

**الشروط الشكلية والموضوعية لانعقاد
اتفاق التحكيم**

الباحث/ باسم حسين الجندي

تحت إشراف

د. سهر منتصر

أستاذ القانون المدني- كلية الحقوق جامعة الرقازيق

الشروط الشككية والموضوعية لانعقاد اتفاق التحكيم

الباحث/ باسم حسين الجندي

الملخص باللغة العربية

يعتبر التحكيم نظاماً قضائياً موازياً للنظام القضائي الوطني فلا يعد متفرعاً منه أو استثناءً عليه، فبموجبه يمكن لكافة الأشخاص - الطبيعية كانت أم الاعتبارية - اللجوء إليه دون القضاء الوطني لتسوية كافة المنازعات - العقدية كانت أم غير العقدية - المثالة بالفعل بينهم أو التي قد تثور مستقبلاً وذلك بموجب حكم ملزم صادر بواسطة محكم أو أكثر اتفق أطراف النزاع على اختيارهم، هذا وبالرغم من ازدهار فكرة التحكيم واعتبارها من افرازات العولمة إلا أن الإنسان قد عرف تلك الفكرة منذ فجر التاريخ، فكانت الوسيلة التي ارتقى بها من النظام السائد في تلك الحقبة أي فض المنازعات بالقوة إلى اللجوء لشيوخ القبائل للفصل فيما بين أطراف النزاع.

Abstract

Arbitration is a judicial system parallel to the national judicial system, and is not considered a branch of it or an exception to it. Under it, all persons - natural or legal - can resort to it without the national judiciary to settle all disputes - contractual or non-contractual - already established between them or that may arise in the future, according to A binding judgment issued by one or more arbitrators that the parties to the dispute agreed on their choice (), despite the flourishing of the idea of arbitration and considering it a product of globalization, but man has known that idea since the dawn of history, and it was the means by which he rose from the prevailing system in that era, i.e., settling disputes By force to resort to tribal elders to separate the parties to the conflict.

مقدمة

تتكفل جميع دول العالم بالفصل في المنازعات الناشئة بين مواطنيها بواسطة مرفق القضاء وذلك باعتباره عملاً من أعمال السيادة، إلا أن هذا المرفق أضحي بطيئاً لكثرة النزاعات المعروضة عليه، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى البحث عن وسائل أخرى لحسم هذه النزاعات، ولذا سطع التحكيم في سماء القانون، فسنت أغلب الدول قوانيناً تسمح من خلالها للأفراد بعرض نزاعهم على قاضٍ خاص بعيداً عن قضاء الدولة.

أصبح التحكيم نظاماً قضائياً موازياً للنظام القضائي الوطني فلا يعد متفرعاً منه أو استثناءً عليه، فبموجبه يمكن لكافة الأشخاص- الطبيعية كانت أم الاعتبارية- اللجوء إليه دون القضاء الوطني لتسوية كافة المنازعات- العقدية كانت أم غير العقدية- المثالة بالفعل بينهم أو التي قد تثور مستقبلاً وذلك بموجب حكم ملزم صادر بواسطة محكم أو أكثر اتفق أطراف النزاع على اختيارهم^(١)، هذا وبالرغم من ازدهار فكرة التحكيم واعتبارها من افرازات العولمة إلا أن الإنسان قد عرف تلك الفكرة منذ فجر التاريخ، فكانت الوسيلة التي ارتقى بها من النظام السائد في تلك الحقبة أي فض المنازعات بالقوة إلى اللجوء لشيوخ القبائل للفصل فيما بين أطراف النزاع.

ومن ناحية أخرى فإن اتفاق التحكيم هو المبرر لوجود التحكيم بين طرفي النزاع، فيعد اتفاق التحكيم هو قلب التحكيم وقالبه، فهو أساس لجوء أطراف النزاع للتحكيم وهو المحدد لهذا الاتفاق، وبيان ما تختص به هيئة التحكيم، ما يخرج عن اختصاصها، فضلاً عن كونه شرطاً أساسياً لصحة حكم التحكيم.

اتفاق التحكيم- كغيره من العقود- يلزم أن يتوافر فيه كافة الشروط الموضوعية اللازمة لصحة أي عقد بصفة عامة طبقاً للنظرية العامة للعقد في القانون المدني^(٢)، وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب، فيكون رضا الخصوم صحيحاً إذا خلت إرادتهم من ثمة غلط أو تدليس أو إكراه، ومن ناحية أخرى فإنه يجب أن يتمتع أطراف النزاع بالأهلية حال إبرامهم لاتفاق التحكيم، فضلاً عن كون محل هذا الاتفاق ممكناً ومعيناً، كما يلزم أن يكون السبب موجوداً ومشروعاً، فإذا تخلف أحد هذه الشروط أضحى اتفاق التحكيم باطلاً وغير قادر على ترتيب آثاره.

(١) راجع في ذلك: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة

العربية، ١٩٩٧، ص ٣، وانظر لمزيد من التعريفات:

- على رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ١٤.

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٩.

- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ١٥.

(٢) راجع في ذلك: استئناف القاهرة، الدائرة ٧ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/١/٨ في الدعوى رقم ٧٢ لسنة ١٧١٧ ق تحكيم.

يجب أن نضع في اعتبارنا أنه بجانب تلك الشروط الموضوعية يلزم أن يتوافر في اتفاق التحكيم شروطاً شكلية تتعلق باختيار هيئة التحكيم وكيفية تشكيلها، بالإضافة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، ومن ناحية أخرى فقد أثار اشتراط قانون التحكيم المصري كون اتفاق التحكيم مكتوباً، التساؤل حول كون تلك الكتابة ركناً من أركان انعقاد التحكيم أم لازمة للإثبات فقط؟

هذا وستتناول دراسة تلك النقاط بشئ من التفصيل على النحو التالي:

المبحث الأول: الشروط الشكلية لانعقاد اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: الشروط الموضوعية لانعقاد اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

الشروط الشكلية لانعقاد اتفاق التحكيم

المطلب الأول

تشكيل هيئة التحكيم

تناول المشرع المصري في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تشكيل هيئة التحكيم وكيفية اختيارها، فجعل تشكيلها رهناً بإرادة الخصوم، فالمحكم هو شخص يتمتع بثقة أطراف النزاع، خولوه مهمة الفصل في منازعة قائمة بينهم، كما قد يتم تعيينه بواسطة المحكمة^(٣).

