مجلة الباحث العربي
Arab Researcher Journal
ISSN: 2709 – 0647/DOI: 10.57072
CC BY 4.0 License :المشاع الإبداعي
مجلد 1 عدد 1 (2020)

الرقابة القضائية من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم

Judicial oversight through a claim for the invalidity of the arbitral award

الدكتور هيثم السيد عبد الواحد إبراهيم
محاضر بكلية الحقوق – جامعة بنها – جمهورية مصر العربية
Dr. Haitham Al-Sayed Abdel Wahed Ibrahim
Lecturer at the Faculty of Law - Benha University - Egypt

http://doi.org/10.57072/ar.v1i1.19

نشرت في 2020/06/15

المستخلص:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الخلق نبينا محمد وعلى أهل بيته الطيبين الطاهرين وبعد...

بعد ان كانت القوة في المجتمعات القديمة وسيلة لاقتضاء الحقوق والمراكز القانونية والدفاع عنها، ظهر التحكيم باعتباره اتفاقاً على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه من دون المحكمة المختصة، وهو نظام قانوني وجد منذ القدم فقد عرفته مصر القديمة وبابل وأشور، كما عرف لدى قدماء الاغريق ولدى الرومان الذين قالوا: (انه غير القضاء).

وقد عرف العرب قبل الاسلام نظامين للفصل بين الخصومات: نظام القضاء (الحسبة)، ونظام التحكيم، اذ يوجد نظام التحكيم في المجتمعات القبلية، وكذلك في المجتمعات المدنية التي لا توجد فيها سلطة مركزية قوية ويستمد الفرد المحكم سلطته في الحكم من اختيار الخصمين له وحكمه لا ينفذ قهراً، وانما برضاء المحكوم عليه.

الكلمات المفتاحية: الرقابة القضائية، التحكيم.

Abstract:

After force in ancient societies was a means of requiring and defending legal rights and centers, the arbitration emerged as an agreement to submit the dispute to a particular person or persons for adjudication without the competent court, a legal system that existed from ancient times has been known by ancient Egypt, Babylon and Achur, as well as by ancient Greeks and Romans who said: (It is not judicial).

Before Islam, Arabs had known two systems of separation of litigations: the system of justice (hisbah) and the system of arbitration, since the system of arbitration existed in tribal communities, as well as in civil societies where there was no strong central authority and the individual arbitrator derived his power of judgement from the choice of the adversaries and his judgement was not enforced, but with the convict's consent.

Keywords: Judicial oversight, arbitration.

أولاً: أهمية الدراسة:

أصبح التحكيم النظام القضائي البديل لحسم منازعات العقود الادارية، إلا ان ذلك لا يعني البتة انفصاله عن قضاء الدولة، فالعلاقة بين التحكيم وهذا الأخير علاقة ذات صلة وثيقة، إذ يسعى كلاهما لإصدار حكم تتوافر فيه عناصر الصحة بما يكفل دخوله حيز التنفيذ، وتتمثل أهم صور هذه العلاقة فيما يمارسه قضاء الدولة على التحكيم من رقابة في جميع مراحله.

ورقابة القضاء على التحكيم أمر يبرره ان التحكيم في حقيقته سلب لاختصاص القضاء الاداري أجازه المشرع، واتفق الخصوم على اللجوء اليه كاستثناء من أصل عام، فضلاً على أن حكم

استلم البحث في 2020/5/1 قبل للنشر في 2020/05/22

التحكيم كأي عمل إنساني يرد عليه الغلط أو السهو، ويفسده الغش والجهل، ما يفضي الى عدم عدالته أو عدم صحته، وبالتالي كان لابد من خضوعه لرقابة قضاء الدولة بغية تمكين الخصم الخاسر من تفادي الضرر الناتج عن عدم عدالة الحكم أو عدم صحته، وذلك بقصد إصلاحه أو إبطاله، لأنه من غير المقبول أو المعقول الاعتراف بحكم تحكيم مشوب بالخطأ أو ظاهر البطلان.

ورقابة القضاء (العادي أو الاداري) لا تقتصر على مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم، ولكنها تبدأ قبل ذلك، لذلك حرصت التشريعات والاتفاقيات الدولية كافة على الاعتراف بقضاء الدولة بفرض رقابته على التحكيم في جميع مراحله.

ثانياً: مشكلة الدراسة:

ان التحكيم بوصفه قضاءً خاصاً يمارس اختصاصه خارج ولاية قضاء الدولة، يختار أطراف النزاع المتخاصمين باتفاقهم محكمين — غير مفوضين من الدولة بسلطة الحكم — لحله، فإرادة الأطراف هي التي تمنح المحكمين سلطة الحكم، ورغم ذلك يستمد التحكيم فاعليته وانفاذ قراراته من سلطة قضاء الدولة باعتباره السلطة العامة الوحيدة التي تملك من خلالها إلزام الخصوم ومن لهم صلة بالنزاع بالتنفيذ، باعتبار ان القضاء وحده يملك سلطة الالزام بالتنفيذ، فحكم التحكيم لا يملك بنفسه القوة التنفيذية التي يتمتع بها حكم القاضي، ومن هنا فان قضاء الدولة هو الذي يمد التحكيم بأسباب فاعليته لكي يحقق العدالة، وهذا ما يسمى بالرقابة القضائية على التحكيم.

وعليه فان دواعي المنطق تحتم علينا تخطي هذه الاشكالية من أجل إلقاء الضوء على الرقابة القضائية على التحكيم في العقود الادارية، باعتبارها من الضمانات الأساسية التي تكفل فاعلية نظام التحكيم، وضمان قيامه بدور القضاء الاداري في حسم النزاع الناشئ عن تلك الطائفة من العقود على أكمل وجه، كما أن هذه الرقابة القضائية على التحكيم قد أحدثت جدلاً واسعاً على الساحتين الفقهية والقضائية في فرنسا ومصر، لا سيما فيما يتعلق بمداها سواء في المرحلة السابقة على إجراء العملية التحكيمية أو في المرحلة اللاحقة عليها، فضلاً على تحديد القضاء المختص بممارستها، أهو القضاء العادي أم القضاء الاداري؟

كل هذا كان الدافع وراء اختيار موضوع الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية، من أجل بيان حدود تلك الرقابة ومضمونها، فضلا عن تحديد القضاء المختص بها، لعلنا نسهم — ولو بقدر قليل — في معالجة بعض المشكلات التي احدثها التنظيم التشريعي الحالي للتحكيم في كل من فرنسا ومصر.

ثالثاً: منهجية الدراسة:

من خلال التقديم السابق سيتم الاعتماد على المنهج المقارن في توضيح موضوع الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية من خلال المقارنة بين أنظمة قانونية مختلفة بالاضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي تتناول موضوع الدراسة مسترشدين آراء الفقه المقارن ومسترشدين باحكام القضاء في هذا المجال، مع اتباع المنهج التحليلي للنصوص، موضحين المسالك الموفقة للاستفادة منها وأوجه القصور لتلافيها.

تمـهـيـــدي

لا تقتصر رقابة القضاء على المرحلة السابقة على صدور حكم التحكيم، بل تمتد إلى المرحلة اللاحقة على صدوره، فالحكم بوجه عام هو كل أمرأوقرار يصدر عن المحكمة ولو لم يكن فاصلاً فى خصومة، وبعبارة أخرى فهو قرار المحكمة المختصة للفصل فى الخصومة المطروحة أمامها[1].

[1] نظر: د/محمد نور شحاتة "الرقابة على أعمال المحكمين"، دار النهضة العربية، سنة 1999، ص 234، د/أحمد السيد صاوي "الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص 705-706، د/محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 181.

ويقصد بحكم التحكيم بأنه: "القرار الذي يصدره المحكمون بناء على السلطة التى خولها لهم الخصوم فى اتفاق التحكيم لحسم المنازعة المطروحة عليهم"[2].

وبمعنى أخر يقصد بأنه: "القرار الذي يصدر عن المحكمين بصفة قطعية كلياً أو جزئياً فى نزاع معروض عليهم سواء تعلق بالموضوع أو بالاختصاص أو بوسيلة إجرائية إذا كان هذا الفصل يقود إلى وضع حد نهائي للخصومة"[3].

ويراعى عند إعداد حكم التحكيم، وبالتالي صدوره إجراء المداولة، وهو إجراء ضروري وجوهري لصحة إجراءات إصدار حكم التحكيم فى حال تعدد المحكمين، وإلا الحكم باطل ويجب أن يشترك المحكمون فيه شخصياً وأن يكون الأمر سرياً بينهم[4].

ويصدر الحكم وفقا لأغلبية الآراء ما لم يتفق الأطراف على وجوب صدوره بالإجماع وتعتبر ورقة رسمية فلا يجوز إثبات عكس ما جاء بها إلا بالطعن بالتزوير، ويجب أن يتضمن الحكم بالبيانات التى نص عليها القانون مثل أسبابه ومكان صدوره وتاريخه، واشتماله على صورة من وثيقة التحكيم[5].

ويجب أن يصدر الحكم من هيئة التحكيم بكامل تشكيلها، ويعتبر الحكم قد صدر من تاريخ توقيع المحكمين عليه، وإذا امتنع أحدهم عن التوقيع فيجب أن يثبت على ورقة الحكم أسباب عدم توقيعه، وتجدر الإشارة إلى أن بيان أسباب عدم توقيع أحد المحكمين على حكم التحكيم يعتبر من بيانات الحكم الجوهرية، ويترتب على إغفالها بطلان الحكم[6].

---

[2] أنظر: د/ عزمي عبد الفتاح عطية "قانون التحكيم الكويتي"، المرجع السابق، ص 298، د/ محمد محمد بدران" مذكرات فى حكم التحكيم "، دار النهضة العربية، سنة 1999، ص 6، د/ محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 181.

[3] أنظر:

- Foussard(ph), (E) Gallard&(B)GOLDMAN "Trait de L'arbitrage commercial international", paris .Litec et Delta,1996, p.75 .
- C.A Paris (SARDIUD) 25 mars 1994.
- Abdel-Kader FADAZ Le régime juridique de l'arbitrage commercial international, Université de Lomé, 2008.
- هذا الحكم منشور فى مؤلف د/ عبد الحميد الأحدب "موسوعة التحكيم التحكيم الدولي"، دار المعارف، سنة 1998م، ص 302.
- حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم (25)، جلسة 2004/12/28، المكتب الفني، ص 302.

[4] أنظر: د/ أحمد أبو الوفا "التحكيم الاختياري والإجباري"، المرجع السابق، ص262، د/ أحمد حشيش "القوة التنفيذية لحكم التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة 1999، ص 12، م.د/ برهان أمر الله "حكم التحكيم"، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد العاشر، سبتمبر 2007، ص 138.

[5] أنظر: د/ فتحي والي "قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف، سنة 2007، ص 428 وما بعدها، د/ ممدوح عبد العزيز العنزي "بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2006، ص161، م.د/ برهان أمر الله "حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 139.

[6] أنظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، القضية رقم(45)، لسنة 122ق. تحكيم، (دائرة 91 تجاري)، جلسة 2006/1/29.

- حكم محكمة استئناف القاهرة، القضية رقم(47)، لسنة 119 ق. تحكيم، جلسة 2006/6/29، أشار إليهما م.د/ برهان أمر الله "حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص141، د/ أحمد السيد الصاوي "التحكيم فى المواد المدنية والتجارية"، المرجع السابق، ص 255.

وقد يكون حكم التحكيم جزئياً يفصل فى جزء من النزاع فى حين يفصل الحكم النهائي بباقي النزاع بكامله، فهو حكم نهائي يفصل فى جزء من النزاع بشكل نهائي حيث لا يعود ويثار لاحقاً بعد البتّ فيه، ويختلف هذا الحكم عن الحكم الوقتي الذي يتعلق بمسائل التحكيم أثناء سير إجراءات الدعوى التحكيمية كالتى تتعلق بالمسائل الأولية والتحفظية وغيرها والذي يسمح القانون بإصدارها[7].

وكقاعدة عامة لا يكون حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ إلا بعد صدور أمر بتنفيذه، سواء كان من قبل المحكوم ضده برضائه بالتنفيذ، أو من قبل قضاء الدولة المختص إذا لم يقبل المحكوم ضده التنفيذ طوعاً باستصدار أمر التنفيذ[8].

وقد أتاحت تشريعات التحكيم لقضاء الدولة المختص بذلك مجالاً لبسط رقابته على حكم التحكيم، فقد أجازت الطعن فى هذا الحكم فى حالات محددة، وفقا لإجراءات معينة، كما اشترطت لتنفيذه صدور أمر من القاضي المختص. وتختلف أشكال الرقابة التى يمارسها قضاء الدولة على حكم التحكيم استناداً إلى الغاية منها، فقد يكون الهدف منها هو التيقن ومراعاة حكم التحكيم للشكل والشروط التى يتطلبها القانون أو التثبت من وظيفة المحكم والمهمة المنوطة به، ومدى احترامه للقواعد القانونية المنظمة للعملية التحكيمية كلها سواء عند الفصل أو عند كتابة الحكم[9].

الفصل الأول :(الرقابة القضائية من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم)

تمهيد وتقسيم:

يجب أن يصدر حكم التحكيم خالياً من العيوب وأن يراعى المحكم عند إصداره الشكل والشروط التى يتطلبها القانون، وذلك قبل صدور أمر التنفيذ لنفاذه، وذلك بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطأ فى التقدير وعدم مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون، أو هو خطأ فى الإجراء أو فى الشكل وعكس ذلك، فإن حكمه يكون عرضه للبطلان من قبل المحكمة المختصة بدعوى من صاحب المصلحة بناء على أسباب محددة حصرا فى القانون ولا يجوز القياس عليها، ويجب رفعها خلال المدة المحددة قانوناً قبل صدور أمر التنفيذ.

وعلى الرغم من ذلك فإن نظام الطعن فى أحكام التحكيم لم يستقر على أسس واضحة فى تشريعات التحكيم المقارنة، حيث تختلف الآراء وتتباعد المذاهب ولا يوجد حل وحيد للقضايا التى تطرح بشأن ذلك، فالقانون المصري لا يجيز الطعن فى أحكام التحكيم إذا صدرت معيبة، أو إذا لم تراعى الشروط والأشكال التى يطلبها القانون بأى من طرق الطعن العادية وغير العادية كما هو مقرر فى أحكام القضاء، وإنما أجاز رفع دعوى البطلان فيها وفق شروط وإجراءات خاصة لتحقيق الهدف من التحكيم وهو السرعة فى فصل النزاع.

---

[7] أنظر: د/ ممدوح عبد العزيز العنزي "بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص 62، د/ أشرف خليل حماد "التحكيم فى المنازعات الإدارية"، المرجع السابق، ص255.

[8] أنظر د/ محمود السيد التحيوى "التحكيم فى المواد المدنية والتجارية وجوازه فمنازعات العقود الإدارية"، دار الجامعة الجديدة، سنة 1999، ص 218، د/ محمد احمد عبد المنعم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، سنة 2002، ص 183.

[9] أنظر:

- Fouchard (Ph) " La portee international de L’annulation de a sentence arbitrale dans son pays d’origine", Rev-arb, 1997, P.329.
- Guy Keutgen, Georges-Albert Dal L'arbitrage en droit belge et international: Tome I: Le droit belge,tome 1. 3e .2015 p. 600.

لكن هناك بعض التشريعات أجازت الطعن فى أحكام التحكيم كما هو مقرر بشأن الأحكام القضائية، ومن ذلك القانون الفرنسي والقانون اللبناني، فقد اعتمدا سبيل الاستئناف إلى جانب الطعن بالبطلان، وسوف نتناول هذه الدراسة من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الطعن ببطلان حكم التحكيم

المبحث الثاني: حدود رقابة القضاء على الحكم المطعون به بالبطلان

المبحث الأول: الطعن ببطلان حكم التحكيم

نص قانون التحكيم المصري على عدم قبول أحكام التحكيم للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المحددة في قانون المرافعات المدنية والتجارية[10]، إنما أجاز رفع دعوى بطلان وفقاً لأسباب محددة حصرياً[11]، فالطعن بطلان حكم التحكيم يتعلق بالنظام العام فلا يجوز لأطراف النزاع التنازل عنه[12]، وهذا ما أكده المشرع المصري عندما نص على أن تنازل مدعى البطلان عن حقه في رفع دعوى البطلان قبل صدور حكم التحكيم لا يحول دون قبول هذه الدعوى[13]، بينما يجوز التنازل بعد صدور حكم التحكيم وإذا تم ذلك فإنه لا يمكن قبول دعوى البطلان[14].

وبناء على ما سبق سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التعريف بدعوى البطلان وطبيعتها القانونية

المطلب الثاني: حالات دعوى البطلان

المطلب الأول :التعريف بدعوى البطلان وطبيعتها القانونية

يقصد بالبطلان بوجه عام بأنه "وصف يلحق التصرف القانونى المعيب الذي انعقد مخالفاً لقاعدة قانونية أو اتفاقية، والتي تهدف إلى المصلحة العامة أو إلى سمة جوهرية من المصلحة الخاصة، فيؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل فى شل فعالية التصرف وإفقاده الأثار القانونية"[15].

---

[10] أنظر: المادة (52) من قانون التحكيم المصري التى تنص على أنه "لا تقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية .

– يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة فى المادتين التاليتين.

[11] أنظر: د/ عبد الحميد المنشاوى "التحكيم الدولي والداخلي فى المواد المدنية والتجارية والإدارية"، منشأة المعارف، سنة 1995، ص 73، د/ على عوض حسن "التحكيم الاختياري والإجباري فى المنازعات المدنية والتجارية"، دار الفكر الجامعي، سنة 2001، ص 200، د/ محمود مختار بربري " لتحكيم التجاري الدولي"، دار النهضة العربية، سنة 2004، ص216.

[12] أنظر: د/ حفيظة السيد الحداد "الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية"، دار الفكر الجامعي، سنة 1997، ص 113، د/ هشام صادق على "القانون الدولي الخاص"، دار الفكر الجامعي، سنة 1999، ص 204.

[13] أنظر: نص المادة (1/54) من قانون التحكيم المصري التى تنص على أنه "ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان عن حقه فى رفعها قبل صدور حكم التحكيم".

[14] أنظر: د/ عادل خير "التحكيم والقانون"، المرجع السابق، ص 86، د/أحمد مخلوف "دراسة قانونية فى التحكيم التجاري الدولي"، دار النهضة العربية، سنة 2002، ص 172.

[15] أنظر: د/ محمود محمد هاشم " قانون القضاء المدني" ، دار الفكر الجامعي، الجزء الثاني، سنة 1981، ص 194، د/ عبد الحكم فودة " البطلان فى قانون المرافعات المدنية والتجارية"، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 1993، ص 233– 238، د/ أمال أحمد الفزايرى "دور قضاء الدولة فى تحقيق فاعلية التحكيم"، منشأة المعارف، سنة 1993، ص 144، د/محمد كامل إبراهيم

وبالنظر إلى الهدف الرئيسي من اللجوء إلى التحكيم وهو الإسراع فى الفصل فى النزاع، وهو ما يقتضي من عدم تعريض حكم التحكيم بعد صدوره لطرق الطعن التقليدية التى يطعن بها الأحكام القضائية، وإلا لما كانت هناك فائدة من اللجوء إلى التحكيم، ولكن على الجانب الآخر لا يمكن القول بأن يسمح النظام القانونى بتنفيذ أحكام التحكيم دون رقابة القضاء، وإلا كان ذلك خرقاً للاعتبارات السياسية والتشريعية فى الدولة، بل ولقيم المجتمع والنظام العام فى بعض الأحوال. وللموازنة بين هذين الاعتبارين قرر المشرع المصري عدم جواز الطعن فى أحكام التحكيم بأي طريقة من طرق الطعن العادية وغير العادية، ولكنه فى ذات الوقت أجاز رفع الدعوى ببطلانه لأسباب محددة حصراً فى القانون إلى المحكمة المختصة من قبل صاحب الشأن[16].

ومن هنا تكون معاملة حكم التحكيم ذات المعاملة التى يلقاها الحكم القضائي من حيث جواز الطعن عليه لا يتفق مع الغاية من نظام التحكيم المتمثلة فى السرعة وعدم التعقيد فى الإجراءات كما هى أمام القضاء، فلا يعقل أن يجيز المشرع للأفراد الاتفاق على التحكيم للهروب من هذه الإجراءات القضائية، ثم يجيز بعد ذلك الطعن عليها أمام القضاء، وبالتالي يجبرهم على سلوك الطريق الذي حاولوا تفاديه ابتداءً.

وبالمقابل لا يمكن أن يصدر حكم التحكيم ويكون محصناً من أية وسيلة من وسائل الرقابة عليه، فإن فى ذلك إضفاءً لحصانة مطلقة على حكم التحكيم ترفعه إلى مرتبة أعلى من مرتبة أحكام قضاء الدولة التى يمكن الطعن فيها، فقد أجازت بعض تشريعات التحكيم الطعن على أحكام المحكمين لأسباب محددة تصون حق الأطراف فى الاعتراض على حكم التحكيم، وتضمن فى ذات الوقت عدم المساس بحجيته أو نهائيته[17].

فالقانون الفرنسي وعلى غراره القانون اللبناني والقانون الكويتي انتهجا مسلكاً لا يختلف كثيراً عما هو مقرر بشأن الأحكام القضائية، فأجاز اعتماد سبيل الاستئناف إلى جانب الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، ولكن سبيل الاستئناف يبقى محصوراً فى نطاق التحكيم الداخلي ويستبعده الأطراف عادةً لاعتباره وسيلة شاذة[18].

"النظرية العامة للبطلان فى قانون الإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، سنة 1989، ص 9، د/ محمد سعيد نمور "أصول الإجراءات الجزائية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2005، ص 58.

