

استنفاد ولاية الفصل في الدعوى بين النظرية والتطبيق

في مجالي القضاء والتحكيم

دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة في

القانون المصري والنظام السعودي

دكتور

محمود علي عبدالسلام وافي

أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة عين شمس

أولاً تحديد إشكالية الدراسة

بالرغم من أهمية فكرة الولاية كأساس لمباشرة العضو القضائي وظيفته القضائية، وكذا مباشرة المُحَكِّم لمهمته التحكيمية إلا أن كثيراً من الإشكالات العملية تعترض التطبيق الصحيح والمنضبط لهذه الفكرة.

ويبدو الإشكال أكثر وضوحاً وأوسع نطاقاً في رحاب النظام القضائي السعودي، إذ جرى العمل على تقديم الاعتراض على الحكم للمحكمة التي أصدرته لتعيد النظر في الحكم في ضوء الاعتراض قبل أن ترفعه لمحكمة الاعتراض، ويكون لها في هذه المرحلة تعديل حكمها إذا اقتضت بأوجه الاعتراض عليه ولا ترفعه من ثم لمحكمة الاعتراض، وهو ما يصطدم بفكرة استنفاد الولاية.

بل إن محكمة الاستئناف -في النظام القضائي السعودي- إذا تراءى لها عدم صحة الحكم محل الاعتراض أو عدم عدالته تبدي عليه ما تراه من ملاحظات وتعيده مرة أخرى للمحكمة التي أصدرته لإعادة نظره في ضوء ما ارتأته محكمة الاستئناف من ملاحظات، وهو ما يتجاوز حدود الاصطدام بفكرة استنفاد الولاية ليتعارض مع مبدأ الأثر الناقل للاستئناف.

فما سبب الخروج على فكرة استنفاد الولاية في النظام السعودي مقارنة بالقانون المصري تحديداً، وما تقييمه؟ وما هو مصيره في ظل التطور التنظيمي المتلاحق؟.

هذا، ونظرًا لما يلعبه التحكيم من دور هام لم يعد يقل عن دور القضاء في حسم المنازعات، فإن تساؤلًا يطرح نفسه على بساط البحث يكمن في: ما حدود استفاد الولاية في مجال التحكيم؟، وهل توجد في التحكيم نفس إشكالات الولاية القائمة في المجال القضائي؟.

إن محل هذه الأسئلة هو جوهر إشكالية هذه الدراسة، كما أن إيجاد إجابات منضبطة لها هو هدف هذه الدراسة.

ثانيًا أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تأصيل فكرة استفاد الولاية، ورصد إشكالاتها، وتحليل النظام القانوني لها، للوقوف على إجابات محددة لما تضمنته إشكالية الدراسة من تساؤلات، سواء في خصوص القضاء أو التحكيم، وفي إطار المقارنة بين القانون المصري والنظام السعودي.

ثالثًا تمهيد وتقسيم

الولاية القضائية هي الوسيلة الإجرائية التي يتم من خلالها تحديد ما يدخل في الوظيفة القضائية للدولة، وتوزيع هذه الوظيفة بين جهتي القضاء العادي والإداري في الدول التي تأخذ بازدواجية الجهاز القضائي.

وكي يباشر العضو القضائي وظيفته على نحو صحيح فلا يكفي توافر السلطة والصلاحيات بل يلزم فضلاً عن ذلك أن تثبت له الولاية القضائية على ما يتولى نظره والفصل فيه.

أما ولاية التحكيم فنستطيع وصفها بالوسيلة الإجرائية التي يتم من خلالها تحديد ما يدخل في مجال التحكيم، ومن ثم حسمه عن طريق التحكيم بدلاً عن القضاء، مع رسم نطاق التداخل بين القضاء والتحكيم من خلال ما يقوم به القضاء من دور داعم للتحكيم من خلال تدخله بالمساعدة والرقابة.

وتحديداً لموضوع بحث "استنفاد ولاية الفصل في الدعوى" ينبغي علينا التمييز أولاً بين "ثبوت الولاية" و"بقاء الولاية" و"امتداد الولاية" من ناحية، وبين "انتفاء الولاية" و"زوال الولاية" و"استنفاد الولاية" من ناحية أخرى.

فثبوت الولاية يقصد به تحقق المفترضات اللازمة لاتصال العضو القضائي أو هيئة التحكيم بالدعوى.

بيد أن انتفاء الولاية ينصرف إلى خروج الدعوى عن الوظيفة القضائية للدولة (انتفاء مطلق) أو عن ولاية جهة قضائية معينة ودخولها في ولاية جهة قضائية أخرى داخل ذات الدولة (انتفاء نسبي)، ولكون العضو القضائي هو المنوط به مباشرة الوظيفة القضائية للدولة فإن دخول دعوى معينة في هذه الوظيفة يعني في ذات الوقت وبذات القدر دخولها في ولاية العضو القضائي بصفة عامة، وإن كان

هذا لا يحول دون انتفاء ولاية قاضي بعينه وثبوت ولاية قاض آخر بحسب الجهة القضائية التي يتبعها ومدى ثبوت ولايتها على الدعوى، كما أن خروج دعوى ما عن الوظيفة القضائية للدولة يقطع بخروجها عن الولاية القضائية لكل عضو قضائي داخل هذه الدولة.

وفي خصوص التحكيم نستطيع كذلك رصد نوعين من انتفاء الولاية، ينصرف الأول منهما إلى خروج الدعوى عن ولاية التحكيم في عمومها، كونها مما لا يجوز فيه التحكيم (انتفاء مطلق)، بينما ينصرف النوع الثاني منها لخروج الدعوى عن ولاية التحكيم لعدم الاتفاق على حسم موضوعها عن الطريق التحكيم مع كون موضوعها مما يصح فيه التحكيم (انتفاء نسبي).

أما بقاء الولاية فمعناه استمرار ثبوت الولاية للعضو القضائي أو لهيئة التحكيم كونها ثبتت له ولم يستفرغ جهده في موضوعها بقرار قضائي أو تحكيمي قطعي، بيد أن امتداد الولاية القضائية فيعبر عن حالة استثنائية اقتضت اعتبارات العدالة القضائية أو الضرورة الإجرائية إقرارها، ويأخذ الامتداد إحدى صورتين، الأولى منهما تتمثل في إبقاء الولاية رغم صدور قرار قطعي في الموضوع بما كان يستتبع -مقتضى حكم القواعد العامة- انقضاء الولاية عن العضو القضائي، كما هو الحال في خصوص تصحيح وتفسير الحكم القضائي، أما الثانية منهما فتتمثل في إثبات الولاية على خلاف مقتضى القواعد العامة منا هو الحال في النظر في التعويض عن الدعاوى والإجراءات الكيدية من المحكمة التي بوشرت أمامها

الدعوى ولو لم تكن من ولايتها وفقاً للقواعد العامة إعمالاً لقاعدة قاضي الأصل قاضي الفرع.

وفي مجال التحكيم يمكن الحديث عن امتداد الولاية التحكيمية من خلال تناول مسألة امتداد شرط التحكيم، سواءً بمد شرط التحكيم من عقد أصلي إلى عقد تبعي لا يشتمل عليه، أو بمد شرط التحكيم الذي وافقت عليه شركة إلى عقود لشركات أخرى لا تتضمن شرط التحكيم كونهما ينتميان إلى مجموعة أو مشروع تعاقدية واحد، وهو ما يمكن تسميته بالأسرة العقدية^١.

أما زوال الولاية فينصرف إلى إسقاط ولاية الفصل في الدعوى عن العضو القضائي أو هيئة التحكيم بعد سبق ثبوتها، كما هو الحال في الدعاوى غير الإدارية التي كانت من ولاية القضاء الإداري ثم سلخت عنه وأعطيت للقضاء العادي^٢، وكما هو

^١ إبراهيم أحمد إبراهيم، بعض المشاكل العلمية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات قضايا التحكيم، مؤتمر مراكز التحكيم العربي الثاني ببيروت، ١٧/١٨ أيار ١٩٩٩م، ص ٨.

^٢ في القانون المصري نص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م، وفي النظام السعودي المادة الخامسة والعشرون من نظام القضاء، وما يقرره نظام ديوان المطالم في الفصل الثالث منه "اختصاصات المحاكم"، نصوص المواد من ١١ إلى ١٥.

الحال في خصوص التحكيم الإجباري الذي سلخ عن ولاية التحكيم وعاد إلى القضاء^١.

^١ في القانون المصري قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية التحكيم الإجباري، استناداً على أنه: "لا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً إذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق إذ يحدد طرفاه -وفقاً لأحكامه- نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما وإليه تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها ويلتزم المحتكمون بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة، وبهذه المثابة فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان ذلك إن مقتضى الاتفاق عليه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها، ومؤدى ما تقدم جميعه أنه إذا ما فرض المشرع التحكيم قسراً بقاعدة قانونية آمرة فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضي الذي كفله الدستور". (حكما في الطعن رقم ٦٥، س ق ١٨، بتاريخ ٠٦/٠١/٢٠٠١)، وهو ما أكدته محكمة النقض بحكمها في الطعن رقم ١٦٨٢، س٦٤ق، جلسة ٢٠١٩/١/١.

وإن كان هذا لا ينفى بقاء صورة للتحكيم الإجباري وهي تلك التي تتم بين جهات حكومية وشركات القطاع العام؛ ولذا قضت محكمة النقض في حكم حديث بأن: "المقرر أن نص المادة ٥٦ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ في شأن هيئات القطاع العام وشركاته على أن (يفصل في المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام بعضها وبعض أو بين شركة قطاع عام من ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى عن طريق التحكيم دون غيره على الوجه المبين في هذا القانون) يدل -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن تختص هيئات التحكيم دون غيرها بنظر كل نزاع بين الجهات سالفة

بيد أن استنفاد الولاية يعني انقضاء الولاية القضائية "أو التحكيمية" عن العضو القضائي "أو هيئة التحكيم" بعد سبق ثبوتها بسبب استقراغ الجهد في موضوع الدعوى؛ بما لم يبق معه ما يبذل من جهد، وينصرف إلى الأثر المترتب على صدور قرار قضائي (حكم أو أمر) أو تحكيمي قطعي في مسألة معينة؛ بما يحول دون العدول عن هذا القرار أو تعديله¹.

هذا: وينحصر موضوع هذا البحث في استنفاد الولاية في المجالين القضائي والتحكيمي وفق التحديد السابق.

ونقسمه إلى مبحثين الأول منهما عن ماهية استنفاد ولاية الفصل في الدعوى، نعرضه في مطلبين الأول منهما عن ماهية استنفاد الولاية في مجال القضاء، والثاني عن خصوصية استنفاد الولاية في مجال التحكيم، أما المبحث الثاني فيتناول التطبيق العملي لاستنفاد الولاية، ونعرض له في مطالب ثلاثة، الأول منها يتناول استنفاد الولاية في تطبيقات القضاء المصري، والثاني يتناول استنفاد الولاية

البيان ويلزم لاختصاص تلك الهيئات أن يكون جميع أطراف النزاع ممن عدتهم المادة سالفه البيان". حكمها في الطعن رقم ١٥٤، س٨٨ق، جلسة ٢٠١٩/٤/١٤، وحكمها في الطعن رقم ١٣٩٤٢، س٨١ق، جلسة ٢٠١٨/٣/١٢، وحكمها في الطعن رقم ٢٤٩٢، س٨١ق، جلسة ٢٠١٨/٢/١.

¹ فتحي والي، مبادئ القضاء المدني، ١٩٧٤م، ص٣٨٥، وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط٤، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص٤٦٤.

في تطبيقات القضاء السعودي، بينما يتناول الثالث منها أثر استنفاد الولاية في مجال التحكيم، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول ماهية استنفاد ولاية الفصل في الدعوى

للقوف على ماهية استنفاد ولاية الفصل في الدعوى في مجالي القضاء والتحكيم
ينبغي تحديد مفهوم استنفاد الولاية في كلا المجالين، وحدوده، خصوصية استنفاد
الولاية في مجال التحكيم عما هو مقرر في المجال القضائي، وذلك على النحو
التالي:

المطلب الأول

ماهية استنفاد الولاية في مجال القضاء

للقوف على ماهية استنفاد الولاية في مجال القضاء يتعين تحديد مفهوم استنفاد ولاية القاضي، ثم رصد حدود هذا الاستنفاد، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول مفهوم استنفاد ولاية القاضي

يتعين لتحديد مفهوم استنفاد ولاية القاضي بحث مضمون استنفاد الولاية القضائية،
ثم بيان مبرراتها وذلك على النحو التالي:

الغصن الأول

مضمون استنفاد الولاية القضائية

المصدر اللغوي لكلمة "استنفاد" من "نفد" أي "انتهى"، ومنه قوله تعالى "قل لو كان البحر مدادًا لكلمات ربي لنفد البحر قبل أن تنفذ كلمات ربي ولو جئنا بمثله مددًا"^١، ويقال نفد الشيء أي فني، ويقال خصم منافد أي يستفرغ جهده في الخصومة^٢.

أما كلمة ولاية في اللغة فتعني "سُلطة شخص مُنتخَب"، وتأتي بمعنى متسلط على شخص أو شيء يدبر أمره ويصدر ما يراه بشأنه بصورة ملزمة^٣.

ولا يختلف المعنى الاصطلاحي لمصطلح "استنفاد الولاية" عن حقيقة معناه اللغوي مع نسبه للقاضي، فهو استفراغ القاضي جهده في مسألة معينة، بحيث لا يحق له معاودة النظر فيها مرة أخرى، ولو تبين له خطأ ما انتهى إليه أو عدم عدالته، ويسري ذات المعنى في خصوص المُحَكَّم^٤.

^١ الآية رقم ١٠٩ من سورة الكهف.

^٢ محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، ١٣٤٠هـ، ١٩٢٢م، ص ٦٧١.

^٣ محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، ص ٦٢٤.

^٤ محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن حقوق عين شمس، العدد ٢٦، يوليو ١٩٨٤م، ص ٥٧.

ولا يتأسس استنفاد الولاية على انتفاء الولاية أو عدم الاختصاص، بل على العكس الاستنفاد لا يكون إلا لمحكمة ذات ولاية واختصاص، وإنما يتأسس على سقوط سلطة المحكمة القضائية تجنباً من تكرار الفصل في ذات المسألة من ذات القاضي، ويجد الاستنفاد بهذا المعنى مصدره في القانون الروماني إذ كان يعبر عنه بأن القاضي بعد الفصل في المسألة المعروضة عليه لم يعد قاضياً، كناية عن زوال سلطته القضائية بشأن ما تم الفصل فيه، وهو جوهر استنفاد الولاية¹.

إن الاستنفاد فكرة قانونية إجرائية مفادها منع القاضي من مباشرة وظيفته القضائية بصدد مسألة معينة أكثر من مرة، فلا يمكن المساس بما انتهى إليه تعديلاً أو إلغاءً أو إضافة أو حذفاً أو عدولاً ولو باتفاق الخصوم، ويعد الاستنفاد بهذا المعنى أثرًا مستقلاً للحكم القضائي القطعي، بغض النظر عن آثاره الأخرى فهو لا يرتبط بحجية الأمر المقضي، إذ إن الحكم يستنفد ولاية المحكمة ولو لم يرتب حجية الأمر المقضي متى كان قطعياً، كالحكم بثبوت الاختصاص أو بعدمه، وكالحكم

¹ طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩م، ص ٢٥٨، وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٦٧م، ص ٥٦١.

بالقبول أو بعدمه، فجميعها أحكام مستنفدة لولاية المحكمة رغم كونها لا ترتب حجية الأمر المقضي كون هذه الأخيرة ترتبط وجوداً وعدمًا بالقضاء الموضوعي^١.

وتتشابه فلسفة الحجية والاستنفاد، ذلك أن الحجية تعبر عن قوة إجرائية تلحق بالقرار القضائي فتضفي عليه حصانة تجعله غير قابل للمنازعة خارج الإجراءات التي صدر فيها، بما يحقق للعمل فاعليته في إزالة عوارض النظام القانوني، فالحجية تلزم مصدر القرار القضائي وكذلك الخصوم، فالحجية تقتنن بالقرار القضائي القطعي في الموضوع أو في مسألة متعلقة به؛ ويستفرغ فيه القاضي جهده، ومن ثم يستنفد ولايته القضائية^٢.

ويعد الأساس القانوني للحجية في ذات الوقت مبرراً منطقيًا لفكرة استنفاد الولاية، وقد أثير اختلافًا فقهيًا واسعًا في تحديد أساس الحجية، فظهرت العديد من النظريات

^١ وجدي راغب، النظرية العامة، ص ٢١١، فتحي والي، مبادئ القضاء المدني، بند ١١٧، ص ٢٧٢، إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١١٤.

^٢ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء، ص ٥٢، ولسيادته النظرية العامة للعمل القضائي، ص ٢٣٩، سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٥م، ص ٧٣٦.

منها ما أسست الحجية على اعتبارات موضوعية وما أرجعتها إلى اعتبارات إجرائية^١.

ونرى أن أساس الحجية يتحدد بالنظر إلى طبيعتها، فهي مركز إجرائي ينشأ عن القرار القضائي، يفرض القانون على القاضي والخصوم احترامه، فالحجية وسيلة العمل القضائي في تحقيق وظيفته من تحقيق اليقين القانوني للحقوق والمراكز تأكيداً لهيبة الدولة وسيادة القانون واستقرار الحقوق والمراكز القانونية.

ولذات السبب ومسايرة لذات المنطق فإن القرار القضائي وكذا القرار التحكيمي حتى يحقق الغاية المنشودة منه لابد أن يستنفد ولاية مصدره "العضو القضائي وكذا هيئة التحكيم".