وإذا كان من المستقر عليه طبقاً للقواعد العامة أنه يجوز تعيين أي شخص محكم^(٤)، وأن اتفاق التحكيم يتيح للخصوم حرية اختيار المحكمين بيد أن هذه الحرية ليست طليقة من كل قيد، إذ أن المحكم يكتسب صفة القاضي، ولذا اشترطت أغلب النظم القانونية المختلفة توافر شروطاً يجب أن يتسم بها المحكم حال توليه مهمة الفصل في النزاع ولعل أبرز هذه الشروط:

١- ألا يكون الشخص ممنوعاً من التحكيم:

استقر الفقه والقضاء في كافة النظم القانونية على عدم جواز تولي أحد الخصوم مهمة الفصل في الخصومة التحكيمية بالرغم من تمتعه بالأهلية القانونية المدنية الكاملة، إذ أنه من غير المتصور أن يكون ذات الشخص هو الخصم والحكم في ذات الوقت.

(٣) راجع في هذا المعنى: فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات بحسب آخر تعديل لقانون

الإجراءات المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، ٢٠١٠.

(٤) راجع في ذلك: استئناف القاهرة، الدائرة ٧ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/١/٨ في الدعوى رقم ٢٢ لسنة

١٧ اق تحكيم.

يجب أن نأخذ في اعتبارنا ما تأخذ به بعض الأنظمة التشريعية من منع تولي القضاة الوطنيين مهمة الفصل في نزاعات التحكيم مل ما نص عليه المشرع المصري في قانون السلطة القضائية رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣ ولكن بصدر القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٢ وما تلاه من تعديلات^(٥)، أجاز تولي القاضي مهمة التحكيم في بعض الحالات على سبيل الاستثناء وهي كون أحد الخصوم من أقاربه أو أصهاره للدرجة الرابعة أو في حالة موافقة المجلس الأعلى للقضاء على ذلك.

هذا وقد أرجع جانب من الفقه^(٦) منع القضاة من تولي مهمة الفصل في المنازعات التحكيمية إلى أن قيامهم بهذه المهمة يؤثر سلباً على عملهم في المحاكم الوطنية في الوقت الذي تتكدس فيه الدعاوى القضائية ويتأخر الفصل فيها نظراً لعدم تناسب عدد القضاة مع الزيادة المطردة للقضايا، ومن ناحية أخرى فإن إصدار القاضي لحكم تحكيمي- حال توليه مهمة التحكيم- لا يؤدي إلى تمتعه بالقوة التنفيذية إذ يستوجب صدور أمر بذلك من القاضي المختص والذي قد يكون في الكثير من الأحيان في درجة أقل من درجة القاضي المصدر لحكم التحكيم.

٢- أهلية المحكم:

يلزم أن يتوافر لدى المحكم- حال توليه مهمة الفصل في النزاع- الأهلية المدنية الكاملة، فنص قانون التحكيم المصري^(٧) على عدم جواز تولي شخص قاصر أو محجوز عليه أو مجرد من حقوقه المدنية- بصدر حكم جنائي ضده أو في جنحة مخلة بالشرف والأمانة- مهمة الفصل في النزاعات التحكيمية.

يجب أن نضع في اعتبارنا أن الأهلية التي يلزم توافرها في المحكم هي أهلية الأداء ولذا فإن القاصر المأذون له بالإدارة لا يحق له تولي مهمة التحكيم.

(٥) انظر في هذا المعنى: أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٥.

(٦) راجع في ذلك: القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، والقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦.

(٧) انظر لمزيد من التفاصيل:

- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ١٤٨.
- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٧٣.
- أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر العربي، ٢٠٠٠، ص ٣٤٥.

٣- أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً:

يشترط أن يكون المحكم- الذي يتولى مهمة الفصل في النزاع- شخصاً طبيعياً يتمتع بسمات نفسية وعقلية يعبر بها عن إرادته، فكما لا يتصور كون القاضي في المحاكم الوطنية شخصاً معنوياً لا يتصور كذلك في المحكم إذ أنهما يقومان بذات المهمة وهي الفصل في المنازعات المعروضة عليهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي به. هذا وقد يتفق أطراف النزاع في بعض الحالات على تعيين شخصاً معنوياً كمحكماً فيما بينهم إلا أنه في هذه الحالة يقتصر دور الشخص المعنوي- كالهيئات ومراكز التحكيم- على التنظيم الإداري فقط لعملية التحكيم التي يتولاها شخص أو أشخاص طبيعيون سواء تم اختيارهم بواسطة الخصوم أو من قبل المؤسسة التحكيمية ذاتها^(٨).

قاعدة وترية عدد المحكمين:

لم تلزم الأنظمة القانونية المختلفة أطراف النزاع باختيار عدد محدد من المحكمين، فلهم مطلق الحرية في اختيار العدد الذي يروونه مناسباً لحسم النزاع الناتج بينهم، ومع ذلك يشترط أن يكون عدد المحكمين وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً^(٩)، وهذا البطلان متعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها، ولذا فيحق للخصوم التمسك بذلك البطلان ولا يجوز تصحيحه بالإجازة^(١٠).

يذهب البعض إلى أن تشكيل هيئة التحكيم مكون من محكم واحد يؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع فضلاً عن توفير الوقت والنفقات إلا أن المساوئ الناجمة عن هذا التشكيل قد تفوق في بعض الأحيان مزاياه، ومرجع ذلك أن تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد ستسفر على انفراد المحكم بالسلطة والذي قد يسئ استخدامها كما أنه قد يميل إلى أحد الخصوم على حساب الآخر وذلك عكس التشكيل الجماعي الذي يعد ضماناً لتحقيق العدالة بين الخصوم عن طريق تبادل الآراء بين المحكمين وتفادي الوقوع في الخطأ أو السهو^(١١).

(٨) انظر لمزيد من التفصيلات: أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مجلة التحكيم العربي، العدد الثامن عشر، يونيو ٢٠١٢، ص ٧٦.

(٩) راجع في ذلك: نص المادة ١٥-٢- من قانون التحكيم المصري.

(١٠) راجع في هذا الشأن: مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨م، ص ٥٧٦ وما بعدها.