[16] أنظر: المادة (52) من قانون التحكيم المصري التى تنص على أنه "لا تقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية".
يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة فى المادتين التاليتين وقد كانت نصوص قانون التحكيم الملغاة الواردة فى قانون المرافعات رقم (13) لسنة 1968 تقتضي بعدم جواز الطعن بالإستئناف فى حكم التحكيم (م501) إلى جانب الطعن بالبطلان والتى أحالت بشأن تحديد حالاتها إلى المادة من نفس القانون كما هو مقرر للأحكام القضائية (م241) أنظر: د/ أمال أحمد الفزايري "دور قضاء الدولة فى تحقيق فاعلية التحكيم"، المرجع السابق، ص 144، د/ خالد أحمد حسن "بطلان حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 561.

[17] أنظر: د/ السيد عبد العال تمام "مبدأ المواجهة وخصومة التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص 97، أ/ وائل بندق، "بطلان حكم التحكيم فى القانون المصري والشريعة الإسلامية"، مقال منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة 2005، ص17.

[18] أنظر: د/ رضا السيد عبد الحميد "تدخل القضاء بالتحكيم والمساعدة"، دار النهضة العربية، سنة 1997، ص 109، د/ مهيب معماري "بطلان القرار التحكيمي فى ضوء اجتهاد محكمة النقض البنانية"، ورقة عمل مقدمة إلى الموتمر الدولي عن (الدور الفعال

أما القانون المصري فقد قصر طرق الطعن فى حكم التحكيم على وسيلة واحدة هى رفع دعوى البطلان ضده استناداً إلى أسباب أوردها بصورة حصرية بحيث لا يجوز القياس عليها[19]، وقد أقر المشرع فى ذات القانون قاعدة عدم الطعن بحكم التحكيم ونص صراحة على أنه "لا يقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية"[20].

وبهذا المعنى يكون المشرع المصري قد أوصد كل طرق الطعن التقليدية فى وجه حكم التحكيم ولم يجز إلا رفع دعوى بطلان أصلية ضده إذا توافرت أسبابها الواردة فى القانون على سبيل الحصر، وفيما عدا ذلك فإن حكم التحكيم يظل محصناً ضد أى طعن، ويبقى صحيحاً ومنتجاً لآثاره[21].

ويرد المشرع دعوى البطلان إلى طبيعتها القانونية، حيث أنها ليست طريقا من طرق الطعن، وإنما هى دعوى مبتدأة ترفع أمام المحكمة المختصة، وتفصل فيها طبقا للأسباب التى حددها القانون على سبيل الحصر وخلال الميعاد المحدد فى القانون[22].

وعلى العكس مما سبق أنه لا ترفع دعوى بطلان ضد الأحكام القضائية إذا شابها عيب جسيم وواضح فليس للمحكوم ضده أن يرفع دعوى مبتدأة ببطلان الحكم، أو أن يدفع بهذا البطلان إلا إذا تجرد الحكم من أحد أركانه الأساسية، فاذا حدث ورفعت دعوى البطلان ضد الحكم القضائي وجب على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبولها، فالطعن بالبطلان فى حكم القضاء لا يترتب عليه انعدامه إنما يظل قائماً وإن شابه البطلان فلا سبيل إلا الطعن عليه بإحدى طرق الطعن العادية أو غير العادية[23].

وتعد دعوى البطلان إحدى الحدود الأساسية التى تقيد من إطلاق عملية التحكيم بما يتفق مع طبيعة الاتفاق والهدف منه[24].

للقضاء فى التحكيم)، الذى نظمة مركز القاهرة الإقليمي فى الفترة من 19-11/21/ 2007، (مدينة شرم الشيخ)، ص 33، د/ محمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 189.

[19] أنظر: حكم محكمة اسئناف القاهرة، (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم (7) لسنة 116 ق. تحكيم، جلسة 1999/7/20، وحكمها من نفس الدائرة، الدعوى رقم (62) لسنة 117 ق. تحكيم، جلسة 2002/6/9.

[20] أنظر: المادة (52 /1) من قانون التحكيم المصري التى تنص على "لا تقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية".

[21] أنظر: د/ السيد عبد العال تمام "مبدأ المواجهة فى خصومة التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص97، د/ على سالم إبراهيم "ولاية القضاء على التحكيم"، المرجع السابق، ص 336، د/ محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 184.

[22] أنظر: د/ محمود سمير الشرقاوي "الدور الخلاق للقضاء فى مجال التحكيم التجاري الدولي"، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، أغسطس 2006، ص5، د/ أحمد شرف الدين "سلطة القاضي إزاء أحكام التحكيم"، المرجع السابق، ص 109، د/ محمد محمد بدران "مذكرات فى حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 140 د/ فتحي والي "الوسيط فى القضاء المدني"، المرجع السابق، ص 623.

[23] أنظر: د/ أحمد السيد صاوي "الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية، سنة2000،ص 804، د/ أحمد حشيش " القوة التنفيذية لحكم التحكيم "، المرجع السابق، ص 22.

[24] أنظر:

– JARRASSON (Ch) "Les frontières de l'arbitrage", Rev-arb, n 2, 2019, 411.

وتختلف إجراءات رفع دعوى البطلان أمام قضاء الدولة عن إجراءات خصومة التحكيم التى تخرج عن نطاق إرادة الأطراف، ذلك لأن إجراءاتها تكون كإجراءات الدعوى العادية أمام المحاكم التى ينص عليها قانون المرافعات كونه القانون العام لتلك الدعاوى[25].

وبذلك فإن دعوى البطلان هنا ترمي إلى إبطال حكم التحكيم لا إلى الإصلاح أو التعديل فى حكم المحكمين، فدور المحكمة المختصة بالبطلان كما سنعرض له يقتصر على تقرير بطلان الحكم من عدمه دون التطرق إلى موضوعه، إذ أنها ليست محكمة استئنافية بالنسبة لحكم المحكمين[26].

المطلب الثاني :حالات دعوى بطلان حكم التحكيم

تجيز تشريعات التحكيم المختلفة الطعن ببطلان حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان الأصلية باعتبارها السبيل المشترك بين مختلف النظم القانونية لمراقبة حكم التحكيم[27]، وذلك فى حالة ما إذا كان حكم التحكيم معيباً بأحد العيوب المنصوص عليها فى تلك الأنظمة على سبيل الحصر[28].

فأورد المشرع الفرنسي النص على حالات دعوى بطلان أحكام التحكيم فى المادة (1484) من قانون الإجراءات المدنية الجديد الصادر بمقتضى مرسوم 14 مايو سنة 1980، حيث تناولت الفقرة الثانية من تلك المادة حالات بطلان أحكام التحكيم بصدد التحكيم الداخلي والتى أجملها فى الحالات الست التالية[29]:

---

[25] أنظر: د/ حفيظة السيد الحداد "الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادر فى المنازعات الخاصة الدولية"، دار الفكر الجامعي، سنة 1997، ص11، د/ فتحي والي " قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف، سنة 2007، ص 558، د/ محمد محمد بدران "مذكرات فى حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 140.

[26] أنظر: د/ محمد نور عبد الهادي شحاته "الرقابة على أعمال المحكمين"، دار النهضة العربية، سنة 1997، ص 388، د/ رضا السيد عبد الحميد "مسائل فى التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة 2003، ص 143، د/ عصمت عبد الله الشيخ " التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، سنة 2008، ص 80، د/ على سالم "ولاية القضاء على التحكيم"، المرجع السابق، ص 370، د/ سيد أحمد محمود "دعوى بطلان حكم التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة 2007، ص 10-11.

[27] أنظر:

– Jean-François Poudre "Comparative Law of International Arbitration", 2n, 2007, P.700.

[28] أنظر: د/ حفيظة السيد الحداد "الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم"، المرجع السابق، ص 11، د/ بليغ حمدي محمود "الدعوى ببطلان حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 313-314، د/ عزمي عبد الفتاح "قانون التحكيم الكويتي"، المرجع السابق، ص 316.

–Fouchard (ph) et autres "traite de l'aritrage commercial", op.cit, P.936; Loussourn (Y) "Les voies de recours dans le decret du 14 mai 1980 relatif al'arbitrage", Rev- arb, 1989, P.67.

–Guy Keutgen, Georges-Albert Dal L'arbitrage en droit belge et international: Tome I: Le droit belge, tome 1. 3e .2015 p. 600.

[29] أنظر:

– L'article N- 1484:

1- Si l'arbitre a statue sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expiree
2- Si le tribunal arbitral a ete uregulirement compose ou l'arbitre unique irregulierement designe
3-Si l'arbitre a statue sans se conformer ala mission qui lui avait ete conferee
4-Lorsque le principe de la contradiction n'a pas ste respecte
5-Dans tous les cas de mullite prevus al'article 1480
6-Si l'arbitre a viote une ragle d'ordre public

1. إذا فصل المحكم فى النزاع دون وجود اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق باطل أو أنتهت مدته.
2. إذا شكلت هيئة التحكيم بطريقة غير قانونية، أو تم تعيين المحكم الوحيد بطريقة مخالفة للقانون.
3. إذا فصل المحكم فى النزاع دون التقيد بحدود المهمة التى عهد بها إليه.
4. إذا لم يتم احترام مبدأ المواجهة.
5. في كل حالات البطلان المنصوص عليها فى المادة (1480).
6. إذا خالف المحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام.

وفيما يتعلق ببطلان أحكام التحكيم الدولية فإن المادة (1502) من قانون الإجراءات المدنية الجديد قد حددتها فى خمس حالات تعد الأربع الأولى منها ترديداً للحالات الأربع الأولى الخاصة بالتحكيم الوطني، بينما تتعلق الحالة الخامسة بالطعن على حكم التحكيم بالبطلان إذا كان من شأن الاعتراف به أو تنفيذه ما يشكل اعتداء على النظام العام الدولي[30].

ويجدر التنويه إلى أن المشرع الفرنسي يجعل من دعوى البطلان السبيل الوحيد بشأن الطعن على أحكام التحكيم الدولية حيث استبعد ما عدادها من طرق الطعن الأخرى كالاستئناف والتماس إعادة النظر واعتراض الخارج على الخصومة رغبة منه فى تدعيم استقلال التحكيم التجارى الدولي، وتضيق نطاق الرقابة القضائية بشأن مراعاة لظروف التجارة الدولية[31]، بينما يأخذ المشرع الفرنسي بالنسبة للتحكيم الداخلي بنظام دعوى البطلان، فضلاً عن طرق الطعن الأخرى سالفة الذكر[32]، بيد أنه لا يجوز طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (1484) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد ولوج سبيل الطعن بالبطلان والاستئناف معاً، وإنما يلزم الاختيار بينهما حيث جعل المشرع الفرنسي الطعن بالاستئناف هو الأصل، فإذا كان الاستئناف غير جائز لسبب أو لأخر فيحق للخصوم رفع دعوى البطلان.

ونخلص من ذلك أن المشرع الفرنسي لا يجيز الطعن بالبطلان إذا كان باب الطعن بالاستئناف جائزاً ومفتوحاً، كما أنه يعقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان لمحكمة الاستئناف التى تصدر فى نطاقها حكم التحكيم المطعون فيه طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (1486) من قانون الإجراءات المدنية الجديد بما يفيد توحيد المشرع للمحكمة التى تنظر الاستئناف ودعوى البطلان ضد أحكام التحكيم[33].

وإذا كان مسلك المشرع الفرنسي بصدد عقده الاختصاص بنظر دعوى البطلان لمحكمة الاستئناف التى صدر فى نطاقها حكم التحكيم المطعون عليه له ما يبرره بالنسبة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، فليس هناك ما يبرر ذلك المسلك بشأن التحكيم فى منازعات العقود الادارية، ذلك أن طبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم يتعين أن تشكل المعيار الذى يتم الاستناد إليه فى تحديد الجهة المختصة بنظر دعوى البطلان[34]

–De Boisseson (M); Le droit francais de l’arbitrage, op.cit, P.367-384.

[30] أنظر:

–l’article N- 1502 < Si la reconnaissance ou l’execution sont contraires al’ordre puplic international >.

[31] أنظر:

–Fouchard (ph) et autres "Traite de l’arbitrage", op.cit 1996, P. 930.

[32] أنظر: د/ على بركات "الطعن على أحكام التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة 2003، ص 21.

[33] أنظر: د/ أمال أحمد الفزايري "دور قضاء الدولة فى تحقيق فاعلية التحكيم"، المرجع السابق، ص 194.

[34] أنظر:

–Bruce (E) "la competence dujuge administrative dans l’arbitrage de personnes publique", remises en question, Rev-arb, 2006, P.71.

الأمر الذى يستوجب عقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان بشأن التحكيم فى منازعات العقود الادارية للقضاء الاداري دون العادي متى كان داخلياً وهو ما يؤيده جانب من الفقه والقضاء الاداريين[35] فى فرنسا.

أما على صعيد الوضع فى مصر، فأورد المشرع المصري حالات دعوى البطلان التى يجوز بسببها رفع تلك الدعوى فى المادة (53) بفقرتيها الأولى والثانية من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994[36]، وباستقراء نص المادة السابقة يمكن إرجاع حالات الطعن بالبطلان التى تضمنها النص المذكور إلى أربع مجموعات تتعلق أولاها باتفاق التحكيم، وتتصل ثانيها بإجراءات خصومة التحكيم، وترتبط الثالثة بحكم التحكيم، تتضمن رابعها ما يخالف النظام العام وهو ما نوجزه تباعاً[37].

المجموعة الأولى: حالات البطلان التى تتعلق باتفاق التحكيم:

إن أساس حكم التحكيم هو اتفاق طرفي النزاع فلكي يصدر حكم التحكيم صحيحاً يجب أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً وقائماً عند صدور الحكم، كما يجب أن يلتزم المحكم بحدود سلطاته المستمدة من هذا الاتفاق رعاية لمصالح الخصوم، وبالتالي وجوده يعتبر بياناً جوهرياً، ويترتب على عدم وجود الحكم

---

[35] أنظر:

−C.E, 5 novembre 1986, Raiaonarison, Rec, P.439.
−C.E, 16 octobre 2006, Caisse central de reassurance, RFDA-2007, P.290.
− Auby (J.M) "Larbitrge en matiere administrative", op.cit, P.881.
−Dominique FOUSSARD "L'arbitrage en droit administrative", op.cit 2002, P.41.

[36] أنظر المادة (53) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 التى تنص على: "أنه:

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

[37] نظر: د/ أحمد أبو الوفا "التحكيم الاختياري والإجباري"، المرجع السابق، ص 316، د/ فتحي والي " الوسيط فى قانون القضاء المدني "، المرجع السابق، ص 592،د/ على سالم إبراهيم " ولاية القضاء على التحكيم "، المرجع السابق، ص 361، د/ أشرف خليل حماد " التحكيم فى المنازعات الإدارية "، المرجع السابق، ص 232، د/ محمد عبد النعيم " حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية "، المرجع السابق، ص 194.

ببطلان حكم التحكيم[38]، وتعتبر من حالات عدم وجود اتفاق تحكيم أو فى حكم عدم الوجود إذا فصل حكم التحكيم فى مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم، وهذه الحالة من أسباب دعوى البطلان فى حد ذاتها ويعتبر الاتفاق بشأنها غير موجودة[39].

وقد يكون اتفاق التحكيم موجوداً ولكنه باطل أو قابل للإبطال كأن لا يكون مكتوباً بحسب ما جاء فى المادة (12) من قانون التحكيم المصري[40] أو كان شرط التحكيم باطلاً بحسب المادة (23) من القانون السابق كأن يكون أحد طرفي التحكيم وقت إبرامه فاقدا للأهلية أو ناقصاً وفقا للقانون الذي يحكم الأهلية أو لتخلف ركن من أركانه الأساسية، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان العملية التحكيمية برمتها بما فيها حكم التحكيم[41]، أو إذا تخلف شرط من شروط صحته أو وجد عيب فيه من عيوب الإرادة أو كان محل اتفاق التحكيم من المسائل التى لا يجوز التحكيم فيها لتعلقها بالنظام العام[42].

ويضاف إلى ذلك سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته، كأن يكون الاتفاق قد نص على أن تبدأ إجراءات التحكيم خلال مدة معينة فى حالة قيام النزاع وانقضت هذه المدة قبل البدء بالإجراءات ويدخل فى هذه الحالة اذا اتفقت الأطراف للاستفادة من الإجازة المقررة بالمادة (45) من قانون التحكيم، والتى تقرر في أن يطلب أي منهما من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (9) من هذا القانون بأن يصدر أمر بتحديد ميعاد إضافي، أو بإنهاء إجراءات التحكيم[43]، ورغم ذلك أصدرت هيئة التحكيم

---

[38] أنظر: حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم (4623)، لسنة 66 ق، جلسة 1998/12/18، مجموعة المكتب الفني، الجزء الثاني، ص 1495، حكم محكمة استئناف القاهرة(دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم (73)، لسنة 120 ق. تحكيم، جلسة 2004/11/29، مشار إليه فى مولف د/فتحي الوالي " قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق"، المرجع السابق، ص 574.
– د/ عزمي عبد الفتاح "قانون التحكيم الكويتي"، المرجع السابق، ص 262.

[39] أنظر: د/ محمد محمد بدران "مذكرات فى حكم التحكيم صياغته بطلانه حجيته وتنفيذه"، دار النهضة العربية، سنة 1999، ص 144–145، د/ سيد أحمد محمود "دعوى بطلان حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 25–26.

[40] أنظر: المادة (12) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 التى تنص على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة".

[41] أنظر: المادة (23) من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 التى تنص على أنه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته".

[42] أنظر: د/ ناصر عثمان "لدفع بالحصانة القضائية فى مجال التحكيم"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، سنة 2006، ص 459–460، د/ حمزة أحمد الحنان "التحكيم فى القوانين العربية"، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2007، ص 433، د/ بليغ حمدي محمود" الدعوى ببطلان أحكام التحكيم"، دار الجامعة الجديدة، سنة 2007، ص 346، د/ محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم"، المرجع السابق، ص 201.

[43] أنظر: المادة (45) من قانون التحكيم سالف الذكر التى تنص على أنه "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى أتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال إثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المدة على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على

الحكم بعد انقضاء المدة المحددة، فيكون هذا الحكم قد صدر بناء على اتفاق تحكيم قد انقضى[44].

وكذلك إذا كان اتفاق الخصوم يتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (قانون الإرادة) واستبعد حكم التحكيم تطبيقه فيمثل الاستبعاد هنا أحد أسباب الطعن بالبطلان على هذا الحكم، فالأصل المسلم به فى مجال التحكيم أن القواعد التى يتفق الطرفان على تطبيقها على موضوع النزاع تمثل قانون الطرفين ومن ثم فإن استبعاد المحكم لها يعد سبباً لبطلان حكم التحكيم لأن القول بغير ذلك يفضي لإهدار إرادة الخصوم التى تمثل العمود الفقرى لنظام التحكيم[45]، وتطبيقاً لذلك فقد أرسى القضاء الفرنسي بهذا الصدد قاعدة مفادها أن المحكم يلتزم بالفصل فى النزاع طبقاً لنصوص القانون الذى اختاره الخصوم، بحيث يكون مخالفاً لحدود مهمته متى استبعد نصوص هذا القانون وفصل فى النزاع طبقاً لقواعد العدالة مما يستوجب إلغاء حكمه[46].

وقد أعمل القضاء المصري هذا السبب وقضى ببطلان أحكام التحكيم الصادرة فيهما بناء على استبعاد القانون الاداري المصري الواجب التطبيق، بدلاً من القانون المدنى الذي طبقته هيئة التحكيم، نظرا لأن العقود المتنازع عليها تُعدّ عقوداً ادارية فى مفهوم القانون المصري[47].

فالأصل في التحكيم هو التحكيم بالقانون، أي قيام هيئة التحكيم بالفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد القانون، وإن خالفت ذلك، تعرض حكمها للبطلان وفقاً لما اتجهت إليه تشريعات الدول محل الدراسة، غير أن كافة هذه التشريعات قد أجازت للأطراف من جهة أخرى الاتفاق على إعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون توصلاً للحل الذي يتطلبه العدل والإنصاف،

مدة تزيد على ذلك، وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (9) من هذا القانون، أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها".

[44] أنظر: د/ حفيظة السيد لحداد "الموجز فى النظرية العامة فى التحكيم التجاري الدولي"، دار الفكر الجامعي، ص 419- 426، د/ فتحي والي "قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق"، المرجع السابق، ص 578، د/ رضا السيد عبد الحميد "تدخل القضاء فى التحكيم بالمساعدة والرقابة"، دار النهضة العربية، سنة 2007،ص 118، د/ محمد بدران "مذكرات فى حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 146.

[45] أنظر: د/ أحمد شرف الدين "سلطة القاضى المصري إزاء احكام التحكيم"، دار النسر الذهبي للطباعة، سنة 1997، ص 76-77، د/ حفيظة السيد الحداد "الطعن بالبطلان فى أحكام التحكم"، دار الفكر الجامعي، سنة 1998، ص 177.

[46] أنظر:

- C.A – paris, 4 fev 1966, Rev-arb, P.66.

[47] أنظر: حكم محكمة إستئناف القاهرة، (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم (16)، لسنة 94 ق. تحكيم، جلسة 1995/12/5 (وزير الدفاع المصري ضد شركة كرومالوى الأمريكية)، وحكمها من نفس الدائرة، الدعوى رقم(8) لسنة 115ق. تحكيم، جلسة 1999/9/7، (هيئة النقل العام ضد شركة ايتالورك الايكالية)، هذان الحكمان منشوران فى المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد(17)، سنة 2001، ص 84.

– د/ حفيظة السيد الحداد "الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة"، دار الفكر العربي، سنة 2000، ص 127، د/حفيظة السيد الحداد "الاتفاق على التحكيم وأثره على القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ذات الصبغة الإدارية"، بحث منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم التجاري العربي والدولي، العدد 25، سنة 2003، ص 6.

ويستثنى من هذا الإعفاء القواعد المتعلقة بالنظام العام وهو ماسوف نقوم بتوضيحه لاحقاً.

وعلى هذا النحو، فإن فكرة التحكيم الطليق تقوم في أساسها على إرادة الأطراف في منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون لصالح قواعد العدالة والإنصاف، وقد أسلفنا القول في غير موضع في هذه الدراسة بأن نظام التحكيم يقوم في أساسه على إرادة الأطراف، فهذه الإرادة تعد بمثابة – فتيل – لوضع الحركة في نظام التحكيم، ودونها لا يتصور وجود تحكيم بالمعنى الفني الدقيق لهذا المصطلح.