هذا ويلاحظ أن القرار القضائي في الدفع الموضوعي يعد قضاءً موضوعياً، ومن ثم يرتب الحجية ويستنفد الولاية في ذات الوقت، ذلك أن الحكم في الدفع الموضوعي يعد فاصلاً في الموضوع (وجوداً وعدمًا، أو مقداراً، أو بقاءً واستمراراً)، ومن ثم فإنه يعد حكماً موضوعياً؛ وهو ما يعني أنه يرتب حجية الأمر المقضي

^١ راجع وجدي راغب فهمي، النظرية العامة، ص ١٨٤، سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٤٣، محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، ١٩٨٩م، ص ٤٢٤، أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط ٦، ١٩٨٩م، بند ١٨١، ص ٧١٩، فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الناشر نادي القضاة بالقاهرة، ط ١، ١٩٨٠م، ص ١٥٤.

لارتباطها وجودًا وعدمًا بالقضاء الموضوعي، كما يستتفد ولاية مُصَدِّرُهُ؛ بما يترتب على ذلك من نتائج.

كما أن الحكم في الدفع بعدم القبول لا يستتفد ولاية المحكمة بالنسبة للموضوع، فإذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى (أي بإجابة الدفع بعدم القبول) فإنها لا تكون قالت كلمتها في موضوع الدعوى؛ وعلى ذلك إذا رفعت أمامها نفس الدعوى مرة أخرى بعد توافر شروط قبولها فلا تكن ممنوعة من نظرها، كذلك إذا طعن على حكمها بعدم القبول وتم إلغاؤه من محكمة الطعن فيجب على هذه الأخيرة إعادة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بعدم القبول كي تفصل في موضوعها^١.

وفي ذات السياق وإعمالاً لذات المنطق فإن الحكم الصادر في دعاوى الحيازة لا يستتفد الولاية ولا يحوز الحجية، كونه مبني على الترجيح والغالب من الظن دون تحقيق أو غوص في الأدلة والمستندات، على خلاف القضاء الموضوعي الذي يتأسس على القطع واليقين بعد استقراغ الجهد في البحث والتحري والوقوف على الأدلة والبراهين وتفنيدها والفحص والتدقيق؛ ولذا فمن المقرر أن القضاء الموضوعي يترتب الحجية ويستتفد ولاية القاضي بخلاف القضاء الوقتي أو

^١ أحكام النقض في الطعون أرقام ٧٤٠- س٥٣ق- ج١٨/٥/١٩٨٩، ط ١٨٥- س٥٦ق- ج٥/١٢/١٩٨٩، ١٧١٥- س٥٦ق- ج٤/٢٨/١٩٩١.

المستعجل لا يرتب الحجية ولا يستنفد ولاية القاضي، وهو ما يسري بلا فارق في مجال التحكيم.

ولكن هل هذا يعني تطابق مجال الحجية مع استنفاد الولاية بحيث لا يتصور وجود إحداها دون الأخرى؟ لا شك أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على محل القرار "القضائي أو التحكيمي"، فإن كان محله موضوعي كانت الإجابة بالإيجاب، أما إذا كان محله إجرائي كانت الإجابة بالنفي، وهنا يتسع مجال الاستنفاد عن مجال الحجية.

تفصيل ذلك القرار القضائي في خصوص إجراءات الخصومة القضائية يستنفد ولاية المحكمة إن كان قطعياً بيد أنه لا يرتب حجية الأمر المقضي، فالقرار القضائي الصادر في الدفوع الإجرائية وبالرغم من أنه لا يتمتع بحجية الأمر المقضي يستنفد ولاية المحكمة، وذلك في خصوص المسألة الإجرائية التي فصل فيها، فلا شك أن الفصل في الدفع بعدم الاختصاص يستنفد ولاية المحكمة؛ ولا يجوز لها الرجوع عنه، فإذا انتهت إلى عدم اختصاصها وجب عليها الإحالة ولو تعلق الأمر بالولاية^١، وإذا انتهت إلى انعقاد الاختصاص لها تعين عليها السير قدماً في نظر الموضوع، ولا يجوز لها قبول مناقشة مسألة مدى اختصاصها مرة

^١ نص المادة ١١٠ من قانون المرافعات المصري، ونص المادة ٧٨ من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

أخرى، كما لا يتسنى لها العدول عن قرارها بالاختصاص، وعلى ذلك يوجد فارق ملحوظ بين أعمال فكرة الحجية فيما يتعلق بالإجراءات وأعمال فكرة استنفاد الولاية في هذا الخصوص¹.

وإذا كان الربط بين فكرتي الحجية والاستنفاد غير حتمي فإن الربط بين فكرتي الاستنفاد والقطعية حتمي، فكل قرار قطعي يستنفد ولاية مُصدره وكل قرار غير قطعي لا يستنفد ولاية مُصدره، ذلك أن الأعمال القضائية من حيث مدى جواز العدول عنها تنقسم على قطعية وغير قطعية، فالقطعي منها هو ما يتم من خلاله الفصل في مسألة موضوعية أو إجرائية فصلاً حاسماً لا يجوز العدول عنه، بما يستنفد (أي ينهي) الولاية في خصوص هذه المسألة، كالحكم بإجابة المدعي لكل أو بعض طلباته أو رفضها، والحكم في مسألة الاختصاص ثبوتاً أو نفيًا، والحكم

¹ هذا ويجب التمييز بين استنفاد الولاية في خصوص المسألة الإجرائية، وبين استنفاد الولاية في خصوص موضوع الدعوى حال الجمع بينهما، ففي فرض أول قد يتضمن القرار القضائي الفصل في مسألة إجرائية استقلالاً، وهنا لا يستنفد هذا القرار سلطة العضو القضائي في الموضوع؛ وعليه إذ تم الطعن على هذا القرار أمام محكمة ثاني درجة فألغته وجب عليها إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لتتظر الموضوع وتقل فيه كلمتها، وفي فرض ثانٍ قد يتضمن القرار القضائي فصلاً في مسألة إجرائية مع الموضوع (وهو احتمال متصور)، وهنا يستنفد هذا القرار ولاية العضو القضائي في خصوص الموضوع، ولا يعد هذا من قبيل الاستثناء على فكرة الاستنفاد، ذلك أن القرار القضائي في هذا الفرض يعد مركباً من قرارين قضائيين، أولهما في خصوص الإجراءات، وثانيهما في خصوص الموضوع، وهذا الأخير هو الذي يرتب الحجية رغم أن كليهما يستنفد الولاية القضائية، وفقاً للقاعدة العامة في استنفاد الولاية.

في مسألة القبول ثبوتًا أو نفيًا، بيد أن غير القطعي منها لا يعبر عن رأي نهائي، إذ يتعلق بمسائل تحضيرية، يباح العدول عنها، كقرار الضم للارتباط، أو التفويض القضائي "الاستخلاف"، أو ندب خبير، أو استدعاء شهود، أو حجز القضية للحكم، أو اتخاذ إجراء معين من إجراءات الإثبات أو العدول عنه، أو إحالة الدعوى للتحقيق، أو قفل باب المرافعة، أو إعادة فتحه، فيجوز العدول عن أي من هذه القرارات؛ ولذا فهي لا تستنفد ولاية مُصدرها¹.

فإذا انقضت الخصومة دون الفصل في الدعوى فإن القرارات القطعية المتخذة فيها تبقى قائمة إذا ما تم تحريك ذات الدعوى مرة أخرى بخصومة جديدة، على خلاف جميع القرارات غير القطعية إذ تزول فور زوال الخصومة، بحيث لا يكون لها أية آثار حال رفع الدعوى بخصومة جديدة.

هذا، وتعد فكرة استنفاد الولاية مبررًا للإبقاء على القرارات القطعية دون غير القطعية، إذ إن هذه القرارات "القطعية" استنفدت ولاية المحكمة فإذا زالت الخصومة ثم رفعت خصومة جديدة بذات الدعوى غلت يد المحكمة عن إعادة نظر ما استنفد العضو القضائي الجهد فيه مسبقًا، ولو اختلفت المحكمة التي تنتظر الدعوى في

¹ راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٢٦٦ - س٤٦ق - ج ١٧/١١/١٩٨٢، وكذا الطعن رقم ٥٠١ - س٤٢ق - ج ١٢/٦/١٩٨٣، ١١٧٥ - س٥٠ق - ج ٢٠/٥/١٩٨٤.

المرّة الثّانية عن تلك التي صدر عنها القرار القطعي في المرّة الأولى، إذ إن العبّرة ليست بمن صدر عنه القرار القطعي وإنما العبّرة بقطعية هذا القرار^١.

الفصل الثاني

الأساس القانوني لاستنفاد الولاية القضائية

لم تتضمن نصوص المرافعات تقنيًا صريحًا لاستنفاد الولاية القضائية، بيد أن الأمر مستقر قضاءً وفقهاً على تأكيد هذا المبدأ، كما أن نصوص المرافعات تفيد هذا المعنى بصورة ضمنية، بل إن المبدأ أصبح من الأصول العامة للتقاضي، التي استقر القضاء على مراعاتها، تحقيقًا لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية، ووضع حدًا للخصومة القضائية تنتهي عنده^٢.

والواقع أن جل الكتابات الفقهية ذات الصلة تتعرض لاستنفاد الولاية كأحد الآثار الإجرائية المترتبة على الحكم القضائي مبينة مضمونه ونطاقه دون التعرض مباشرة للأساس القانوني له؛ وهذا ما دفعني لمحاولة البحث عن هذا الأساس، إذ قبل

^١ ارتأى المنظم السعودي أولوية نظر ذات الدعوى أمام نفس الهيئة القضائية التي صدر عنها القرار القضائي في المرّة الأولى، فقرر في التّرك إذا تم رفع الدعوى المتروكة خصومتها مرّة أخرى أن تحال-مع مراعاة قواعد الاختصاص- إلى نفس الدائرة التي كانت تتظرها قبل التّرك (المادة ١/٩٣ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية)، وهو ما لم يقره القانون المصري.

^٢ في تأصيل المبدأ من الناحية الفقهية راجع فتحي والي، الوسيط، بند ٨٣، ص ١٣٧، وجدي راغب، النظرية العامة، ص ٢١٠.

الإجابة على أسئلة ما هو الاستنفاد وما نطاقه ينبغي الإجابة على تساؤل هام وهو لماذا الاستنفاد؟

وأعتقد أن الإجابة على هذا التساؤل تنطلق من الدور القانوني للنشاط القضائي، بمعنى الغاية من الوظيفة القضائية، فبتحديد هذه الغاية يتأكد انتهاء الدور المنوط بالقضاء ومن ثم لم يعد له دورًا يقوم به، ولعل هذا يتمشى مع القاعدة المستقرة تاريخياً في القانون الروماني من أن القاضي إذا أصدر حكمه لم يعد قاضياً، لتحقيق الدور المطلوب منه في المسألة المعروضة، فلا بد أن يوقف نشاطه في خصوصها ويوجهه إلى مسألة أخرى لم يستفرغ بعد فيها جهده، سواء ضمن ذات القضية المعروضة أو ضمن قضية أخرى.

وفي بحثنا عن غاية القضاء أو دوره ووظيفته يعرض لنا الكثير من النظريات الفقهية العتيقة سواء في القانون الفرنسي أو الإيطالي تحديداً والتي نقلت إلى الفقه الإجرائي العربي بمضامينها وحججها ونقدها، وحتى لا نخرج عن سياق هذه الدراسة المنصرفة بالأساس إلى فكرة استنفاد الولاية، نحيل بشأن النظريات المتعددة إلى أمهات كتب الفقه الإجرائي، ونقتصر على عرض الراجح منها برأينا، ورأي غالبية الفقه الإجرائي الحديث.

تبدو وفقاً لما نؤيده وظيفة القضاء في إزالة عوارض النظام القانوني^١، فالأصل أن يتم التطبيق التلقائي للقانون من المخاطبين بأحكامه، بما ينشئ تناسقاً بين الواقع وأحكام القانون، بيد أن الأمور لا تسير على هذا النسق، فلسنا في المدينة الأفلاطونية الفاضلة التي لم تجد لها تطبيقاً سوى في كتب التاريخ، إذ يعترض هذا التطبيق التلقائي بعض العوارض التي لا بد من تدخل الجهاز القضائي لإزالتها، بوصفه مباشر السلطة أو الوظيفة القضائية للدولة القانونية الحديثة.

هذه العوارض تتمثل في التجهيل، والخشية من فوات الوقت، والقصور في إرادة المخاطبين بأحكام القانون، ومخالفة الواقع لما يستلزمه القانون، فيتدخل القضاء بالحماية الموضوعية لمواجهة التجهيل وتحقيق اليقين باستبعاد الآراء الذاتية للخصوم وإحلال إرادة القانون فيصير الحكم هنوناً للحقيقة، ويتدخل بالحماية الوقتية لمواجهة الخشية من فوات الوقت بمنح حماية قضائية سريعة تبدد هذا العارض، كما يتدخل بالحماية الولاية لجبر القصور في الإرادة ليوصلها لمبتغاها المقرر قانوناً وقد عجزت بمفردها عن بلوغه، وأخيراً يتدخل بالحماية التنفيذية لمواجهة عارض مخالفة الواقع للقانون بجبر المخالف على الانصياع لمقتضى القانون تحقيقاً لاتساق الواقع وتمشييه مع مقتضى القانون.

^١ راجع في عرض هذه النظرية وتأبيدها ونقد النظريات الأخرى وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص ٣٦.

فإذا ما حقق القضاء وظيفته المنوطة به بأداء دوره ووصل إلى غايته، ولما كان القضاء في ذاته ليس بغاية وإنما هو وسيلة لمنح الحماية القضائية المطلوبة بأضبط إجراءات وبأسرع وقت، فإن منحه الحماية المطلوبة يستتفد ولايته التي منحت له تمكينًا له من أداء دوره، ومن هنا يأتي الأساس القانوني بل والمنطقي لفكرة استنفاد الولاية.

بيد أن هذا المنطق قد لا يبدو كافيًا لتأصيل الأساس القانوني لجميع القرارات القطعية للقاضي، وبخاصة ما يتعلق بالإجراءات، فقد يقال الحكم في مسائل الاختصاص والقبول ليست غاية للعمل القضائي فما أساس استنفاد ولاية القاضي بشأنها؟ وأعتقد أن هذا الاعتراض مردود بالقاعدة المستقرة فقهاً من أن ما لا يلزم الشيء إلا به فهو لازم، فلأن القضاء لا يمكنه أداء وظيفته الأساسية إلا بحسم بعض الأمور الإجرائية فغن استفراغه الجهد بصدد هذه المسائل الإجرائية يرتب ذات الأثر المتولد عن منحه أية صورة من صور الحماية القضائية المذكورة؛ ومن ثم فيجب وضع حدًا للنقاش حول هذه المسائل توصلًا للغاية الأسمى المتمثلة في بذل الحماية القضائية المطلوبة، وهو ما لا يتأتى إلا بإعمال فكرة استنفاد الولاية.

غير أن اعتراضًا آخر قد يثار بشأن ما انتهينا إليه أساسًا قانونيًا ومنطقيًا لفكرة استنفاد الولاية، يتعلق بإحدى صور الحماية القضائية التي لا تستنفد ولاية القضاء ألا وهي الحماية الوقتية، فإن قيل بأن تحقق غاية القضاء تنتهي ببذل الحماية

القضائية المطلوبة ومن ثم يستنفد القضاء ولايته فإن ذات الشيء متحقق في الحماية الوقتية ولا يستنفد القاضي ولايته!

والحقيقة أن هذا الاعتراض يؤكد صحة ما خلصنا إليه أساساً لاستنفاد الولاية، تفصيل ذلك أنه وإن كان المقرر أن القضاء الوقتي لا يرتب حجية الأمر المقضي كونه قائم على الترجيح لا على القطع واليقين، وأن تغير الظروف التي صدر فيها القرار القضائي الوقتي يبيح إعادة طرح ذات الموضوع مرة أخرى على ذات القاضي ليقرر ما يراه لمواجهة ما استجد من ملابسات، إلا أن هذا كله لا يتعرض مع استنفاد الولاية، ذلك أن هذه الفكرة تقتضي منع القاضي من العدول عما قرره، وهو متحقق في القضاء الوقتي فالقاضي لا يجوز له تعديل قضاءه الوقتي أو إلغاءه متى بقيت الظروف التي صدر فيها قائمة، وهنا مناط استنفاد الولاية، فإذا ما تغيرت الظروف فقد نشأ العارض الذي استلزم منح الحماية في المرة الأولى من جديد؛ بما يستتبع تدخل القضاء ليقوم بدوره ويؤدي وظيفته المتمثلة في رفع العارض المذكور، وهو ما لا يتأتى إلا من خلال إصدار قراره القضائي المؤيد أو المعدل أو الملغي لقراره الأول في ضوء ما استجد من ملابسات¹.

¹ وجددي راغب فهمي، مبادئ القضاء، ص ٣٣٠.

ولذا فإن الفقه يصف القضاء الوقتي بالشرطي، ويطلق على الأحكام الوقتية والمستعجلة الأحكام الشرطية، أي المشروطة بعدم تغير الظروف التي صدرت في ضوئها^١.

^١ راجع في تفصيلات ذلك محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم الشرطي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٩٨م.

