الباب الثانـي

الغير ودوره فى خصومة التحكيم

تمهيد وتقسيم :

إن مصطلح الغير كما سبق وأن أوضحنا ، هو مصطلح مرن وغير ثابت ، وتحديد مفهوم الطرف (المتعاقد) أصبح اليوم ووفقا للنظرية الحديثة يتم النظر إليه بصورة أكثر إتساعا عما كان عليه فى النظرية التقليدية حيث أنه أصبح يشمل كلا من الأطراف (المتعاقدين) والخلـف العـام والخلف الخاص والدائنين ، و فى أحوال أخرى يصبح الغير طرفا فى العقد ، أو أنه بمعنى آخر يكون بمثابة الطرف فى العقد ، وذلك بالنظر إلى العقد على أنه واقعة قانونية وإجتماعية يؤثر فى الغير ويتأثر بهم ، لأنه لايمكن أن يعيش العقد بمعزل عن المجتمع الذى نشأ فيه ، وبالتالى فهـو يؤثر فى جميع المتعاملين به ، فهو يشمل الموقعين عليه ، والمقيمين على تنفيذه (كما سبق القول سابق) [١] .

وأن اتفاق التحكيم كما سبق القول هو عقد ولذلك فهو ينطبق عليه كل ما ينطبق على العقد من حيث الأشخاص ، حيث أنه ووفقا للنظرية الحديثة من الممكن أن يمتد إلـى غيـر أطرافـه الموقعين عليه ، وقد سبق وأن تعرضنا بالبحث عن أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير ، والآن سوف نعرض لمفهوم الغير فى خصومة التحكيم وسوف نقارن بينها وبين الخصومة القضائية وأيضًا سوف نعرض لمفهوم الطرف فى خصومة التحكيم والتميز بينه وبين الطـرف فـى الخصـومة القضائية ، وأثر إجراءات التحكيم بالنسبة للغير ، ثم بعد ذلك نعرض التـدخل والإدخـال فـى خصومة التحكيم ، مع ذكر لأهام أحكام تدخل وإدخال الغير في قوانين دول الخليج العربي وذلك على التفصيل الآتى :

الفصل الأول : المقصود بالغير فى خصومة التحكيم .

الفصل الثانى : أثر إجراءات التحكيم بالنسبة للغير .

الفصل الثالث : تدخل وإدخال الغير فى خصومة التحكيم .

---

[١] للمزيد انظر الباب الأول من البحث.

obeikandl.com

الفصل الأول
المقصود بالغير فى خصومة التحكيم

تمهيد وتقسيم :

لقد آثار معنى الغير جدلا كبيراً فى الفقه ، حيث أنه يختلف من موضوع إلى آخر ، وكذلك فإنه يختلف من قانون إلى آخر ، بل إنه يختلف داخل القانون الواحد .

على سبيل المثال فإننا نجد أن معنى الغير فى القانون المدنى ، فيما يسمى بمبدأ النسبية ، حيث أن القاعدة العامة هى أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن العقد لايؤثر إلا فى الأطراف الموقعين عليه ، وأن الغير لايتأثر به ولا ينتفع ولايُضار به ، وهذا المعنى هو مانصت عليه النظرية التقليدية ، والمقصود من هذه القاعدة هو أنه من لم يكن طرفا فى العقد فهو لاينتفع ولايضار منه ، أى إنه لايكتسب منه حقا ولايضار بمقتضاه ، وهذا هو ما أكدته المادة ١٤٥ من القانون المدنى المصري حيث أنها نصت على أن " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل غير ذلك " ، وتنص المادة ١٤٧ /١ على أن " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون " ، ونصت المادة ١٩٦ /١ من القانون المدني الكويتي على أنه " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا في حدود ما يسمح به الأتفاق أو يقضي به القانون " ؛ وتنص المادة ١٢٨ من القانون المدني البحريني على أن " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا في حدود ما يسمح به الأتفاق أو يقضي به القانون " ؛ ونصت المادة ٢٦٧ من القانون المدني الإماراتي على أنه " إذا كان العقد صحيحًا لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضي نص في القانون " .

ونصت كذلك للمادة ٢٠٣ من القانون المدني الكويتي على أن " العقود لا تقع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفهما وإن كانت تؤثر في الضمان العام المقرر لدائنها وذلك كله ما لم ينص القانون على غير ذلك " ؛ ونصت المادة ١٣٣ /١ من القانون المدني البحريني على أنه " آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين وللخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث " ؛ ونصت المادة ٢٥٠ من القانون الإماراتي على أنه " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون

الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الآثر لا ينصرف إلى الخلف العام " [١] .

وفى مجال قانون المرفعات فإننا نجد أن مفهوم الغير فى موضوع معين ، أيضا يختلف عما يُراد به فى موضوع آخر ، على سبيل المثال فإننا نجد أن الغير المتدخل انضماميا (كما سنرى) وهو من يتدخل فى الخصومة منضما إلى أحد الأطراف لمساعدته فى الحصول على حقه ، وذلك حتى لايُضار هو من الحكم عليه ، أما الغير فى حالة التدخل الإختصامى ، فإننا نجد أن الغير هو الشخص الذى يتدخل من تلقاء نفسه فى خصومة قائمة أمام المحكمة ، وذلك للمطالبة لنفسه بحق ، أو بجزء من الحق موضوع النزاع [٢].

وبناء عليه ونظرا لإختلاف مفهوم الغيرمن قانون إلى آخر، ومن موضوع إلى آخر ، فإننا سوف نتعرض لفكرة الغير فى الخصومة القضائية في القانون المصري وقوانين دول الخليج العربي – محل البحث – " الكويت والبحرين والإمارات " ، ثم بعد ذلك نطبق ما وصلنا إليه على الخصومة التحكيمية وذلك حتى نصل إلى المقصود بالغير فى كلا منهما ، وذلك على التفصيل الآتى :

المبحث الأول : تحديد مفهوم الغير فى الخصومة.

المبحث الثانى : تحديد مفهوم الطرف فى الخصومة.

---

[١] وتطبيقًا لذلك قضي في أحدى الدعوى التحكيمية بأنه " أن العقد شريعة المتعالقدين ويجب تنفيذه طبقًا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيه وأنه من العقود الملزمة للجانين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى وفي حالة فسخ العقد يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ، وأن ينفذ الإلتزام متى كان جائز وممكننا وبالنسبة للتعويض عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية أو التأخير في تنفيذها ناط المشرع بالقاضي تقدير التعويض ما لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو بنص القانون والتعويض في جميع هذه الحالات يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، فإذا كان الالتزام ومصدره العقد ، فلا يلزم المدين الذي لن يرتكب غش أو خطأ جسيمًا إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " . (الدعوى التحكيمية رقم ١٢٩ لسنة ٢٠٠٠ – جلسة ١٢ / ٤ / ٢٠٠١ – مركز القاهرة الإقليمي – مجلة التحكيم العربي – العدد الرابع – أغسطس ٢٠٠١) .

[٢] مثال ذلك أيضًا (الدائن الذى ينضم إلى المدين لمساعدته حتى لايصدر حكم ضده ، لأنه فى حالة صدور حكم ضد المدين ، فإن الضمان العام له سوف يتأثر ، ولذلك فهو من مصلحته أن يساعد المدين حتى لايُضار هو من الحكم) .

المبحث الأول

تحديد مفهوم الغير فى الخصومة

تمهيد وتقسيم :

بداية فإنه لتحديد مفهوم الغير فى خصومة التحكيم ، فإنه ينبغى أن نقوم بتحديد مفهوم الغير فى الخصومة القضائية ، وذلك لأن الأغيار ليسوا جميعا سواء فى التشريع ، فالأصل العام فى كلا من الإجرءات والأحكام والعقود أنها لاتنصرف آثارها إلا فى دائرة الأطراف وحدهم [١]، ولذلك فإن من لم ترتض إرادته إنصراف الأثر الملزم إليه فهو يظل بعيدا عن هذا الأثر ، ويصبح من الغير[٢] والذى يهمنا هو الغيرالذى لم يكن طرفا فى الخصومة سواء القضائية أو التحكيمية ، أو بمعنى آخر هل من الممكن أن يؤثر الغير فى الخصومة بنوعيها أو يتأثر بالحكم الصادر فيها ؟ أو هل يعود عليه ضرر أو نفع من هذا الحكم ؟ وهل يجوز للغير أن يتدخل فى الخصومة أم لا ؟ وماهى الفائدة التى تعود على الأطراف من تدخل أو إدخال الغير فى أى من الخصومتين ؟ وماهى شروط هذا التدخل ؟ والآثار التى تترتب عليه ؟ وحتى نجيب على هذه الأسئلة سوف نبدأ أولا بتحديد مفهوم الغير فى كلا من الخصومة القضائية وخصومة التحكيم وذلك من خلال عرضنالإتجاهات الفقه والقضاء فى الخصومتين وذلك على التفصيل الآتى :

المطلب الأول : اتجاهات الفقه بالنسبة لمفهوم الغير فى الخصومة.

المطلب الثانى : اتجاهات القضاء بالنسبة لمفهوم الغير فى الخصومة.

المطلب الأول

اتجاهات الفقه بالنسبة لمفهوم الغير فى الخصومة القضائية والتحكيمية

تمهيد وتقسيم :

إن الغير فى الخصومة هو كل من ليس طرفا فيها ، أى أن كل من عدا الأطراف فى الدعوى يكون من الغير بالنسبة لها ، وهو أيضا كل من ليس بخصم أو طرف فى الدعوى ، سواء كان هذا الغير هو الأجنبى البعيد عن الدعوى أو من تربطه صلة بأحد الخصوم .

---

[١] د/ أحمد هندى – سلطة الخصوم والمحكمة فى اختصام الغير – طبعة ٢٠٠٦ دارالجامعة الجديدة – ص٢٥

[٢] د/ عاطف محمد كامل فخرى – الغير فى القانون المدنى – المرجع السابق – ص ١٧٢ ومابعدها .

obeikandi.com

وقد قضت محكمة النقض فى حكم لها (على أن الغير هو من لم يكن مدعيا أو مدعى عليه ولا خلفا لأحدهما ، وبالتالى فإنه يجوز اختصام من عدا هؤلاء ، حيث أنه يجوز اختصام الممثل القانونى لأحد الخصوم أو خلفه الخاص إذا كان قد تلقى من سلفه بعد رفع الدعوى ، وكذلك الكفيل والضامن وغيرهم ممن لاينطبق عليه وصف الطرف أو الخصم فى الدعوى ، أيضا من الممكن أن يكون الغير المراد اختصامه شخصًا معنويًا) [١] . ونظرًا لأهمية هذا الموضوع سوف نوضح آراء الفقه بالنسبة لمفهوم كلا من الخصومة القضائية والتحكيمية ، ثم بعد ذلك نعرض اتجاهات القضاء لكلا من الخصومتين وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول

آراء الفقه بالنسبة لمفهوم الغير فى الخصومة القضائية

من المبادئ المستقر عليها فى قانون المرافعات أن الذى يعتبر طرفا فى الخصومة القضائية هو المدعى والمدعى عليه الأصليين ، وأيضا الغير الذى تدخل فى الخصومة سواء كان تدخلا اختصاميا أو انضماميا ، أو أُدخل فى الخصومة بواسطة الخصوم الأصليين أثناء سير الخصومة .

ويتفق الفقه على أنه يُعتبر غيراً من لم يكن طرفاً فى الخصومة سواء بشخصه أو بواسطة من يمثله وبما أن الحكم لايُحتج به إلا فى مواجهة طرفى الخصومة ، فإنه من الممكن لهذا الغير إذا ما إحتج أحد الخصوم فى مواجهته بالحكم ، فإنه يستطيع الدفع بنسبية الأحكام .

ويرى بعض الفقهاء أن فكرة الغير سلبية ، فهو بصفة عامة من لم يكن طرفا فى الخصومة ، ولكن على الرغم من أن الحكم تقتصر حجيته على الخصوم وخلفائهم ، وأنه من الممكن أن يُحتج به فى مواجهة الغير ، إلا أنه يجب على الغير أن يلتزم باحترام الحكم ، وأن يبنى تصرفه على أساس هذا الحكم حتى وإن أصابه ضرر واقعى ، وذلك لأن الحكم كالعقد هو عبارة عن واقعة قانونية لايمكن تجاهلها [٢].

---

[١] طعن رقم ١٥١ لسنة ٤٢ ق جلسة الخامس من إبريل سنة ١٩٧٧ – مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفنى السنة ٢٨ – الجزء الأول .

[٣]د/ فتحى والى – الوسيط في قانون القضاء المدني – دار النهضة العربية ١٩٨٧ ص ١٨١ بند ٩٨ وما بعدها ، د/ ابراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الثانى –المرجع السابق – ص ٩٤ بند ٣٩٦ .

وذلك لأن المركز القانونى أو الحق الذى يقرره الحكم ، فإنه يعتبر مركزا قانونيا أو حقا يتم الإحتجاج به فى مواجهة الكافة ويٌرتب آثارا معينة قد تؤثر قانونا على مركز الغير رغم عدم سريان حجية الحكم فى مواجهته ، أيضا هناك من الغير مَن يكون من الممكن الإحتجاج فى مواجهته بالحكم وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى تقسيم حجية الحكم بالنسبة للغير إلى ثلاثة أنواع كما يلى [١].

النوع الأول : هو أن هناك شخص من الغير لايمكن الإحتجاج فى مواجهته بالحكم الصادر فى الخصومة ، وهذا النوع من الغير هو الذى لايهمه هذا الحكم القضائى على الإطلاق ولايؤثر فى مركزه القانونى ، إلا أنه على الرغم من ذلك فهو لابد له أن يحترم هذا الحكم وما يتضمنه ، وذلك باعتباره واقعة قانونية تٌرتب آثارا معينة ، وهو هنا لايختلف عن الغير فى العقد .

النوع الثانى : هو الغير الذى لايتم الإحتجاج بالحكم فى مواجهته ، إلا أن هذه الحجية تٌرتب آثارا غير مباشرة فى مواجهته وقد تؤثر على مركزه القانونى من الناحية الواقعية [٢] .

النوع الثالث :هو ذلك الغير الذي تمتد إليه الحجية وذلك عندما توجد رابطة قانونية أو مركز قانوني متعدد الأطراف[٣] .

وبناءً عليه فإن الغير الذى يتأثر بالحكم الذى يصدرفى الخصومة القضائية ، فهو له أن يتدخل فى الخصومة القضائية . ويكون تدخل الغير هنا يأخذ صور مختلفة حسب تأثره ، وحسب الإحتجاج بالحكم فى مواجهته ، فإذا كان الغير يتم الإحتجاج فى مواجهته بالحكم الصادرفى

---

[١] د/ صلاح أحمد عبد الصادق – نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات – دراسة تأصيلية لاتساع نطاق الخصومة – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – ١٩٨٦ – ص ٢٩ ، وما بعدها .

[٢] مثال ذلك الدائن الذى يصدر الحكم لصالح مدينه أوضده فهو فى هذه الحالة قد يفقد جزءا من الضمان العام له أو يكتسب جزء منه ، وبالتالى فهو يتأثر بهذا الحكم إما سلبا أو إيجابا بطريقة غير مباشرة .

[٣] مثال ذلك الدائنين المتضامنين ، أو المدينين المتضامنين حيث يكون لكل واحد منهم أن يرفع الدعوى ، فإذا رفع أحدهم الدعوى وتم الفصل فيها لصالحه ، فلا يجوز لغيره من الذين لم يشتركوا فى الدعوى أن يرفع دعوى مرة أخرى ، وهذا ما لم يكن الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه ، إلا أنه يٌلاحظ أن الحكم الصادر ضد أحد المدنين المتضامنين لايكون حجة على الباقين وذلك تطبيقا لمبدأ أن التضامن فيه معنى النيابة فيما ينفع وليس فيما يضر .

وأيضًا إذا كان الغير فى مركز قانونى يعتمد على المركز القانونى الذى قرره الحكم القضائى ، مثال ذلك المستأجر من الباطن إذا ما صدر حكم ضد المستأجر الأصلى ببطلان عقد إيجاره .

الخصومة القضائية ، فإنه يأخذ صورة المتدخل الإختصامى الذى يمكنه أن يدعى الحق لنفسه ، أما إذا كان الغير لايٌحتج بالحكم فى مواجهته ، إلا أن هذا الحكم يؤثر بطريق غير مباشر على مركزه القانونى فالغير هنا يأخذ صورة المتدخل الإنضمامى أو صورة الضامن [١] .

أيضًا يظهر الغير فى صورة المتدخل الإنضمامى إذا كان مركزه القانونى يعتمد على المركز القانونى الذى قرره الحكم . مثال ذلك حالة الكفيل الذى تمتد إليه حجية الحكم الصادر فى مواجهة المدين بالنسبة لتقرير وجود الدين .

مما سبق يتضح لنا أن الحق أو المركز القانونى الذى يقرره الحكم فإنه يوجه فى مواجهة الكافة ، ولذلك فإنه يجب على الغير عدم تجاهل هذا الحكم الصادر فى دعوى ليس طرفا فيها ، كما أنه أيضًا قد يٌضار من هذا الحكم الذى لم يكن طرفا فيه ، وهذا يرجع إلى تشابك العلاقات القانونية التى يكون من الصعب الفصل بينها ، وهذا أدى إلى أن القانون نص على حماية الغير الذى قد يٌضار من الحكم الذى لم يكن طرفا فيه وهذه الحماية تتمثل فى نوعين من طرق الحماية هما طرق الحماية السابقة على الحكم ، وطرق الحماية اللاحقة على الحكم [٢].

---

[١] كما في حالة البائع الذي يتدخل في دعوى استحقاق الشئ المبيع المرفوعة على المشتري فإن هذا الأخير سوف يعود على البائع بالضمان .

وعليه فإن الغير الذي يتأثر بالحكم الذي يصدر في الخصومة القضائية . يكون هو الذي له حق التدخل فيها .

وتدخله يأخذ صور مختلفة حسب تأثره بالحكم وحسب الاحتجاج بالحكم في مواجهته .

الصورة الأولى : إذا كان الغير لا يحتج بالحكم الصادر في الخصومة في مواجهته فإنه يأخذ صورة المتدخل الاختصامي الذي يمكنه أن يدعي بالحق نفسه .

الصورة الثانية : إذا كان الغير لا يحتج بالحكم في مواجهته إلا أنه على الرغم من ذلك فإن هذهخ الحجية تؤثر فقط بطريقة غير مباشرة على مركزه القانوني ، فإنه يأخذ صورة المتدخل الانضمامي أو صورة الضامن .

[٢] الطريقة الأولى وهذه الطريقة تعتبر طريقة وقائية وذلك لأنها تسمح للغير بالتدخل فى الدعوى قبل صدور الحكم فيها ، وقد نصت المادة ١٤٦ من قانون المرافعات المصري على أنه (يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى) ، ونصت المادة ٩٥ من قانون المرافعات الإماراتي على أنه " يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضمًا لأحد الخصوم أو طالبًا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى " ، ونصت المادة ٧٤ من قانون المرافعات البحريني على أنه " يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل منضمًا لأحدج الخصوم أو طالبًا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى " ، ونصت المادة ٨٧ من قانون المرافعات الكويتي على أنه " لا يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضمًا لأحد الخصوم أو طالبًا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى " . ويترتب على هذا التدخل أن يصبح الغير المتدخل طرفا فى الخصومة القضائية ويستطيع الدفاع عن حقه قبل صدور الحكم فيها ويكون له الحق فى استعمال كافة وسائل =

الفرع الثانى
آراء الفقه بالنسبة لمفهوم الغير فى خصومة التحكيم

الغير كما سبق القول هو من لم يكن طرفاً فى الخصومة ، أى هوليس مدعى أو مدعى عليه وبالنسبة لخصومة التحكيم هو ليس(المحتكم أوالمحتكم ضده) وإنما هو ماعدا هؤلاء ، أيضا هو ليس خلف عام أو خاص لإحدى الأطراف الأصليين فى الخصومة ، ولتحديد مفهوم الغير فى خصومة التحكيم ، يجب علينا أن نحدد مفهوم الغير فى اتفاق التحكيم وقد سبق القول بأن الغير فى اتفاق التحكيم هو عبارة عن الشخص الذى له شخصية قانونية مستقلة عن اتفاق التحكيم .

أى أنه إذا كان الغير الذى لم يوقع على اتفاق التحكيم لايتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذى وقع على اتفاق التحكيم فإنه لايعتبر من الغير بالنسبة للإتفاق .

وإعمالا للقواعد العامة فى القانون المدنى فإن اتفاق التحكيم لاتنصرف آثاره إلا إلى المتعاقدين وخلفهما والدائنين دون الغير[١] ، وهذا وفقا لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ولايكون حجة إلا على أطرافه ولا تسرى آثاره إلا عليهم[٢] ، ولذلك فإن الأصل هو أن اتفاق

= الدفاع ووسائل الإثبات ويتمتع بجميع ضمانات التقاضى ، وبذلك يتجنب الأضرار التى قد تلحق به وبحقوقه فى حالة عدم تدخله فى الخصومة .

– الطريقة الثانية من طرق حماية الغير وهى طريقة الطعن اللاحقة على الحكم وهى تعتبر طريقة علاجية لما نص عليه الحكم من اضرار تمس الغير وهى تتمثل فى صورة اعتراض الخارج عن الخصومة .

– أيضًا نص المشرع فى القانون المصرى على حماية أخرى لمصلحة الغير وذلك فى حالة عدم تدخله فى الخصومة لعدم علمه بها أو لتواطؤ الخصوم فنص فى المادة ١١٨ من قانون المرافعات المصري على أنه (للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة) ، ونص المشرع الإماراتي في المادة ٩٦ من قانون المرافعات الإماراتي على أنه " للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة " ، ونص المشرع البحريني في المادة ٧٦ من قانون المرافعات البحريني على أنه " للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو من قد يضار بالحكم في الدعوى ، إذا بدت للمحكمة دلائل جديه على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب الخصوم " ، ونص المشرع الكريتي في المادة ٨٨ من قانون المرافعات الكويتي على أنه " للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة " . للمزيد من التفاصيل انظر دم أحمد السيد صاوى – أثر الأحكام بالنسبة للغير – المرجع السابق – ص ١٣٢ – بند ١٩٦ .

[١] انظر الباب الأول .

[٢] وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٤٥ من القانون المدنى (أن العقد لايُرتب التزاما فى ذمة الغير) .

التحكيم لايلزم إلا أطرافه[١]، ولايستفيد منه إلا أطرافه ولايُضارمنه أيضًا إلا أطرافه ، وذلك لأنهم هم وحدهم الذين يملكون التمسك ببطلان الحكم الصادر بناء على هذا الإتفاق . وأيضًا لأن نظام التحكيم يتسم فى مراحله المتعاقبة بأنه نسبى الأثر ، واتفاق التحكيم كأى تصرف قانونى إرادى تنصرف آثاره إلى طرفيه دون أن يُفيد الغير أو يضره [٢] .

وخصومة التحكيم مثل الخصومة القضائية لها طرفان هما المحتكم والمحتكم ضده (المدعى والمدعى عليه) ، وطالب التحكيم هو من يُقدم الطلب باسمه ، أما المحتكم ضده فهو من يُقَدم فى موجهته هذا الطلب .

وإذا كانت القاعدة العامة فى سريان آثار العقد يحكمها مبدأ نسبية العقد ، إلا أنه توجد هناك اعتبارات ترجع إلى الرغبة فى تحقيق العدالة واستقرار التعاملات بين الأفراد فى المجتمع تقتضى استثناءً أنصراف أثر العقد إلى الغير[٣].

---

[١] وتطبيقًا لذلك صدر حكمًا من مجلس الدولة بأن : " **وجوب اتفاق أطراف الخصومة على التحكيم:** اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض ما يثور بين أطراف الخصومة من نزاع مرده وجود اتفاق صريح بينهما لما يرتبه هذا الأتفاق من آثر يحول دون أختصاص المحاكم بالفصل فى المسائل التى تناولها التحكيم ، الأصل فى التحكيم أنه عرض نزاع معين بين طرفيه على محكم من الأغيار بعين بأختيارهما أو بتعويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل فى هذا النزاع بقرار مجرد من التحامل وقاطع لدابر الخصومة فى جوانبها ، لا يجوز أن يكون التحكيم إجباريًا يتعين إليه أحد الطرفين إنفاذًا لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعا قائماً أو محتلاً ، فالتحكيم مصدره الاتفاق وإليه ترتد السلطة الكاملة التى يباشرها المحكمون والالتزام بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه " . (قضاء مجلس الدولة الطعن رقم ١٣٦٩ لسنة ٤٠ق ى.ع – جلسة ١٩٩٩/١/٢٤ – مجلة التحكيم العربى العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢٣٤-٢٣٥) .

[٢] وتطبيقًا لذلك قضي بأن " التحكيم بحسبانه ولاية تفيد إمضاء قول ينفذ على الغير ، والولاية بما تفيده من إنفاذ قول على الغير ، لا تقوم إلا بمستند شرعى من قانون أو قضاء أو اتفاق اشخاص ، وهى فى كل الاحوال تدور فى إطار ما يسمح به القانون وما يشترطه لصحه التصرف فى شأن حقوقه الغير من ضوابطه ، وتصح وتنفذ فى الإطار القانونى المضروب لها وبشرطها ..... " .(الدعوى التحكمية رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠١ – جلسة ٢٠٠٤/١/٢٠ مركز القاهرة الأقليمى – العدد السابع يوليو ٢٠٠٤ حتى ١٧٧ – مجلة التحكيم العربى) .

[٣] ومن الأمثلة على تحقيق اعتبارات العدالة فهى تتوافر فى الحالة التى يكون فيها للغيرالحق فى إقامة دعوى مباشرة فى عقد لم يكن طرفا فيه ولايكون ذلك إلا بنص القانون (كحق المقاول من الباطن بالرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلى) .

وأيضًا إن مبدأ استقرار التعامل يقتضى انصراف آثر العقد إلى الغير فيسرى العقد فى حق الوارث الظاهر أحيانًا [١] .

وبناءً عليه يتضح لنا أن الغير فى اتفاق التحكيم هو كل شخص أجنبى عن هذا الإتفاق ولم يكن طرفا فيه ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد المتعاقدين [٢] .

---

[١] وهذا هو ما نص عليه ١٤٧ / ١ من القانون المدني المصري على أنه " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون " ؛ ونصت المادة ١٩٦ /١ من القانون المدني الكويتي على أنه " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديله أحكامه ، إلا في حود ما يسمح به للأتفاق أو يقضي به القانون " ، ونصت المادة ٢٦٧ من القانون المدني الإماراتي على أنه " إذا كان العقد صحيحًا ، لازمًا فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا نسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون " .

وقد قضي تطبيقًا على ذلك بإحدى الدعاوى التحكيمية بالآتي " العقد شريعة المتعاقدين ولكنه شريعة أتفاقية فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحًا ، والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله بل ولا يجوز ذلك للقاضي لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها وأنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء المتعاقدين ، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي عاقديه ، ويكون هذا التراضي تعاقدًا جديدًا " (الدعوى التحكيمية رقم ١٧٣ لسنة ٢٠٠٠ – جلسة ١٤ ديسمبر ٢٠٠٠ – الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي – مجلة التحكيم العربي – العدد الثالث– أغسطس ٢٠٠١ – ص ٢١٢) .

[٢] ويجب ملاحظة أنه فى بعض الفروض قد يصبح الخلف العام أو الخلف الخاص من الغير ، أى أن قاعدة امتداد شرط التحكيم إلى الخلف العام أو الخاص ليست مطلقة . وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بحكمها الصادر في ٢٦ فبراير ١٩٥٣ أنه " إذا كان البيع الصادر من المورث لأحد ورثته يمس حق وارث أخر في التركه وقصد به الإحتيال على أحكام الإرث المقرره شرعًا كان لهذا الأخير أن يطعن في هذا التصرف وأن يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية أن عقد البيع في حقيقته يستر تبرعًا مضافًا إلى ما بعد الموت فهو وصيه لا تنفذ في حقه متى كان هو لم يجيزها ، فمتى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من ظروف الدعوى ومن الأدلة والقرائن التي من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التى أنتهت إليها ، أن نيه الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع المنجز ، فإنه إذا قضى للمطعون عليها بنصيبها الشرعي في العقارات موضوع النزاع لا يكون قد خالف القانون " (نقض مدني جلسة ٢٦ / ٢ / ١٩٥٣ – المكتب الفني س ٢٤ ع ٢ رقم ٨٣ – ص ٥٤٨) .

وأيضًا قضت محكمة النقض في حكم أخر لها أنه " ولما كان الطاعن يركن في إثبات ملكيته للمخبز بإعتباره محلًا تجاريًا إلى عقد شراء له بتاريخ ..... من مالكه السابق وهو بهذا الوصف مستقل في ملكيته عن العقار الذي أشترته المورثه في تاريخ لاحق من مالك العقار الذي يقع به المحل التجاري لا يكون حجه على الطاعن الوارث ما دام هو يستند في ملكيته إلى سند أخر " . (نقض مدني جلسة ١٩ /١١/١٩٧٥ – مجموعة أحكام النقض ص ٢٦٩) .

وهو ما يعنى أن أطراف أتفاق التحكيم هم الذين قاموا بالتوقيع عليه من الأساس وإن امتد إلى غيرهما فهو يمتد بشروط وتبدو أهمية مبدأ امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير الذى لم يكن طرفا فيه فى حالة مجموعة الشركات[١] ، وأيضا فى حالة الدولة والمشروعات العامة [٢] ، حيث أكد البعض على امتداد عقد التحكيم إلى من لم يكن طرفا فيه وخاصة فى حالة مجموعة الشركات حيث تبدو مسألة امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير أكثر وضوحا ، وأيضا هناك ما يطلق عليه المجموعة العقدية التى تهدف إلى تحقيق هدف اقصادى واحد ، فى هذه الحالة تنتقل شروط اتفاق التحكيم من عقد إلى آخر طالما أن العقدين يدخلان ضمن نفس السلسلة العقدية .

---

[١] وتطبيقًا لذلك قضي بأنه " – **تعد الدعوى التحكمية التى أقيمت من خلال محام موكل من مدير الشركة ذات المسؤلية المحدودة الذى يمثلها من علاقاتها مع الغير قد أقيمت من صاحب الصفة:** دفعت الشركة المحتكم ضدها بعدم قبول الدعوى التحكمية على سند من أن الشركة المحتكمة هى شركة تابعة لمؤسسة وأنها فرع لشركة أصلية ، وأنه ليس لمدير فرع الشركة الأصلية سلطة إبرام اتفاق التحكيم بأسم الفرع .

إذا ليس له شخصية اعتبارية مستقلة عن الشركة الأم ، وحيث يتعيين أنه لم يتم إثبات صفه من قام بإقامة هذا التحكيم . حيث أن الثابت من الإخطار بالتحكيم ومن بيان الدعوى التحكمية ومن محاضر الجلسات ومن المذكرات المقدمة من المحتكمة أن الدعوى التحكمية قد أقيمت من الشركة المحتكمة من خلال محام موكل من مدير الشركة المحتكمة .

ولما كانت إحدى حوافظ المستندات المقدمة من الشركة قد قضت مستخرجاً رسمياً من مكتب السجل التجارى عيين به أن مدير الشركة المحتكمة وهى شركة ذات مسؤلية محدودة وأن مدير الشركة المحتكمة يمثلها فى علاقتها مع الغير . وطبقاً لنص المادة ١٧ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ فإن الشركة تكتسب الشخصية الأعتبارية بعد مضى ١٥ يوماً من تاريخ قيدها فى السجل التجارى .

وطبقاً لنص المادة ١٢١ من القانون ١٥٩ /١٩٨١ فإنه يكون لمدير الشركة سلطة كاملة فى مثلها . مالم يقضى عقد التأسيس بعد ذلك .

ومن ثم ، يتبين أن االشركة المحتكمة تتمتع بالشخصية القانونية الأعتبارية المستقلة طبقاً للقانون رقم ١٥٩ /١٩٨١ , وأن اتفاق التحكيم قد أبرم من صاحب الصفة ، وكذا الدعوى التحكمية تكون قد أقيمت من صاحب الصفة . (القضية التحكمية رقم ٢٠١١/٧٨٠ بتاريخ ٢٠١٢/٧/١٦ مركز القاهرة الأقليمى – العدد التاسع عشر ديسمبر ٢٠١٢ ص ١٩٧) .

– وكذلك قضي بأن : " **الصفة فى الدعوى شرط لازم وضرورى لقبولها والأستمرار فى موضوعها فإذا إنعدمت فإنها تكون غير مقبولة وتمتنع المحاكم عن نظرها والتصدى لها وفحص الموضوع المتنازع عليه** : إن الدفع المبدى من الشركة المتحكم ضدها بعدم قبول الدعوى التحكمية لرفعها على غير ذى صفة وذلك على سند إنها أبرمت أتفاق الشركة بصفتها نائباً عن شركتين آخريين ، بينما تنصرف آثار الأتفاق محل النزاع إلى الطرف الأصل ، ويغدو غير ذى صفه لكى يتم اختصامها من قبل الشركة المحتكمة ، له طبيعة خاصة يختلف عن طبيعة الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية ، تضعه فى الوسط بينهما .