وإذا كان المحكم يمارس وظيفة قضائية كتلك التي يباشرها القاضي، وبالتالي فإنه ملزم بأن يفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون، إلا أن معظم القوانين الداخلية، وكذلك الاتفاقيات الدولية[48]، وأيضاً لوائح مراكز التحكيم ذات الصبغة الدولية[49] قد أجازت له التحرر من التقيد بقواعد القانون، وأعطت له سلطة الفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف طالما اتفق الأطراف على تخويله هذه السلطة.

فقد نصت المادة (1474) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في الباب المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه: "يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية، إلا إذا خول الأطراف إليه في اتفاق التحكيم مهمة الفصل فيه كمحكم طليق"[50].

كما نصت المادة (1497) من ذات القانون في الباب المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه: "يفصل المحكم في النزاع كمحكم طليق إذا اتفق الأطراف على منحه هذه المهمة"[51].

وفي ذات السياق تنص المادة (4/39) من قانوني التحكيم المصري والعماني على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

وقد أقرت تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي هذا الاتجاه[52]، فالمشرع القطري – على سبيل المثال – قد نص في المادة (1/198) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: "يصدر المحكمون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات المنصوص عليها في هذا القانون عدا ما نص عليه في هذا الباب، ويكون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح"[53].

---

[48] أنظر: على سبيل المثال: نص المادة (3/42) من اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، المادة (2/7) من اتفاقية جنيف لعام 1961.

[49] أنظر: على سبيل المثال : نص المادة (3/17) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة (2/33) من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976، والمادة (2/33) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

[50] أنظر: المادة (1474) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى : النص الأصلي باللغه الفرنسية كالتالي:
"L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur".

[51] نظر المادة (1497) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي النص الأصلي باللغة الفرنسية كالتالي:
"L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission".

[52] تنص المادة (16) من نظام التحكيم السعودي على أنه: "يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع.

[53] ومن الجدير بالذكر أن المادة (191) من ذات القانون قد اشترطت ذكر أسماء المحكمين المفوضين بالصلح في اتفاق التحكيم أو في وثيقة لاحقة وإلا كان التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلق الأمر بالنظام العام. ولقد جرى نص هذه المادة كالتالي: "لا يجوز تفويض

ومن الجلي على نصوص القوانين السابقة، وبخاصة تلك التي نظمت عملية التحكيم في المجال الدولي لم تفرد نصوصا خاصة بشأن شرعية اللجوء إلى التحكيم الطليق، إذ أنها لم تربط بين القانون واجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع وبين حرية الأطراف في منح المحكم سلطة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف[54]، وهو الأمر الذي تطلبته المادة (2/7) من اتفاقية جنيف لعام 1961[55]، والمادة (2/33) من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976[56].

وإذا كانت إرادة طرفي التحكيم – على هذا النحو – تعد مصدراً رئيسياً لاستبعاد قواعد القانون لصالح قواعد العدالة والإنصاف[57]، وأن المحكم ملزم دائماً باحترام تلك الإرادة، فهل يفهم من ذلك أن استبعاد المحكم لقواعد القانون يعد واجباً إلزامياً مفروضاً عليه أم أنه يعد مجرد رخصة مخولة له؟ ومن جهة أخرى، هل يجوز للمحكم – تحت اسم قواعد العدالة – التعرض لنصوص العقد وتعديل الالتزامات التعاقدية المفروضة على أحد الأطراف؟

أولاً: استبعاد المحكم لأحكام القانون الموضوعي أمر واجب أم مجرد رخصة ممنوحة له:

الأصل في التحكيم – كما سبق أن أشرنا – هو التحكيم بالقانون، أي الفصل في النزاع محل التحكيم على مقتضى قواعد القانون، فالمحكم بالقانون ملزم دائماً بتطبيق أحكام القانون

المحكمين بالصلح، ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل"، وذات الاتجاه المادة (205) من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، فقد نصت على أنه: "لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في وثيقة لاحقة"، وفى القرب من هذا الاتجاه المادة (176) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي والتي جرى نصها كالتالي: " لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح، ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم".

[54] أنظر: في هذا المعنى:

- Y. Derains, La sentence arbitrale, *in* droit et pratique de l'arbitrage international en France, art. préc., pp.78-79.

[55] تنص هذه المادة على أنه: "يفصل المحكم في النزاع كمحكم طليق إذا كانت تلك هي إرادة الأطراف، وإذا كان القانون الذي يسرى على التحكيم يجيزها".

[56] تنص هذه المادة على أنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على مقتضى مبادئ العدل والإنصاف، إلا إذ أجازها الطرفان في ذلك صراحة وكان القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم"، وفي ذات السياق المادة (2/33) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على أنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف أو كمحكم غير مقيد بأحكام القانون إلا إذا كان الطرفان قد أجازا ذلك صراحة وكان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم".

[57] ويبرر بعض الفقهاء ضرورة تطلب موافقة الأطراف على منح المحكم سلطة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف بالقول: "نظراً لخطورة ما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الذي يخضع بطبيعة الحال لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم وشخصيته وخلفيته الثقافية العامة، استلزم المشرع إعلان الأطراف إعلاناً صريحاً لا لبس فيه عن قصدهم تخويله هذه السلطة"، أنظر د/ محمود مختار أحمد بريري "التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص 140.

الموضوعي على النزاع المطروح عليه ولا يضع في اعتباره قواعد العدالة[58].

ولقد أكدت تشريعات الدول محل الدراسة على هذا المعنى، إذ أنها اشترطت على المحكم – كقاعدة عامة – أن يقضي في النزاع محل التحكيم وفقاً لقواعد القانون[59].

وعلى هذا الأساس، فإنه في حالة التحكيم بالقانون يقع على عاتق المحكم واجب إلزامي بتطبيق أحكام القانون الموضوعي على النزاع، وإن خالف ذلك يقع الحكم الصادر عنه في دائرة البطلان وفقاً لما اتجهت إليه تشريعات الدول محل الدراسة.

بيد أن تلك التشريعات قد أجازت للمحكم – بناءاً على إرادة الأطراف – التحرر من قواعد القانون للفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، وبالتالي فإن المحكم في هذا النمط من التحكيم يرتبط بتطبيق قواعد العدالة، الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى جواز قيام المحكم الطليق بإعمال قواعد القانون الموضوعي على الرغم من اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد العدالة، وبمعنى آخر هل يعد استبعاد المحكم لقواعد القانون أمر واجب، أم مجرد مكنة أو رخصة ممنوحة له إن شاء استعملها وإن شاء تركها طالما تحققت الغاية وهي تحقيق العدالة؟

باستقراء النصوص القانونية للدول محل الدراسة تبين أنها لم تتعرض للإجابة على هذا التساؤل سواء صراحة أم ضمناً، وإنما اكتفت فقط بمجرد الإشارة إلى إمكانية تخويل الأطراف للمحكم سلطة استبعاد قواعد القانون، والفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة، غير أنه يكاد ينعقد إجماع الرأي في الفقه والقضاء الفرنسيين على أن المحكم الطليق يستطيع أن يطبق قواعد القانون الموضوعي إذا حملت نصوصه – من وجهة نظره – حلولاً عادلة للنزاع.

فقد ذهب الفقه إلى القول بأن: "المحكم يملك القدرة على تطبيق القانون إذا اعتبر صراحة أنه يتوافق مع الحلول العادلة للنزاع، فالمحكم – في حالة التحكيم الطليق – يكون قد أنجز مهمته بالكامل إذا تطابقت الحلول التي أعطاها للنزاع مع اعتبارات العدالة"[60].

---

[58] ونرى أنه إذا كان المحكم بالقانون، وكذلك القاضي يجب أن يضع في حسبانه اعتبارات العدالة عندما يقضي في النزاع المطروح عليه، إلا أن ذلك لا يعني أنه ملزم بالفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف.

[59] أنظر: الفقرة الأولى والثانية من المادة (39) من قانوني التحكيم المصري والعماني، والمادة (2/212) من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة (2/182) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة (198) من قانون المرافعات القطري، والمادة (2/237) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية البحريني، وكذلك نص الفقرة الأولى والثانية من المادة (28) من المرسوم بالقانون رقم (9) لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم الدولي البحريني، والمادة (39) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، والمادتين (1474)، (1496) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[60] وفي هذا الصدد يذكر:

« Toutefois, l'unanimité se retrouve pour dire que l'amiable compositeur a la faculté d'appliquer le droit lorsqu'il considère expressément qu'il correspond à une solution équitable ; en effet, l'arbitre a alors parfaitement effectué sa mission de vérification de la conformité de sa solution à l'équité ».

– Ch. Jarrosson, note sous C. Cass. 2e ch.c, 18 octobre 2001, SARL sté grenobl-oise d'investissement c/ sté Eurovia et autres, Rev.arb. 2002., p.359., spéc, p.364.

وفي نفس المعنى:

– Ch. Seraglini, La sentence arbitrale. Amiable compositeur : prière de ne pas oublier d'apposer la mention << équitable >>, JCP 2004., éd G, p.501., spéc, p.501.

– D. Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, Gualino éditeur 2004., p.245.

ويتلاقى هذا الرأي مع الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي ومن ذلك: حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 15 من مارس عام 1984 إذ قضت بأن: "محكمة التحكيم تملك القدرة على الإحالة إلى هذه القواعد [قواعد القانون] في النطاق الذي يكون جديراً بإعطاء النزاع الحل الأكثر صحة"[61].

وأيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ 18 من ديسمبر عام 1992 حيث أكدت على أن: "غياب الإحالة الصريحة على قواعد العدالة لا تشكل في حد ذاتها إنكاراً لسلطة المحكم الذي يلي مهمة التحكيم الطليق، منذ اللحظة التي – كما في الحالة الماثلة – يكون قد أخذ في اعتباره قواعد العدالة في تقدير مختلف المعايير المحددة بواسطة القانون لتحديد القيمة الإيجارية لمحل مزاولة شركة لنشاطها، علاوة على أن تطبيق هذه المعايير كان الهدف منها الوصول إلى حل يكون أكثر قرباً بقدر الإمكان إلى تحقيق العدالة"[62].

وهكذا يتضح مما سبق أن طبيعة المهمة الموكلة للمحكم بشأن استبعاد قواعد القانون هي رخصة أو قدرة ممنوحة له يستطيع إعمالها أو تركها طالما أعطى الأساس لتوافق هذه القواعد مع اعتبارات العدالة[63]، فالأطراف وإن منحوا للمحكم مهمة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة، فإن ذلك لا يمنعه من تطبيق قواعد القانون إذا وجد ذلك عدلاً وإنصافاً شريطة أن يبين في حكمه توافق هذه القواعد مع اعتبارات العدالة وإلا تعرض حكمه للبطلان، وهذا ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15 من فبراير عام 2001[64].

– E. Loquin, Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. A propos de trois arrêts de la cour d'appel de Paris, Rev.arb. 1985., p.199., spéc, p.222.
– M. Huys, G. Keutgen, op.cit., p.569.

[61] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«(…..) le tribunal arbitral avait la faculté de se référer à ces règles dans la mesure ou il les jugeait propres a donner au litige la solution la plus juste ».
Paris 1re ch.suppl, 15 mars 1984, sté Soubaigne c/ sté Limmareds Skogar, Rev.arb. 1985., p.285., note E. Loquin p.199.

[62] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«Considérant que le défaut de référence expresse à l'équité ne peut, à lui seul, caractériser une méconnaissance de sa mission par l'arbitre investi du pouvoir d'amiable compositeur dès lors que, comme en l'espèce, celui-ci a tenu compte de l'équité dans l'appréciation des différents critères définis par la loi pour déterminer la valeur locative des locaux et en particulier de l'objet de l'association Siona, alors, au surplus, que l'application de ces critères a pour finalité d'aboutir à une solution qui soit la plus proche possible de l'équité ».
– Paris 1re ch.c, 18 décembre 1992, Mouvement Siona c/ J. Reinhold, Rev.arb. 2001., p.147., note Ch. Jarrosson., p.5., spéc, n° 3, 43 et 47.

وفى ذات المعنى أنظر:

– Paris 1re ch.suppl, 20 janvier 1989, sté Phocéenne de Dépôt (S.P.D.) c/ sté Dépôts pétroliers de Fos (D.P.F.), Rev.arb. 1989., p.280 (2e esp)., note L. Idot.

[63] أنظر:

– E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI 1983., p.293., spéc, p.316
– Horatia Muir Wat, Private International Law and Global Governance 1 ed, 2014, P.70.

[64] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي :

ثانياً: سلطة المحكم الطليق إزاء نصوص العقد:

أوضحنا في الموضع السابق أن تشريعات الدول محل الدراسة قد أجازت للمحكمين الخروج على أحكام القانون، والاهتداء فقط بما يرونه محققاً للعدالة، فإن ذلك يقودنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية امتداد هذه السلطة إلى العقد، فهل يجوز للمحكم الطليق الخروج على أحكام العقد وعدم التقيد بنصوصه حرفياً بحيث يستطيع مثلاً أن يخفف من بعض الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين، أو أن يزيد الحقوق المعطاة للآخر طالما رأى في ذلك تحقيقاً للعدالة؟

تنص المادة (28) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون (.....) 3- لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة. 4- في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد (.....)".

هذا الاتجاه الذي تبناه القانون النموذجي، وتأثر به كل من المشرع البحريني[65]، والمصري والعماني[66]، يفرض على المحكم سواء كان محكماً بالقانون أو محكماً طليقاً احترام شروط العقد التي سبق أن اتفق عليها طرفاه.

وهذا ما أكدت عليه أيضاً بعض أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، ومن ذلك الحكم الصادر عام 1981، إذ قضت محكمة التحكيم بأن: "اللجوء إلى التحكيم الطليق لا يسمح لمحكمة التحكيم بالخروج عن إطار النزاع، أو أن تجري مراجعة للعقد"[67].

«Attendu que, pour déclarer irrecevable le recours en annulation contre la sentence arbitrale l'arrêt retient que, si l'amiable compositeur peut s'affranchir de la règle de droit, il n'en a pas l'obligation ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que les arbitres, statuant comme amiable compositeurs, s'étaient prononcés sur la demande d'annulation exclusivement par application des règles de droit, sans s'expliquer sur la conformité de celle-ci à l'équité, ce qu'exigeait la mission qui leur avait été conférée, la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles 1474 et 1484 du NCPC] ».

–C. Cass. 2e ch.c, 15 février 2001, Halbout et sté Matenec HG c/ Epoux Hanin, Rev.arb. 2001., p. 135 (1er esp)., note E. Loquin.

[65] أنظر: نص المادة (28) من المرسوم بالقانون رقم (9) لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم الدولي البحريني.

[66] أنظر: نص المادة (39) من قانوني التحكيم المصري والعماني.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة التجارية بسلطنة عمان في حكمها الصادر بتاريخ 19 من أكتوبر عام 1998 بأن: "وحيث إنه عن موضوع دعوى البطلان فإن المادة (53) من قانون التحكيم قد عددت الأحوال التي تقبل فيها هذه الدعوى ومن بينها ما ورد في الفقرة (د) منها وهي حالة ما –إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع – وهي الحالة التي استند إليها المدعى في طلبه الحكم ببطلان قرار المحكم المطعون فيه، ومن المعروف أن استبعاد تطبيق العقد المبرم بين الطرفين يتساوي مع استبعاد تطبيق القانون المتفق عليه باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، لما كان ذلك وكان الثابت بحكم المحكم المطعون فيه أنه لم يطبق الاتفاقية المبرمة بين الطرفين فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالبطلان"==الدعوى رقم (98/2)، جلسة 1998/10/19، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة التجارية في عامها القضائي الخامس عشر، سنة 1998-1999، تصدرها المحكمة بمناسبة الاحتفال بالعيد الوطني التاسع والعشرين، ص195.

[67] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«Que toutefois le recours à l'amiable composition ne saurait autoriser le tribunal arbitral ni à sortir du cadre du litige (…..), ni enfin à procéder à une révision du contrat c'est-à-dire se substituer aux parties pour renégocier le contrat ».

وإذا كانت القاعدة – على هذا النحو – قوامها عدم جواز تعرض المحكم لنصوص العقد، فإنه ينبغي التخفيف من حدة هذه القاعدة بالاعتراف له بسلطة تخفيف تبعات بعض الشروط التعاقدية، ذلك أنه إذا كانت الغاية الأساسية التي تسعى فكرة التحكيم الطليق إلى تحقيقها هي الوصول إلى حلول عادلة للنزاع دون التقيد بأحكام القانون الموضوعية غير تلك المتعلقة بالنظام العام، فإنه لا يوجد ما يمنع من امتداد هذه السلطة إلى نصوص العقد طالما أنه وليد إرادة الأطراف شريطة عدم قلب اقتصادياته رأساً على عقب أو القضاء على خلاف الإرادة المشتركة للأطراف.

فقد قررت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 27 من فبراير عام 1997 بأن المحكم الطليق لا يستطيع انتهاك العقد الذي يرتبط به الأطراف، فليس له أن يعدل من طبيعته أو أن يحدّ من مداه[68].

كما قررت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس في حكمها الصادر عام 1977 بأن: "المحكم الطليق لا يملك إجراء توازن تعاقدي جديد"[69].

وبالتالي فإن المحكم – في ظل التحكيم الطليق – ينبغي أن يملك سلطة تعديل تبعات بعض شروط العقد، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة بحيث لا يجوز قلب اقتصادياته رأساً على عقب، فليس للمحكم أن يستبدل الالتزامات التعاقدية بالتزامات أخرى، أو أن يخلق التزامات جديدة غير مطابقة لإرادة الأطراف، أو أن يقضي على خلاف الإرادة المشتركة للأطراف ومثال ذلك: أن يقضي المحكم بفسخ عقد مقاولة بدلاً من أن يلزم المقاول بتسليم ما تبقى من أعمال يسيرة بالرغم من تمسك الطرفين بالعقد وعدم مطالبة أي منهما بفسخه.

وهذا ما اعتمده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه الصادرة في هذا الشأن، نذكر منها: الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 28 من نوفمبر عام 1996 إذ قضت: "شرط التحكيم الطليق عبارة عن تنازل اتفاقي لآثار ومميزات قاعدة قانونية، فالأطراف يفقدون امتياز التطبيق الضيق لهذه القاعدة ويستقبل المحكمون – على أثر ذلك – سلطة تعديل أو تخفيف تبعات الشروط التعاقدية متى كانت العدالة أو المصلحة المشتركة للأطراف تتطلب ذلك"[70].

–Sentence CCI n° 3327, 1981, JDI 1982., p.971., obs. Y. Derains.

[68] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«Si le tribunal arbitral, amiable compositeur a mission de statuer en équité, il ne peut cependant porter atteinte au contrat liant les parties dont il ne peut modifier ni la nature ni l'étendue ».

–Paris, 27 février 1997, sté Cardif Vie et sté Valeur Pierre Epargne c/ sté France Kléber, inédit, cité par E. Loquin, obs. sous Paris 1re ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev-arb. 1997., p.380., spéc, p.391.

[69] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«(…..) même en leur qualité d'amiable compositeurs (…..) il n'appartient pas aux arbitres de procéder à un nouvel équilibrage contractuel (…..).

–Sentence CCI n° 2694, 1977, JDI 1978., p.985., obs. Y. Derains.

[70] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige ».

–Paris 1re ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev.arb. 1997., p.380., note E. Loquin.

وأيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ 4 من نوفمبر عام 1997 إذ قضت: "تؤسس مهمة المحكم الطليق على تنازل يصدر عن الأطراف بشأن التمسك بالتنفيذ الدقيق للحقوق التي تتعلق بالعقد، وتتيح له – بصفة خاصة – سلطة تخفيف الآثار المتولدة عن العقد، بحثاً عن حل منصف وعادل، مستبعداً احتياجات تطبيق بعض الحقوق المتولدة عن الاتفاق، مع التحفظ بألا يغير من اقتصاديات العقد بأن يقيم التزامات جديدة محل الالتزامات التعاقدية، وأن لا يستجيب للنية المشتركة للأطراف"[71].

ومن الجدير بالذكر أن سلطة المحكم الطليق في تعديل أو تخفيف تبعات بعض الشروط التعاقدية تتشابه مع تلك الممنوحة للقاضي الوطني بمقتضى بعض النصوص القانونية الداخلية، كما هو الحال في القانون المدني المصري بالنسبة لعقود الإذعان (م 149)، وفي حالات القوة القاهرة والظروف الطارئة (م 2/147)، وفي حالة المبالغة في قيمة التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي (م 2/224).

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن منح المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف تخول له حق تفسير وتخفيف حدة بعض الشروط التعاقدية شريطة ألا يقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فله أن يفسر شروط عقد البيع مثلاً ويخفف من بعض الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين[72]، ولكنه لا يملك أن يستبدل الالتزامات التعاقدية

وفى ذات الاتجاه حسب الترتيب الزمني لصدور الأحكام:

- Paris 1re ch.suppl, 14 Janvier 1974, S.A. Les Films Montsouris c/ sté Consortium Pathé, Rev.arb. 1977., p.281., note J. Robert.
- Paris 1re ch.suppl, 6 janvier 1984, sté Langlois et Cie c/ G.I.E. Taconet Mac Lean et Taconet, Rev.arb. 1985., p.279., note E. Loquin, p.199.
- Paris 1re ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres, Rev.arb. 1985., p.299., note E. Loquin, p.199.
- C. Cass. 1re ch.c, 28 avril 1987, Dame Krebs (Czerefkow) c/ Milton Stern, Rev.arb. 1991., p.345., obs. J.H.M. et C.V.
- Paris 1re ch.suppl, 6 mai 1988, sté Unijet S.A. c/ S.A.R.L. International Business Relations Ltd (I.B.R.), Rev.arb. 1989., p.83., note E. Loquin.
- Paris 1re ch.suppl, 19 avril 1991, sté Parfums Stern France c/ CFFD et autre, Rev.arb. 1991., p.673., obs. E. Loquin.
- Paris 1re ch.suppl, 31 mai 1991, sté Scoa c/ sté Cuisine de la mer, Rev.arb. 1992., p.669., obs. J.H. Moitry.
- Paris 1re ch.c, 13 février 2003, Diallo c/ Andrieu, Rev.arb. 2004., p.311 (2e esp)., note J.-B. Racine.