الفرع الثاني

حدود استنفاد الولاية القضائية

إذا كانت فكرة استنفاد الولاية القضائية تنطلق من أن القاضي بعد إصداره قراره القطعي في مسألة موضوعية أو إجرائية لم يعد قاضياً، بحيث يتمتع عليه معاودة النظر فيما فصل فيه، سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم أو بإحالة من قاضٍ آخر، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه على بساط البحث ينصرف إلى كيفية تحديد محل هذا الاستنفاد؟ بمعنى ما هو القرار القضائي الذي يستنفد ولاية القاضي؟ وما حكم المسائل المرتبطة به والمتولدة عنه هل يشملها الاستنفاد أم ينحصر عنها؟

إن استنفاد الولاية القضائية ينطلق من استعمال السلطة القضائية واستفراغ الجهد، بيد أن هذا لا يعني أن كل أعمال القاضي تستنفد ولايته في خصوص محلها، فقد سبق أن ذكرنا أن هناك العديد من الأعمال التحضيرية وكذا جميع صور الحماية الوقتية لا تستنفد ولاية القاضي، فهناك نوع واحد من الأعمال القضائية يستنفد ولاية العضو القضائي وهو العمل القضائي القطعي.

ويلحظ في التنظيم القضائي المقارن وجود فروض محددة يصدر فيها العمل القضائي القطعي مستنفداً لولاية العضو القضائي ثم يباع إعادة طرح ذات الموضوع مرة أخرى على ذات العضو القضائي لإعادة النظر في قراره السابق في

ضوء بعض المستجدات التي لم تطرح عليه في المرة الأولى، وهو ما لا نراه متعارضاً مع فكرة الاستنفاد، ذلك أن هذه الفكرة تقوم كما ذكرنا على استنفاغ الجهد، وفي الفرض المذكور لم يستفرض العضو القضائي جهده، كما أن هناك حالات أخرى يحتاج القرار المستنفد لولاية العضو القضائي تصحيحاً أو تفسيراً أو استكمالاً فيعيد العضو القضائي النظر فيما سبق أن أصدره من عمل لا بهدف العدول عما سبق أن أصدره أو تعديله نقصاً أو إضافة وإنما لتأكيديه أو إكماله؛ ولذا فهو ما لا يتعارض مع فكرة الاستنفاد، وذلك على النحو التالي:

الغصن الأول

مراجعة الحكم بغير طريق الطعن

إذا كان إصدار الحكم المنهي للخصومة يستنفد ولاية المحكمة، بما يعني انتهاء سلطة المحكمة على القضية، وفقد صلاحية مراجعة الحكم أو تعديله، غير أن هناك بعض الحالات التي لا تستنفد المحكمة فيها ولايتها رغم صدور الحكم في موضوع الدعوى، حيث تستطيع المحكمة -في فروض معينة وبضوابط محددة- مراجعة الحكم^١، وهذه الفروض هي:

أولاً: تصحيح الحكم

لكونهم بشر فإن ما يصدر عن القضاة من قرارات قضائية قد يعتريه من الأخطاء "المطبعية أو الكتابية أو الحسابية" ما يخرج عن صحة وبطلان العمل في ذاته ويقنصر على سلامته المادية؛ وعليه يتعين تصحيح هذا الخطأ المادي بغض النظر عن القوة الإجرائية للحكم، وما إذا كان من طائفة الأحكام الجائز الطعن عليها أم لا، وهو ما يسري على حكم التحكيم والحكم القضائي على السواء.

بيد أن إشكالية تصحيح الأخطاء المادية في الحكم لا تثار عملاً إلا بصدد تنفيذه، فإذا وقع بالحكم خطأ مادي أو حسابي (كخطأ في اسم المدعي أو المدعى عليه،

^١ راجع في خصوص التصحيح والتفسير والاستكمال بصفة عامة سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ص ٧٦٣.

أو في مقدار المبلغ المحكوم به) بما يحول دون تنفيذه، فيتم تقديم طلب التصحيح من صاحب الصفة والمصلحة إلى المحكمة "أو هيئة التحكيم" التي أصدرت الحكم، كما يحق لهذه الأخيرة أن تقوم بالتصحيح من تلقاء نفسها ودون طلب إذا ما تبين لها هذا الخطأ، ويتم التصحيح دون تبليغ الطرف الثاني أو تحديد جلسات لعدم وجود مرافعة، ويجري التصحيح على نسخة الحكم الأصلية، ويوقع من الهيئة التي أصدرته، بعد تدوين قرار التصحيح، وإذا كان طلب التصحيح مقدم من أحد الخصوم ورفضت المحكمة التصحيح فيجوز الاعتراض على ذلك مع الاعتراض على الحكم المطلوب تصحيحه، أما إذا أصدرت المحكمة قرارها بالتصحيح فيجوز الاعتراض عليه -من الخصم الآخر- على استقلال بطرق الاعتراض الجائزة¹.

¹ تنص المادة ١٩١ من قانون المرافعات على أن: "تتولى المحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة. ويجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه في الفقرة السابقة وذلك بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع التصحيح أما القرار الذي يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال"، وهو نفس ما قرره نظام المرافعات الشرعية في المادتين ١٧١ و ١٧٢.

بيد أن هناك فارقان في تصحيح الأحكام بين القانون المصري والنظام السعودي، إذ أورد هذا الأخير حكمان لا وجود لهما في القانون المصري يتمثلان فيما يقرره نص المادة ١٧٢ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية في بيانه لكيفية الاعتراض على حكم المحكمة في خصوص التصحيح من التمييز بين اكتساب الحكم الأصلي المطلوب تصحيحه للقطعية من

ويسري ذات المبدأ في خصوص حكم التحكيم، مع فارق أن تجاوز هيئة التحكيم صلاحياتها في التصحيح أو رفضه لا يمكن الاعتراض عليه بطرق الاعتراض المقررة في الأحكام القضائية كون حكم التحكيم لا يخضع لها، وإنما يتم الاعتراض بذات الآلية المقررة في خصوص حكم التحكيم، أي بدعوى بطلان أصلية، أو مع دعوى بطلان الحكم الأصلية^١.

عدمه، فإذا كان مكتسباً القطعية وجب على المحكمة أن تصدر قراراً مستقلاً بالتصحيح يخضع لطرق الاعتراض، فإذا اكتسب القرار القطعية فيهمش على الصك الأساس بما يلزم، أما إذا كان الحكم غير مكتسب القطعية فيجب التمييز بين فرضين: الأول منهما صدور حكم برفض التصحيح إذ يكون الاعتراض عليه مع الحكم نفسه، والثاني منهما صدور حكم بالتصحيح إذ يجوز الاعتراض عليه مع الحكم نفسه أو على استقلال، ولم يميز القانون المصري بين ما إذا كان الحكم المطلوب تصحيحه جائز الاعتراض عليه أم لا، كما قرر النص المذكور في خصوص الدعاوى اليسيرة عدم جواز الاعتراض على الحكم الصادر في طلب التصحيح بغض النظر عما إذا صدر بالتصحيح أم برفضه، ولم يتضمن القانون المصري هذا الحكم.

^١ تنص المادة ٥٠ من قانون التحكيم على أن: "١- تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، وتجرى هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال، ولها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك. ٢- ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم ويعلن إلى الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المادتين (٥٣، ٥٤) من هذا القانون"، وهو ما قرره نظام التحكيم في المادة ٤٧ منه مع فارقين الأول أنه جعل مدة طلب

ويبقى فارقاً في التنظيم القانوني بين تصحيح الحكم القضائي وحكم التحكيم،
فبالرغم من وجود إجماع تشريعي وقضائي وفقهي بين نظم القانون المقارن على
اختصاص المحكمة بتصحيح ما قد يقع في أحكامها من أخطاء مادية إلا أنه لا
وجود لمثل هذا الإجماع فيما يتعلق باختصاص هيئة التحكيم بتصحيح ما يقع في
حكم التحكيم من أخطاء مادية.

فمعظم النظم القانونية ومنها النظامين المصري والسعودي تعترف لهيئة التحكيم
بهذه الصلاحية كونها الأقدر على ذلك، بيد أن بعض النظم ومنها النظام القانوني
الإيطالي يدعمه بعض الفقه يرى أن استفاد ولاية هيئة التحكيم بصدر الحكم
يسلبها هذه الصلاحية، ومن ثم تخول للقضاء سواء متمثلاً في المحكمة المختصة
أصلاً بنظر النزاع أو المحكمة التي تتولى إصدار الأمر بالتنفيذ^١.

بينما ذهب البعض إلى أحقية هيئة التحكيم في تصحيح حكمها أثناء سريان مهلة
التحكيم، وانتقال هذا الاختصاص إلى القضاء بانتهاء هذه المهلة اعتماداً على أن
مهلة التحكيم تعد قيداً زمنياً على ولاية التحكيم التي تزول بانقضائها، بيد أن
آخرون عولوا على صدور الأمر بتنفيذ الحكم فقبل هذه المرحلة تختص هيئة

التصحيح وكذا مدة قيام الهيئة بالتصحيح ١٥ يوم، والثاني أنه لم يخول هيئة التحكيم صلاحية
زيادة هذه المدة.

^١ في عرض هذا التوجه والنظم التي تتبناه راجع فتحى والي، الوسيط، ص ٩٤٦.

التحكيم بالتصحيح وبيدئها ينتقل الاختصاص إلى قضاء الدولة، على سند من أن مرحلة تنفيذ حكم التحكيم مرحلة قضائية تخرج عن ولاية التحكيم^١.

وإن كان الاتجاه الحديث في جميع النظم يذهب إلى اختصاص هيئة التحكيم بتصحيح أحكامها، كون من يملك إصدار الحكم يملك تصحيحه من باب أولى^٢.

ثانياً تفسير الحكم

الفرض أن الحكم القضائي "أو التحكيمي" وقع به من الغموض أو اللبس والإبهام ما يحول دون تنفيذه، كاستخدامه اسم إشارة دون وضوح المشار إليه، أو استعماله أحد المشتركات اللغوية التي تحتمل فيها المصطلحات أكثر من معنًا، فهنا يحق لأي خصم رفع الأمر للمحكمة "أو لهيئة التحكيم" التي أصدرت الحكم لتقوم بتفسيره، من خلال بيان مقصودها من الحكم، بالصورة التي ترفع عن الحكم كل لبس أو غموض^٣.

^١ في عرض هذا التوجه والنظم التي تتبناه راجع محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكمين، ص ٩٧.

^٢ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، ط ٤، ١٩٨٣م، بند ١١٧، ص ٢٢٦.

^٣ تنص المادة ١٩٢ من قانون المرافعات على أنه: "يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقة من غموض أو إبهام ويقدم الطلب الأوضاع المعتادة

وقد مر الأمر بتطور كبير في خصوص منح هيئة التحكيم سلطة تفسير حكمها، ففي بداية الأمر وجد اتجاه لبعض التشريعات مدعوماً ببعض الفقه بسلب هذه السلطة من هيئة التحكيم، إلا إذا وجد اتفاق صريح يخولها لها، وأن الأمر متروك لقضاء الدولة بصدد مراجعة الحكم أو إصدار الأمر بتنفيذه، خاصة وأن تفسير الحكم لا تثار إلا بصدد تنفيذه فمن يملك الأمر بالتنفيذ يملك لتفسير^١.

ولكون هذا الاتجاه يقلص من سلطات هيئة التحكيم دون مقتضى من المنطق، ونظرًا لرسوخ التحكيم كطريق أصيل موازٍ للقضاء وليس استثنائيًا فقد تبددت تلك النظرة واستقر الأمر على منح هيئة التحكيم سلطة تفسير حكمها كونها من أصدرته وهي الأعم بمقصوده، بغض النظر عن انقضاء مهلة التحكيم من عدمه، ودونما حاجة إلى وجود اتفاق بين الخصوم على منحها هذه الصلاحية، وهو ما قررتَه صراحة نصوص التحكيم في كل من القانون المصري والنظام السعودي^٢.

لرفع الدعوى. ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متممًا من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية"، وهو ما قرره نص المادة ١٧٣ من نظام المرافعات الشرعية.

^١ محمود محمد هاشم، استفاد ولاية المحكمين، ص ٩٩.

^٢ وتنص المادة ٤٩ من قانون التحكيم على أنه: "١- يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يومًا التالية لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم. ٢- يصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يومًا التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم،

وفي خصوص القضاء فمن الثابت والمقرر في النظم المقارنة ثبوت حق التفسير للمحكمة مصدره الحكم ولو تم الطعن على الحكم، ويقتصر التفسير على الأحكام القطعية مع قيام الحاجة إلى تفسيره، وبالطبع لا يحق للمحكمة اتخاذ التفسير ذريعة لتعديل الحكم أو المساس بقضائها محل التفسير^١.

بيد أن نظام المرافعات الشرعية السعودي تفرد بما لم يتضمنه قانون المرافعات المصري وذلك في حكمين:

الحكم الأول: تناول -ولأن الأقدر على تفسير الحكم هو من أصدره- فرض انتقال القاضي الذي أصدر الحكم إلى محكمة أخرى، فقرر أن يقدم طلب التفسير إلى القاضي الذي أصدره ولو انتقل إلى محكمة أخرى مختلفة عن المحكمة التي صدر عنها الحكم، كما تناول فرض انتهاء الوظيفة القضائية لمصدر الحكم القضائي،

ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يومًا أخرى إذا رأت ضرورة لذلك. ٣- ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متممًا لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم في المادة ٤٦.

١ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ط٣، بند ٣٧٦، ص ٧٥٣.

فقرر أنه لو لم يعد القاضي مصدر الحكم على رأس عمله لأي سبب "كوفاة أو تقاعد أو عزل" فيرفع الطلب لمحكمة الاستئناف^١.

غير أن هذا النص لم يعالج كل الفروض المتصورة، فقد يتعلق التفسير بحكم صادر عن دائرة مشكلة من أكثر من قاضي، كأن تكون الدائرة ثلاثية وينتقل أحد قضااتها إلى محكمة أخرى، أو قاضيان إلى محكمة أخرى أو إلى محكمتين مختلفتين، ونفس الشيء في فروض الوفاة والتقاعد والعزل لعضو أو أكثر من أعضاء الدائرة، فهل يقدم الطلب لمحكمة الاستئناف لتحقق العارض في خصوص عضو أو اثنين من أعضاء الدائرة مصدرة الحكم؟ أم لنفس الدائرة لو بقي أحد قضااتها في تشكيلها الجديد؟.

كما أن التفسير لا يتعلق فقط بأحكام محاكم الدرجة الأولى، فقد يتحقق مفترضه في الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف أو المحكمة العليا (في الفروض التي تحكم فيها بوصفها محكمة موضوع)، إذ لا يمكن القول بتقديم طلب تفسير حكم صادر من المحكمة العليا إلى محكمة الاستئناف لتقرير ما يلزم بشأنه!.

^١ نص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات في المادة ٢/١٧٣ على أنه: "إذا لم يكن حاكم القضية على رأس العمل وحصل في حكمه غموض أو لبس فيرفع لمحكمة الاستئناف لتقرير ما يلزم بشأنه".

ولذا أعتقد أن إعمال روح النص تقتضي القول بتقديم طلب التفسير-حال خروج القاضي الذي أصدره عن رأس العمل- إلى محكمة الاستئناف سواء كان صادر من محكمة أول طبقة (عامة أو تجارية أو عمالية أو أحوال شخصية أو جزائية)، أو من محكمة الاستئناف، أما إن كان الحكم صادر من المحكمة العليا فيقدم الطلب لهذه المحكمة.

الحكم الثاني: نص نظام المرافعات السعودي دون القانون المصري صراحة على جواز تقديم طلب التفسير في أي وقت دون التقيد بمواعيد الطعن، كما تضمن تحديداً تفصيلياً لإجراءات التصحيح بخلاف قانون المرافعات المصري الذي لم يورد أي تنظيم إجرائي للتفسير¹.

ثالثاً: استكمال ما أُغفلَ الفصل فيه

إذا تم الفصل في موضوع الدعوى بصورة غير كاملة كأن يكون للمدعي "أو المحتكم" طلبين فيتم الفصل من المحكمة "أو هيئة التحكيم" في أحدهما دون الفصل صراحة أو ضمناً في الطلب الآخر، فيجوز للمدعي "أو المحتكم" طلب الفصل فيما أُغفلَ الفصل فيه، مع تبليغ الخصم الآخر للحضور أمام المحكمة "أو

¹ نصوص المواد ١٧٢ و ١٧٣ و ١٧٤ من نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية.

هيئة التحكيم"، كي يتم استكمال الفصل فيما لم يتم الفصل فيه من موضوع الدعوى، مراعاةً للمواجهة بين الخصوم واحتراماً لحق الدفاع^١.

ولا يتعارض هذا الحكم مع فكرة استنفاد الولاية كأثر للقرار القضائي "أو التحكيمي" الموضوعي، ذلك أن المحكمة "أو هيئة التحكيم" لا تراجع حكمها، ولا تعيد الفصل في مسألة سبق أن فصلت فيها، بل إنها تفصل فيما أغفلت الفصل فيه، ولا يتصور هذا الفرض إلا حال تعدد الطلبات في الدعوى، سواء كان هذا التعدد أصلياً "في صحيفة افتتاح الدعوى"، أو عارضاً "أثناء سير الإجراءات"، وبغض النظر عما إذا كان الطلب الذي أغفل الفصل فيه قد تقدم به المدعي أو المدعى عليه، غير أنه يلزم أن يتعلق الأمر بطلب لا بدفع أو دليل إثبات، أي أن يتعلق الإغفال بدعوى لا بإجراء من إجراءات الخصومة^٢.

^١ تنص المادة ١٩٣ من قانون المرافعات على أنه: "إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه"، وهو ما قرره نظام المرافعات الشرعية في المادة ١٧٥ منه.

^٢ استلزم القانون "م/١٩٣ من قانون المرافعات، م/١٧٥ من نظام المرافعات الشرعية" أن يتعلق الإغفال بطلب موضوعي، وحددت اللائحة التنفيذية للنص المذكور من نظام المرافعات الطلبات الموضوعية بأنها الطلبات التي تتعلق بموضوع النزاع، أو بأصل الحق، كطلب إثبات الملكية والاستحقاق في الربيع ونحوها، ويشمل ذلك ما إذا كان الطلب في صحيفة الدعوى أو كان عارضاً.