لأنه يعتبر من الدفوع التى يجوز إبداؤها فى أيه حالة تكون عليها الدعوى لأنه يتفق مع الدفوع الموضوعية . وفى أحوال أخرى يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية بما يغير من الدفوع الشكلية . =

واتجه الفقه الحديث إلى جواز امتداد نطاق خصومة التحكيم إلى الغير الذى يمتد إليه اتفاق التحكيم وذلك لأن نطاق خصومة التحكيم يتحدد بأطراف اتفاق التحكيم ، ولذلك فإنه لايجـــوز لأى من الخصوم أن يختصم أمـــام هيئة التحكيم من لم يكن طرفًا فى اتفاق التحكيم ، طالما أنه لم يكن

= وهكذا ومن حيث إن هذا الدفع لا يوجه إلى الحق المتنازع عليه وإنما يوجه إلى الحماية المقررة لهذا الفـــرض بقصد إنكارها . لذا استقر القضاء بأن استخلاص الصفة فى الدعوى(الحماية المقررة) يستقل به قاضى الموضوع ، ولهذا اعتبره معظم قضاء القانون بأنه من الدفوع الموضوعية ، ويصعب اعتباره فى الوسط بين نوعى الـــدفوع (الموضـــوعية والشكلية) .

ومن حيث الصفة فى الدعوى – وعلى ما جرى به القضاء – شرط لازم وضرورى لقبولهـــا والأســـتمرار فـــى موضوعها ، فإذا إنعدمت فإنها تكون غير مقبولة ، وتمتنع المحاكم عن نظرها ، وفحص الموضوع المتنازع عليه . ومـــن حيث أن الشركة المحتكم ضدها اتخذت من الإنابة سند للدفع بعدم قبول الدعوى التحكمية لرفعها على غير ذى صفه .

ومن حيث إن الإنابة فى التعاقد – فى عمومها – إما أن تستمد من إدارة الأصيل وإما أن تستند إلى القانون ولكل منها أشتراطات الصحة والسلامة والتى يتناولها السند الرسمى لهذه الإنابة حيث يطمئن معها من ناحية إلى أنصـــراف إرادة الأصيل (موكلًا أو مفوضًا أو وكيلًا عنه) ومن ناحية ثانية إلى قبول الطرف الأخر فى التعاقد أو التصرف – بحســـبان أن الأعتبار الشخصى غالب فى مثل هذه النوعية من الانفاقات (اتفاقات الشراكة – أو المشروع المشترك) .

ومن ناحية ثالثة :– الوقوف على صدى أو نظافة هذه الإنابة ، ووفقًا للعرف التجارى السائد . ومـــن حيـــث إن الشركة المتحكم ضدها لم تقدم عند إبرام الشراكة محل النزاع ما يفيد سند الإنابة عن الشركتيين الأخـــريين (أى مـــا يفيـــد إنصراف إرادة الأصيل لإسباغ صفة النيابة على النائب) والذى يثبت قيام هذه الإنابة وصلاحيتها على نحو قاطع لا لـــبس فيه ولا غموض موثقا من السلطات المختصة فى تاريخ معاصر لتاريخ إبرام هذا الأتفاق ، بإعتباره كاشـــفًا عـــن شـــروط الصحة والسلامة المتطلبة وفقًا للقانون والأعراف التجارية .

كما أنه طوال مباشرة الدعوى التحكمية الماثلة ورغم طلب الشركة المتحكمة تقديم مثل هذا السند ، إلا أن الشركة المحتكم ضدها تخلفت عن تقديمه ، ولم تشر حتى إليه عند إبداء سند هذا الدفع الأمر الذى يضحى معه هذا الدفع لا يظاهره سند برءه بما يستأهل رفضه .

(القضية التحكمية رقم ٧٢٦ لسنة ٢٠١٠ الصادر فيها حكم بتاريخ ٢٠١٣\٢\١٤ من أحكام تحكيم مركز القـــاهرة الاقليمـــى للتحكيم التجارى الدولى – مجلة التحكيم العربى العدد عشرون – يونيو ٢٠١٣ حتى ١٩١) .

[٢] وتطبيقًا لذلك قضي بأنه " لا يجوز للأشخاص الإعتبارية العامة فى تحكيم تجارى دولى التنصل من اتفاق التحكيم الـــذى عقدته استنادًا إلى قيود نشر معينة داخلية حتى وإن كانت حقيقة . لما كان التحكيم الماثل تجارياً دولياً (٢) و (٣) من قانون التحكيم الصادر رقم ١٩٩٤/٢٧ وكان من المسلم به فى قضاء التحكيم التجارى الدولى أنه لا يجوز للدولـــة أو للأشـــخاص الأعتبارية العامة التحلل من اتفاق التحكيم الذى عقدته وذلك بالاستناد إلى قيود تشريعية داخلية حتى وإن كانت هذه القيـــود حقيقية ومن ثم فإن الدفع ببطلان اتفاق التحكيم استناداً إلى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم يكون مـــن غير محله وغير جائز قبوله " .

(القضية التحكمية رقم ٦٢٩لسنة ٢٠٠٩ ٥٢ ADH– والتى صدر فيها الحكم بتاريخ ٢٠١٠/٣/٢٣ – الاحكام الصـــادرة عن مركز القاهرة الأقليمى – مجلة التحكيم العربى العدد السادس عشر – يونيو ٢٠١١ حتى ١٩٩ ، ٢٠٠٠) .

من الغير الذين يمتد إليهم هذا الإتفاق ، وذلك سواء كان هذا الإختصام ابتـداء أو بإدخالـه فـى الخصومة .

فإذا ما تم إدخال طرفاً فى الخصومة ليس طرفا فى اتفاق التحكيم أو لايمتد إليه الإتفاق ، فإنه يكون له الحق فى إخراج هذا الطرف منها ، وذلك لأن ولاية هيئة التحكيم مستمدة من اتفاق التحكيم وأن هذا الإتفاق نسبى الأثر، ولهذا لايمكن إلزام الغير الذى لايمتد إليه اتفاق التحكيم ولـم يكن طرفا فيه بالخضوع لسلطة المحكمين[١] .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه على الرغم من أن أثر اتفاق التحكيم لاينصرف أصـلا إلا إلى أطرافه ، لكنه مع ذلك ينصرف إلى الغير فى أحوال خاصة كما هو الحال مثلاً فى الغيـر صاحب المركز الحقيقى الذى ينصرف إليه أثر اتفاق التحكيم الذى أبرمه مـن يظهـر بمظهـر صاحب هذا المركز ، وكما هو الحال فى المشترط لصالحه ، فهو ينصرف إليه أثر اتفاق التحكيم الذى يبرمه أطراف العقد المتضمن الإشتراط ، وأيضا كما هو الحال فى أفراد مجموعة الشركات عندما يقوموا بعملية اقتصادية واحدة وتكون إحداها وحدها مرتبطة مع شخص خارج المجموعـة بعقد يتضمن شرط تحكيم يتعلق بهذه العملية . وفى خارج هذه الدائرة لايكون اتفاق التحكيم ملزما للأغيار حتى ولو كان التحكيم يتعلق بحق يدعونه لأنفسهم أو يمس مصالحهم ، وهم لذلك لايفيدون من التحكيم ولايكون لحكم التحكيم أثر بالنسبة لهم .

وبالتالى يكون لهم دائما الإلتجاء إلى القضاء لحماية مايدعونه من حقـوق أو مصـالح ، ولذلك فإنه وفقا لهذا الرأى من الفقه فإن نطاق خصومة التحكيم من حيث الأشخاص يكون دائمـا محكوما باتفاق التحكيم ، أى أن الطرف فى خصومة التحكيم سواء كان محتكم أو محتكم ضـده (المدعى او المدعى عليه) ، لابد أن يكون من بين من ينصرف إليهم أثر اتفاق التحكيم ، أو كان من الغير الذين يمتد إليهم أثره استثناء من الأصل العام .

وبالتالى إذا وجهة دعوى التحكيم إلى أحد ممن لاينصرف إليهم أثر اتفاق التحكيم كان له أن يدفع بعدم نفاذ اتفاق التحكيم فى مواجهته ، وأن يلجأ إلى القضاء مدعيا بحقـه ، وإذا صـدر الحكم ، فإن هذا الحكم لم يكن حجة عليه ، وإذا وجه أى من هؤلاء طلب التحكيم إلى أحد أطرافه. ومع ذلك فإنه يوجد هناك جانب من الفقه لازال يتمسك بثبات خصـومة التحكـيم ، وذلـك لأن المحكمين يتقيدون بالنزاع محل اتفاق التحكيم – من حيث موضوعه وأشخاصـه – ولذلـك تمتع

---

[١] د/ فتحى والى – قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق –المرجع السابق – ص ٣٤١ بند ١٨٢ .

اتفاق التحكيم كان لمن وجه إليه الطلب أن يدفع بعدم انصراف أثر اتفاق التحكيم [١].

الخصومة أمامهم بقدر من الثبات ، ولايجوز تقديم طلبات عارضة من أى خصم من الخصوم إلا باتفاق باقى الخصوم على ذلك ، أيضا ووفقا لهذا الرأى أيضا فإنه لايجوز تدخل الغير أو إدخاله فى خصومة التحكيم ، إلا إذا وافق الأطراف جميعا على ذلك ، أو أن يكون هناك نص فى اتفاق التحكيم يتفقوا فيه على ذلك ، أوفى اتفاق لاحق يتم إبرامه بينهم جميعا ينص فيه على ذلك . ويلاحظ أن التدخل يتم بإرادة الغير ، أما بالنسبة لإدخال الغير فإنه ينبغى موافقة الشخص المطلوب إدخاله فى خصومة التحكيم على هذا الإدخال ، بالإضافة إلى موافقة أطراف اتفاق التحكيم عليه وأيضا موافقة هيئة التحكيم [٢] .

مما سبق يتضح لنا أن خصومة التحكيم وفقًا للفقه التقليدي هى خصومة خاصة تنشأ عن اتفاق التحكيم ، فلايجوز أن يكون طرفا فيها سوى من يلزمهم هذا الإتفاق وهم الأطراف الذين تم الإتفاق بينهم ومن يمتد إليهم أثره من الخلفاء ، ومن الأغيار على التفصيل السابق بيانه عند دراسة أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير[٣]، ومع ذلك فإن أثر اتفاق التحكيم ينصرف إلى الغير وهذا هو ما اتفق عليه الفقه الحديث أيضا على امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير ، ولكن بقيود معينه سبق الحديث عنها فى الفصل الأول والثانى ، وهذا بالتبعية أدى إلى الحد من المبدأ العام وهو ثبات الخصومة وفقا للنظرية التقليدية والإتجاه إلى مبدأ تطور النزاع ، وترتب عليه أنه من الممكن دخول الغير فى خصومة التحكيم بالقياس على تدخل الغير فى الخصومة القضائية مع وجود بعض الفوارق وهى ضرورة موافقة الأطراف على ذلك وموافقة هيئة التحكيم ، ، وأيضا موافقة الغير ، وسوف نعرض فى المطلب التالى الفرق بين مفهوم الطرف فى الخصومة القضائية ، ومفهوم الطرف فى خصومة التحكيم .

---

[١] د/ مصطفى الجمال – عكاشة عبد العال– التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – المرجع السابق – ص٦٦٢ وما بعدها

[٢] د/ أحمد مليجى – قواعد التحكيم فى القانون الكويتى – دار الكتب الكويت – الطبعة الأولى – ١٩٩٦ – ص ١٧٤ .

[٣] وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض في حكمًا لها جاء فيه " أن آثار العقد وفقًا لنص ١٤٥ من القانون المدني لا تنصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفًا فيه ولم تربطه صله بأي من طرفيه سواء كانت هذه الآثار حقًا أم إلتزامًا . وإذ كان يتبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنه المشتريه قد أتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشئ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة التحكيم وإذ لم تكن الشركة الناقله طرفًا في هذا العقد وأنما تتحدد حقوقها وإلتزماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة ولا يجوز لها التمسك به عن قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين الطاعنة (المشترية) وذلك تطبيقًا لمبدأ القوة الملزمة للعقود " (نقض مدني –الطعن رقم ٥١٠ – جلسة ٢ / ١ / ١٩٧١ – مجموعة الأحكام الصادره عن المكتب الفني س ٢١ ص ١٤٦) .

المطلب الثانى
اتجاهات القضاء بالنسبة لمفهوم الغير
فى الخصومة

بعد أن تعرفنا على آراء الفقه بالنسبة لمفهوم الغير فى الخصومة القضـــائية وخصـــومة التحكيم ، فكان لابد لنا أن نتعرف على اتجاهات القضاء بالنسبة لكلا من الخصومتين القضـــائية والتحكيمية وذلك على التفصيل الآتى :

الفرع الأول
اتجاهات القضاء بالنسبة لمفهوم الغير فى الخصومة القضائية

سوف نعرض لإتجاهات القضاء بالنسبة لمفهوم الغير وتدخله وإدخالـــه فـــى الخصـــومة القضائية وذلك باستعراض بعض أحكام القضاء وذلك على النحو التالى :

١- قضت محكمة النقض على أنه فى حالة الوفاء من الغير المبرئ لذمة المدين شرطه اتجاه إرادة الموفى للوفاء بدين المدين ومن ثم قضت على أنه (يجوز للغير المستأجر أن يقـــوم بدفع الأجرة المستأجرة ، كما أن الغير الذى وفى عن المدين متى اتجهت إرادته للوفـــاء بالـــدين الذى يوجد على المدين ، تم إبراء ذمة المستأجر من الدين) .[١]

من خلال هذا الحكم نجد أن القاعدة هى أن قضاء محكمة النقض استند إلى الأخذ بمفهوم نص المادة ٣٢٣ من القانون المدنى التى تنص على أن (الوفاء بالدين يصح من أى شخص لـــه مصلحة فى الوفاء به ، ، وهذا الوفاء من شأنه إبراء ذمة المدين من الدين وذلك متى اتجهت إرادة الموفى إلى الوفاء بدين الغير) والذى يؤخذ من نص هذه المادة التى استند عليها الحكم هو أنـــه لابد من توافر شرط المصلحة بالنسبة للغير ، بمعنى أنه إذا كان هناك مصلحة تعود على الغيـــر من تدخله فى الخصومة القضائية ، فى هذه الحالة فإنه يتم له السماح بالتدخل فى الخصومـــة

---

[١] وتطبيقًا لذلك صدر حكمًا من محكمة النقض بأن " الوفاء من الغير المبرئ لذمة المدين – شـــرطه – اتجـــاه إرادة الموفي للوفاء بدين غيره .القاعدة : المقرر في قضاء محكمة النقض أخذًا بمفهوم نص المـــادة ٣٢٣ مـــن القانون المدني يصح من أي شخص له مصلحة في الوفاء به وهذا الوفاء من غير شأنه إبراء ذمة المدين من الدين متى اتجهت إرادة الموفي إلى الوفاء بدين الغير ، ومن ثم فإنه يجوز لغير المســـتأجر أن يقـــوم بـــدفع الأجـــرة المستأجر متى أتجهت إرادة هذا الغير للوفاء بالدين وإبراء لذمة المستأجر فيها " . (الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٦٧ ق – جلسة ١٣ / ١ / ١٩٩٩) .

لتحقيق مصلحة خاصة به [١] .

٢- وفى حكم آخر لمحكمة النقض نصت فيه على أن (البنك الذى يعهد إليه العميل ، الذى يتعامل معه بتحصيل حقوقه لدى الغير ، والثابتة فى المستندات و الأوراق ، فإن عليه أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد وذلك حسبما نصت المادة ٢/٧٠٤ من القانون المدنى) [٢] .

٣- أيضا قضت محكمة النقض فى حكم لها نصت فيه على أن (شرط قبول الخصومة أمام القضاء هو قيام نزاع بين أطرافها على الحق موضوع التقاضى حتى تعود على المدعى مصلحة من اختصام المدعى عليه للحكم بطلباته) [٣] .

من هذا الحكم يتبين لنا أن شرط المصلحة من الشروط الأساسية فى الخصومة القضائية حتى تسمح المحكمة باختصام الطرف المراد إدخاله فى الخصومة [٤].

٤- أيضًا وفى حكم لمحكمة النقض حيث نصت فيه على أنه (لايكفى فيمن يُختصم فى الطعن أن يكون طرفا فى الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، بل يجب أن يكون قد نازع خصمه فى طلباته ، وأن تكون له مصلحة فى الحكم المطعون فيه عند صدوره ، فإن كان لم توجه إليه طلبات ولم يُقضى له أو عليه بشى ، فإن الطعن يكون بالنسبة له غير مقبول ، لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدهما الخامسة والسادسة ليست لهما طلبات فى الدعوى ولم يُحكم لهما أو عليهما بشئ ، ولم تتعلق أسباب الطعن بهما ، فلا يكون للطاعن

---

[١] الطعن رقم ٣١٨ – جلسة الثالث عشر من يناير سنة ١٩٩٩ – لسنة ٦٧ قضائية – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى – الدائرة المدنية .

[٢] نص المادة ٧٠٤ /٢ من القانون المدنى على أنه [إذا كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد] . (الطعن رقم ١٦٤٠٣ – جلسة الثانى من يناير سنة ٢٠١٣ – سنة ٧٩ قضائية – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى – الدائرة المدنية غير منشور) .

[٣] الطعن رقم ٢١٦٥ – جلسة الثانى عشر من ديسمبر – سنة ٢٠١٢ – سنة ٦٢ قضائية – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى الدائرة المدنية – غير منشور .

[٤] وتطبيقًا لذلك صدر حكمًا من محكمة استئناف القاهرة بأنه " إن الخصومة لا تكون إلا بين من كانوا أطراف في دعوى البطلان التى فصل فيها حكم التحكيم المطعون فيه بالبطلان وقضى على أي منهم بشئ وحتى يتوافر شرط المصلحة الشخصية والمباشرة والقائمة التى يقرها القانون واللازم لقبول الدعوى بصفة عامة عملًا بنص المادة الثالثة من قانون المرافعات – خاصةً أنه وإن كان التحكيم هو في الأصل وليد إرادة الخصوم إلا أن أحكام المحكمين كما هو الشأن بالنسبة لأحكام القضاء العادي تحوز حجية الشئ المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى الحجية طالما بقي الحكم قائمًا والأصل في تلك الحجية أنها نسبية لا يضار ولا يقيد بها غير الخصوم الحقيقين " . (الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٢٢ ق – أستئناف القاهرة – الدائرة ٩١ تجاري – جلسة ٢٩ / ١١ / ٢٠٠٥ – مجلة التحكيم العربي – العدد التاسع – أغسطس ٢٠٠٦ – ص ٢٨١) .

مصلحة فى اختصامهما فى الطعن بالنقض ويتعين عدم قبول الطعن بالنسبة لهما) [١].

ومن خلال هذا الحكم نجد أنه لكى يُقبل أختصام شخص فى الدعوى لابد أن يكون هنـــاك مصلحة للطاعن من اختصام الغير فى الدعوى وإلا يكون طعنه لافائدة له بل يكون فيه إضـــرار بالغير وهذا أدى إلى أن يكون حكم محكمة النقض هو رفض الإختصام ويصبح هذا مبـــدأ مـــن المبادئ التى يتم استخلاصها من أحكام محكمة النقض حيث أن هذا الحكم هو على سبيل المثـــال وهناك أحكام كثير ة تنص على هذا المبدأ وهو ضرورة وجود مصلحة لأحد الطرفين سواء كان المختصم أو الذى يريد الدخول فى الخصومة القضائية .

٥- فى حكم آخر لمحكمة النقض الدائرة التجارية قضت فيه فى دعوى بخصوص إدخال خصوم فى الدعوى حيث قضت بأنه (إن طلب المدين إدخال المدنيين المتضامنين مع الرجـــوع عليهم بما يؤديه من الدين كل بقدر نصيبه ويتعين على المحكمة إجابته إلى طلبه وتأجيل الدعوى لإدخال باقى المدنيين ، إذا كان المدين قد كلفهم بالحضور خلال ثمانية أيام مـــن تـــاريخ رفـــع الدعوى عليه من الدائن وذلك إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقضى قبل الجلســـة المحـــددة لنظر الدعوى) [٢] .

---

[١] الطعن رقم ٢١٦٥ – جلسة السابع عشر من فبراير ٢٠١٢ – سنة ٦٢ قضائية – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى ، الدائرة المدنية ، حكم غير منشور .

[٢] الطعن رقم ١٠١٣٢ – جلسة الخامس من نوفمبر ٢٠١١ – سنة ٧٨ قضائية – مجموعـــة أحكـــام الـــنقض الصادرة عن المكتب الفنى – منشور على شبكة الأنترنت في أحكام محكمة النقض – موقع محكمة النقض .

– وقد صدر حكمًا أخر من محكمة النقض بأنه " ماهية إدخال المتضامنين مع المدين في خصومة التحكـــيم : إذا كان الطاعن قد تمسك بدفاعه محل النعي أمام محكمة الاستئناف بأن رفض طلبه بإدخال باقي البائعين المتضامنين معه في خصومة التحكيم يخالف المقاصد الكبرى للقانون المصري المتعلقة بالنظام العام التي تقضي بحفظ حقوق المدينين المتضامنين وعدم تحميل أحدهم بأكثر من نصيبه ، وهو دفاع – إن صح – قد يغير به وجه الرأي فـــي الدعوى إلا أن الحكم المطعون فيه لم يسقطه حقه في البحث والتمحيص وواجهه بأن الدعوى التحكيمية ليست من الدعاوى التي يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين وانتهى إلى رفض طلبه ورتب علـــي ذلـــك قضـــاءه بإلزامه بالمبلغ المقض به مما حجبه عن بحث ما إذا كان طلبه لاتخاذ إجراءات الإدخال في الـــدعوى التحكيميـــة ومدى مساسه بأحد المبادئ الأساسية في التقاضي المتعلقة بالنظام العام ، فجاءت أسباب الحكـــم المطعـــون فيـــه الوافيه – مبهمة وقاصرة تعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون مما يعيبـــه " . (حكـــم محكمـــة النقض – الطعن رقم ١٠١٣٢ لسنة ٧٨ ق – جلسة ١١ / ٥ / ٢٠١٠ – مجلة التحكيم العربي – العـــدد الســـابع عشر – ٢٠١١ – ص ٢٣٧ ، ٢٣٨) .

٦- أيضًا قضت محكمة النقض الدائرة المدنية (بأن طالب التدخل الهجومى لا يعتبر خصمًا فى الدعوى الأصلية أو طرفا فى الحكم الصادر فيها ، وذلك إذا ما قُضى بعدم قبول تدخله أو رفض طلباته ، فإن لازم ذلك قانونا عدم اندماج خصومتى التدخل والدعوى الأصلية واستقلال كل منهما عن الأخرى فى كافة الآثار ومنها المصروفات القضائية شاملة الرسوم القضائية وهو مانصت عليه المادة ١٧٨ من قانون المرفعات من الحكم بمصاريف التدخل على المتدخل الهجومى إذا ما حُكم بعدم قبول تدخله أو رفض طلباته) [١] .

٧- أيضا فى حكم آخر لمحكمة النقض قضت فيه بأنه (يترتب على التدخل سواء كان للإختصام أو الإنضمام لأى طرف أطراف الخصومة أن يصبح المتدخل طرفا فى الدعوى ويكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه) [٢] .

٨- أيض قضت محكمة النقض (أن تمسك طالبى التدخل فى دعوى صحة التعاقد بأنهم هم المالكون لحصة فى العقار المبيع ، يعد تدخلا اختصاميا يطلب فيه المتدخلون حقا ذاتيا لأنفسهم ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطا بالدعوى الأصلية) [٣] .

٩- أيضًا قضت محكمة النقض بأن نطاق التدخل الإنضمامى – على ما يتبين من المادة ١٢٦ مرافعات – مقصور على أن يُبدى المتدخل مايراه من أوجه الدفاع لتأييد طلب الخصم الذى تدخل إلى جانبه دون أن يطلب القضاء لنفسه بحق ما ، فإن طلب المتدخل الحكم لنفسه بحق ذاتى يدعيه فى مواجهة طرفى الخصومة فإن تدخله – على هذا النحو – يكون تدخلا هجوميا يجرى عليه ما يجرى على الدعوى من أحكام ، والعبرة فى وصف نوع التدخل هى بحقيقة تكيفه القانونى ، بالوصف الذى يسبغه عليه الخصوم [٤] .

---

[١] طعن رقم ٦٠١٠ – جلسة الثامن من يناير سنة ٢٠١٣ – سنة ٧١ قضائية – مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفنى – منشور على شبكة الأنترنت في أحكام محكمة النقض – موقع محكمة النقض .

[٢] الطعن رقم ٦٤٧ جلسة الثانى والعشرون من يونيه سنة ١٩٩٥ – سنة ٦١ قضائية – الجزء الثانى –ص ٩٠٧ مجموعة أحكام النقض – الصادرة عن المكتب الفنى .

[٣] الطعن رقم ٢٩٨٨ – جلسة الخامس والعشرون من نوفمبر سنة ١٩٩٣ – سنة ٨٥ قضائية – ص ٢٨٧ – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى .

[٤] وتطبيقًا لذلك صدر حكم من محكمة النقض بأنه " ولما كان ذلك ، وكانت الدعوى قد رفعت إبتداء من المطعون عليه الأول على الطاعن بطلب إلزامه بأن يدفع له ولأسرته مبلغ ثمانين ألف جنيها تعويضا عن موت أبيه ، وفى أثناء الدعوى أمام محكمة أول درجة تدخلت المطعون عليها الثانية عن نفسها ، وبصفتها هى=

١٠- وفى حكم لمحكمة النقض قضت فيه بأنه (يتمسك طالبى التدخل فى دعوى صحة التعاقد بأنهم هم المالكون لحصة فى العقار المبيع يعد تدخلا إختصاميا يطلب به المتدخلون حقا ذاتيا لأنفسهم ، ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطا بالدعوىالاصلية) [١] .

وبناءً عليه ومن خلال تحليل هذه الأحكام السابقة يتبين لنا أن تدخل الغير فى الخصومة سواء كان تدخلا انضماميا أو اختصاميا ، ووفقا للقواعد العامة فى قانون المرفعات ، وأيضا من المبادئ التى تم استخلاصها من هذه الأحكام ، لابد من توافر شرطى المصلحة والإرتباط ، أى أنه لابد أن يكون للغير مصلحة من هذا التدخل ، وفى نفس الوقت يكون هناك إرتباط بين الحق المطلوب الدفاع عنه وبين الحق موضوع الدعوى الأصلية .

الفرع الثانى

اتجاهات القضاء بالنسبة لمفهوم الغير فى خصومة التحكيم

سلك القضاء اتجاهًا حديثًا فى نظرته إلى خصومة التحكيم حيث أنه مع تأكيده على أن نظام التحكيم ينشأ من خلال اتفاق الأطراف فيما بينهم على التحكيم ، وأنه يتم وفقا لإرادتهم الحرة [٢].

= والمطعون عليها الثانية عن نفسها وبصفتها هى والمطعون من الثالث حتى الأخير وطلبوا الحكم لهم جميعا على الطاعن بالتعويض وقدره ثمانون ألف جنيها ، وذلك بوصفهم باقى أسرة المتوفى التى أضيرت بوفاته فإن المتدخلين يكونون قد طلبوا لأنفسهم بحق ذاتى هو اختصامهم فى التعويض المطلوب فى مواجهة أطراف الخصومة الأصلين وبالتالى يكون هذا التدخل بحسب ما استقرت عليه الطلبات ، تدخلا هجوميا يسرى عليه ما يسرى على الدعوى نفسها من أحكام " . (الطعن رقم ٤٨٥٤ – جلسة الرابع عشر من ديسمبر سنة ١٩٩٧ – لسنة ٦١ قضائية – مجموعة أحكام النقض الصادرة عن عن المكتب الفنى) .

[١] الطعن رقم ٢٩٨٨ جلسة الخامس والعشرون من نوفمبر سنة ١٩٩٣ – سنة ٥٨ قضائية – ص ٢٧٨ – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى .

[٢] وتطبيقًا لذلك صدر حكمًا في أحدى الدعاوى التحكيمية بأنه " استقر القضاء والفقه على أن التحكيم في الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا في النزاع دون المحكمة المختصة به فبمقضى التحكيم يترك الخصوم الإلتجاء إلى القضاء مع إلتزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم ، والدلالة على ذلك يجيز التحكيم بقدر التيسير على الخصوم لتفادي الإجراءات القضائية وتوفير الوقت والجهد فالمحتكم باتفاقه على التحكيم لا ينزل عن ضمانه قانونية أو حقه في الإلتجاء إلى القضاء ، وإلا فإن المشرع لا يقر بهذا النزول ولا يقره ، أو أن الحق في الاتجاء إلى القضاء هو من الحقوق المقدسة ، المتعلقة =

= بالنظام العام ، وبالتالي فإرادة المحتكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع ، فالعدالة تفرض على الخصوم سواء بمقتضى المحكمة أو بمقتضى المحكم ، ويحسم النزاع بمقتضى حكمها أو حكمه .

ويكون في الحالتين قابلًا للتنفيذ الجبري ، والمحكم يعمل على أستقلال دون تبعيه لأحد من أطراف التحكيم مثله في ذلك مثل القاضي ، ولا يجوز التوسع في التحكيم وبعبارة أخرى يجب أن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات الخاصة بالتحكيم ، فالتحكيم جزئي في نطاقه ، نسبي في أثره ، وهو مقصور على ما اتفق بصدده من منازعات ولا يسري إلا بالنسبة إلى طرفيه وخلفهم ، ومن ثم فإن التحكيم له أثران أحداهما سلبي وهو حرمان أطراف العقد من الإلتجاء إلى القضاء بصدد الخصومة التى اتفقوا فيها على التحكيم ، والأخر إيجابي وهو فصل الخصومة بطريق التحكيم والأعتداد بالحكم الصادر فيه واعتباره كأنه قد صدر من المحكمة المختصة أصلًا بنظر النزاع " . (الدعوى التحكيمية رقم ١٧٣ لسنة ٢٠٠٠ – جلسة ١٤ / ١٢ / ٢٠٠٠ – مركز القاهرة الأقليمي – العدد الرابع – أغسطس ٢٠٠١ – مجلة التحكيم العربي – ص ٢١١) .

– وتطبيقًا لذلك قضي بأن "**نطاقة اتفاق التحكيم يشمل نظر المنازعات الناشئة عن مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة** .نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدنى على أنه لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتبادل أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف العدالة بحيث طبيعة الإلزام .

ويقصد بالمستلزمات على نحو ما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى أن المشروع أخذ بجانب معيار المتعاقد ، بمعيار مادى هو عرف التعامل وليس ثمة عقود تحكم منها المبانى دون المعانى .

ومقصود الفقرة الثانية سالفة الذكر هو معالجة تحديد مضمون العقد الذى يتعين ألا تقتصر على ما ورد ذكره فيه بشأن عين النزاع وإنما يشمل أيضاً ما يكون من ملحقاته التى لا تكتمل منفعتها إلا به وأنه من خلال الإتفاق من تحديد الملحقات وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء وإتباع العرف دون التقيد بوسيلة بصفتها من وسائل الأثبات لأن هذه الأمور تعد من قبيل الواقع المادى الذى يجوز إثباته بكافة الطرق

ولما كان العقد موضوع النزاع إنما يتعلق بتطوير وتعديل عين تملكها المالكة فإن مستلزمات هذا العقد تدخل بالضرورة فى نطاقه ومضمونه ومن ثم يعد الخلاف المثار بشأنها داخلا فى نظام هذا العقد بمثابة تشتمل بنوده على شرط التحكيم الوارد فيه ومن ثم تخص هيئة التحكيم بنظر النزاع المتعلق بمستلزمات هذا العقد ولا تعد خارجة عن اتفاق المقاولة محل التحكم .

(القضيتان رقما ٧٠٣،٩٦٤ لسنة ٢٠١٠ واللتان صدر فيهما حكم التحكيم بتاريخ ٧ / ٤ / ٢٠١١ مركز القاهرة الدولى– مجلة الحكم العرب – العدد السادس عشر يونيو ٢٠١١ ص ٢٠٧، ٢٠٨) .

– وكذلك قضي بأن " **تحديد موضوع النزاع فى بيان الدعوى** " جرى نص المادة العاشرة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الألتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية وأنه فى اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض =

وسوف نعرض لأهمية دور الإرادة فى خصومة التحكيم وذلك مع تقدم العملية التحكيمية من خلال الإستناد إلى العمل القضائى الذى يقوم به المحكم وبالإضافة إلى المصلحة العامة التى يحققها التحكيم فى النظام القانونى للمجتمع ، ونجد ذلك من خلال مجموعة من الأحكام القضائية التالية على سبيل المثال وليس الحصر .

