/٦/٨ ص٣٩

والحقيقة أن التسليم بسلطة المحكم في تعديل العقد في ظل الظروف الطارئة على النحو السالف يثير التساؤل حول سلطته في أجراء هذا التعديل عندما لا يصل الأمر إلي هذا الحد وانما يقتصر على مجرد عدم ملاءمة العقد للظروف المستجدة، أو رغم عدم تغير الظروف ألا أن شروط العقد لم تعد ملائمة لاحد الأطراف أو تثقله بصعوبات غير عادلة لاسباب خارجة عن العقد لم يتسبب فيها أي من الأطراف، فهل يتمتع المحكم في مثل هذه الفروض بسلطات تفوق سلطات القاضي [1]

أنكرت محكمة لاستئناف بباريس على المحكم سلطة التصدى مباشرة لتعديل العقد فى ظل هذه الظروف التى لا يتوافر فيها الجسامة التى تخل باقتصاديات العقد عندما اقرت ما ذهبت اليه احدى هيئات التحكيم من احالة الاطراف اللى مراقب لاعادة التفاوض تحت اشرافه والعودة اليها مرة اخرى مؤكدة انه فى حالة فشل المفاوضات لا يملك المحكم فرض اة محاولة تنظوى على تعديل فى اقتصاديات العقد [2]

ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة أجرت تفرقة بين التغير في الظروف الذي لا ينجم عن مسلك الأطراف ويكون له من الجسامة ما يخل يتوازن العقد فأجازت تدخل وبين تسبب أحد الأطراف بمسلكه في أحداث التغير أو عندما لا يتسم بالجسامة فأنكرت على المحكم سلطة تعديله،

١- فعلى نحو ما أوضحنا ، لا يجيز القانون التدخل الا فى الحالات القصوى كالظروف الطارئة او عقود الإذعان انقلابا فى اقتصاديات العقد فى اقتصاديات العقد او عندما يتضح بجلاء ان الأطراف ما كانوا ليتعاقدوا الا على اعتبار بناء الأوضاع على ما هى عليه ، راجع د. محمود الكيلانى ، رسالته ، المرجع السابق ص٨٨ ، ٢٨٢وما بعدها

٢- حكمها الصادر في ١٩٧٦/٩/٢٨ منشوا في

واعتبرت أن دوره في القرض الأخير دورا وساطيا وهنا لا يكون لهذه التعديلات سوى قيمة عقدية ولا تعد حكما قضائيا [1]

لاشك في أن مطالبة الطرف المتضرر بعد وقوع حدث التغير في الظروف، بالاستمرار في تنفيذ العقد وفقا للتصور الذي تم رسمه لحظة الدخول فيه، هو طلب بجافي العدالة والحال كذلك فالا يمكن للمحكم الذي منح سلطة الفصل وفقا للعدالة أن يقوم بملاءمة العقد لوقوع حدث الصعوبة الذي يوقف بعدم عدالته، حتى لم لو يحتو العقد على شرط متعلق بذلك ؟

يذهب جانب من فقه التجارة الدولية إلي انه لم يود شرط خاص بتطويع العقد فان المحكم سواء مكان محكما بالقانون أو وفقا للعدالة يجب عليه احترام العقد ولا يمكنه أن يقم بملاءمته

فشرط التحكيم وفقا للعدالة الذي ينص عليه الأطراف في عقدهم – كما يذكر البعض – بعض تنازلا من قبلهم عن الحق فى حماية القانون ولكنه لا يعتبر تنازلا منهم عن احترام العقد . فالعقد هو الشعاع الوحيد الذي يضئ للمحكم عتمه اللا قانون " وإذا كان المحكم بالعدالة يتمتع بسلطة تلطيف او الحد من الآثار المفرطة لعدم عدالة بعض الشروط، فأنها

١- ولا يتعقد ان هذا الحكم ميز بين تعديل العقد الذي أنكر على المحكم اجواته وبين تكييفه الذي سلم بإمكانية فرضه تلقائيا عند القضاء ، على ما ذهب البعض ، راجع : الدكتور محمد نور شحاته المرجع ، ص ٤٥٢وما بعدها حيث رتب العديد من النتائج على تفسير لهذا الحكم وراجع فيه العديد م الآراء الفقهية والاقتراحات التي قيلت فى هذا الصدد يجمعها محاولة التوفيق بين مهمة المحكم والوكيل للوصول الى منح المحكم سلطة التعديل فى مثل هذه الظروف ، ص٤٥٨ وما بعدها .

سلطة إنقاص اكثر منها سلطة زيادة وذلك كقيامه مثلا بخفض قسمة الشرط الجزئي . ثم يتساءل الفقه السابق " هل يمكنه (أي المحكم وفقا للعدالة) أن يقضى باجال أخرى للتنفيذ غير تلك التي نص عليها الأطراف ؟ هلي يمكنه تعديل الاداءات المتبادلة ؟ هل يكمنان يستبدل الالتزامات العينية بالتزامات نقدية ؟ لا يبدو في – كما يذكر – أن الأحكام القضائية تسوغ أن القول بان المحكم بالعدالة لديه حرية حقيقة بالنسبة لتعديل .." ويلاحظ الفقه السابق أن هناك نفورا حقيقيا في قضاء الحكيم واحكام محاكم الاستئناف والنقض بالنسبة لقبول إمكانية قيام المحكم وفقا للعدالة بمراجعة حقيقة للعقد .

واما الجانب الأخر من فقه التجارة الدولية، فهو يرى أن المحكم وفقا للعدالة يمكنه ممارسة سلطة تلطيف حقيقية سواء عند تطبيقه قواعد القانون أو بالنسبة لشروط العقد وان هذه السلطة تمند لتصل إلي سلطة مراجعه للعقد ، " سلطة تقود وحسب إلي إعادة التوازن العقدى كما اتجهت إليه إرادة الأطراف . وسلطة المراجعة هذه لا تتسلم مع الوظيفية القضائية للمحكم أنها تتركز تماما فى التحقق من الادعاء . فالمحكم وفقا للعدالة يفصل في أد عادين أحدهما مؤسس على حرفيه (أي نص) العق والأخر على روح العقد . انه يتحقق من توافق المراجعة مع التوازن الأصلي للعقد ، وفى هذا الفرض وحسب سيعطى الحق في هذه المطالبة .."[1] ويذهب البعض الآخر من هذا الاتجاه إلي أن شرط التحكيم وفقا للعدالة يعتبر " الوسيلة النموذجية لنظرية عدم التوقع وانه من الواجب فهمه على انه ترخيص ضمني بتطويع العقد ، في حالة الجوهري في الظروف .

١- المرجع السابق ص ٢٩٧

وآيا كانت الأحوال، فيبدو أن قضاء التحكيم ذاته معاد لسلطة المراجعة الخاصة بالمحكم وفقا للعدالة [1]. ويمكننا أن نذكر في هذا الصدد القرار الصادر في القضية رقم ٤٩٧٢ لسنة ١٩٨٩ [2]، والتي قامت فيها هيئة التحكيم بداية بتحديد مدى سلطاتها باعتبارها تصل في النزاع وفقا لاعتبارات العدالة، مقررة وجوب آخذها في الاعتبار شروط القد، وبان سلطتها " لا تخونها مراجعه العقد، على اثر – مثلا – التغيرات في الظروف الاقتصادية الحادثة أثناء تنفيذ العقد ا أنها تخولها تعديل شروطه. وان مساندة هذا الموقف ترتكز تماما على مبدا العقد شريعة المتعاقدين .."