غير أن الامتناع عن الفصل في الطلب العارض لعدم ارتباطه بالطلب الأصلي، أو لخروجه عن اتفاق التحكيم، لا يمكن مواجهته بطلب الاستكمال، لأن الفرض القائم أنه تم نظر الطلب والفصل فيه بقرار قاطع بعدم القبول.

فإذا كان الأمر أمام القضاء فيكون للطالب رفع دعوى جديدة بهذا الطلب وفقاً لقواعد الولاية والاختصاص القضائيين، كما أن له الطعن على الحكم بعدم قبول طلبه باتباع القواعد المقررة للطعن في الأحكام^١.

وإذا تعلق الأمر بالتحكيم، وكان مرد عدم الفصل في الطلب العارض خروجه عن اتفاق التحكيم فللطالب الخيار بين رفع دعوى قضائية بطلبه وفق القواعد العامة في التقاضي، أو أن يعترض على القرار التحكيمي بدعوى البطلان إذا لم يقتنع بخروج طلبه العارض عن حدود اتفاق التحكيم^٢.

^١ تنص المادة ٣/١٧٥ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية على أنه: "في حال أغفلت الدائرة طلباً موضوعياً لعدم ارتباطه بالدعوى الأصلية، أو عدم شموله للصور الواردة في المادتين الثالثة والثمانين والرابعة والثمانين من هذا النظام، فتحكم بعدم قبوله، ويخضع حكمها لطرق الاعتراض، ولا يمنع ذلك من تقديمه بدعوى مستقلة تحال حسب التوزيع"، وإن كانت نصوص قانون المرافعات المصري لم تتضمن هذا الحكم صراحة غير أنه يدخل في إطار الأحكام الإجرائية العامة التي لا تحتاج إلى نص صريح يقرها.

^٢ تنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري على أن: "١- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع... ٣- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في

وبالطبع إذا ما عدل الخصم طلباته فالعبرة بالطلب الختامي شريطة أن يندرج ضمن الحدود الموضوعية والشخصية لاتفاق التحكيم، ولا يقال بتحقق الإغفال لعدم الفصل في الطلب المعدول عنه، وهو ما يسري على التحكيم والقضاء على السواء.

وهناك عدة مفترضات بديهية لثبوت سلطة الاستكمال لهيئة التحكيم، فيلزم ألا يتجاوز الطلب حدود اختصاصها، وأن يكون قد قدم للهيئة بشكل واضح وصريح إذ ليس لها الحكم بما لم يطلب منها، وألا يتخذ ذريعة لإعادة طرح النزاع أو بعض جوانبه من جديد بما يتعرض وحجية الحكم، وأن يكون الطلب الذي أغفلت الهيئة الفصل فيه قدم أثناء إجراءات التحكيم وقبل إصدار حكم التحكيم الفاصل في النزاع، وظل قائماً حتى إقفال باب المرافعة دون تنازل من مقدمه.

كما يلزم تقديم طلب لهيئة التحكيم لإصدار حكم إضافي، فلا تستطيع مباشرة الاستكمال من تلقاء نفسها، على أنه يحق تقديم هذا الطلب من أي خصم فلا

الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها وفقاً لمادة (٥٣) من هذا القانون"، وهو ما قرره نص المادة ٢٠ من نظام التحكيم.

يقتصر على من أغفل الحكم الفصل في طلبه، وإنما يحق تقديمه ممن كان الطلب الذي أغفل موجهًا إليه^١.

وقد استلزمت قواعد التحكيم تقديم طلب الاستكمال خلال ثلاثين يومًا من تاريخ إعلان الحكم، كما أوجبت على الهيئة الفصل في هذا الطلب خلال ستين يومًا قابلة للتمديد ثلاثين يومًا أخرى، ولكن هل هذا الميعاد حتمي أم تنظيمي؟ لم تجب نصوص القانون على هذا التساؤل، مع أهميته، فلو قيل بحتمية الميعاد لترتب على انقضائه سقوط الحق في تقديم الطلب؛ بما يترتب على ذلك من نتائج، ولو قيل بكونه تنظيمي يرمي إلى حث الخصم على الإسراع بتقديم الطلب لحق تقديمه بعد فوات الميعاد المذكور، وهو ما يسري على ميعاد الفصل في الطلب^٢.

واعتقد في ضوء فلسفة التحكيم وخصوصيته أن الأمر بالأخير متوقف على اتفاق الأطراف، فإذا تقدم طرف بطلب الاستكمال بعد الميعاد، وقبلته الهيئة، ولم يعترض

^١ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٧م، ص٤٧٦.

^٢ تنص المادة ٥١ من قانون التحكيم المصري على أنه: "١- يجوز لكل من طرفي التحكيم، ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يومًا التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم، ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه. ٢- وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يومًا من تاريخ تقديم الطلب ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يومًا أخرى إذا رأت ضرورة لذلك"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي بصورة حرفية في المادة ٤٨ منه.

الطرف الآخر فلا شك في انعقاد الاختصاص للهيئة وتوليها إصدار الحكم، أما إذا امتنعت الهيئة أو اعترض الطرف الآخر سواء أخذت باعتراضه الهيئة وتوقفت عن الفصل في الطلب أو أصدرت حكمها في الطلب فلا مناص من اعتراض الخصم الذي لم تلبى رغبته على الحكم بطريق دعوى البطلان، ويسري أحكام هذه الدعوى. وإذا تعذر انعقاد هيئة التحكيم لوفاء المُحَكَّم الفرد أو أحد أعضاء هيئة التحكيم، أو قيام مانع، تعين اتخاذ ما قرره نصوص القانون بصدد تحقق هذا العذر أثناء سير إجراءات التحكيم^١.

^١ أحمد السيد صاوي، التحكيم وفقاً لقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ص ٢٠٥، عيد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣/٢٠٠٤م، ص ٢١٠، فتحي والي، التحكيم، ص ٤٧٨.

تنص المادة ٢١ من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا انتهت مهمة المُحَكَّم بالحكم برده أو عزله أو تنحيته أو بأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المُحَكَّم الذي انتهت مهمته"، وهو ما قرره نظام التحكيم في المادة ١٩ منه.

الغصن الثاني

الطعن في الحكم أمام نفس المحكمة

بالرغم مما سبق التأكيد عليه من أن كل قضاء يحوز حجية الأمر المقضي يستتبع استنفاد الولاية، إلا أن هناك فروض يصدر فيها حكماً قضائياً حائزاً لحجية الأمر المقضي، ومستنفداً من ثم لولاية المحكمة ثم يعاد طرح ذات النزاع مرة أخرى على ذات المحكمة لتعيد النظر فيه، فهل هذا يعد خروجاً على استنفاد الولاية واستثناءً عليها؟.

تفصيل ذلك أن الحكم القضائي يحوز حجية الأمر المقضي متى كان فاصلاً في موضوع الدعوى، وأن هذه الحجية لا تناقش أو تزول إلا من خلال الطعن بطرق الطعن المقررة؛ وعليه تستنفد المحكمة ولايتها حال إصدارها قراراً قضائياً موضوعياً حائزاً للحجية، بيد أنه وفي تحديده لطرق الطعن في الأحكام القضائية ميز القانون بين نوعين من هذه الطرق، في النوع الأول منهما يتم الطعن على القرار القضائي أمام نفس القاضي مصدره، وهو ما يتحقق في طريقي الطعن بالمعارضة والتماس إعادة النظر، أما في النوع الثاني منهما فيتم الطعن أمام قاضٍ آخر أو محكمة أخرى مختلفة عن مصدره القرار القضائي الطعين، وهو ما يتحقق في طريقي الطعن بالاستئناف والنقض.

وعلى ذلك فإنه حال الطعن بالمعارضة أو التماس إعادة النظر، ورغم استنفاد مصدر القرار القضائي ولايته فور صدوره فإنه يسترد هذه الولاية من جديد، لإعادة دراسة موضوع الدعوى والانتهاة إلى قرار قضائي آخر، قد يتطابق أو يتعارض مع قراره الأول.

والحقيقة أن تقرير استرداد الولاية القضائية من خلال الطعن بالمعارضة أو بالتماس إعادة النظر لا يتعارض مع فكرة استنفاد الولاية بل إنه من تطبيقاتها، ذلك أن فكرة الاستنفاد تقتضي أن يقول العضو القضائي كلمته في الموضوع فيمتنع عليه التعديل فيما انتهى إليه أو العدول عنه، والملاحظ في طريقي الطعنين محل الدراسة أن العضو القضائي يطرح عليه من خلال كل منهما ما لم يسبق أن قال كلمته فيه.

ففي الطعن بالمعارضة فإن المفترض صدور الحكم في غيبة الخصم؛ ومن ثم فإن العضو القضائي لم يسمع وجهة نظره، فإذا ما طعن بالمعارضة وأتى إلى القضاء عارضاً موقفه ووجهة نظره فإن ما يطرح في حضرة العضو القضائي لم يسبق طرحه من ذي قبل ومن ثم لم يقل كلمته فيه، فمن المنطقي ألا تستنفد ولايته عما لم يقل كلمته فيه من ذي قبل.

ويبدو الأمر أكثر جلاءً في طريق الطعن بالالتماس، ذلك أن جميع حالات الالتماس تدور حول وجود مستند أو واقعة لم تعرض أصلاً على العضو القضائي

حال إصداره قراره القضائي، أو عرضت بشكل غير صحيح، ومن ثم لم يسبق أن قال كلمته بشكل صحيح^١.

ففي الطعن بالمعارضة وكذا الالتماس لا يعترض الطاعن على القرار القضائي بقدر ما يطلب إطلاع القاضي على ما لم يسبق اطلاعه عليه؛ بما أثره تغيير وجه الرأي في الدعوى، وهو ما لا يتعارض البتة مع فكرة استنفاد الولاية التي تتأسس على استنفاغ العضو القضائي جهده في محل القرار القضائي.

^١ في تحديدها لحالات التماس إعادة النظر تنص المادة ٢٤١ مرافعات مصري على أن: "للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية: ١. إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم. ٢. إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى بتزويرها. ٣. إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة. ٤. إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها. ٥. إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه. ٦. إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض. ٧. إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية. ٨. لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسيم"، وهو نفس ما قرره نص المادة (٢٠٠) مرافعات شرعية. بيد أنه يلاحظ أن هذا النص قد أضاف حالة غير موجودة بالقانون المصري وهي "إذا كان الحكم غيابياً"، وذلك منطقي بعد إلغاء الأحكام الغيابية كقاعدة في القانون المصري في غير المجال الجنائي على خلاف الحال في النظام السعودي.

المطلب الثاني

خصوصية استنفاد الولاية في مجال التحكيم

بالرغم من كونه بديلاً عن القضاء يقوم بدوره في حسم الخصومات بقرارات باتة ملزمة، إلا أن اختلاف طبيعته عن القضاء، وتباين منهجه الإجرائي عما هو مقرر في الخصومة القضائية ليفرض تساؤلاً عما إذا كانت أحكام استنفاد ولاية القاضي تسري عليه وما إذا كانت هناك أوجه لخصوصية هذا الاستنفاد في مجال التحكيم، خاصة وأن فارقاً بين التحكيم والقضاء لا يمكن غض الطرف عنه في هذا الخصوص يتمثل في أن استنفاد ولاية قاضي الدعوى لا يحول دون ثبوت الولاية القضائية بذات الدعوى لقاضٍ آخر، بما مؤداه أن استنفاد الولاية القضائية يمكن وصفه بالاستنفاد الجزئي، بيد أن الوضع في التحكيم جد مختلف، ذلك أن ولاية الفصل في الدعوى التحكيمية تثبت لمحكم واحد، فغذا ما قيل باستنفاد ولايته فهذا يعني انتهاء الولاية بالنسبة للتحكيم في عمومها وهو ما يمكن وصفه بالاستنفاد الكلي أو الكامل.

إن أساس خصوصية استنفاد الولاية في مجال التحكيم لينبع من خصوصية هذه الولاية، وهو ما ينعكس على تحديد المجال الفعلي لهذا الاستنفاد، وهو ما نحاول بيانه على النحو التالي:

الفرع الأول

أساس خصوصية ولاية التحكيم

تتأسس خصوصية ولاية هيئة التحكيم للفصل في النزاع التحكيمي على اختلاف وظيفة التحكيم في النظام القانون عن وظيفة القضاء، وهو ما ينطلق من تمايز فلسفة التحكيم عن فلسفة القضاء؛ بما يستتبعه ذلك من وجود محددات لولاية هيئة التحكيم لا وجود لها في خصوص الولاية القضائية، وهو ما نعرض له على النحو التالي:

الغصن الأول

أثر فلسفة التحكيم على تحديد ولايته

تقوم فلسفة التحكيم على الاتفاق الذي هو دستوره وأساس ثبوت ولاية الفصل في النزاع لهيئة التحكيم وسلبه من القضاء^١؛ فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق إما لانعدامه أو بطلانه أو عدم الاعتراف به لعدم توافر مفترضات صحته كالاتفاق على التحكيم فيما لا يجوز فيه؛ ترتب على ذلك عدم ثبوت ولاية الفصل في النزاع لهيئة التحكيم، كما أن هذا اتفاق الأطراف هو الذي يحدد نطاق ولاية هيئة التحكيم إذ تنحصر فيما تضمن هذا الاتفاق عرضه على التحكيم^٢.

^١ أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المنطق حين قضت بأن "التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء مقتضاه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها". (حكمها في الطعن رقم ٨٤، س ق ١٩، بتاريخ ١١/٦/١٩٩٩)، كما أكدت أن اتفاق ذوي الشأن هو الأساس الذي تستمد منه هيئة التحكيم ولايتها (حكمها في الطعن رقم ١٣، س ق ١٥، بتاريخ ١٧/١٢/١٩٩٤)، وكذا حكمها في الطعن رقم ٦٥، س ق ١٨، بتاريخ ١/٦/٢٠٠١، كما قضت بأن "التحكيم مصدره الاتفاق؛ إذ يحدد طرفاه -وفقاً لأحكامه- نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها" (حكمها في القضية رقم ١٥، س ق ٢٧، "تنازع"، بتاريخ ١٠ ديسمبر ٢٠٠٦ م).

^٢ أكدت محكمة استئناف القاهرة هذا المعنى حين قضت بأن: "اتفاق التحكيم هو دستوره وأساس مشروعيته ومنه يستمد المحكّم سلطته في الفصل في النزاع كما أنه يعد الأساس القانوني المباشر لإخراج النزاع محله من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة؛ ومن ثم فإن عدم

إن اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع قائم أو محتمل على التحكيم، أثره نقل ولاية الفصل في هذا النزاع من قضاء الدولة إلى التحكيم كآلية قانونية معتبرة لحسم المنازعات بأحكام قطعية ملزمة، وإن بقي لقضاء الدولة دور معتبر في مجال التحكيم سواء بالمساعدة أو الرقابة غير أن ولاية الفصل في موضوع النزاع تبقى لهيئة التحكيم مستأثرة بها لا دور للقضاء بشأنها، إلا إذا خرجت الهيئة على مقتضى القانون، ووقع في عملها عيباً من العيوب المرصودة أسباباً لبطلان حكم التحكيم، إذ يحل القضاء محلها في هذا الفرض لرفع هذا العيب وفق مقتضى القانون^١.

فإذا ما تم تشكيل هيئة التحكيم سواء باتفاق الأطراف أو بتدخل القضاء فقد انعقدت لها ولاية الفصل في النزاع محل اتفاق التحكيم بالفعل، وامتنع على قضاء الدولة

وجود اتفاق صحيح يفضي إلى انعدام حكم التحكيم، لانعدام ولاية المُحكِّم في إصداره، ولافتئات المُحكِّم المذكور على السلطة القضائية في الدولة وغصب ولايتها بما يشكله من اعتداء على النظام العام". (حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة التجارية ٩١ بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٣٠ في القضية رقم ٩٥ لسنة ١٢٢ قضائية).

^١ راجع في تأكيد هذا المعنى حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥٠٢٦، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٨/٥/١٤.

نظر موضوع النزاع والفصل فيه، وإن اختلف الفقه الإجرائي حول تكييف هذا الامتتاع وما إذا كان انتقاءً للولاية أو زوالاً للاختصاص^١.

^١ ذهب اتجاه فقهي تدعمه محكمة النقض في بعض أحكامها إلى أن التمسك بوجود اتفاق التحكيم يعد دفعاً بعدم الاختصاص؛ وعليه يعد من الدفوع الشكلية "الإجرائية" ويخضع للنظام القانوني لها، بينما ذهب اتجاه فقهي آخر إلى تكييف التمسك بوجود اتفاق تحكيم لمنع القضاء من نظر الدعوى إنما هو من قبيل الدفع بعدم القبول، كون اتفاق ذوي الشأن على عرض النزاع على التحكيم تنازلاً صريحاً عن حق الدعوى أمام القضاء، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتباره من قبيل الدفوع الإجرائية المتعلقة بانتقاء الولاية، بيد أن آخرون يرون منه دفعاً إجرائياً محله بطلان المطالبة القضائية لوجود اتفاق إجرائي بين الخصوم يمنع من عرض محل الطلب على القضاء. في تفصيل ذلك وحجج كل رأي راجع محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، ص ١٠٠، أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، بند ٤١، ص ١٢٠، علي محمد عبدالله العلوي، هيئات التحكيم، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٨، ص ٣٢٣.