(١١) راجع لمزيد من التفصيلات:

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على النزاع

تُعد مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع من أهم المسائل المتعلقة بنظام التحكيم، فإذا كانت هذه المسألة لا تثير ثمة صعوبات للقضاء بمحاكم الدولة إذ أنهم يطبقون قانون دولتهم والتي يستمدون سلطتهم منها أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين في دولتهم، وخلافاً على الوضع السابق لا يملك المحكم أي قانون اختصاص يستند إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ولذا فقد استقر الفقه والقضاء وفقاً للاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم التجاري الدوري على وقوع عبء تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع على إرادة الخصوم تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة^(١٢)، ما لم تتطوي هذه الإرادة على نية الخصوم الإفلات من قواعد النظام العام في الدولة التي سيطبق بها حكم التحكيم^(١٣).

هذا وقد ثار الخلاف حول وجوب كون إرادة الخصوم صريحة حال الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع أم يمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية لهم؟

وللإجابة على هذا التساؤل فقد انقسم الفقه إلى فريقين، فذهب الفريق الأول إلى وجوب كون إرادة الأطراف صريحة واضحة حال الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع وذهب هذا الجانب في تبرير اتجاهه إلى تجنب المنازعات التي قد تثور بين الخصوم في هذا الشأن لعدم القدرة على تحديد القانون الذي انصرفت إليه الإرادة الضمنية لأطراف النزاع^(١٤)، بينما ذهب ال جانب الثاني من الفقه إلى جواز الأخذ بالإرادة الضمنية للخصوم في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، إذ أنه في هذه الحالة يبرز دور المحكم في الكشف عن القانون الذي اتفقت عليه الإرادة الضمنية

- وليد محمد عباس يوسف، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٣٩٤.

- مناحي خالد محمد الهاجري، أثر النظام العام على اتفاق التحكيم، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ص ٢٥٨.

(١٢) راجع لمزيد من التفصيلات: فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١٨ وما بعدها.

(١٣) راجع في هذا المعنى: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٣٠.

(١٤) راجع لمزيد في هذا الرأي: منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٩٤.

للخصوم، خاصة في الأحوال التي يسهو الطرفان عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو عبروا عنه بعبارات مبهمه غير واضحة في بيان المقصود منه^(١٥).

هذا وقد أخذ المشرع المصري بمبدأ حرية أطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشب فيما بينهم، فنص صراحة في المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم المصري على أن "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان...".

ثار التساؤل حول المقصود بعبارة "القواعد التي يتفق عليها الطرفان" المنصوص عليها في المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم المصري.

يجب تفسير هذه العبارة في نطاق سياقها الوارد بالمادة آنفة البيان، فليس المقصود بالقاعدة القانونية أي قاعدة قانونية يتفق عليها أطراف النزاع، إنما المقصود بها القواعد القانونية الواردة في قانون وضعي، أو القواعد المسلم بها في نظام قانوني معين، أو إحدى المبادئ القانونية العامة في القانون أو أي قاعدة من قواعد العرف، ولكن ما قد يرد في اتفاق أطراف النزاع من أحكام وقواعد خاصة من خلقهما لا يعد من ضمن القواعد القانونية التي اتفق أطراف النزاع على تطبيقها^(١٦).

يجب أن نأخذ في اعتبارنا أنه لا يلزم كون القانون الذي اتفق عليه الخصوم والمطبق على موضوع النزاع هو ذاته المطبق على إجراءات التحكيم^(١٧).

ومن ناحية أخرى فهناك ثمة صعوبات تعترى مبدأ حرية اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق على النزاع وهو عدم اغفال الخصوم عن تحديد القانون الواجب التطبيق نتيجة لسهوهم أو لرغبتهم في تجنب إعاقة إبرام اتفاق التحكيم بسبب مسألة يرونها غير ذي جدوى وقت إبرام ذلك الاتفاق، أو يكون ذلك راجع لاختلافهم على تحديد القانون الواجب التطبيق نظراً لرغبة كل طرف في تطبيق قانون دولته، ومن ثم لا يكون أمامهم سوى التزام الصمت حال إبرام اتفاق التحكيم، كما قد يكون راجع لإهمال الخصوم أو لجهلهم في تحديد آلية اختياره^(١٨).

^(١٥) راجع لمزيد من التفصيلات: جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار

النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٧٨.

^(١٦) انظر في هذا المعنى: فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١٨ وما بعدها.

^(١٧) انظر في هذا الشأن: فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢٠.

^(١٨) راجع في ذلك:

تطرق المشرع المصري في قانون التحكيم المصري لهذا الأمر في المادة ٣٩/٢ فنص على أنه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع. يلاحظ أن الحرية الكبيرة والسلطة التقديرية التي تتمتع بها هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق قد تؤدي إلى حالة من عدم اليقين لدى الخصوم، ولذا اهتم الفقه بوضع أطر وقواعد يلتزم المحكم باتباعها عند اختياره لهذا القانون، فذهب جانب من الفقه إلى التزام المحكم بتطبيق قواعد تنازع القوانين للجنسية المشتركة لأطراف النزاع، بينما ذهب جانب آخر إلى وجوب تطبيق المحكم على موضوع النزاع ذات القانون المطبق على إجراءات النزاع، في حين ذهب جانب ثالث إلى وجوب تطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة بالدولة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع، وذهب جانب رابع من الفقه إلى ضرورة قيام المحكم بتطبيق قواعد التنازع الخاصة بالدولة التي تجرى عملية التحكيم على أراضيها^(١٩).

هذا وقد ذهب جانب من الفقه وبحق إلى أن اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق لا يقتصر على قواعد تنازع القوانين لدولة ما، بل يلزم المفاضلة بين جميع هذه القوانين لاختيار القانون الأنسب لموضوع النزاع.

المطلب الثالث

الكتابة

يرتكز الشكل في أي اتفاق تحكيم على أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً، إذ أنه من الالتزامات الشائعة في أغلب التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية، فيندر ألا يشترط أحد التشريعات كتابة اتفاق التحكيم، فنصت المادة ٥٠١- الملغاة- بقانون المرافعات المصري الصادر في ١٩٦٨ على أنه " يثبت التحكيم إلا بالكتابة"، وبناء على ما تقدم فقد ذهب جانب من الفقه في تفسير هذه المادة إلى أن الكتابة مطلوبة لإثبات اتفاق

- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٣٥.

- جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ٦٦.

- حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام ١٩٦٥م، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، القاهرة، ٢٠٠٥م.

(١٩) راجع في ذلك: أبو زيد رضوان، ص ١٥٤ وما بعدها.