وفى قرار أخر صادر في القضية رقم ٣٩٣٨ لسنة ١٩٨٢ ذهب المحكمون إلي إن سلطاتهم كمحكمين بالعدالة، لا تخولهم أجراء مراجعة للعقد، فالهدف الأول السلطات هو " تخويل امحكم سلطة تلطيف القسوة الناتجة من تطبيق القواعد العامة للقانون على الحالة الواقعية ... سلطات المحكم وفقا للعدالة لا تجيز للمحكمين اكمال العقد فى حالة غياب اتفاق بالنسبة لتحديد الثمن ...

فضلا عن ذلك فانه لايملك سلطات الوسيط، ولا تلك الخاصة باولئك الذين أوكل ليهم تطويع العقد فاى مهمة لايمكن ان تنشأ إلي في حالة وجود اتفاق خاص بذلك الأثر .."

أن المبدأ المعمول به في قضاء التحكيم هو التقيد بشروط العقد، او بعبارة أخرى " المبدأ العام المقبول في التحكيم الدولي هو أن الواجب الأول للمحكم، وفقا للعدالة، تطبيق عقد الأطراف ..

١- منشورا في :J.Dl 1989 .p.1100

٢- منشورا في J.D.I,1984,p.926

وان هذا المبدأ هو شرط تعاقدي هو شرط أساسي لامان التجارة الدولية .."[1]

وعلى ذلك فان المحكم سواء كان حكما بالقانون أو وفقا للعدالة لن يقوم بتعديل أو ملاءمة العقد ، ألا في حالة وجود شرط تعاقدي يمنحه هذه السلطة .

ورغم ذلك فمن المتصور عند تضرر أحد الأطراف من تغير الظروف في الفروض التي يمكن فيها نسبة التغيير في توازن العقد إلي مسلك الطرف الآخر بما يشكل إخلالا بالتزاماته العقدية تعويض هذا الطرف وفقا لما يقضيه القانون، كما يمكن للمحكم اخذ التغير في الظرف الذي لا ينشا عن مسلك الأطراف في اعتباره عند إصدار حكمه في النزاع المعروض عليه [2]

نطاق سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف

أوضحنا فيما تقدم أن أساس المحكم في تعديل التزامات الأطراف هو اتفاق الخصوم على منحة هذه السلطة أما في نصوص العقد ذاته أو في الاتفاق لاحق او كان القانون واجب التطبيق يخول المحكم هذه السلطة . وترتيبا على ذلك فان المحكم يتقيد بحدود التفويض الذي يمنحه له

١- القرار الصادر في القضية رقم ٣٢٦٧، مشار إليه سابقا .

٢- فالغالب في مثلا الحالات ان يتجمد النزع أمام المحكم فى صورة دعوى المسؤولية لتوقف أحد الأطراف عن تنفيذ التزمه نتيجة لتغير الظروف ، وفى مثل هذه الحالة يقدر المحكم مسؤولية هذا الطرف الممتع عن تنفيذ التزماته العقدية فى ضوء هذه الظروف ، راجع هذا الموضوع مقال وراجع فى هذا الخصوص الدكتورة : حفيظة السيد الحداد ، العقوبة المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، دار النهضة العربية ، ص١٩٩

الخصوم، وما لم يوجد نص قانوني يخاطب المحكم ويمنحه سلطة تعديل التزامات الأطراف شارحا القيود والضوابط التي يتعين عليه مراعاتها، فانه بحرفيه اتفاق الخصوم [1]

وقد نصت المادة ٣/٣٩ من قانون التحكيم المصري على انه يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل فى موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة . ومن ثم فان سلطة المحكم فى تعديل التزامات الأطراف تجد أساسا لها في النص الذي يلزم المحكم بمراعاة شروط العقد وحسم النزاع فى ضوئها . ويقتضى التعرض نطاق سلطة المحكمة شفى تعديل التزامات الأطراف تعيين الحدود الفاصلة بين سلطته فى تعديل العقد، وبين ما يعد تفسيرا أو استكمالا له :

١- وتنص المادة ١٥٠ من القانون المجني المصري على انه " اذا كان هناك محل لتفسير العقد يجب البحث على النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر م أمانة واثقة بين المتقاعدين وفقا للعرف الجاري فى المعاملات) وسلطة التفسير ينبغي ممارستها على نحو موضوعي ومبرر والا كان خرلاقا لتوازن العقد وافقا على ارداة الأطراف راجع فى سلطة التفسير وضوابطها تفصيلا : الدكتور : عبد الرحمن سعودي ، حول موضوع سلطة القاضي التفسيرية فى تعديل ضمن العقد رسالته المرجع السابق .

حدود سلطة المحكمة في تفسير العقد :

قد يواجه المحكم غموضا في الشروط العقدية وما يترتب عليه من عدم وضوح حقوق والتزامات الخصوم، وهذا يتطلب من المحكم التصدي لتفسير هذه الشروط مستهديا في بعبارات العقد . وفقا لما اتجهت إليه نية الأطراف، وذلك في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها [1] دون حاجة لموافقة الخصوم على ذلك صراحة، ذلك باعتبارها مسألة تمهيدية واجبه الحسم تدخل في إطار مهمته، كالقاضى، فالمحكم يتصدى للتفسير كجزء من مهتمه عند غموض الشروط العقدية دون أن تمتد سلطته في التفسير إلى إعادة النظر في الشروط العقدية .

فسلطة المحكم تقيد كالقاضى تماما بالا تمتد من خلال التفسير إلي تعديل التزامات الأطراف العقدية بإضافة أو حذف بعض الشروط، وألا كان تحريفا للعقد لاحكامه على نحو يبطل الحكم سواء كان تحكيما بالصلح أو بالقضاء [2] ولعل في هذا ما يبرر وجوب فرض رقابة موضوعية على المحكم للتحقق من التزاماته حدود التفسير لا يكون مقبولا ما لم تدعمه كافة أوراق الدعوى وطبيعة الاتفاق ذاته، وعدم إقحام تفسيرات خاصة في معلمة لا تتمنى إليها، كالاستعانة بالأعراف التجارية للأطراف معاملة لا تتمنى إليها، كالاستعانة بالأعراف التجارية لتفسير

١- وهو ما انتهيت إلية محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٩٧٤/٦/١٨ عندما اعتبرت انه قبيل انتهاك النظام العام في تفسير هيئة التحكيم العقد على نحو لا يمكن تفسير به ، وهذا الحكم مشوارا

٢- راجع في ضوابط سلط والقاضي في التفسير والتي يختلف وضع المحكم بعد عن القاضي ، المستشار حامد فهمي الدكتور : محمد حامد فهمي ، النقض في المواد المدنية والتجارية ١٩٢٧؟، ض٢٩٢.

معاملة مدنية أطرافها ليسوا بتجار، ويلتزم المحكم عند في الحدس والتخمين .

إما تعديل العقد فيقصد به إدخال بعض التغيرات بإضافة شروط جديدة أو حذف شروط أخرى لن تعد ملائمة وقد بتم تغير أتحد شروط العقد جزئيا أو استبعاده كلية [1]

وقد تأتى نصوص اتفاق التحكيم على درجة من الاتساع وبصفة خاصة في إطار التحكيم بالصلح لتعطى المحكم سلطات مطلقة فيستوحى الحل اعتبارات اقتصادية وقانونية ومن اعتبارات الملائمة . وقد يعهد أيضا بوضع لائحة تحكم الأطراف في المستقبل، حيث يخول المحكم سلطة تشريعية في تنظيم العلاقة بين الأطراف في المستقبل حيث يخول المحكم سلطة تشريعية في تنظيم العلاقة بين الأطراف [2] غير أن هذا الحل ذو قيمة قديه وغير قابلة للتنفيذ جبرا .