[71] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« La mission d'amiable compositeur, qui a pour fondement la renonciation des parties à se prévaloir d'une exécution stricte des droits qu'elles tiennent du contrat, donne à l'arbitre le pouvoir notamment de modérer les effets du contrat dans la recherche d'une solution juste et conforme à l'équité en écartant au besoin l'application de certains droits nés de la convention, sous réserve de ne pas en modifier l'économie en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties ».

- Paris 1re ch.c, 4 novembre 1997, sté Taurus Films c/ SARL Les Films du jeudi, Rev-arb. 1998., p.704., obs. Y.D.

[72] أنظر:

بالتزامات أخرى، أو أن يخلق التزامات جديدة، كما لا يملك سلطة تكييفه والتعامل معه بوصفه عقد إيجار مثلاً[73]، علاوة على ضرورة احترامه لقواعد النظام العام كما سوف نقوم بتوضيحه فيما بعد.

المجموعة الثانية: حالات البطلان التى تتصل بخصومة التحكيم:

قد تشكل هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون أو اتفاق الأطراف، كأن تكون هيئة التحكيم قد شكلت من عدد زوجي بالمخالفة لقاعدة وترية عدد المحكمين كما حددها القانون وإذا لم يتوفر فى المحكم ما يجب توافره من شروط لقبوله مهمة التحكيم كأن يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه فى جناية أو جنحة، أو إذا لم يصفح عند قبوله لمهمته عن أية ظروف تثير الشك حول عدم استقلاله أو عدم حيادته، أو إذا لم ينح المحكم الذي طلب رده من صاحب الشأن، أو إذا اتفق الأطراف على وسيلة معينة لاختبار المحكمين ولم تتبع هذه الوسيلة..... الخ[74].

وتحرص تشريعات التحكيم على تقرير مبدأ أساسي فى المرافعة التحكيمية، وهو ضرورة احترام حقوق الدفاع أو المواجهة كما هو مقرر فى الدعوى القضائية، فالمحكم عندما يقوم بمهمته المستمدة من اتفاق طرفي التحكيم يعد بمثابة قاض يؤدى ذات الوظيفة عند الفصل فى النزاع المعروض عليه، فلا بد له أن يسمح لكل طرف إبداء دفاعه، ولكن إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه لأى سبب خارج عن إرادته، وصدر حكم التحكيم على الرغم من عدم تقديم هذا الطرف لدفاعه أو عدم تعقيب المدعى عليه على دفاع المدعى، ففى ذلك مساس بمبدأ المساواة بين الأطراف، فالحكم الصادر يطعن عليه بالبطلان[75].

وبذلك اعتبرت الوجاهية من القواعد الإلزامية للدعوى وبمقتضاها يجب أن يتمكن كل فريق من المناقشة والمدافعة عن الوقائع والأسباب فى مواجهة خصمه، إلا أن تسبيب الحكم والمنطق القانونى الذي يعتمده المحكمون لا يخضع للوجاهية[76].

بيد أنه لا يكفى مجرد الإدعاء بحدوث إخلال بحقوق الدفاع أو مبدأ المواجهة للقضاء ببطلان حكم التحكيم، وإنما يتعين على

–E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI 1983., p.293., spéc, pp.343 et s.

–Horatia Muir Wat, Private International Law and Global Governance,2013. Op. cit. p71.

[73] أنظر: د/ محمود مختار أحمد بريري "التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص 141.

[74] أنظر: د/ محمد نور شحاتة "الرقابة على أعمال المحكمين"، دار النهضة العربية، سنة 1993، ص 317، د/ ماهر محمد صالح عبد الفتاح "اتفاق وحكم التحكيم فى التجارة الدولية"، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة القاهرة، سنة 2004، ص 510، د/ أحمد السيد الصاوي "التحكيم طبقا للقانون رقم (27) لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية"، دار النهضة العربية، سنة 2002، ص 236، د/ محمود مختار بريري "التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص 244.

[75] أنظر: د/ أكثم الخولي "الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصري الجديد"، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التحكيم الذي نظمة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فى الفترة من 12–13 سبتمبر 1994، ص 22، د/ أحمد السيد الصاوي" التحكيم طبقا للقانون رقم (27) لسنة 1994"، المرجع السابق، ص 114.

–Gohin (O) " Les principles directeurs du process administratife en droit francais", R.D.P, 2005, P.172-181.

–Alexander claduo "La maitries du temps en droit processual", jurisdoctoria, n3, 2009, 24.

[76] أنظر:

–C.A de paris,2 mars 2006, Fashion Box Group SPA C/ AJ Heelstone LLC, Rev-arb., 2006, p.733.

الخصم إقامة الدليل على ما يدعيه بحيث لا يقبل من الخصوم أن يستند فى دعواه أي الأقوال المرسلة بعد احترام حقوق الدفاع[77]، وهو ما يعتنقه القضاء الفرنسي الذى ينظر إلى أن هذا السبب من أسباب الطعن بالبطلان بشيء من المرونة بالنظر إلى النشأة الاتفاقية للتحكيم، فضلاً عن اختلاف اللغة التى يدار بها التحكيم واختلاف الأنظمة الادارية لتقديم الأدلة وغيرها[78]، وهو ذات الوضع فى مصر طبقاً للمستقر عليه، حيث تشكل مخالفة حقوق الدفاع سبباً للطعن بالبطلان على أحكام التحكيم شريطة إثبات الخصم لما يدعيه بهذا الصدد[79].

ويتمتع قضاء الدولة المختص بالرقابة على حكم التحكيم بسلطة تقديرية فى تقييم الفترات المحددة لإبداء الدفاع مع التشدد فى تلك الرقابة، فهو لا يقبل إبطال حكم التحكيم إلا إذا ثبت أن المدة الممنوحة للطرف لم تكن كافية فى أن يقدم دفاعه بشكل مفيد، ولا تتوفر هذه الحالة إذا كان مدعى البطلان قد أعطى الحق بتقديم دفاعه ومستنداته أمام هيئة التحكيم ولكنه لم يفعل حتى لو لم يعلن إجراءات دعوى التحكيم إعلاناً قانونياً صحيحاً[80].

وللحدّ من حالات بطلان حكم التحكيم وعدم النظر إلى نص الفقرة (ز) من المادة (53) من قانون التحكيم المصري كنص عام، وحصر حالات البطلان فى الحالات المحددة التى نصت عليها البنود السابقة على هذه الفقرة، قضت محكمة استئناف القاهرة برفض دعوى البطلان، لأن الإخلال بحق الدفاع لا يندرج فى أى من حالات البطلان التى أجازها المشرع على سبيل الحصر فى المادة (53) من قانون التحكيم[81].

المجموعة الثالثة: حالات البطلان التى تتعلق بإجراءات التحكيم التى أثرت فى الحكم:

أكد المشرع هذه الحالات فى قانون التحكيم المصري والتى تنص على أنه "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى

– د/ عبد الحميد الأحدب " إجراءات التحكيم "، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الساس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بعنوان (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية) الذي نظمة مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 28–2008/4/30، ص 14.

77 أنظر:

–Fouchard (Ph) et autres "Traite de l’arbitrage", op.cit, P.416.

78 أنظر:

–Jone Francois, L’originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé, r I d c 2004, P.137.

79 أنظر: د/ بليغ حمدي محمود "الدعوى ببطلان أحكام التحكيم"، المرجع السابق، ص 409، د/ عزمي عبد الفتاح " قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق،ص 369، د/ محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم"، المرجع السابق، ص 211.

80 أنظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم(11)، لسنة 120 ق. تحكيم، جلسة 2003/6/29، مشار إليه الحكم لدى د/أشرف خليل حماد "التحكيم فى المنازعات الإدارية"، المرجع السابق، ص 239 .

– د/ حفيظة السيد الحداد "الموجز فى النظرية العامة فى التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص 476.

81 أنظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم (6)، لسنة 123 ق. تحكيم، جلسة 2007/2/27، مشار إلي الحكم لدى د/ فتحي والي "دور القضاء المصري فى الحد من دعاوى بطلان أحكام التحكيم دراسة نقدية"، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن (الدور الفعال للقضاء فى التحكيم)، الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فى الفترة من 19–21 نوفمبر 2007، مدينة شرم الشيخ، ص 37.

الأحوال التالية.....(ز) إذا وقع بطلان حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر فى الحكم"[82].

وتطرح هذه المادة فرضيتين يجب التفرقة بينهما، الفرض الأول يتعلق ببطلان حكم التحكيم ذاته، الفرض الثانى يتعلق ببطلان حكم التحكيم نظرا لبطلان إجراءات التحكيم ذاتها على نحو أثر فى الحكم[83].

الفرض الأولى: إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم ذاته:

ويتحقق ذلك إذا صدر حكم التحكيم دون مداولة من هيئة التحكيم، ويمثل ذلك انتهاكاً لحقوق الدفاع ولمبدأ المواجهة وللمصالح المباشرة للأطراف فى الدعوى[84]، أو إذا صدر الحكم خالياً من البيانات الجوهرية التى يترتب على تخلفها البطلان، كأن يكون الحكم غير مسبب، أو إذا تضمن أسباباً متناقضة كأن يكون الحكم قد إستند إلى أفكار قانونية مختلفة ومتناقضة، أو إذا لم يشتمل على أسماء الخصوم والمحكمين وبياناتهم الأساسية وجنسياتهم وعناوينهم وصفاتهم..... إلخ[85].

الفرض الثانية: تتعلق ببطلان حكم التحكيم نظرا لبطلان إجراءات التحكيم ذاتها على نحو أثر فى الحكم:

ويتحقق ذلك إذا وجد عيب فى إجراءات خصومة التحكيم أدى إلى بطلانها وأن هذا البطلان أثر فى الحكم، ولكن لا يعنى ذلك أن أى بطلان فى الإجراءات سوف يؤثر بالضرورة على الحكم فالعبرة بمدى تحقيق الإجراء لغايته من عدمه، وذلك وفقا للقواعد فى قانون المرافعات[86].

ومن ذلك عدم توافر الحد الأدنى من الضمانات المقررة للخصوم، مثل الإخلال بحق الدفاع والمساواة بين الخصوم، فإذا تمت إجراءات الإعلان بصورة خاطئة فإن ذلك يؤدى إلى عدم

---

[82] أنظر: المادة (1/53/ ز) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التى تنص على أنه "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال التالية.....(ز) إذا وقع بطلان حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر فى الحكم".

[83] أنظر: د/ رضا السيد عبد الحميد "مسائل فى التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة 2003، ص 134، د/ فتحي والي "قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق"، المرجع السابق، ص592، د/ محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 214.

[84] أنظر: د/ ممدوح عبد العزيز العنزي "بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2006، ص 161، د/ برهان أمر الله "حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 137.

- حكم محكمة استئناف القاهرة في القضية التحكيمية رقم 19 لسنة 1994، بتاريخ 1995/12/20، حكم غير منشور.
- حكم محكمة استئناف القاهرة، (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم47 لسنة 119 ق. تحكيم، جلسة 2003/6/29، مشار إلى الحكم لدى: د/ فتحي والي "قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق"، المرجع السابق، ص 59.

[85] أنظر: د/ عزمي عبد الفتاح "قانون التحكيم الكويتي"، المرجع السابق، ص 47، د/ علي بركات "الطعن فى أحكام التحكيم"، المرجع السابق، ص 87، د/ بليغ حمدي محمود "الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية"، المرجع السابق، ص 419، د/ محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم"، المرجع السابق، ص 215، د/ أشرف خليل حماد "التحكيم فى المازعات الإدارية"، المرجع السابق، ص 240.

- حكم محكمة استئناف القاهرة في الدعوى رقم (77)، لسنة 115 ق، جلسة 1997/1/19 (غير منشور).

[86] أنظر: د/ محمود مختار بربري "التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص 248، د/ حفيظة السيد الحداد "الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادر فى المنازعات الخاصة الدولية"، دار الفكر الجامعي، سنة 2006، ص 204، د/ حفيظة السيد الحداد "الموجز فى النظرية العامة فى التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص467.

تمكين الخصم من تقديم أوجه دفاعه مما يؤثر فى الحكم ويؤدى لبطلانه[87].

المجموعة الرابعة: حالات بطلان الحكم لمخالفته النظام العام:

نص القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي لعام 1985على أنه "لا يجوز للمحكمة المسماة فى المادة (6)- المحكمة المختصة بالبطلان للدولة المعنية أن تلغى أى قرار تحكيم إلا إذا....(ج) كان قرار التحكيم يتعارض مع السياسه العامة لهذه للدولة"[88].

وقد أقر المشرع فى قانون التحكيم المصري على أنه تقضي المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم، إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية[89].

وقد كان المشرع المصري منطقياً لإيراده هذا النص حفاظاً على مجموعة الأسس والمبادىء العليا للمجتمع، والتى تشكل ملامح النظام العام له عبر إباحته للمحكمة التى تنظر دعوى البطلان أن تتصدى لإبطال حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام للدولة.

وقد عرفت المحكمة الادارية العليا النظام العام بأنه "مجموعة المصالح الأساسية للجماعة، أى مجموع الأسس والدعامات التى يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها"[90].

وبإستقراء نص المادة (53) من قانون التحكيم المصري يتضح أنها تبيح لأطراف الحكم التحكيمى الطعن عليه إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى مصر، فضلاً عن الأسباب الواردة بالفقرة الأولى من ذات المادة، مع تخويله للمحكمة التى تنظر دعوى البطلان الحق فى إبطال هذا الحكم من تلقاء نفسها، إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى مصر شريطة أن تكون هناك دعوى بطلان مرفوعة بالفعل أمام تلك المحكمة لأى سبب آخر، مع الأخذ فى الاعتبار أن تلك الفقرة تواجه حالة مخالفة الحكم للنظام العام الداخلي فى مصر وليس للنظام العام الدولي[91].

---

87 أنظر: حكم محكمة النقض، الطعن رقم 90، لسنة 58 ق، جلسة 1991/3/24، مجموعة أحكام النقض، السنة 42، الجزء الأول، ص 793، حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم (46)، لسنة 117 ق، تحكيم، جلسة 2001/3/12، حكم غير منشور.

- د/ رضا السيد عبد الحميد، "مسائل فى التحكيم" دار النهضة العربية، سنة 2003، ص 134، د/ عزمي عبد الفتاح "قانون التحكيم الكويتي"، المرجع السابق، ص 369، د/ ياسر عبد السلام منصور "دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري"، دار النهضة العربية، سنة 2001، ص 119.

88 أنظر: المادة (2/34) من القانون النوذجى للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أنه "لا يجوز للمحكمة المسماة فى المادة (6) - المحكمة المختصة - بالبطلان للدولة المعنية أن تلغى أى قرار تحكيم إلا إذا ....(ج) كان قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه للدولة".

89 أنظر: المادة (2/53) من قانون التحكيم المصري سالف الذكر التى تنص على أنه "وتقضي المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية".

90 أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1648، لسنة 47 ق.ع، جلسة 2000/11/6، مجموعة المكتب الفني، المجموعة 42، ص 112.

91 أنظر: د/ فتحي والي "الوسيط فى القضاء المدني"، دار النهضة العربية، سنة 2001، ص 1026، د/ محمد عبد المنعم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، سنة 2002، ص 218.

ويدخل ضمن هذه الطائفة حالة ما إذا كان موضوع النزاع من المسائل التى لا يجوز التحكيم فيها، أو أن يكون الحكم قد صدر على خلاف حكم سابق حاز حجة الأمر المقضي به أو أن يحدث أثناء سير إجراءات التحكيم مخالفة لنص إجرائي آمر من شأنه بطلان الإجراءات، ومن ثم بطلان الحكم[92].

وبذلك تكون العبرة للقول بوجود مخالفة للنظام العام صدور حكم تحكيمي متضمناً لما هو مخالف للنظام العام، فالعبرة ليست بتعلق الحكم بمسألة تمس النظام العام، وإنما يتضمنه ما يخالف النظام العام فعلاً أي يكون متعارضاً مع الأسس الأجتماعية والأساسية أو الأخلاقية فى الدولة لما يتعلق بالمصالح العليا وهذا ما يستوجب البطلان المطلق لحكم التحكيم[93].

ويجدر التنويه فيما نحن بصدده بشأن التحكيم فى منازعات العقود الادارية أن قواعد القانون الاداري واجبة التطبيق على المنازعة محل التحكيم، تعد من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ومن ثم يتعين على هيئة التحكيم إعمال تلك القواعد بشأن النزاع المطروح عليها وإلا وقع حكمها فى دائرة البطلان مما يخول للخصوم الحق فى الطعن عليه بالبطلان، كما أن للمحكمة المختصة القضاء ببطلانه لمخالفته النظام العام، فضلاً عن عدم إمكانية صدور الأمر بتنفيذه[94].

وبذلك يكون النظام العام كقيد على سلطات المحكم سواء كان التحكيم بالقانون أو كان تحكيم بالصلح، فبالرغم من منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون، والفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف، إلا أنه لا يعني مطلقاً إمكانية استبعاده للقواعد المتعلقة بالنظام العام[95]، فهذه القواعد تعبر عن قيم سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية لجماعة بشرية معينة

---

[92] أنظر: د/ أحمد شرف الدين "سلطة القاضى المصري أزاء أحكام التحكيم"، المرجع السابق، ص 100، د/علي بركات "الطعن فى أحكام التحكيم"، المرجع السابق، ص 50، د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال "التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية"، المرجع السابق، ص 153.

د/ محمد محمد بدران "مذكرات فى حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 160.

[93] أنظر: د/ حسام الأهواني "المسائل الذى يجوز حلها بالتحكيم"، ورقة عمل مقدمة لؤتمر الاتجاهات الحديثة للتحكيم، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، سنة 2000، ص 18، د/ ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، د/ أنعام السيد الدسوقي "تأثيرة فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه"، مجلة الأمن والقانون، السنة الحادية عشر، العدد الأول، يناير 2003، ص 7.

- حكم محكمة النقض فى الطعن رقم 714، لسنة 47 ق، جلسة 1982/4/26، مجموعة المكتب الفني، لسنة 33، ص 442، حكم محكمة النقض، الطعن رقم 547، لسنة 51 ق، جلسة 1991/12/23، مجموعة المكتب الفنى، السنة 42، ص 1954-1955.

[94] يجوز طبقاً لنص الفقرة السادسة من المادة (1474) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى إبطال حكم التحكيم إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد القانون العام.

أنظر:

-De Boisseson (M) "Le droit francais de l'arbitrage", op.cit, P.823.

-C.A – paris 15 mars 2001 (Socute Albert, societe courret Guguen et M. Ranboures qual C/societe Frabeltex) Rev-arb, 2003, P.215-216: C. A – paris 14 juin 2001.Rev-arb. Note Derains (Y), P.810.

[95] وهذا ما حرصت وثيقة المنامة للنظام (القانون) الموحد للإجراءات المدنية بدول مجلس التعاون الخليجي الموقعة عليها بتاريخ 23-24 من أكتوبر عام 2001 على التأكيد عليه، إذ نصت المادة (2/207) منها على أنه "ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام".

وهي من الأفكار المحورية التي يرتكز عليها أي نظام قانوني، وتؤدي وظيفة لا غني عنها، وتحتل بهذه المثابة وضعية قانونية أعلى من باقي المعايير الأخرى، وبخاصة معايير التعاقد، وبالتالي فهي غير قابلة للمساس بها من جانب المحكم، وتؤدي مخالفتها إما إلى بطلان الأحكام الصادرة عنه، وإما إلى عدم تنفيذها.

فضلاً على أن الأحكام الصادرة عن المحكم الطليق – في حالة التحكيم الداخلي – تخضع لرقابة لاحقة من جانب القضاء الوطني، سواء بمناسبة الطعن فيها بالبطلان، أو سواء عند طلب الحصول على الصيغة التنفيذية، فالمحكم الطليق وإن كان يملك حرية واسعة، إلا أنها حرية خاضعة لرقابة القضاء الوطني ليتأكد من توافق تلك الأحكام مع النظام العام الداخلي.

أما إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، فإن المحكم – وفقاً لرأي البعض – يستطيع أن يتجاهل قواعد النظام العام الداخلي، ولا يبقي أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي، غير أن فكرة النظام العام الدولي بمفهومها الداخلي لا تستبعد تماماً، إذ تظل سلطة المحكم مقيدة بمراعاة النظام العام في الدولة التي يغلب تنفيذ حكم التحكيم فيها وهو ما سوف نقوم بتوضيحه على النحو التالي:

أولاً: المحكم الطليق والنظام العام الداخلي:

الأصل المستقر عليه أن المحكم لا يملك قانوناً وطنياً، كما أنه لا يحمي نظاماً قانونياً داخلياً لدولة ما[96]، مما يثير التساؤل بشأن مدى إمكانية استبعاد المحكم الطليق لقواعد النظام العام لقانون العلاقة[97] إذا تبين له أن من شأن احترامها سيؤدي إلى نتائج غير عادلة للنزاع المطروح عليه.

ويميز الفقه لاسيما الفقه الفرنسي بين نوعين من قواعد النظام العام الداخلي الأولى: النظام العام التوجيهي والثانية: النظام العام الحمائي وذلك على النحو التالي:

(1) النظام العام التوجيهي:

تعمل قواعد النظام العام التوجيهي على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة لخدمة ما تبتغيه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية، ويدخل في نطاقها – على سبيل المثال – القوانين الخاصة بتنظيم الائتمان والصرف والأسعار والاستثمارات والبيئة والتجارة... الخ[98].