التحكيم وليست لانعقاده، واستند هذا الجانب إلى الحجة اللفظية للمشرع بالمادة أنفة البيان إذ نص على لفظ (لا يثبت) وليس (لا ينعقد) وأنه لا تأويل مع صراحة النص، كما استند هذا الجانب إلى المادة ٥٢٢ من القانون المدني والتي نصت على "لا يثبت الصلح إلا بالكتابة" وهو ما يعني تطابق كل من نص المادة (٥٠١) من قانون المرافعات مع نص المادة ٥٢٢ من القانون المدني والتي جاء في المذكرة الإيضاحية لها أن الكتابة لازمة لإثباته وليس لانعقاده وهو ما يعني أنه بالقياس على ذلك فإن الكتابة في اتفاق التحكيم تكون بهدف الإثبات وليس الانعقاد^(٢٠).

هذا وقد انتقد جانب من الفقه أنصار الاتجاه السابق في تفسيرهم للمادة (٥٠١) من قانون المرافعات، ومعللين رأيهم إلى أن هذه المادة وفقاً للرأي السابق تعد تكراراً للمادة (٦١) من قانون الإثبات، وهو ما دفعهم إلى عد شرط الكتابة مطلوباً للانعقاد وليس مجرد الإثبات وأنه بذلك يتماشى مع قصد المشرع من حماية أطراف المنازعة التحكيمية^(٢١).

ومن هذا المنطلق فقد تطلب المشرع المصري- على غرار التشريعات المقارنة- لصحة اتفاق التحكيم شروطاً شكلية و لعل أبرزها كون اتفاق التحكيم مكتوباً، فنص المشرع المصري في المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

ويتضح لنا من هذا النص أن المشرع المصري اعتبر شرط الكتابة في اتفاق التحكيم ليست مجرد وسيلة لإثباته ولكن شرطاً من شروط انعقاده، وأن تخلف هذا الشرط يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم بطلاناً مطلقاً^(٢٢).

ويرجع السبب في اشتراط الكتابة هو حرص المشرع المصري على تفادي أي منازعات قد تطرأ بين الخصوم حول وجود هذا الاتفاق.

(٢٠) راجع لمزيد من التفاصيل: أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٢١) انظر في هذا المعنى: ياسر أحمد الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص ٢٦٣ وما بعدها.

(٢٢) راجع في هذا الشأن: مناحي خالد محمد الهاجري، المرجع السابق، ص ٢١٢ وما بعدها.

يتحقق شرط الكتابة بمجرد توافر أي محرر يحتوي على اتفاق التحكيم سواءً أكانت ورقة رسمية أم ورقة عرفية مادام موقعاً عليها من الخصوم، ومن ناحية أخرى فإن اشتراط الكتابة لا يعد فقط أساساً لصحة اتفاق التحكيم ولكن أيضاً لصحة أي تعديل لاحق- قد يتفق عليه الأطراف- في بنود اتفاق التحكيم^(٢٣).

يجب أن نأخذ في اعتبارنا أن المشرع المصري وبالرغم من اشتراطه للكتابة كأحد الشروط اللازمة لإبرام شرط التحكيم إلا أنه لم يستلزم أن تكون الكتابة الرسمية بل يكفي بالكتابة العرفية، وهو ما نصت عليه المادة ٢/١٢ من قانون التحكيم المصري من أن "ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"^(٢٤).

هذا ونشيد بمسلك المشرع المصري بعدم اشتراطه للكتابة الرسمية لإبرام اتفاق التحكيم، واستجابته لمتطلبات التجارة الدولية وذلك لكون الكتابة العرفية تعد من الصور المرنة في القوانين الحديثة، فهي تتميز بسهولة وسرعة تحريرها على عكس الكتابة الرسمية، فضلاً عن عدم استلزامها لثمة نفقات لكونها تصدر من ذوي الشأن بوصفهم أشخاصاً عاديين بخلاف الكتابة الرسمية التي تشترط تحريرها بواسطة موظف عام مختص، ومع ذلك فلا يجب التوسع في هذا الشأن لدرجة تصل بنا إلى افتراض الاتفاق على التحكيم حال الاعتداد بالكتابة العرفية لإبرام اتفاق التحكيم وذلك لكون الهدف المنشود من الكتابة هو حماية إرادة أطراف النزاع والذي لن يتحقق إلا إذا كانت الكتابة محررة بقصد إبرام التصرف واستيفاء الشكل القانوني اللازم لتعبير الفرد عن إرادته.

المبحث الثاني

الشروط الموضوعية لانعقاد اتفاق التحكيم

المطلب الأول

الرضا

يعد اتفاق التحكيم عقداً من عقود القانون الخاص، فيسوده مبدأ سلطان الإرادة ويسري عليه كافة القواعد العامة في العقود، فالتحكيم من التصرفات التي لا يعتد بها إلا إذا توافر الرضاء بين أطرافه، مع الأخذ في الاعتبار أن توافر أركان الرضاء بالتحكيم لا يكفي للقول بصحة اتفاق التحكيم إلا إذا كان مجرداً من أي إكراه أو غش قد يشوبه.

^(٢٣) انظر في هذا المعنى: فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٣٥ وما بعدها.

^(٢٤) راجع في ذلك: محمود السيد عمر التحيوي، قاعدة عدم افتراض الرضاء باللجوء إلى التحكيم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠، ص ١١٦ وما بعدها.

وإذا كان اتفاق التحكيم يعد كغيره من العقود وأن الرضا أحد أركانه فإنه ينبغي لكي نتعرف على ركن الرضا أن نتطرق أولاً لتعريف العقد التقليدي بمفهومه الشامل، فيذهب جانب من الفقه بأن العقد هو "توافق إرادتين بقصد إنشاء علاقات قانونية ملزمة"^(٢٥). كما عرفه البعض بأنه "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، هذا الأثر مائل في إنشاء التزام أو نقله أو زواله أو تعديله"^(٢٦).

وبناء على ما تقدم يتضح لنا أن إرادة الأطراف- أي رضا الأطراف- هي الركن الأساسي لصحة العقد- وأن قوام هذا الركن هو توافر الإيجاب والقبول بين أطرافه^(٢٧). ومن هذا المنطلق فاتفاق التحكيم يعد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية إذا توافقت إرادة من صدر عنهم الإيجاب والقبول، وهو مات يعني أن التحكيم لا يكون إلا اختيارياً وأن التحكيم الإجباري لا يعد تحكيمياً بالمعنى المفهوم^(٢٨).