ويهمنا في هذا المقام بعض السلطات الموضوعية التي يتمتع بها المحكم فى مرحلة إصدار الحكم لارتباطها بموضوع البحث ومنها :

١- ويذهب أحد الفقه إلي إن التعديل باستبعاد شرط ف العقد تبدو آثار، بالنسبة للحقوق المكتسبة من قبل النظر في العقد تبدو آثار، بالنسبة للحقوق المكتسبة من قبل راجع الدكتور: محمد نور شحاته ، المرجع السابق ١٩٩٩٢ ، ٤٤٣ ونحن م مختلف لا نعتقد دقة هذه التفرقة فالتعديلات تتصرف وأثارها للمستقبل سواء تمت باستبعاد شرط في العقد او اعدة التخلي في العقد كلية والتي لا تعدو كونها استبعاد كلى او جزئي لبعض الشروط العقدية ، حتى في الحالات المنعقدة التي انتهت فيها بقدر الأحكام إلي منح الطرف المضرر شرطا عن الشروط الصارمة ولم تعديلها من هذا التعويض .

٢- وقد أطلق البعض على هذا النظام التحكيم القاعدة أو التنظيمي .

حدود سلطة المحكم في ملء الفراغ العقدى :

يتمتع القاضي المدني والإداري بسلطة استكمال الشروط العقدية [1] ويثور التساؤل حول إمكانية امتداد حكم هذا النص الذي يخاطب القاضي إلى المحكم أيضا باعتباره يشغل مركز القاضي في خصومه التحكيم في اعتقادنا أن سلطة المحكمة في تعديل التزامات الأطراف وما تنطوي عليه من إعادة النظر في التزاماتها مراعاة للتوازن العقدى تختلف عن سلطة تكلمه العقد آي ملء الثغرات التي يعجز التي يعجز الأطراف عن الاتفاق عليها او الالتفات عنها تجبنا للاختلاف بشأنها او عدم التنبه إليها ثم يطلب من المحكم ملء هذه الثغرات العقدية لم يقضى القانون الواجب التطبيق بإمكانية ذلك كان ك محظورا عليه .

أما في غياب النص القانوني الذي يجيز للمحكم ممارسة هذه السلطة يمتنع عليه التصدي لهذه المسألة عن تلقاء نفسه . حتى عندما يعهد إليه الأطراف صراحة بمهمة استكمال العقد يتعين ان تكون من المسائل القانونية التي لا تعد شرطا لانعقاده، سواء أكانت محل نزاع بين الأطراف أم انهم فضلوا اللجوء للغير ضمانا لعدالته وحياده [2] وهنا يندمج قرار

١- تنص المادة "٩٥" من القانون المدني المصري على انه :" إذا اتفق الإطراف على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط العقد انه لا يتم ألا عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم ، وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضى فيها لطبيعة المعاملة واحكام القانون والعرف والعدالة "

٢- ومن ثم فان التعديل على نعيار النزاع لا يكفى التفرقة بين المهمة العقدية للمحكم وبين مهمته القضائية فالنزع قد يتحقق في الحالين الا انه ليس أساسا اللجوء للمحكم الا انه ليس أساس اللجوء للمحكم لمهتمة العقدية بينما هو أساس طلب المهمة القضائية لحكم

المحكم فى العقد كأحد بنوده لذا فان تكليف الغير بمهمة تكلمة العقد تجعل من هذا الغير مثمنا أو وكيلا وليس محكما ولا يجوز قراره أية حجة قانونية أو قابلية للتنفيذ الجبري ، . ذلك على خلاف الوضع عندما يخول المحكم سلطة القضاء فيتصدى للنزاع بقرار قضائي يصدر بمقتضى وظيفته القضائية ويحسم على أساس قاعدة قانونية خصومة قضائية تتعلق بمركز قانوني ويتم ملء الفراغات العقدية في ضوء العرف السائد وطبيعية التعامل.

ويواجه القضاء مهمة إسباغ التكييف الصحيح على طبيعية المهمة مراعيا ان المحكم لا يملك التصدي لهذه المسالة من تلقاء نفسه ولو استشعر أنها ضرورية لحسم النزاع والأمر لا يكون يسيرا إذا عهد الأطراف للمحكم بكل المهتمين فالمهمة الأولى ذات طبيعة عقدية والأخرى ذات طبيعة قضائية ،بما يترتب على هذا من آثار [1] ويمارس القضاء دورا حماس في الفصل بينمها عند طلب التنفيذ مفرقا بين آثارهما.[2]

، لعل هنا ما انتهى الفرنسي راجع لحكم وو لعل هنا ما انتهى فيه القضاء الفرنسي راجع حكم محكم النقض الفرنسية الصادر في ١٩٦٢/١١/١٩ منشورا فيه القضاء ١٣٨ وأيضا حكمها الصادر فى ١٩٧٦/١٠/٢٦ منشورا شفى ١٩٧٧.٢٦٣

١- حكم محكمة باريس الصادر ١٩٧٩/١/١٢ منشورا إلي معيار النزع ليس حاسما في أجراء التفرقة المطلوبة يراجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٧٤/٣/٩ منشورا في ويرى البعض ينطوي على خلط بين مهمة المحكم الوكيل اخذ معيار النزع للتفرقة ، الدكتور: محمد نور شحاته ، المرجع السابق ص٤١١

٢- ومع ذلك يتجه بعض المحكمين وبصفة خاصة في إطار غرفة التجارة الدولية إلي تكملة العقد باعتبارها مسالة إدارية يمكن من تحديد مضمون اتفقا الأطراف عندما يرد في صياغة عامة ليصل إلي تكييف العقد تمهيدا لاعمال أثار وحسم النزع .

سلطة المحكم في إنهاء العلاقة التعاقدية :

تتضمن غالبية الاتفاقات التي تعرض على التحكيم نصوصا تتعلق بالإعفاء من المسئولية [1] وتنصب اغلب حالات الإعفاء من المسئولية على حالات القوة القاهرة، أي الظروف غير المتوقعة والتي لا يمكن دفعها وتؤدى إلي استحالة تنفيذ الالتزام بما يوجب انقضاؤه . والإعفاء من المسئولية أو تخفيفها مشروط بعدم ارتكاب غش أو خطأ جسيم وتوقع الظروف يقدر تبعا لظروف المتعاقدين وخبرتهم [2] ففي إحدى المنازعات انتهت هيئة التحكيم المشكلة في إطار غرفة التجارة الدولية إلي إعفاء الشركة السوفيتية من تنفيذ الإلتزام بسبب سحب السلطات السوفيتية ترخيص تصدير البترول إلي شركة إسرائلية بسبب حرب ١٩٥٦[3] و في

١- على سبيل المثال نصت المادة "٢٧" من الاتفاقية المبرمة بين مصر وشركة الزيوت ألا نجلو أمريكية فى عام ١٩٢٢ على انه " لا يعتبر المستأجر قد اخل بهذه الاتفاقية اذ كان عز، او تقصير، أحد الشروط او النصوص راجعا الى أحد الأسباب التالية : القوة القاهرة ، الاعتقال ، تدخل الأمراء ، تدخل الأمراء أو الحكام أو الناس ، الثورات أعمال القرصنة الحرب الاضطرابات الحوادث اشتعال النيران الفيضان أولا سبب آخر يمكن إعتبار، قوه قاهرة ، راجع الدكتور عبد الحميد عشوش بالمنازعات في مجال الإستثمار، ١٩٩٠، ص٥٦

٢- و قد أنتهت محمكمة النقد الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٨٠/١١/٢٦،إلي أن إقتلاع رياح شديدة لصومعة الغلال ، تشكل حادثة أستثنائية،إلا أنها لا تشكل مفهوم القوة القاهرة ، لأنه كان بالإمكان توقعها.وهذا الحكم علي جانب كبير من الأهمية لأنه يواجه حالة تكررت في العمل إلي الأونة الأخيرة و خاصة في عقود التنمية و التي تتضمن معظمها شروط تحكيم، و هي عدم مراعاة مكان و ظروف التشغيل و مراعاة ذلك في تصميم نموذج يراجع:

٣- رغم أن غرفة التجارة الدولية أوضحت في نماذج العقود التي أعدتها أمثلة لما تشكل قوة قاهرة تحيز الإعفاء من تنفيز الإلتزام أوردت أمثلة للأسباب التي لا يعفي من تنفيذ

منازعة أخري أنتهت هيئة أخري في إطار الغرفة إلي أن قرار السلطة المختصة بحظر بيع معامل تووية لدول أخري بعد قوة قاهرة يعفي الشركة الملتزمة من تنفيذ إلتزامها، و ترفع المسؤلية عن تعويض الأضرار التي لحقت بالشركة الأخري نتيجة لعدم التنفيذ[1] . و في منازعة ثالثة كانت شركة راكاتا المصرية لصناعة الورق مدعياُ فيها، إنتهت هيئة تحكيم ثالثة في إطار الغرفة أيضاُ إلي إصدار قرار جزئي يقرر وجود حالة القوة القاهرة، يبرر توقف الشركة الأمريكية عن التوريد علي أثر حرب ١٩٦٧، غير انها قررت في الحكم النهائي الصادر في مارس ١٩٧٣ أن الشركة الأمريكية لم تصدر أي جهد للحصول علي تأشيرات خاصة و التي كان مسموحاُ بها في هذه الفترة، و أزمنتها بالتعويض و المصروفات و قد أيدت محكمة الأستئناف الأمريكية هذا الحكم عند إعتراض الشركة الأمريكية علي طلب تنقيذ الحكم.

سلطة المحكم في التعويض عن الضرر:

يملك المحكم كالقاضي سلطة تنفيذ الحكم بالتعويض في ضوء ما تقضي به نصوص القانون الواجب التطبيق و يثور التساؤل عن كيفية

الإلتزام و تركت فرغات ليملؤها الأطراف بما قد يتفقون عليها، كالحرب و التخريب و المصادرة و التأميم و اللإضراب و إستحالة الحصول علي الموارد الأولية و من الأمثلة التي أوردتها ولا تعد سبباُ في للإعفاء من المسؤلية رفض السلطة العامة منع التراخيص أو تأشيرات الدخول أو الإقامة أو الموافقات اللازمه لتنفيذ العقد.

١- راجع هذه القضية في :

راجع في تأييد وجهة نظر هيئة التحكيم في هذه القضية و الدفاع عنها ، الدكتور : أحمد القشيري ، القانون الدولي الإقتصادي ، دبلوم التجارة الدولية ، عين شمس ،١٩٨١ ، ص١٧.

ممارسة المحكم لهذه السلطة التي يتمتع بها القاضي في تقدير التعويض وهل يملك إجراء التقدير بناء علي إعتبارات مختلفة تبعاً لظروف النزاع، والحكم بالتعوي

ضات العقابية أسوة بالقاضي أم أن هذه السلطة تقتصر علي القاضي الوطني لما يملكه من سلطة الأمر و توقيع العقوبات و بصفة خاصة في ظل الرقابة المحدودة علي أحكام التحكيم، و إحتمال إساءة المحكم إستخدام هذه العقابية دون إمكان تصحيحها ، و هل يحكم بها من تلقاء نفسه أو يلزم تفويض من الأطراف بذلك؟

فالأصل أن القضي يحكم بالتعويضات في حالات محددة ما لم تكن التعويضات العادية غير كافية لجبر الأضرار و في إطار التحكيم إنتهي المحكم الامريكي في النزاع بين إيران و أمريكا ، إلي أن المصادر غير قانونية و تستوجب الحكم بالتعويضات العقابية لعدم كفاية التعويضات العادية للتعويض عن الأضرار الناجمة و ليكن رادعاً لها. في حين قررت إحدي محاكم نيويورك أن المحكمين لا يمكنهم الحكم بتعويضات عقابية بإعتبارة جزاء محجوزاً لقضاء الدولة. غير أن بعض المحاكم الأمريكية الأخري أجازت منح هذه السلطة للمحكم إذا كان إتفاق التحكيم علي درجة من الإتساع تكفي لذلك، و قد فرقت محكمة الإستئناف الأمريكية في أحد أحكامها بين العلاقات المستمرة كعلاقات العمل التي رأت عدم ملائمة الحكم بالتعويضات العقابية بالنسبة لها و بين المعاملات التي تتم لمرة واحدة كالمعاملات التجارية فأجازت الحكم بالتعويضات العقابية بالنسبة لها .

و في إحدي المنازعات الأخري قبلت محكمة إستئناف نيويورك بالتعويضات العقابية التي تمثلت في الفارق بين السعر المعروض من جانب المشتري و السعر الذي تم به البيع بالفعل وذلك كتعويض عقابي لتراجع الطرف الأخر عن الشراء و حكم لها بمبلغ ١٩٨,٣٨٣,١٤ دولار قيمة الفارق في السعر كما حكم بفوائد هذا المبلغ بناء علي متوسط شهري للفائدة من تاريخ التعاقد و حتي تاريخ الحكم بمبلغ ٣٦,٥٧٦٠١٤ دولاراُ بالإضافة إلي أتعاب المحكمين بمبلغ قدره ٣,٨٥٠٠٠ دولار، و أمرت بوجوب دفع هذه المبالغ خلال ٣٠ يوماُ من تاريخ الحكم و التأخير في الدفع سوف يتحمل بفوائد تأخيرية ١٠٪ بدءاُ من تارريخ الحكم و حتي تاريخ الدفع أو صدور الأمر بتنفيذ الحكم.

و المعني العقابي بل و الإنتقامي، يتحقق في كافة بنود هذا الحكم علي نحو يخرج عن نطاق سلطة المحكمين و يقدم مثالاُ غير مضيئ للتحكيم. و في حين قبلت المحكمة تنفيذ هذا الحكم رفضت محكمة المقاطعات الفيدرالية الأمريكية تنفيذ حكم تحكيم قرر فية المحكم طبقاُ للقانون الفرنسي أن معدل الفائدة سيرتفع إذا لم تدفع قيمة الحكم خلال شهرين لمخالفته في النظام العام و في مناسبة أخري .

أقرت محكمة إستئناف نيويورك إتفاق الأطراف علي الحكم بتعويض مضاعف إلي ثلاثة أضعاف بإعتبارة شرطاً جزائياً واجب الأعمال و ليس تعويضاُ عقابياُ يحظره القانون

و رغم هذا التضارب فى مواقف القضاء الا أن المحكم يخل بالتزامه باصدار حكم قابل للتنفيذ اذا ما حكم بالتعويضات العقابية بالمخالفة لأحكام القانون الواجب التبيق، أو بالمخالفة للنظام العام فى دولة التنفيذ

. و الاطراف الاتفاق على حظر للنظام العام فى دولة التنفيذ. وللاطراف الاتفاق على حظر سلطة الحكم بالتعويضات العقابيه عليهم و يتحقق هذا الحظر ضمناً عند قصر التعويض على الاضرار الفعلية

سلطة المحكم فى الحكم بالفوائد على المدين

تشكل الفوائد عنصراً فى غاية الاهمية فى القيمة المالية للحكم ويثور التسا}ل حول القانون المتعين على المحكم على مراعاته عند الحكم بالفوائد و هل هو قانون محل التنفيذ ام قانون مكان التحكيم ام القانون الواجب على النزاع ام الاتفاق الاطراف نعتقد ان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو المرجع فى تحديد مسلك المحكم فى مسألة الفوائد و يلتزم المحكم بإحترام اتفاقات الاطراف فى الحدود التى لا تتعارض مع الاحكام الامر فى القانون الواجب التطبيق .