هذا وقد جاءت نصوص القانون بصياغات غير محددة ولا يمكن التعويل عليها لحسم هذا الخلاف فقانون التحكيم المصري ينص في المادة ١/١٣ على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ١/١١ وإن استعمل اصطلاحاً مرادفاً لاصطلاح عدم القبول وهو "عدم جواز نظر الدعوى"، ورغم أن النص اعتبر التمسك بعدم نظر النزاع أمام القضاء دفعاً بعدم القبول إلا أنه لم يرتب آثار ذلك التي كانت توجب على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها، وعدم سقوط الحق فيه، وجواز إبدائه لأول مرة أمام محكمة النقض "العليا"، بل رتب النظام القانوني للدفوع الإجرائية، إذ استلزم أن يتمسك به الخصم، وأن يتم ذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

وهكذا ينبغي التمييز بين ثبوت ولاية التحكيم وانعقادها، تمامًا على غرار الوضع بالنسبة لقضاء الدولة، فولاية الفصل في المنازعات محددة وموزعة بين المحاكم قبل بدء النزاع، فمعلوم أن أي نزاع أحوال شخصية تثبت ولاية الفصل فيه لمحكمة الأسرة في القانون المصري أو محكمة الأحوال الشخصية في النظام السعودي قبل نشوب النزاع أصلاً، فغذا ما نشب النزاع انعقدت الولاية به للمحكمة صاحبة الولاية والاختصاص، ولذا فمن المقرر في قواعد المرافعات أن الخصومة القضائية تبدأ بالطلب القضائي وتتعقد بالإعلان "التبليغ"^١.

وما نود التركيز عليه خصوصية هذه الولاية، فهي ولاية احتمالية غير ثابتة، بمعنى أنها تحتاج إلى اتفاق من ذوي الشأن في حدود الضوابط القانونية المقررة للاتفاق على التحكيم، سواء فيما يتعلق بشروط هذا الاتفاق، أو مجاله من حيث ما يجوز وما لا يجوز التحكيم فيه، أو متطلباته كاستلزام موافقة معينة لاعتماد الاتفاق على

ثم إن القانون كيف الأمر أمام هيئة التحكيم بالاختصاص وليس عدم القبول، إذ تنص المادة ١/٢٢ من قانون التحكيم المصري على أن: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ١/٢٠.

^١ وجدي راغب فهمي، الموجز في مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٧٧، ص٢٤٩، نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في نظام المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٩، ص١٦.

التحكيم كما هو الحال في خصوص التحكيم في المنازعات الإدارية، وهذا كله على عكس الولاية القضائية، إذ إنها ثابتة دونما حاجة إلى أية إجراءات أو اشتراطات.

كما أن ولاية هيئة التحكيم ولاية خاصة تنحصر على محل الاتفاق التحكيمي، فلا تتسع لتشمل ما عداه من منازعات ولو كانت بين أطراف التحكيم، بل ولو تعلقت أو ارتبطت بموضوعه ومحلّه، متى كانت خارجة عن هذا المحل وذلك الموضوع، فلو اقتصر اتفاق التحكيم على طائفة معينة من المنازعات بين طرفيه فلا تثبت لهيئة التحكيم ولاية الفصل في غيرها من منازعات ولو ارتبطت بالمتفق عليها ارتباطاً وثيقاً، ذلك أن الأصل ثبوت هذه الولاية للقضاء، ولا تنتزع منه إلا باتفاق صريح توافرت فيه مفترضاته واشتراطاته القانونية، وعلى النقيض من هذا تأتي الولاية القضائية التي تتسع لتشمل جميع المنازعات إلا ما يخرج عن حدود الولاية القضائية استثناءً وبنصوص صريحة وقاطعة لا يتوسع في تفسيرها ولا يقاس عليها ويقتصر تطبيقها على ما وردت بشأنه، كما هو الحال في خصوص أعمال السيادة¹.

¹ في تأكيد هذا المعنى في التطبيق القضائي راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ١٣، س ق ١٥، بتاريخ ١٧/١٢/١٩٩٤، وحكمها في الطعن رقم ١٤٥، س ق ١٩، بتاريخ ١٩٩٨/٦/٦.

وفضلاً عن ذلك فإن ولاية هيئة التحكيم ولاية محدود غير مستغرقة، فهي لا تشمل جميع أعمال حسم النزاع محل التحكيم، إذ لا تتمتع هذه الهيئة بالسلطات التي تخولها من ذلك، فليس لها إلزام الغير على المثل أمامها، بل لا تملك إجبار الخصم على تقديم مستند يحوزه، وليس لها أن تأمر أية جهة عاملة أو خاصة بتقديم مستند منتج في الدعوى، وإجمالاً لا تملك سلطة الأمر إلا تجاه الخصوم وفي حدود اتفاق التحكيم؛ ولذا كان تدخل القضاء بالمساعدة في مجال التحكيم.

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أنه وبالرغم من تعدد احتمالات الحاجة إلى تدخل القضاء بالمساعدة إلا أن القانون لم يتضمن تنظيمًا متكاملًا في هذا الخصوص، إذ اقتصر نصوصه على تدخل القضاء لإلزام الخصم بتنفيذ أمر يتعلق بتدبير وقتي أو تحفظي^١، أو للإبابة القضائية، أو لحمل الشهود على المثل

^١ تنص المادة ٢/٢٤ من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم، بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ"، وهو ما تقرره المادة ٢/٢٣ من نظام التحكيم السعودي.

أمام الهيئة ومعاقبتهم حال امتناعهم عن أداء الشهادة أو ارتكابهم لجريمة الشهادة الزور^١.

ونظرًا لوجود حالات لا يمكن حصرها تستدعي تدخل القضاء في مجال التحكيم بالمساعدة؛ أرى تعديل النصوص المنظمة لذلك لتكون أكثر شمولية، ومناسبة للفروض العملية، من خلال استبعاد تعداد حالات التدخل بالمساعدة، وأن يستبدل بها النص على أن يختص القضاء -بناءً على طلب هيئة التحكيم- باتخاذ كل إجراء يتوقف على اتخاذه الفصل في الدعوى التحكيمية وفق مقتضيات العدالة، ولا مانع من ذكر الحالات الواردة بالقانون ولكن على سبيل التمثيل لا الحصر.

كما أن ولاية التحكيم ولاية مؤقتة من ناحيتين

فهي من ناحية أولى تثبت لهيئة التحكيم في خصوص نزاع محدد كما هو معلوم وكما بينا منذ قليل فإذا انقضى لنزاع محل التحكيم زالت عن هيئة التحكيم ولايتها، سواء انقضى صلحًا أو أداءً من المحتكم ضده، أو إبراءً من المحتكم، أو بانعدام محل النزاع، أو بحكم قطعي لهيئة التحكيم، إذ إن ولاية هيئة التحكيم نهضت

^١ تنص المادة ٣٧ من قانون التحكيم المصري على أن: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون ببناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتي:- ١- الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين (٧٨ و ٨٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. ٢- الأمر بالإنابة القضائية"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٢/٢٢ و ٣.

وثبتت لها لغاية محددة هي الفصل في نزاع قائم، فإن انقضى النزاع لأي سبب فقد زال محلها، وتبدد الهدف الذي لأجله وجدت فتزول بذلك، بل قد يتفق الأطراف على انتهاء مهمة التحكيم^١.

وهي من ناحية ثانية تثبت للهيئة خلال مدة زمنية محددة هي مهلة التحكيم، وتزول بانتهائها، ولو لم يتم الحكم، ولم ينقضي النزاع، إذ إن النظم القانونية بلا معارض ضربت أجلاً لهيئة التحكيم للفصل في النزاع التحكيمي خلاله، وإلا زالت عن الهيئة ولايتها، بل وعن التحكيم بالكلية ولايته، واسترد قضاء الدولة ولاية الفصل في النزاع التي نزعته منه بالتحكيم، وذلك سواء جاء تحديد مهلة التحكيم بنص القانون أو باتفاق الأطراف أو بقرار القضاء؛ وعليه فلمهلة التحكيم أثر مباشر في تقليص ولاية التحكيم^٢.

^١ تنص المادة ٤٨/١-أ من قانون التحكيم الصري على انتهاء مهمة التحكيم: "أ- إذا اتفق الطرفان على إنهاء التحكيم"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٤١/١-أ.

^٢ تنص المادة ٤٥ مادة ٤٥ من قانون التحكيم على أنه: "(١) على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذي أتفق عليه الطرفان فأن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرًا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. (٢)- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون، أن يصدر أمرًا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين

ويضاف إلى كل ما سبق كون ولاية هيئة التحكيم غير متعلقة بالنظام العام، إذ يمكن توسيعها باتفاق الأطراف المعنيين على مد ولاية الهيئة إلى نزاع أو منازعات أخرى تخرج عما نهضت بشأنه ولاية هيئة التحكيم ابتداءً، كما يجوز في المقابل قصر هذه الولاية عن بعض ما نهضت مشتملة عليه.

وهنا تجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين عدم تعلق ولاية هيئة التحكيم بالنظام العام على نحو ما مر وبين تعلق حظر التحكيم في مسائل معينة بالنظام العام، ذلك أنه من النظام العام في مجال التحكيم عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح، وعليه يرد على ولاية التحكيم قيد هو من النظام العام^١.

فالمقصود أنه فيما يجوز فيه التحكيم يمكن للأطراف التعديل في ولاية التحكيم، وفق ما يحقق مصالحهم ومن هذه الناحية ينتفي عن ولاية التحكيم تعلقها بالنظام العام.

عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٤٠.

^١ تنص المادة ١١ من قانون التحكيم المصري على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، بينما تنص المادة ٢/٢ من نظام التحكيم السعودي على أن: "لا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، فأضاف مسائل الأحوال الشخصية وبالطبع ينصرف النص إلى مسائل الأحوال الشخصية التي يجوز فيها الصلح إذ لا يجوز فيها التحكيم للنص الصريح على حظر التحكيم فيها.

وأخيرًا فإن ولاية التحكيم ولاية مشروطة، بمعنى أن أعمال مقتضاها متوقف على شرط واقف يتمثل في تمسك صاحب الصفة والمصلحة بإعمالها؛ ولذا فقد أجمعت النظم القانونية ومنها النظامين المصري والسعودي على أن امتناع القضاء عن نظر الدعوى لوجود اتفاق تحكيم يتوقف على تمسك المدعى عليه بذلك، قبل الكلام في الموضوع، وإلا سقط الحق فيه^١.

ورغم صراحة نصوص نظام التحكيم السعودي، ورغم استقرار القضاء السعودي على كون الدفع بوجود التحكيم دفعًا إجرائيًا يجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه، واستمرت ولاية القضاء في نظر الدعوى، إلا أن حكمًا قضائيًا أيد استئنافيًا ذهب إلى عكس ذلك، إذ انتهت فيه المحكمة إلى صرف النظر عن الدعوى لوجود اتفاق التحكيم دون تمسك من المدعى عليه، واعترض الخصمين على الحكم، فأيدته محكمة الاستئناف^٢.

^١ تنص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى"، وهو ما قرره المادة ١/١١ من نظام التحكيم السعودي بصورة حرفية.

^٢ رفعت دعوى أمام المحكمة العامة بجدة، وبعد عرض المدعي دعواه، وإجابة المدعى عليه عليها بعدما استمهل لأجل إعداد مذكرة بدفاعه، وبعد عقد عدة جلسات تقدم فيها كل خصم بما يدعم موقفه في الدعوى، وبعد تقدم المدعى عليه بطلب مقابل، انتهت المحكمة -ودون تمسك من المدعى عليه بل ودون طرحها الأمر على الخصوم للنقاش- إلى صرف النظر عن دعوى

المدعي وعن طلب المدعى عليه، وبإفهامهما بأنه يلزمهما إجراء التحكيم، فقرر عدم القناعة بالحكم، ويعرض الطعن على محكمة استئناف مكة المكرمة التي انتهت إلى أنه: "بدراسة الصك بصورة ضبطه ولائحته الاعتراضية تقرر الموافقة على الحكم" (رقم الصك ٣٤٦١٥٦٧، في ١٤/٣/١٤هـ، رقم الدعوى ٣٣٥٧٣٧٠٠، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤٢٠٤٤٨٣، في ٤/٥/١٤هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٨، ص ٢٧٦).

في عكس ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى: "جاءت الأوراق خلواً مما يفيد أن الشركة الطاعنة قد قبلت إحالة النزاع بعد وقوعه إلى هيئات التحكيم حتى ينعقد لها الاختصاص بنظره ومن ثم فإن الاختصاص بنظر النزاع ينعقد للقضاء العادي باعتباره صاحب الولاية العامة دون هيئات التحكيم، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع المبدى من الطاعنة بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه". (حكمها في الطعن رقم ٣٨٦٩، س ٨١ق، جلسة ٣/٥/٢٠١٨م).

كما أنها استلزمت استمرار تمسك المدعى عليه بشرط التحكيم فلو لم يتمسك به في مذكرته الختامية عد متنازلاً عنه ولو تمسك به في مذكرته الافتتاحية إذ إن العبرة بالطلبات الختامية، فقضت بأنه: "إذ كان البين من الأوراق -بعد ضم الملفات- أن الشركة المطعون ضدها ولئن احتجت في مذكرة دفاعها أمام محكمة أول درجة بجلسة ٢٥/١/٢٠٠٤ على الطاعن بشرط التحكيم الوارد بوثيقة التأمين المبرمة بينهما، إلا أنها أغفلت التمسك بهذا الشرط في مذكرتها الختامية المقدمة أمام ذات المحكمة في ٣٠/٥/٢٠٠٥ والتي حددت فيها دفعها وأوجه دفاعها تحديداً جامعاً فطلبت رفض الدعوى وسقوط حق الطاعن المؤمن له وانتهت إلى طلب نذب خبير من الهيئة المصرية للرقابة على التأمين دون أن تحيل إلى ما أوردته في مذكرات دفاعها السابقة فإن خلو مذكرتها الختامية من التمسك بشرط التحكيم يعد نزولاً ضمنياً عنه وينطوي على التسليم بصحة إجراءات الخصومة والرضا بطرح النزاع أمام القضاء. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد حكم أول درجة بقبول الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"، وقد أسست حكمها على أن "التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، عدم تعلقه بالنظام العام. فلا يجوز للمحكمة أن

وهكذا يبدو اختلاف أساس ولاية الفصل في النزاع بين التحكيم والقضاء واضحاً، كون هذا الأخير ملازماً عاماً للجميع بوصفه تطبيقاً لإحدى السلطات الأساسية للدولة القانونية، كونه القاضي الطبيعي للخصوم، فلا يتوقف ثبوت الولاية له على اتفاق من ذوي الشأن، كما لا يحد بموضوع دون سواه، فكل ما يتصور الاختلاف بشأنه يندرج في الولاية العامة للقضاء، كما أن ولاية القضاء دائمة لا تزول ما بقي النزاع قائماً حتى يحسم بقرار قضائي يستبدل بالتجهيل يقيناً قانونياً؛ وعليه تبدو ولاية التحكيم أخص وأضيق من ولاية القضاء.

الفصل الثاني

محددات ولاية التحكيم

على خلاف ولاية القضاء تخضع ولاية هيئة التحكيم للعديد من المحددات التي تؤثر بصورة مباشرة في ثبوت هذه الولاية من عدمه ابتداءً، ثم في تحديد نطاقها ضيقاً وسعة، ثم انتهائها، وذلك على النحو التالي:

المحدد الأول: اتفاق التحكيم

يأتي اتفاق الأطراف على عرض النزاع على التحكيم دون القضاء أول وأهم قيود ولاية التحكيم، سواء من حيث ثبوتها أو حدودها، فقد ذكرنا في الصفحات السابقة

تقضي به من تلقاء نفسها، وجواز النزول عنه صراحة أو ضمناً. (حكمها في الطعن رقم ١٤٧١٤، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٨/٢/٥).

كيف أن هذا الاتفاق هو دستور التحكيم وأساس ثبوت ولاية الفصل في النزاع لهيئة التحكيم، وأنه المحدد الرئيس لهذه الولاية بحيث تثبت في إطاره وتتعدم خارجة، ومنعاً من التكرار نحيل إلى ما سبق ذكره في هذا الخصوص.

وما نود إضافته في هذا السياق ما قد يتضمنه اتفاق التحكيم من توسيع أو تضيق في ولاية هيئة التحكيم وما تتمتع به من صلاحيات وسلطات، بدءاً بتحديد توقيت ممارسة هيئة التحكيم لولايتها^١، ومروراً بتحديد مكان مباشرة إجراءات التحكيم^٢، وتحديد لغة التحكيم^٣، وتحديد المواعيد الإجرائية^٤، ومدى الحاجة إلى عقد جلسات

^١ تنص المادة ٢٧ من قانون التحكيم المصري على أن: "تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٢٦ منه.

^٢ تنص المادة ٢٨ من قانون التحكيم المصري على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملاتمة المكان لأطرافها"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٢٨ منه.

^٣ تنص المادة ١/٢٩ من قانون التحكيم المصري على أن: "يجرى التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ١/٢٩ منه.

^٤ من قبيل ذلك ما تنص عليه المادة ٣٠ من قانون التحكيم المصري في فقرتها الأولى من أن: "يرسل المدعى خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه"، وفي فقرتها الثانية على أن: "يرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي

مرافعة^١، ومدى استلزام إعداد محضر جلسات يسلم للخصوم^٢، وتحديد سلطة هيئة التحكيم في إنهاء الإجراءات^٣، وصولاً إلى كيفية إصدار الحكم^٤، كما يلعب اتفاق

وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردًا على ما جاء ببيان الدعوى^٥، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٣٠ منه في فقرتيها الأولى والثانية.

١ تنص المادة ١/٣٣ من قانون التحكيم المصري على أن: "تُعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ١/٣٣ منه.