ومن المستقر عليه أنه لا يجوز للمحكم عند الحكم وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام التوجيهي[99]، فهذه القواعد ترتبط بتنظيم الدولة، ولا يجوز المساس بها أو الاتفاق على ما يخالفها.

ولقد أكدت الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي على ضرورة احترام المحكم لقواعد النظام العام التوجيهي[100] ومن

---

[96] أنظر:

–E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, art. préc., p.340.

[97] يقصد بقانون العلاقة: القانون المختص لحكم الجانب الموضوعي في العلاقة التعاقدية

أنظر:

–G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF 1987., p.464.

[98] أنظر: د/ أحمد عبد الكريم سلامة "مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية"، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص 309.

[99] أنظر:

–J.-B. Racine, op.cit., p.253.

[100] أنظر على سبيل المثال :

ذلك: حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 12 من مارس عام 1985، إذ قضت بأن: "المحكم يملك القدرة ليس فقط بشأن استبعاد التطبيق الضيق لأحكام القانون، ولكن أيضاً بالنسبة لشروط العقد في اللحظة التي لا تنسخ فيها قواعد النظام العام"[101].

وكذلك الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ 16 من مارس عام 1995 إذ قضت بأن: "ينبغي على المحكم – حتى وإن كان محكماً طليقاً – أن يفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الآمرة ومن ثم لا يستطيع تجنب تطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام لقانون المنافسة"[102].

ويمكن استنتاج هذا الاتجاه أيضاً من خلال الأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس[103]، ففي الحكم الصادر عام 1974 ذهبت محكمة التحكيم إلى القول بأن: "اللجوء إلى التحكيم الطليق يفرض على المحكم احترام القواعد الآمرة لهذا القانون [القانون المختار] ويترك له حرية استبعاد القواعد المكملة"[104].

وفي حكمها الصادر عام 1989 قضت محكمة التحكيم بأن: "يعفي المحكم الذي يلي مهمة التحكيم الطليق من التقيد

– Paris 1re ch. suppl, 14 janvier 1977, S.A. Les Films Montsouris c/ sté Consortium Pathé, Rev.arb. 1977., p.281 (2e esp)., note J. Robert.
– Paris 1re ch.c, 9 juin et 20 décembre 1977, René Salmona c/ Compagnie Française du Source et des Produits du Sol (Cosucre), Rev.arb. 1978., p.476 (2e esp)., note M. Boitard.
– Paris 1re ch.c, 2 décembre 1977, Martin et autre, és qualité et S.A. CEREX c/ Firme Mackprang (Hambourg), Rev.arb. 1979., p.246 (1er esp)., note R. Funck-Brentano.
– Paris 1re ch.suppl, 6 janvier 1984, sté Langlois et Cie c/ G.I.E. Taconet Mac Lean et Taconet, Rev.arb. 1985., p.279., note E. Loquin p.199.

[101] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

"Les amiable compositeurs, en s'interrogeant sur l'étendue de leurs prérogatives quand à l'application des clauses contractuelles en litige, se sont reconnus à bon droit la faculté de s'écarter de l'application stricte non seulement des dispositions du droit, mais encore des clauses contractuelles, dès lors qu'elles ne reproduisaient pas des règles d'ordre public ".

– Paris 1re ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres, Rev.arb. 1985., p.299., note E. Loquin, p.199.

[102] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

"Même lorsqu'ils statuent en qualité d'amiables compositeurs, les arbitres doivent trancher le litige conformément aux règles de droit impératives: ils ne peuvent esquiver l'application des normes, (…..), d'ordre public, du droit de la concurrence ".

– Paris 1re ch.c, 16 mars 1995, SARL Enodis c/ sté SNC Prodim, Rev.arb. 1996., p.146., obs. Y. Derains.

[103] أنظر على سبيل المثال:

– Sentence CCI n° 2730, 1982, JDI 1984., p.914., obs. Y. Derains.
– Sentence CCI n° 3938, 1982, JDI 1984., p.926., obs. Jarvin.

[104] لقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

"Que dès lors le recours à l'amiable composition, dans la mesure où les arbitres ne passent pas outre aux règles impératives du droit (du pays producteur) laisse la faculté d'écarter les règles dites supplétives (…)".

– Sentence CCI n° 2216, 1974, JDI 1975., p.917., obs. Y. Derains.

بالقانون واجب التطبيق على أصل النزاع، مع التحفظ بشأن مراعاة القواعد غير القابلة للاستبعاد كقواعد النظام العام"[105].

(2) النظام العام الحمائي:

تهدف قواعد النظام العام الحمائي إلى حماية المصالح الخاصة لفئة معينة من الأشخاص الذين لا قدرة لهم على التفاوض من دون تعريض مصالحهم للضياع، ومن ثم تعمل هذه القواعد على الحد من تسلط القوي وتمنعه من فرض إرادته على الطرف الضعيف الذي لا يملك بسبب ضعف مركزه الاقتصادي، الدفاع عن مصالحه عند التعاقد كالمستهلك في عقد البيع والمقترض في عقد القرض[106].

وإذا كان الأطراف يملكون في ظل التحكيم الطليق التنازل عن تطبيق القانون على النزاعات الناشئة بينهم، فإن هذا يعني تنازلهم عن قواعد النظام الحمائي المتعلقة بهذا القانون، وبالتالي يستطيع المحكم تجاهل تلك القواعد باعتبار أنه يصبح مالكاً لما يملكه الأطراف شريطة أن يكون الحق قد اكتسب بالفعل[107].

وهكذا فإن سلطة المحكم الطليق في استبعاد قواعد النظام العام الحمائي تنشأ منذ اللحظة التي يملك الأطراف فيها حرية التصرف في الحقوق التي تم اكتسابها، وذلك خلافاً لقواعد النظام العام التوجيهي التي يتعين على المحكم احترامها دائماً، ولا يمكن أن تكون محلاً لإرادة الأطراف أو اتفاقاتهم[108].

بيد أنه يلاحظ أن فكرة النظام العام في المجال الدولي تضيق عن فكرة النظام العام في المجال الداخلي[109]، فليست كل قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام الداخلي تعد من النظام العام الدولي[110]، إذ أن لكل منهما مجالاً يختلف عن مجال الآخر، وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 19 من نوفمبر عام 1991 بقولها: "إن النظام العام

---

[105] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

"(...) l'arbitre auquel sont confiés les pouvoirs d'amiable compositeur est dispensé de l'obligation d'observer le droit applicable au fond du litige, sous réserve des règles non susceptibles d'éviction telles les règles d'ordre public (...) ".

–Sentence CCI n° 4972, 1989, JDI 1989., p.1100., obs. G.A. Alvarez.

[106] أنظر للمزيد من التفاصيل:

–X. Lagarde " office du juge et ordre public de protection ", JCP 2001., éd G, pp.745-751.

[107] أنظر:

–E. Loquin, Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. A propos de trois arrêts de la cour d'appel de Paris, art. préc., p.229.

[108] ويشير بعض الفقهاء إلى أن هذا الحل قد أخذ به في القانون الوضعي السويسري، حيث إن الوضع السائد هناك يمنع على المحكم أن يتعرض لقواعد النظام العام التوجيهي، في حين يسمح له بمخالفة القواعد القانونية الآمرة التي تحمي المصلحة الخاصة في اللحظة التي يملك الطرف الخاضع للحماية حرية التصرف في الحقوق التي اكتسبها.

–J.-B. Racine, op.cit., pp.352-353.

[109] أنظر:

–P. Courteault et G. Flécheux, La notion d'ordre public international dans la jurisprudence da la Cour de Cassation française, Rev.arb. 1978., p.340., spéc, p.340.

[110] أنظر:

–P. Mayer, Droit international privé, op.cit., p.143.

–A. Mezghani, op.cit, p.333 et s.

الفرنسي المطبق على العلاقات الدولية ينبغي أن يقدر بشكل أقل شدة من النظام العام الداخلي"[111].

ثانياً: المحكم الطليق والنظام العام الدولي:

لقد جرى الفقه على التمييز بين نوعين من قواعد النظام العام الدولي النوع الأول: النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني والثاني: النظام العام عبر الدولي وسوف نقوم بتوضيحه على النحو التالي:

(1) النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني:

تحتفظ كل دولة لنفسها بمفهومها الخاص للنظام العام الدولي، فما يعد من النظام العام الدولي في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، فقواعد النظام العام الدولي ذات المفهوم الوطني تختلف من دولة لأخرى تبعاً لمفاهيمها واتجاهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية.

فعلى سبيل المثال: يعتبر الاتفاق على الوفاء مقوماً بالذهب مخالفاً للنظام العام الداخلي في فرنسا على أنه لا يخالف النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي، في حين أن القاعدة السابقة تخالف النظام العام الداخلي والدولي – على السواء – بمفهومه في مصر[112]، وعلى هذا النحو يختلف النظام العام الدولي بمفهومه المصري عن النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي[113].

وإذا كان المحكم الطليق ملزماً باحترام القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، فإنه يستطيع – بالمقابل – تجاهل هذه القواعد إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، بحيث لا يقف أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي بمفهومه الداخلي[114].

---

[111] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:
"l'ordre public français applicable dans les relations internationales et qui doit être appréciée de manière moins rigoureuse que pour l'ordre public interne ".
–C. Cass. 1re ch.c, 19 novembre 1991, sté Grands Moulins de Strasbourg c/sté Compagnie continentale France, Rev.arb. 1992., p.76., note L. Idot.

[112] ومن الجدير بالذكر أن المرسوم الصادر في 2 من أغسطس عام 1914 لم يكتف بتقرير قوة التداول الإلزامي للعملة الورقية في مصر، بل قضى أيضاً ببطلان شرط الدفع بالذهب، وقد اختلفت المحاكم المصرية في تحديد نطاق هذا الشرط، فذهبت المحاكم المختلطة إلى أنه يعني البطلان في المعاملات الداخلية فقط دون الدولية مستندة في ذلك إلى ما جرى عليه العمل في القضاء الفرنسي، مما جعل المشرع المصري يتدخل بموجب المرسوم بقانون رقم (45) لسنة 1935 مفسراً لمرسوم 2 من أغسطس عام 1914 وقرر صراحة أن البطلان المنصوص عليه في مرسوم سنة 1914يلحق شرط الدفع بالذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء.

– أنظر: د/ نادر محمد محمد إبراهيم "مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي"، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص 325–326.

[113] ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن فرنسا تعد أول دولة تستخدم مصطلح النظام العام الدولي في نصوصها القانونية، وذلك صراحة في المادتين (1498)، (5/1502) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وضمنياً في المادة (1504) من ذات القانون عندما أحالت على حالات البطلان الواردة في المادة (1502) السابق بيانها.

[114] يرتب بعض الفقهاء على مبدأ التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بمفهومه الوطني بعض النتائج، هي : 1– قواعد النظام العام الوطني لا تعد بالضرورة من قواعد النظام العام الدولي. 2– قواعد النظام العام الدولي قد تنتج عن قواعد النظام العام الوطني. 3– القواعد التي لا تعد من النظام العام الوطني لا يمكن اعتبارها من قواعد النظام العام الدولي.
أنظر:

وهذا ما عبر عنه حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 12 من مارس عام 1985[115] والذي ورد في حيثياته أن: "الاعتداء على النظام العام الداخلي – على فرض وجوده – لا يعد من حالات الطعن بالاستئناف في القرار الذي يقر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فرنسا، فالمادة (5/1502) لا تشير إلا إلى الحالة التي يكون فيها حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي"[116].

(2) النظام العام عبر الدولي:

يرصد بعض الفقهاء المعاصرين – على خلاف فكرة النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني – ظهور نظام عام دولي حقيقي[117] يستمد مصادره من الأدوات الدولية[118]، فهو ينتج عن ممارسات دول أو تجمعات مهنية أو تجارية معينة على الصعيد الدولي[119]، ويحتل بهذه المثابة مكانة أعلى من كل

–J.-B. Racine, op.cit., p.485.

[115] لقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

"Les amiable compositeurs, en s'interrogeant sur l'étendue de leurs prérogatives quand à l'application des clauses contractuelles en litige, se sont reconnus à bon droit la faculté de s'écarter de l'application stricte non seulement des dispositions du droit, mais encore des clauses contractuelles, dès lors qu'elles ne reproduisaient pas des règles d'ordre public".

–Paris 1re ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres, Rev.arb.1985., p.299., note E. Loquin, p.199.

[116] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

"La violation de l'ordre public interne, à la supposer établie, ne constitue pas un cas d'ouverture à l'appel de la décision accordant l'exécution en France d'une sentence arbitrale étrangère, l'article 1502, 5° ne visant que le cas où la sentence serait contraire à l'ordre public international".

[117] ومن الجدير بالذكر أن مصطلح véritablement ou réellement international هو الذي اعتاد القضاء على استخدامه، عكس مصطلح transnational الذي درج المحكمون على استعماله.

أنظر: بشأن الأحكام الصادرة عن القضاء والتي أحالت فيها على فكرة النظام العام الدولي الحقيقي:

–Trib.civ. de la Seine, 2 juillet 1932, Rev.crit. DIP 1932., p.770., note J.-P. Niboyet.

–Trib.civ. de la Seine 5e ch. 4 janvier 1956, Spitzer c/ Amunategui, Rev.crit. DIP 1956., p.679., note H.B.

–Paris 5e ch. 9 février 1966, Favier c/ sté Anderssen, Rev.crit.DIP 1966, p.264., note P. Louis-Lucas.

–Paris 1re ch.Sec A, 3 octobre 1984, Comité de défense des actionnaires de la Banque Ottomane, Audibert, Renault, Venencie et Conrieri c/ Banque Ottom- -ane, JDI 1986., p.156., note B. Goldman.

[118] يقسم الفقه مصادر النظام العام عبر دولي إلى مصدرين أساسين، الأول: مصدر عام ويتمثل في مجموعة القواعد الآمرة المفروضة على كل دولة في النظام الدولي والمعروفة بـ jus congens، والمبادئ العامة المنصوص عليها في المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية، والمعاهدات الدولية، والمبادئ العامة للقانون المشتركة بين غالبية الدول، ومبادئ اليونسترال. أما المصدر الثاني : فهو مصدر خاص ويتمثل في أعراف التجارة الدولية.

أنظر للمزيد من التفاصيل:

–J.-B. Racine, op.cit., pp.367-376.

[119] ويشير جانب من الفقه إلى أن أهم القواعد عبر الدولية والتي تشكل النظام العام عبر الدولي تتمثل في القواعد التالية: "حسن النية، بطلان، أو على الأقل عدم نفاذ، العقود التي تم الحصول عليها عن طريق الرشوة والطرق غير الشريفة، وكذلك العقود الصورية التي

الأنظمة القانونية على اختلاف أشكالها[120]، وقد أطلق الفقه على هذه الظاهرة "النظام العام عبر دولي"[121].

وفي عام 1932 أيد الفقيه (Niboyet) وجود نظام عالمى دولى، أي نظام عالمي يمنع الممارسات غير المشروعة كالقرصنة والتهريب على سبيل المثال، وبذلك يتوافق مع معناه الاصطلاحي الحقيقي الذي استخدم لسوء الحظ لتحديد النظام العام الوطني[122].

ويرى بعض الفقهاء أن أساس وجود فكرة النظام العام عبر الدولي يرجع إلى مبدأ استقلال التحكيم الدولي، فالتحكيم الدولي لا يرتبط بأي نظام قانوني، وبالتالي يصبح من المتعين البحث عن نظام قانوني آخر تكون مصادره غير وطنية، وذلك من أجل استبعاد بعض قواعد القانون واجبة التطبيق على أصل الموضوع إذا وجد المحكم ضرورة لذلك[123].

وهكذا – وفقاً لهذا الرأي – فإن مبدأ استقلال التحكيم الدولي هو الذي يبرر وجود فكرة النظام العام عبر الدولي، فهذه الفكرة تجد أساسها في غياب ارتباط التحكيم الدولي بأي قانون من ناحية، وفي وجود قواعد عبر دولية يكون النظام العام عبر الدولي أحد مكوناتها من ناحية أخرى[124].

وقد لاقت فكرة النظام العام عبر الدولي رواجاً لدي قضاء التحكيم الدولي، إذ تواتر المحكمون على الاعتماد عليها، سواء لمحاربة الفساد[125] المتمثل في الرشاوى في مجال الأعمال عبر الدولية، أو لوضع حدود على إرادة الأطراف[126]، أو لاستبعاد

قصد منها تحقيق غرض غير مشروع، بطلان العقد المخالف للآداب العامة، عدم جواز امتناع الهيئات التابعة للدول عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية بادعاء امتيازات السلطة العامة أو بالقيود الواردة على سلطاتها والموجودة في القانون الداخلي، الالتزام بالتعويض عن نزع الملكية الخاصة، احترام المبادئ الأساسية في التقاضي، مبدأ سلطان الإرادة".

أنظر: د/ نادر محمد محمد إبراهيم، "مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي"، المرجع السابق، ص329–330.

[120] أنظر:

–J.-B. Racine, op.cit., pp.426 et s.

[121] أنظر: للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع:

–P. Lalive, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, art. préc., pp.329-371.

[122] أنظر:

–J.-P. Niboyet, note sous Trib.civ. de la Seine, 2 juillet 1932 Rev.crit. DIP 1932., p.770., spéc, p.772.

[123] أنظر:

–Jurgen Basedow, Stephanie Francq, Laurence International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination 1ed 2012 p.132.

–H. Batiffol, P. Lagarde, Traité de droit international privé, L.G.D.J.1993, 8éd, p.588.

[124] أنظر:

–J.-B. Racine, op.cit., p.363.

[125] أنظر على سبيل المثال:

–Sentence CCI n° 3913, 1981, JDI 1984., p.920., obs. Y. Derains.

–Sentence CCI n° 2730, 1982, JDI 1984., p.914., obs. Y. Derains.

–Sentence CCI n° 6248, 1990, YB XIX 1994., p.124.

[126] أنظر:

–J.-B. Racine, Ibidem., p.363.

بعض قواعد النظام العام لقانون العلاقة إذا بدت غير ملائمة لاحتياجات التجارة الدولية[127]، وفي هذا المضمار يخلق المحكم قاعدة مادية – تماماً – كما يفعل القاضي الوطني عندما يستبعد – في المجال الدولي – بعض قواعد النظام العام الداخلي ومثال ذلك: استبعاد القاضي العادي الفرنسي تطبيق بعض القواعد الآمرة في القانون الداخلي استناداً إلى قاعدة مادية ابتدعها في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاقات التحكيم في المجال الدولي استقلالاً عن القواعد الآمرة في القانون الداخلي[128].

بيد أن هناك اتجاهاً فقهياً آخر يعارض بشدة فكرة النظام العام عبر الدولي، واصفاً إياها بأنها فكرة غير مفيدة، وغير فعالة، ولا وجود لها أصلاً.

فمن ناحية: تعد فكرة النظام العام عبر الدولي غير مفيدة في كل مرة يحمل فيها النظام العام الداخلي حلولاً مطابقة للنزاع، ومن ثم لماذا يربك المحكم نفسه بمفهوم غير واضح ودقيق ومتنازع فيه، في اللحظة التي يستطيع فيها تأسيس قراره على قواعد وطنية موضوعة جيداً؟!

فقد ذهب الفقيه (Lalive) إلى القول بأن: ليس من المؤكد أن المحكم الدولي يملك جرأة (تطبيق النظام العام عبر الدولي) في اللحظة التي يملك فيها تسبيب قراره وفقاً لتصور أكثر تقليدية ويكون قادراً على ضمان الاعتراف به وتنفيذه من قبل القضاء الوطني في مختلف الدول المعنية[129].

ومن ناحية ثانية: فقد وجهت الاعتراضات إلى فكرة النظام العام عبر الدولي انطلاقاً من كونها فكرة غير فعالة، وتؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد الداخلي.

فقد ذهب الفقيه (Goldman)[130] إلى القول بأنه: "إذا كان من الصحيح أن فكرة النظام العام المشترك تفرض نفسها، سواء أمام القضاء الدولي، أو أمام محاكم التحكيم، وقد تتلاقى في بعض الحالات مع النظام العام الدولي بمفهومه الوطني، إلا أنه من غير المتصور عملاً أن يضع القاضي الوطني في اعتباره هذه الفكرة، إذ أن الأمر هنا يتعلق إما بمبدأ النظام العام المشترك الذي يشكل أيضاً النظام العام الدولي في دولة القاضي، ففي هذه الحالة لا يكون القاضي الوطني في احتياج للجوء إلى فكرة النظام العام المشترك، وإما أن يكون مبدأ النظام العام المشترك

---

[127] أنظر: على سبيل المثال:

- Sentence CCI n° 3344, 1981, JDI 1982., p.978., obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n° 5514, 1990, JDI 1992., p.1022., obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n° 8385, 1995, JDI 1997., p.1061., obs. Y. Derains.

[128] أنظر سابقاً:

- T.C., 19 mai 1958, sté Myrtoon Steam Ship and C°c/ ministre de la Marinemarchande, Rec., p.793.

[129] أنظر:

- P. Lalive, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, art. préc., p.330.
- Guy Keutgen, Georges-Albert Dal L'arbitrage en droit belge et international : Tome I : Le droit belge, tome 1. 3e .2015 p. 537.

[130] أنظر:

- B. Goldman, note sous Paris 3e ch, 19 mars 1965, Bakalian et Hadjthomas c/ Banque Ottomane, JDI 1965., p.117., spéc, p.137.
- Muriel Azencot « le transfert international de siege social », de recherche Université Panthéon-Assas 2011, p 412.

متعارضاً مع التشريع في دولة القاضي، وفي هذه الحالة سوف لا يستطيع القاضي الوطني رفض تطبيق القانون الأجنبي أو المصدر الدولي للقانون المخالف دون أن يعتدي على قانونه المناسب، وبالتالي فإن القاضي الذي يفصل في نزاع دولي ينبغي اعتباره مكلفاً باستيعاب النظام القانوني الدولي، ونتيجة لذلك، يتحرر من مقتضيات نظامه القانوني، ومن ثم يكون غير ملتزم به، ولكن هذا الازدواج الوظيفي سيكون مخالفاً بطبيعة الحال لطبيعة وظيفته".