و الفوائد لها معنى عن فوات المبلغ المحكوم به و ليس عقابياً ولا يجوز للمحكم التصدى من تلقاء نفسه للحكم بالفوائد وقد يتفق الاطراف مسبقاً على الفوائد باعتبارها احد عناصر التعويض و يملك رفض الحكم بالفوائد دون سبب قانونى يجيز ذلك و يلتزم المحكم باتباع الاسلوب القضائى للفوائد و تثور مشكلة إختلاف معدل الفائدة من نظام قانونى الى اخر و مدى تعارض ذلك مع النظام و العام و بصفه خاصة وبالنسبة للانظمة التى تحرم تقاضى الفوائد اصلاً، او تضع حداً أقصى لقيمة او مدة الفوائد، يحدث التعارض غالباً بين القانون الذى يحكم موضوع النزاع و قانون محل التنفيذى، فاعتبارات النظام العام قد تحول دون قبول القضاء تنفيذ الحكم فيما تضمنه من فوائد طبقاً لقانونيه

حدود رقابة القضاء الإداري على حكم التحكيم المطعون فيه

اذا أصدرت هيئة التحكيم حكمها فى احدى منازعات العقود الادارية، ثم لجأ احد اطراف المنازعة الى الطعن فيه بالبطلان – لتوفير احدى حالات هذا الطعن – امام القضاء الادارى المنصوص عليها، فإن التساؤل الذى يفرض ذاته فى هذا المقام هو : الى اى مدى يمارس هذا القضاء رقابته على الحكم التحكيم ؟

و اذا كان التحكم اساسه ارادة اطراف النزاع، فهم الذين يفضلونه على قضاء الدولة، و هو يعنى استبعاد هذا القضاء و الاستعاضة عنه بهيئة تحكيم يختارها الاطراف ١٩٨٤ فان المشروع فى مصر أتاح مجالا لاعمال انب من الرقابه القضائية على احكام التحكيم .

و تحقق هذه الرقابة القضائية على احكام التحكيم عن طريق الجهات القضائية بمناسبة الطعن القضائى على حكم التحكيم أو اصدار الامر بتنفيذها .

و فى هذا المقام سنعرض لحدود رقابه القضاء – الادارى بوجه خاص – على حكم التحكيم بمناسبة الطعن فيه البطلان .

أولاً – الرقابة اللاحقة للقضاء الإداري على حكم التحكيم المطعون فيه بالبطلان [1]

١- الأساس القانوني و العملي :

١– الدكتور : جابر جاد نصار ، الوجيز فى العقود الادارية ، المرجع السابق ص ١٨٥

تمثيل النصوص التشريعية المنظمة للطعن ببطلان حكم التحكيم فى القانون المصرى الاساس القانونى للرقابة التى يمارسها القضاء المختص على حكم التحكيم [1] .

هذه النصوص التشريعية المنظمة للطعن ببطلان حكم التحكيم فى القانون المصرى الاساس القانونى للرقابة التى يمارسها القضاء المختص على حكم التحكيم [2] .

و هذه النصوص تضع أساسا دقيقا للرقابة القضائية، ومن شان التزام القضاء بها التثبيت من صحة حكم المحكم، كما تكفل فى الوقت ذاته استبعاد الأحكام التي تفتقد المقومات الأساسية الواجب توافرها فى الأحكام .

وينبغى على القضاء الالتزام بهذه الأسس التى تحدد الإطار القانوني ذاته التي يمارسها على حكم التحكيم بمناسبة نظر الدعوى أبطالها، التمسك بدوره الرقابي الذي يمارسه من خلال رفض او تقرير بطلان الحكم[3]

هذا الدور الرقابى تتحدد معالمه فى ضوء النصوص القانونية التى تمنح القضاء الاساس القانونى الذى يبرر له فرض هذه الرقابة .

١- راجع التفصيل : محمد محمد بدارن ، مذكرات التحكيم (صياغته ، بطلاته ، وحجياته وتنفيذه) دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص١٣٥ وما بعدها .

٢- وهى المواد من ٥٢ : ٥٤ من قانون التحكيم المصري .

٣- الدكتورة : هدى محمود ، المرجع السابق ص٣٧٧ الدكتور : محمد احمد عبد المنعم، حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٢ ص٢٣٣

والجدير الذكر أن تقرير هذا المبدأ يقصد به إعطاء الفرصة للمحكم لقبول كلمته مع خضوعه للرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم، وبالتالي يتلاشي تأخير الإجراءات وفى ذات الوقت يتحقق ضمان صحة الأحكام [1]

يبد أن القانون المصري حرصا منه على عدم الإخلال باستقلال التحكيم بمناسبة الطعن فيه : سواء من حيث تحديد أساليب الطعن، أو قصرها على حالات محددة على سبيل الحصر .

فأعمال سلطة القضاء في هذا الصدد تكون على سبيل الاستثناء في حالة حدوث عقبة أو عند التجاء الخصم المتضرر من التعنت [2]

نخلص في ضوء ما تقدم أن الرقابة القضائية اللاحقة لصدور التحكيم تهدف إلي أن يتولى قضاء الدولة صاحب الولاة العامة في الوظيفة القضائية مراقبة أحكام المحكمين للتأكد من توافر المقومات الأساسية للأحكام، ومن الالتزام هيئة التحكيم ومن التزام بالقواعد المنصوص عليها في القانون .

٢- حدود سلطة المحكمة بنظر دعوى البطلان :

١- الدكتور : حفيظة حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم ،المرجع السابق، ص٣٢-٣٤

٢- الدكتور : احمد مليجى ، تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية في دولة الخليج العربي ، مجلة المحامى الكويتية ، السنة العشرون ، يوليو ١٩٩٦ ، ص ١٥١

يتوقف سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الصادر في إحدى منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الوطني على أمرين :

الأول : بيان المحكمة المختصة على وجه التحديد ودرجتها في السلم القضائي

الثاني : الطبيعة القانونية لما تدرسه هذه المحكمة من رقابة :

ونعرض لكلا الأمرين فيما يلي :

(أ) تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان "

قدمنا أن المشرع المصري قد حسم في المادة٤ ٢/٥ من قانون التحكيم الحالي مسألة الاختصاص بنظر دعوى البطلان في غير مسائل التحكيم التجاري الدولي بإسنادها إلي محكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلا التي تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع إلا أن المشرع عدل عن هذا الوضع المعيب الذي كان قائما في القانون الملغى حيث كانت رفع دعوى البطلان أمام محكمة أول درجة ما يضيع المتقاضين ويجعل التحكيم عديم الجدوى، وحسنا فعل المشرع بهذا العدل[1]

وتطبيقها لهذا النص، فان المحكمة المختصة ينظر دعوى البطلان في حكم التحكيم الصادر في إحدى منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الوطني تكون إحدى جهتين :

١- الدكتور : عزمي عبد الفتاح ، دعوى حكم المرجع ، السابق ص١٠٧الدكتور : محمد احمد عبد النعيم ، المرجع السابق ، ص٢٣٥

- أما محكمة الإدارية العليا، باعتبارها محكمة الدرجة الثانية للمحاكم الإدارية إذا كانت قيمة المنازعات لا تجاوز خمسمائة جنيه .

- أو المحكمة الإدارية العليا، باعتبارها محكمة الدرجة الثانية لمحكمة القضاء الإداري إذا كانت قيمة المنازعة تزيد عن خمسمائة جنيه (وهذا هو الفرض الغالب)

ألا انه بصدور القانون ١١ لسنة ١٩٩٥بشان هيئات التحكيم القضائي أثيرت مشكلة تنازع الاختصاص بشان منازعات العقود الإدارية :

فهل تختص بنظرها الدائرة الإدارية وحدها بحسب النص المشار إليه، منفرد بها هيئة التحكيم القضائي وفقا لما ورد بقانون إنشائها؟

الواقع وبحسب ما انتهى إليه رأى في الفقه المصري – وبحق – أن مسالة حسم الاختصاص تتوقف على رغبة رافع الدعوى وأسبقية رفعها إلي من أي الجهتين [1].