١- ذهبت محكمة النقض فى حكم لها بخصوص الإدخال فى خصومة التحكيم حيث قضت (بأنه يتحدد نطاق خصومة التحكيم بأطراف الإتفاق على التحكيم فلا يجوز لأى من الخصوم أن يختصم أمام هيئة التحكيم من ليس طرفا فى الإتفاق مالم يكن من الغير الذى يمتد إليهم هذا الإتفاق سواء كان هذا الإختصام ابتداء أو بإ دخاله فى الخصومة من ليس طرفا فى اتفاق التحكيم أو يمتد إليه الإتفاق فإن له أن يطلب إخراجه منها) [١] .

يتبين لنا من هذا الحكم أن محكمة النقض أرست مبدأ هام وهو أنه لايدخل فى خصومة التحكيم من لم يكن طرفا فى اتفاق التحكيم ، أو يمتد إليه هذا الإتفاق ، وإذا دخل شخص من الغير لم يكن طرفا فى اتفاق التحكيم فإن الأطراف من حقهم المطالبة بإخراجه من الخصومة .

٢- وأيضا فى حكم آخر لمحكمة النقض بخصوص إدخال خصوم فى خصومة التحكيم قضت فيه بأنه (إذا كان الطاعن قد تمسك بدفاعه محل النقض أمام محكمة الإستئناف لأنه تم رفض طلبه إدخال باقى البائعين المتضامنين معه فى خصومة التحكيم وهذا يخالف المقاصد الكبرى للقانون المصرى المتعلقة بالنظام العام التى تقضى بحفظ حقوق المدنيين المتضامنين وعدم تحميل أحدهم بأكثر من نصيبه وهو دفاع – إن صح – قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى . إلا

= المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين بتحديد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليها فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠ من هذا القانون " . حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة (٧) فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢٣ ق تجارى القاهرة , جلسة ٩ يونيو ٢٠٠٩ – مجلة التحكيم العربى العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢١٨)

– وأيضًا قضى بأن : " **التزام الحكم التحكيمى بما ورد فى الطلبات** : حددت الشركة المحتكمة فى بيان دعواها طلباتها فى مواجهة المحتكم ضدها والتزم بذلك الحكم فى قضائه حدود تلك الطلبات وهو يستقيم فى معناه مع العبارة التى وردت باتفاق التحكيم من أنه يلجيء للتحكيم غير وقوع خلاف أو نزاع بشأن تفسير أو تنفيذ أى شرط أو حكم من شروط وأحكام العقد بما يعنيه من الإلتجاء للتحكيم لحسم كل المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين طرفى العقد بمناسبة العقد " . (حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة (٧) فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢٣ ق تجارى القاهرة , جلسة ٩ يونيو ٢٠٠٩ – مجلة التحكيم العربى – العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢١٩) .

[٢] الطعنين رقمى ٤٧٢٩ – ٤٧٣٠ – جلسة الثانى والعشرون من يونيه سنة ٢٠٠٤ – لسنة ٧٢ قضائية – مجموعة احكام النقض الصادرة عن المكتب الفنى – الدائرة التجارية .

أن الحكم المطعون فيه لم يُسقطه حقه من البحث والتمحيص ، وواجهه بأن الدعوى التحكيمية ليست من الدعاوى التى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين ، وانتهى إلى رفض طلبه ورتب على ذلك قضاءه بإلزامه بالمبلغ المقضى به ، مما حجبه عن بحث ما إذا كان طلبه لإتخاذ إجراءات الإدخال قد تم فى الميعاد المقرر للوقوف على مدى لزوم هذا الإدخال فى الدعوى التحكيمية ومدى مساسه بأحد المبادئ الأساسية فى التقاضى المتعلقة بالنظام العام ، فجاءت أسباب الحكم المطعون فيه الواقعية مبهمة وقاصرة ، بحيث تعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون) [١] .

يتضح لنا من هذا الحكم أنه لابد من موافقة الخصوم على إدخال الغير فى خصومة التحكيم ولابد أن يتم إخطار الشخص الذى يريدون إختصامه فى الدعوى حتى يستطيع الدفاع عن حقوقه فى الدعوى .

٣ – أيضا قضت محكمة استئناف القاهرة الدائرة التجارية (بأن ولاية هيئة التحكيم مستمدة من اتفاق التحكيم وأن هذا الإتفاق نسبى الأثر ولهذا لايمكن إلزام الغير أو من لايمتد إليه الإتفاق بالخضوع لسلطة المحكمين) [٢] .

من خلال هذا الحكم يتبين لنا أن اتفاق التحكيم نسبى الأثر وأنه لايمكن للغير أن يخضع لهيئة التحكيم ، وأن هذا الإتفاق لايُلزم الغير ، وأيضا أن ولاية المحكم مستمدة من اتفاق التحكيم وهذا يعتبر مبدأ من أهم المبادئ التى قررتها محكمة الإستئناف .

---

[١] الطعن رقم ١٠١٣٢ – جلسة الحادى عشر من مايو – سنة ٢٠١٠ – سنة ٧٨ قضائية – مجموعة احكام النقض الصادرة عن المكتب الفنى – الدائرة التجارية – غير منشور .

[٢] الطعن رقم ٨٩ – جلسة العشرون من سبتمبر سنة ٢٠٠٣ – سنة ١١٨ قضائية – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى – الدائرة التجارية .

– وقد صدر حكمًا أخر من محكمة النقض قضى بأن " وجوب اتفاق أطراف الخصومة على التحكيم : اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض ما يثور بين أطراف الخصومة من نزاع مرده وجود اتفاق صريح بينهما ، لما يرتبه هذا الاتفاق من أثر يحول دون اختصاص المحاكم بالفصل في المسائل التى تناولها التحكيم ، الأصل في التحكيم أنه عرض نزاع معين بين طرفيه على محكم من الأغيار يعين بإختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددونها ليفصل في هذا النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها ، لا يجوز الاتفاق على خلافها وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعًا قائمًا أو محتملًا ، فالتحكيم مصدره الاتفاق وإليه ترتد السلطة الكاملة التى يباشرها المحكمون والالتزام بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه " . (الطعن رقم ١٣٦٩ لسنة ٤٠ ق – جلسة ٢٤ / ١ / ١٩٩٩ – مجلة التحكيم العربي – العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ – ص ٢٣٤ ، ٢٣٥) .

٤- وفى حكم لمحكمة استئناف القاهرة الدائرة التجارية قضت فيه بأنه (يترتب على عدم توافر الأهلية سواء كانت أهلية الإختصام أو الأهلية الإجرائية أو عدم توافر التمثيل القانونى الصحيح ، بطلان العمل الإجرائى والتحقق ممن له صفة فى تمثيل المدعى أو المدعى عليه قانونا أو يتعلق بالنظام العام ، ويجب أن تتحقق منه هيئة التحكيم من تلقاء نفسها) [١] .

يتضح لنا من هذا الحكم أنه لابد أن يتوافر فى المحكتم والمحتكم ضده أهلية الإختصام وأيضا الأهلية الإجرائية [٢]، وإلا تعرض هذا العمل الإجرائى للبطلان ، أيضا يجب لصحة إجراءات الخصومة ، ليس فقط أن يقوم بها طرف لديه أهلية التقاضى أو يقوم بها ممثله القانونى ، بل يجب أن تتوافر هذه الأهلية أيضا فى الطرف الآخر الموجه إليه العمل أو الذى يُعلن به . وهذا أمر يتعلق بالنظام العام تتحقق منه هيئة التحكيم من تلقاء نفسها .

٥- وفى حكم آخر لمحكمة استئناف القاهرة قضت فيه بأنه (إذا تم إدخال الغيرالذى ليس طرف فى اتفاق التحكيم دون موافقته وموافقة الطرف الأخر وصدر الحكم ضده فإن الحكم يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام لصدور الحكم دون وجود اتفاق تحكم بالنسبة للشخص المدخل مما يُعتبر عدوانا على ولاية المحكم) [٣] .

---

[١] طعن رقم ٤٤ – جلسة التاسع والعشرين من سبتمبر سنة ٢٠٠٣ – سنة ١٢٠ قضائية – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى .

[٢] وتطبيقًا لذلك قضي بأن : " **الصفة الموضوعية لطرفى الحق:** إن المصلحة الشخصية المباشرة لرافع الدعوى هى صفته فى رفعها ويوردها بعض فقهاء المرافعات كشرط مستقل ولا يرون أن تكون وصفاً لشرط المصلحة وقد قضت محكمة النقض بأنه يلزم لقبول الدعوى الصفة الموضوعية لطرفى الحق بأن ترفع ممن يدعى استحقاقه لهذه الحماية وضد من يراد الإحتجاج بها عليه .

كما قضت بأنه يلزم توافر الصفة الموضوعية لطرفى هذا الحق بأن ترفع الدعوى ممن يدعى استحقاقه لهذه الحماية وضد من يراد الاحتجاج عليه بها . كذلك قضت بأن استخلاص الصفة مما يستقل به محكمة الموضوع . (القضية التحكمية رقم ٣٠٢لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٩ مركز القاهرة الأقليمى مجلة التحكيم العربى – العدد السادس –أغسطس ٢٠٠٣ ص ١٦٣) .

– كذلك قضي بأن : " المحامى لا يعتبر طرفاً فى الخصومة التى وكل فيها لأن طرف الخصومة هو الخصم الذى يمثله المحامى وذلك وفقاً للمادة ٣ بند ٦ فقره ٣ من قواعد وإجراءت غرفة التجارة الدولية بباريس " .

(حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٥٠تجارى جلسة ١٩٩٦/٦/٢٥ فى الاستئناف رقم ٤٥ لسنة ٩٥ تحكيم – مجلة التحكيم العربى العدد الرابع – اغسطس ٢٠٠١ ص ٢١٠) .

[٣] الطعن رقم ٣٨ – جلسة الخامس من يونيه سنة ٢٠٠٢ – سنة ١١٨ قضائية – مجوعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى – الدائرة التجارية رقم ٦٢ .

يتبين لنا من هذا الحكم أن الغير الذى لم يكن طرفا فى اتفاق التحكيم ، لكى يتم إدخاله فى الخصومة لابد من موافقته ، وأيضًا موافقة الطرف الآخر ، وإذا صدر حكم ضده كان هذا الحكم باطلا وهذا البطلان متعلق بالنظام العام وذلك لأنه صدر دون وجود اتفاق تحكيم .

٦- وفى حكم آخر لمحكمة استئناف القاهرة قضت فيه على أنه (إذا كان الإتفاق على التحكيم متعدد الأطراف وبدأت خصومة التحكيم بين طرفين ، فإنه لايوجد ما يمنع طرف من أطراف اتفاق التحكيم من أن يتدخل منضما إلى أحد الطرفين فى طلبات الدعوى التحكيمية إذا كانت له مصلحة فى هذا وذلك وفقا لنص المادة ١٢٦ مرافعات) التى تنص على أنه يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم أوطالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى) ، وذلك لأن المتدخل انضماميا لايطالب بحق له ، ويقتصر دوره على مساعدة من تدخل إلى جانبه ، فهو مجرد طرف تابع له ، ومن ناحية آخرى فإن الطرف فى اتفاق التحكيم الذى لم يدخل فى الخصومة له أن يتدخل فيها تدخلًا هجوميًا أو انضماميًا ، وذلك دون حاجة إلى موافقة طرفى الخصومة ، لأنه طرف فى اتفاق التحكيم) [١] .

من هذا الحكم يتضح لنا أنه فى حالة اتفاق التحكيم المتعدد الأطراف يحق لكل طرف من أطراف اتفاق التحكيم أن يتدخل فى خصومة التحكيم سواء كان هذا التدخل إنضماميا أو هجوميا وذلك دون موافقة أى من الأطراف الآخرين ، طالما كان له مصلحة من ذلك الإدخال .

المبحث الثانى

التفرقة بين الخصومة القضائية وخصومة التحكيم

تمهيد وتقسيم :

الخصومة القضائية هى عبارة عن مجموعة من الإجراءات القضائية التى يقوم بها القاضى وأعوانه والخصوم وممثلوهم – وأحيانا الغير– والتى ترمى إلى إصدار قضاء يحقق الحماية للموضوع المطالب به ، وذلك لأنها هى الوسيلة التى يجرى بواسطتها التحقق من توافر الحق فى الدعوى للمدعى ، ولذلك فإن شروطها تختلف تماما عن الروابط اللازم توافرها فى هذا الحق .

---

[١] الطعنين رقمى ٨٢ – ٨٣ – جلسة السابع والعشرون من يوليو سنة ٢٠٠٣ – جلسة السادس من فبراير سنة ٢٠٠٣ – سنة ١١٩ قضائية – ١٢٠ قضائية – مجموعة الأحكام الصدرة عن المكتب الفنى الدائرة التجارية رقم ٩١ .

وقد عرفها جانب من الفقه بأنها الحالة القانونية التى تنشأ منذ رفع الدعوى ، كما يُقصد بها أيضا مجموعة الإجراءات التى تبدأ من وقت إيداع صحيفة الدعوى فى قلم الكتاب إلى حين صدور الحكم في موضوعها أو انقضائها بغير حكم فى الموضوع [١] .

وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها عبارة عن مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة ، يقوم بها الخصوم أو ممثلوهم والقاضى وأعوانه ، وذلك وفقا لنظام معين يرسمه قانون المرفعات ، تبدأ بالمطالبة القضائية وتسير بغرض الحصول على حكم فى الموضوع [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن الخصومة (هى وسيلة قانونية للحصول على حماية القضاء ، وتُعد فى ذات الوقت وسيلة لمباشرة وظيفة القضاء ، حيث أنه لا قضاء إلا في وجود خصومة ولا خصومة بغير دعوى يُقيمها مدعيها ويُحدد طلباته فيها) [٣] .

أما خصومة التحكيم فهى اتفاقية النشأة ، اتفاقية المسير، اتفاقية المصير[٤] وقد عرفها

---

[١] فالخصومة ظاهرة مركبة من حيث تكوينها ، فهى عبارة عن مجموعة من الأعمال القانونية الى تُتخذ أمام القضاء ، الإجراء الأول فيها هو المطالبة القضائية ، ثم تتابع إجراءات الخصومة الواحدة تلو الأخرى حتى تصل إلى نهايتها الطبيعية ، أى حتى يصدر الإجراء الأخير فيها وهو الحكم فى موضوعها ، وإن كانت تنقضى أحيانا دون صدور هذا الحكم لأسباب مختلفة مثل الصلح بين أطراف الدعوى أو سقوط الخصومة ، فالخصومة تتكون من الإجراءات أو الأعمال الإجرائية للمزيد من التفاصيل يُنظرد/ أحمد هندى – أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية – طبعة ٢٠٠٦ – دار الجامعة الجديدة –ص ٢٦٧ ومابعدها .

[٢] د/ وجدى راغب – مبادئ الخصومة المدنية – الطبعة الأولى – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى – ص ٥ . وقد عرفها جانب آخر من الفقه بأنها عبارة عن مجموعة الأعمال الإجرائية الصادرة من الخصوم والقاضى وأعوانه والغير والتى تكون وسطا إجرائيا يكون بمثابة الإطار العام الذى يحيا بداخله مشروع القرار القضائى الذى يسمى حكما والذى سوف يصدر فى نهاية الخصومة منهيا إياها ، ولا يُتصور وجود قيام الخصومة إلا باتخاذ الأعمال الإجرائية التى حددها المشرع كمفترض ضرورى لوجودها .

– للمزيد من الفاصيل أنظر د/ نبيل اسماعيل عمر – الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية – طبعة ٢٠٠٥ – دار الجامعة الجديدة – ص ٣٧٩ .

[٣] الطعن رقم ١٨٨٦ – جلسة الواحد والعشرون من يونيو – ١٩٨٠ – سنة ٤٩ قضائية – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى .

[٤] د/ طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم –٢٠٠٩ – دار الجامعة الجديدة – ص ١٠ .

– بالإضافة إلى ذلك فإن خصومة التحكيم تختلف عن الخصومة القضائية وذلك لتحررها من الشكليات والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات إلا أنها مقيده ببعض المبادئ الأساسية الواجب أتباعها وهي ضمانات التقاضي التي يجب الإلتزام بها ، حتى يكون الحكم التحكيمي صحيحًا وغير معرض للطعن عليه بالبطلان .

أيضًا هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات المتتالية من الأعمال الإجرائية التي يتم مباشرتها أمام هيئات التحكيم وذلك بواسطة كلًا من الأطراف وهيئة التحكيم بهدف الوصول إلى الحكم التحكيمي في أقل وقت .

جانب من الفقه بأنها هى عبارة عن مجموعة من الإجراءات المتشابكة تتم خلال فترة زمنية معينة ، وهى تهدف إلى الوصول إلى الحق المطلوب فى الدعوى ، عن طريق إصدار الحكم فيها [١] .

وقد عرفها البعض الآخر بأنها هى مجموعة من الأعمال الإجرائية التى يتفق عليها الخصوم أو يحددها المحكم والتى تهدف إلى إصدار قضاء يفصل فى موضوع الحق المتنازع عليه بين الخصوم [٢] .

<u>– تعريف خصومة التحكيم فى قوانين دول الخليج العربى :</u>

الخصومة القضائية هى عبارة عن مجموعة من الإجراءات المتتالية التى يقوم بها الأطراف فى الخصومة أو ممثليهم ويساعدهم فى ذلك القاضى باعتباره شخصا من أشخاص الخصومة ، ولكنه ليس طرفا فيها ، وذلك وفق للقوانين الإجرائية ، تنتهى بصدور حكم فى موضوعها ، وهى قد تنتهى بغير حكم فى الموضوع [٣] .

وخصومة التحكيم لاتخرج عن هذا التعريف فهى عبارة عن مجموعة من الإجراءات المتتابعة التى يقوم بها أطراف الخصومة أو ممثليهم ويساعدهم فى ذلك هيئة التحكيم ، وذلك وفقا لما اتفق عليه الأطراف فى اتفاق التحكيم ، وهذه الخصومة تنتهى بصدور الحكم فى موضوعها ، إلا أن خصومة التحكيم تكون أكثر مرونة من الخصومة القضائية ، وذلك لأن الأطراف هم الذين يختاروا إجراءات خصومة التحكيم حسب رغبتهم وأيضا يختارون القانون الواجب التطبيق فى اتفاق التحكيم ، وفى حالة عدم إخيارهم فإن هيئة التحكيم تختار الإجراءات الملائمة للخصومة .

وهذا هو ما نصت عليه معظم التشريعات ، ومنها التشريعات العربية ــ محل البحث ــ وسوف نقصر بحثنا على الإمارات العربية المتحدة – ودولة الكويت – ودولة البحرين . وسوف نُعرض كيفية اخيار إجراءات التحكيم فى كلا منها .

الوضع بالنسبة لقانون التحكيم الإماراتى فقد جاء فى نص المادة ١/٢١٢ حيث نصت على أنه (يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرفعات عدا ما تم النص عليه من الإجراءات

---

[١] د/ عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – الطبعة الأولى – ١٩٩٠ – مطبعة جامعة الكويت – ص ٢٣١ .

[٢] د/ محمد أبو العنين – د/ عاطف محمد عبد اللطيف – قضاء التحكيم دراسة تحليلية لإتجاهات الفقه والقضاء – الكتاب الأول – دار الكتب الزقازيق – ص ٨٢٥ .

[٣] د/ وجدى راغب – مبادئ الخصومة المدنية – المرجع السابق – ص ٥ .

– د/ أحمد مسلم – أصول المرافعات – طبعة ١٩٧٩ – دار الفكر العربى – ص ٤٩٦ .

– د/ نبيل عمر – أصول المرافعات – المرجع السابق – ص ٦٦٨ .

الخاصة بدعوة الخصوم وسماع أوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم ، ومع ذلك يجوز للخصوم الإتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم) [١] .

بالنسبة للوضع فى الكويت فقد نصت المادة ١٨٢ من قانون المرافعات الكويتى على أنه (يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى هذا الباب ومع ذلك يجوز للخصوم الإتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون ، إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما يتعلق منها بالنظام العام) [٢] .

بالنسبة للقانون البحرينى فإنه يوجد فيه قانون تحكيم داخلى وقانون للتحكيم الدولى ، أولًا : نص فى المادة ٢٣٨ من قانون التحكيم البحرينى الداخلى على أنه (يحكم المحكمون فى النزاع على أساس ما يُقدم إليهم من الخصوم وعلى المحكمين أن يُحددوا لهم موعدا لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه ودفاعهم) [٣] .

أما بالنسبة للوضع فى حالة التحكيم الدولى فى البحرين فقد نصت المادة ٢٨على الآتى (١- تفصل هيئة التحكيم فى النزاع وفقا لقواعد القانون التى يختارها الطرفان وذلك بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع . ٢- إذا لم يعين الطرفان أية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذى تقرره قواعد تنازع القوانين التى ترى الهئية أنها واجبة التطبيق . ٣- لايجوز لهيئة التحكيم الفصل فى النزاع على أساس ودى أو على مقتضى قواعد العدالة إلا أجازها الطرفان ذلك صراحة . ٤- فى جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم فى النزاع وفقًا لشروط العقد ، وتأخذ فى اعتبارها العادات المتبعة فى ذلك النوع من النشاط التجارى المنطبقة على المعاملة) [٤] .

وهكذا يتضح لنا من خلال النصوص السابقة أنها جميعا تدور فى نفس الفلك ألا وهو أن المحكم يُصدر الحكم فى الخصومة التحكيمية غير مقيد بقواعد قانون المرفعات ، ولايتقيد بالإجراءات المطولة التى ينص عليها القانون وإنما هو مقيد باتفاق التحكيم المقدم من الأطراف ، وذلك لأن الأطراف يكون لهم مطلق الحرية فى تحديد الإجراءات التى يسير عليها المحكم من

---

[١] قانون الإجراءات المدنية بالإمارات العربية المتحدة – الباب الثالث – المتعلق بالتحكيم .

[٢] قانون التحكيم الكويتى – الباب الثانى عشر – الخاص بالتحكيم – فى قانون المرافعات المدنية والتجارية .

[٣] قانون المرافعات المدنية والتجارية بالبحرين – الباب السابع – الخاص بالتحكيم .

[٤] قانون التحكيم لدولة البحرين – الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ – وفقا للقانون النموذجى .

بداية الخصومة إلى أن تنتهى بالحكم فى موضوعها [١].

---

[١] ***وتعد هذه القاعدة من أهم القواعد الحاكمة للنظام الإجرائي للتحكيم وقد صدر بشأنها العديد من الأحكام نذكر بعضها لأهميته :***

– وتطبيقًا لذلك أصدرت محكمة استئناف القاهرة حكم قضي فيه بأنه : " لا مجال لإعمال أحكام قانون المرافعات كشريعة عامة حال تضمن الشريعة الخاصة للتحكيم أحكامًا واجبة التطبيق : رفضت محكمة استئناف القاهرة دعوى بطلان حكم تحكيم محلي وما استند إليه الطاعن من وجوب تطبيق أحكام قانون المرافعات بخصوص توقيع أمين سر (كاتب الجلسة) على الحكم .

وقد أوضحت المحكمة أنه " لا مجال لإعمال أحكام قانون المرافعات كشريعة عامة حال تضمين الشريعة الخاصة أحكام واجبة التطبيق وكذلك فإنه من المقرر وفقًا لأحكام قانون المرافعات أن عدم توقيع كاتب الجلسة على الحكم لا يترتب عليه بطلان إذ أن الحكم كعمل إجرائي ليس عمل الكاتب " . (محكمة استئناف القاهرة – الطعن رقم ٨٩ لسنة ١٢٥ ق – جلسة ٢٢ / ٣ / ٢٠١٠ – مجلة التحكيم العربي – العدد الرابع عشر – يونيو ٢٠١٠ ص ٢١٧) .

وكذلك قضي بأن " قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية تعد بصفة عامة بمثابة قواعد تكميلية اختيارية يلزم بها الأطراف عند حصول التحكيم فى إطار هذه الغرفة وعدم تضمينين اتفاقهم ما يخالفها ، ولا مجال لتطبيق قواعد اجرائية أخرى .

فإذا " اتفق طرفي النزاع على أن يتم التحكيم فى إطار غرفة التجارة الدولية بباريس، وهو ما يعنى قبولهما ضمناً للإجراءات الواردة فى قواعد تحكيم هذه الغرفة (مقر قانونى تحكيمى إجرائي) على نحو تصبح معه هذه القواعد جزءًا من مضمون اتفاق التحكيم ذاته طالما لم يتفقا على خضوع تحكيمهما لقواعد اجرائية أخرى فقواعد الغرفة تعد بصفة عامة بمثابة قواعد تكميلية اختيارية يلتزم بها الأطراف عند حصول التحكيم فى إطار غرفة التجارة الدولية عدم تضمين اتفاقهم ما يخالفها

ومن ثم فإن القواعد الإجرائية الواردة فى قانون التحكيم المصرى لا تسرى على تحكيم النزاع ، وبالطبع فلا مجال لإعمال قواعد إدخال الغير فى الخصومة القضائية التى يوجبها أى قانون مرافعات قضائى وطنى " .

(محكمة استئناف القاهرة – الدائرة السابعة التجارية – القضية رقم ١٠ لسنة ١٢٣ قضائية – جلسة ٢٠١١/٣/٩ مجلة التحكم العرب – العدد السادس عشر يونيو ٢٠١١ ص ١٩٤) .

– وأيضًا قضي بأنه : " اتفاق الأطراف صراحه أو ضمناً على تطبيق القواعد الإجرائية لقانون معين أو لمركز تحكيمى ما يجعل تلك القواعد جزءاً من مضمون اتفاق التحكيم ذاته يلتزموا الاطراف وهيئة التحكيم بها إذا ما تبى الأطراف صراحه قواعد مركز تحكيم المختارة وفقاً لقواعدها التى ارتضاها الأطراف عند اختيارهم المركز – وهي كل ما يتعلق بالعملية التحكمية من إجراءات بداية من طلب التحكيم حتى صدور الحكم المهنى للنزاع .

فالقول بأن التحكيم إنما يقوم على مبدأ حرية الإرادة يعنى أن التحكيم يخضع فى مجموعه بما في ذلك حكمه لإختيار الأطراف أى وفق إرادتهم المشتركة . لذلك فإن أختيار المقر القانونى للتحكيم وإن كان يحتج محاكم تلك الدولة سلطة النظر فى شأن صحة أو بطلان حكم التحكيم ، بيد أن هذا الأختيار لا يعنى فى حد =

.....

= ذاته – بالضرورة أو التبعية – أن الأطراف اتفقوا على إخضاع إجراءات تحكيمهم للقواعد التحكمية الإجرائية النافذة فى دولة المقر .

فيجوز للأطراف دائمًا الاتفاق على إعمال قواعد إجرائية تحكمية مغايرة لقانون دولة مقر التحكيم ، سواء أكانت القواعد المختارة تشريعية أو لائحية اتفاقية فلا يوجد تلازم بين الاختصاصين القضائى بأمر صحة أو بطلان حكم التحكيم وبين النطاق الإجرائى الداخلى للدعوى التحكمية .

وقد أشارت اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكمية لسنة ١٩٥٨ إلى حق الأطراف فى الإتفاق على أختيار القانون الذى يحكم الإجراءات بخلاف قانون دولة المقر .

وحسب قانون التحكيم المصرى (المادة ٢٥) فإن التجاء الأطراف إلى مراكز التحكيم النظامى التى تطبق قواعد إجرائية خاصة بها – سواء داخل مصر أو خاجها – يعد قبولاً صريحاً من جانبهم لإعمال هذه القواعد (الائحية) بالقدر الذى لم يتبادل به الأطراف تلك القواعد بالتعديل أو التكملة .

فعند الإتفاق صراحةً على تطبيق القواعد الإجرائية لقانون معين أو لمركز تحكيمى ما ، فإن هذه القواعد المختاره – أيًا كانت – بصنع جزءًا من مضمون اتفاق التحكيم ذاته فيلتزموا وهيئة التحكيم بها مادام لم يتم الاتفاق على ما يخالفها فى أمر معين ، تنطبق القواعد المتفق عليها – صراحه أو ضمًا – بما يكفل تحقيق مصلحة الأطراف الخاصة وما يناسب ظروفهم وطبيعة النزاع المردد بينهم على ذلك ، فإذا ما تبنى الأطراف صراحة مركز تحكيم مؤسس ليحصل التحكيم تحت مظلته ولوائحه ، فهذا من شأنه أن تتولى مؤسسة التحكيم المختارة وفقًا لقواعدها التى ارتضاها الأطراف عند أختيارهم المركز – كل ما يتعلق بالعملية التحكمية من إجراءات ، بداية من طلب التحكيم حتى صدور الحكم المهنى للنزاع (مقتضى المادتين الخامسة والسادسة من قانون التحكيم) .

فى هذا الفرض يلتزم المحكم والأطراف بإعمال القواعد الإجرائية الواردة فى لوائح المركز التحكيمى أو تلك التى تم الأتفاق على تطبيقها بشرط ألا تخالف القاعدة المطبقة للقواعد الإجرائية الآمرة النافذة فى القانون الوطنى المختار .

فالأصل في التحكيم هو تطبيق المحكم لقانون الإرادة ، فالمحكم يطبق النظام الإجرائى الذى أختاره الأطراف ، وعند إشارة هؤلاء إلى قواعد إجرائية تحكمية فى دولة ما ، فإن هذه الإشارة لا تنفى سوى عدم مجاوزة الإجراءات المعمول بها فى التحكيم المطروح للقواعد الأمرة التى لا يجوز الاتفاق على خلافها فى قانون دولة المقر القانونى للتحكيم " .

(محكمة الأستئناف الدائرة (٧) تجارى – الطعون أرقام ٢٠ ، ٦٤ لسنة ١٢٨ق – ١٨٢ ،١٦ ، ٢٠ ، ٤٧ لسنة ١٢٩ ق جلسة ٢٠١٣/٤/٧ مجلة التحكيم العربى العدد العشرون يونيو ٢٠١٣ حتى ١٨٥ –١٨٦) .

– وقضي بشأن عدم التقيد بالإجراءات التي نص عليها قانون المرافعات بأن : " التحكيم طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وإذ صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية متضمناً القواعد الإجرائية الخاصة بالتحكيم من بدايتها حتى تمام تنفيذ أحكام المحكمين ، وقد أفادت المذكرة الإيضاحية لذات القانون بأن قواعد المرافعات المدنية والتجاريةلا تحقق الهدف المنشود من =

. .....

= التحكيم بما يتطلب من سرعة الفصل فى المنازعات وما ينطوى عليه من طبقة خاصة اقتضت تيسير الإجراءات ، ومؤدى نص المادة ٢٨ من قانون التحكيم المشار إليه أنه من سلطة هيئة التحكيم أن تجمع فى أى مكان تراه مناسبًا للقيام بأى إجراء من إجراءات التحكيم ومن ذلك المعاينة ، وقد خلا هذا النص من وجوب التوقيع على محضر المعاينة من كتاب إلى جانب رئيس هيئة التحكيم ولو كان المشرع قد أراد ذلك لنص عليه صراحه على نحو ما أوردته المادة ٣٦ من ذات القانون التى تخص تقرير الجزاء حيث نصت على أنه لهيئة التحكيم تعين خبير أو أكثر لتقديم مكتوب أو شفهى يثبت فى محضر الجلسة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان حكم التحكيم استناداً لنص المادة ٢٥ من قانون المرافعات والمادة ١٣١ من قانون الإثبات لبطلان المعاينة التى أجرتها هيئة التحكيم بدون حضور كاتب يحرر محضرا بالأعمال المتعلقة بها , فى حين أن ذلك لم يستوجبه قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأن هذا البطلان أثر فى الحكم لاستناده إلى المعيانية الباطلة فيما انتهى إليه من قضاء , فإن الحكم المطعون فيه بتلك الأسباب يكون معيباً بما يوجب نقضه " .

(الدائرة المدنية والتجارية – الطعن رقم ٤٧٢١ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٠٠٧/١٢/١٧ – مجلة التحكيم العربى – العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩) .

– وكذلك قضي بأن : " تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يعتبر مسألة إجرائية يتم حسمها بالرجوع إلى القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم هى فى تلك القضية قواعد المركز باعتباره القانون الحاكم لإجراءات التحكيم وفقاً لإتفاق الطرفين الصريح فى العقد موضوع النزاع .

حيث أن المادة (٣٣) من القواعد تفيد أنه فى حالة عدم إتفاق الأطراف على القانون الحاكم لموضوع النزاع , كما هو الوضع فى النزاع الماثل , فإن هيئة التحكيم تطبق القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع وفق قواعد تنازع القوانين التى تراها مناسبة مع مراعاة أن الأولوية تكون دائماً لقيود العقد موضوع النزاع وعلى أن تراعى أعراف التجارة الدولية .

وحيث أن المؤسسة المحتكمة قد طالبت فى مذكراتها بتطبيق القانون المصرى على موضوع النزاع باعتباره القانون الأقرب والأنسب من وجهة نظر المحتكمة ، كما أنه قانون مكان انعقاد هيئة التحكيم ، وحيث أنه بين من مطالعة بنود العقد موضوع النزاع أنه لم يحدد مكان إبرامه , كما يجب تحديد مكان محدد أو واحد لقيده بالنظر إلى موضوعه ، فإن هيئة الحكم ستفصل فى النزاع الماثل طبقاً لبنود العقد موضوع النزاع والذى تلتزم هيئة التحكيم بتطبيقه باعتباره شريعة المتعاقدين , مع مراعاة أعراف التجارة الدولية اعمالاً لنص المادة (٣٣) من قواعد المركز " . (القضية التحكيمة رقم ٦٧٢ لسنة ٢٠٠٩ حكم بتاريخ ٢٠١١/١٠/٥ الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الأقليمى مجلة التحكيم العربى العدد السابع عشر ٢٠١١ ص ٢٥٣) .