ومع ذلك فقد أثار المشرع المصري الشكوك حول مدى توافر الرضا بالتحكيم في الكثير من العقود إذ نص في المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم على "اعتبار اتفاق التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في

(٢٥) راجع في ذات المعنى، محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام العربية، ١٩٧٦، ص ٢٢.

(٢٦) راجع في ذلك: طلبة وهبة خطاب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، ٢٠٠٢، ص ٢٣.

(٢٧) فالإيجاب هو إظهار الإرادة المنفردة من جانب الشخص تعبير عن رغبته في الدخول في عملية عقدية مع الطرف الآخر الموجه إليه الإيجاب بحيث أن القبول من هذا الأخير يمثل المصلحة النهائية لإبرام العقد

انظر: فاروق محمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٢٩.

القبول هو التعبير النهائي والبات عن الإرادة لئتم به العقد إذا ما اقترن بالإيجاب قبل سقوطه وكان مطبقاً له".

راجع لمزيد من التعريفات:

- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ٩٨.
- إيمان مأمون، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، إبرام العقد وإثباته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٦، ص ١٠٨.
- (٢٨) راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، جلسة ٢٠٠١/١/٦ في

اعتبار هذا الشرط جزء من العقد"، وقد انتقد جانب من الفقه^(٢٩) موقف المشرع المصري لأنه في كثير من الأحيان ما يبرم الخصوم عقوداً تتضمن الإشارة إلى الشروط العامة في أحد العقود النموذجية والتي في أغلب الأحيان تتضمن شرطاً تحكيمياً ومن هنا يثار الشك حول توافر إرادة الخصوم حال إبرام اتفاق التحكيم خاصة في الأحوال التي لا يكونوا قد اطلعوا فيها على الوثيقة أو العقد المحال إليه^(٣٠).

هذا وقد أخذ القضاء الفرنسي في الكثير من الأحكام بمبدأ الرضا الحقيقي حال إبرام اتفاق التحكيم، فقضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٢/٧/١٩٨٤ بشأن الطعن على حكم التحكيم الصادر في ١٦/٣/١٩٨٣ ضد الدولة المصرية وذلك بخصوص قضية هضبة الأهرام بإلغاء هذا الحكم لصدوره بدون وجود لشرط التحكيم من جانب الدولة المصرية واستندت المحكمة في حكمها إلى أن الدولة المصرية لم تعتاد على قبول شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية في أي من اتفاقياتها، فضلاً على أن توقيع الهيئة العامة للسياحة والفنادق - والتي تعتبر شخصية قانونية مستقلة عن الدولة - على العقد الذي يتضمن شرطاً للتحكيم لا يعني قبول مصر بهذا الشرط، كما أن توقيع الدولة المصرية على العقد الأصلي عام ١٩٧٤ والذي أحال إلى قانون الاستثمار المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ لحل كافة المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة هذا العقد بوسائل من ضمنها اللجوء لمركز تسوية منازعات الاستثمار لا يعني بالضرورة قبول مصر لشرط التحكيم^(٣١).

يجب أن نأخذ في الاعتبار أن بطلان اتفاق الحكيم لعب الإرادة غير متعلق بالنظام العام أي أن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك صاحب المصلحة به وله أن يتنازل عن التمسك به صراحة أو ضمناً إذ أن السكوت عن الدفع

^(٢٩) انظر في هذا الرأي: على عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٧٩.

^(٣٠) راجع لمزيد من التفاصيل: عبد الحميد الأحذب، سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ١٢٣.

^(٣١) راجع لمزيد من التفاصيل بشأن هذا الحكم: على عوض حسن، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها.

ببطلان اتفاق التحكيم قبل النظر في موضوع النزاع يعد نزولاً ضمنياً منه على التمسك به^(٣٢).

هذا ويلاحظ أن الإكراه هو أحد أبرز العيوب التي تشوب إرادة الخصوم حال إبرام اتفاق التحكيم، ومرجع ذلك أن الكثير من الهيئات والمؤسسات تلزم الراغبين في الانضمام إليها على تقديم إقرار يفيد اطلاعهم على النظام الداخلي لتلك الهيئات أو المؤسسات وقبولهم الالتزام بأحكامها والتي من ضمنها اللجوء للتحكيم لحسم كافة المنازعات التي قد تثور بسبب عضويتهم، وهو ما يعني أن الرضا بالتحكيم هو شرط أساسي لقبول العضوية في هذه الجهات، وهو ما يعد إكراهاً خاصاً في الأحوال التي يكون فيها الانضمام إلى هذه الجهات هو أمر ضروري بالنسبة للشخص المكروه^(٣٣)، ولذا فإننا نرى أن مثل هذه الحالات لا تعد اتفاقاً على التحكيم بالشكل المتعارف عليه بل يعد عقد إذعان إذ لا يمكن الزعم بوجود ركن الرضا في اتفاق التحكيم بالنسبة لهذا الشخص بالرغم من توقيعه على إقرار بقبول هذا الاتفاق.

المطلب الثاني

الأهلية

إذا كان التعبير عن الإرادة لإبرام اتفاق التحكيم لا يصدر إلا من أطراف النزاع، فإن المشرع المصري أوجب التأكد من أهلية هؤلاء الأشخاص في إبرام تلك الاتفاقات، ولذا فقد اشترط لصحة اتفاقات التحكيم إبرامها ممن لهم أهلية التصرف في حقوقهم وذلك لكون أهلية التقاضي غير كافية لإبرام تلك التصرفات، وهو ما نص عليه المشرع في المادة ١١ من قانون التحكيم المصري بأنه "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"^(٣٤).

(٣٢) انظر في هذا المعنى: ياسر أحمد الصيرفي، اتفاق التحكيم بين الرضائية الشكلية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد بكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من ٢١-٢٣ إبريل ٢٠٠٨ بأبو ظبي، ص ٢٧.

(٣٣) راجع في ذلك المادة ١٠ من قرار وزير التعمير والإسكان رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ بشأن قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء والإسكان، وراجع أيضاً المادة ٧٢ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن العلمية، والمادة ٣٨/١٣ من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٩٦ بشأن نقابة الأطباء.

(٣٤) راجع في ذلك: ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٢٣٢.