(ب) الحدود القانونية للرقابة القضائية على حكم التحكيم المطعون فيه بالبطلان :

١- والدكتور : عزيز الشريف ، تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام، المرجع السابق ، ص٢٨ وما بعدها ، الدكتور : محمد احمد عبد المنعم ، المرجع السابق ص٢٣٦

يقتضى بيان الحدود القانونية للرقابة القضائية على حكم التحكيم المطعون فيه بالبطلان ضرورة التفرقة بين مرحلتين :

الاولى : مرحلة الفصل فى دعوى البطلان

الثانية : مرحلة الفصل في الطعن المقدم في الحكم الصادر في دعوى البطلان وذلك فيما يلي :

١- مرحلة الفصل في دعوى البطلان :

ما هي سلطات المحكمة المختصة بالفصل فى دعوى البطلان ؟

يبدو أن القضاء الإداري المصري قد مر بمرحلتين فى هذا الخصوص:

- المرحلة السابقة على صدر القانون ٢٧ لسنة ١٩٤ بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧:

كان دور القضاء الإداري في هذه المرحلة منحصرا في طار نظر الطعون ببطلان حكم التحكيم المقدمة من جانب الإدارة في شروط التحكيم .

وقد اتجهت غالبية أحكامه في هذه المرحلة على قبول الطعن ببطلان شرط التحكيم الوارد في هذه الطاقة من العقود الإدارية وبخاصة مع انعدام النص التشريعي القاطع بجواز مبدأ التحكيم في تلك العقود [1] هذا

١- ونذكر من بين آراء واحكام مجلس الدولة المصرية التي صدرت في هذا المعنى :
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠فبراير سنة ١٩٩٠ رقم الطعن ٣٠٤٩ لسنة ٣٢. ق .

فضلا عن اتجه غالبية الفقه – آنذاك – إلي رفض مبدأ التحكيم فى العقود أما بأداء تعارضه مع سيادة الدولة [1] او لمنطقة اعتدائه على اختصاص القضاء الإداري [2]

ومع ذلك فقد صدرت بعض الآراء التي أجازت مبدأ التحكيم في العقود الإدارية، فظلا عن حكم وحيد عن المحكمة الإدارية الفعلية في ١٨ يناير سنة ١٩٩٤ أتيح فيه للمحكمة أن تتصدى للفصل في دعوى بطلان شرط التحكيم الوارد بإحدى العقود الإدارية .

وقد أسس المدعى دعواه بالبطلان على خلو شرط التحكيم المحكمين، فضلا عن أن عددهم ليس وترا . ورغم أن الأمر في هذه الدعوى لا يتعلق بطلب بطلان حكم تحكيمي وانما بمجرد طلب بطلان شرط التحكيم . ألا أن المحكمة الإدارية العليا انتهت إلى رفض طلب

وقد سايرت محكمة القضاء الإداري هذا الاتجاه ، ونذكر من احكمها :

- حكمها الصادر بتاريخ ٩ديسمبر سنة ١٩٩٠ في الطعن رقم ٥٨٣٧لسنة ٤٤ق .
- وحكمها الصادر في ٣٠يناير ١٩٩١ في الدعوى قم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ق

كما ذهبت بعض الفتاوى الصادر عن المجلس إلي تزييد هذا الاتجاه الرافض لمبدأ التحكيم في العقود الإدارية ، ومن بينها :

- فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع الصادرة في ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ .
- وفتواها الصادر في ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ ، مار إليه لدى الدكتور : محمد عبد المنعم ، المرجع السابق ص٢٣٨

١- الدكتور : احمدالشقانى ، التحكيم في عقود التجارة الدولية ، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة العشرة ، العدد الأول ، ١٩٩ ص٨٣

٢- الدكتور : محمد كمال منير ، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلي التحكيم الاختياري فى العقود الإدارية ، المرجع السابق ص٣٣

الطاعن لثبوت عدم صحة الأسانيد التي دعم بها دعواه، وأيدت محكمة القضاء الإداري فيما انتهت إليه .[1]

ويهمنا في هذا الصدد أن نشير إلي أن المحكمة عند تعرضها للفصل في طلب البطلان لم تتعرض لموضوع النزاع من جديد ،واكتفت بالتأكيد على جواز شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مع حكمها برفض طلب البطلان على النحو المشار إليه .

أما المرحلة الثانية، فهي اللاحقة لصدور قانون التحكيم الحالي :

الملاحظ أن الدور الرقابي للقضاء الإداري في هذه لمرحلة الحالية لم يضع مسالة جواز أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية في بؤرة اهتمامه بعد حسمها تشريعيا، وانما سيمتد أو سيتطرق إلي الفصل في شرعية او عدم شرعية حكم التحكيم إذا شابه سببا من الأسباب التي تؤدى به إلي البطلان .

ويميل غالبية الفقه المصري إلي القول بانحصار دور محكمة الطعن في مجرد أبطال حكم التحكيم، فلا يجوز لها الفصل في النزاع .[1]

١- ود جاء بهذا الحكم :" ... أما ما آثار الطاعن بشان بطلان التحكيم لخلوه من تعيين أشخاص المحكمين – ولان عددهم لس وترا ، فذلك ما تكفل المطعون فيه بالرد عليه، وعلى نحو ما ورد بحق فى الحكم المذكور ، الامر الى يتعين مه القول بأنه أصاب الحق فيما تضمنه من ورد على ما اثار الطاعن وا ما انتهى اليه فى هذا الشان محمولا على أسبابه التى فصلها تاخذ به هذه المحكمة للرد على خلو الاتفاق من تعيين أشخاص محكمين وان عددهم ليس وترا ." سبقت الإشارة إليه ، المجموعة السابقة ص١٤٩

فالمشرع المصري ل يعترف للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان بأية التعرض لموضوع النزاع والحكم فيه وذلك على اعتباره انه لا يمكن أحد الأطراف أن يطلب من المحكمة التي تنظر دعوى البطلان – وهى دائما محكمة الدرجة الثانية . أن تحكم في الدعوى الأصلية لان هذا يتعارض مع صريح المادة (٥٢) من قانون التحكي التي لا تجي استئناف حكم التحكيم [٢]

وبذلك ذلك من جانب المشرع بالحكم الوارد في قانون المرافعات (م١٤٨٥) فالمشرع الفرنسي يعطى المحكمة المختصة بالفصل في دعوى البطلان سلطة الفصل في الموضوع بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم [٣]

وتفسير ذلك من جانب المشرع انه ربما أراد أن يترك الفرصة للخصوم لعرض النزاع على هيئة تحكيم جديدة او ذات المحكمين ولم يشأ إجبارهم على المثول إمام قضاء الدولة، وهو تأكيد على إعلان دور حتى فيما بإدارة مرفق القضاء .

يرى أستاذنا الدكتور محمد بدران – انه يمكن للخصوم الاتفاق على ذلك الاعتراف للقاضى المختص بنظر دعوى البطلان بالأحقية في

١- الدكتور: احمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري ،الطبعة الثانية، المرجع السابق ص٢

٢- الدكتور : على سالم ، ولاية القضاء على التحكيم ، المرجع السابق ، ص٣٧٢ وما بعدها

٣- نصت المادة ١٤٨٥ مرافعات فرنسي (باب التحكيم) قم ٨١/٥٠٠الصادر في ١٢ مايو ١٩٨١ .