ومن ناحية أخرى: فقد نازع الفقيه (Mayer)[131] في وجود هذه الفكرة من الأساس، مستنداً في ذلك إلى غياب ارتباط التحكيم الدولي بأي شريعة، ومن ثم يكون الضمير الفردي للمحكم هو المصدر الوحيد للقاعدة الأخلاقية فضلاً عن ذلك، فإن فكرة النظام العام عبر الدولي تقوم في مجموعها على ادعاء كاذب، وآية ذلك عدم وجود أية قاعدة مقررة بواسطة الأنظمة القانونية في آن واحد، علاوة على أن غياب الإجماع يعد بمثابة عقبة لقبول تلك الفكرة.

وقد شاطر الفقيه (Heuze) الرأي الذي قال به الفقيه (Mayer) إذ يذهب إلى أن: المحكم الذي لا يملك شريعة، لا يفصل في النزاع لحساب أي نظام قانوني وطني أو دولي أو عبر دولي، فهو لا يستمد سلطته إلا من الإرادة المشتركة للأطراف، وبالتالي لا يعد حارساً لأي نظام قانوني، فهو لا يمثل إلا نفسه، ومن ثم لا يستطيع – على أثر ذلك – إلا أن يستند إلى القيم الأخلاقية الخاصة به، لا على زعم النظام العام عبر الدولي[132].

وقد ناصرت بعض الأحكام القضائية الاتجاه المناهض لفكرة النظام العام عبر الدولي، ففي حكمها الصادر في قضية بتاريخ 19 من مارس 1965 رفضت محكمة استئناف باريس إعطاء أية آثار للادعاء القائل بأن النظام العام الدولي أعلى من كل القوانين الوطنية، واعتبرت وجوده مسألة غير معترف بها بواسطة أي قانون وضعي وبخاصة القانون الفرنسي[133].

وعلى أية حال – ودون الدخول في تفصيلات هذا الخلاف لخروجه عن نطاق البحث الأساسي – إذا كان المحكم الدولي لا يلتزم – وفقاً لرأي بعض الفقهاء – إلا بمراعاة النظام العام الدولي بمعناه الحقيقي، فإن النظام العام الدولي بمفهومه الداخلي سوف يظل عقبة أمام تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وبالتالي ينبغي على المحكم لكي يضمن تحقيق الفاعلية اللازمة للأحكام الصادرة عنه أن يحرص على عدم مخالفتها للنظام العام في الدولة الغالب تنفيذ حكم التحكيم فيها[134].

---

[131] أنظر:

- P. Mayer, La règle morale dans l'arbitrage international, *in* Études offertes à P. Bellet, Litec 1991., p.379., spéc, pp.393 et s.
- Emmanuel Gaillard « Legal Theory of International Arbitration », Paris 2010, p.5.

[132] أنظر:

- V. Heuzé, La morale, l'arbitre et le juge, Rev.arb. 1993., p.179., spéc, p.189.
- Emmanuel Gaillard « Legal Theory of International Arbitration ». Paris 2010, p.5.

[133] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

"L'existence de principes d'un prétendu ordre public international, supérieur à toutes les lois internes n'est reconnue par aucun droit positif, et particulièrement par le droit français".

- préc, *supra*, p.660, note (2).

[134] أنظر في القرب من هذا المعنى:

- Y. Derains, Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale, *in* Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.67., spéc, p.70.
- B. Hanotiau, art. préc., p.917.

وهذا ما أكدت عليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 12 من يناير عام 1993 إذ قضت بالآتي: "إن محكمة التحكيم قد قدرت – وبحق – أنه بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي، فإن قبول مبدأ الفاعلية بقوة القانون للحكم الأجنبي فيما يتعلق بتعيين وكيل التفليسة يكون من شأنه المساس بالنظام العام الدولي الفرنسي"[135].

ويمكن استنتاج هذا الاتجاه أيضاً من خلال الأحكام الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بباريس[136] ومن ذلك: الحكم الصادر عام 1990[137] والذي جاء فيه أن: "المادة 26 [من قواعد غرفة التجارة الدولية القديمة والتي أحلت محلها المادة 35] لا تفرض على المحكم – من أجل الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية – أن يتحقق فقط من خلال الاتفاق المطبق من أن الحكم لم يخالف بعض القواعد الإجرائية الآمرة في دولة التنفيذ المعنية كضرورة تسبيب أو إيداع حكم التحكيم، ولكن تفرض عليه أيضاً التحقق من عدم اصطدام هذا الحكم مع النظام العام الدولي في بلد التنفيذ، وبخاصة مع قوانين البوليس"[138].

صفوة القول أن سلطة المحكم الطليق لا تعد سلطة مطلقة، بل مقيدة بعدة اعتبارات أهمها: احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام للقانون الموضوعي الذي يحكم النزاع، علاوة على ضرورة احترامه – كما سبق أن أشرنا – للمبادئ الأساسية في التقاضي

---

[135] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

"Un tribunal arbitral a, à bon droit, estimé qu'au regard des règles de droit international privé français, admettre l'efficacité de plein droit d'un jugement étranger en ce qu'il a désigné le Syndic de faillite serait de nature à porter atteinte à l'ordre public international français".

– Paris 1re ch.c, 12 janvier 1993, République de Côte-d'Ivoire et autre c/ sté Norbert Beyrard, Rev.arb. 1994, p.685., note P. Mayer p.615.

[136] أنظر: على سبيل المثال:

– Sentence CCI n° 3281, 1981, JDI 1982., p.990., obs. Y. Derains.
– Sentence CCI n° 4131, 1982, JDI 1983., p.899., obs. Y. Derains.

[137] أنظر:

– Sentence CCI n° 6697, 26 décembre 1990, sté Casa c/ sté Cambior, Rev.arb. 1992, p.135., note P. Ancel.

[138] ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

"L'article 26 n'impose pas seulement à l'arbitre de s'assurer au travers de la convention applicable pour la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères que la sentence ne contreviendra pas à certaines règles de procédure impératives du lieu d'exécution concernant par exemple la nécessité de motiver ou de déposer la sentence mais aussi qu'elle ne heurtera pas l'ordre public international du pays d'exécution et en particulier les lois de police".

– Ibidem., spéc, p.141.

وأنظر أيضاً: بشأن الأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس والتي لم تحرص فيها على مراعاة قواعد النظام العام للدولة الغالب تنفيذ حكم التحكيم فيها:

– Sentence CCI n° 6106, 1988, Bull. CIA/CCI, novembre 1994, p.44.
– Sentence CCI n° 6379, 1990, YB XVII 199, p.212.

لا سيما مبدأي حق الدفاع والمواجهة[139]، وتسبيب حكم التحكيم[140]، واحترام الشروط الإجرائية التي اتفق عليها الأطراف[141].

وقد اعتبر البعض أن مخالفة النظام العام لا تتحقق إلا إذا وردت فى منطوق حكم التحكيم أما إذا كانت فى أسبابه فإن القاضي المختص غير معنى بها لأنه لا يجرى رقابته على التعليل بحد ذاته[142].

وتعتبر من حالات البطلان التى تعد مخالفة للنظام العام إذا صدر مبنياً على غش من أحد الخصوم، أو مبيناً على شهادة شاهد ثبت أنها مزورة على الرغم من أن ذلك غير وارد فى الأسباب المحددة للبطلان بشكل مستقل، وقد قررت محكمة استئناف القاهرة فى حكم لها ببطلان حكم التحكيم بالاستناد إلى قاعدة أن الغش يفسد كل التصرفات وأن هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام لمحكمة البطلان[143].

---

[139] المقصود هنا هو حق الدفاع كحق إجرائي لمن هو طرف في خصومة قضائية وليس حرية الدفاع كواحدة من الحريات العامة التي ينظمها القانون الدستوري والتي تعني ما يتاح للفرد من مكنات وسلطات تخوله حماية حقوقه بصفة عامة بما فيها حرية اللجوء إلى القضاء.

أنظر في هذا المعنى د/ عيد محمد عبد الله القصاص "التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة"، دراسة تحليلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق عام 1992، ص 48.

[140] أنظر: للمزيد من التفاصيل:

- E. Loquin, L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence, Rev.arb. 1976., p.223-232.

وأنظر – على سبيل المثال – الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي بشأن التزام المحكم الطليق بتسبيب حكمه:

- Paris 1re ch.suppl, 19 mars 1981, Daniel Barre c/ sté Les Solidaires, Rev.arb. 1982., p.84., note J. Viatte.
- Paris 1re ch.c, 12 janvier 1995, sté Ardi et autres c/ sté Scapnor et autre, Rev.arb. 1996., p.72., note M.L. Cadiet p.3 et obs. J. Pellerin p.129.
- C. Cass. 2e ch.c, 25 octobre 1995, GIE commerçants réunis indépendants c/ sté Multimob, Rev.arb. 1996., p.127., obs. J. Pellerin.
- Paris 1re ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev.arb. 1997., p.38., note E. Loquin.

[141] أنظر: في هذا المعنىد/ هدى محمد مجدي عبد الرحمن " دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، المرجع السابق، ص213.

- X. Lagarde, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev.arb. 2001., p. 423., spéc, p.423.

[142] أنظر: م د/ مهيب معماري "بطلان القرار التحكيمي فى ضوء اجتهاد محكمة النقض اللبنانية"، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن (الدور الفعال للقضاء فى التحكيم) فى الفترة من 19-21 نوفمبر 2007 م، الذي نظمة مركز القاهرة الإقليمي، مدينة شرم الشيخ، ص17.

– حكم محكمة النقض فى الطعن رقم 4623، لسنة 66 ق، الصادر بتاريخ 1997/12/18، مجموعة المكتب الفني، السنة 48، ص 1459.

[143] أنظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم (39) لسنة، 117 ق تحكيم، جلسة 2002/2/25، حكم غير منشور.

وتطبيقاً لذلك أيضاً سمحت محكمة النقض الفرنسية بإمكانية سحب حكم التحكيم، وإمكانية مراجعته فى حالة ثبوت استخدام أحد الأطراف لطرق الخداع والغش من أجل الحصول على هذا الحكم[144].

وعلى ذلك إذا اكتشف الغش قبل انقضاء ميعاد دعوى البطلان فإنه يجوز للمحكوم عليه أن يرفع دعوى ببطلان حكم التحكيم استناداً إلى مخالفة الحكم للنظام العام، أما إذا اكتشف الغش أثناء دعوى البطلان رفعت بسبب آخر فللمدعى التمسك بالغش كسبب جديد أمام المحكمة المختصة فى أى حالة تكون عليها الدعوى لتعلقه بالنظام العام، أما إذا انقضى ميعاد دعوى البطلان فلا تقبل الدعوى بسبب الغش، ويصبح حكم التحكيم بمنأى عن أي طعن[145].

المبحث الثاني: حدود رقابة الدولة على حكم التحكيم المطعون به بالبطلان

التحكيم أساسه إرادة أطراف اتفاق التحكيم فالمحكم تتحدد سلطاته من الاتفاق، وصلاحيته للقيام بمهمة التحكيم تتحدد بحدود هذه السلطة كما يحددها الاتفاق وكذلك ولايته بنظر النزاع تتحدد بالقيود التى تفرضها إدارة أطراف الاتفاق فإذا لم تراع هذه القيود فيكون المحكم قد خرج عن ولايته وبالتالي يكون حكمه باطلاً وعليه يستمد التحكيم فاعلية من سلطة القضاء المختص عن طريق رقابته القضائية على حكم التحكيم من خلال إبطاله[146].

وسوف نتناول فى هذا المبحث بداية التعرف على المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان ثم الدور الرقابى الذي تمارسه هذه المحكمة من خلال هذه الدعوى والآثار التى يرتبها حكم بطلان حكم التحكيم وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم

المطلب الثاني: سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم

المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر بطلان حكم التحكيم

تمثل نصوص التشريعات المنظمة لدعوى بطلان حكم التحكيم الأساس القانونى للرقابة التى يمارسها القضاء المختص على حكم التحكيم، فيقوم القضاء من خلالها التثبت من صحة حكم المحكم على نحو يرفعه إلى مستوى المرتبة التى يتجلى بها عادة الأحكام القضائية، كما أنها تضمن فى الوقت ذاته استبعاد

– حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم(95) لسنة، 120 ق تحكيم، جلسة 2004/10/26، المرجع السابق، ص 54.

[144] أنظر:

–C. Cass.,25 mai 1992, (Societe Fougerolles/ Societe Por France), Rev-arb, 1993, p.93.

–Matheiu de Boisseson. L'abitrage et la fraude La propos de l'arret Fougerolles, rendu par la cour de cassation la 25 mai 1992, rev- arb, 1993, p.3 et s.

[145] أنظر: د/ فتحي والي "قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق"، المرجع السابق، ص 611– 612، د/ محمود مختار بربري "التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص229، د/ أشرف خليل حماد "التحكيم فى المنازعات الإدارية"، المرجع السابق، ص 255.

[146] أنظر: د/ ممدوح عبد العزيز العنزي" بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2006، ص 291، د/ جابر جاد نصار "الوجيز فى العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص185، د/ عصمت عبد الله الشيخ "التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولي"، المرجع السابق، ص 84.

أحكام التحكيم التى تفتقد المقومات الأساسية التى يجب توافرها فى الأحكام[147].

وينبغى على القضاء الالتزام بهذه الأسس التى تحدد الإطار القانوني للرقابة التي يمارسها على أحكام التحكيم من خلال نظر دعوى بطلانه والتمسك بدوره الرقابي الذى يمارسه من خلال رفض أو تقدير البطلان[148].

وتتحدد معالم هذا الدور الرقابى فى ضوء النصوص القانونية التى تمنح القضاء الأساس القانونى الذي يبرر له فرض هذه الرقابة وذلك لإعطاء الفرصة للمحكم ليقول كلمته مع خضوعه

---

[147] أنظر: المواد من (52– 54) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 والمعدى بالقانون رقم (9) لسنة 1997.

مادة (52):

- لا تقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.
- يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة فى المادتين التاليتين.

مادة (53):

- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية:
  - إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للأبطال أو سقط بأنتهاء مدته.
  - إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذى يحكم أهليته.
  - إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءاتالتحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
  - إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
  - إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لأتفاق الطرفين.
  - إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.
  - إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر فى الحكم.
- وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية.

مادة (54):

- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان عن حقه فى رفعها قبل صدور حكم التحكيم.
- تختص بدعوى البطلان فى التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها فى المادة (9) من هذا القانون، وفى غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.

[148] أنظر: د/ محمود مختار أحمد بربري "طرق الطعن فى حكم التحكيم وكيفيه تنفيذه"، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس 2001، ص 85، د/ هدى مجدى عبد الحمن "دور المحكم فى خصومة التحكيم"، المرجع السابق، ص 377.

للرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم، وبالتالي يتلاشي تأخير الإجراءات وفى ذلك الوقت يتأكد بأن حكم التحكيم قد صدر وفقاً للقواعد القانونية التى رسمها القانون[149].

وتختلف الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى البطلان حسب نوع التحكيم، فإذا كان التحكيم تجارياً دولياً تختص بدعوى البطلان محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الأطراف على محكمة استئناف أخرى، أما إذا كان التحكيم داخليا فإن الجهة المختصة بنظر دعوى البطلان بحكم التحكيم هى محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة التى كان يجب أن يعرض عليها النزاع لو لم يعرض على التحكيم[150].

ويلاحظ أن الاختصاص بنظر بطلان حكم التحكيم فى الحالتين أعطى لمحكمة تعد استئنافية طالما أن دعوى البطلان لا ترفع للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، وإنما لمحكمة الاستئناف التى تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، فطالما أن دعوى البطلان تتعلق بصحة أو بطلان حكم، فمن المناسب طرحها على محكمة أعلى من محاكم الدرجة الأولى والباعث لذلك الحرص على سرعة الفصل فى دعوى البطلان[151].

ويعنينا فى هذا المقام تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم فى منازعات العقود الادارية، الأمر الذى يقتضي تحديد المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع حال غياب الإتفاق على التحكيم، وبالتالي تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، فالأصل المستقر عليه بصدد الاختصاص بنظر منازعات العقود الادارية أنه ينعقد لجهة القضاء الاداري طبقاً لنص المقرر المادة (172) من الدستور المصري لعام 2014[152]، والمادة (10) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972، كما ينعقد لها طبقاً لمعيار طبيعة المنازعة الذى يشكل المعيار العام فى توزيع الاختصاصات القضائية بحيث يعد القضاء الاداري القاضي الطبيعي لنظر دعوى بطلان أحكام التحكيم الاداري، ذلك أنه إذا كانت طبيعة المنازعة تمثل المعيار

---

[149] أنظر: د/ حفيظة السيد الحداد "الاتجاهات المعاصرة بشأن التحكيم"، المرجع السابق، ص 33، د/ محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص233.

[150] أنظر: المادتان(2/54)، (9) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 والمعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997.

مادة (9):

- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر.
- وتظل المحكمة التى ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم.

مادة (54):

- تختص بدعوى البطلان فى التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها فى المادة (9) من هذا القانون، وفى غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.

[151] أنظر: د/ فتحي والي " قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق"، المرجع السابق، ص 614، د/ عزمي عبد الفتاح "قانون التحكيم الكويتي"، المرجع السابق، ص107، د/ رضا السيد عبد الحميد "مسائل فى التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة 2003، ص 134.

[152] أنظر: المادة (172) من الدستور المصري لعام 2014 والتى تنص على أن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل فى المنازعات الإدارية وفى الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

العام الذى يتحدد على أساسه اختصاصات الجهات القضائية المختلفه، فإن طبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم تمثل بدورها المعيار المعول عليه لتحديد القضاء المختص بنظر الرقابة على حكم التحكيم الصادر بشأنها[153]، ومن ثم فإذا كانت المنازعة المطروحة على التحكيم من طبيعة ادارية وطرفها الإدارة الوطنية فإن القاضي الاداري يعد القاضي الطبيعي لنظر المنازعات المتعلقة بحكم التحكيم الصادر طبقا لرأى جانب من الفقه الفرنسي[154]، وكذلك الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي[155]، ومجلس الدولة الفرنسي[156]، فضلاً على ما جاء بتقرير مجموعة العمل الصادر بشأن وضع التصور النهائي لمشروع القانون المزمع إصداره بشأن التحكيم فى المجال الاداري بتاريخ 27 مارس 2007[157].

فتوجد قواعد يأبى العقل الإذعان لها، إلا إذا أجبرته قوة البراهين على ذلك، وهناك على العكس قواعد أخرى سهلة الإدراك وتفرض نفسها، فاختصاص القاضي الاداري بنظر المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الادارية تندرج تحت إطار النوع الثاني من تلك القواعد.

هذه العبارة البليغة التي قالها الفقيه (Foussard)[158] تعبر بطريقة واضحة عن أن جهة القضاء الاداري هي الجهة المنوط بها إعمال الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة في منازعات العقود الادارية باعتبارها الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع حال غياب الاتفاق على التحكيم، فاستناداً لمعيار طبيعة المنازعة الذي يشكل المعيار العام في توزيع الاختصاصات القضائية،

---

[153] أنظر:

- Bruce (E) La competence due juge administatif dans l’arbitrage de personnes publiques, Rev-arb, 2006, P.71.

[154] أنظر:

- Auby (J): L’arbitrage en matiere administrative, A.J.A.D, 1995, P.88; Foussard (D); L’arbitrage en droit administrative, P.41 et suv.

[155] أنظر على سبيل المثال:

- C.E., 2 mars 1956, Le Secteur Electrique de Reuilly, Rec., p.102.
- C.E., 13 février 1959, Compagnie des chemins de fer du Midi, Rec., p.113.
- C.E., 4 janvier 1957, Lamborot, AJDA 1957., p.108; Rec., p.12.
- C.E., 5 novembre 1986, Rajaonarison, Rec., p.439 .

[156] أنظر:

- Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Régler autrement le conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op.cit., p.95.

[157] أنظر:

- Le Rapport, n° 2.1. du groupe de travail sur l’arbitrage en matiere admonostrative .Rev-arb .2007 .P.651.

[158] وفي هذا الصدد يذكر:

"Il est des règles auxquelles l'esprit répugne à adhérer, à moins d'y être contraint par une rigoureuse démonstration. D'autre au contraire, immédiatem- -ent intelligibles, s'imposent d'elles-mêmes. La compétence du juge administratif pour connaître du contentieux des sentences arbitrales rendues en matière administrative pourrait bien relever de cette seconde catégorie".

- D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif., art. préc., p.41.

يعد القاضي الاداري هو القاضي الطبيعي لنظر الطعون التي توجه ضد أحكام التحكيم الاداري.

فقد ذكر الفقيه (Bruce) بأنه إذا كانت طبيعة المنازعة في ظل الشريعة العامة تشكل المعيار العام الذي يتحدد على أساسه اختصاصات جهات القضاء المختلفة، فإن طبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم ينبغي أن تكون أيضاً المعيار الذي يستند إليه لتحديد جهة القضاء المختصة عندما يتطلب منها التدخل لإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بشأنها[159].

وقد أخذ بهذا المعيار غالبية مشرعو دول مجلس التعاون الخليجي، حيث اتجهت إرادتهم إلى عقد الاختصاص بشأن إجراء الرقابة القضائية على حكم التحكيم لجهة القضاء المختصة أصلاً بنظر النزاع في حالة غياب الاتفاق على التحكيم[160]، وهذه أيضاً حالة المشرع المصري فيما يتعلق بأحكام التحكيم الصادرة في المجال الداخلي[161].

وعلى الرغم من سهولة هذا المعيار ووضوحه، فضلاً عن قوة منطقه القانوني، إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي قد اتجه إلى المناداة بضرورة عقد الاختصاص بإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات العقود الادارية لجهة القضاء العادي[162]، ويستند في ذلك إلى حجة رئيسية تتمثل في الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم وارتباطه بالقانون الخاص[163].