– وقضي بشأن الأتفاق الضمنى على القانون الواجب التطبيق بأنه : " مفهوم نص المادة ٣٩ من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ اذا لم يتفق الطرفان صراحة على تطبيق قانون دولة معينة فإن أتفاق الطرفين على أختيار بلد معين لإجراء التحكيم هو اتفاق ضمنى على تطبيق قانون محل التحكيم " . =

. .....

= (حكم محكمة استئناف القاهرة الدائة (٨) فى الدعوى رقم ٤١ لسنة ١٢٥ ق تجارى القاهرة – جلسة ١٩ يناير ٢٠٠٩ مجلة التحكيم العربى – العدد الثالث عشر ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢١٩) .

– وأيضًا قضي بشأن أثر الاتفاق علي تطبيق قواعد اليونسترال علي الاختصاص بالفصل في الدفوع بعدم الأختصاص بأن : " المقرر عملاً بالمادة ١/٢١ من قواعد اليونسترال المتفق على تطبيقها بين الطرفين أن هيئة التحكيم هى صاحبه الإختصاص فى الفصل فى الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها ، وتدخل فى هذه الدفوع تلك المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الإتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق " .

(حكم محكمة النقض – الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٧٤ق جلسة الثالث والعشرين من فبراير سنة ٢٠١٠ – مجلة التحكيم العربى – العدد السابع عشر ٢٠١١ ص٢٣٨) .

– أستقر قضاء النقض على أنه لا بطلان لحكم التحكيم لأسباب وردت في قانون المرافعات ولم ينص عليها صراحة في قانون التحكيم : " قضت محكمة النقض بأن التحكيم طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وإذ صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية متضمناً القواعد الإجرائية الخاصة بالتحكيم من بدايتها حتى تمام تنفيذ أحكام المحكمين وقد أفادت المذكرة الإيضاحية لذات القانون بأن قواعد المرافعات المدنية والتجارية لا تحقق الهدف المنشود من التحكيم بما يتطلبه من سرعة الفصل فى المنازعات وما ينطوى عليه من طبيعة خاصة اقتضت تسير الإجراءات ، ومؤدى نص المادة ٢٨ من قانون التحكيم المشار إليه أنه من سلطة هيئة التحكيم أن تجمع فى أى مكان تراه مناسباً للقيام بأى إجراء من إجراءات التحكيم ومن ذلك المعاينة ، وقد خلا هذا النص من وجوب التوقيع على محضر المعاينة من كاتب إلى جانب رئيس هيئة التحكيم ولو كان المشرع قد أراد لنص عليه صراحة على نحو ما أوردته المادة ٣٦ من ذات القانون التى تخضع تقرير الخبراء حيث نصت على أنه لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهى يثبت فى محضر الجلسة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان حكم التحكيم استنادًا لنص المادة ٢٥ من قانون المرافعات والمادة ١٣١ من قانون الإثبات لبطلان المعاينة التى أجرتها هيئة التحكيم بدون حضور كاتب يحرر محضرًا بالأعمال المتعلقة بها ، فى حين أن ذلك لم يستوجبه قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأن هذا البطلان أثر فى الحكم لاستناده إلى المعاينة الباطلة فيما انتهى إليه من قضاء ، فإن الحكم المطعون فيه بتلك الأسباب يكون معيبًا بما يوجب نقضه . (حكم نقض الطعنان رقما ٣٨٦٩ ، ٧٠١٦ لسنة ٧٨ق – جلسة ٢٠٠٩/٤/٢٣ – مجلة التحكيم العربى العدد الثانى عشر يوليو ٢٠٠٩ ص ١٣٣) .

وبناء عليه فإننا نجد أن إرادة الأطراف تظهر بوضوح فى نظام التحكيم ، وذلك لأنه يمثل عدالة خاصة ، حيث أنه يتم تحديد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم[١]وهذا هو ما نص عليه المشرع فى تلك التشريعات – محل البحث – فقد نص القانون الإماراتى فى المادة ٣/٢٠٣ على أنه (يجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم أو أثناء نظر الدعوى حتى ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح وإلا كان التحكيم باطلًا).

أيضًا بالنسبة للوضع فى القانون الكويتى فقد نصت المادة ١٧٣/ من قانون التحكيم الكويتى على أنه (يجب أن يحدد موضوع النزاع فى الإتفاق على التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكم مفوضًا بالصلح وإلا كان التحكيم باطلًا).

وأيضًا نصت المادة ٣/٢٣٣ من القانون البحرينى على أنه (يجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم أو أثناء نظر الدعوى حتى ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح وإلا كان باطلًا) .

---

[١] وتطبيقًا ذلك قضي بأن " **تحديد موضوع النزاع فى بيان الدعوى** " جرى نص المادة العاشرة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية وأنه فى اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين بتحديد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليها فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠ من هذا القانون " . حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة (٧) فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢٣ ق تجارى القاهرة ، جلسة ٩ يونيو ٢٠٠٩ – مجلة التحكيم العربى العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢١٨)

– وأيضًا قضي بأن : " **التزام الحكم التحكيمى بما ورد فى الطلبات:** حددت الشركة المحتكمة فى بيان دعواها طلباتها فى مواجهة المحتكم ضدها والتزم بذلك الحكم فى قضائه حدود تلك الطلبات وهو يستقيم فى معناه مع العبارة التى وردت باتفاق التحكيم من أنه يلجىء للتحكيم غير وقوع خلاف أو نزاع بشأن تفسير أو تنفيذ أى شرط أو حكم من شروط وأحكام العقد بما يعنيه من الإلتجاء للتحكيم لحسم كل المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين طرفى العقد بمناسبة العقد " . (حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة (٧) فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢٣ ق تجارى القاهرة , جلسة ٩ يونيو ٢٠٠٩ – مجلة التحكيم العربى – العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢١٩) .

[٢] الطعنين رقمى ٤٧٢٩ – ٤٧٣٠ – جلسة الثانى والعشرون من يونيه سنة ٢٠٠٤ – لسنة ٧٢ قضائية – مجموعة احكام النقض الصادرة عن المكتب الفنى – الدائرة التجارية .

وهكذا يتضح لنا من خلال هذه النصوص أن المشرع الإماراتى والكـويتى والبحرينـى جميعهم متفقين على نفس المبادئ وأن جميع النصوص تكاد تكون واحدة مع فارق بسـيط بـين المشرع الإماراتى حيث ينص على أنه من الممكن تحديد موضوع النزاع أثناء نظر الدعوى بينما نص المشرع الكويتى والبحرينى على أنه من الممكن تحديد موضوع النزاع أثناء المرافعة .

أيضًا نجد أن المشرع فى تلك القوانين بنصه على وثيقـة التحكـيم وضـرورة كتابـة الإجراءات فيها والنص على أهمية إعتمادها من هيئة التحكيم ، كل هذا يؤدى إلى سهولة العملية التحكيمية ، ويساعد هيئة التحكيم على السير بيسر فى التحكيم ، ويلاحظ أنه بالنسبة لشرط الكتابة لإتفاق التحكيم فقد جاءت قوانين هذه الدول خالية من النص على ضرورة كتابة اتفـاق التحكـيم وهذا – ما تعرضنا له سابقا فى الفصل الأول من هذا الباب – أيضًا نجد أن هذه القوانين نصت على ضرورة أن تكون بيانات الدعوى مكتوبة ، كما أنها أيضا نصت على أن يكون الـرد مـن المدعى عليه مكتوبًا .

ومما يجب الإشارة إليه هو أنه عندما يُطلق على البيانات المنصوص عليها فـى وثيقـة التحكيم ، صحيفة الدعوى التحكيمية ، فنحن لانعنى بذلك صحيفة الدعوى القضائية وإنما نحن هنا أمام خصومة تحكيمية لايلزم فيها الأشكال والإجراءات الموجودة أمام محاكم الدولـة وإلا كـان التحكيم وسيلة لتعطيل وضياع الحقوق .

وقد رأينا أيضًا من خلال النصوص السابقة فى كلا من الإمارات والكويت والبحرين أنها نصت على إعفاء المحكم من التقيد بقواعد وإجراءات قانون المرفعات ، ماعدا ما نص عليها فى قانون التحكيم وحقوق الدفاع المتعلقة بالنظام العام .

وذلك تفاديًا للإجراءات المطولة التى تتسم بها الخصومة القضائية والتى تجعـل الأفـراد يعزفون عن اللجوء إلى القضاء ، والإلتجاء إلى نظام التحكيم الذى يتميز بالسرعة والمرونة وبعيد عن تلك الإجراءات المطولة وذلك من أجل الوصول إلى الحكم وحل النزاع بأقل تكلفة وأقل وقت ممكن ، وذلك لأن العدالة الناجزة هى إعطاء كل ذى حقٍ حقه ولكن فى الوقت المناسب .

ولما كانت الخصومة فى الدعوى التحكيمية لها طبيعة خاصة تميزها عن الخصومة فـى الدعاوى التى تُقام أمام المحاكم ، ولذلك فإنه نظرًا لوجود إختلاف في مصدر كل من الخصـومة القضائية وخصومة التحكيم ، حيث أن الأولى هى ذات أصل قانونى ، نظرا لأن القانون الإجرائى هو الذى يُنظم أحكامها منذ بدايتها وذلك مرورًا بسيرها حتى نهايتها إمـا بحكـم فـى الـدعوى أوبإنقضائها لأى سبب من أسباب الإنقضاء ، أما الثانية فهى تتأثر تأثرا كبيرا باتفاق التحكـيم ،

وهذا أدى إلى وجود أوجه شبه وأوجه اختلاف بينهما ولذلك سوف نعرض بإيجاز لكل منها في القانون المصري وقوانين دول الخليج العربي – محل البحث – وذلك النحو التالى :

المطلب الأول : أوجه الشبه والإختلاف بين الخصومة القضائية وخصومة التحكيم .

المطلب الثانى : تحديد مفهوم الطرف فى الخصومة القضائية وخصومة التحكيم .

المطلب الثالث : الأصل الإتفاقى للروابط الإجرائية فى خصومة التحكيم .

المطلب الأول

أوجه التشابه والإختلاف بين الخصومة القضائية وخصومة التحكيم

تمهيد وتقسيم :

الخصومة القضائيةهي عبارة عن مجموعة من الإجراءات التى تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة ، وذلك بناء على مسلك إيجابى يُتخذ من جانب المدعى وينتهى بصدور حكم فاصل فى النزاع أو بتنازل المدعى عن الدعوى أو الصلح فيها .

وبالتالى فإن الخصومة وفقا لهذا المعنى هى حالة قانونية تنشأ عن مباشرة الدعوى بالإدعاء لدى القضاء أى بالإلتجاء إلى القضاء عن طريق الدعوى وقد حدد المشرع إجراءات رفع الدعوى والتى يتم عن طريقها إنعقاد الخصومة .

ويلزم لصحة هذه الدعوى أن تكون مرفوعة من صاحب الشأن ذاته أو من ينوب عنه قانونا أو اتفاقا فإذا سقط ركن من أركان رفع الدعوى انعدمت وفقدت كيانها وكان الحكم الصادر فيها باطلًا .

أما بالنسبة لخصومة التحكيم فهى تعتمد أساسًا على وجود اتفاق التحكيم بين الأطراف ، ولذلك فإننا نكون أمام خصومة من نوع آخر يختلف عن الخصومة القضائية ولايتفق معها فى الوصف ، فالخصومة التحكيمية يُطلق على الأطراف فيها اسم المحتكم (المدعى) والمحتكم ضده (المدعى عليه) ، وهما يوجد بينهم إتفاق على عرض النزاع الذى سوف ينشأ فى المستقبل ، أو أن يكون النزاع قد نشأ بالفعل ، ويتم الإتفاق فيما بينهم على عرض النزاع على محكم فرد أو هيئة تحكيم يتم اختيارها فيما بينهم ، وذلك للفصل فى النزاع الناشئ بينهم ، وأيضا حسب

الإجـــراءات التى يقوموا بالإتفاق عليها [١]. وسوف نعرض لأوجه الشبه والإختلاف بين كلا من الخصومة القضائية وخصومة التحكيم وذلك من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول

أوجه التشابه بين الخصومة القضائية وخصومة التحكيم

إن خصومة التحكيم تُشبه الخصومة القضائية فى أن لكل منهما طرفان على الأقل وهمـــا المدعى والمدعى عليه ، وطالب التحكيم فى خصومة التحكيم يُسمى المحتكم (المدعى) ومن يُوجه إليه طلب التحكيم يسمى المحتكم ضده (المدعى عليه) .

أيضا أن الطرف فى خصومة التحكيم يكون هو الأصل وليس النائـــب وينطبـــق علـــى الطرف فى خصومة التحكيم القواعد التى تنطبق على الطرف فى الخصومة أمام القضاء ســـواء من حيث تحديد من هو المدعى ومن هو المدعى عليه ، وسلطات وأعباء الخصوم والخلافة فـــى الخصومة وأهلية الخصوم ، سواء كانت أهلية الإختصام أو الأهلية الإجرائية ، وأيضا يجب لكى يكون الشخص طرفا فى خصومة التحكيم أن تتوافر لديه أهلية الإختصام وهى تتوافر لكل من لديه أهلية وجوب [٢] .

وبناء عليه إذا تم رفع الدعوى التحكيمية نيابة عن أو ضد شخص متوفى ، أو رفعت من أو ضد شخص اعتبارى زالت شخصيته الإعتبارية قبل رفعها ، فإن رفع الدعوى يكون بـــاطلا ، وإن صدر فيها حكم ، فإن الحكم يكون باطلا ولايحوز أية حجية [٣] .

---

[١] وتطبيقًا لذلك قضى بأنه " إن التحكيم بأعتباره طريقًا استثنائيًا لفض المنازعات فإنه يكون مقصـــورًا حتمًـــا علـــى مـــا تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم والتي إذ هي تستمد سلطتها للفصل في النزاع من اتفاق التحكـــيم ، إلا أن الهيئة مقيدة في ذلك بعدم تغيير الاتفاق المذكور إذ يجب عليها إحترام اتفاق الاطراف بشأن موضـــوعه فـــلا تملـــك القضاء بما لم يطلبوه منها .

كما لا تملك ولاية الفصل في نزاع ناشئ عن التزامات غير تعاقدية ، وهي بذلك تختلف عـــن القضـــاء العـــادي صاحب الولاية العامة فهو يملك صلاحية إعطاء النزاع التكييف القانوني السليم دون نظر إلى تكييف الخصوم أو أســـانيدهم بعكس قضاء التحكيم الذي يجب أن يستند في قضائه إلى الاتفاق المذكور وطلبات الخصوم في بيـــان دعـــواهم .(الحكـــم الصادر في طلبات التفسير في القضية التحكمية رقم ٣٠٣ / ٢٠٠٢ –جلسة ١٤ / ١٠ / ٢٠٠٤ – مركز القاهرة الإقليمي – مجلة التحكيم العربي – العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٥ – ص ١٧١) .

[٢] د/ فتحى والى – قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق – المرجع السابق – ص ٣٣٨ .

[٢] وتطبيقًا لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة فى حكم لها : " بأنه إذا رفعت الدعوى التحكيمية ضد شـــركة كانـــت قـــد اندمجت فى غيرها قبل رفع الدعوى . وبالتالى كانت شخصيتها القانونية قد إنقضت، فإن رفع الدعوى يكون باطلا ، ويكون حكم التحكيم الصادر فى الدعوى حكما باطلا ، ولايجدى الشركة المدعية التحدى بجهلها بحصول الإندماج إذا كان عليها =

إذ أنه لايكفى توافر أهلية الإختصام فى الطرف وذلك حتى يباشر الإجراءات فى الخصومة وإنما يجب أيضا توافر الأهلية الإجرائية ، أى أهلية التقاضى وهى لاتتوافر إلا إذا كانت لديه أهلية الأداء بالنسبة للحق محل النزاع .

وبالتالى إذا ما توافرت فى الطرف أهلية الوجوب دون أهلية الأداء فى هذه الحالة لابد من قيام الممثل القانونى (الولى أو الوصى أو القيم) ممثليه فى الخصومة . وفى هذه الحالة يعتبر الممثل القانونى هو الطرف فى الخصومة وإنما هو فقط يمثل الطرف ناقص الأهلية [١] .

ويلاحظ أنه يجب لصحة إجراءات الخصومة ليس فقط أن يقوم بها طرف لديه أهلية القاضى أو يقوم بها ممثله القانونى ، إنما يجب أن تتوافر هذه الأهلية أيضا فى الطرف الآخر الموجه إليه العمل أو الذى يُعلن به ، وذلك حماية لمن لا تتوافر لديه الأهلية الإجرائية ويوجه إليه العمل الإجرائى أو يُعلن به ، إذ هو بسبب انعدام أو نقص أهليته يكون فى وضع لا يتمكن فيه من الدفاع عن مصلحته .

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه : (يترتب على عدم توافر الأهلية سواء كانت أهلية الإختصام أو الأهلية الإجرائية ، أو عدم توافر التمثيل القانونى الصحيح بطلان العمل الإجرائى ، والتحقق ممن له صفة فى تمثيل المدعى أو المدعى عليه قانونا ، أو يتعلق بالنظام العام تتحقق منه هيئة التحكيم من تلقاء نفسها) [٢] .

= أن تراقب ما يطرأ على الشركة خصيمتها من تغير فى الصفة أو الحالة " . (دعوى التحكيم رقم ٩ لسنة ١٢٠ – قضائية – جلسة السابع والعشرين من يوليو – سنة ٢٠٠٣ – الدائرة ٩١ تجارى – محكمة استئناف القاهرة) .

[١] وتطبيقًا لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة فى حكم لها بأنه : " إذا رفعت دعوى من شخص اعتبارى أو ضد شخص اعتبارى ، فإنه يجب أن يمثل هذا الشخص الإعتبارى النائب عنه قانونا ولهذا إذا رفعت دعوى تحكيمية من إحدى الشركات وأثناء سير الخصومة صدر حكم بتصفيتها ، فإنه يجب أن يمثلها المصفى القضائى باعتباره أصبح ممثلها القانونى ، فإن طلب المصفى التدخل فى التحكيم باعتباره الممثل القانونى لتصحيح شكل الدعوى ، فيجب على هيئة التحكيم قبول هذا التدخل ، فإن لم تقبل الهيئة هذا التدخل ، فإن حكم التحكيم الذى تصدره يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام " .(الدعوى التحكيمية رقم ٤٢ – جلسة الخامس من ديسمبر – سنة ٢٠٠١ – سنة ١١٧ قضائية تحكيم) .

[٢] استئناف القاهرة الطعن رقم ٤٤ – جلسة التاسع والعشرين من ديسمبر – سنة ٢٠٠٣ – الدائرة التجارية رقم ٩١ – سنة ١٢٠ تحكيم – استئناف القاهرة .

أيضًا أن المحكم كالقاضى يقوم بفض النزاع المطروح عليه من خلال الحكم الذى يصدره ، وذلك لأن التحكيم فى صورته التقليدية الشائعة هو شريك للقضاء فى تحقيق العدالة أى أنه شريك له فى وظيفته [١] . بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن القضاء ليس له شريك فى وظيفته ولايسير التحكيم مع القضاء على قدم المساواة ، ولا بالمعنى الحقيقى للشريك ، وإنما التحكيم هو مجرد معاون للقضاء فقط [٢] .

أيضًا بالنسبة لخصومة التحكيم على الرغم من أنها قد تحررت من القيود الإجرائية والشكلية المكبلة بها الخصومة القضائية ، إلا أنها تتشابه معها فى أنها تتقيد بضمانات التقاضى الأساسية ، ومن أهم هذه الضمانات هى ضمانات حقوق الدفاع [٣] وهى تتمثل فى حقوق الدفاع

---

[١] د/ أبوزيد رضوان – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – القاهرة – سنة ١٩٨١ – ص ٣٣ ومابعدها

[٢] د/ أحمد محمد حشيش – طبيعة المهمة التحكيمية – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٠ – ص ١٣٥ .

[٣] لأن هذه الضمانة من الضمانات الأساسية ، وذلك لإرتباطها الوثيق بمبدأ حيدة المحكم ، وأنها تعتمد على مبدأ أساسى هو مبدأ المساواة بين الخصوم خصوصا وأن العمل على توافر هذه الضمانة من شأنه إعطاء الفرصة للخصوم وعلى قدم المساراه فى الدفاع عن حقوقهم ، وذلك لأن القاضى أو المحكم إذا لم يُعطى لكل من الطرفين حقه فى الدفاع عن حقوقه إختلت حيدته ، وذلك لأن حقوق الدفاع ليست حقوقا لصالح الخصم فقط أو فى مواجهة الخصم الآخر ، وإنما هى تمثل التزام المحكم أو القاضى فى مواجهة الطرفين على قِدم المساواة للمزيد من التفاصيل انظر د/ طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – المرجع السابق – ص ١٦٥.

وتطبيقًا لذلك صدر حكم من محكمة أستئناف القاهرة ليقر بأن " الشكل الإجرائي في خصومة التحكيم ليس دائمًا أمرًا جوهريًا ، وبصفة عامة فإن المسائل التي تتعلق بالبطلان في قانون المرافعات القضائية ليست كلها كذلك في التحكيم ، فالنظر في أمر صحة وبطلان حكم التحكيم يجب أن يكون ذلك بمنظار التحكيم ، وبحسب طبيعته وجوهره الأتفاقي .

ففي التحكيم كما في القضاء ما يطلق عليه (المبادئ الأساسية في الخصومة التحكيمية) التى هي عبارة عن القواعد الأصولية التي تحكم أداء المحكم لوظيفته وتحيط العمل التحكيمي بسياج من العدالة ، وهي لذلك واجبة الاحترام من الجميع وفي كل الأحوال كحيدة المحكم ومبدأ المواجهة وحقوق الدفاع ومبدأ المداولة عند تعدد المحكمين .

ولأن الثابت من ملف التحكيم المطعون فيه إنتفاء وجود أي مخالفات جوهرية لمبادئ أساسية متعارف عليها في التحكيم محل الطعن ، أي عدم وجود خرقاً ظاهرًا لشكليات إجرائية تؤدي إلى تناقض لا يسبقه الشعور بالعدالة . فالثابت من أوراق التحكيم المطعون فيه أن الشرط التحكيمي (اتفاق التحكيم) ثابت في أسباب الحكم ، وكذلك اشتملت بيانات الحكم على أسماء الخصمين (طرفا التحكيم) دون خطأ بحيث لا يمكن التجهيل أو التشكيك بأسمائهما " . (محكمة استئناف القاهرة – الدائرة السابعة التجارية – الطعن رقم ٤٣ لسنة ١٢٨ ق – جلسة نوفمبر ٢٠١١ – مجلة التحكيم العربي – العدد السابع عشر ٢٠١١ – ص ٢٤١) .

الأصلية مثال حق الدفع وحق الإثبات ، وحق المرافعة ..الخ من الحقوق الآخرى ، وأيضا حقوق الدفاع المساعدة والتى لاتقل أهمية عن حقوق الدفاع الأصلية وأهمها حق العلم وحق الإستعداد ، وحق الحضور ...الخ من الحقوق المساعدة الأخرى [١] .

أيضًا أن المحكم لايتولى الدعوى من تلقاء نفسه ، وإنما يتولها بناءً على طلب من الأطراف وأنه يجب عليه أن يلتزم بالحدود الموضوعية كما حددها الأطراف فى اتفاق التحكيم ، أو فى الإتفاق اللاحق عليه ، وهذا هو مايطلق عليه مبدأ حياد المحكم ، أى الحياد الإيجابى للمحكم ، إلا أن هذه الإيجابية الذى يحددها هو اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف ، فنجد أن المحكم هنا مثل القاضى لايشترك بنفسه فى البحث عن الحقيقة وإنما يتقيد بما يقدمه الخصوم له من أوراق وأدلة إثبات ، وذلك لأنهم هم وحدهم الذين يملكون إدارة حركة الدعوى وتوجيهها ، ويقتصر دور القاضى على تقدير ما قدمه الخصوم من أدلة (لذلك فإن الخصومة تقتصر على أطراف الدعوى الذين يتمكنوا من تقديم أدلتهم ومناقشتها دون غيرهم ، والقول بغير ذلك ينطوى على إخلال بمبادئ العدالة والإنصاف) [٢] .

أيضًا من أهم ضمانات التقاضى بالنسبة لخصومة التحكيم هى ضمانة الوقت لأنها من الضمانات المهمة ، وهى وإن كانت بالنسبة للقضاء من الضمانات الغالية فهى بالنسبة لخصومة التحكيم أغلى ، وذلك لأن التحكيم يكون له مقابل يدفعه الخصوم ثمنا لهذه الضمانة ، وأيضا لأن العدالة هى ليست إعطاء كل ذى حق حقه فقط ولكنها إعطاء كل ذى حق حقه ولكن فى الوقت

---

[١] د/ طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – المرجع السابق – من ص ١٧٠ إلى ص ٢٢٦

[٢] د/ أحمد السيد صاوى – أثر الأحكام بانسبة للغير – دارالنهضة العربية – ص ١٣ .

وتطبيقًا لذلك صدر حكم من محكمة أستئناف القاهرة ليقر بأن " التحكيم قضاء استثنائي يقوم على اتفاق الأطراف وهذا الاتفاق هو الذي يحدد موضوع النزاع الذي يمكن الفصل فيه عن طريق التحكيم في كل حالة على استقلال ومن اتفاق الاطراف يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل في موضوع النزاع كما حدده ذلك الاتفاق وبذلك يتقيد المحكمون باتفاق التحكيم سواء بالنسبة للمسائل محل النزاع أو بالنسبة للسلطات المخولة لهم بمقتضاه ، فإذا كان الأطراف قد قصروا التحكيم على المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين فإن ذلك لا يمنح المحكمين ولاية الفصل في المنازعات الناشئة عن مصدر آخر غير تنفيذ ذلك العقد .....

بالإضافة إلى ذلك أنه يجب على المحكم احترام اتفاق الاطراف بشأن موضوع النزاع وما يقررونه من إجراءات لنظره فلا يمكنه القضاء بما لم يطلبونه منه وإلا كان قضاؤه عرضه للإبطال لهذا السبب ، كما يبرر ذلك الامتناع عن الأمر بتنفيذه " . (محكمة استئناف القاهرة – الدائرة ٦٣ تجاري – الدعوى رقم ٢٢٤٠ لسنة ١١١ ق – جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٩٥ – مجلة التحكيم العربي – العدد السابع – يوليو ٢٠٠٤ – ص ١٧٤) .

المناسب ، وبالتالى فإن ضمانة الوقت لاتبعد عن فكرة العدالة بل هى من الضمانات الهامة لتحقيقها [١] .

أيضا أن المحكم يكون بمثابة القاضى فى خصومة التحكيم حيث أنه يمثل المحور الرئيسى الذى تدور حوله خصومة التحكيم وبقدر دقة المحكم ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر ، بل إن العملية التحكيمية كلها تعتمد أساسا على شخص المحكم ، حيث أنه يمثل العضو الأهم فى العملية التحكيمية وذلك لأن قرار المحكم فى كثير من الأحيان يكون له قوة الإلزام القانونى ، ولكن على الرغم من ذلك فإن المحكم يختلف عن القاضى ، وذلك لأن القاضى يتم تعينه من قبل السلطة العامة فى الدولة متمثلة فى السلطة القضائية وفقا لشروط معينة منصوص عليها فى القانون ، وذلك على عكس المحكم الذى يقوم الأطراف باختياره ، وهذا الفرق يُعتبر من الفروق الأساسية بين القاضى والمحكم [٢] .

وذهب بعض الفقه إلى أن التحكيم هو بمثابة قضاء حقيقى ، أى هو يُمثل جهة قضائية يسعى إليها الأشخاص بمحض إرادتهم وذلك لطرح نزاعهم على هيئة التحكيم لتفصل لهم فيها ، وأن اتفاق التحكيم هو الأساس الذى تسير عليه الخصومة إلى نهايتها [٣] .

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن اتفاق التحكيم يجعل قضاء التحكيم يحل محل قضاء الدولة فى حماية حقوق الأطراف ويكون الزاميا شأنه شأن قضاء الدولة. وبالإضافة إلى ذلك فإن التحكيم وإن كان قضاء خاصا إلا أنه يُشبه القضاء العادى للدولة ، من ناحية أن كلا منهما يفصل فى المنازعات بهدف تحقيق العدالة ، كما أن القاعدة الأساسية فى القانون هى أن حكم التحكيم يخضع لذات الشكل المقرر للأحكام القضائية من حيث صدور حكم المحكمين باسم السلطة العليا للبلاد واعتبار حكم التحكيم ورقة رسمية شأنه شأن الأحكام التى تصدر عن القضاء العادى [٤] .

---

[١] د/ طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم –المرجع السابق – ص ٢٢٧ .

[٢] د/ محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – طبعة ١٩٩٧ – دارالنهضة العربية – ص ٢١٠ .

[٣] د/ أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى والإجبارى – منشأة المعارف الإسكندرية – بدون سنة نشر –الطبعة الخامسة – ص ١٦ .

[٤] د/ وجدى راغب – هل التحكيم نوعا من القضاء – بحث منشور فى مجلة التحكيم الكويتى – العدد السابع عشر – سنة ٢٠٠١ – ص ١٦٢ ، ١٦٤ .

ومن ناحية أخرى فإن قضاء الدولة والتحكيم يتشابهان من حيث الآثار التى يُرتبها الحكم القضائى وحكم التحكيم ومنها حجية الأمر المقضى به والقوة التنفيذية لحكم المحكمين [١] .

مما سبق يتضح لنا أنه يوجد تشابه بين الخصومة القضائية والخصومة التحكيمية إلا أنه على الرغم من ذلك فإنه توجد أيضا مجموعة من الإختلافات وسوف نتعرض لها فى الفرع التالى.

الفرع الثانى

أوجه الإختلاف بين خصومة التحكيم والخصومة القضائية

بعد أن عرضنا أوجه الشبه بين الخصومة القضائية وخصومة التحكيم ، سوف نُعرض وجه الإختلاف بينهما من حيث الآتى :

من حيث موضوع الخصومة ، ودور إرادة الخصوم فى خصومة التحكيم ، إبداء الدفوع أمام هيئة التحكيم وذلك لأنها لايُشترط فيها ترتيب معين ، الخصومة أمام قضاء الدولة يجب أن تجرى باللغة العربية ، لا يجوز لأى شخص أن يتدخل تدخلا اختصاميا للمطالبة بحق له أثناء سير خصومة التحكيم وذلك بخلاف القضاء ، الأصل أن يعفى المحكم فى الخصومة القضائية من تطبيق قواعد القانون الإجرائى ، الحكم الصادر من هيئة التحكيم يكون بحاجة إلى أمر بتنفيذه من القضاء المختص ، بداية خصومة التحكيم تختلف عن بداية الخصومة القضائية ، أن عريضة الدعوى فى الخصومة القضائية يجب أن تكون موقعة من محام ، أن أحكام التحكيم لايجوز الطعن عليها بأى طريق من طرق الطعن ولايجوز سوى الطعن بالبطلان على حكم التحكيم . وسوف نعرض نبذه بسيطة عن كل نقطة من هذه النقاط وذلك على النحو التالى :

<u>أولًا : وجه الإختلاف بين الخصومة القضائية والتحكيمية من حيث الموضوع :</u>

بالنسبة للخصومة القضائية :فهى أشمل وأعم وأوسع من الخصومة التحكيمية ، وذلك لأنها غير مقيدة أو محددة الموضوعات إنما هى تشمل جميع أنواع الدعاوى المدنية والجنائية والتأديبية والشخصية والتى لا يجوز الصلح فيها ، فالقضاء هو الأصل العام للأطراف ، وهو حق كفله الدستور لكل مواطن ، ولايجوز مطلقا أن يكون محدد وقاصر على موضوعات معينة ، بل هو صالح لكل موضوع وفى أى وقت .

---

[١] د/ أحمد هندى – تنفيذ أحكام المحكمين – دار الجامعة الجديدة الإسكندرية – ص ٣٨ .

أما بالنسبة لخصومة التحكيم : فإنها تكون قاصرة فقط على الموضوعات التى يجوز فيها الصلح ، فمثلا لايجوز مطلقا الإتفاق على المسائل الجنائية ، بالإضافة إلى أنه لابد أن يكون هناك اتفاق على التحكيم مسبق بين الأطراف على عرض النزاع الذى سوف يقوم بينهم أو قائم على التحكيم وبدون هذا الإتفاق لاتقوم لخصومة التحكيم قائمة ، لأن التحكيم هو طريق استثناء عن الأصل وهو القضاء[١] .