ويفهم مما سبق أنه لا يجوز للقاصر أو عديم الأهلية إبرام اتفاق التحكيم- ما لم يكن مأذوناً لهم بالإدارة^(٣٥)، وذات الأمر بالنسبة للحارس القضائي على المال المتنازع عليه وأيضاً بالنسبة للوصي على القاصر إلا بعد الحصول على إذن بهذا الشأن من القضاء^(٣٦).

إذا كان للأشخاص الطبيعية سلطة إبرام اتفاقيات التحكيم إذا توافرت لديهم الأهلية اللازمة لذلك، فإنه يثور تساؤل حول مدى أحقية الأشخاص الاعتبارية- سواء العامة أو الخاصة- في إبرام مثل تلك التصرفات؟ وإذا كانت الإجابة بنعم، فما هي الأهلية اللازمة للأشخاص الاعتبارية لإبرام مثل تلك الاتفاقات؟

فيما يتعلق بالشق الأول من السؤال فقد نص المشرع المصري في المادة ١١ على أحقية كل من الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة في إبرام اتفاقات التحكيم، أما بخصوص الشق الثاني من السؤال، فإنه يجب التفرقة بين الأشخاص الاعتبارية الخاصة والأشخاص الاعتبارية العامة.

أولاً: فيما يتعلق بأهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة:

يرجع في توافر أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة من عدمه إلى قانون الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيس لهؤلاء الأشخاص باعتباره القانون الذي تنتمي إليه بجنسيتها، ومع ذلك فيثور التساؤل حول سلطة الممثل القانوني للأشخاص الاعتبارية الخاصة في إبرام اتفاق التحكيم، وهل يكفي صفته كممثل قانوني لها لإبرام مثل تلك التصرفات أم يستلزم أن يرد نص خاص بذلك في عقد الشركة أو في نظامها الأساسي أو أن يفوض بذلك من قبل مجلس إدارة تلك الأشخاص؟

من المستقر عليه أن الشريك المتضامن المدير في شركات الأشخاص له من السلطات ما يخوله التصرف في أموال تلك الشركة ومن ثم فإنه يملك الحق في إبرام اتفاقات تحكيم نيابة عن الشركة ولو لم يتم تفويضه بذلك صراحة، في حين أن المدير غير الشريك المتضامن وكذا الشريك الموصي لا يملك تلك السلطة^(٣٧).

^(٣٥) القاصر المأذون له بالإدارة له الحق في التصرف بالنسبة لكافة التصرفات التي تتطلبها أعمال الإدارة، فيكون له أهلية التقاضي فيما يتعلق بهذه التصرفات، فضلاً عن حقه في إبرام اتفاق تحكيم لحسم كافة المنازعات الناتجة عن تلك التصرفات.

^(٣٦) راجع في ذلك نص المادة ١/٥٨٩ من قانون التجارة.

^(٣٧) انظر في هذا المعنى: فتحي والي، المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها.

ومن ناحية أخرى فإن رئيس مجلس الإدارة أو العضو المنتدب في الشركات المساهمة وكذا المدير في شركات المسؤولية المحدودة الذين يملكون سلطة إدارتها والتصرف في أموالها الحق في إبرام اتفاقات التحكيم دون الحاجة إلى تفويض خاص- ما لم ينص عقد تأسيس تلك الشركة أو نظامها الأساسي على غير ذلك- ومرجع ذلك أن التحكيم أضحي من الأمور الضرورية ومستلزمات إدارة الشركات التجارية^(٣٨).

يجب أن نأخذ في الاعتبار أنه ليس لمديري أفرع الشركات التجارية إبرام اتفاقات تحكيم باسم الفرع ومرجع ذلك عدم تمتع تلك الأفرع بشخصية اعتبارية مستقلة عن الشركة الأم وهو ما يعني بالتبعية عدم تمتع تلك الأفرع بسلطة إبرام اتفاقات التحكيم بالنيابة عن الشركة الأم ما لم يفوضوا بذلك كتابة أو جرى التعامل على قيام الفرع بإبرام تلك الاتفاقات على أساس كونه وكيلًا ظاهراً للشركة الأم^(٣٩).

ثانياً: فيما يتعلق بأهلية الأشخاص الاعتبارية العامة:

لا يتعلق إبرام اتفاقات التحكيم بأهلية الأشخاص الاعتبارية العامة بقدر ما يتعلق بمدى صلاحية هؤلاء الأشخاص وسلطتها في إبرام تلك الاتفاقات أو أي عقود تتضمن شرطاً تحكيمياً، إذ أدى تدخل الدولة والأشخاص الاعتبارية التابعة لها المضطرد في أعمال التجارة وما تبرمه من عقود تتضمن شرطاً تحكيمياً إلى إثارة الكثير من اللغط حول مدى صحة هذه الاتفاقات أو تلك العقود المتضمنة لشرطاً تحكيمياً.

لم يثر الخلاف بين الفقه في مصر بخصوص العقود المدنية التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية التابعة لها، ولكن ثار الخلاف بخصوص الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية خاصة قبل صدور قانون التحكيم، فذهب الجانب الأول من الفقه إلى عدم صحة اتفاقات التحكيم الواردة في العقود الإدارية وقد استند هذا الرأي إلى نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والذي أشار إلى اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها للفصل في كافة النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية، كما استند هذا الجانب إلى أن المنازعات الإدارية متعلقة بالنظام العام مما لا يجوز فيها الصلح ولما كان من المستقر عليه فقهاً وقضاً من عدم جواز اللجوء إلى التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح، فلا يجوز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

^(٣٨) راجع لمزيد من التفصيلات: ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

^(٣٩) راجع في ذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٤٦٢.

بينما ذهب الجانب الآخر من الفقه- وهو الرأي الراجح- إلى جواز إبرام اتفاقات التحكيم بشأن منازعات العقود الإدارية ومرجع ذلك أن القانون لم يمنع اللجوء للتحكيم إلا بخصوص ما لا يجوز فيه الصلح بينما يجوز الصلح في العقود الإدارية، ومن ناحية أخرى فإن المقصود مما نصت عليه المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة من استثناء مجلس الدولة دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية هو توزيع الاختصاصات بين القضاء الإداري والقضاء المدني ولم يكن قصد المشرع منع الدولة أو الأشخاص الاعتبارية التابعة لها من إبرام اتفاقات التحكيم.

وحلاً لهذا الخلاف الفقهي فقد تدخل المشرع المصري مضيفاً الفقرة الثانية للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة فنص على أنه "بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك.