فقد ذهب الفقيه الفرنسي (Level) إلى القول إنه "في مادة التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم ذو الطبيعة الخاصة، ينبغي أن تخضع المنازعات المتعلقة به لاختصاص جهة القضاء العادي"[164].

---

[159] وفى هذا الصدد تذكر :

"Or si c'est bien la nature du litige qui détermine la compétence de la juridiction administrative dans le droit commun, c'est, de même, la nature du litige soumis à l'arbitre qui doit déterminer la compétence de la juridiction administrative, lorsque celle-ci est appelée à intervenir en matière arbitrale. La compétence du juge étatique en matière arbitrale sera donc liée au *fond* du litige".

–E. Bruce, art. préc., p.71.

[160] أنظر نص المادة (19) من نظام التحكيم السعودي، والمادة (208) من قانون المرافعات القطري، والمادة (187) من قانون المرافعات الكويتي، المادة (2/54) من قانون التحكيم العماني (بالنسبة للتحكيم الوطني).

[161] أنظر المادة (2/54) من قانون التحكيم التى تنص على أنه: "تختص بدعوى البطلان (....). وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع".

[162] أنظر:

–P. Stillmunkes, L'arbitrage en droit administratif, thèse, Paris, 1960, cité par J.-D. Dreyfus, op.cit., p.469.

مشار لدى د / شريف يوسف خاطر "التحكيم فى العقود الإدارية" بحث منشور بموتمر التحكيم التجاري الدولي السادس عشر، سنة 2008، ص 295.

[163] أنظر: بالتفصيل حول موضوع الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وارتباطه بالقانون الخاص:

–A. Patrikios, op.cit., pp.166-169.

[164] أنظر:

–P. Level, note sous C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A, JCP 1989., II, n° 21323.

ولعل وجهة النظر هذه هي التي دفعت كل من المشرع المصري[165]، والبحريني[166]، والعماني[167] إلى عقد الاختصاص لجهة القضاء العادي، لإجراء الرقابة على أحكام المحكمين الصادرة في إطار التحكيم الدولي دون الأخذ في الاعتبار الطبيعة الخاصة أو الادارية للنزاع الصادر بشأنه حكم التحكيم.

وفي الواقع إن هذا الرأي الذي اتجه إلى عقد الاختصاص للقضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي يمكن التسليم به – سريعاً – ولكن في حالة ما إذا كانت الإدارة الطرف في العقد الاداري الخاضع للتحكيم من جنسية أجنبية، على اعتبار أن جهة القضاء العادي هي المختصة أصلاً بنظر تلك المنازعات في حالة غياب الاتفاق على التحكيم[168]، أما إذا كانت الإدارة الوطنية هي الطرف الآخر في النزاع، فإن هذا الاتجاه يصعب التسليم به، ذلك من منطلق أن القضاء الاداري هو القاضي الطبيعي للعقود الادارية حال غياب اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عنها.

وعلى ذلك فإن مسلك المشرع المصري – ومن اتبعه – بشأن عقد الاختصاص في مادة التحكيم الدولي لجهة القضاء العادي لإجراء الرقابة على أعمال المحكمين عموماً، وعلى الأحكام الصادرة عنهم خصوصاً – في الواقع – يعد مسلكاً عشوائياً ولا يستند إلى أي أساس أو معيار يدعمه، ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي، أهمها عقد الاختصاص للقاضي العادي للفصل في المسائل التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم وفقاً لنص المادة (46) من قانون التحكيم[169]، وقد تكون هذه

---

[165] أنظر نص المادة (2/54) من قانون التحكيم المصري على أنه: "تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون". وبالرجوع إلى نص المادة (9) تبين أن هذه المحكمة هي محكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الطرفان.

[166] فالمادة (6) من مرسوم بقانون رقم (9) لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي قد جعلت الاختصاص بإجراء الرقابة القضائية على حكم التحكيم معقوداً لمحكمة الاستئناف العليا المدنية.

[167] فالمادة (2/54) من قانون التحكيم العماني المعدل بالمرسوم رقم (2007/3) قد قررت عقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي للمحكمة الاستئناف المختصة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون"، وبالرجوع إلى نص المادة (9) تبين أن هذه المحكمة هي محكمة الاستئناف بمسقط.

[168] أنظر على سبيل المثال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بباريس بتاريخ 10 من يوليو عام 1979، إذ قررت:

"(….) que par suite les travaux, dont il s'agit, qui ne sont exécutés ni pour le compte d'une collectivité publique française, ni pour assurer le fonctionnement d'un service public français, n'ont pas le caractère de travaux publics ; qu'en outre les marchés passés à cet effet, dès lors que l'administration française n'intervient pas pour son propos compte et bien qu'ils se réfèrent à des clauses exorbitantes du droit commun, ne peuvent être regardés comme des contrats administratifs ; que dès lors la juridiction administrative est incompétente à l'égard de toutes les parties en cause".

–Trib. Adm. de Paris, 2 juillet 1979, Banque populaire de l'Ouest, Rec., p.523.

وفي ذات الاتجاه :

–Trib. Adm. de Paris, 15 avril 1975, Sieur Trolliet, Rec., p.705.

[169] أنظر: المادة (46) من قانون التحكيم التى تنص على أنه: "إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم (….)، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة (….) ليس لازماً للفصل في

المسائل متعلقة بمشروعية القرارات الادارية التي تدخل في المجال المحفوظ دستورياً للقاضي الاداري.

ولا يمكن أن نفسر هذا المسلك إلا من خلال القول إن المشرع المصري كان يقصد من وراء نصه في المادة (2/54) من قانون التحكيم على اختصاص محكمة الاستئناف بنظر دعوى بطلان أحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي هو اقتصارها فقط على حالة ما إذا كانت المنازعة الادارية محل التحكيم طرفها دولة أجنبية، على اعتبار أن القاضي العادي في هذه الحالة هو المختص بنظر ذلك النزاع حال غياب الاتفاق على التحكيم، أما إذا كان مقصده غير ذلك، فإنه من الاوفق أن يتدخل ويعيد النظر مرة أخرى في هذا الأمر، بحيث ينص على اختصاص القضاء الاداري النظر بكافة المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الادارية التي يكون طرفها الإدارة الوطنية، حتى تكون النصوص القانونية أكثر اتفاقاً وتناسقاً مع النظام القانوني السائد حالياً في الدولة والذي يقوم على مبدأ ازدواجية القضاء.

وإذا كان الباحث انتهى إلى ضرورة عقد الاختصاص لجهة القضاء الاداري بشأن إجراء الرقابة على أحكام التحكيم الاداري، فإنه يتبقى لنا في هذا المضمار تحديد المحكمة المختصة التي يجب أن ينعقد لها الاختصاص في هذا الشأن، وبخاصة في النظام المصري.

يبدو أنه من الأفضل أن تكون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع – بحسب قيمة المنازعة – هي الجهة المنوط بها إعمال الرقابة على أحكام التحكيم، بحيث ترفع الطعون أمام المحكمة المختصة التي يقع ضمن نطاقها مكان صدور حكم التحكيم، وذلك إذا ما تعلق الأمر بتحكيم وطني، أما إذا كان التحكيم دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون التحكيم المصري، فيكون الاختصاص لمحكمة القضاء الاداري بالقاهرة ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة قضاء إداري آخر في مصر، وبذلك تتاح الفرصة أمام طرفي التحكيم في الطعن في حكم التحكيم بطريق التماس إعادة النظر – في حالة فتح المشرع المصري هذا الطريق من طرق الطعن – أمام محكمة القضاء الاداري[170]، وفي الطعن على الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الاداري في دعوى البطلان أمام المحكمة الادارية العليا.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا في مصر، باعتبارها محكمة تنازع، قد فصلت في مسألة تحديد جهة القضاء المختصة بإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بصدد المنازعات الناشئة عن العقود الادارية تحت مظلة التحكيم الدولي، وذلك بمناسبة الدعوى المقامة من شركة ماليكورب ليمتد ضد وزير الطيران المدني وآخرين والتي طلبت في ختامها بتعيين جهة القضاء المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 7 من مارس عام 2006، وذلك في الدعويين المتداولتين الأولى: برقم 17464 لسنة 52 ق.ع أمام المحكمة الادارية العليا المقامة من وزير الطيران المدني، وآخر بطلب الحكم بوقف تنفيذ حكم التحكيم وفي الموضوع ببطلانه، والثانية: برقم (48) لسنة 123 أمام محكمة استئناف القاهرة المقامة أيضاً من وزير الطيران المدني وآخر بطلب الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ

موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم".

[170] إذا كان من المستقر عليه في فقه قضاء المحكمة الإدارية العليا أن الطعن بطريق التماس إعادة النظر جائز في الأحكام الصادرة عن محاكم مجلس الدولة عدا الأحكام الصادرة عنها، ومن الأحكام التي عبرت عن هذا المعنى الحكم الصادر، الطعن رقم 1993، لسنة 47 ق.ع، جلسة 2000/2/6، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى، المرجع السابق، ص138، فإنه يستفاد من ذلك أنه لا يجوز الطعن في حكم التحكيم بطريق التماس إعادة النظر أمام المحكمة الإدارية العليا.

حكم التحكيم المشار إليه وفي الموضوع ببطلانه وكان حكمها كالتالي:

وحيث إن المستقر عليه بقضاء المحكمة الدستورية العليا أن مناط قبول طلب الفصل فى تنازع الاختصاص وفقا للبند "ثانياً" من المادة (25) من قانونها، هو أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى، ولا تتخلى إحداهما عن نظرها أو تتخلى كلتاهما عنها، وشرط انطباقه بالنسبة إلى التنازع الإيجابي أن تكون الخصومة قائمة فى وقت واحد أمام الجهتين القضائيتين المتنازعتين عند رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا، مما يبرر الالتجاء إلى هذه المحكمة لتعيين الجهة المختصة بنظرها والفصل فيها.

وحيث إن المستقر عليه أيضاً فى قضاء هذه المحكمة أن تعيين الجهة القضائية المختصة فى أحوال تنازع الاختصاص – إيجابياً كان أم سلبياً – إنما يتم على ضوء القواعد التى نظم بها المشرع توزيع الاختصاص الولائي بين الجهات القضائية المختلفة تحديدا لوظيفة كل منها.

وحيث إن مبنى النزاع القائم يدور حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم المقامة دعوى بطلان الحكم الصادر فيه، وما إذا كان يندرج فى عداد التحكيمات التجارية الدولية، مما تختص محكمة استئناف القاهرة بنظر دعوى بطلانه، أم أن ذلك التحكيم يتعلق بعقد من العقود الادارية ويؤول نظر دعوى بطلان الحكم فيه إلى المحكمة الادارية العليا باعتبارها محكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة أصلا بنظره.

وحيث إن المواد (2، 3، 9، 2/54) من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 تنص على الآتي:

(مادة 2) يكون التحكيم تجارياً فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية.

(مادة 3) يكون التحكيم دولياً فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك فى الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل اقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة:

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(ج) المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع.

(مادة 9) (1) يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر.

(2) وتظل المحكمة التى ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم.

(مادة 2/54) تختص بدعوى البطلان فى التحكيم التجارى الدولي المحكمة المشار إليها فى المادة (9) من هذا القانون، وفى غير التحكيم التجارى الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع".

وحيث إن البين من مجموع النصوص القانونية المتقدمة التى نظم بها المشرع شؤون التحكيم التجارى الدولي، أن التحكيم يكون تجارياً إذا تعلق بعلاقة قانونية ذات طابع اقتصادي أورد لها المشرع عدة أمثلة فى المادة الثانية، كما يكون التحكيم دولياً، إذا تعلق النزاع بالتجارة الدولية وفى أربع حالات حددها المشرع على سبيل الحصر فى المادة الثالثة من القانون رقم (27) لسنة 1994 السابق ذكره، من بينها أن يكون المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، أو أن يتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

لما كان ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق، أن عقد الامتياز المبرم بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى بصفتها مانحه الامتياز، وشركة ماليكورب المحدودة بصفتها صاحبة حق الامتياز، يتعلق بإنشاء وتشغيل واستغلال مطار رأس سدر بنظام (B.O.T.) لفترة معينة يتم بعدها إعادة مشروع المطار للدولة، ووفقاً لما سلف، فإنه وإن كان هذا العقد من عقود التزام المرافق العامة، بما يندرج فى عداد العقود الادارية، إلا أنه فى ذات الوقت يصطبغ بصبغة اقتصادية محضة، وتم إبرامه لتنظيم علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، وهو ما أفصح عنه الطرفان المتعاقدان فى إطار بيان حقوقهما والتزاماتهما المتبادلة، بالنص صراحة فى المادة (1/21) على أن هذا العقد يعتبر عقداً قانونياً مدنياً، وهو ما يتعذر معه النأي بالتحكيم الذى تضمنه هذا العقد عن الخضوع لأحكام المادة الثانية من القانون رقم (27) لسنة 1994 السالفة الذكر.

وحيث إن العقد السالف البيان انطوى فى المادة (21-3-3) على شرط التحكيم – أيا كان وجه الرأى فيه – لتسوية أى نزاع قد يثور بين طرفيه ويتعذر حله ودياً، وبمقتضى هذا الشرط، يلجأ طرفا العقد إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لإصدار قرار ملزم، لما كان ذلك، وكان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفي التحكيم المذكور يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام العقد– وفقاً للثابت به– واتفق الطرفان المشار إليهما على اللجوء إلى مركز تحكيم يقع مقره بجمهورية مصر العربية، وتبعاً لذلك فقد توفر للتحكيم محل النزاع الماثل شرط التحكيم الدولي الوارد بالمادة الثالثة من القانون رقم (27) لسنة 1994.

لما كان ما تقدم، وكان من المقرر أن الأصل العام هو اختصاص القضاء الاداري بالفصل فى المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو أى عقد اداري آخر وفقاً لنص المادة (11/10) من القانون رقم (47) لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة، إلا أن المشرع استثنى من هذا الأصل العام دعوى بطلان حكم التحكيم الذى يصدر نفاذا لمشارطة تحكيم وإن تضمنها عقد اداري، متى كانت ذات طبيعة تجارية دولية، وفق التعريف المحدد لذلك فى المادتين (2)، (3) من القانون رقم (27) لسنة 1994، تعهد بتلك الدعوى إلى محكمة استئناف القاهرة بصريح نصوص المواد (1/9)، (1/53– أ)، (2/54) من القانون السالف البيان.

وحيث إنه ترتيباً على ما تقدم، تكون المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر بتاريخ 2006/3/7 من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولي فى الدعوى رقم (382) لسنة 2004، هى محكمة استئناف القاهرة، وبذلك فقد حسمت المحكمة الدستورية الأمر أخيرا وأعطت الأختصاص

بتعيين محكمة استئناف القاهرة جهة مختصة بنظر النزاع وحدها[171].

المطلب الثاني: سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم

يقتصر دور المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان على الرقابة القانونية وذلك للتاكد من مدى صحة شرعية أو عدم شرعية حكم التحكيم ومدى صدوره وفقاً للقواعد القانونية التى نص عليها القانون ومدى التزام هيئة التحكيم بالقواعد المنصوص عليها فى القانون ومن ثم تقرير بطلانه من عدمه[172].

وقد مرّ القضاء المصري بمرحلتين فى هذا الخصوص:

المرحلة الأولى: هى المرحلة السابقة على صدور القانون (27) لسنة 1994 المعدل بالقانون (9) لسنة 1997 وكان دور القضاء الاداري فى هذه المرحلة منحصراً فى إطار نظر الطعون ببطلان حكم التحكيم المقدمة من جانب الإدارة فى شروط التحكيم، وقد اتجهت غالبية أحكامه فى هذه المرحلة على قبول الطعن والحكم ببطلان شرط التحكيم الوارد فى هذه الطائفة من العقود، تأسيساً على المبدأ السائد وهو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم فى العقود الادارية وخاصة مع انعدام النص التشريعي القاطع بجواز مبدأ التحكيم فى تلك العقود[173].

وذلك فضلاً عن اتجاه غالبية الفقه – أنذاك – إلى رفض مبدأ التحكيم فى العقود الادارية إما بإدعاء تعارضه مع سيادة الدولة، أو لما يمثل من اعتداء على اختصاص القضاء الاداري.[174]

ومع ذلك فقد صدرت بعض الآراء التى أجازت مبدأ التحكيم فى العقود الادارية، فضلاً عن حكم المحكمة الادارية العليا الذى أتيح فيه للمحكمة أن تتصدى للفصل فى دعوى بطلان شرط التحكيم الوارد بإحدى العقود الادارية[175]، وقد أسس المدعى دعواه بالبطلان على خلو شرط التحكيم من تعيين أشخاص

---

[171] أنظر: حكم محكمة الدستورية العليا قي القضية رقم 47، لسنة 31 ق "تنازع"، جلسة 2012/1/15، منشور بالموقع الرسمى للمحكمة الدستورية العليا: .http:hccourt.gov.eg

[172] أنظر: د/ أشرف خليل حماد "التحكيم فى المنازعات الإدارية"، المرجع السابق، ص 250، د/ محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 234، د/ عبد العزيز طاهر ملا "الاجراءات الوقتية والتحفظية فى التحكيم"، مجلة المحامي، الكويت، السنة 23، يوليو – سبتمبر، سنة 1999، ص 311.

[173] أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر، الطعن رقم 3049، لسنة 32 ق، جلسة 1990/2/20، حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 5837، لسنة 44 ق، جلسة بتاريخ 1990/9/9، حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 5439، لسنة 43 ق، جلسة 1991/1/30، منشورين لدى د/ محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي فى منازعات العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 238.

[174] أنظر: د/ أحمد الشلقاني "التحكيم فى عقود التجارة الدولية"، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة العاشرة، سنة 1996، ص 83، د/ محمد كمال منير "مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري فى العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 330، د/ جورجي شفيق ساري "التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات الإدارية فى مجال العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 104، د/ جابر جاد نصار"العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 237.

[175] أنظر: حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم 886، لسنة 30 قضائية، جلسة بتاريخ 1994/1/18، مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية للفتوى والتشريع، الجزء الأول من اكتوبر 1955 – سبتمبر 1997، ص 145 وما بعدها، حكم محكمة القضاء الادارى، الدعوى رقم 4188، لسنة 48 ق، دائرة منازعات الافراد (ب)، جلسة 1996/1/28، حكم غير منشور.

المحكمين فضلاً عن أن عددهم ليس وترا ورغم أن الأمر فى هذه الدعوى لا يتعلق بطلب بطلان حكم تحكيمي، وإنما بمجرد طلب بطلان شرط التحكيم إلا أن المحكمة الادارية العليا انتهت إلى رفض طلب الطاعن لثبوت عدم صحة الأسانيد التى دعم بها دعواه وأيدت محكمة القضاء الاداري فيما انتهت إليه[176].

أما المرحلة الثانية: فهى اللاحقة لصدور قانون التحكيم الحالي:

ونعتقد أن الدور الرقابى للقضاء الاداري فى هذه المرحلة الحالية لن يضع مسألة جواز أو عدم جواز التحكيم فى العقود الادارية فى بؤرة اهتمامه بعد حسمها تشريعياً، وإنما سيمتد أو سيتطرق إلى بطلان حكم التحكيم إذا شابه سبباً من الأسباب التى تؤدى به إلى البطلان.

وبهذا الصدد يُثار التساؤل حول سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، وهل يقتصر دورها على مجرد القضاء ببطلان الحكم التحكيمي أو صحته، ومن ثم رفض الدعوى وكفى، أم يتعدى ذلك إلى معاودة النظر والترجيح فى هذا الحكم من كافة جوانبه الواقعية والقانونية؟ وفي حالة ما إذا قضت ببطلان حكم التحكيمي هل يمكنها التصدى للفصل فى موضوع النزاع أم لا ؟

وفى معرض الإجابة على الشق الأول من التساؤل يجب أن نوضح أن جمهور الفقهاء يرى أن دعوى البطلان طبقاً لصريح النص التشريعي لا تعد طريقاً من طرق الطعن فى الأحكام العادية منها أو غير عادية، لأنها لا تعدو كونها طريقاً خاصاً للطعن فى أحكام المحكمين قصد به المشرع مراجعة تلك الأحكام للتأكد من صحتها أو بطلانها[177]، ومن ثم فإنه توجه الحكم كعمل قانونى بصرف النظر عما يتضمنه من خطأ فى التقدير، ولهذا فإن العيوب التى يجوز الاستناد إليها لرفع دعوى البطلان يتعين أن تكون عيوباً إجرائية، إذا هى وحدها التى تؤدى إلى بطلان الحكم، بينما الخطأ فى التقدير – أى مخالفة القانون أو ا–لخطأ فى تطبيقه أو تأويله – مهما كانت جسامته فلا يفضي لبطلان الحكم، ومن ثم فلا يجيز رفع دعوى ببطلانه[178].

ومقتضى ذلك ولازمه أن المحكمة التى تنظر دعوى البطلان ليس لها أن تتعرض لموضوع حكم التحكيم حتى ولو أخطأ المحكم فى تطبيق القانون أوتفسيره أو تأويله، أو أخطأ فى عرض واقعات النزاع أو تقدير الأدلة والمستندات التى قدمها الخصوم، حيث يقتصر دور المحكمة التى تفحص دعوى البطلان على القضاء ببطلان الحكم التحكيمي أو صحته دون التعرض لموضوع النزاع لأن القول بغير ذلك لا يتفق مع الفلسفة التى يقوم عليها نظام التحكيم[179]، فأسباب الطعن بالبطلان أوردها المشرع على سبيل الحصر، ومن ثم فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها بإضافة أسباب أخرى موضوعية، وإن كان ذلك لا يحول دون المحكمة – وهى بصدد الفصل فى صحة أو خطأ السبب الذى يثيره المدعى لإبطال حكم التحكيم – أن تفحص بعمق كافة المسائل الواقعية والقانونية المتعلقة بأسباب

---

[176] أنظر: د/ محمد نور شحاتة "الرقابة على أعمال المحكمين"، دار النهضة العربية، سنة 1993، ص 319، د/ محمد محمد بدران، "مذكرات فى حكم التحكيم "، دار النهضة العربية، سنة 1999 ص 153.