---

[١] وتطبيقًا لذلك صدر حكمًا من محكمة النقض بأنه : " يترتب على كون التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وسلب الإختصاص من جهات القضاء ، أن تقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر موضوع النزاع الذي تنصرف إليه إرادة المحتكمين ، فإذا فصلت في مسألة لا يشملها هذا الموضوع أو تجاوزت نطاقه ، فإن قضائها بشأنه يضحى واردًا على غير محل من خصومة التحكيم وصادرًا من جهة لا ولاية لها بالفصل فيه لدخوله في اختصاص جهة القضاء صاحبة الولاية العامة بنظره " . (الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ ق – جلسة ٢٦ / ١١ / ٢٠٠٢ – مجلة التحكيم العربي – العدد السابع – يوليو ٢٠٠٤ – ص ١٧١) .

– *وقضي كذلك بأن:*" إن هيئة التحكيم تفصل فى الدفوع المدنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

فإذا ما نصت برفض الدفع فلا يجوز الطعن عليه إلا بطريقة رفع دعوى بطلان التحكيم المهنى للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية " .

(حكم نقض الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ – مجلة التحكيم العربى – العدد الخامس – ديسمبر ٢٠٠٢ حتى ١٩٨) .

– وأيضًا قضي بأن : " – تجاوز هيئة التحكيم لإختصاصها : بموجب حكم صادر بتاريخ ١٩ نوفمبر ٢٠١٣ رفضت محكمة استئناف باريس تنفيذ حكم تحكيم صادر فى ماليزيا طبقاً لقواعد uncitral بمبلغ ٥٧ مليون دولار ضد دولة لاوس وقد رأت المحكمة أن هيئة التحكيم قد تجاوزت سلطاتها بأن قضت دون أن تكون مختصة بتفويض لصالح الشركة تعدين تايلانديه وشريكاتها من لاوس .

وقد اعتبرت المحكمة أن النزاع قد نشأ عن عقديين منفصلين هما عقد تعدين خاضع لقانون لاوس وعقد آخر خاضع لقانون ولاية نيويورك , فى حين أن هيئة التحكيم قد أخفقت فى مراعاة الشروط الخاصة والمستقلة لكل من العقدين وبصة خاصة شروط التحكيم والقانون وواجب التطبيق .

وتجدد الإشارة إلى أن هذا الحكم قد تبنى ذات الأسباب التى على أساسها قضت المحكمة العليا بماليزيا برفض تنفيذ الحكم .

كما أنه بعد صدور حكم التحكيم عام ٢٠٠٩ قامت الشركة التايلاندية بطلب تنفيذه فى فرنسا وسنغافوره والمحكمة المتحدة وأيضاً الولايات المتحدة الأمريكية " . (حكم محكمة استئناف باريس بخصوص تجاوز هيئة التحكيم لإختصاصها مجلة التحكيم العربى العدد عشرون – يونيو ٢٠١٣ – ١٥٥ –١٥٦) . =

ثانيًا : وجه الإختلاف بين الخصومة القضائية والتحكيمية من حيث دور الإرادة بالنسبة للخصوم :

بالنسبة للخصومة القضائية : فإن إرادة الخصوم تكون محدودة جدا فى نطاق ضيق للغاية ، وذلك لأن قانون المرافعات هو الذى ينظمها من بدايتها إلى نهايتها ، وهو يكاد يلغى إرادة الخصوم فى تنظيم الخصومة ، إلا فى أحوال محدودة مثل اتفاق الخصوم على اللجوء إلى محكمة معينة أو حرية الخصم فى بعض الأحيان فى ترك الخصومة ، وفى الخصومة القضائية أيضا نجد أن القاضى هو المسيطر على سير الخصومة القضائية ، ومن الممكن أن يطلب القاضى من تلقاء نفسه طلب إدخال شخص من الغير ، وذلك لحسن سير العدالة وإظهار الحقيقة ، وأيضا له سلطة الأمر فى إجبار شخص على تقديم ما فى حوزته من مستندات تُفيد إظهار الحقيقة .

أما بالنسبة لخصومة التحكيم: فإن إرادة الأطراف تلعب دورًا كبيرًا فى الخصومة حيث أن الأطراف يكون لهم مطلق الحرية فى إختيار المحكمين خاصة إذا كان التحكيم حر ، أما إذا

= وقضي في شأن ذلك أيضًا بأن : " هيئة التحكيم هى التى تقرر نوع المساواة التى يتعين مراعاتها حسب ظروف ونوعية الخصومة التحكيم : على هيئة التحكيم فى جميع الأحوال مرعاة الوقت بعدم التأجيل من منح المهل مع التوسع فى تحديد الآجال وعليها كذلك الحذر مع مجازاة الخصم الذى يستشف أنه يهدف إلى المماطلة أو إفساد الإجراءات .

كما أنه من المقرر أن لهيئة التحكيم أن ترفض طلب التأجيل إذا كان قد أبدى فى وقت متأخر أو ليس له ما يبرره أو من شأنه تعطيل الفصل فى النزاع وذلك كله ما دامت قد هيأت لكل طرف من طرفى التحكيم فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه " . (القضية التحكمية رقم ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٨ والتى صدر منها حكم بتاريخ ٢٠١٠/٢/١ – الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الأقليمى للتحكيم التجارى الدولى – مجلة التحكيم العربى – العدد الخامس عشر ديسمبر ٢٠١٠ حتى ٢٣٥) .

– وكذلك : " إن المدير العام للشركة المتحكم ضدها لم يوقع على اتفاق التحكيم بصفته الشخصية الأمر الذى نقض معه الهيئة من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بنظر طلب المؤسسة المحتكمة بإلزام الشركة المتحكم ضدها بالمبالغ المطالب بها بالتضامن مع مديرها العام , وذلك لعدم وجود اتفاق تحكيم فيما بين المؤسسة المحتكمة وبين المدير العام , إذ أن هذا الطلب يتعلق بشخص طبيعى مما ليس أطرافاً فى شرط التحكيم المنصوص عليه فى العقد موضوع النزاع المبرم فقط مع الشركة المحتكم ضدها بصفتها شخصاً معنوياً يمثله المدير العام بصفته وليس بشخصه , هذا علماً بأن هيئة التحيكم تستمد اختصاصها بنظر النزاع الماثل من شرط التحكيم أنف البيان وحده دون غيره ولا يمكنها تجاوز حدوده من حيث أطرافه أو نظامة " . (القضية التحكمية رقم ٦٧٤ لسنة ٢٠٠٤ حكم بتاريخ ٢٠١١/١٠/٥ من احكام تحكم مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى مجله التحيم العربى – العدد السابع عشر –ديسمبر ٢٠١١ ص ٢٥٣) .

كان التحكيم مؤسسى فإن الأطراف يختاروا المحكمين من خلال القائمة التى يعرضها عليهم المركز وقد يتفق الأطراف على ترك إختيار المحكمين إلى المركز أو المؤسسة التحكيمية وذلك لتتولى هى اختيارهم وفقا لنظامها ، أيضا يكون للأطراف الحرية فى إختيار القانون الواجب التطبيق والإتفاق على المواعيد التى يجوز خلالها إتخاذ إجراء معين ، مثل تقديم المذكرات والمستندات ، لذلك فإننا نجد أن إرادة الخصوم هى الأساس فى خصومة التحكيم واتفاق التحكيم هو الدستور الذى تقوم عليه الخصومة التحكيمية فى حين أنه فى الخصومة القضائية نجد أن قانون المرافعات وقواعده هو الأساس الذى تقوم عليه الخصومة القضائية وليس إرادة الخصوم [١] .

---

[١] وتطبيقًا لذلك صدر حكم تحكيم حر بأنه : " عن المقصود بالوضوح وفقًا لنص المادة ١٥٠ مدني هو وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ فقد يكون اللفظ واضحًا في ذاته ومع ذلك يظهر أن المتعاقدين لم يحسنوا اختباره للتعبير عن حقيقة قصدهم ، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ بل يجب عليه أن يعدل إلى المعني الذي قصد إليه المتعاقدين متى قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك لأن الإرادة الحقيقة هي مرجع ما يترتب التعاقد من أثار إن البين أن العقد محل النزاع وإن أطلق عليه مسمى عقد فسخ إتفاقي إلا أنه في حقيقة الأمر عقد جديد وتولد عن ذلك العقد الجديد مجموعة من الالتزامات المتقابلة الجديدة بعد إلغاء العقد الأصلي ، إذ حدد التزامات المحتكم ضدها وبموجب هذا العقد الجديد اتفق الطرفان على فسخ (إلغاء) العقد السابقة للفسخ (الإلغاء) ، وحدد التزامات وحقوق كل من المحتكمين والمحتكم ضدها وبمراجعة ما ورد بالعقد الجديد نجد أن ما ورد من مستحقات مالية للمحتكمين هي في حقيقة الأمر التزامات متعلقة على شرط بيع " .(حكم تحكيم حر ad hoc صادر بتاريخ ٧ / ٩ / ٢٠١١– أحكام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – مجلة التحكيم العربي – العدد السابع عشر – ديسمبر ٢٠١١ – ص ٢٦٦ ، ٢٦٧) .

– وكذلك قضي بأن : " وجوب اتفاق أطراف الخصومة على التحكيم : اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض ما يثور بين أطراف الخصومة من نزاع مرده وجود اتفاق صريح بينهما لما يرتبه هذا الأتفاق من آثر يحول دون أختصاص المحاكم بالفصل فى المسائل التى تناولها التحكيم , الأصل فى التحكيم أنه عرض نزاع معين بين طرفيه .

على محكم من الأغيار يعين بإختيارهما أو بتعويض منهما أو على ضوء شروط يحدد أنها ليفصل فى هذا النزاع بقرار مجرد من التحامل وقاطع لدابر الخصومة فى جوانبها , لا يجوز أن يكون التحكيم إجباريا يتعين إليه أحد الطرفين إنقاذا لقاعدة قانونية .

آمرة لا يجوز الاتفاق على خلاصها وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعا قائماً أو محتلاً , فالتحكيم مصدره الاتفاق وإليه ترتد السلطة الكاملة التى يباشرها المحكمون والالتزام بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه .

(قضاء مجلس الدولة الطعن رقم ١٣٦٩ لسنة ٤٠ ق ى.ع جلسة ١٩٩٩/١/٢٤ – مجلة التحكيم العربى العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢٣٤–٢٣٥) .

ثالثًا : أوجه الإختلاف بين الخصومة القضائية والخصومة التحكيمية من حيث إبداء الدفوع :

بالنسبة لخصومة التحكيم فإن إبداء الدفوع لايُشترط فيه ترتيب معين بل إنه يتم إبداء الدفوع أيا كانت تلك الدفوع ودون أى ترتيب ما عدا الدفع بعدم الإختصاص الذى إذا كان مبنياعلى عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع فإنه يجب على الأطراف أن يتمسكوا به فى ميعاد لايجاوز ميعاد تقديم المحتكم ضده المشار إليه فى الفقرة الثانية من المادة ثلاثين [٢/٣٠] من من قانون التحكيم المصرى [١] . أيضًا الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم على ما يُثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع ، فإنه يجب أيضا التمسك به فورًا ، أى فى المذكرة اللاحقة لإثارة هذه المسألة .

رابعًا : وجه الإختلاف بين الخصومة القضائية والتحكيمية من حيث استخدام اللغة :

بالنسبة للخصومة القضائية فإننا نجد إنها دائما تكون باللغة العربية ، أما بالنسبة للخصومة التحكيمية فإنه من الممكن استخدام أى لغة ، وذلك حسب اتفاق الخصوم فى اتفاق التحكيم ، وذلك لأن الخصوم يتفقون على كل شئ فى اتفاق التحكيم ومنها اللغة التى سوف يتم بها التحكيم[٢] .

---

[١] الفقرة [٢/٣٠] ويرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق بين الطرفين أو الذى تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردا على ما جاء ببيان الدعوى ، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة ، وله ذلك ولو فى مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تُبرر التأخير .

[٢] وقضي في شأن ذلك أيضًا بأن : " عدم قبول هيئة التحكيم للمستندات المقدمة بلغه أخرى غير المتفق عليها حسب لائحه إجراءات التحكيم وعدم الاعتماد على أى منها فى إصدار حكم التحكيم .

حسب لائحة الإجراءات المتفق عليها ، فإن لغة التحكيم هى اللغه العربية ، ولكن يجوز تقديم مستندات بلغتها الأصلية (غير العربية) دون ترجمة ، إذا كانت تلك المستندات باللغة الإنجليزية . وبغير ذلك يجب على من يقدم مستنداً بغير إحدى هاتيين اللغتين أن يقدم معه ترجمة للغه التحكيم ، أى العربية .

وبالتالى تقرر هيئة التحكيم عدم قبول المستندات الوثائق المقدمة بلغه أخرى غير المتفق عليها ، (دون ترجمة) ، وعدم الاعتماد على أى منها فى إصدار حكم التحكيم ، مع التأكيد على أن هذا لا يحرم أو يمنع مقدمها من أى إجراءات أخرى جائزة قانوناً ، لمطالبة الطرف الآخر بأية تكاليف حسب أحكام القانون . (القضية التحكمية رقم ٦٧٦ لسنة ٢٠١٠ حكم بتاريخ ٢٠١٠/٨/٢١ (adh 52) مركز القاهرة الأقليمى للتحكيم التجارى الدولى – مجلة التحكيم العربى العدد السابع عشر ديسمبر ٢٠١١ ص ٢٦٥) .

خامسًا : وجه الإختلاف بين الخصومة القضائية والتحكيمية فى حالة تدخل وإدخال خصم فى الدعوى :

بالنسبة للخصومة القضائية : فإنه يحق للخصم أن يطلب من المحكمة إدخال من تجد أن له مصلحة فى إدخاله ، وأيضا للمحكمة إدخال من تجد أن هناك مصلحة من إدخاله لتحقيق مصلحة العدالة وإظهار الحقيقة ، أيضا من الممكن أن يتدخل الخصم انضماميا أو اختصاميا فى الخصومة القضائية وذلك على عكس الخصومة التحكيمية حيث أنه لا يجوز لأى شخص أن يتدخل تدخلا اختصاميا للمطالبة بحق له أثناء سير الخصومة التحكيمية ، كما لايجوز لأى شخص التدخل انضماميا اثناء سير الخصومة التحكيمية ، إلا إذا قبل الأطراف ذلك صراحة (سوف نُعرض لهذا بشئ من التفصيل لاحقًا) [١] .

سادسًا : وجه الإختلاف بين الخصومة القضائية والتحكيمية من حيث تطبيق قواعد القانون الإجرائى :

بالنسبة للخصومة القضائية :فإن القاضى يكون مقيد بقواعد القانون الإجرائى ، وأيضًا قواعد القانون الموضوعى .

أما بالنسبة للخصومة التحكيم : فإن المحكم يُعفى من تطبيق قواعد القانون الإجرائى ، وذلك سواء كان محكما بالقانون أو مفوضا بالصلح ، إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى عكس ذلك ، وقد يكون المحكم مُعفى من القيد بقواعد القانون الإجرائى – حسب إرادة الأطراف – إلا أنه يكون ملتزما بقواعد القانون الموضوعى ، وذلك إذا كان ملتزم بالقانون ، أما إذا كان المحكم له مطلق الحرية ولم يشترط الأطراف فى اتفاق التحكيم أى شرط فهو من الممكن له عدم التقيد سواء بقواعد القانون الإجرائى ، وأيضا يكون غير مقيد بقواعد القانون الوضوعى[٢].

---

[١] وتطبيقًا لذلك قضي في أحد الدعاوى التحكيمية بـــ " إن هيئة التحكيم هي القّيمة على تكييف تدخل أي خصم في الدعوى بحسب أساسه ومرماه في ضوء ما يتقدم به من طلبات مع أو ضد بعض الخصوم وذلك بصرف النظر عما يسبقه عليه الخصوم أو أي منهم من أوصاف " (القضية التحكيمية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٩٩ – جلسة ٢ يوليو ٢٠٠٠ – منشور في مجلة التحكيم العربي – مجلة متخصصة تصدرها الأمانه العامة للأتحاد العربي للتحكيم التجاري الدولي – العدد الثالث – أكتوبر ٢٠٠٠ – ص ٢٠٠٩ – حكم التحكيم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي) .

[٢] وتطبيقًا لذلك قضي بأن : " عدم التقيد بالإجراءات التى نص عليها قانون المرافعات التحكيم طريق إستثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية , وإذ صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأنالتحكيم فى المواد المدنية والتجارية متضناً القواعد الإجرائية الخاصة بالتحكيم من بدايتها حتى تمام تنفيذ أحكامالمحكمين ، وقد أفادت المذكرة الإيضاحية لذات القانون بان قواعد المرافعات المدنية والتجارية لا تحقق الهدف=

سابعًا : وجه الإختلاف بين الخصومة القضائية وخصومة التحكيم من حيث الحكم الصادر:

بالنسبة للخصومة القضائية: فإن الحكم القضائى إذا صدر فإنه يكون حائزا لقوة الأمر المقضى ويكون قابلا للتنفيذ الجبرى .

أما فى الخصومة التحكيمية: فإنه يكون بحاجة إلى الأمر بتنفيذه من القضاء المختص بذلك ، وذلك نظرا لأن المحكمين لايملكون سلطة الأمر ، لذلك يجب تدخل قضاء الدولة لكى يُعطى لحكم التحكيم الأمر بالصيغة التنفيذية ، حتى يستطيع الطرف الذى حصل على الحكم القيام بتنفيذه [١].

= المنشود من التحكيم بما يتطلبه من سرعة الفصل فى المنازعات وما ينطوى عليه من طبيعة خاصة اقتضت لسير الإجراءات , ومؤدى نص المادة ٢٨ من قانون التحكيم المشار إليه أنه من سلطة هيئة التحكيم أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً للقيام بأى إجراء من إجراءات التحكيم ومن ذلك المعاينة ، وقد خلا هذا النص من وجوب التوقيع على محضر المعاينة من كاتب إلى جانب رئيس هيئة التحكيم ولو كان المشرع قد أراد ذلك لنص عليه صراحة على نحو ما أوردته المادة ٣٦ من ذات القانون التى تخص تقرير الخبراء حيث نصت على أنه لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهى يثبت فى محضر الجلسة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وفض ببطلان حكم التحكيم استناداً لنص المادة ٢٥ من قانون المرافعات والمادة ١٣١ من قانون الإثبات لبطلان المعاينة التى أجرتها هيئة التحكيم بدون حضور كانت يحرر محضراً بالأعمال المتعلقة بها , فى حين أن ذلك لم يستوجبه قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأن هذا البطلان أثر فى الحكم لاستناده إلى المعاينة الباطلة فيما انتهى إليه من قضاءه , فإن الحكم المطعون فيه تلك الأسباب يكون معيباً بما يوجب نقضه .

(حكم نقض الدائرة المدنية والتجارية – الطعن رقم ٤٧٢١ لسنة ٧٣ ق – جلسة ٢٠٠٧/١٢/٢٧ – مجلة التحكيم العربى العدد الثالثي عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢١٥) .

[١] وتطبيقًا لذلك قضي بأن : " التزام الحكم التحكيمى بما ورد فى الطلبات حددت الشركة المحتكمة فى بيان دعواها طلباتها فى مواجهة المحتكم ضدها والتزم بذلك الحكم فى قضائه حدود تلك الطلبات وهو يستقيم فى معناه مع العبارة التى وردت باتفاق التحكيم من أنه يلجىء للتحكيم غير وقوع خلاف أو نزاع بشأن تفسير أو تنفيذ أى شرط أو حكم من شروط وأحكام العقد بما يقنيه من الإلتجاء للتحكيم لحسم كل المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين طرفى العقد بمناسبة العقد . (حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة (٧) فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢٣ ق تجارى القاهرة , جلسة ٩ يونيو ٢٠٠٩ – مجلة التحكيم العربى – العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢١٩) .

= وقضي بأن : " حجية حكم التحكيم : المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادة ١٠١ من قانون الإثبات أن الأحكام النهائية التى تضمنت حسم نزاع معين بين طرفين يكون لها حجية الامر المقضى التى تمنع =

ثامنًا : وجه الإختلاف بين الخصومة القضائية والتحكيمية من حيث بداية كلا منهما:

بالنسبة للخصومة القضائية فهى لاتبدأ إلا بإعلان المدعى عليه عريضة الدعوى إعلانًا صحيحًا وذلك على النحو المبين تفصيلًا فى المادة ١٣ من قانون المرافعات .

أما فى خصومة التحكيم[١] فهى تبدأ عندما يتسلم المحتكم ضده (المدعى عليه) طلب التحكيم من المحتكم (المدعى) وذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، وبالتالى فإن طلب التحكيم لا يقتصر على شكل محدد له فى القانون ، بل كل ما تطلبه القانون هو أن يصل إلى علم المحتكم ضده إلى وجود طلب التحكيم الذى يقدمه المحتكم (المدعى) .

= إعادة طرح النزاع على القضاء مرة أخرى تحقيقاً لاستقرار الحقوق ومنعاً للتضارب بين الأحكام وإخفاء للثقه والاحترام الواجبيين لها وهى حجية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز مخالفتها أو القول بما ينال منها أو على خلافها بحيث يكون الحكم النهائى البات عنوانا للحقيقة فيما فصل فيه وكان ضرورياً للحجة التى خلص إليها بما مؤداه عدم جواز المجادلة مرة أخرى فيما حسمه الحكم , وإذ بين مما يقدم أن حكم سالف الذكر قد حسم موقف الشركة المذكورة من الأعمال التى كلفت وفصل فى وضوح بأنها أوفت بالزاماتها وقضى لها بما تستحقه عن هذه الأعمال خاصة أعمال فك وتركيب النجارة والصحى والكهرباء والألمنيوم فمن ثم لا يجوز معاودة المجادلة فى هذه الواقعة مرة أخرى أو القول بأن الشركة قد أخلت بالتزاماتها وارتكبت خطأ عقدياً وتستحق الجهة الإدارية التعويض الذى يجبر الضرر الناتج عنه فذلك القول يناقض ما قضى به حكم التحكيم وهو حكم له ماللأحكام من حجية يتعين احترامها " . (قضاء مجلس الدولة الطعن رقم ٩٩٤٣ لسنة ٤٧ ق.ع جلسة ٢٠٠٦/٥/٣٠ – مجلة التحكيم العربى العدد الثالث عشر ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢٣٤ – مجموعة الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة) .

– وقضي كذلك بأن "بدء إجراءات التحكيم : المقرر أن إجراءات التحكيم عند الاتفاق عليه بديلاً عن القضاء – إنما تبدأ من اليوم الذى يسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم عن الحق المتنازع عليه من المدعى ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر له وذلك على نحو ما نص عليه المشرع فى المادة ٢٧ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية والتى ٢٣٦ تمت به ما كان تجرى عليه العمل قبل نفاذه " .

(نقض مدنى الطعن رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٩/٣/١ – مجلة التحكيم العربى – العدد الخامس – ديسمبر ٢٠٠٢ حتى ٢٠٠٠ – أثر خلو إتفاق التحكيم من تغير مكانه) .

– وأيضًا : " إن مفاد نص المادة ٢٨ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أنه لطرفى التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو خارجها , فإذا لم يوجد عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطرافها .

(حكم محكمة النقض – الطعن رقم ٦٥٤٦ لسنة ٧٩ق جلسة الخامس والعشرون من مايو سنة ٢٠٠٩ – مجلة التحكيم العربى العدد السابع عشر – ديسمبر ٢٠١١ ص ٢٣٤) .

[١] وتطبيقًا لذلك أيضا صدر حكمًا من محكمة النقض قضى بأن : " مؤدى المادة الأولى من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم على أنه : ١– إذ اتفق طرفا العقد كتابة على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وفقًا لنظام التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وجب عندئذ تسوية هذه المنازعات وفقًا لهذا النظام مع مراعاة التعديلات =

تاسعًا : وجه الإختلاف بين الخصومة القضائية وخصومة التحكيم من حيث إفتتاح عريضة الدعوى :

بالنسبة للخصومة القضائية فإن عريضة افتتاح الدعوى فإنها يجب أن تكون موقعة من محام مقبول أمام المحكمة التى ترفع أمامها الدعوى .

أما فى خصومة التحكيم فإنه لايتطلب أن يكون الطلب الذى يرسله المحتكم إلى المحتكم ضده والذى بمثابة عريضة الدعوى – أن يكون موقعا من محام ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك .

عاشرًا : أوجه الإختلاف بين الخصومة القضائية وخصومة التحكيم من حيث الطعن على الحكم :

بالنسبة للخصومة القضائية فإن القاعدة العامة هى أنه يجوز الطعن على الحكم الصادر فيها بكافة طرق الطعن الموجودة فى قانون المرافعات ، وذلك ما لم يكن المشرع قد قرر التقاضى على درجة واحدة كما هو الحال فى الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى الخاص بالطعون على الجداول الإنتخابية .

أما بالنسبة لحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى خصومة التحكيم فإن الوضع يختلف ، حيث أنه لا يمكن الطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، إلا أنه يجوز فقط رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ، وذلك فى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصرى .

= التى قد يتفق عليها الطرفان كتابة . ٢– تنظيم هذه القواعد التحكيمية إلا إذا تعارض بين – مع – قاعدة فيها نص من نصوص القانون الواجب التطبيق على التحكيم لا يجوز للطرفين مخالفته إذ تكون الأرجحية عندئذ لذلك لنص ، مرتبطًا بالبند الخامس من المادة ١٨ من العقد سالف الذكر المتضمن أن محل التحكيم القاهرة بمصر والمادة ٢٢ من القانون المدني التي تنص على أنه " يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ، إن القواعد الإجرائية التي لا يجيز التشريع المصري الخروج عنها تكون لها الغلبه وتسمو على اتفاق الأطراف بشأن إحالة التحكيم وإجراءات الدعوى التحكيمية إلى قواعد تحكيم ومنها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولى للتحكيم " . (الطعون أرقام ٦٤٨ لسنة ٧٢ ق – ٥٧٤٧ ، ٦٤٦٧ ، ٦٧٨٧ لسنة ٧٥ ق – جلسة ١٢ / ١٢ / ٢٠٠٥ – مجلة التحكيم العربي – العدد العاشر – ٢٠٠٧) .

المطلب الثانى
تحديد مفهوم الطرف فى الخصومة

تمهيد وتقسيم :

مما لاشك فيه أن خصوصية العلاقات التى تنشأ بين الأطراف فى إطار خصومة التحكيم لاتنفى التشابه بين كُلا من النظامين القضائى والتحكيمى ، فخصومة التحكيم تهدف إلى حسم النزاع القائم بين طرفى الخصومة من خلال تنظيم إجرائى يبدأ بالمطالبة بالتحكيم و يستمر حتى صدور الحكم أو إنتهاء الإجراءات بغير حكم .

ومن ثم فإن خصومة التحكيم لاتخرج عن فكرة الدعوى ، وبالتالى فإن الشبه بين الطرف فى خصومة التحكيم والطرف فى الخصومة القضائية هو أن كلا منهما يسعى لتقرير الحق أو حمايته .

إلا أنه مع هذا التشابه فى الشكل العام لفكرة الدعوى فإن الطرف فى خصومة التحكيم يختلف عن الطرف فى الخصومة القضائية ، ولذلك سوف نعرض لأوجه الشبه والإختلاف بين مفهوم الطرف فى الخصومة القضائية ، ومفهوم الطرف فى خصومة التحكيم ، ثم بعد ذلك نعرض للأصل الإتفاقى للروابط الإجرائية فى خصومة التحكيم ، وذلك على التفصيل التالى :

الفرع الأول
مفهوم الطرف فى الخصومة القضائية

إن المبدأ السائد فى الخصومة أمام القضاء ، هو أنه من حق أى شخص أن يرفع دعواه أمام القضاء وذلك لأنه حق كفله له الدستور، وأنه حر فى تحديد الشخص أو الأشخاص الذين سوف يرفع عليهم الدعوى ، حيث أن المشرع لم يُلزم المدعى بأن يرفع دعواه على شخص معين أو على أشخاص معينين ، إلا فى حالات التعدد الإجبارى [١] .

---

[١] إن التعدد الإجبارى يوجد عندما ينص القانون على وجوب اختصام جميع الأطراف فى الرابطة الموضوعية فى الخصومة ، ومن الأمثلة على ذلك دعوى الشفعة ، ودعوى قسمة المال الشائع ، وأيضا إذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة ، والتعدد الإجبارى يستوجب أمرين : الأول هو اختصام جميع أطراف الرابطة القانونية فى الخصومة ، الأمر الثانى : ضرورة تقرير حل موحد للنزاع بالنسبة لكافة الخصوم . للمزيد من التفاصيل انظر د/ وجدى راغب – مبادئ الخصومة المدنية – الطبعة الأولى – سنة ١٩٧٨ – دار الفكر العربى – ص ٤٨٠ – بند ٩٩ . د/ الأنصارى النيدانى – الأثر النسبى لإتفاق التحكيم – دارالجامعة الجديدة – ٢٠٠٩ – ص ١٠٢ .

ولذلك تحظى دراسة الطرف (الخصم) بصفة عامة باهتمام فقه المرافعات الحديث ، حيث يُمثل الطرف فى الخصومة (الخصم) عنصرا أساسيا من عناصر الخصومة القضائية وهو يُعتبر بالنسبة لها الغاية والوسيلة التى تهدف إلى تحقيق الحماية القضائية له ، وهذه الحماية هى الهدف الأساسى فى الخصومة ، ويتم ذلك عن طريق العمل المشترك بين كلا من القاضى والخصوم .

ونظرا لتشابك العلاقات القانونية فإن الخصومة القضائية لا تقتصر على الخصوم الأصليين الذين تبدأ بهم الخصومة القضائية وهم المدعى والمدعى عليه وإنما يتسع نطاقها ليشمل خصوما جُدد كانوا من الغير بالنسبة لها ، إلا أن الحكم الصادر فيها قد يمس حقوقهم بطريق مباشر أوغير مباشر [١] .

ولذلك فإنه تحقيقا للعدالة و الرغبة فى الوصول إلى صاحب الحق الحقيقى فإن الأمر يتطلب وجود أشخاص جُدد خارج نطاق الخصومة ليصبحوا أطرافا فيها ، وذلك حتى يُطالبوا بالحق محل النزاع لهم أو لوجود مصلحة لهم فى مساندة أحد الخصوم الأصليين أو ليُحكم فى الدعوى فى مواجهتهم ، أو ليُحكم عليهم بطلبات معينة [٢] .

وقد أدى هذا إلى توسع الفقه التقليدى فى تحديد دائرة الأطراف (الخصوم) الذين تشملهم الخصومة القضائية فجعلها تشمل بالإضافة إلى الأطراف الأصليين فى الدعوى ، الأشخاص الذين يعتبرون ممثلون فيها عن طريق أحد الأطراف ، وبالتالى يُعتبر طرفا فى الخصومة الأطراف الشخصيون فى الدعوى والأشخاص الممثلون فى الدعوى [٣] .

---

[١] د/ صلاح عبد الصادق – نظرية الخصم العارض فى قانون المرافعات – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – سنة ١٩٨٦ – ص ١ .

– وفي شأن ذلك قضي بأن : " الصفة الموضوعية لطرفى الحق : إن المصلحة الشخصية المباشرة لرافع الدعوى هى صفته فى رفعها ويوردها بعض فقهاء المرافعات كشرط مستقل ولا يرون أن تكون وصفاً لشرط المصلحة وقد قضت محكمة النقض بأنه يلزم لقبول الدعوى الصفة الموضوعية لطرفى الحق بأن ترفع ممن يدعى استحقاقه لهذه الحماية وضد من يراد الإحتجاج بها عليه .

كما قضت بأنه يلزم توافر الصفة الموضوعية لطرفى هذا الحق بان ترفع الدعوى ممن يدعى استحقاقه لهذه الحماية وضد من يراد الاحتجاج عليه بها . كذلك قضت بأن استخلاص الصفة مما يستقل به محكمة الموضوع . (القضية التحكمية رقم ٣٠٢لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٩ مركز القاهرة الأقليمى – مجلة التحكيم العربى – العدد السادس –أغسطس ٢٠٠٣ حتى ١٦٣) .

[٢] د/ وجدى راغب – مبادئ الخصومة المدنية – المرجع السابق – ص ١٩ .

[٣] د/ أحمد السيد صاوى – أثر الأحكام بالنسبة للغير – دار النهضة العربية – ص ١٦ .

وبناءً عليه فإن الخصومة القضائية تقتضى وجود طرفين على الأقل هما المدعى والمدعى عليه ، وهما الأطراف الأصليين فى الدعوى ، والمدعى هو من يبدأ بتقديم الطلب القضائى ، أى أن يتخذ موقفا إيجابيا فى الخصومة ، أما المدعى عليه فهو من يُقدم ضده الطلب أى يتخذ موقفا سلبيا فى الخصومة ، وهو يُجبر على الخصومة ، ويُفرض عليه المركز القانونى للخصم فرضا فى وقت لايختاره ويتعرض لخطر الحكم بإلزامه بطلبات خصمه [١] .

ولذلك استقر الفقه والقضاء على تعريف الطرف (الخصم) بأنه من يُقدم باسمه أو فى مواجهته الطلب القضائى ، وبالتالى فإن تحديد معنى الطرف هو تقديمه للطلب أو توجيه الطلبات إليه فى الدعوى ، وينطبق هذا الوصف على الخصوم الأصليين المدعى والمدعى عليه ، كما ينطبق على من يتدخل فى الدعوى [٢] .