كما تنص المادة ٤/٣٦ من قانون التحكيم المصري على أن: "لهيئة التحكيم بعد تقديم تقرير الخبير أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي التحكيم عقد جلسة لسماع أقوال الخبير مع إتاحة الفرصة للطرفين أن يقدم في هذه الجلسة خبيرًا أو أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ١/٣٦ منه.

٢ تنص المادة ٣/٣٣ من قانون التحكيم المصري على أن: "دون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدتها هيئة التحكيم في محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك"، ولم يتبنى نظام التحكيم السعودي ها الحكم.

٣ تنص المادة ١/٣٤ من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا لم يقدم المدعي -دون عذر مقبول- بيانًا مكتوبًا بدعواه وفقًا للفقرة الأولى من المادة (٣٠) يجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ١/٣٤ منه.

كما تنص المادة ١/٣٨-أ من قانون التحكيم المصري على أن: تنتهي إجراءات التحكيم "إذا اتفق الطرفان على إنهاء التحكيم"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ١/٤١-أ منه.

الأطراف دورًا هامًا في تحديد الإطار الزمني لثبوت ولاية الفصل في النزاع لهيئة التحكيم، وذلك في خصوص تحديد مهلة التحكيم ومدتها^٢.

المحدد الثاني: نوع التحكيم

^١ تنص المادة ٤٠ من قانون التحكيم المصري على أن: "يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من مُحكَّم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك"، كما تنص المادة ٢/٤٣ من ذات القانون على أنه: "يجب أن يكون حكم التحكيم مسببًا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك"، ولم يتبنى نظام التحكيم السعودي ها الحكم، إذ جاء النص المقابل في المادة ١/٤٢ منه مؤكدًا على أن: "يصدر حكم التحكيم كتابة ويكون مسببًا، ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من مُحكَّم واحد يُكنفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في محضر القضية أسباب عدم توقيع الأقلية"، دون منح الأطراف سلطة تقديرية في هذا الخصوص.

وفي التطبيق القضائي أكدت محكمة النقض عدم تعلق تسبب حكم التحكيم بالنظام العام، فقررت: "أن خلو حكم التحكيم من الأسباب -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يعد متصلًا بالنظام العام إذ أجازت المادة ٤٣ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٤٩ في شأن التحكيم الاتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من تسبب الحكم الصادر منها". (حكمها في الطعن رقم ١٣٢٦٢، س٨٦ق، جلسة ٢٥/١١/٢٠١٨م).

^٢ تنص المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم المصري على أن: "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرًا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك"، وهو نفس ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٤٠ في فقرتها الأولى والثانية.

تتقيد ولاية التحكيم ضيقاً واتساعاً بحسب نوعه، فهي تتسع في التحكيم بالصلح عنها في التحكيم بالقانون ، وهنا تبدو ولاية التحكيم أوسع من ولاية القضاء، فهي تماثل في محلها ولاية القضاء إذا ما كان التحكيم بالقانون ، بينما تتسع في محلها عن ولاية القضاء إذا ما كان التحكيم بالصلح.

تفصيل ذلك أن التحكيم ينقسم إلي تحكيم بالقانون بالقضاء وتحكيم بالصلح، ويبدو معيار التمييز بينهما فيما يسمح به أطراف التحكيم لهيئته من صلاحيات تتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وتحديد إجراءات التحكيم.

والتحكيم بالقانون هو التحكيم الذي يتفق طرفاه على التزام المُحكَّم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية لقانون يحدده، فلا يجوز لهيئة التحكيم الخروج عن مقتضاه، الذي يحكم النزاع، ويسميه البعض "التحكيم بالقضاء"، ويسميه البعض الآخر "التحكيم العادي"^١.

^١ - فتحي والي، قانون التحكيم، ص٣٧، أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢م، ص١٢، عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف، ١٩٩٨م، ج١، ص٢٦٩.

أما التحكيم بالصلح فهو التحكيم الذي لا يقيد طرفاه المُحَكَّم بقواعد موضوعية أو إجرائية معينة، سواء بالاتفاق على حرية المُحَكَّم في اختيار هذه القواعد أو بالسكوت عن تحديد القواعد المتعين على المُحَكَّم إخضاع نزاعهما لها^١.

وعلى ذلك فإن عدم اتفاق أطراف التحكيم على تحديد القواعد الموضوعية أو الإجرائية واجبة التطبيق على النزاع يترتب عليه اتساع ولاية هيئة التحكيم لتشمل توليها تحديد هذه القواعد، وإن كانت مقيدة بمراعاة طبيعة النزاع وانتقاء القواعد الأقرب إلى موضوعه^٢.

وقد يتفق طرفا التحكيم صراحة على أن يتولى المُحَكَّم الحكم بينهما وفق قواعد العدالة والإنصاف، وهنا لا يتقيد المُحَكَّم بأي قواعد قانونية، بل يفصل في النزاع وفق ما يراه محققاً للعدالة ومراعياً لمصلحة الخصمين، بغض النظر عن مدى موافقته لقواعد القانون الموضوعي، وهو ما يسميه البعض "التحكيم الطليق"،

١- أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١٩٦٥، ص ١٨.

٢ تنص المادة ٢/٣٩ من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع"، وتتص المادة ٢٥ منه على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٢/٢٥ والمادة ١/٣٨ ب.

ويسميه البعض الآخر "التحكيم مع التفويض بالصلح"^١، ولقد نص القانون على ذلك صراحة^٢.

وإذا كان المُحكَّم في التحكيم بالصلح غير مقيد بقواعد قانونية معينة إلا أنه مقيد بالمبادئ الأساسية للتقاضي، من احترام حقوق الدفاع، والمساواة بين أطراف التحكيم، إلى غير ذلك من القواعد المتعلقة بالنظام العام، كما أن التحكيم بالصلح لا يفترض، بل ينبغي النص عليه صراحة في اتفاق التحكيم؛ وعليه فلا تكفي العبارات المبهمة أو الفضفاضة لاعتبار المُحكَّم مفوضاً بالصلح، فالاتفاق على إعفاء المُحكَّم من أحكام قانون المرافعات يقتصر على منح المُحكَّم صلاحية اختيار الإجراءات التي يراها مناسبة، ولا يشمل تفويضه بالصلح في موضوع النزاع^٣.

والخلاصة أن نوع التحكيم يحدد مدى اتساع ولاية هيئة التحكيم، فهي ولاية مقيدة بقواعد القانون الموضوعي والإجرائي الذي يحدده الأطراف في التحكيم بالقانون "بالقضاء"، وهي واسعة في التحكيم بالصلح إذ تشمل اختيار المُحكَّم للقواعد واجبة

^١ عبد الحميد الأحذب، التحكيم، ج١، ص٢٧٥.

^٢ تنص المادة ٤/٣٩ من قانون التحكيم المصري 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"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٢/٣٨ منه.

^٣ أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص٤١.

التطبيق على النزاع محل التحكيم، وهي أكثر اتساعاً في التحكيم مع التفويض بالصلاح إذ تحرر ولاية المُحكِّم من التقيد بأية قواعد موضوعية إذ يفصل في النزاع وفق ما يراه هو أكثر تحقيقاً للعدالة والإنصاف.

المحدد الثالث: نطاق خصومة التحكيم

إن من أهم محددات ولاية التحكيم تقيدها بأشخاص وموضوع النزاع محل التحكيم، وهذا المحدد يختلف في مداه عما هو مقرر في خصوص القضاء، ذلك أنه رغم انحصار ولاية المحكمة في أشخاص ومحل الخصومة إلا أنها تستطيع من تلقاء نفسها أو بطلب صاحب الصفة والمصلحة من الخصوم إدخال خصوم جدد، والتعديل في موضوع الدعوى.

أما في خصوص التحكيم فالأمر جد مختلف، إذ لا ولاية لهيئة التحكيم على غير أطراف اتفاق التحكيم، فليس لها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أن تدخل في الإجراءات من لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم، كما لا يحق لها أن تنتظر فيما لم يتضمنه موضوع هذا الاتفاق مهما كان مرتبطاً بمحل الاتفاق.

وقد جرى العمل على مراعاة هذا المحدد بصرامة، فقد صدر حكم من مركز القاهرة الإقليمي استناداً على اتفاق تحكيم بين شركتين، بعد أن تقرر بإدخال شركة أخرى للتضامن مع المحتكم ضدها، وتضمن الحكم إلزامها بدفع مبلغ مالي، فتم الطعن ببطلان الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة استناداً على أن الشركة الصادر ضدها

الحكم مستقلة عن المحتكم ضدها، ولم تكن طرفاً في العقد المتضمن شرط التحكيم؛
فقدى ببطان الحكم، وتم الطعن على حكم الاستئناف أمام محكمة النقض، التي
انتهت إلى تأييده، كون المطعون ضدها ليست طرفاً في اتفاق التحكيم^١.

كما أن هذا المحدد يقطع باقتصار ولاية التحكيم من الناحية الموضوعية على ما تم
الاتفاق بين الأطراف على عرضه على التحكيم، وما تضمنه الاتفاق بين الأطراف
من جهة وبين هيئة التحكيم من جهة أخرى على حسمه تحكيمياً، ولا يصح التعديل
في هذا المحل إلا باتفاق الجميع، وينصرف الاستنفاد إلى موضوع النزاع الذي تم
الفصل فيه مما ورد باتفاق التحكيم صراحة، فلا يمتد إلى المسائل الأخرى لا
صراحة أو ضمناً^٢.

مع ملاحظة أن الحكم في الموضوع يتضمن حكماً ضمناً بشأن ثبوت الاختصاص
للمحكم الذي أصدره، وصحة مهمته، وصحة الإجراءات؛ وبالتالي يستند سلطته
بالنسبة للموضوع وللمسائل الإجرائية التي يتوقف الفصل في الموضوع على
حسمها، حتى وإن كان الحكم باطلاً^٣.

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٧٢٩، والطعن رقم ٤٧٣٠، س٧٢ق، بجلسة
٢٢/٦/٢٠٠٤م، وحكمها في الطعن رقم ٤٩٨، س٧٠ق، بجلسة ٢٢/٣/٢٠١١.

^٢ عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٨، ص٦٩.

^٣ فتحي والي، التحكيم، ص٤٦٣، محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكمين، ص٧٠.

الفرع الثاني مجال استنفاد ولاية التحكيم

يوجد اتفاق قضائي وفقهي على سريان فكرة استنفاد الولاية القضائية على ولاية المُحَكَّم، رغم اختلاف طبيعة حجية حكم التحكيم عن حجية الحكم القضائي كون فكرة الاستنفاد تختلف عن فكرة الحجية، ولا تمتزج بها على نحو ما سيلي تفصيله فيما بعد^١، ودون إسقاط ما تضيفه خصوصية التحكيم على فكرة الاستنفاد من خصوصية عما هو مقرر أمام القضاء وهو ما نعرض ليه على النحو التالي:

وفي محاولتنا لتحديد مجال استنفاد ولاية التحكيم لابد من الوقوف على أثر خصوصية إجراءات التحكيم مقارنة بالخصومة القضائية في رسم هذا المجال، فضلاً عن عدم تعلق فكرة الاستنفاد ذاتها في مجال التحكيم بالنظام العام وما يتولد عن ذلك من اثر مباشر في تحديد مجال استنفاد الولاية في مجال التحكيم، وما

^١ قيل تبريراً لذلك بتماثل التحكيم مع القضاء من حيث الطبيعة القضائية، كما قيل بوحدة الحكمة والهدف من استنفاد ولاية القضاء وولاية التحكيم، المتمثل في الحاجة إلى استقرار الحقوق والمراكز القانونية، وقيل بغير ذلك، ونرى أن المبررات التي دفعت إلى تقرير فكرة الاستنفاد الولاية القضائية هي ذاتها التي تفرض إعمال فكرة الاستنفاد على ولاية المُحَكَّم مع تبنينا الطبيعة الذاتية الاستقلالية للتحكم، وتأكيدنا نفي الطبيعة القضائية عنه.

راجع في تفصيل ذلك فتحي والي، التحكيم، ص ٤٦٢، طلعت دويدار، ضمانات التقاضي، ص ٢٦٠، هدى عبد الرحمن، دور المُحَكَّم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ص ٨٦.

يثيره هذين المحددين في الواقع العملي من إشكالات وتساؤلات تبرز بما لا يدع مجالاً للشك اختلاف فكرة استنفاد الولاية في مجال التحكيم عنها في مجال القضاء، وهو ما نحاول تتبعه وتفصيله على النحو التالي:

الغصن الأول

خصوصية إجراءات التحكيم كمحدد لمجال استنفاد الولاية

انطلاقاً من كون التحكيم وسيلة أصيلة لحسم الخصومات، بل هو أسبق تاريخاً من القضاء، وتأسسه على مبدأ سلطان الإرادة كدستور له، وما يتمتع به التحكيم من طبيعة مستقلة، ومراعاة لفلسفة التحكيم التي تقوم على تبسيط الإجراءات، والتخفيف من الشكلية الإجرائية المقررة أمام القضاء؛ فلا يستساغ جعل قواعد المرافعات الشريعة العامة لإجراءات التحكيم؛ يركن إليها تلقائياً حال وجود فراغ قانوني، بل يجب ابتكار الحلول الإجرائية بما ينسجم مع هذه الفلسفة، ويحقق غايات وطموحات أطراف التحكيم، الذين استبدلوا بالقضاء التحكيم رغم كلفته أملاً في التخلص من ما يكتنف إجراءات التقاضي التقليدية من بيروقراطية إجرائية¹.

١ أكدت محكمة النقض هذا المعنى في كثير من مناسبة وفي حكم حديث لها حين عطلت أعمال معيار الغاية من الإجراء المقرر في قواعد المرافعات فقررت أن: "النص في الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية -الذي يسرى على واقعة النزاع- أن "ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه" يدل على أن ميعاد إقامة دعوى بطلان حكم التحكيم لا ينفتح إلا بإعلان ذلك الحكم للمحكوم عليه، ولا يغير من ذلك علم الأخير بالحكم بأي طريق آخر، إذ إن المقرر أنه متى رتب القانون بدء سريان ميعاد على إجراء معين فإنه لا يجوز الاستعاضة عن هذا الإجراء بأي إجراء آخر، كما لا يغير من هذا النظر أيضاً القول بتحقيق الغاية من الإجراء وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات وذلك لما هو مقرر من أنه لا يجوز إهدار القانون

فيتعين عدم إخضاع مسائل التحكيم لقواعد المرافعات إلا في أضيق الحدود، حال وجود نص قانوني صريح، أو اتفاق بين الأطراف، أو إذا تعلق الأمر بالمبادئ الإجرائية التي تمثل الحد الأدنى والحتمي لتحقيق العدالة الإجرائية، كما أن الإحالة إلى قواعد المرافعات لا تعني انتفاء كل خصوصية لإجراءات التحكيم، بل ينبغي إعمال القواعد الإجرائية العامة في المرافعات في إطار ذاتية فلسفة التحكيم، وخصوصيته الإجرائية.

لكل ما تقدم فضلاً عن كون إجراءات التحكيم لا تتعلق -في جملتها- بالنظام العام، وأن ولاية التحكيم لا تستهضها قاعدة قانونية أمرية، بل مردها إلى الإرادة الخاصة التي يفصح عنها اتفاق التحكيم، فإن لخصوصية إجراءات التحكيم أبرز الأثر في تحديد مجال استنفاد الولاية التحكيمية، وهو ما نحاول رصده من خلال رصد أبرز أوجه هذه الخصوصية ذات الأثر على تحديد مجال استنفاد الولاية في مجال التحكيم على النحو التالي:

الخاص لإعمال القانون العام لما في ذلك من منافاة صريحة للغرض الذي من أجله وضع القانون الخاص". حكمها في الطعن رقم ٩٢٨٦، س٨٨ق، جلسة ١١/٤/٢٠١٩م.

كما قررت عدم بطلان حكم التحكيم لذات الأسباب المبطله لحكم القاضي، فقضت بأن: "المقرر -في قضاء محكمة النقض- أن حكم التحكيم ... لا يبطله القصور في التسبيب أو الفساد في الاستدلال أو إيراده تقارير قانونية خاطئة". (حكمها في الطعن رقم ١٣٢٦٢، س٨٦ق، جلسة ٢٥/١١/٢٠١٨م).

أولاً استنفاد ولاية التحكيم تبعاً لاستبعاد المُحكِّم

من المقرر في خصوص القضاء أن القضاة يعملون بصفاتهم لا بشخصهم، فيحل كل منهم محل غيره، فإذا حدث للقاضي ناظر الدعوى مانع يحول دون استمراره في نظرها حل محله غيره دون أدنى أثر على سير واستمرار الإجراءات، ولا يرد على ذلك أية قيود سوى ألا يشترك في إصدار الحكم من لم يسمع المرافعات بيد إن الأمر على خلاف ذلك في خصوص التحكيم^١.

ذلك أن وجود مانع يحول دون استمرار المُحكِّم في نظر الدعوى التحكيمية قد يستتبع استنفاد ولاية النظر في التحكيم برمته، وبالطبع لا يتحقق هذا الأثر في جميع الحالات إذ يتعين التمييز بين فرضين على النحو التالي:

الفرض الأول عدم استنفاد ولاية التحكيم رغم استبعاد المُحكِّم

الأصل أن اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاعهم على التحكيم مستبعدين بذلك ولاية القضاء لا يجعل من شخصية المُحكِّم مقصداً لهم، وإنما التحكيم كآلية لفض المنازعات هو المقصد، وعليه لا تتلاشى ولاية الفصل في النزاع تحكيمياً لعارض

^١ تنص المادة ١٦٧ من قانون المرافعات المصري على أنه: "لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً"، وهو ما يقرره نص المادة ١٦٠ من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

لحق بهيئة التحكيم، وهو ما تنبتهت له نصوص التحكيم فبينت كيفية مواجهة ما قد ينال تشكيل هيئة التحكيم من عوارض تستلزم تغيير الهيئة أو أحد أعضائها^١.