[177] أنظر: د/ أحمد السيد الصاوي " التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 1994"، المرجع السابق، ص 220، د/ حفيظة السيد الحداد "الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم"، المرجع السابق، ص 91.

[178] أنظر: د/ فتحي والي "الوسيط فى قانون القضاء المدني"، المرجع السابق، ص 1019، د/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 237.

– د/ مختار بربري "التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص 241، د/ أحمد شرف الدين "سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم "، المرجع السابق، ص 78 ومابعدها.

[179] أنظر: د/ خالد أحمد حسن "بطلان حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 562 – 563.

البطلان التى يثيرها الطاعن والتى من شأنها استظهار وجه الطعن والفصل فى الدعوى[180] دون أن يمتد ذلك لمدى صحة الحكم أو عدالته فيما قضى به من حيث الموضوع.

وقد ساير القضاء المصري الاتجاه الفقهي السابق حيث ذهبت محكمة النقض المصرية بأحد أحكامها إلى القول بأن: الحكم الطعين إذا كان قد قضى ببطلان حكم المحكمين على سند من خطأ الأخير فى احتساب مدة التقادم اللازمة للتملك بالتقادم الطويل، ولم يفطن إلى أن المشرع حدد أسباب بطلان حكم المحكمين وأوردها على سبيل الحصر، ولما كان استخلاص توافر مدة التقادم من سلطة هيئة التحكيم وتتعلق بفهم الواقع فى النزاع المطروح، وكان المشرع لم يجعل خطأ حكم المحكمين فى استخلاص وقائع النزاع من الأسباب التى تجيز طلب إبطال الحكم، فإن الحكم ببطلان حكم المحكمين للخطأ فى احتساب مدة التقادم فأنه يكون معيباً[181].

وقد أكدت محكمة استئناف القاهرة، المعانى السابقة بقولها "... أن المشرع قد فتح الباب أمام المحكوم ضده لإقامة دعوى بطلان حكم التحكيم لأسباب حددها على سبيل الحصر، ومؤدى ذلك أن تلك الدعوى لاتتسع لإعادة النظر فى موضوع النزاع أو تعييب ماقضى به حكم التحكيم فى شأنه، فلا تمتد سلطة القاضى فيها إلى مراجعته الحكم المذكور وتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم فى فهم الواقع وتكييفه، أو فى تفسير القانون وتطبيقه....،[182] وفي حكم آخر، حديث نسبي بتاريخ 2006/2/7، أكدت ذات المحكمة أن النعي على الحكم التحكيمي بالقصور فى التسبيب ومخالفة القانون بمقولة انتفاء توافر شرائط المسؤولية التقصيرية بكون أرض النزاع مملوكة للدولة وتعد أموالاً عامة لا يجوز تملكها بالتقادم، فإن هذا النعي إن صح أن يكون سبباً للطعن على الحكم إن كان يجوز الطعن عليه بغير دعوى البطلان، فإنه لا يصح أن يكون سبباً للطعن بالبطلان، ذلك أن الخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب ليس من أسباب البطلان التى أوردها المشرع فى المادة (53) من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 على سبيل الحصر[183].

وبذلك لم يأخذ المشرع بالنص الوارد فى قانون المرافعات الفرنسي (1485) فالمشرع الفرنسي يعطى المحكمة المختصة بالفصل فى دعوى البطلان سلطة الفصل فى الموضوع بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم[184].

---

[180] أنظر: د/ بليغ حمدي محمود "الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية"، المرجع السابق، ص 299، د/ محمد نور شحاتة "الرقابة على أعمال المحكمين"، المرجع السابق، ص 337، د/ محمد أحمد عبد النعيم "حدود الرقابة القضائية على أحكام التحكيم"، المرجع السابق، ص 241.

[181] أنظر: حكم محكمة النقض، الطعن رقم 6752، لسنة 62 ق، بجلسة 2000/2/24، مجموعة المكتب الفني، الجزء 51، ص 350.

[182] أنظر: حكم محكمة الاستئناف الدائرة (91 تجاري) فى الدعوى التحكيمية رقم 70 لسنة، 119 ق، جلسة 2002/1/27، حكم غير منشور، كذلك حكمها فى الدعوى التحكيمية رقم 64 لسنة 120 ق، جلسة 2004/2/28، حكم غير منشور.

[183] أنظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة (7 – تجاري)، الدعوى التحكيمة رقم 1 لسنة 122 ق، جلسة 2006/2/27، حكم غير منشور.

[184] أنظر: المادة (1485) مرافعات فرنسي (باب التحكيم) رقم (500/81) الصادرة فى 12 مايو 1981 على: عندما تبطل محكمة الإستئناف حكم التحكيم، فإنها تفصل فى الموضوع فى حدود المهمة المعينة للمحكم ما لم يتفق الإطراف على خلاف ذلك.

"Lorsque la juridiction saisie d'un recours en annulation annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire de toutes les parties".

وللمزيد من التفاصيل حول حدود سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان أنظر:

–Robert (J) "L'arbitrage droit intere, droit international prive ", op.cit. 202.

فالمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان لا تنظرها باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي، حيث أن دعوى البطلان ترفع ابتداء بصورة أصلية باعتبارها قضية جديدة غير التى فصل فيها حكم التحكيم محل دعوى البطلان، إذ تقوم هذه المحكمة إما برفض دعوى البطلان وتأييد حكم التحكيم وإما بقبولها وإبطال هذا الحكم[185].

وينتهى دور المحكمة المختصة عند الفصل ببطلان الحكم ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك، فيترك لهم حرية اختيار الطريق الذي يرونه مناسباً لحل النزاع فقد يفضلون اللجوء إلى التحكيم مرة أخرى باتفاق جديد أو اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفقاً للقواعد العامة[186].

وقد أرست محكمة استئناف القاهرة فى حكم لها مجموعة من القواعد التى تحدد حدود طريق الإبطال وأسسه، وتحديد ما إذا كان يشكل طريقا استئنافياً أم استثنائياً ويحدد ما إذا كانت مراجعة الابطال هى درجة ثانية من درجات المحاكمة أم لا، وكرست المحكمة مجموعة من القواعد الآتية[187]:

(1) إن رقابة قاضي البطلان لا تتسع لتقدير مدى ملاءمة سلامة أو صحة الأسباب التى استند إليها المحكمون فى قضائهم بشان الاعتراض.

(2) إن دعوى بطلان حكم المحكمين لا تتسع لإعادة النظر فى موضوع النزاع أو تعييب ما قضي به.

(3) لا تمتد سلطة القاضي إلى مراجعة وتقدير ملائمة أمر حسن تقدير المحكمين، وصواب أو خطأ اجتهادهم سواء فى فهم الواقع أو تكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه، أو مدى سلامة أو صحة أسبابه لأن ذلك مما يختص به قاضي الاستئناف لا قاضي البطلان.

(4) إن أسباب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها فى المادة (53) من قانون التحكيم قد وردت على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها أو التوسع فى تفسيرها، ومن ثم فإن خطأ هيئة التحكيم فى القضاء فى مسالة مخالفة الالتزام باللجوء أولا إلى وسيلة التوفيق لحل النزاع قبل سلوك طريق التحكيم لا يعد من أحوال البطلان المنصوص عليها فى المادة (53) والقول بغير ذلك يتضمن إنشاء سبب

–Fouchard(Ph) & Goldman (B) & Gaillard(E) "Traite de L’arbitrage commercial international", op.cit, 936.

[185] أنظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة 63 تجاري، الدعوى رقم (60) لسنة 113 قضائية، جلسة 1997/3/19، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة 41، أبريل – يونيو، ص 659.

– د/ خالد أحمد حسن "بطلان حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 562–563.

[186] أنظر: د/ السيد عبد العال تمام "مبدأ المواجهة فى خصوم التحكيم"، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص 245، د/ أشرف خليل حماد "التحكيم فى المنازعات الإدارية"، المرجع السابق، ص253، د/ مختار بربري "التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص 257.

[187] أنظر: حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة 91 تجاري)،الدعوتين رقمى(93) ، (94)، لسنة 123 ق تحكيم، جلسة 2007/5/30، مشار إليهما سابقاً لدى م.د/ برهان أمر الله "حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 138، حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم (66)، لسنة 123 ق. تحكيم، جلسة 2007/2/27، حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة 91 تجاري)، الدعوى رقم(116)، لسنة 121ق. تحكيم، جلسة 2005/4/27، منشورين بمجلة التحكيم العربي، العدد العاشر سبتمبر 2007، ص 341.

جديد لبطلان حكم المحكمين لم يقرره المشرع أو يقصد إليه[188].

(5) إن طلب صاحب الشأن (المدعية) فى طلب الابطال قد سقط لعدم إبدائه فى وقت معقول وفقا لنص المادة (8) من قانون التحكيم المصري وذلك لأنها قد استمرت فى إجراءات التحكيم مع علمها بوقع المخالفة[189].

بيد أن الباحث لا يساير النظر الفقهي والقضائي السابق على إطلاقه بصدد الخطأ فى تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله، ذلك أن الخطأ فى تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله وإن كان لا يعد من قبيل أسباب دعوى البطلان التى أوردها المشرع على سبيل الحصر فى المادة (53) من قانون التحكيم، إلا أنه يتعين ملاحظة أن المسخ أو إهمال المحكم فى تطبيق القانون أو تشويهه لنصوصه يعادل استبعاد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بحيث يمكن اعتباره من بين الأسباب التى تجيز رفع دعوى البطلان من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن دعوى البطلان وإن كانت طريقاً خاصاً للطعن فى أحكام التحكيم، وأن المحكمة المختصة بنظرها لا تعد محكمة استئنافية لهيئة التحكيم بحيث لا تنتقل إليها خصومة التحكيم بحالتها، ومن ثم فلا يكون لها سلطة تقدير واقعات النزاع وإبداء الرأي القانوني بشأنها أو معاودة النظر والترجيح فيما فصل فيه الحكم التحكيمى، إلا أن كل ذلك لا ينفي حق المحكمة فى أن تفحص بعمق وهى بصدد فحص أسباب الطعن بالبطلان المسائل الواقعية والقانونية التى من شأنها استظهار وجه الطعن، والتى لا يمكن بدونها الفصل فى دعوى البطلان وعليه فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يتدخل لتعديل أسباب الطعن بالبطلان بإضافه حالات الخطأ فى تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله لتشمل عيوب الحكم الإجرائية والموضوعية على السواء

---

[188] أنظر: نص المادة (53) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 التى تنص على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية:

- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للأبطال أو سقط بإنتهاء مدته.
- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذى يحكم أهليته.
- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.
- إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.
- إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر فى الحكم.

وتقضي المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية.

[189] أنظر: المادة (8) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 التى تنص على أنه "إذا استمر أحد طرفى النزاع فى إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط فى اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته، ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة فى الميعاد المتفق عليه أو فى وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولا عن حقه فى الاعتراض".

بما يكفل رقابة قضائية فعالة على أحكام التحكيم بما يتيح للمحكمة التى تنظر دعوى البطلان معاودة النظر والترجيح فيما فصل فيه الحكم التحكيمى فى ضوء ظروف وملابسات النزاع، وإنزال حكم القانون عليها لاسيما فى التحكيم بالقانون، دون التحكيم طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف، ونقترح أن يكون هذا التعديل بإضافة فقرة ثالثة للمادة (53) من قانون التحكيم نصها كالتالي: "يجوز الطعن بالبطلان إذا كان مبنى الطعن مخالفته للحكم التحكيمي للقانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تفسيره، ما لم تكن هيئة التحكيم مفوضة بالحكم طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف، كما يجوز الطعن بالبطلان إذا كان حكم التحكيم متعارضاً مع حكم قضائى نهائي أو مع حكم تحكيم نهائي آخر صدر بين الخصوم أنفسهم فى ذات موضوع النزاع".

وفيما يتعلق بالشق الثاني من التساؤل والمتعلق بمدى إمكانية تصدي المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان للفصل فى موضوع النزاع محل التحكيم إذا ما قضت ببطلان حكم التحكيم، فقد انقسم الفقه بصدد الإجابة عليه إلى إتجاهين، نحا أولها صوب القول بانحصار دور المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان فى مجرد إبطال الحكم التحكيمى دون التطرق للفصل فى موضوع النزاع احتراماً لإرادة الأطراف الذين قد يفضلون العودة للتحكيم بعد تلافي أوجه البطلان، أو اللجوء إلى القضاء من أول درجاته إلى منتهاها[190]، وهو ما اعتنقه المشرع المصري فى قانون التحكيم حيث لم يجز للمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان التصدى للفصل فى موضوع النزاع بعد الحكم ببطلان حكم التحكيم، وذلك خلافاً للمشرع الفرنسي الذى تبنى حلاً عكسياً بمقتضى المادة (1485) من قانون الإجراءات المدنية الجديد مفاده تصدي المحكمة التى تنظر النزاع فى الحدود التى كان يملكها المحكم – هيئة التحكيم – ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، أي ما لم يتفق الأطراف على استبعاد سلطة القضاء والتمسك بالتحكيم[191].

بينما ولى رأي فقهي آخر[192] – يميل الباحث لتأييده – وجهة شطر القول بإمكانية تصدي المحكمة التى تنظر دعوى البطلان للفصل فى موضوع النزاع محل التحكيم حال قضائها بإبطال حكم التحكيم – مالم يتفق الأطراف على التمسك بالتحكيم – اختصاراً للوقت والجهد، وحسماً للنزاع بشكل سريع، فضلاً عن منع دعاوى البطلان الكيدية التى تبتغى تعطيل الفصل فى النزاع[193].

ومن ثم فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يتدخل لتعديل نص المادة (54) من قانون التحكيم بإضافة فقرة ثالثة لها بما يسمح للمحكمة التى تنظر دعوى البطلان بالتصدى للفصل فى موضوع النزاع فى الحدود التى كانت متاحة للمحكمين، وهو ما يتفق والفلسفة التى يقوم عليها التحكيم تدعيماً لفاعليته وفاعلية الرقابة القضائية عبر مراحله المختلفة، ونقترح أن يكون نص تلك الفقرة على النحو التالي "إذا قضت المحكمة ببطلان الحكم التحكيمى وجب عليها الفصل فى موضوع النزاع فى الحدود التى

---

[190] أنظر: د/ على سالم إبراهيم "ولاية القضاء على التحكيم"، المرجع السابق، ص 372، د/ مختار بربري "التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص 257.

[191] أنظر:

–Rivier (M-C) "L’arbitrage la decision arbitral voies de recours", J.CL, Proc, Civ. Fasc.1046 N62.

[192] أنظر: د/ عزمي عبد الفتاح "دعوى بطلان حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 108، د/ محمد بدران "مذكرات فى حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 166، د/ محمد أحمد عبد النعيم "الرقابة القضائية على حكم التحكيم"، المرجع السابق، ص 240، د/ خالد أحمد حسن " بطلان حكم التحكيم "، المرجع السابق، ص 586 –587.

[193] أنظر:

–Robert (J) "L’arbitrage en matier international", op.cit, P.214.

كان يملكها المحكم – أو هيئة التحكيم – مالم يتفق الأطراف على غير ذلك".

بيد أن تداعى المنطق يطرح تساؤلاً آخر حول مدى جواز الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى البطلان فى منازعات العقود الادارية؟

وفيما يتعلق بالإجابة على التساؤل الذى طرحناه فإن الباحث يرى خضوع الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الاداري فى دعاوى بطلان أحكام التحكيم للطعن أمام المحكمة الادارية العليا وبالمخالفة لنص المادة (52) من قانون التحكيم[194]، أما بالنسبة للأحكام الصادرة من المحكمة الادارية العليا حال اختصاصها بنظر دعوى البطلان فلا يمكن الطعن فيها بأى طريقة من طرق الطاعن، شأنها فى ذلك شأن الأحكام الصادرة من محكمة النقض، الأمر الذى يتعين معه تدخل المشرع لتعديل المادة(54) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 بإضافة فقرة ثالثة لها نصها كالتالي: (3) – وبالنسبة للتحكيم فى المنازعات الادارية ينعقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان للمحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى، على أن تختص محكمة القضاء الاداري بالقاهرة بنظر تلك الدعوى بالنسبة للعقود الادارية ذات الطابع الدولي أو أي محكمة قضاء اداري أخرى يختارها الخصوم، وتختص محكمة القضاء الاداري المختصة مكانياً بنظرها بالنسبة للعقود الادارية الداخلية.

ويرى الباحث أخيراً أن يتم تحديد دائرة متخصصة بمحكمة القضاء الاداري بالقاهرة – ومحاكم القضاء الاداري الأخرى – لنظر دعاوى البطلان فى منازعات العقود الادارية ضماناً لتوحيد المبادىء القانونية بهذا الصدد، ومنعاً لتضارب الأحكام المتعلقة بالتحكيم الاداري، وهو الأمر الذي يتلافى القصور والتخبط التشريعي بقانون التحكيم الحالي، والأفضل من ذلك كله أن يبادر المشرع المصري بإصدار قانون خاص بالتحكيم فى المنازعة الادارية يراعى خصوصية تلك المنازعات وطبيعة روابط القانون العام على أن يهتدى فى ذلك بأحكام قانون التحكيم الحالي بما لا يتعارض وطبيعة روابط القانون العام وهو ما يجري الإعداد له فى فرنسا حالياً طبقاً مجموعة العمل المكلفة بوضع تصور لمشروع قانون التحكيم فى المجال الاداري[195].

الخـاتـمـة و الـتـوصـيـات

رأينا في هذا البحث القائمين على التحكيم يمارسون مهمتهم ذات الطبيعة القضائية فى إطار من الاستقلال عن السلطة القضائية إلا أن ذلك لا يعنى انفصاله التام عن هذه الولاية فى صورتين الأولى: هى رقابة القضاء على إجراءاتها والثانية: هى الدور المساعد الذى يحقق للتحكيم فاعليته فإن القضاء هو الذى يكفل المناخ الملائم كى يحقق التحكيم هدفه فى حل المنازعات من خلال دوره المساعد فى احتواء ومواجهة ما يصادف إجراءات التحكيم من عقبات، وإضفاء القوة التنفيذية على حكم التحكيم أو من خلال دوره الرقابى المتمثل فى التحقق من انتفاء أية موانع تحول دون تنفيذ هذا الحكم والفصل فى الطعون المقدمة ضده.

فرقابة القضاء على أعمال التحكيم تحقق التوازن بين المصلحة الخاصة لأطراف التحكيم فيما يتاح لهم من إرادة واضحة فى اختيار محكميهم من جانب، فضلاً عن المرونة والسرعة فى استصدار الأحكام الفاصلة فى منازعاتهم من جانب أخر، وبين المصلحة العامة التى تتمثل فى احتفاظ الدولة بسلطة الرقابة على أعمال المحكمين وما يتيحه ذلك من حماية للكيان المنفرد للعقد الاداري والمصلحة العامة التى يعبر عنها قدر الامكان.

وفى خاتمة ما استعرضناه يجدر بنا أن نوصي بما يلي:

---

[194] أنظر: المادة (1/52) من قانون التحكيم التى تنص على أنه "لا تقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية".

[195] أنظر:

–Rapport du Groupe de travial sur; arbitrage en matier administrative, Rev-arb, 2007, P.651 -672.

أولاً: إعادة النظر فى إسناد الإختصاص بالفصل فى دعوى البطلان إلى محكمة الدرجة الثانية إلى تتبعها المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع وجعل هذا الأمر من اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وبإجراءات ميسرة، ويأتي هذا الاقتراح لمواجهة بعض العقبات القانونية التى يمكن أن يثيرها تطبيق ذلك فيما لو كانت محكمة القضاء الاداري هى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع فهل ستتولى المحكمة الادارية العليا رغم كونها محكمة نقض أساساً نظر دعوى البطلان والفصل فيها.

ثانياً: أن يكون اللجوء إلى التحكيم إختيارياً وليس اجبارياً بما لا يجعله مثاراً للطعن بعدم الدستورية.

ثالثاً: نهيب بالمشرع المصري أن يتدخل لتعديل أسباب الطعن بالبطلان بإضافه حالات الخطأ فى تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله لتشمل عيوب الحكم الإجرائيه والموضوعية على السواء بما يكفل رقابة قضائية فعالة على أحكام التحكيم بما يتيح للمحكمة التى تنظر دعوى البطلان معاودة النظر والترجيح فيما فصل فيه الحكم التحكيمى فى ضوء ظروف وملابسات النزاع، وإنزال حكم القانون عليها لاسيما فى التحكيم بالقانون، دون التحكيم طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف، ونقترح أن يكون هذا التعديل بإضافة فقرة ثالثة للمادة (53) من قانون التحكيم نصها كالتالي: "يجوز الطعن بالبطلان إذا كان مبنى الطعن مخالفته الحكم التحكيمى للقانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تفسيره، ما لم تكن هيئة التحكيم مفوضة بالحكم طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف، كما يجوز الطعن بالبطلان إذا كان حكم التحكيم متعارضاً مع حكم قضائى نهائي أو مع حكم تحكيم نهائي آخر صدر بين الخصوم أنفسهم فى ذات موضوع النزاع".

رابعاً: نهيب بالمشرع المصري أن يتدخل لتعديل نص المادة (54) من قانون التحكيم بإضافة فقرة ثالثة لها بما يسمح للمحكمة التى تنظر دعوى البطلان بالتصدي للفصل فى موضوع النزاع فى الحدود التى كانت متاحة للمحكمين، وهو ما يتفق والفلسفة التى يقوم عليها التحكيم تدعيماً لفاعليته وفاعلية الرقابة القضائية عبر مراحله المختلفة، ونقترح أن يكون نص تلك الفقرة على النحو التالي "إذا قضت المحكمة ببطلان الحكم التحكيمى وجب عليها الفصل فى موضوع النزاع فى الحدود التى كان يملكها المحكم – أو هيئة التحكيم – مالم يتفق الأطراف على غير ذلك".