ويتضح من خلال هذا النص إقرار المشرع المصري بجواز إبرام اتفاقات بشأن منازعات العقود الإدارية.

المطلب الثالث

صلاحية المسألة المتنازع عليها كمحل للتحكيم

محل التحكيم هو موضوع النزاع الذي يهدف الخصوم إلى حسمه عن طريق التحكيم سواءً أكان هذا النزاع قائماً بالفعل- كما في حالة الشرط- أو نزاعاً محتملاً كما في حالة المشاركة، وفي جميع الأحوال يشترط أن يكون محل التحكيم حقاً مالياً بغض النظر عن مصدره سواءً كان عقداً مدنياً أو تجارياً أو إدارية^(٤٠)، وألا يكون مخالفاً للنظام العام وإلا كان باطلاً^(٤١).

يجب أن نأخذ في الاعتبار أن محل التحكيم يقتصر على ما تتصرف إليه إرادة الخصوم بعريضة على التحكيم وهو ما يعني أن محل التحكيم متعلق بعلاقة قانونية محددة على سبيل الحصر ومن ثم فإنه لا يجوز إبرام اتفاقاً للتحكيم بشأن الفصل في كافة المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف الاتفاق مستقبلاً دون تعيين محل الاتفاق على سبيل التحديد^(٤٢).

(٤٠) راجع نص المادة الثانية من قانون التحكيم المصري.

(٤١) راجع لمزيد من التفاصيل: فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٣١ وما بعدها.

(٤٢) انظر في هذا المعنى: حكم محكمة النقض المصرية، مدني، جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧ في الطعن رقم ٥٢ لسنة ٦٠ق.

هذا وقد تطرق المشرع المصري في قانون التحكيم للمسائل التي لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم، وهي كافة المسائل التي لا يجوز فيها الصلح^(٤٣)، على أن نأخذ في الاعتبار أن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي المتعلقة بالأحوال الشخصية والنظام العام^(٤٤).

ترجع أهمية محل التحكيم إلى كونه يتوقف عليه مدى قابلية النزاع للتحكيم من عدمه، ومن ثم مدى صحة هذا الاتفاق، كما يتوقف عليه الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه.

ومن هذا المنطلق فقد سعى جانب كبير من الفقه لتحديد المسائل التي لا تصلح محلاً للتحكيم- على سبيل الحصر- إلا أن هذا التحديد ليس نهائياً ولكنه مجرد اجتهاد فقهي، هذا وسنتناول تلك المسائل بشئ من التفصيل على النحو التالي^(٤٥):

أولاً: مسائل الأحوال الشخصية:

ذهب الفقه إلى تقسيم مسائل الأحوال الشخصية إلى مسائل متعلقة بالأحوال الشخصية البحتة، وهي كافة المسائل المتصلة بأهلية الشخص أو نسبه أو صاحب الولاية أو الوصاية عليه، وكذا المسائل المتعلقة دعاوى التطليق أو الخلع أو الفصل في مدى صحة عقد الزواج من عدمه، وكذا المسائل المتصلة بتحديد الأشخاص الذين لهم الحق في الميراث .. إلخ، فجميع هذه المسائل لا يجوز فيها الصلح ومن ثم لا يجوز فيها التحكيم^(٤٦).

في حين أجاز المشرع كافة المصالح المادية المرتبطة بالأحوال الشخصية كدعاوى التعويض عن فسخ الخطوة أو تحديد نفقة الزوجية أو المتعة وغير ذلك من مسائل مادية حق اللجوء بشأنها للتحكيم^(٤٧).

^(٤٣) راجع في ذلك: نص المادة ١١ من قانون التحكيم المصري.

^(٤٤) راجع في ذلك نص المادة ٥٥١ من القانون المدني المصري.

^(٤٥) انظر لمزيد من التفصيلات: حمدي على عمر، التحكيم في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٥٧.

^(٤٦) انظر في هذا المعنى: أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٦، ص ١٦٦.

^(٤٧) راجع في ذلك: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ١٩٨٨، ص ٧٤.

ثانياً: المسائل المتعلقة بالمركز القانوني للأفراد:

أجمع الفقه على أن كافة المنازعات المتعلقة بالمركز القانوني للفرد بالنسبة لدولته لا يجوز اللجوء بشأنها للتحكيم كالمسائل المتعلقة بمدى أحقية الأفراد في الانتخاب أو الترشح للانتخابات البرلمانية، فضلاً عن المسائل المتعلقة بإسقاط الجنسية أو بطلب اكتسابها^(٤٨).

ثالثاً: المسائل الجنائية:

ذهب الفقه إلى عدم جواز اللجوء للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالمسائل الجنائية كالمسائل المتعلقة بمدى قيام جريمة ما من عدم أو تحديد مرتكبيها أو العقوبة الجنائية الواجب توقيعها إذ أن النيابة العامة هي الأمانة على الدعوى الجنائية والمنوط بها الدفاع عن حق المجتمع، فضلاً على عدم جواز فصل القضاء المدني في المسائل الجنائية المعروضة أمامه ولذا فإنه من باب أولى عدم جواز تولى محاكم التحكيم مهمة الفصل في تلك المسائل^(٤٩).

رابعاً: مسائل أخرى متعلقة بالنظام العام:

وفقاً لما هو مستقر عليه- فقهاً وقضاء- فإنه من المستحيل وضع مفهوم محدد للنظام العام ومن ثم فإنه يصعب تحديد المسائل المتعلقة بالنظام العام على سبيل الحصر والتي لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم.

وعلى الرغم من ذلك فقد حاول جانب من الفقه وضع أمثلة على تلك المسائل والتي منها المنازعات المتعلقة بمخالفة تشريعات النقد الأجنبية وحماية المنافسة والتسعير الجبري والضرائب والجمارك^(٥٠).

ومن ناحية أخرى فإن كافة المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين أو تفسيرها أو مدى صحة قرارات جهة الإدارة من عدمه أو اختصاص المحاكم أو مدى صحة الأحكام القضائية لا يجوز اللجوء بشأنها للتحكيم^(٥١).

(٤٨) راجع في هذا الشأن: ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٤٩) انظر لمزيد من التفاصيل:

- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص ٧٥.

- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٥٠) راجع في ذلك: فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٥١) انظر في ذات المعنى:

وبناء على ما تقدم فإن إبرام الخصوم لاتفاق تحكيم بشأن مسائل لا يجوز اللجوء للتحكيم بشأنها يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً فيحق للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما يحق لأي من الخصوم التمسك به وفي أي حال تكون عليه الدعوى^(٥٢).