الفرض الثاني استنفاد ولاية التحكيم إثر استبعاد المُحَكَّم

رغم كونه وسيلة لحسم النزاع بغض النظر عن من يتولاه فإن التحكيم قد يغلق كطريق بديل عن القضاء -ومن ثم يسترد هذا الأخير ولاية الفصل في النزاع محل التحكيم- بسبب عارض حال دون استمرار المُحَكَّم في أداء مهمته التحكيمية، وهنا يصح القول باستنفاد ولاية التحكيم تبعاً لاستبعاد المُحَكَّم.

ويجد هذا الفرض تطبيقاً له في نصوص قانون التحكيم واحتمالات الواقع العملي على السواء، واحتراماً لاتفاق الأطراف على حسم النزاع تحكيمياً كدستور للتحكيم، إذ يتصور عملاً أن يتفق الأطراف على حسم النزاع بطريق التحكيم شريطة أن يتولى التحكيم شخصاً بعينه؛ بحيث لا يقبل مباشرة إجراءات التحكيم من غيره، وهو

^١ تنص المادة ٢٠ من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا تعذر على المُحَكَّم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم يفتح ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين"، كما تنص المادة ٢١ منه تكملة لحكم النص السابق على أنه: "إذا انتهت مهمة المُحَكَّم بالحكم برده أو عزله أو تنحيته أو بأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المُحَكَّم الذي انتهت مهمته"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادتين ١٨ و ١٩.

احتمال وارد وفق مبدأ سلطان الإرادة في مجال التحكيم، ولا يوجد قانوناً أو عملاً ما يمنعه، فإذا ما حدث مانع يحول دون استمرار المُحَكِّم المختار في أداء مهمته التحكيمية، سواء تحقق هذا المانع بسبب يرجع إليه كاعتزاله التحكيم، أو إلى أحد الأطراف كرد المُحَكِّم أو الحصول على موافقة من المحكمة المختصة على عزله، أو لأمر قهري كوفاة أو مرض مقعد يستحيل معه استمراره في أداء المهمة التحكيمية، ففي جميع هذه الحالات تنقضي الولاية التحكيمية، بمعنى أنه لا يمكن حسم النزاع من خلال التحكيم، وتعود هذه الولاية لقضاء الدولة باعتباره القاضي الطبيعي، ويحق وقتئذ حسم النزاع قضاءً.

وفي هذا الاحتمال تتداخل ولاية التحكيم مع ولاية المُحَكِّم بحيث يترتب على زوال هذه الأخيرة استنفاد الأولى.

ثانياً أثر ترك الدعوى التحكيمية على استنفاد الولاية

ترك الدعوى هو تنازل المدعي عن حماية القضاء لمحل دعواه؛ وهو ما يستتبع انقضاء إجراءات نظر هذه الدعوى، لزوال غايتها، إذ إن غاية كل خصومة إنما تتمثل في الحصول على صورة من صور الحماية القضائية، كما أن الترك يتضمن تنازلاً عن جواز عرض الادعاء مرة أخرى على القضاء؛ وهو ما يحول دون رفع ذات الدعوى بإجراءات

جديدة، فالأمر يتعلق بنهاية أبدية لإجراءات التقاضي لتنازل المدعي عن حق التقاضي، وهذا جوهر استنفاد الولاية^١.

أما في خصوص إجراءات التحكيم فالأمر جد مختلف وذلك من ناحيتين

فمن ناحية أولى لا وجود لهذه الفكرة الإجرائية في مجال التحكيم، ذلك أن هذه الإجراءات لا تتأسس على حق الدعوى بل تتأسس على اتفاق التحكيم، حتى فإن انتهاء إجراءات التحكيم لأي سبب ولو تعلق باتفاق التحكيم كبطلانه- لا يمكن وصفه أو تسميته بترك الدعوى، وعليه فلا مكن- للتخلص من إجراءات التحكيم- أن يترك المدعي الدعوى التحكيمية، وكل ما يتاح له إما التنازل عن الحق الموضوعي محل الدعوى، أو التنازل عن خصومة التحكيم.

^١ قد يظن البعض بأن ترك الدعوى قد يكون إجبارياً كجزء إجرائي على المدعي إذا لم يتم بتعجيل الدعوى التي أوقفت اتفاقياً خلال عشرة أيام وفق نص المادة ٢/١٢٨ من قانون المرافعات المصري (والمادة ٣/٨٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي) التي تنص على أنه: "إذا لم تعجل الدعوى في ثمانية الأيام التالية لنهاية الأجل اعتبر المدعي تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً استئنافه"، بيد أن هذا التصور غير صحيح تماماً فترك الدعوى الوارد بالنص مقصود به ترك الخصومة، وكثيراً ما يستعمل القانون خطأً مصطلح الدعوى ويكون المقصود الخصومة، ولذا فلا خلاف حول أحقية رفع الدعوى مرة أخرى بعد سبق اعتبار المدعي تاركاً دعواه، ولو تعلق الأمر بترك الدعوى لاستحالة عليه ذلك.

ومن ناحية ثانية فإن زوال حق الدعوى أمام القضاء يعني سقوطه للأبد، بينما لا يؤثر زوال اتفاق التحكيم على حق الأطراف في تجديده، أو إبرام اتفاق جديد، وعرض دعواهم من جديد على ذات هيئة التحكيم أو هيئة أخرى، كما إنه لا يؤثر على حق الدعوى لدى طرفي التحكيم، إذ يحق لأي منهما رفع دعواه أمام القضاء.

وهكذا يبدو استفاد الولاية في مجال القضاء أوسع منه في مجال التحكيم.

ثالثاً تقليص ولاية هيئة التحكيم في مجال الطلبات العارضة

تتخصر الولاية الموضوعية لهيئة التحكيم على ما تم الاتفاق على حسمه تحكيمياً؛ ومن ثم لا يمكن تقديم طلبات عارضة لهيئة التحكيم إذا كان موضوعها يخرج عن حدود اتفاق التحكيم، مهما كانت متصلة بالطلب الأصلي، وذلك على خلاف ما هو مقرر أمام القضاء.

ففي الخصومة القضائية تتعدد صور الطلبات العارضة التي قد تقدم من المدعي أو المدعى عليه أو من غير الخصوم، ذلك أن الطلبات العارضة تتسع لتشمل كل طلب يقدم أثناء سير الإجراءات، متعلقاً بالطلب الأصلي تعديلاً (من المدعي)، أو ردّاً على الطلب الأصلي (من المدعى عليه أو الغير).

وقد تضمنت نصوص المرافعات تنظيمًا متكاملًا للطلبات العارضة المتصور تقديمها على القضاء تبعًا للطلب الأصلي، فقررت للمدعي نوعان من الطلبات العارضة (طلبات إضافة، وطلبات تنازل أو نقصان)^١.

كما قررت للمدعي عليه تقديم طلبات في مقابلة دعوى المدعي، وتسمى بالطلبات المقابلة أو دعاوى المدعي عليه، وفيها يتحول المدعي عليه من الدفاع إلى الهجوم؛ ولذا فهي تقلب المدعي عليه إلى مدع والمدعي إلى مدعًا عليه (فالادعاء عباءة يتناوبها أطراف الخصومة)^٢.

^١ تنص المادة ١٢٤ من قانون المرافعات المصري على أن: "للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي، أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى، وما يكون مكملًا للطلب الأصلي، أو مترتبًا عليه، أو متصلًا به اتصالاً لا يقبل التجزئة، وما يتضمن إضافة أو تغييرًا في سبب الدعوى مع إبقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله، بالإضافة إلى طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي، فضلاً عن ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي"، وهو ما قرره نص المادة من نظام المرافعات الشرعية في المادة ٨٣.

^٢ تقرر المادة ١٢٥ من قانون المرافعات المصري أنه يحق للمدعي عليه تقديم كل طلب مرتبط بالطلب الأصلي ارتباطاً لا يقبل التجزئة تأذن به المحكمة، فضلاً عن طلب المقاصة القضائية، بالإضافة إلى طلب التعويض عن أضرار أصابته لسلوك كيدي من المدعي في الدعوى، وإجمالاً كل طلب يترتب عليه عدم الحكم للمدعي بكل أو بعض طلباته، وأخيراً طلب إجراء وقتي أو تحفظي، وهو ما قرره نص المادة من نظام المرافعات الشرعية في المادة ٨٤.

بل إن قواعد المرافعات لم تقصر إمكان تقديم الطلبات العارضة على الخصوم طرفي الدعوى القضائية وإنما خولته لغيرهما، وذلك من خلال ما يسمى بالتدخل الاختصاصي أو الهجومي^١.

أما فيما يتعلق بخصوصية التحكيم فالأمر جد مختلف، وذلك من ناحيتين

فمن ناحية أولى لا يقبل من الطلبات العارضة إلا ما كان داخلاً في اتفاق التحكيم، فكل ما لا يشمل هذا الاتفاق لا يمكن إثارته أمام هيئة التحكيم مهما كانت درجة الارتباط بينه وبين الطلب الأصلي محل الدعوى التحكيمية، ومن ناحية ثانية لا يتصور تقديم طلبات عارضة من غير الخصوم، وذلك تقييداً بالنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم.

بل وفي الحالات التي يقبل فيها تقديم الطلبات العارضة من طرفي التحكيم فإن الأمر أضيق بكثير مما هو مقرر أمام القضاء، فعلى سبيل المثال وبالرغم من النص صراحة على جواز التمسك بالمقاصة أمام هيئة التحكيم إلا أن نطاق التمسك بها أضيق بكثير مما

^١ تنص المادة ١٢٦ من قانون المرافعات المصري على أنه: "يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى"، وهو ما قرره نظام المرافعات الشرعية في المادة ٨١.

هو مقرر أمام القضاء؛ بما يعني تقلص ولاية التحكيم عن ولاية القضاء في هذا الخصوص^١.

فالمقاصة أمام القضاء تتعدد أنواعها، فقد تكون مقاصة قانونية وقد تكون مقاصة قضائية، وهذه الأخيرة هي التي تخلف عنها أحد شروط المقاصة القانونية المتمثل في ألا يكون الحق محلاً لنزاع، فتخلف هذا الشرط يحول دون انطباق المقاصة القانونية؛ فيعتمد القضاء إلى النزاع المذكور فيحسمه، ثم يعمل المقاصة ويرتب آثارها^٢.

بيد أن الأمر على خلاف ذلك في خصوص التحكيم، فحدود ولاية هيئة التحكيم الموضوعية منحصرة فيما تضمنه الاتفاق على التحكيم؛ وبالتالي لا يدخل في ولايتها حسم

^١ تنص المادة ٢/٣٠ من قانون التحكيم المصري على أن للمدعى عليه في مذكرة رده على المدعي: "أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٢/٣٠.

^٢ تنص المادة ٢/٨٤ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي على أنه "لا يشترط في المقاصة القضائية ثبوت دين المدعى عليه عند نظر الدعوى بل تنظر الدائرة في ثبوته خلال نظرها ثم يجري المقاصة بعد ثبوته"، وإن لم يرد مثل هذا النص في قانون المرافعات المصري إلا أن العمل القضائي استقر عليه، راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥٧٠٣، س٧١ق، جلسة ٢٠١٢/٦/٦م.

النزاع المتعلق بحق المُحتَكَمَ ضده تجاه المُحتَكَمِ إن كان محلاً للنزاع؛ ومن ثم لا يمكن التمسك بالمقاصة أمام هيئة التحكيم إلا إذا توافرت جميع شروطها القانونية¹.

وأثر إتمام المقاصة انقضاء إجراءات الخصومة، فإن شملت المقاصة كل محل الدعوى انقضت الإجراءات لزوال المحل، وإن انحصرت في جزء من الدعوى زالت الإجراءات في خصوص هذا الجزء، وبقيت مستمرة فيما سواه توصلًا لاستيفائه وانحصرت بذلك ولاية الفصل في الدعوى عن ما تمت فيه المقاصة؛ ولأن التمسك بالمقاصة أمام التحكيم أضيق نطاقاً منه أمام القضاء فإنه ولاية التحكيم في مجال الطلبات العارضة أضيق منها في خصوص ولاية القضاء.

¹ في بيان وتحديد النطاق الموضوعي للنزاع التحكيمي راجع نجم رياض نجم الرضي، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠٣، ص ١٩٣.

الغصن الثاني

عدم تعلق ولاية التحكيم بالنظام العام كمحدد لمجال استنفادها

سبق الحديث عن ارتباط استنفاد الولاية بحجية الأمر المقضي، وتبين أن الفصل في موضوع النزاع بصورة قطعية يرتب حجية الأمر المقضي وفي الوقت ذاته يستتبع استنفاد الولاية سواء في خصوص العمل القضائي أو المهمة التحكيمية، بيد أن السؤال الذي يفرض نفسه على بساط البحث يتمثل فيما إذا كان استنفاد الولاية يأتي على غرار حجية الأمر المقضي في الارتباط بالنظام العام؟، ومدى تماثل الحال في خصوص القرار التحكيمي مع ما هو مقرر في خصوص الحكم القضائي؟

بداية وفي خصوص مدى تعلق حجية أحكام القضاء بالنظام العام فقد مر الأمر بتطور، ففي مصر وقبل صدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أثير خلافاً فقهيًا حول هذا الأمر، حيث ذهب الرأي الغالب إلى التمييز بين الأحكام الصادرة في المسائل المدنية وتلك الصادرة في المسائل الجنائية، فجعل الحجية في

خصوص الأولى غير متعلقة بالنظام العام خلافاً للثانية حيث جعلها من النظام العام^١.

وقد ساير هذا الفقه الرأي الغالب في الفقه الفرنسي وقتئذ الذي كان يقرر عدم ارتباط حجية الأحكام القضائية بالنظام العام بما يترتب على ذلك من نتائج^٢.

وانتهى الأمر بصدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ متضمناً في مادته رقم ١٠١ النص صراحة على أن تقضي المحكمة بالحجية من تلقاء نفسها، بما يقطع بأن حجية جميع الأحكام القضائية الصادرة في موضوع الدعوى تتعلق بالنظام العام بغض النظر عن طبيعة المسألة التي فصل فيها الحكم، ثم جاء نص المادة رقم ١١٦ من قانون المرافعات مؤكداً ذات المعنى، وعللته مذكرته الإيضاحية بأن إهدار الحجية يترتب عليه تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها^٣.

^١ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، بند ٧٦٥، ص ٧٢٦، عبد الباسط جمبجي، شرح قانون الإجراءات المدنية، ص ٤٨٢، إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٦٧، ص ١٥٢.

^٢ أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، ص ٥١.

^٣ تنص المادة ١١٦ على أن: "الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به من تلقاء نفسها".

إن خطورة الحجية وأهميتها في ذات الوقت يحولان دون اعتبارها حقًا ذاتيًا يتوقف إعماله على ضرورة التمسك به من الخصم صاحب الصفة والمصلحة، فالحجية كما قيل وبحق تعد مركزًا قانونيًا يترتب على الأحكام الموضوعية يقيد جميع الخصوم وهو ما يتناقض مع فكرة الحق الذاتي التي تقوم على مفترض مغاير، هو وجود مكنة أو سلطة تنسب لصاحبها فحسب^١.

وهكذا فإن صدور حكم قضائي فاصل في موضوع النزاع يستتبع استنفاد ولاية القضاء بصورة لا يحد منها سوى إلغاء الحكم وفق طرق الاعتراض المقررة على الأحكام القضائية.

أما في خصوص حجية حكم التحكيم، ونظرًا لعدم وجود نص صريح في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقد أثير ذات الخلاف الفقهي حول مدى تعلقها بالنظام العام، وبمكنتنا التمييز بين اتجاهين فقهيين في هذا الصدد، ولكن قبل الخوض في هذه المسألة الخلافية لابد من التنويه إلى أن المقصود حجية حكم التحكيم العادي، ذلك أن الأمر مختلف في خصوص حجية أحكام التحكيم الإجباري في حالات تطبيقه المقررة حصراً، ذلك أنه لو قيل بعدم تعلق حجية حكم

١ أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ص ٨٦، وانظر حكم النقض في الطعن رقم ٤٢٤، س ٤٣ق، جلسة ١/٢٦/١٩٨١م.

التحكيم الإلزامي بالنظام العام لأهدرت الحكمة منه بالكلية، وهو ما أكدته محكمة النقض^١.

أما في خصوص التحكيم الاختياري فنستطيع التمييز بين اتجاهين في تحديد مدى تعلق حجية حكمه بالنظام العام على النحو التالي:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام على غرار ما هو مقرر في خصوص الحكم القضائي، خاصة وأن التحكيم يقوم بذات دور القضاء، بل إن التحكيم - خاصة في مجال العلاقات الدولية - قد بات هو القضاء الطبيعي الذي يفضل المتعاملين اللجوء إليه مقدميه على قضاء الدولة، الذي يصعب معه الحصول على العدالة السريعة المتخصصة^٢.

^١ أكدت سمو حجية حكم التحكيم على اعتبارات النظام العام تمامًا كما هو مقرر في خصوص الأحكام القضائية، وذلك في خصوص بحثها لحجية حكم لجنة التحكيم العالي (المشكلة بنص المادة ٥٧ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانون رقم ١٦٠ لسنة ٢٠٠٠) بشأن المنازعات الجمركية، حكمها في الطعن رقم ١٨٤٥، س٨١ق، جلسة ٢٠١٨/٤/١٠، والطعن رقم ٥٣١٥، س٧٧ق، جلسة ٢٠١٨/٣/١١م.