---

[١] د/ وجدى راغب – دراسات فى مركز الخصم أمام القاضى المدنى – مجلة العلوم القانونية والإقتصادية – السنة ١٨ – ١٩٧٦ – عدد١ ص ٧٢ .

– وقد صدر حكمًا تحكيميًا بذات المعنى أقر بأن " الممثل القانوني للشركة والمعبره عن إرادتها كشخص اعتباري في الدعاوى التي ترفع فيها أو عليها ليس هو الطرف الحقيقي في الخصومة لأن الطرف الحقيقي في الخصومة هي الشركة وليس الممثل القانوني : حيث أنه من المستقر عليه فقهًا وقضاءً أن لهيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها بنظر النزاع المعروض عليها وهو ما سماه الفقه مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وكذلك مبدأ نسبية أثر أتفاق التحكيم فمن المقرر قانوناً ووفقًا لحكم المادة ١٤٥ من التقنين المدني المصري أن أثر العقد لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين فالعقد يلزم طرفين ولا يلزم الغير كقاعدة عامة أكدها نص المادة ١٥٢ من التقنين المدني بأن العقد لا يرتب التزامًا في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقًا ولا يستثنى إتفاق التحكيم من هذا المبدأ .

وقد عبرت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بأنه متى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا يحتج به إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه وقبل خصومته .

كما قضت محكمة النقض المصرية بمبدأ نسبية أثر العقد وأنه لا ينصرف أثره إلى غير عاقديه ولا يمكن أن يرتب التزامًا في ذمته ولو كان لأحد المتعاقدين .

وحيث أن الاتفاق على التحكيم مثبت بالعقد ، ولما كان من الثابت من مطالعة صورة العقد أنه مبرم بين الشركة المحتكم ضدها ويمثلها في التوقيع على العقد مدير عام الشركة بصفته وبين الشركة المحتكمة ويمثلها في التوقيع على العقد مدير الشركة بصفته . فإن الهيئة تقضي بعدم اختصاصها بنظر الدعوى " . (القضية التحكيمية رقم ٦٤٢ لسنة ٢٠٠٩ – حكم بتاريخ ٩ / ١١ / ٢٠١١ – من أهم أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – مجلة التحكيم العربي – العدد السابع عشر – ديسمبر ٢٠١١ – ص ٢٥١ ، ٢٥٢) .

[٢] د/ وجدى راغب – مبادئ الخصومة القضائية – المرجع السابق – ص ٤٢٩ .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن فكرة الطرف أو الخصم ترتبط أساسا بالمطالبة القضائية أى أنها ترتبط بتقديم طلب الحماية القضائية باسم الشخص ، وذلك بصرف النظر عما إذا كان من قُدم الطلب باسمه هو صاحب الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى المطلوب حمايتــه أو لا ، وما إذا كانت له صفة فى الدعوى أم ليس له صفه ، كذلك الأمر بالنسبة لمن يُقدم ضده الطلــب ، فهو يُعتبر خصما بصرف النظرعما إذا كان هو الطرف السلبى فى الحق فى الدعوى ، فإذا لــم يكن الشخص قد وجه طلب أو وُجه إليه طلب فهو لا يُعتبر خصما حتى ولو كــان مــاثلا فــى الخصومة [١] .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الخصم هو الذى يُوجه طلبات الدعوى أو تُوجه إليــه سواء أكان خصم أصليا فى الدعوى أو مختصما فيها بعد إقامتها وسواء أكانت هذه الطلبات أصلية أوعارضة ، وبعبارة أخرى فإنه هو الذى يقيم الدعوى أو تُقام عليه أو يُقبل تدخلــه فيهــا ولــو انضماميا أو اختصامه فيها [٢] .

وفى حكم لمحكمة النقض قضت فيه بأنه (لا يُعتبر خصما فى الدعوى الممثل القــانونى لأحد الخصوم كالولى أو الوصى بالنسبة للقاصر والقيم بالنسبة للمحجور عليه والوكيل بالنســبة للغائب ، فكل من القاصر والورثة والمحجور عليه والغائب طرف فى الدعوى – حيث تتوافر لكل منهم أهلية الإختصام وإن كانت تنقصه أهلية التقاضى – أى صلاحية مباشرة الإجراءات القضائية – لذلك يقوم بتمثيله أمام القضاء شخص آخر هو الممثل القانونى ، والأخير ليس خصما وإنما هو من الغير لذلك يجوز اختصامه فى الدعوى التى بين من يُمثله وبين خصم آخر فى الدعوى) [٣] .

من هذا الحكم يتضح لنا أن الممثل القانونى لا يُعتبر طرفا فى الدعوى ولكنه يُمثل الخصم وليست له صفة فى الدعوى وإنما صفته تكون فقط باعتباره ممثلا للخصم ، لذلك إذا لم يتــوافر التمثيل أو كان غير صحيحا ، فإنه يترتب على ذلك جزاء وهو بطلان الإجراء الذى تم اتخــاذه وليس عدم قبول الدعوى .

---

[١] د/ احمد السيد صاوى – شرح قانون المرافعات – طبعة سنة ١٩٨١ – دارانهضة العربية – ص ٤٢٢ .

[٢] د/أحمد أبوالوفا – المرجع السابق – ص ٥٢٨ – بند رقم ٤١٥ .

[٣] طعن رقم ٣٦٤ – جلسة الثانى عشر من فبراير – سنة ١٩٧٨ – لسنة ٤٤ قضــائية – مجموعــة الأحكــام النقض الصادرة عن المكتب الفنى – س ٢٩ – الجزء الأول – ص ٤٥٨ ، ٤٥٩ .

وقد قسم جانب آخر من الفقه الطرف (الخصم) فى الخصومة القضائية وفقا لنظرية الخصم الكامل إلى نوعين هما الخصم الكامل والخصم الناقص [١] .

أيضًا أن صفة الطرف (الخصم) قد تُكتسب بالخلافة ، فالخلف لايُعتبرمن الغير سواء كان عاما أو خاصا ، والخلف العام هو من يخلف الشخص فى ذمته المالية من حقوق والتزامات أو فى جزء منها ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة .

أما الخلف الخاص فهو من يخلف الشخص فى عين معينة بالذات أو فى حق عينى عليها كالمشترى يخلف البائع فى المبيع ، والموصى له بعين فى التركة ، فهو يخلف الموصى فيها ،

---

[١] النوع الأول الخصم الكامل : وهو من تُسند إليه القواعد المختلفة للقانون بكافة الحقوق والواجبات الإجرائية لمركز الخصم أى تسند إليه المركز القانونى للخصم كاملا بكافة مكوناته ، وهو من يكون طرفا فى خصومة يباشرها بنفسه وليس عن طريق ممثله الإجرائى ، ويكون طرفا فى الدعوى ، وفى الحق موضوع الدعوى .

النوع الثانى الخصم الناقص : وهو ذلك النوع الذى يحدث إذا تخلفت أحد العناصر السابقة ، وتوافر بعضها ، ولم يتوافر البعض الآخر ، فى هذه الحالة فإنه لايتمتع إلا ببعض الحقوق والواجبات المكونة لمركز الخصم وبالتالى يعتبر خصما ناقصا ، وهو يختلف باختلاف العناصر المتخلفة بالنسبة له . إلا أن هناك حد أدنى لصفة الخصم وهو أن يوجه طلبات باسمه ، أو تُوجه إليه طلبات من الطرف الآخر ، وأهم أنواع الخصم الناقص هى :

١- الخصم غير العادى : وهو الذى يُباشر الإجراءات بناء على صفه غير عادية فى الدعوى ، وهذه الصفه لاتُقبل إلا بناء على نص تشريعى ، ويعترف القانون بها للشخص بسبب مركز قانونى مُرتبط فى نفاذه بالمركز القانونى للمدعى . ومن أمثلة ذلك الدائن فى الدعوى غير المباشرة حيث يُطالب الدائن بحق للمدين ، وذلك لأن حق الدائن يتأثر فى نفاذه عن طريق الضمان العام للدائنين ، ومثاله أيضا النقابة التى تطالب بحق فردى للعامل بناء على عقد العمل المشترك الذى تكون طرفا فيه .

وبذلك فإن أهم ما يميزه أنه لايُطالب بحق لنفسه وإنما بحق لغيره . وهو بذلك يختلف عن الخصم المركب فى أنه لايباشر الدعوى باسم صاحب الحق باعتباره ممثلا له ، وإنما يباشرها باسمه لما له من صفه غير عاديه فى الدعوى ، ويترتب على اعتبار الخصم غير العادى ، حرمانه من إجراءات التصرف التى تمس الحق الموضوعى فلا يجوز له التصالح أو الإقرار أو توجيه اليمين الحاسمة أو النكول عنها أو ردها رغم أن هذا كله جائز بالنسبة للخصم العادى .

٢- الخصم التبعى : وهو الذى يشترك فى إجراءات الخصومة بناء على صفه مشتقه من صفة أحد الخصوم الأصليين ، ولذلك يكون موقفه تبعيا بالنسبة له ، ونموذجه هو المتدخل الإنضمامى الذى يأخذ صفة الخصم التابع وبالتالى لايستطيع التصالح أو الإقرار أو توجيه اليمين الحاسمة ، أو يتخذ تصرفا منهيا للخصومة مثل الترك وقبول الترك .

٣- الخصم المركب : وهو يشمل الخصم الأصيل والخصم الممثل ويُقصد به الخصم الذى يُقاضى فى الدعوى عن طريق شخص آخر هو الممثل الإجرائى ، وفى هذه الحالة يوزع مركز الخصم بين الأصيل وممثله ، ونموذجه حالة الولى أو الوصى الذى يُمثل القاصر فى الخصومة ، حيث تكون الدعوى باسم القاصر وهو الخصم الأصيل الذى تنصرف إليه آثار الحكم الصادر فى الخصومة بما فى ذلك المسئولية عن الإجراءات ، فى هذه الحالة يكون الخصم مركبا من شخصيين الأصيل والممثل . للمزيد من التفاصيل انظر د/ وجدى راغب – مبادئ الخصومة المدنية – المرجع السابق – ص ٢٣٠ إلى ص ٢٣٤ .

والمنتفع يخلف المالك فى حق الإنتفاع [١] . أيضا بالنسبة للشخص الإعتبارى فإنه يُعتبر خلفا عاما وذلك بسبب الإندماج فى شركة أخرى .

وبناء عليه فإن الخلف العام يأخذ مكان سلفه فى الخصومة القضائية سواء كان ذلك بصفته مدعيا أو مدعيا عليه ، وذلك لأن الخلف العام يخلف السلف بالنسبة للحق الموضوعى المدعى به ، أما إذا كان الحق الموضوعى مما يزول بموت صاحبه ، فإن الخلافة لاتوجد وتنقضى الخصومة .

أما بالنسبة للخلف الخاص فإنه يحل محل سلفه فى الخصومة القضائية ، إذا كان الحق قد انتقل إليه قبل رفع الدعوى ، حيث أنه يجب رفع الدعوى على الخلف بصفه مبتدأة ، فإذا رفعت على السلف كانت غير مقبولة وذلك لرفعها على غير ذى صفه .

أما إذا انتقل الحق إلى الخلف أثناء سير الدعوى المرفوعة بصدد ذات الحق فإن الخلف الخاص لايحل محل السلف فى الدعوى ، لأن الخلافة فى الحق الموضوعى الذى انتقل إلى الخلف الخاص لايترتب عليها خلافة فى الخصومة القضائية ، بل يبقى السلف طرفا فيها وإن لم يكن بعد هو صاحب الحق الموضوعى ، أى أن الخلف يُعتبر فى هذه الحالة من الغير وليس طرفا [٢] .

مما سبق يتضح لنا أن الطرف فى الخصومة القضائية يتمثل فى الأطراف الأصليين وهم المدعى والمدعى عليه ، وقد يكتسب الشخص صفة الطرف فى الخصومة القضائية ، مثال الخلف العام والخلف الخاص ، أيضا قد يكتسب الغير فى بعض الأحيان صفة الطرف ولكن بشروط معينه وهو أن يكون له مصلحة من تدخله فى الخصومة ، ويكون تدخله إما انضماميا أو اختصاميا ، أو يتم إختصامه فى الدعوى بناء على رغبة الخصوم أو بناء على طلب المحكمة . ويترتب على اعتبار الشخص طرفا فى الخصومة أن يكتسب مركزا قانونيا إجرائيا ، يتضمن مجموعة من الحقوق الإجرائية أهمها حقوق الدفاع ، كما يتضمن مجموعة من الواجبات الإجرائية مثل عبئ الحضور وعبئ الإثبات [٣] .

---

[١] ملحوظة قد يُعتبر الخلف العام أو الخلف الخاص من الغير فى بعض الحالات للمزيد من التفاصيل انظر الفصل الأول والثانى من الرسالة .

[٢] د/ أحمد هندى – سلطة الخصوم والمحكمة فى اختصام الغير – المرجع السابق – ص ٢٣ .

[٣] د/ وجدى راغب – مبادئ الخصومة المدنية – المرجع السابق – ص ١٧ .

الفرع الثانى
مفهوم الطرف فى خصومة التحكيم

إن خصومة التحكيم لا تخرج عن فكرة الدعوى فى الخصومة القضائية ، وهذا أدى إلى وجود شبه بين الطرف فى خصومة التحكيم والطرف فى الخصومة القضائية ، وهو يتمثل فى أن كلا منهما يسعى إلى تقرير الحق أو حمايته .

ولكن مع وجود هذا التشابه فى الشكل العام لفكرة الدعوى ، إلا أن الطرف فى خصومة التحكيم يختلف عن الطرف فى الخصومة القضائية .

فالطرف فى خصومة التحكيم يتمتع بإرادة واسعة فى جميع تصرفاته ، فالإرادة تلعب دورا واضحا فى إجراءات خصومة التحكيم ، أيضا أن الطرف فى خصومة التحكيم يكون له الدور الأكبر فى تحديد تلك الإجراءات ، وذلك لأن التحكيم يُمثل العدالة الخاصة ، وبالتالى فإنه يحق لطرفى التحكيم أن يتفقا على الإجراءات التى يتعين على هيئة التحكيم اتباعها [١] .

والطرف فى خصومة التحكيم يتنازل بإرادته الحرة عن المثول أمام قضاء الدولة والقانون المطبق فى محاكمه ، وعن حقه فى التقاضى أمام قاضيه الطبيعى ، وهذا حق كفله له الدستور وارتضى بسلوك طريق آخر للمطالبة بحقه فى منازعة معينة نشأت عن عقد يربطه بطرف آخر ، حيث قبل كلا منهما اللجؤ إلى التحكيم بما يمثله ذلك من مرونه فى الإجراءات وسرعة الفصل فى المنازعة[٢] .

---

[١] د/ أحمد مليجى – قواعد التحكيم فى القانون الكويتى – مرجع سابق – ص ٢٨٢ .

[٢] وتطبيقًا لذلك صدر حكم من محكمة استئناف القاهرة قضى بأن " ليس للمحكم أن يغير من اتفاق التحكيم باعتبار أن اتفاق التحكيم هو الذي يرسم له مهمته ومنه يستمد ولايته في الفصل في النزاع .

بحيث أنه من المقرر قانونًا أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة خلافات بينهما كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقًا على قيام النزاع سواء مستقلًا بداية أو ورد في عقد بشأن هذا النزاع ، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى ، كما يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلًا ويجب بذلك أن يتم تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى فضلا عن اتفاق التحكيم السابق على النزاع . يجب أن يتم وفقًا لاتفاق الخصوم أو أنه الا يتصور في هذه الحالة يعرض موضوع النزاع أو يحدده وهو لم يقع بعد .

كما أنه المقرر أنه ليس للمحكم في هذه الأحوال أن يغير من اتفاق التحكيم باعتبار أن اتفاق التحكيم هو الذي يرسم له مهمته ، ومنه يستمد ولايته في الفصل في النزاع ، إذ يجب دائمًا على المحكم احترام اتفاق =

أيضًا أن خصومة التحكيم تعكس الطابع الودى الذى يسيطر على إجـراءات التحكـيم ، وذلك لأن كافة القيود التى يُرتبها القانون فى حق الطرف فى الخصومة القضائية ، من الممكـن التحلل منها فى خصومة التحكيم باستثناء مبادئ التقاضى الأساسية ، وهذا يكفل استمرار العلاقة الودية بين أطراف الخصومة التحكيمية ، وهذا عكس ما ترتبه إجراءات التقاضى فى النفوس من الشحناء فى كثير من الأحيان [١] .

وهذا كله نابع من القاعدة التى تنص على أن اتفاق التحكيم لايُلـزم إلا أطرافـه الـذين أبرموه ، بحيث لايخضع لولاية هيئة التحكيم التى تنشأ بمقتضى ذلك الإتفاق إلا من كان طرفًا فيه . ومن ثم فإنه لايستفيد من هذا الإتفاق إلا أطرافه ، ويضارمنه غيرهم ، ولايملك التمسك ببطلانه غيرهم [٢] [٣].

= الطرفين فإن موضوع النزاع ، ما يقرونه من إجراءات لنظره كما أن لخصومة التحكيم التـى يختلـف عـن خصومة القضاء العادي باعتباره أن هذه الخصومة لا تحكمها القاعدة أمام المحاكم من أن قاضـي الأصـل هـو قاضي الموضوع لأن ولاية المحكمين يجب أن تلتزم باتفاق التحكيم ولا تخرج عن نطاقه ، فضلًا عن أن التحكيم نظام استثنائي لفض المنازعات لأنه يتضمن تحديد نطاقه وسلطة المحكمين ، وإن المحكمين يستمدون سلطاتهم من اتفاقه التحكيم أو ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين لأنه يجب احترام اتفاق الأطراف بشأن موضوع التحكـيم فـلا تملك هيئية التحكيم بغير هذا الاتفاق القضاء بما لم يطلبوه ولوجود التزام واضح على المحكم أو هيئة التحكيم التي عليها تطبيق شروط العقد لأن هذه الشروط هي مصدر السلطة التي يستمد منها المحكم سلطانه " . (حكم محكمة استئناف القاهرة – الدائرة ٦٣ تجاري – الطعن رقم ٩ لسنة ١٢٧ ق – التظلم من أمر وضع الصيغة التنفيذية رقم ١٥ لسنة ١٢٩ ق – جلسة ٤ / ٦ / ٢٠١٢ – مجلة التحكيم العربي – العدد التاسع عشر ديسمبر ٢٠١٢) .

[١] د/ سيد أحمد محمود – نظام التحكيم – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقـانون الوضـعى الكـويتى والمصرى – دارالكتب – ٢٠٠٤ – ص ١٤٠ .

[٢] د/ على بركات – مفهوم التحكيم المصرى والقانون المقارن – دار النهضة العربية – طبعـة ١٩٩٦ – ص ٢٩٤ ، د/سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الجزء الأول – بند ١٨٤ – ص٣٣٦ .

[٣] وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأن : " التحكيم القانوني للتحكيم أنما يقوم على رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينه عقديـة أو غير عقدية ، فإرادة المتعاقدين هي التى توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التى يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها ، وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القـول بقيام التحكيم وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا يحتج به إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه وقبـل خصـومته " . (الطعنان رقما ٤٧٢٩ ، ٤٧٣٠ لسنة ق – جلسة ٢٢ / ٦ / ٢٠٠٤ – العدد الثامن – أغسـطس ٢٠٠٥ – مجلـة التحكيم العربي) .

وبناء عليه فإن القاعدة هى أنه لايكون طرفا فى خصومة التحكيم إلا من كان طرفا فى اتفاق التحكيم ومن يمتد إليه هذا الإتفاق [٤] ، [٥] .

إلا أنه مع التطورات التى حدثة فى الواقع العملى ، فإن هذا أدى إلى التوسع فى المفهوم القانونى لفكرة الطرف الذى وقع على اتفاق التحكيم ، وأصبح يشتمل على الخلف العام وأيضا الخلف الخاص ولكن بشرط أن يكون اتفاق التحكيم قد أُبرم قبل انتقال الشئ إليه ، وهذا يعنى أيضا التزام الخلف العام والخلف الخاص بالأثر الإيجابى لإتفاق التحكيم ، أى الإلتزام بحل النزاع عن طريق اللجوء إلى التحكيم .

---

[١] د/ طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٩ .

– أيضًا صدر حكمًا تحكيميًا قضي فيه بأن " لا يلتزم ولا يستفيد من شرط التحكيم إلا من كان طرفًا : إن دفع الشركة المحتكم ضدها بعدم قبول الدعوى التحكيمية لرفعها على غير ذي كامل صفة على سند من القول أن الشركة المحتكمة قد أقامت هذا التحكيم ضد الشركة المحتكم ضدها فقط ، في حين أن هناك مشترين آخرين وكان يجب اختصامهم جميعًا في هذا التحكيم هو دفع مردود ، ذلك لأن هؤلاء الأشخاص ليسوا أطرافا في عقد الوديعة ، وبالتالى لا يشملهم شرط التحكيم المنصوص عليه في هذا العقد ، حيث لا يلتزم ولا يستفيد من شرط التحكيم إلا من كان طرفًا منه " . (القضية التحكيمية رقم ٦٤٧ لسنة ٢٠٠٩ – والتي صدر فيها حكم التحكيم بتاريخ ٢٦ / ٣ / ٢٠١١ – الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي – العدد السادس عشر يونيو ٢٠١١ ص ٢٠٦)

[٢] وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " أثار العقد وفقا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدنى لاينصرف إلى الغير الذى لم يكن طرفا فيه ولم تربطه صلة بأى من طرفيه سواء كانت هذه الآثار حقا أم التزامًا ، وإذا كان يتضح من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة المشترية قد اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة التحكيم ، وإذا لم تكن الشركة الناقلة طرفا فى هذا العقد ، وإنما تتحدد حقوقها والتزماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة ، فإن شرط التحكيم الوارد فى عقد البيع لايمتد أثره إلى الشركة الناقلة " . (طعن رقم ٢٨٩ – جلسة الحادى عشر من نوفمبر – سنة ١٩٦٦– سنة ٣٠ قضائية مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفنى – ص ٦٥) .

أيضًا الطعن رقم ٥١٠ – جلسة العشرون من يناير سنة ١٩٧١ – لسنة ٣٥ قضائية – مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفنى – ص ١٤٦ .

– وقضي بأن : " المحامى لا يعتبر طرفاً فى الخصومة التى وكل فيها لأن طرف الخصومة هو الخصم الذى يمثله المحامى وذلك وفقاً للمادة ٣ بند ٦ فقره ٣ من قواعد وإجراءت غرفة التجارة الدولية سياسى " .

(حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٥٠تجارى جلسة ١٩٩٦/٦/٢٥ فى الاستئناف رقم ٤٥ لسنة ٩٥ تحكيم – مجلة التحكيم العرب العدد الرابع – اغسطس ٢٠٠١ حتى ٢١٠) .

مع ملاحظة انه يجب علينا التميز بين ما إذا كانت خصومة التحكيم قد بدأت أم لم تبدأ بعد :

١- فإذا كانت الخلافة قد تحققت قبل بدء الخصومة فإنه يجب على الطرف الآخر أن يرفع دعواه أمام هيئة التحكيم ضد الخلف سواء كان خلفا عاما أو خلف خاصا ، وذلك لأن الخلف قد أصبح هو وحده صاحب الصفة فى هذه الدعوى[١] ، ويشمل كل من يمتد إليهم اتفاق التحكيم .

٢- أما إذا كانت الخلافة قد تحققت بعد بدء إجراءات التحكيم فيجب التميز بين الخلف العام والخلف الخاص .

أولًا : بالنسبة للخلف العام : فإنهم يخلفون مورثهم فى مركزه فى هذه الخصومة ، إلا أن الإجراءات تنقطع لحين إعلان الورثة بخصومة التحكيم القائمة بين مورثهم والغير [٢] .

ثانيًا :أما بالنسبة للخلف الخاص: فإن الأمر يختلف ، وذلك لأنه إذا كان الخلف الخاص يخلف السلف فى مركزه الموضوعى . إلا أنه لا يخلفه فى مركزه فى الخصومة ، وذلك لأن مركز الخصم الإجرائى مستقل عن مركزه الموضوعى [٣] .

---

[١] فإذا رفع دعواه على السلف (المتوفى) فى حالة الخلافة العامة ، فإن هذه الدعوى تكون منعدمة لأنها تفقد أحد أركانها وهو الخصم ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الطرف فى اتفاق التحكيم قد رفع الدعوى التحكيمية ضد السلف على الرغم من انتقال الحق إلى الخلف سواء كان عاما أو خاصا قبل بدء إجراءات التحكيم ، فإن الإجراءات تكون باطلة ، بل أنها تكون منعدمة بالنسبة للخلف ، فإذا لم يقوم المدعى بتصحيح الإجراءات وتوجيهها إلى الخلف ، فإن حكم التحكيم الذى سوف يصدر لايجوز أى حجية قِبل الخلف سواء العام أو الخاص ولا يتحصن بفوات ميعاد دعوى البطلان ، ولايجوز تنفيذه فى مواجهة الخلف . للمزيد من الفاصيل انظر د/ الأنصارى النيدانى – الأثر النسبى لإتفاق التحكيم – المرجع السابق – ص ١٠٧ .

[٢] يشترط لكى يحل الوارث محل المورث فى مركزه فى الخصومة أن يكون قد حل محله فى مركزه الموضوعى فإذا كان المركز الموضوعى من المراكز التى تزول بوفاة صاحبها ولاتنتقل إلى الورثة فلا يترتب على الوفاة خلافة فى الخصومة .

[٣] فى هذه الحالة فإننا نكون أمام أحد أمرين : إما أن يبقى السلف هو الطرف فى خصومة التحكيم بعد انتقال الشئ محل النزاع إلى الخلف الخاص ، أو يتم إخراج السلف من الخصومة ، واختصام الخلف الخاص فيها وقد انقسم الفقه فى هذا إلى اتجاهان :

الإتجاه الأول : يرى أن المتصرف (السلف) يفقد صفته فى الدعوى ، فى هذه الحالة على المحكمة أن تأمر بإخراجه من الخصومة وإعلان المتصرف إليه (الخلف الخاص) وذلك بالتطبيق للمادة ٢/١١٥ من قانون المرافعات التى تنص على(إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعيب فى صفة المدعى عليه قائم على أساس ، أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة) للمزيد من التفاصيل د/ وجدى راغب مبادئ الخصومة إلا أن هذا=

أيضًا بالإضافة إلى ذلك فإن اتفاق التحكيم قد ينصرف إلى الغير وذلك فى أحوال خاصة كما هو الحال مثلا فى الغير صاحب المركز الحقيقى الذى ينصرف إليه أثر عقد التحكيم الذى أبرمه من يظهر بمظهر صاحب هذا المركز ، وكما هو الحال فى المشترط لصالحه الذى ينصرف إليه أثر عقد التحكيم الذى يبرمه أطراف العقد المتضمن للاشتراط .

أيضًا كما هو الحال فى أفراد مجموعة الشركات عندما يقوموا بعملية اقتصادية واحدة وتكون إحداها مرتبطة مع شخص خارج المجموعة بعقد يتضمن شرط تحكيم يتعلق بهذه العملية وأيضا الشركة التى آلت إليها الذمة المالية لشركة أخرى نتيجة للإندماج فهى ينصرف إليها اتفاقات التحكيم التى أبرمتها سابقا تلك الشركة التى زالت من الوجود القانونى بالإندماج [١].

= الإتجاه تم توجيه النقد إليه حيث ذهب رأى إلى أنه حتى إذا تم تطبيقه فى الحياة العملية ، فإنه يؤدى إلى انتهاء المشاكل التى يسببها عدم وجود الخلف الخاص فى الخصومة ، إلا أن تطبيق هذا الإتجاه قد يعترضه كثير من الصعوبات ، وذلك لأنه قد لايعلم المدعى بالتصرف ، وهنا فإنه ليس أمامه إلا اختصام المتصرف (السلف) ، كما أنه ليس أمام المحكمة إلا نظر الدعوى فى مواجهة المتصرف ، وهو مايؤدى إلى ظهور المشكلة من جديد . للمزيد من التفاصيل انظر د/ الأنصارى – المرجع السابق– ص ١٠٩ .

الإتجاه الثانى : يرى أنه على الرغم من عدم خلافة الخلف الخاص للسلف فى الخصومة ، إلا أن الحكم الصادر لصالح السلف [المتصرف] أو ضده فهو يُعتبر حجة للخلف أو عليه ، وذلك لأنه يُعتبر ممثلا فى الخصومة فى شخص السلف وتسرى عليه جميع الآثار التى تسرى فى مواجهة السلف ، وبالتالى يجوز الطعن فى الحكم ، وذلك استنادا على القاعدة العامة التى يؤكد أن الخلف يلتزم بما يصدر من السلف من تصرفات .

[١] د/ مصطفى الجمال – د/ عكاشة عبد العال – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – المرجع السابق– ص ٦٣٢ .

– وتطبيقًا لذلك صدر حكمًا تحكيمًا قضى بأن " إندماج الشركات ذو طبيعة تعاقدية ولا يؤثر على طبيعة ما يشترط قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ من وجوب صدور قرار وزاري بالترخيص بالاندماج .

– إن المشرع في القانون المذكور أعلى سلطان الإرادة الفردية في عملية الاندماج ومن ثم فإن البين أن صدور القرار الوزاري بالترخيص بإندماج بين الشركات قصد به تحقيق رقابة الدولة على الإندماج دون أن يؤثر ذلك على الآثار القانونية المترتبة على أطراف الاندماج على اتفاقهما على الإندماج .

– إن الشركة الدامجة تكون خلفًا عامًا للشركة المندمجة فيها وتحل محلها حلولًا قانونيًا فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات في حدود ما اتفق عليه في عقد الاندماج دون إخلال بحقوق الدائنين وتنتقل إليها حقوق والتزامات الشركة المندمجة فيها .

– إن اتفاق التحكيم كأي تصرف إرادي آخر يتصرف أثره إلى طرفيه وإلى الخلف العام ويعتبر الخلف العام طرفًا في اتفاق التحكيم الذي أبرمه سلفه . =

كما تعد أيضًا اتفاقات التحكيم التى تبرمها شركات التضامن ملزمة لكل الشركاء بأسمائهم بحيث ترفع خصومة التحكيم ضدهم مجتمعين أو ضد أحدهم ، كما أنهم يستطيعون تحريك إجراءات التحكيم ضد الطرف الذى كان يتضمن تعاقده مع الشركة اتفاقا على التحكيم [١][٢].

= – إن المتعاملين مع الشركة الدامجة دون اعتراض أو تحفظ على عمليه الدمج بعد تمامه وعلمهم به علمًا يقينيًا لا يجوز لهم التنصل من الأثار القانونية المترتبة على الاندماج كحجة على عدم إتمامه بعض إجراءاته وعدم اتخاذ إجراءات الشهر .

– إن الشركة الدامجة في تعاملاتها مع الغير لا تكون في وضع أسوأ من الشركة الفعلية أو شركة الواقع والتي يعترف القانون بتعاملاتها حتى مع تخلف أحد أركانها مما يرتب بطلان عقد الشركة ومع ذلك ترتب الآثار القانونية الكاملة على تعاملاتها مع الغير ولا يؤثر ذلك على حقوقها وإلتزاماتها .

– إن الشركة الدامجة يكون لها وحدها حق التقاضي بعد عملية الإندماج فيما يتعلق بحقوقها ، ولا يكون للشركة المندمجة هذا الحق بعد أن انقضت شخصيتها القانونية بإتمام الاندماج .

– إن الاندماج بين الشركات يختلف عن الحوالة ذلك أن الإنددماج عملية تعاقدية وتعتبر من أسباب أنقضاء الشركات المندمجة وحلول الشركات الدامجة محلها في حقوقها والتزاماتها بحكم القانون أم حوالة الحق فتكون بين شخصيتين قانونيتين يستمر بقاء شخصية كل منها بعد إتمام الحوالة " . (حكم التحكيم في القضية رقم ٤٠٨ لسنة ٢٠٠٤ – جلسة ٢ / ٧ / ٢٠٠٥ – مركز القاهرة الأقلمي – مجلة التحكيم العربي – العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٥) .

[١] د/ سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – المرجع السابق – بند ١٨٤ – ص ٣٣٦ ومابعدها

– ويلاحظ : أن هذه الحالة بشقيها تصدق في حالات المسئولية التضامنية التي تنشئ بين أشخاص لا يضمهم تنظيم في صورة شركة تتمتع بالشخصية المعنوية وإنما يأخذ تعاونهم صورة (شركة المحاصة) أو(الكونسورسيوم) أو أي رابطة تعاقدية أخرى مما يطلق عليه تعبير (مشروع مشترك) وبذلك فإن العقد المبرم بين شركة المحاصة أو الكونسورسيوم أو الجوبيت فنشر وطرف آخر والمتضمن اتفاقًا على التحكيم يعد ملزمًا لكافة الأشخاص الذين تضمهم تلك المسميات ، بحيث يجوز لأي منهم أن يحرك باسمه إجراءات التحكيم ضد الطرف الآخر ، كما يجوز لهذا الأخير أن يوجه طلب التحكيم ضد الأشخاص المعنيين مجتمعين أو ضد أي منهم .