المطلب الرابع

سبب اتفاق التحكيم

تنص المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً، ويتضح لنا من نص هذه المادة اشتراط المشرع أن يكون للالتزام سبب وإلا كان العقد باطلاً لعدم وجود هذا السبب.

هذا وقد أثارت فكرة السبب خلافاً بين الفقه حول المقصود منها، فذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بأن المقصود من السبب هو الباعث، إلا أننا نرى أن هذا الرأي قد جانبه الصواب وذلك لكون الباعث هو أمور نفسية بحتة لا يمكن للطرف الآخر - في أغلب الأحيان - الإطلاع عليها أو معرفتها وهو ما يهدد استقرار المعاملات بين الأفراد.

بينما ذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن المقصود بالسبب هو السبب الغائي أو القصدي، وأنه إذا أغفل المشرع بيان المقصود من السبب إلا أن ذلك هو المعنى المستفاد من نص المادة ١٣٦ والتي اشترطت ضرورة توافر سبب للالتزام أي الهدف والقصود الذي أراده أطراف العقد حال إبرامه^(٥٣).

- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص ١٦٧.

- هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣، ص ٥٤ وما بعدها، وص ١٤٢.

(٥٢) راجع لمزيد من التفصيلات:

- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص ١١٠.

- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، ١٩٩٠، ص ١٥٢.

(٥٣) انظر للمزيد:

- عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص ٤٥١ وما بعدها.

- عبد الحي حجازي، أحكام الالتزام، الجزء الأول، طبعة ١٩٦٠، ص ٢٦٢.

ومن هذا المنطلق فإنه يُشترط في اتفاق التحكيم أن يكون سببه مشروعاً وإلا أضحى باطلاً، ويكون سبب اللجوء للتحكيم غير مشروع إذا تضمن حالة من حالات الغش نحو القانون، كما لو القصد من اللجوء للتحكيم هو التهرب من تطبيق القانون الوطني والقواعد الأمرة التي يفرضها لو طرح النزاع على القضاء العادي مثل التهرب من الضرائب أو الرسوم الجمركية^(٥٤)، كما يكون السبب غير مشروع إذا كان القصد الذي يبتغاه الأطراف هو التهرب من الإجراءات اللازمة لإثبات ملكية الأشياء أو التصرف فيها بقصد الاعتداء على ملكية الآخرين^(٥٥).

هذا ويجب أن نأخذ في الاعتبار عدم الخلط بين سبب التحكيم غير المشروع ومحل التحكيم غير المشروع، إذ أن القضاء بعدم مشروعية السبب يستلزم البحث عن الهدف الذي يبتغاه أطراف النزاع من اللجوء للتحكيم، أي لماذا لجأ الخصوم للتحكيم، بينما القضاء بعدم مشروعية المحل يستوجب البحث عن مدى مشروعية موضوع النزاع المراد حسمه بطريق التحكيم، أي هل موضوع النزاع مشروع من عدمه؟^(٥٦)

الخاتمة

تطرقنا في هذا البحث إلى الشروط الموضوعية اللازمة لصحة إبرام اتفاق التحكيم وهي الرضا، والأهلية، وصلاحية المسألة المتنازع عليها، وسبب اتفاق التحكيم، وذلك على سند من القول بأن اتفاق التحكيم يعد كغيره من العقود منشئاً لحقوق ومرتباً بالالتزامات تقع على عاتق أطرافه، ومع ذلك فهناك شروط شكلية لازمة لانعقاد اتفاق التحكيم وتتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، والقانون الواجب تطبيقه على النزاع، فضلاً عن ضرورة كون اتفاق التحكيم مكتوباً، وأنه متى استوفى اتفاق التحكيم تلك الشروط الموضوعية والشكلية فإنه يكون صحيحاً مرتباً لآثاره.

^(٥٤) راجع في هذا المعنى: عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤، ص ١٠٥، الهامش رقم ٢.

^(٥٥) راجع في ذلك: أحمد السيد الصاوي، إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري ووفقاً لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولي، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨، ص ٨٦.

^(٥٦) انظر للمزيد في هذا الشأن: مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص ٤١.

المراجع

- ١- أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١م.
- ٢- أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، - التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥م.
- ٣- أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- ٤- أحمد السيد الصاوي: إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري ووفقاً لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨.
- ٥- أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م.
- ٦- أسامة أبو الحسن مجاهد: قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مجلة التحكيم العربي، العدد الثامن عشر، يونيو ٢٠١٢م.
- ٧- أشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٦م.
- ٨- إيمان مأمون: الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، إبرام العقد وإثباته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٦م.
- ٩- جمال محمود الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.
- ١٠- حسين أحمد الجندي: النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام ١٩٦٥، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- ١١- حمدي على عمر: التحكيم في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
- ١٢- طلبة وهبة خطاب: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، ٢٠٠٢م.
- ١٣- عبد الباسط محمد عبد الواسع: شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤م.

- ١٤- عبد الحميد الأحديب: سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م.
- ١٥- عبد الحي حجازي: أحكام الالتزام، الجزء الأول، طبعة ١٩٦٠.
- ١٦- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٦٤م.
- ١٧- عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م.
- ١٨- على رمضان بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.
- ١٩- على عوض حسن: التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م.
- ٢٠- فاروق محمد الأباصيري: عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.
- ٢١- فتحي والي: قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- ٢٢- فراح مناني: التحكيم طريق بديل لحل النزاعات بحسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، ٢٠١٠.
- ٢٣- محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
- ٢٤- محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٦م.
- ٢٥- محمود السيد عمر التحيوي: قاعدة عدم افتراض الرضا باللجوء إلى التحكيم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠م.
- ٢٦- محمود مختار أحمد بربري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- ٢٧- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، ١٩٩٠م.
- ٢٨- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨م.
- ٢٩- مناحي خالد محمد الهاجري: أثر النظام العام على اتفاق التحكيم، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق.

- ٣٠- منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م.
- ٣١- ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.
- ٣٢- هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣م.
- ٣٣- وليد محمد عباس يوسف: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩م.
- ٣٤- ياسر أحمد الصيرفي: اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد بكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من ٢١-٢٣ أبريل ٢٠٠٨م بأبو ظبي.
- ٣٥- ياسر أحمد الصيرفي: التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.