الفصل في موضوع النزاع، بذلك تقضى محكمة الدولة في موضوع النزاع لسرعة حسم الخلاف [1]

وهكذا فان دور المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان في حكم التحكيم سواء كان إحدى دوائر محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا – تقتصر دورها على تقرير بطلان الحكم، ولأي يطعن أمامها بالبطلان إلا لاحد الأسباب سالفة الذكر والواردة في المادة (٥٣) من قانون التحكيم [2] .

وباستعراض تلك الأسباب يتضح على انه لا يوجد من بينهما ما يعطى للمحكمة سلطة فحص موضوع الحكم من جديد ، حتى ولو حدث وتعرضت المحكمة لموضوع الحكم مثل التأكد من مطابقته للنظام العام من عدمه، فان ذلك يكون بهدف القضاء ببطلانه أو صحته فقط أو تعديله [3]

وهذا يعنى أن دعوى البطلان المرفوعة ضد حكم التحكيم الصادر في إحدى منازعات العقود الإدارية لا تتيح للمحكمة المختصة أن تعيد

١- راجع في هذا المعنى :

- الدكتور عزمي عبد الفتاح ، دعوى بطلان حكم التحكيم ، المرجع السابق ، ص١٠٨
- الدكتور محمد برهان ، مذاكرات في حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٩ المرجع السابق ، ص١٦٦ الدكتور : محمد احمد عبد المنعم ، المرجع السابق ص ٢٤٠

٢- راجع في هذا المعنى :

- الدكتور مختار بريري ، طرق لطعن في حكم التحكيم وكيفية تنفيذه ، المرجع السابق ، ص٨٥ الدكتور : محمد أحمد عبد النعيم ، المرجع السابق ، ص٢٤١

٣- الدكتور : رضا عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص١٤٣

النظر في موضوع الحكم أو مناقشة أسانيده اللهم بالقدر الذي يسمح به فحص وجه الطعن بالبطلان فقط .

وفى هذا الشان قضت محكمة استئناف القاهرة – دون التعرض لموضوع النزاع – ببطلان حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم في إحدى المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد ادراى ذي طابع دولي، لان الحكم لم يطبق القانون الإداري المصري الذي اتفق الطرفان على تطبيقه [1]

فالمحكمة المختصة بالفصل في دعوى بطلان الحكم ليس لها أذن ولاية التعرض لموضوع الدعوى والحكم فيه يعد ذلك حيث أن المشرع المصري – على عكس الفرنسي كما سترى – لم ينظم هذه المسالة في قانون التحكيم الموحد [2]

أثار الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم :

قد منا ان القضاء الإداري المصري يمارس دوره الرقابي من خلال الفصل في دعوى البطلان على تقرير صحة او بطلانه كليا أو جزئيا دون إن يمتد إلي فحص موضوع النزاع إن تصحيح الحكم .

والتساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو : ما هو الأثر القانوني المترتب على الحكم في دعوى البطلان ؟

١- حكمها الصادر في ٥ ديسمبر سنة ١٩٩٥ في قضية شركة كرومالوى " الأمريكية التي كانت قد تعاقدت مع إحدى الجهات الإدارية المصرية أخلت بتنفيذ القد ، فأنهت الجهة الإدارية العقد ، فلجأت الشركة إلى لا أعمال شرط التحكيم ،مشار إليه لدى الدكتور : محمد أحمد عبد النعيم ،المرجع السابق ٢٤١ .

٢- الدكتور سيد احمد محمود ، نظام التحكميم ، مجلة المحامى الكوتية ، السنة الرابعة والعشرون ، ابريل / مايو / يونية ٢٠٠٠ ص٢٩٧

يلزم التفرقة هنا بين فرضين :

الفرض الأول : رفض دعوى البطلان .

وفى هذا الفرض فان الطريق يكون ممهدا للمطالبة بتنفيذ حكم التحكيم ما لم يوجد أمر يعوق التنفيذ [1]

الفرض الثانى : قبول دعوى البطلان، اصدار الحكم ببطلان حكم التحكيم .

يترتب على الحكم ببطلان حكم التحكيم اعتباره كان لم يكن ويمتنع بالتالي إعطاؤه الصيغة التنفيذية . فالقانون المصري لا يتيح – كما قدمنا – للمحكمة المختصة في حالة الحكم بالبطلان أن تتصدى لموضوع النزاع، فدعوى البطلان ليست طريقا عاديا للطعن في الأحكام .

١- ومن الاحكام الصادرة برفضدعوى البطلان فاحدى احكام التجحكيم الصادر فى منازعة تتعلق بعقد ادارى ذا طابع دولى ما صدر عغن محكمة استئناف القاهرة فى ١٩ مارس نة ١٩٩٧ فى الدعوى رقم ٦٤ لسنة ١١ق (غير منشور) ، حيث انتهت المحكمة فى حكمها الى رفض دعوى البطلان المرفوعة من المجلس الاعلى اللاثالر ضد حكم التحكيم الصادر لمصلحة شركة " جليستر سيلفر نايت " الانجليزية ،و قد اسست المحكمة حكمها على اساس المادة الاولى من قانون التحكيم فى المواد المدنية التجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ باقراها تطبيق احكام هذال القانون على كافة انواع التحكيم ، بصرف النظر عن اطرافه او طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع وقد نال هذا الحكم ترحيب شديد من الفقه الفرنسي . ومن الاحكام محكمة الحديثة الصادرة برفض دعوى بطلان حكم التحكيم :- حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر ٢٠٠٠/١٢/٢٠ فى الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩ ، لسنة ١١٧ ق تحكيم ، (غير منشور)

فالأصل . إذن أن تنتهي مهمة المحكمة عند القضاء ببطلان حكم التحكيم، هذا ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك، أو كان سبب بطلان الحكم هو بطلان اتفاق التحكيم، حيث تسترد المحكمة المختصة بنظر النزاع أصلا اختصاصها الأصيل [1]

ويترك لذوى الشان اختيار الطريق الذي يرونه مناسبا لحل النزاع، فقد يفضلون العودة إلي التحكيم مرة أخرى وتلافى أسباب البطلان، أو اللجوء إلي القضاء، رفع الدعوى إمام محكمة أول درجة المختصة بالنزاع وفقا للقواعد العامة [2].

ويترتب على صدور الحكم ببطلان حكم التحكيم إنكار سلطة التحكيم إنكار سلطة التحكيم فيما فصل فيه، فإذا تحققت المحكمة المختصة قانونا بنظر الدعوى من ثبوت وجه الطعن بالبطلان، فان ذلك يرتب انعدام حكم التحكيم .

وتجدر لاشارة إلي إن صدور برفض الدعوى البطلان شق من الحكم لا يؤدى إلي بطلان الشق الأخر ألا إذا كان الحكم بشقيه غير قابل للتجزئة ،أو كان التحكيم فهولا يقبل التجزئة[3]

٢- مدى جوزا الطعن في حكم البطلان ...؟؟؟؟

١- انظر : - الدكتور : احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري ، المرجع السابق، ص٣٢٥

٢- الدكتور : السيد تمام ، مبدأ المواجهة وخصومة التحكيم ، المرجع السابق ، ص١١٢، الدكتور : محمد احمد عبد النعيم ، المرجع السابق ، ص٢٤٥

٣- الدكتور : عصمت الشيخ التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى ، المرجع السابق ذكر، ، ص٨٤

إذا أصدرت المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان حكمها سواء ببطلان حكم التحكيم او برفض طلب البطلان، فهل يجوز الطعن في هذا الحكم ...؟؟؟ وما هي الجهة القضائية المختصة بنظر هذا الطعن ...؟؟؟

الثابت أن القانون المصري لم يرد به ما يسمح أو يحظر الطعن على الحكم الصادر من دعوى البطلان . أدى هذا الفراغ التشريعي إلى حدوث خلاف في الفقه المصري : فقد ذهب رأى إلي الاعتراض على مبدأ الطعن على الكم الصادر في دعوى البطلان [1].