[٢] وفى هذا الصدد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن (اعتبار المرسل إليه طرفا فى سند الشحن وبالتالى يلتزم بشرط التحكيم الوراد به ، وذلك تأسيسا على أن المادة ٩٩ من قانون التجارة البحرى يوجب ذكر اسم المرسل إليه فى سند الشحن ، كما توجب المادة ١٠٠ من نفس القانون أن يكتب سند الشحن من أربع نسخ أصلية يوقع عليها كل من الشاحن والربان وخصت المرسل إليه بإحدى هذه النسخ ، ثم جاءت المادة ١٠١ من نفس القانون مقررة أن سند الشحن المحرر بالكيفية السابقة يكون معتمدا بين جميع المالكين ولما كان الربط بين هذه المادة الأخيرة والمادتين السابقتين عليها – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن قانون التجارة البحرى – يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن فى سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة فى عملية الشحن يتكافأ مركزه حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل مع مركز الشاحن وأن يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن وضد =

أيضًا من الصور العصرية الحديثة التى يترتب على وجودها امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه هو ما يسمى بمجموعات الشركات ، حيث يعهد إلى مجموعة شركات تنتمى إلى جنسيات متعددة على القيام بمشروع معين ، ويطلق على هذا النوع من مجموعات الشركات تسميات مختلفة منها الكونسيوريوم ، أو الجوينت فينشر ، وهذه الشركات تتجمع لتحقيق هدف اقتصادى واحد ويخضع لرقابة موحدة ، بينما تظل كل شركة تتمتع بشخصية معينة مستقلة .

ومن الصور الحديثة أيضا التى يترتب على وجودها امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه هى فكرة المجموع العقدى أو مجموعة العقود وهى عبارة عن اتخاذ مجموعة من العقود المتتابعة على ذات المحل مع وجود اختلاف فى أطرافها [١] ، أيضا قد تأخذ شكل مجموعة من العقود تجمعها وحدة الغرض أو الموضوع مع اختلاف الأطراف ، وهذه المجموعات من العقود توجد فى المشروعات الضخمة التى يكون من الصعب تنفيذها من خلال عقد واحد [٢] .

هذه المجموعة من العقود تدور حول مصلحة اقتصادية واحدة ، مما يجعلها ترتبط ارتباطا يجعل مصيرها واحد ، أيضا أنها يوجد بينها نوع من التبعية المنفردة أحيانا ، والمتبادلة أحيانا أخرى مما يجعلها كلا واحدا يصعب الفصل بينها من الناحية الإقتصادية والقانونية على حد سواء .

وهذا أيضا يجعل كل طرف من أطراف هذه المجموعة العقدية – أى كل طرف فى أى عقد من عقود هذه المجموعة – طرفا فى الكل الذى تمثله المجموعة بأكملها ، وذلك بدون أن يكون طرفا فى بقية العقود الداخلة فى المجموعة العقدية وذلك لإنه بدخوله فى هذه المجموعة العقدية يكون قد ارتضى ضمنا أن يتحمل كل النتائج المترتبة على كل ما تم أبرامه فى هذه العقود ، وبالتالى فهو يُعتبر كما لو كان طرفا فيها يلتزم بها فى حدود ما يلتزم به فى مواجهة الأخرين ، وما يستفيد منه بشأنها ، ولذلك إذا كان هناك شرط تحكيم فى عقد من هذه العقود فإنه يحق للطرف الآخر فى العقود الأخرى أن يتدخل فى خصومة التحكيم المرفوعة من أطراف هذا

= إرتباط هذا الأخير ، ومقتضى ذلك أن يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد فى نسخة سند الشحن المرسل إليه باعتباره فى حكم الأصيل منه " . (الطعن رقم ٦٠ – جلسة الخامس والعشرون من فبراير سنة ١٩٦٥ – سنة ٣٠ قضائية – مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفنى – ص ٢٢٠) .

[١] مثال ذلك فى عقود البيع المتتالية على شئ واحد ، والعقود التى تربط عدة مقاولين أصليين بصاحب العمل ذاته .

[٢] مثال ذلك المشروعات العملاقة ، مثل مترو الأنفاق ، مشروعات الصرف الصحى ، مشروع مكتبة اسكندرية مشروعات التجارة الدولية .

العقد إذا كانت هناك مصلحة تقتضى ذلك ، وبذلك يكون طرفا فى خصومة التحكيم ، على الرغم من أنه لم يكن طرفا فى اتفاق التحكيم الذى نشأت بناءً عليه الخصومة [١] .

مما سبق يتضح لنا أن الطرف فى خصومة التحكيم هم أطراف اتفاق التحكيم إلا أنه مع التوسع فى مفهوم الطرف وفقا للنظرية الحديثة ، فقد تم التوسع فى أطراف خصومة التحكيم ليشمل اطراف الإتفاق على التحكيم وخلفهم العام والخاص ومن يمتد إليهم هذا الإتفاق من الغير.

أى أن نطاق خصومة التحكيم يكون دائما محكومًا باتفاق التحكيم ، بمعنى أن الطرف فى خصومة التحكيم (سواء كان مدعيا أو مدعى عليه) أى محتكم أو محتكم ضده ، لابد أن يكون من بين من ينصرف إليهم أثر اتفاق التحكيم سواء كان من أطرافه أو كان من الغير الذين ينصرف إليهم أثر هذا الإتفاق إستثناءا من الأصل العام [٢] .

المطلب الثالث

الأصل الإتفاقى للروابط الإجرائية فى خصومة التحكيم

تمهيد وتقسيم :

إن الأصل الإتفاقى للروابط الإجرائية فى خصومة التحكيم ، يحول دون إعمال القواعد المعمول بها فى قانون المرافعات ، فالتحكيم كتصرف إجرائى تنصرف آثاره إلى طرفيه وذلك وفقا لنص المادة ١/٤من قانون التحكيم [٣].

---

[١] د/ أحمد هندى – التحكيم – دراسة إجرائية – دار الجامعة الجديد – طبعة ٢٠١٣ – ص ٤٠ .

– تطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأن " شروط التزام الشركة الأم بشرط التحكيم الوارد في العقود المبرمة مع إحدى الشركات التى تساهم في رأس مالها حسبما قضت محكمة النقض بأن : كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلًا على التزام الاخيرة بالعقود التى تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو مختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى . وذلك كله مع وجود التحقق من توافر شروط التدخل أو الإدخال في الخصومة التحكيمية وفقًا لطبيعتها الاستثنائية " . (الطعنان رقما ٤٧٢٩ و ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق – جلسة ٢٢ / ٦ / ٢٠٠٤ – مجلة التحكيم العربي – العدد الثامن –ص ١٦٥) .

[٢] د/ مصطفى الجمال – د/ عكاشة عبد العال – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – المرجع السابق –ص ٦٣٣ .

[٣] تنصرف عبارة (طرفى التحكيم) فى هذا القانون إلى أطراف التحكيم ولو تعددوا .

ولذلك فإن المحكم يكون غير ملزم بتطبيق قانون المرافعات علـــى إجـــراءات خصـــومة التحكيم وذلك ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك ، أو ما لم تتعلق القاعدة الإجرائية بالنظام العام ، مثل ضمانات التقاضى الأساسية من حقوق الدفاع وغيرها ، وذلك بعكس القاضى الـــذى يكـــون ملزم بتطبيق قواعد المرافعات على الخصومة القضائية ويملك صلاحية واسعة فى تحديد مـــدى نطاق الخصومة وبيان صفة الخصم الحقيقى ، وإدخال الغير ، وذلك على عكس المحكـــم الـــذى ينطلق من خلال الأصل الإتفاقى لنظام التحكيم ، فهو لا يستطيع توقيع جزاءات على الشـــهود أو الزام الغير بتقديم مستند تحت يده أو الأمر بالإنابة القضائية ، وهو لايملك أيضا إدخال شـــخص من الغير تحقيقا لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة وذلك فى حالة إذا لم يسمح اتفـــاق التحكـــيم بذلك.

إلا أنه على الرغم من ذلك فإننا نجد عدد كبير من التشريعات الوطنية فى العديـــد مـــن الدول نصت على إجراءات التحكيم بنصوص عامة جاءت ضمن نصـــوص قـــانون المرافعـــات (قانون الإجراءات المدنية فى بعض الدول) وذلك باعتبارها جزء من قواعد المرافعات [١].

وقد كان لهذا المسلك دلالته الواضحة فى التعبير عن مكانة خصومة التحكيم فـــى إطـــار التنظيم القانونى ، حيث أن الطبيعة القضائية لخصومة التحكيم قد أثرت على موقف المشرع فـــى غالبية الأنظمة القانونية ، وأدى هذا إلى وجود القواعد التى تحكم نظر خصومة التحكيم من خلال القواعد الإجرائية الموجودة فى قانون المرافعات ، فنجد أن هذه القوانين أفردت لخصومة التحكيم أبواب خاصة بها ومستقلة وكرست لها عدة مواد متتابعة تحدد السمات الخاصة بها التى تميزهـــا عن إجراءات التقاضى الموجودة فى الخصومة القضائية.

ولذلك أصبحت فكرة الإستعانة بقواعد المرفعات لمعالجة القصور فى تنظيم إجراءات وقواعد خصومة التحكيم تنظيما محكما متكاملا وذلك لوحدة الطابع القضائى الذى يجمع بين كلا من الخصومة القضائية وخصومـــة التحكيم وذلـــك على سبيل القياس فى الحدود التى لا تعرقل

---

[١] وهذا الإتجاه تبناه المشرع المصرى فى إطار قانون المرافعات رقم ١٣ لســـنة ١٩٦٨ وذلـــك عنـــدما نظـــم خصومة التحكيم فى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٢ والتى تم إلغاءها بصدور قانون التحكيم الجديـــد رقـــم ٢٧ لســـنة ١٩٩٤ حيث أن المشرع كان يُقرر حكما مقتضاه هو اتباع الخصوم والمحكمين لإجراءات ومواعيـــد التقاضـــى المعمول بها فى قانون المرافعات وذلك ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ، وذلك لإحاطة إجـــراءات التحكـــيم بضمانات مطابقة لتلك التى توفرها محاكم الدولة للمتقاضيين أمامها للمزيد من الفاصيل انظر د/ هدى محمد عبـــد الرحمن – دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته – طبعة ١٩٩٧ – دار النهضة العربية – ص ١٩٧ .

فاعلية خصومة التحكيم ولاتؤثر على كيانها المميز . وأيضًا لأنه لايمكن القول بـــأن خصـــومة التحكيم تتمتع باستقلال تام حتى ولو أفرد لها المشرع قانون مستقل ، وذلك لأن نصوص قـــانون المرافعات تمثل الشريعة العامة لإجراءات وقواعد تنظيم الخصومة وتعتبـــر المرجـــع الأساســـى والدائم لسد الفراغ الذى يخلفه تنظيم الخصومات الخاصة بقواعد مستقلة [١] .

وقد أفرد المشرع الفرنسى فى قانون المرافعات الجديد بابين مستقلين تناول فيهما مســـائل التحكيم وأحال إلى بعض النصوص الإجرائية العامة فى الخصومة القضائية ليمتد حكمهـــا إلـــى خصومة التحكيم وتم استبعاد النصوص التى قدر أنها لا تلائم خصوصية التحكيم ، وفيما عدا ذلك تُرك الأمر لتقدير المحكم والأطراف وذلك للأخذ بالنصوص الإجرائية العامـــة فيمـــا لا يخـــالف الطبيعة الإجرائية الخاصة لخصومة التحكيم . مثال ذلك ما احالت إليه نصـــوص التحكـــيم عنـــد تصدى المحكم للطعن بالتزوير ، وأيضا بالنسبة لأسباب رد المحكمين ، وأحكام الوقف والإنقطاع والأهليه غيرها [٢] .

مما سبق يتضح لنا أنه لا يجوز استبعاد قواعد قانون المرافعات فى خصومة التحكـــيم ، وذلك لما تقدمه من ضمانات لصحة الحكم ، وذلك لأننا نجد فى الواقع العملى وقوع المحكمين فى العديد من الأخطاء الإجرائية التى تُفقد الحكم الصادر عدالته وتهدد بانهيـــار البنيـــان القضـــائى لخصومة التحكيم وذلك بسبب الإعتقاد الذى ساد لفترة طويلة بوجوب تحرير خصومة التحكيم من الخضوع لأية قواعد إجرائية وهذا أدى إلى أن المحكمون تركوا القواعد الإجرائية الأساسية ومـــا تكفله من ضمانات .

وقد حرص المشرع المصرى فى قانون التحكيم الجديد على الأخذ بأحدث الإتجاهات السائدة متضمننا بذلك كافة الإنتقادات التى وُجهت للنصوص التى تم إلغائها وقد تميزت أحكام القانون بوضع تنظيم تفصيلى لإجراءات التحكيم ، فجمع بين الجوهر القضائى الواجب توافره فى خصومـــة التحكيم مـــع إتاحة الفرصـــة للأطـــراف بالإتفاق على أحكام مغايـــرة فيما يتعلق

---

[١] وهذا هو ما نصادفه فى غالبية الأنظمة القانونية الخاصة ومن ذلك على سبيل المثال ما نصت عليـــه المـــادة الثالثة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ من الرجوع لقواعد المرافعات وذلك فيما لم يرد فيـــه نـــص للمزيد من الفاصيل انظر د/ أحمد السيد صاوى – المرافعات – دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩٤ – بنـــد ٦ – ص ١٠ .

(2) Perrot , application à l'arbitrage des règles du nouveau code du procédure civile Revue de l'arbitrage , 1980 , P 643 .

بالأحكام التى يجوز الإتفاق على مخالفتها .

ولذلك سوف نقوم بعرض الملامح الرئيسية لإجراءات خصومة التحكيم ، ثم بعد ذلك نعرض نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، ثم نقوم بعرض مدى تأثر الغير بعدم قابلية الإجراءات القضائية والتحكيمية للتجزئة وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول

الملامح الأساسية لإجراءات خصومة التحكيم

بداية أنه على الرغم من وجود وجه شبه بين خصومة التحكيم والخصومة القضائية ، إلا أن هذا التشابه لايصل إلى حد التطابق التام بينهما ، وأيضا لايمكن التطابق بينهما من حيث إجراءات كلا منهما ، وأيضا لايبرر إعمال قواعد المرافعات كما هى على خصومة التحكيم ، وذلك لأنه لايمكن تجاهل ما تتسم به خصومة التحكيم من خصوصية ، وأن هذه الطبيعة الخاصة لخصومة التحكيم جعلت من غير الملائم التمسك بكافة الإجراءات المعمول بها أمام المحاكم .

ومن هنا جاء قانون التحكيم المصرى وعمل على زيادة شأن إرادة الخصوم فى الخصومة التحكيمية ، فنجد أنه نص فى المادة ٢٥ منه على أن (لطرفى التحكيم الإتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها ، فإذا لم يوجد هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم ، مع مراعاة أحكام هذا القانون ، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة) .

وبالتالى فإننا نجد أنه من خلال تحليل نص المادة ٢٥ من قانون التحكيم أن القانون أعطى للأطراف الأحقية فى الإتفاق على الإجراءات التى تطبقها هيئة التحكيم ، وإذا لم يتفق الأطراف على الإجراءات فإن هيئة التحكيم تقوم هى باختيار الإجراءات حسب ما ترى ولكن مع مراعاة أحكام القانون والتى تتناسب مع طبيعة المنازعة .

ولذلك كان لابد من الإبقاء عليه ، واستبعاد ما يمكن التجاوز عنه من قواعد قانون المرافعات ، فما عنى به قانون المرافعات من بيان للإجراءات والأوضاع التى لابد من مراعاتها عند الإلتجاء للقضاء والجزاءات التى يترتب على مخالفتها وكيفية التمسك بها ، وأن هذا لابد منه وذلك لأهمية الإجراءات كضمانة للمتقاضين ، هذا بالإضافة إلى ما تُسهم به فى تحقيق العدالة .

وقد بالغ المشرع فى توفير الضمانات الإجرائية وذلك حماية للمتقاضين ، وهذا أدى إلى أن أصبحت إجراءات المرافعات تتسم بالإحالة والتعقيد على نحو قد يضر بعدالة الدعوى ، وهذا

هو ما دفع المشرع عند وضع قانون التحكيم أن يتفادى تلك المعوقات الموجـــودة فـــى القواعـــد الإجرائية فى قانون المرافعات ، وعمل على تنظيم خصومة التحكيم عن طريق إتباع إجـــراءات تتسم بالمرونة وتهدف إلى الحد من التمسك بالأشكال الإجرائية ، ومحاولة الإفـــلات مـــن شـــبح البطلان الذى يهدد باعدام الإجراء .

وذلك لأن العمل على وضع قواعد إجرائية سهلة وميسرة يؤدى إلى حسم النزاع بسرعة وهذا هو المطلوب بالنسبة لتحقيق العدالة فى الوقت المناسب ، وبصفة خاصـــة عنـــدما ينطـــوى النزاع على مشروعات ضخمة ذات تكاليف مالية كبيرة أو أن النزاع يثير مسألة هامة لابد مـــن حسمها بأسرع وقت ممكن .

غير أن هذه المرونة تجد حدودها عند الإبقاء على الهدف الذى تسعى إليه وهو الوصول إلى العدالة لكن هذا الهدف لا يتحقق إذا ما تُرك الأمر لمحض تقدير المحكم أو الخصـــوم كليـــةً. ومن ناحية أخرى فإن ترك المتعاملين مع اختلاف قدراتهم ومراكزهم بلا ضمانات ، فـــإن هـــذا يجعل من التحكيم قضاءً سيئا لا ينتج عنه سوى الفوضى والظلم للمتقاضين وضياع الحقوق وليس اليسر والعدالة الناجزة .

ولذلك كان لابد من توافر الملامح الإجرائية العامة لخصومة التحكيم على نحـــو يكفـــل احترام حقوق الدفاع وحسم النزاع بما يؤدى إلى تجنب الأخطاء وإهدار العدالة ، وهـــذا لايعنـــى التمسك بوضع إجراءات تتسم بالإطالة والتعقيد ، بل لابد من اتباع إجراءات منضبطة تكفل الإبقاء على جوهر الإجراء مع ممارسته بإسلوب مرن [١] .

وذلك لأن تيسير إجراءات التحكيم يتحقق من خلال تقديم إجراءات تتسم بالسرعة والمرونة مـــع الإبقاء على الضمانات التى تكفل صحة وعدالة الإجراء وهذا هو ما يسعى إليه جميع الأطـــراف من خلال لجؤهم للتحكيم وهو السرعة فى تحقيق العدالة ، أى السرعة التـــى لا تضـــر بعدالـــة الدعوى ، لأنه لا قيمة لإجراء مرن إذا فقد عدالته ، ولايمكن أن يكون هناك خِصم يســـعى إلـــى الـــوصـــول إلى حكم باطـــل أو حكم جـــائـــر ، لأن الشـــعور بعـــدم عـــدالـــــة الإجـــراءات يـــدفـــع الخصوم إلى مقاومة الحكم بشتى الطرق وهذا بطبيعة الحال يـــؤدى إلـــى إطالـــة أمـــد النزاع ، وبالتالى تتلاشى معه ميزة السرعة ، وهى أهم ميزة يتميز بها التحكيم عن قضاء الدولة .

---

[١] د/ محمود هاشم – النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية – طبعة ١٩٩٠ دار الفكر الجامعي – ص ٢٤٢ .

وهذا أدى إلى أن المشرع حرص عند وضع تنظيم إجراءات خصومة التحكيم أن يعمل على سد الثغرات أمام الخصم المماطل أو سيئ النية حتى لايكيد لخصمه ، وتقديم إجراءات منضبطة تتسم بالمرونه والعدالة فى الوقت ذاته ، وفى نفس الوقت مع إعطاء الأطراف قدر كافى من الحرية لوضع التفصيلات الإجرائية وذلك فى الحدود التى لا تتعارض مع الإطار القانونى الذى رسمه المشرع بدقة ووضوح .

وهذا يُعتبر من أهم ما تتميز به خصومة التحكيم عن الخصومة القضائية وهو الدور الإيجابى الذى يمارسه المحكم فى مختلف مراحل الخصومة ، حيث يتم الإشتراك بين كلا من المحكم والأطراف فى إطار النظام القانونى لخلق نظاما إجرائيا منفردا ولكن مع احتفاظه بجوهره القضائى الذى تحرص عليه النصوص القانونية وتعرضه كشرط أساسى حتى يتمتع الحكم بقوة الأحكام .

وتمر إجراءات خصومة التحكيم بمرحلة تمهيدية يتم خلالها الإتفاق على معالم التنظيم الإجرائى الذى يحكم سير الخصومة وقد يستقل الخصوم بوضعه بعيدا عن المحكم ، أو يُشارك المحكم بخبراته فى وضعه ، وقد يتفق الخصوم على استقلال المحكم بوضع هذا التنظيم الإجرائى وذلك تجنبا للإختلاف بشأنه ، ثم بعد ذلك تأتى مرحلة سير الإجراءات ، حيث يمارس المحكم دور إيجابيا فى تسير إجراءات الخصومة .

وقد حرص المشرع المصرى فى قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على تنظيم إجراءات خصومة التحكيم تنظيما تفصيليا يغلب عليه الطابع القضائى ، إلا أنه قدر أن أطراف الخصومة هم أقدر على تحديد معالم التنظيم الإجرائى الذى يلائم خصوصية خصومة التحكيم ، فمنحهم سلطة وضع التنظيم الإجرائى للخصومة وإختيار الأشكال الإجرائية الملائمة أوتعويض الغير فى ذلك ، وهذا الطابع الرضائى يُعبر عن تدعيم المشرع لخصومة التحكيم ورغبته فى إضفاء المرونة اللازمة على الإجراءات وذلك تدعيما لفاعلية التحكيم ومسايرته للاتجاهات الحديثة ، ومن هنا جاءت غالبية أحكام القانون الجديد ذات طابع تكميلى لاتنطبق إلا عند عدم الإتفاق على قواعد مغايرة [١] .

مما سبق يتضح لنا أن خصومة التحكيم تجد مكانها الصحيح فى إطار قانون المرافعات وذلك سواء نظمت بقانون مستقل أو ضمن قانون التحكيم ذاته .

---

[١] د/ محمد نور شحاته – النشأة الإتفاقية للسلطة القضائية للمحكمين – طبعة ١٩٩٣ – دار النهضة العربية – ص ٣٠٣ .

الفرع الثانى

المبادئ الاساسية التي تحكم خصومة التحكيم في القانون المصري وقوانين دول الخليج العربي

١- نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ :

نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، وذلك بخصوص الإجراءات المتبعة أثناء خصومة التحكيم .

لقد حرص المشرع المصرى فى قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بوضع مجموعة من الأحكام الخاصة لتسير وتنظيم الإجراءات أثناء نظر خصومة التحكيم ، فأجاز عدة قواعد تتعلق بكل حالة على حدة منها :

١- نص القانون فى المادة ٢٥ من قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧ على انه (لطرفى التحكيم الإتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها ، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم ، مع مراعات أحكام هذا القانون ، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة) وهكذا يتضح لنا من خلال تحليل هذا النص أن القانون قد أجاز لأطراف خصومة التحكيم اختيار إجراء معين وأيضا أعطى لهم الحق فى الترخيص للغير باتخاذ هذا الإجراء ، وأيضًا أعطى لهيئة التحكيم الحق فى تحديد هذه الإجراءات فى حالة عدم الإتفاق بين الأطراف على ذلك .

٢- أيضًا أعطى المشرع للأطراف فى خصومة التحكيم الحق فى إخضاع العلاقة القانونية بينهم إلى أحكام قانون نموذجى أو غير ذلك . بالإضافة إلى ذلك نص على عدم التقيد بالإجراءات التقليدية المنصوص عليها فى قانون المرافعات فى شأن صحة تسليم الإعلانات ولم يقيد خصومة التحكيم بهذه القواعد بل من الممكن تسليم الإعلانات بأى طريقة من الطرق دون أن يؤثر ذلك على خصومة التحكيم أو إبطال الحكم الصادر لعيب فى هذا الإجراء .

٣- كما نصت الأحكام الخاصة بنظر موضوعات خصومة التحكيم خصوصا إذا تم الإستمرار فى نظر أحد هذه الموضوعات أمام هيئة التحكيم رغم مخالفتها لإتفاق التحكيم الموقع من الأطراف دون اعتراض أى منهما على ذلك .

٤- بالإضافة إلى ذلك ما تضمنته المادة ٩ من قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧ فى شأن المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها قانون التحكيم إليها وسوف نتناول كلا منها بشئ من التفصيل :

أولًا : إجازة قانون التحكيم لأطراف خصومة التحكيم إختيار قانون معين :

لقد نص المشرع فى الأحكام العامة للتحكيم الواردة بالباب الأول أنه فى الحالات التى يسمح فيها قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧ لأطراف خصومة التحكيم فى اختيار إجراء معين واجب الإتباع فى مسألة معينة ، فإن هذا الحق فى الإخيار يتضمن تلقائيا حق الترخيص منهم للغير بالقيام بهذا الإجراء ، وقد أشار المشرع لمفهوم الغير فى هذا الخصوص والذى يجوز له القيام بالإجراء الواجب الإتباع هو أى منظمة أو مركز تحكيم دائم سواء كان ذلك فى مصر أو فى خارجها ، وقد جاء ذلك فى نص المادة (٥) من قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧ على أنه (فى الأحوال التى يجيز فيها هذا القانون لطرفى التحكيم إختيار الإجراء الواجب الإتباع فى مسالة معينة تضمن ذلك حقهما فى الترخيص للغير فى اختيار هذا الإجراء ، ويُعتبر من الغير فى هذا الشأن كل منظمة أو مركز للتحكيم فى جمهورية مصر العربية أو فى خارجها ، وبذلك قرر المشرع تسهيل اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها فى القانون والواجبة الإتباع بناء على اخيار الأطراف بأن أجاز تلقائيا بنقل هذا الترخيص للغير باتخاذ هذه الإجراءات .

ثانيًا : فى حالة اتفاق أطراف التحكيم على إخضاع العلاقة محل المنازعة التحكيمية لقواعد اتفاقية دولية أو عقد نموذجى :

نظرا لقيام نظام التحكيم الإختيارى وفقا لقانون ١٩٩٤/٢٧ على مبدا سلطان الإرادة وحرية الأطراف فى خصومة التحكيم فى إختيار التحكيم كوسيلة للفصل فى المنازعة بينهم وحريتهم فى اخيار القانون الواجب تطبيقه على هذه المنازعة ، فقد أجاز المشرع فى قانون التحكيم وفقا لهذا المبدأ (مبدأ سلطان الإرادة) أنه فى حالة اتفاق الأطراف على إخضاع العلاقة القانونية بينهم إلى عقد نموذجى أو اتفاقية دولية أو أى وثيقة أخرى ، فإنه يجب على الأطراف اتباع تلك الأحكام التى تم الإحالة إليها ، والتى تم الإتفاق على تطبيقها . وقد نص المشرع فى المادة (٦) من قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧ فى الأحكام العامة على أنه (إذا اتفق اطراف التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجى أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى . وجب العمل باحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم) .

ثالثًا : بالنسبة لتسليم الرسائل والإعلانات الخاصة بالمنازعة التحكيمية :

لقد وضع المشرع فى قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧ حكما مقررا على أنه فى حالة عدم اتفاق الأطراف فى خصومة التحكيم على نظام خاص أو إجراء أو وسيلة معينة لتسليم الإعلانات والرسائل ، هو أن يتم التسليم أو الإعلان للرسائل والإعلانات إلى شخص المرسل إليه ، أو فى مقر عمله أو محل عمله أو محل إقامته المعتاد أو فى عنوانه البريدى المعروف للطرفين أو العنوان المشار إليه فى اتفاق التحكيم أو المشار إليه فى أى وثيقة تنظم العلاقة القانونية بين أطراف التحكيم وتنص على هذا الحكم المادة ١/٧ من الأحكام العامة بالباب الأول من قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧ بأنه (مالم يوجد اتفاق خاص بين طرفى التحكيم يتم تسليم أى رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه شخصيا أو فى مقر عمله أو فى محل إقامته المعتاد أو فى عنوانه البريدى المعروف للطرفين أو المحدد فى مشارطة التحكيم أو فى الوثيقة المنظمة للعلاقة التى يتناولها التحكيم) .

وبناءً عليه ووفقا لنص هذه المادة فإننا نجد أن المشرع وضع عدة خيارات لصحة الإعلان أو التسليم بين أطراف التحكيم حيث يكتفى فى صحة الإعلان وسلامة التسليم وإعمال أثره القانونى للرسائل والإعلانات الخاصة بخصومة التحكيم وذلك بأحد الوسائل التى تم النص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة .

أى أن المشرع لم يشترط تسليم الرسائل والإعلانات باتباع طريق محدد لضمان التسليم لهذه الرسائل حيث أنه لم يشترط الإعلان أو التسليم لشخص المرسل إليه ، وفى الوقت ذاته أجاز الإعلان على محل الإقامة المعتاد أو غير ذلك من الوسائل المرنة المتعددة لتسليم الإعلانات والتى أشارت إليها الفقرة الأولى من المادة السابعة السابقة .

أيضا عالج المشرع حالة عدم معرفة أحد العناوين ، أى تعذر الوصول إليها ، حيث أقر أيضا قاعدة فى هذه الحالة ، وبعد إجراء التحريات اللازمة لمحاولة الوصول إلى أحد العناوين ، فإنه بعد التسليم قد تم صحيحًا إذا تم الإعلانات بكتاب مسجل على آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدى معروف للمرسل إليه . وفى ذلك تنص المادة ٢/٧ من قانون التحكيم على أنه (إذا تعذر معرفة أحد هذه العناوين بعد إجراء التحريات اللازمة يعتبر التسليم قد تم إذا كان الإعلان بكتاب مسجل إلى آخر مقرعمل أومحل إقامة معتاد أو عنوان بريدى معروف للمرسل إليه) .

رابعًا : حالة استمرارأحد اطراف خصومة التحكيم فى إجراءات التحكيم على الرغم من وقوع مخالفة لإتفاق التحكيم أو مخالفة لحكم من أحكام القانون يجوز الإتفاق على مخالفته :

وذلك نظرًا لأن المشرع حرص على سرعة وتيسر إجراءات التحكيم والإقلال من حالات طلب بطلان حكم التحكيم اعتمادا على موافقة أطراف التحكيم ورضائهم فى حالات محددة هى استمرار أحد الأطراف فى إجراءات التحكيم وتقديم المذكرات والرد على الدفوع وتبادل أوجه الدفاع رغم وقوع مخالفة لإتفاق التحكيم أو لأحد أحكام إجراءات التحكيم مما يجوز الإتفاق على مخالفته ولم يعترض هذا الطرف ، كما أنه إذا تناول نظر التحكيم أحد الموضوعات التى لم يشملها اتفاق التحكيم واستمرار نظرها لمدة معقولة دون اعتراض من الطرف صاحب المصلحة فى الإعتراض على تجاوز حدود اتفاق التحكيم ، حيث قرر المشرع أن الإستمرار فى نظر موضوع المخالفة لإتفاق التحكيم ومتابعة الإجراءات كتقديم وتبادل المذكرات وتقديم أوجه الدفاع والدفوع الشكلية ، يعد تنازلا من ذلك الطرف على الإعتراض . وبمعنى آخر يعد قبولا من هذا الطرف بامتداد نطاق اتفاق التحكيم إلى الوقائع التى شملها نظر التحكيم وإجراءاته ، وبالتالى لا تكون هذه الوقائع محلا لدعوى بطلان حكم التحكيم [١] .

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة على أن : (يكون اتفاق التحكيم مقصورًا على طلب فسخ العقد دون طلب التعويض ، ويتناول نظر المنازعة التحكيمية كل من الفسخ والتعويض فى الوقت ذاته ، ويستمر دفاع الأطراف فى تبادل المذكرات والرد على مدى أحقية طالب التعويض فى طلبه وإثبات عناصر التعويض ، والرد على مدى أحقية طالب التعويض فى طلبه ، وإثبات عناصر التعويض والرد عليها من الطرف الآخر ، واستمر تناول التحكيم نظر موضوع طلب التحكيم مدة معقولة دون اعتراض من الطرف المطالب بالتعويض رغم مخالفة ذلك لإتفاق التحكيم ، ففى هذه الحالة لايستطيع الطرف صاحب المصلحة طلب بطلان الحكم

---

[١] وقد حرص المشرع على تسليم الرسائل والإعلانات الخاصة بالمنازعة التحكيمية تسايما مطابقا للقانون فى الحالات التى يتعلق المر باعلانات قضائية امام المحاكم ن حيث ان المشرع قرر عدم سريان احكام الفقرتين الولى والثانية من المادة السابقة ، كما فى شأن الإعلانات القضائية امام المحاكم ، وفى ذلك تنص المادة [٣/٧] من الأحكام العامة على أنه : (لاتسرى احكام هذه المادة على الإعلانات القضائية امام المحاكم) واساس ذلك هو وجوب اتباع الأحكام المنصوص عليها بقانون المرافعات المدنية والتجارية فى شأن صحة تسليم الإعلانات القضائية .