بينما نجد أن غالبية الفقه لم تجد مانعا من إمكانية الطعن على هذا الحكم، وبخاصة مع انتفاء النص المانع لذلك، وبالتالي تنتهي هذه الغالبية – وتمثل الرأي الراجح فى اعتقادنا – إلي جواز الطعن في هذه الحالة بطرق الطعن المختلفة وفقا لطبيعة الحكم ودرجة المحكمة التي أصدرته[2]

ولكن نظرا لان هذا الحكم يصدر دائما من محكمة استئنافية – بحسب نص المادة ٢/٥٤ فان الطعن عليه يكون بطريق النقض أو التماس إعادة النظر وفقا للقواعد العامة .

١- عثمان حسين قانون التحكيم الجديد ، مجلة المحاماة ، السنة الرابعة والسبعون ، يناير / ابريل ١٩٩٥ ص٢٢١ وما بعدها .

٢- ونذكر من انصار هذا الراى :

- الدكتور : عزمى عبد الفتاح ، قانون التحكيم الكويتى ، المرجع السابق ص
- الدكتور : رضا عبد الحميد ، المراجع الاسابق ، ص١٤٤
- الدكتور : عصمت الشيخ ، المرجع السابق ص٨٤
- الدكتور : سيد احمد محمود ، التحكيم العادى ، المرجع السابق ، ٨١٢
- الدكتور : محمد احمد عبد النعيم ، المرجع السابق ، ص٢٤٦

والتساؤل الذي يطرح نفسه بقوة في هذا الصدد هو : ما هي المحكمة المختصة ننظر هذا الطعن إذا كان الحكم الصادر في دعوى البطلان من المحكمة الإدارية العليا باعتبارها محكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة بنظر النزاع والتي يفترض أنها محكمة القضاء الإداري بصدد إحكام التحكيم الصادرة في إحدى منازعات العقود الإدارية ..؟؟؟

الحقيقة أن الأمر يحتاج إلي تدخل تشريعي لمواجهة هذه الحالة المتوقع حدوثها ، رغم ندرة أحكام القاضي الإداري الصادرة في هذا الخصوص .

وترتيبا على ذلك، فإذا أصدرت المحكمة المختصة حكما في دعوى البطلان فان هذا الحكم يقبل بدوره الطعن طبقا للقواعد العامة لان هذه المحكمة من محاكم أول درجة وليست محكمة استئنافية وبالتالي فان الأمر قد يصل إلي محكمة النقض إذا كانت المحكمة الكلية هي التي قضت في دعوى بطلان حكم المحكمين .

وهو ما دعانا إلي الاتفاق مع رأى في الفقه يطالب بتعديل القانون بما يسمح برفع دعوى البطلان إمام محكمة استئنافية ، بحيث يكون التحكيم بمثابة محكمة أول درجة ، وبذلك نتلافى أحد اوجه النقد الأساسية التي توجه لنظام التحكيم وبتأكد بذلك دوره كبديل لقضاء الدولة ، ليس مرحلة تقاضى سابقة على طرح النزاع أمام قضاء الدول [1]

١- الدكتور : عزمى عبد الفتاح قانون التحكم الكويتى المرجع السابق ص ٣٨٠ الدكتور : محمد احمد عبد النعيم المرجع السابق ص ٢٤٧

ثانيا : الرقابة القضائية على حكم التحكيم المطعون فيه بالاستئناف :

عارض النظام القانوني المصري – فضلا عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى – مبدأ الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم [1] فبعد أن كانت مجموعة قوانين المرافعات المصرية الصادرة سنة ١٩٤٩ تجيز الطعن بهذا الأسلوب[٢] اتجه قانون المرافعات الحالي فقد حظرت المادة ١/٢٥ الطعن فى حكم التحكيم باى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية . مكتفيا فى هذا الصددباجازة الطعن بالبطلان دون غيره .

وقد اثار هذا الموقف خلافا فى الفقه المصرى بين مؤيد ومعارض . فبينما اتجهت بعض الاراء الى تاييد الموقف استئناف حكم التحكيم لان تلك يتفق مع الغاية من نظام التحكيم وهى ايجاد طريق ميسر للتقاضى بعيدا عن إجراءات التقاضي المتشابكة المرهقة أمام المحاكم، فإجازة الاستئناف سوف يؤدى الىان تتنقل الإجراءات مرة أخرى إلي طبقات المحاكم[٣]

١- يرفض المشرع الايطالى الطعن بالاستناف فى حكم التحكيم راجع فى هذا المعنى الدكتور : فتحى والى الوسيط فى قانون القضاء المدنى المرجع الساق ص٩٢٧

٢- كانت المادة ٨٧٤ من قانون المرافات السابق تجيز الطعن بالاستئناف فى احكام المحمين : ثم ما لبت ان تراجع المشروع المصرى عن هذا الاسلوب بموجب المادة ٥١٠ من قانون المرافعات الحالى والتى الغيت بصدور قانون التحكم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

٣- نذكر من القائلين هذا الراى

الدكتور : احمد ابو الوفا التحكم الاختيارى والاجبارى المرجع السابق ص ٤٣

بينما رفضت غالبية الفقة مبدأ غلق طريق الطعن بالاستئناف فى حكم التحكيم على اعتبار ان الاجراءات القضائية هى ضمانات العدالة ولا يجوز ان تكون سرعة التقاضى على حساب العدل [1]

وبعيدا عن هذا الخلاف الفقهى الذى قد نتفق ازاءة مع ارای الرافض لاستئناف حكم التحكيم بالنظر الى امكانية ولوج اطراف التحكيم لطريق الطعن بالبطلان فان الثابت هو ضرورة احترام وجهة نظر المشرع الحالية باعتبارها واجبة التطبيق .

ومن هنا يبدو ان الاستئناف ليس مجرد اجراء وقائيا وانما هو وسيلة لتكملة حل النزاع واصلاح ماشاب الحكم من خطأ[2]

وفى هذا السياق فان وظيفة محكمة الاستئناف ليست مقصورة على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانونى فحسب وانما يترتب على الاستئناف نقل موضوع النزاع فى وجود طلبات الخصوم الى محكمة الدرجة الثانية .

فمحكمة الاستئناف تنظر لحكم محكمة اول درجة من خلال ثلاث زوايا هى : العدالة وسلامة تطبيق القانون واخيرا اشباع رغبة من

١- نذكر من القائمين هذا الراى

الدكتور : وجدى راغب مبادئ القضاء الطبعة الاولى دار الفكر العربى القاهرة ١٩٨٧ ص ٦٢٩

الدكتور :محمد عبد الخالق عمر النظام القضائى المدنى الطبعة الاولى : دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٦ ص١٠٦

٢- الدكتور : محمد بدران مذكرات فى حكم التحكيم المرجع السابق ص ١٣٦ الدكتور : محمد احمد عبد النعيم المرجع السابق ص ٢٤٩

اصدر الحكم فى غير صالحة بان تطرح دعواه مرة اخرى امام محكمة اعلى درجة من تلك التى اصدرته ٢٠١٦.

وقد رفض قانون التحكيم المصرى مبدأ الطعن بالاستئناف فى حكم التحكيم وقصر ذلك على اسلوب الطعن بالبطلان فقط وهذا ما اكده مجلس الدولة المصرى فى احكامة [1]

١- الدكتور : على سالم المرجع السابق ص ٣٤٥

حكم المحكمة الادارية العليا الطعن رقم ٧١٠٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ٢٠٠٣/٤/٨ حكم غير مشروع