بدعوى البطلان بسبب تجاوز حكم التحكيم لموضوع خصومة التحكيم وفقا لإتفاق التحكيم . وتقدير ما إذا كان عدم الإعتراض خلال الوقت المعقول أو المدة المتفق عليها يخضع لتقدير هيئة التحكيم أو قاضى البطلان عند رفع دعوى البطلان] [١] .

وقد نص المشرع فى قانون التحكيم فى المادة [٨] من الأحكام العامة بالباب الأول من قانون التحكيم على حكم اعتبار الإستمرار فى نظر خصومة التحكيم على الرغم من وقوع مخالفة لإتفاق التحكيم فنص على أنه (إذا استمر أحد أطراف النزاع فى إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الإتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضا على هذه المخالفة فى الميعاد المتفق عليه أو فى وقت معقول عند عدم الإتفاق ، اعتبر ذلك نزولا منه عن حقه فى الإعتراض) .

خامسًا : المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم :

أما بالنسبة للمحكمة المختصة بنظر المسائل الخاصة بالتحكيم فقد تكلفت المادة [٩] المنصوص عليها فى الأحكام العامة للتحكيم بتوضيح المحكمة المختصة بنظر بعض المنازعات الخاصة بالتحكيم والتى ينص عليها قانون التحكيم المصرى رقم ١٩٩٤/٢٧ والتى يتم الإحالة فيها من التحكيم إلى القضاء المصرى ، حيث إننا نجد أن المشرع قرر فى هذا القانون أنه المختص أصلًا بنظر النزاع .

فإذا كان التحكيم تجاريًا دوليًا ، وذلك وفقا لنص المادتين الثانية والثالثة من قانون التحكيم فإن المحكمة المختصة بنظر المنازعة هى محكمة استئناف القاهرة ، وذلك سواء كان تم نظر هذه المنازعة التحكيمية داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها ، وذلك فى حالة عدم وجود اتفاق بين اطراف الخصومة التحكيمية على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر.

وقد نصت المادة [١/٩] من قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧ بخصوص هذا الموضوع على أنه (١- يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى هذا التحكيم فى مصر أو فى الخارج فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة وذلك ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر) .

---

[١] الطعن رقم ١٢٠ – جلسة السابع والعشرين من يوليو سنة ٢٠٠٣ – الدائرة ٩١ تجارى – حكم محكمة استئناف القاهرة .

وبناءً عليه فإننا نجد أن المشرع حدد الإختصاص بنظر بعض المسائل الخاصة بالتحكيم والتى يحيلها قانون التحكيم إلى المحكمة ، وذلك فى التحكيم الداخلى فإن الإختصاص يكون للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، وذلك فى حالة عدم وجود اتفاق تحكيم .

أما فى حالة التحكيم التجارى الدولى فنجد المشرع نص على أن يكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة أو أى محكمة استئناف يختارها أطراف النزاع داخل مصر .

ويلاحظ أن هذا الإختصاص من النظام العام ولا يجوز الإتفاق على خلافه ، أى أنه لا يجوز الإتفاق على اختصاص محكمة أول درجة بدلا من محكمة استئناف القاهرة ، وذلك فى حالة عدم اختيار الأطراف أى محكمة استئناف أخرى وذلك للنظر فى بعض المنازعات المتعلقة بالتحكيم التجارى الدولى .

ويلاحظ أيضا أن الإختصاص القضائى السابق الإشارة إليه فى بعض منازعات التحكيم التى تم إحالتها بناء على نص المشرع عليها فى قانون التحكيم إلى القضاء يظل قائما طوال فترة نظر المنازعة التحكيمية حتى إنتهاء إجراءات التحكيم تماما .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة [٩] من قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧ على ذلك من نصها على أنه (٢- وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم) .

وبناءً عليه ومن خلال عرض نطاق تطبيق الأحكام الخاصة بإجراءات خصومة التحكيم فى قانون التحكيم المصرى رقم ١٩٩٤/٢٧ نجد أن المشرع قد حرص على تنظيم الإجراءات بما يتم من الطبيعة الخاصة بالتحكيم وبما يتمشى مع الأصل الإتفاقى للروابط الإجرائية للخصومة وساعد على أنها تتسم بالسرعة والمرونة والبعد عن التعقيدات الموجودة فى قانون المرافعات بالإضافة إلى ذلك فإنه أيضا حدد المحكمة المختصة بنظر المنازعات التى لاتستطيع هيئة التحكيم الفصل خلال عملية التحكيم وذلك لأن محكمة التحكيم ليس لها سلطة الأمر فى الدعوى ومما أدى إلى ضرورة مساعدة القضاء لها [١] .

---

[١] للمزيد من التفاصيل يُنظر د/ سميحة القليوبى – الأساس القانونى للتحكيم التجارى – وفقا للقانون رقم ١٩٩٤/٢٧ – طبعة ٢٠١٢ – دار النهضة العربية – ص ١٦ .

٢ – المبادئ الأساسية التي تحكم خصومة التحكيم في قوانين دول الخليج العربي :

هناك مبادئ أساسية يجب على المحكم اتباعها بموجب القانون ، وذلك لأنها تعتبر من المبادئ الأساسية فى التقاضى حتى إذا كان المحكم مفوضا بالصلح ، ولذلك نصت معظم قوانين التحكيم فى دول الخليج العربى – محل البحث – على أن المحكم يلتزم بالإجراءات والمواعيد المقررة فى تلك القوانين ، وأيضا الإجراءات التى تعتبر من النظام العام ، و منها إحترام حقوق الدفاع ، وذلك لأن المحكم عندما يراعى المبادئ العامة فى التقاضى والمتعلقة بالنظام العام .

ويّلاحظ أن احترام المحكم لهذه المبادئ يعطى لنظام التحكيم وخصوصا خصومة التحكيم طابعا إجرائيا وقضائيا ، أيضا أن الخصوم لايستطيعون إعفاء المحكم من هذه المبادئ وإلا كان حكمه باطلًا [١] .

أما المواعيد الإجرائية المقررة فى القانون الإجرائى ، فإن المحكم لايلتزم بها إلا إذا كانت متعلقة بالنظام العام ، والمقصود بالإجراءات التى لايلتزم المحكم بها ، هى الإجراءات التى تتمشى مع طبيعة التحكيم كنظام استثنائى سريع ، مثال ذلك عدم التوقيع على صحيفة الدعوى بواسطة أحد المحامين ، أو إلزام الخصم بحضور محام عنه فى جلسات التحكيم ، وذلك لأن هذه الإجراءات المطولة تؤدى إلى عرقلة خصومة التحكيم .

ومن أهم المبادئ والضمانات التى يجب على المحكم أن يلتزم بها فى خصومة التحكيم هى احترام حقوق الدفاع كضمانة من ضمانات التقاضى [٢] فى قوانين دول الخليج – محل البحث – وذلك لأن هذا المبدأ هو من المبادئ العامة التى تعترف بها جميع الدول فى قوانين التحكيم المختلفة الخاصة بها ، وهو يُقصد به إبداء الخصم وجهة نظره أمام القضاء أو أمام هيئة التحكيم فيما قدمه هو أو قدمه خصمه من إدعاءات [٣] . وهذا الحق مقرر لكلٍ من المدعى والمدعى عليه فى الخصومة القضائية و (المحتكم والمحتكم ضده) فى خصومة التحكيم .

والمقصود بذلك هو المساوه بين الخصوم وإعطائهم الحرية فى إتخاذ أى إجراء أو القيام بأى عمل من شأنه تأييد إدعائهم ، وذلك من أجل إظهار الحقيقة ، وأيضا يجب أن يلتزم الخصم بإخطار خصمه بأى عمل يقوم به حتى يتمكن هذا الأخير من الدفاع والمناقشة ، وبمقتضى هذا

---

[١] د/ عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – المرجع السابق – ص ٢٦١ .

[٢] د/ طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – المرجع السابق – ص ١٧٠

[٣] د/ فتحى والى – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – ص ٤٧٠ . د/محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – المرجع السابق – ص ١٥٦ .

المبدأ فإنه يجب على المحكم إعطاء الحق للخصوم لإستعمال حقهم فى الدفاع ، ولذلك ليس للمحكم الحق فى القيام بأى إجراء يؤدى إلى انتهاك هذا الحق وإلا عرض حكمه للبطلان .

وبناء عليه فإنه لايجوز للمحكم قبول أية أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم فى غير الجلسة المحددة مسبقا للتحكم دون اطلاع خصمه عليها أو إعلانه بها [١] .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن حق الدفاع هو عبارة عن وسيلة بيد كل خصم على حدة ، وعلى قِدم المساواة . تمكنه من إبداء كافة أنواع الدفوع (الموضوعية –الإجرائية – الدفع بعدم القبول) [٢] .

وحق الدفاع يُعطى الخصم الفرصة لمعرفة كل ماهو منسوب إليه وما يقال فى حقه وذلك حتى يتسنى له الرد عليه . وقد حرص المشرع فى قوانين التحكيم فى معظم الدول العربية على النص على احترام حقوق الدفاع صراحة فى نظام التحكيم ، ويجب على المحكم إعماله حتى لا يُعرض حكمه للبطلان ، وأيضا حتى لو كان مفوضا بالصلح .

وبناءً عليه وعلى هذا الأساس فإنه يجب على المحكم إعطاء الخصوم فرصة استعمال حقهم فى الدفاع ، فلا يجوز له القيام بأى إجراء من شأنه إنتهاك هذا الحق ، وقد تم تأكيد هذا المعنى فى قوانين التحكيم فى كلا من الإمارات والكويت والبحرين ، وذلك عن طريق النص عليها فى كلا منهم .

وقد نص المشرع السعودى فى نظام التحكيم القديم فى اللائحة التنفيذية فى المادة ٣٦ على أنه (يجب على هيئة التحكيم مراعاة أصول التقاضى ، بحيث تضمن المواجهة فى الإجراءات وتمكن كل طرف من العلم بإجراءات الدعوى والإطلاع على أوراقها ومستنداتها فى الآجال المناسبة ، ومنحه الفرصة الكافية لتقديم مستنداته ودفوعه وحججه كتابة أو شفاهة فى الجلسة وإسباتها فى محضر الجلسة) . وأيضا نص المشرع فى قانون التحكيم الجديد على نفس الحق وهو تبليغ الأطراف بميعاد الجلسات لتقديم طلباتهم وأوجه دفاعهم والرد عليها من الطرف الآخر .

---

[١] د/ محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – المرجع السابق – ص ١٥٧ .

[٢] د/ طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – المرجع السابق – ص ١٧٠

ونص المشرع الإماراتى فى المادة ١/٢١٢ من قانون التحكيم على أنه (يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى هذا الباب من الإجراءات الخاصة بدعوة الخصوم وسماع اوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم) .

ونص المشرع الكويتى فى المادة ١٧٩ فى قانون التحكيم الكويتى على أنه (يقوم المحكم خلال ثلاثين يوما على الأكثر من قبول التحكيم بإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع ، وبمكان انعقادها ، وذلك دون تقيد بالقواعد المقررة فى هذا القانون للإعلان ويحدد لهم موعد لتقديم مذكراتهم وأوجه دفاعهم) .

وأيضًا نص المشرع البحرينى فى المادة ١/٢٣٨ فى قانون التحكيم البحرينى الداخلى على أنه (يحكم المحكمون فى النزاع على أساس مايقدم إليهم من الخصوم وعلى المحكمين أن يحددوا لهم موعد لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم] . وأيضا نص المشرع فى قانون التحكيم الدولى البحرينى فى المادة ١/١٨ على أنه [يجب أن يُعامل الطرفان على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة لعرض قضيته) .

وهكذا يتضح لنا من مما سبق ومن خلال النصوص السابقة أن هذه القوانين فى كلا من السعودية والإمارات والكويت والبحرين ، قد ألزمت هيئة التحكيم والخصوم بالإلتزام بمبدأ المواجهة ، وأيضًا الإلتزام بأهم حقوق الدفاع وهو حق العلم (والذى قال عنه أستاذنا د/ طلعت دويدار أنه قدس الأقداس وذلك لما له من أهمية فى الخصومة) وذلك إبتداءً من رفع الدعوى التحكيمية إلى أن تنتهى ، وأيضًا الزمت هيئة التحكيم بأن أى إضافة أو تعديل فى الطلبات لايكون إلا بالكتابة وبمواجهة الخصم الآخر ، وأيضًا قد الزمة هيئة التحكيم بعمل ذلك أمام الخصوم وإخطارهم بكل جديد فى الدعوى .

الفرع الثالث

مدى تأثر الغير بعدم قابلية الإجراءات القضائية والتحكيمية للتجزئة

قد يحدث فى الواقع العملى أن يكون هناك نزاع بين الأطراف فى خصومة التحكيم وهذا النزاع لم يكن منصوصًا عليه فى الإتفاق المبرم بينهم ، ويكون هذا النزاع مرتبطا بنزاع آخر معروض أمام هيئة التحكيم ، أو على العكس قد يكون هناك نزاع معروض أمام القضاء وفى نفس الوقت يكون مرتبط بنزاع معروض على هيئة التحكيم .

ولما كانت هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائى فهل يكون من المتصور أن يحدث تنازع فى الإختصاص بين كلا من هيئة التحكيم بصفتها هيئة قضائية على سبيل القياس والجهة القضائية الأخرى ، أو أى هيئة أخرى ذات إختصاص قضائى ؟

لقد حسم المشرع المصرى هذا الموضوع بالنص عليه صراحة فى قانون التحكيم المصرى رقم١٩٩٤/٢٧ فنص فى المادة ٢/١٣ على أن (رفع النزاع الذى لا يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أمام المحكمة العادية ، أنه لايحول دون البدء فى إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيه أو إصدار حكم التحكيم) ، ويلاحظ أنه لا يوجد نص مماثل في قوانين كلا من الكويت والإمارات والبحرين .

وهذا يعنى نظريا على الأقل إمكانية قيام تنازع فى الإختصاص بين هيئة التحكيم وأى هيئة قضائية أو ذات طابع قضائى آخر ، خصوصا إذا كان هناك إرتباط لايقبل التجزئة بين الدعوتين التحكيمية والقضائية .

فى هذه الحالة فإن مقتضايات العدالة تقتضى أن يقوم بالفصل فيهما معا هيئة قضائية واحدة وذلك منعا لتعارض الأحكام ، فإذا كانت الدعوى الأولى منظورة أمام هيئة التحكيم ، والأخرى منظورة أمام محكمة قضائية عادية ، فمن الواجب هنا أن تقوم بالفصل فى كلا الدعوتين المحكمة المختصة ولايتم التقيد باتفاق التحكيم فى هذه الحالة ، والذى يبرر ذلك أن الأصل العام للفصل فى المنازعات هو اختصاص القضاء ، وذلك لأنه إذا ارتضى بعض الأشخاص النزول عن حق التقاضى أمام محاكم الدولة فى نزاع معين واللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التى تنشأ بينهم وهذا حق للأطراف فى اللجوء إلى التحكيم ، ولكن إذا ارتبط نزاعهم المعروض على التحكيم بنزاع آخر معروض أمام القضاء .

ولذلك سوف نعرض لإتجاهات الفقه والقضاء بشأن عدم قابلية الإجراءات القضائية والتحكيمية للتجزئة ، وأيضا نعرض لماهية عدم قابلية الإجراءات القضائية والتحكيمية للتجزئة ، وأثر عدم القابلية للتجزئة الإجرائية على المراكز العقدية المركبة أو التبعية الناشئة عن مجاميع أو سلسلة العقود المتضمن بعضها شرط تحكيم ، وسوف نناقش هذا على الصعيدين الداخلى والدولى وذلك على التفصيل التالى :

أولًا : ماهية عدم قابلية الإجراءات القضائية والتحكيمية للتجزئة :

تتمثل عدم قابلية الإجراءات القضائية والتحكيمية للتجزئة عندما يقوم شخص من الغير برفع دعوى أمام قضاء الدولة ، ويكون هذا الشخص طرف فى عقد متضمن شرط تحكيم ، وبعد

ذلك يطلب المدعى عليه فى هذه الدعوى طلب إدخال الطرف الآخر فى العقد والذى يكون طرفا فى اتفاق التحكيم الذى يحتوى عليه العقد المبرم بينهما كضامن فى هذه الدعوى ، ثم يقوم هذا الطرف المطلوب إدخاله فى هذه الدعوى بالدفع بعدم قبول الدعوى تأسيسا على شرط التحكيم الوارد فى العقد المبرم بينه وبين المدعى عليه[١] .

وهذا يدفعنا إلى التعرض لمدى تعارض دفع الضامن بوجود شرط التحكيم المنصوص عليه فى العقد المبرم بينه وبين المشترى مع القواعد الإجرائية الأساسية فى الخصومة ؟

فى حقيقة الأمر أن دفع الضامن بوجود شرط التحكيم أمام قضاء الدولة يتعارض مع القواعد المعمول بها فى قانون المرافعات [٢] . وأيضا أن التزام الغير بالإجراءات المعمول بها أمام القضاء المختص محليا بنظر الطلب الأصلى فى الدعوى ، فإذا كان لايجوز دفع هذا الإختصاص عن طريق التمسك بوجود اتفاق على الإختصاص .

---

[١] مثال ذلك : عندما يقوم شخص من الغير برفع دعوى استحقاق للمبيع على المشترى ، فيقوم المشترى بتقديم طلب إدخال البائع كضامن وذلك لأنه يلتزم بالضمان فى هذه الخصومة ، مثل هذا الطلب يُعتبر مقبولا طبقا لنص المادة ١١٩ مرافعات والتى تنص على أنه (يجب على المحكمة فى المواد المدنية إجابة الخصم إلى طلب تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها إذا كان الخصم قد كلف ضامنه بالحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بالدعوى ، أو قيام السبب الموجب للضمان أو إذا كانت الثمانية أيام المذكورة لم تنقضى قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازيا للمحكمة ويراعى فى تقدير الأجل مواعيد الحضور ويكون إدخال الخصم الضامن بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى] . بالتالى فإنه لو فُرض أن عقد البيع المبرم بين المدعى عليه (المشترى) و (البائع) المطلوب إدخاله ضامن فى الدعوى يوجد به شرط تحكيم .

فهل يجوز للبائع المطلوب إدخاله فى الدعوى كضامن أن يتمسك بوجود شرط التحكيم الموجود فى العقد المبرم بينه وبين المشترى (المدعى عليه) وذلك وفقا لنص المادة ١٣ من قانون التحكيم المصرى والتى تنص على أنه (١- يجب على المحكمة الى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى ، ٢- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها فى الفقرة السابقة دون البدء فى إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم) ؟ .

[١] من ذلك قاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الدفع وفقا للمواد (٤٧ – ٦٠ – ١١٩) من قانون المرافعات نص المادة ٤٧ (تختص المحكمة الإبتدائية بالحكم إبتدائيا فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية التى ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها انتهائيا إذا كانت قيمة الدعوى لاتجاوز أربعين الف جنيها) ، وتختص كذلك بالحكم فى قضايا الإستئناف الذى يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائيا من محكمة المواد الجزئية أو من قاضى الأمور المستعجلة ، كما يختص بالحكم فى الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك فى الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى مهما تكن قيمتها أو أنوعها . المادة ٦٠ تنص على (تختص المحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية بالفصل فى الطلبات العارضة ، على أنه يجوز للمدعى عليه فى طلب الضمان أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد جلبه أمام محكمة غير محكمته) .

فهل يجوز الدفع بعدم إختصاص القضاء عن طريق التمسك بشرط التحكيم والسؤال هنا هل عدم قابلية الإجراءات للتجزئة لها أثر على فعالية أو الغاء اتفاق التحكيم ؟

أيا كانت الإجابة على هذا السؤال سواء كانت بالإيجاب أو النفى ، فإن هذا يوضح لنا مدى تأثير الغير رافع الدعوى أمام قضاء الدولة بقيام الضامن (البائع) بالدفع بالتحكيم .

وقد اختلف الفقه والقضاء فى الإجابة على هذا السؤال فانقسموا إلى اتجاهين :

الإتجاه الأول : يرى هذا الإتجاه أنه يجب إدخال الضامن فى الخصومة القضائية مع من طلب إدخاله فيها ، حتى ولو كان مرتبط بشرط التحكيم الموجود بالعقد الذى بينه وبين المدعى عليه فى الخصومة القضائية .

وقد أخذ القضاء فى فرنسا بهذا الإتجاه ، حيث ذهب قضاة الموضوع فى فرنسا إلى أنه يترتب على وجود حالة عدم التجزئة الإجرائية وقف فعالية شرط التحكيم ، وأن القول بغير ذلك يؤدى إلى تناقض الأحكام ، وأن هذا الرأى يتفق مع المنطق السليم وحسن سير العدالة .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف باريس فى حكم لها (بأن شرط التحكيم من شأنه أن يجعل القضاء التجارى غير مختص إلا إذا وجد ارتباط لايقبل التجزئة) .[١] ، [٢] .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تأييد نفس هذا المعنى بقوله على أنه يجب احترام الإتفاق على التحكيم فى كل الأحوال مادام الأطراف قد اتفقوا على حل أى نزاع ينشأ بينهم عن طريق التحكيم وذلك فى حالة ما إذا كان هناك ارتباط يقبل التجزئة . أما إذا كان هناك إرتباط لايقبل التجزئة فإنه فى هذه الحالة لايجوز الإلتجاء إلى التحكيم [٣] .

---

[١] جلسة الثامن عشر من مارس سنة ١٩٦٨ – المجلة الفصلية للقانون الدولى الخاص – سنة ١٩٦٩ – تعليق نورمان . مشار إليه فى د/ محمد نور شحاته – فى مفهوم الغير فى التحكيم – المرجع السابق – ص

[٢] وفى حكم آخر لمحكمة استئناف باريس قضت فيه " بأن القاعدة المقررة فى نص المادة ٤/٥٩ من قانون المرافعات محكمة استئناف باريس هذا المنهج أيضا عندما نصت فى حكمها الصادر [فى جلسة الحادى عشر من ديسمبر ١٩٦٨] قضت فيه على أن [الدعاوى المرفوعة بصفة أصلية أو على سبيل الإحتياط ضد المدعى عليهم لايمكن طرحها أمام جهات قضاء مختلفة إلا إذا كان هناك خشية من تناقض الأحكام " . (جلسة الخامس من إبريل سنة ١٩٦٨ – مجلة القانون البحرى الفرنسى – ١٩٦٨ – ص ٤٢٤)– مشار إليه فى د/ محمد نور شحاته – مفهوم الغير فى التحكيم – المرجع السابق .

(2) Rev Arb , paris , 1982 , p 311 .

[٣] د/ أحمد ابو الوفا – التحكيم الإخيارى والإجبارى – المرجع السابق – ص ١١٣ .

ويؤكد هذا الإتجاه أيضا جانب آخر من الفقه حيث أنه يذهب إلى القول بأنه عندما توجد حالة عدم التجزئة بالنسبة للنزاع ، فإنه يتم منح الإختصاص لقضاء الدولة بكل النزاع ، لأن ذلك هو ما يقتضيه حسن سير العدالة وما يقتضيه المنطق السليم [١] .

وهكذا يتضح لنا مما سبق أن هذا الإتجاه يبدوا واضحا وهو عدم تأثر الغير بشرط التحكيم الموجود فى العقد بين الضامن والمدعى عليه ، وذلك لأن هذا الإتجاه يذهب إلى القول بسمو الإختصاص القضائى على الإختصاص التحكيمى .

أما الوضع بالنسبة للإتجاه الثانى : فقد ذهب أنصار هذا الإتجاه إلى عدم جواز إدخال الضامن المرتبط بشرط التحكيم مع من طلب إدخاله فى الخصومة القضائية وذلك احتراما لوجود شرط التحكيم [٢] .

---

[١] د/ عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – المرجع السابق – ص ١٦٧ .

[٢] وتطبيقا لذلك ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسى إلى القول بأنه [إذا ما تم رفع دعوى من شخص من الغير على أحد أطراف عقد وكان هذا العقد متضمنا شرط تحكيم ، فإنه لايجوز للمدعى عليه أن يختصم الطرف الاخر فى العقد كضامن وذلك لإرتباطهما باتفاق التحكيم] .

أيضًا قد أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدة أحكام حيث أنها استندت فى قضائها على أنه ، [لايوجد أية خشية من تناقض الأحكام لأن مثل هذا التناقض قد يحدث أحيانا رغم وجود القضاء وذلك لإختلاف تفسير النص الواحد ، خصوصا وأن هذه الخشية قد تؤدى إلى إهدار ما لإتفاق التحكيم من قوة ملزمة ، كما أن العمل على تعطيل أثر اتفاق التحكيم بسبب هذه الخشية يؤدى إلى انهيار العملية التحكيمية ، ويسبب القضاء على التحكيم ، حيث أنه يُصبح زريعة أساسية لسئ النية من استخدام هذه الخشية لضرب التحكيم والقضاء عليه باعتباره قضاء العلاقات المتصلة وخاصة فى المنازعات المركبة والمتشابكة الناتجة عن العقود متعدة الأطراف أو عن سلسلة العقود وبالتالى فإنه يكون من الممكن أن يتخذ أحد الخصوم من مبدأ عدم القابلية للتجزئة الإجرائية فرصة للإفلات من التحكيم ، مما يؤدى إلى وجود الشك والإرتياب من التحكيم ككل .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف باريس فى حكم لها فى قضية الأضرار الناجمة عن الأنابيب التى تعبر نهر Duran ce والتى تُستخدم لنقل غاز Hy docarbures لحساب العديد من الشركات المختلفة وقضت فى هذا الخصوص بأن المادة ٤٢ من قانون المرافعات تُجيز جذب جميع المدعى عليهم الآخرين أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم .

وهذا النص يُخالف القواعد الخاصة بالإختصاص المحلى حيث يشترط لإعماله أن تكون المحكمة المختارة مختصة نوعيا بالنسبة للجميع ، وليس هو الحال عندما يوجد شرط التحكيم فى العقد يفيد غير ذلك ، فبعض الخصوم اتفقوا على عدم طرح منازعاتهم على قضاء الدولة وطرح ما قد يثور من منازعات بشانه على التحكيم .

ويعلق على هذا الحكم الأستاذ bazex قائلا [بأن هذا الحكم أتى بمبررات تكميلية لدعم سمو شرط التحكيم استنادا إلى القوة الملزمة للعقود ، ويعد نوعا من تحقيق مشروعية التحكيم فى نظر قضاء الدولة . (مشار إليه لدى د/ محمد نور شحاته – مفهوم الغير فى التحكيم – هامش ص ١٥٦) .

وبناءً عليه فإن هذا الإتجاه يذهب إلى أنه إذا كانت المنازعة التى يُثيرها الطلب الفرعى مما يدخل فى ولاية جهة أخرى غير جهة القضاء العادى التى تتبعها المحكمة المقدم إليها الطلب ، وبالتالى فإنه يمتنع على هذه المحكمة النظر فى هذه الطلبات وذلك لإنتفاء ولايتها ، ولما كان اتفاق التحكيم يترتب عليه استنفاد ولاية قضاء الدولة ، فإن دفع الضامن بالتحكيم ينبغى قبوله والحكم برفض طلب إدخاله وذلك لإنتفاء ولاية قضاء الدولة .

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكم لها حيث قضت بأنه (إذا كانت المسألة التى يُثيرها الطلب الفرعى مما يدخل فى ولاية جهة القضاء العادى ، ومن ذلك هيئات التحكيم الإختيارى أو الإجبارى ، فإنه يمتنع على هذه المحكمة النظر فى هذه الطلبات لإنتفاء ولايتها . ولكن يمتد اختصاصها إلى ما عساه أن يكون مرتبطا به من طلبات أخرى ولو كانت مما يدخل فى الإختصاص النوعى للقاضى الجزئى) [١] .

<u>ثانيًا : اثر عدم القابلية للتجزئة الإجرائية على المراكز العقدية المركبة أو التبعية الناشئة عن مجاميع أو سلسلة العقود المتضمن بعضها شرط تحكيم :</u>

لقد سبق وأن تعرضنا للمراكز العقدية أو التبعية الناشئة عن مجاميع العقود أو سلسلة العقود وعرفنا أن شرط التحكيم الموجود فى إحدها يمتد إلى الآخرين ، وهى تتواجد فى المشروعات العملاقة ، والسؤال هنا هو ما مدى تأثر هذه المراكز العقدية المركبة من عدم القابلية للتجزئة الإجرائية وذلك إذا كانت هناك منازعة بخصوص أحد العقود ، وهذا العقد متضمن شرط تحكيم ، هل المجموعة الأخرى سوف تتأثر خصوصا وأن موضوع العقد يكون من الموضوعات الغير قابلة للتجزئة أم لا؟ وما مدى سمو شرط التحكيم على قواعد الإختصاص القضائى ؟

<u>الإجابة هنا تتوقف على مدى استقلال خصومة التحكيم عن الخصومة القضائية فى حالة وجود عدم القابلية للتجزئة ، وايضا إذا ما كان التحكيم داخلى ، أو تحكيم دولى .</u>

أولًا : بالنسبة للتحكيم الداخلى :

يتجه القضاء فى التحكيم الداخلى إلى تغليب اختصاص محاكم الدولة على قضاء التحكيم وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف باريس فى قضية تتلخص وقائعها فى الآتى ، أن مجموعة من الدلالين أبرموا عدة عقود ، اتخذت شكل G I F – أى مجموعة من المصالح الإقتصادية ،

---

[١] حكم نقض جلسة السادس من فبراير سنة ١٩٦٦ – مجموعة الحكام الصادرة عن المكتب الفنى مشار إليه لدى د/ محمد نور شحاته – مفهوم الغير فى التحكيم – ص ١٥٨ .

وقد كان العقد الأول فى سنة ١٩٨١ وتضمن شرط تحكيم ، وفى سنة ١٩٨٤ أبرم عقدان يتعلقان بذات الموضوع وهو مشروع لتحليل برامج الحاسب الآلى تضمن العقد الأول شرط اتفاق على التحكيم ، بينما العقد الثانى وهو عقد مقاولة من الباطن تضمن شرط اتفاق على اختصاص محكمة استئناف باريس بخصوص أى منازعة تنشأ بينهما . ثم بعد ذلك ثار نزاع بينهم بشأن فسخ مجموعة من الإتفاقات التى سبق الإتفاق عليها فيما بينهم ، ثم إلتجأ على أثرها أطراف عقد المقاولة من الباطن إلى المحكمة التجارية فى باريس فقضت (برفض الطلب وذلك تأسيسا على وجود اتفاق التحكيم الوارد بباقى العقود وأن خصومة التحكيم مستقلة عن الخصومة القضائية) [١]

ثانيًا : بالنسبة للصعيد الدولى :

وعلى النقيض من الإتجاه السابق يجرى القضاء على الصعيد الدولى بسمو شرط التحكيم على اختصاص قضاء الدول وتطبقيا لذلك فقد قضت محكمة استئناف باريس بأنه (على فرض وجود عدم التجزئة ، فإن الظروف القائمة ليس من شأنها أن تثير شكا حول صحة الإشتراط الحر الذى تراضى عليه الأطراف أى الإتفاق على التحكيم ، وفى هذا أثبتت أن لكل من المطلوب إدخالهم الحق فى المساهمة فى إجراءات التحكيم إذا ما وافق على ذلك باقى الأطراف) [٢] .

كما قضت محكمة استئناف باريس فى نزاع يتعلق بعقد إمتياز مع حوالته للغير (بأن شرط التحكيم الوارد بالعقد الدولى يُعد شرطا صحيحا وفعالا ويمتد تطبيقه إلى المحال إليه ، حتى لو تعلق جزئيا بحق أحد الأطراف ، شريطة أن يدخل النزاع فى توقعات أطراف الإتفاق على التحكيم) [٣] .

<u>أما بالنسبة للوضع فى القضاء المصرى :</u>

فإنه بالنسبة لهذا الموضوع فقد أخذ باتجاه مماثل وذلك بالنسبة للتحكيم الإجبارى فنجد أن محكمة النقض المصرية قضت (بأن دعوى الضمان الفرعية الموجهة من هيئة عامة إلى شركة قطاع عام ، وهى تعتبر مستقلة بكيانها عن الدعوى الأصلية إذ لاتعد دفعا فيها ، فيحكمها قواعد الإختصاص الولائى المتعلقة بالنظام العام ، فيختص بنظرها دون غيرها هيئات التحكيم ، وعلى المحكمة المختصة المعروضة عليها أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها فى هذه الحالة لإنتفاء ولايتها طبقا لنص المادة ١١٠ مرافعات ، ويجب القضاء بإحالتها إلى هيئة التحكيم) [٤] .

---

(1) paris 9 ,décembre , 1987 , Rev Arb , 1988 . p 573 .

(2) Paris, 11 fev .Rev .Arb . 1988 p 561 .(3) Paris , 20 , Apil , 1988 . Rev .Arb .

[٤] الطعن رقم ٢٥٠ – جلسة الخامس عشر من يناير سنة ١٩٨٠ – لسنة ٤٨ قضائية – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى لمحكمة النقض .