^٢ عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، ص ٦٠، حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاله وأثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثير قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر العربي، ١٩٩٦، ص ٧، كمال عبدالحميد عبدالرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠ م، ص ٢٥٣.

ويؤسس بعض أنصار هذا الاتجاه تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام على توافر مفترضات تعلق حجية الحكم القضائي بالنظام العام، من الرغبة في تحقيق استقرار الحقوق لأصحابها، ومنعاً من تضارب الأحكام، ورعاية لحسن سير العدالة، وتجنباً لتأبيد المنازعات، وضماناً للاستقرار الاقتصادي والقانوني، وهي جميعها أهداف تتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام^١.

بيد أن البعض يؤسس تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام على الطبيعة القضائية للتحكيم، وتمتع حكمه بما يتمتع به الحكم القضائي^٢.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى عدم تعلق حجية أحكام المحكمين بالنظام العام، بما يترتب على ذلك من نتائج^٣، وقد ذهب بعض أنصار هذا الاتجاه^٤ إلى تأسيس ذلك على ما هو مستفاد من نص المادة ٥٥ من قانون التحكيم المصري الذي لم

^١ على عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١م، ص ٢٢٣.

^٢ محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص ١٢٩.

في تأكيد الصفة القضائية للتحكيم وترتيب آثارها راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٨١١٦، س ٨٨ق، جلسة ٢٠١٩/٦/١١م، وكذا حكمها في الطعن رقم ١٢٤٧٦، س ٨٧ق، جلسة ٢٠١٨/٩/١٦م.

^٣ محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية، ص ١٢٩.

^٤ محمد علي سكيكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، ٢٠٠٦م، ص ١٧٨.

يتضمن ما تضمنته المادة ١٠١ من قانون الإثبات وكذا نص المادة ١١٦ مرافعات من إعمال حجية الأمر المقضي دون استلزام التمسك بها من جانب صاحب الصفة، فضلاً عن الطبيعة الخاصة للتحكيم، وأن الإرادة الخاصة لأطرافه هي دستور، الذي يتأسس عليه ويتقيد به؛ ومن ثم فلا تُفَعَّل الحجية في مجاله إلا وفق مقتضى هذه الإرادة، أي إذا تمسك بها صاحب الصفة^١.

واستند بعض أنصار هذا الاتجاه^٢ على انتفاء المبررات التي حدثت بالمشرع إلى ربط حجية الأحكام القضائية بالنظام العام، ذلك أن التنظيم القانوني للقضاء يختلف عنه في خصوص التحكيم، فهذا الأخير يعد تنظيمًا تعاقديًا في أساسه قضائياً في مرماه وأهدافه، وحيث يلعب مبدأ سلطان الإرادة دورًا بارزاً في مجال التحكيم بدءاً من اختيار هيئة التحكيم وجواز استبدال المحكمين بغيرهم، فإن أثر ارتباط حجية حكم التحكيم بهذا المبدأ؛ فلا تفعل إلا إذا تمسك بها صاحب الصفة والمصلحة.

كما أن حكم التحكيم في تعلقه بإرادة الأطراف يختلف عن حكم القضاء الذي يرتبط بمرفق العدالة كمرفق عام؛ ولذا كانت الحجية التي يتمتع بها حكم التحكيم بعيدة

^١ نجيب عبد الله أحمد ثابت الجبلي، التحكيم في القانون اليمني، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٤٣٣.

^٢ محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ص ٩٦.

عن أي اعتبارات تتعلق بالدولة أو بأحد مرافقها أو ما يرتبط بها من مصالح عامة، وإن كانت تفضي في النهاية إلى حماية المصلحة العامة لما بين التحكيم والقضاء من وجود قاسم مشتركٍ هو كون كلٍّ منهما آلية لفض المنازعات تزنو إلى تحقيق عدالة سريعة ومتميزة.

ومن جانبنا نرى أن المنطق القانوني الصحيح يؤكد عدم تمتع حجية حكم التحكيم بالنظام العام، لقوة الحجج التي سيقف لتبرير هذا المعنى، وضعف السند القانوني للرأي المخالف، وأضيف إلى هذا وذاك ما يلي:

١- إن اتصال فكرة معينة بالنظام العام لا يحتاج إلى عناء أو إلى التفنن في ابتناء البراهين الداعمة لذلك، إذ إن النظام العام يفرض نفسه بنفسه، ولا أدري ما هي الأضرار التي ستنتج من النظام العام إذا تم تعطيل حجية حكم التحكيم؟!، وأي دعائم للدولة ستضطرب إن حدث هذا التعطيل؟!، حتى يقال بأن حجية حكم التحكيم من النظام العام؟.

٢- إذا كان التحكيم لا يجوز إلا فيما يجوز فيه الصلح؛ فهذا يعني أن المجال الموضوعي للتحكيم برمته لا يتصل بالنظام العام، وإلا لما جاز فيه التحكيم أصلاً؛ وإذا كان ذلك كذلك فكيف يمكن القول بتعلق الحكم الصادر فيما لا علاقة له بالنظام العام من النظام العام؟!

٣- إن فلسفة التحكيم وطبيعته المستقلة وذاتيته الفريدة كل ذلك يحتم امتناع قياس التحكيم على القضاء، بل وعدم خضوعه للتنظيم الإجرائي للخصومة القضائية إلا إذا وجد موجب لهذا على سبيل الاستثناء وفي حدوده، وهو ما يعني أن قياس حجية حكم التحكيم على حجية الحكم القضائي مما لا يستساغ منطقيًا، ولا يمكن قبوله أو التسليم به.

٤- سلطان الإرادة هو دستور التحكيم، هذا المبدأ أصبح من المسلمات في مجال التحكيم، بحيث لم يعد يحتاج إلى نص قانوني لإقراره، أو مسلك قضائي لتفعيله، أو اجتهاد فقهي لتبريره، وذلك في القوانين محل الدراسة أو النظم المقارنة على السواء، وهو ما يقطع بخضوع جميع مسائل التحكيم كقاعدة عامة وأصل ثابت لاتفاق أطراف التحكيم، فما هو الأساس أو المبرر للخروج على هذا كله بمنع الأطراف - مراعاة لحجية حكم التحكيم- من الاتفاق على إعادة طرح ذات النزاع على التحكيم مرة أخرى؟، وإذا أبيح للأطراف مثل هذا الاتفاق فلا يمكن بعد هذا النقاش حول مدى تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام.

٥- أعتقد أن نصوص قانون التحكيم تدعم القول بعدم تعلق حجية التحكيم بالنظام العام، إذ إنها لم تعتبر الاتفاق على التحكيم أو وجود خصومة تحكيم بالفعل مانعًا من مباشرة خصومة قضائية متضمنة ذات النزاع المعروف على التحكيم،

واستلزمت التمسك أمام القضاء بوجود هذه الخصومة أو ذاك الاتفاق، وحكم التحكيم هو الإجراء الختامي في خصومة التحكيم، فيسري عليه ذات المنطق^١.

ومقتضى ذلك أن حكم التحكيم وإن كانت له حجية إلا أن هذه الحجية لا تثار إلا إذا تمسك بها من تقرررت لصالحه، ويترتب على منطق هذا الرأي جواز طرح ذات النزاع الذي سبق حسمه بحكم تحكيم حاز حجية الأمر المقضي من جديد على قضاء الدولة أو ذات هيئة التحكيم التي أصدرته أو هيئة تحكيم مختلفة، بشرط اتجاه إرادة الطرفين إلى إعادة عرض النزاع مرة أخرى للفصل فيه من جديد، وهذا الاتفاق يتصور أن يكون صريحاً كما قد يكون ضمناً.

والاتفاق الضمني لا يتصور فيه إعادة طرح النزاع من جديد إلا أمام قضاء الدولة، حيث يعتمد أحد طرفي الدعوى التحكيمية المنتهية بصدر حكم تحكيم فاصل في موضوعها إلى عرض ذات النزاع من جديد على المحكمة المختصة، ثم يباشر الطرف الآخر الإجراءات القضائية -بعد إعلانه وتكليفه بالحضور- دون أن يتمسك بسبق الفصل في ذات الموضوع من خلال التحكيم، وهذا المسلك يعد موافقة ضمنية منه على التنازل عن حجية حكم التحكيم.

^١ تنص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيداعه أي طلب أو دفاع في الدعوى"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في نص المادة ١/١١.

أما إعادة عرض النزاع مرة أخرى على هيئة تحكيم جديدة فلن يتصور فيه التنازل الضمني عن الحجية، إذ إن الأمر في هذا الفرض يستلزم موافقة الطرفين على إعادة طرح ذات النزاع على التحكيم مرة أخرى، ثم اتفاق جديد مع بين الطرفين وهيئة التحكيم التي ستتولى نظر موضوع النزاع مرة أخرى، وهو ما يعد تنازلاً صريحاً عن حجية حكم التحكيم.

وفي احتمال آخر - يبدو أبعد تصوراً - يتصور عرض ذات النزاع من جديد أمام ذات الهيئة التي أصدرت الحكم السابق، والحقيقة أن إصدار هيئة التحكيم حكماً ينهي النزاع أمامها ويحوز الحجية يؤدي إلى انتهاء "استنفاد" ولايتها؛ مما يسقط عنها وصفها كهيئة تحكيم، وهذا يعني أن إعادة طرح النزاع عليها من جديد إنما يعني عرض النزاع على هيئة تحكيم جديدة، وإن كانت هي ذات الهيئة التي فصلت في ذات النزاع من ذي قبل.

وترتيباً على ذلك يلزم وجود اتفاق جديد بين المحكّمين من جهة وهيئة التحكيم من جهة أخرى، واعتبار هذا الاتفاق بمثابة اتفاق تحكيم جديد يترتب ضرورة مراعاة أحكام الاتفاق على التحكيم بصفة عامة، سواء من حيث تحديد الإجراءات واجبة الاتباع، أو القانون الموضوعي واجب التطبيق، وكذا مهلة التحكيم، فضلاً عن أتعاب التحكيم، إذ إن هيئة التحكيم لن تتولى الفصل في ذات النزاع من جديد بذات الأتعاب التي استحققتها من فصلها في النزاع أول مرة.

والخلاصة إذن وإذا ما سلمنا بعدم تعلق حجبة حكم التحكيم بالنظام العام وما يستتبعه ذلك من جواز إعادة طرح ذات النزاع مرة أخرى على التحكيم فإن أثر ذلك في خصوص موضوع هذه الدراسة أن استنفاد ولاية التحكيم على نقيض استنفاد الولاية القضائية ليست نهائية، ذلك أن استنفاد الولاية التحكيمية إثر صدور الحكم المنهي للنزاع موقوتة ومرهونة بعدم الاتفاق من جديد على إعادة طرح ذات النزاع على التحكيم مرة أخرى.

بيد أن هذه النتيجة الهامة تخص ولاية التحكيم لا ولاية هيئة التحكيم، ذلك ان إصدار هيئة التحكيم حكماً فاصلاً في موضوع النزاع محل التحكيم يستنفد ولايتها بصورة نهائية وللأبد، فلا يتصور تمكّنها من إعادة النظر في حكمها أو تعديله، كما لا يمكن إعادة طرح ذات النزاع عليها مرة أخرى ولو باتفاق الأطراف.

ذلك أنه في الفرض الأخير وعلى ما انتهينا إليه على جواز عرض النزاع مرة أخرى على التحكيم، وتصور أن يتم عرضه على ذات الهيئة التي أصدرته، وإن كان هذا الفرض غير متصور عملاً إلا أنه وحال حدوثه فإن هيئة التحكيم تفقد صفتها الأولى وتعد هيئة تحكيم جديدة، ولو كانت بذات التشكيل، ذلك ان الاتفاق الذي أعاد لها ولاية نظر الموضوع من جديد وإعادة الفصل فيه يعد اتفاقاً جديداً مختلفاً عن الاتفاق الذي تم بناء عليه عرض النزاع عليها في المرة الأولى.

المبحث الثاني التطبيق العملي لاستنفاد الولاية

للوقوف على التطبيق العملي لاستنفاد الولاية في مجال القضاء والتحكيم ينبغي الوقوف على التطبيق العملي للمبدأ في إطار القضاء المصري والسعودي، ثم للتطبيق العملي في مجال التحكيم، ذلك أن فارقاً واضحاً في التطبيق العملي للمبدأ في القضاء السعودي عما يقره النظام السعودي بظاهر نصوصه، كما أن ذات الفارق يوجد بين تطبيقات المبدأ في القضاء السعودي عنه في القضاء المصري، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

استنفاد الولاية القضائية في تطبيقات القضاء المصري

أكد القضاء المصري عبر تاريخه فيما لا يمكن حصره من تطبيقات قضائية مبدأ استنفاد ولاية القاضي حال توافر مفترضاته، وهو ما يمكن رصده من ناحيتين، أولاهما حالات يتوافر فيها مفترضات المبدأ ومن ثم يتم تطبيقه بما له من آثار ونتائج، وثانيهما حالات لا تتوافر فيها مفترضات تطبيق المبدأ ومن ثم لا يمكن تطبيقه، وبالطبع لا يمكن في هذا الفرض الأخير الحديث عن تعطيل للمبدأ إذ لم تتحقق مفترضات تطبيقه ابتداءً، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

حالات تحقق مفترضات استنفاد الولاية

تتعدد تطبيقات القضاء المصري لمبدأ استنفاد الولاية، ومنها ما يتعلق باستنفاد الولاية بقرار في الخصومة دون الدعوى، ومنها ما يتولد فيها استنفاد الولاية لسبب موضوعي، وذلك على النحو التالي:

الغصن الأول

حالات استنفاد الولاية بقضاء في الشكل

الحكم في مسألة شكلية بما ينهي الخصومة القضائية يستنفد ولاية محكمة أول درجة، فلا تتعرض بعده لموضوع الدعوى، فإن تم الطعن على هذا الحكم وتم تأييده من محكمة الطعن فإن هذه الأخيرة تستنفد ولايتها هي الأخرى؛ بحيث لا يبقى لها نظر الموضوع، فإن خالفت المحكمة هذا المقتضى وفصلت في الموضوع فحكمها باطل لقضائها خارج حدود ولايتها التي استنفدتها بتأييد حكم أول درجة^١.

كما أن حكم محكمة أول درجة المنهي للخصومة دون الفصل في الموضوع يستنفد ولايتها بما يخرج القضية من حوزتها ولا تسترد هذه الولاية إلا إذا قضي ببطان هذا الحكم حيث ينبغي طرح القضية أمامها من جديد لتفصل في موضوعها، فإن محكمة الاستئناف إن هي ألغت حكم محكمة أول درجة استنفدت ولايتها فلا يحق لها نظر الموضوع احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي لا يمكن تجاوزه من المحكمة كما لا يجوز للخصوم الاتفاق على تجاوزه كونه من النظام العام^٢.

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٧٠٨٩، س ٦١ق، جلسة ٢٨ ديسمبر ١٩٩٨م، وحكمها في الطعن رقم ٦٧٤٨، س٥٩ق، جلسة ٢٧ يناير ١٩٩٢م، وحكمها في الطعن رقم ٦٢٨٧، س ٥٥ق، جلسة ٢٨ يناير ١٩٨٨م.

^٢ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٣، س ٧١ق، جلسة ٨ مايو ٢٠٠٣م، وحكمها في الطعن رقم ٤١٦٩، س٧٣ق، ١٩ يونيو ٢٠١٣م.

ينبغي على محكمة الاستئناف الفصل في الشكل أولاً قبل التعرض للموضوع، فإن انتهت إلى عدم قبول الاستئناف شكلاً لرفعه بعد الميعاد فقد استنفدت ولايتها على القضية بحيث لا يحق لها التعرض للموضوع أو دراسة المستندات، تعرض الحكم المطعون فيه لدفاع الخصم ومستنداته ثم انتهائه إلى تأييد الحكم الغيابي بعدم قبول الاستئناف شكلاً يصم الحكم بالاضطراب والخطأ بما يوجب نقضه^١.

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٤٨٠٧، س ٦٠، جلسة ٢٩ ديسمبر ١٩٩٣ م.

الغصن الثاني

حالات استنفاد الولاية بقضاء في الموضوع

في نظر المعارضة ينبغي على المحكمة الفصل أولاً في صحة الحكم المعارض، فإن رأته صحيحاً انتهت ولايتها عند هذا الحد، وإن رأته غير صحيح ألغته ثم انتقلت إلى موضوع الدعوى، وفي هذه الحالة تقف ولايتها عند حد تعديل الحكم لمصلحة المعارض، فإن هي استبدلت محل الحكم على خلاف مصلحة المعارض تكون قد تجاوزت حدود ولايتها القضائية بما يبطل حكمها^١.

الحكم بمبدأ التعويض لثبوت المسؤولية مع الحكم بتعويض مؤقت يستنفد ولاية المحكمة في تحقق المسؤولية ولا يبقى بعد ذلك سوى تقدير التعويض، فإن رفع المضرور دعواه مطالباً بالتعويض النهائي فانتهدت المحكمة إلى رفض الدعوى لعدم ثبوت المسؤولية في حق المدعي عليه فإنها تكون قد تجاوزت حدود ولايتها القضائية، وأعدت النظر فيما استنفدت ولايتها بشأنه مما يبطل حكمها^٢.

وفي مجال تدخل القضاء بالرقابة على أعمال المحكمين فإن سلطة محكمة البطلان تنحصر في تحديد مدى صحة أو بطلان حكم التحكيم؛ وعلى ذلك فهي لا

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١١٣٤٣، س ٦٣ق، جلسة ٣ نوفمبر ٢٠٠٢م، وحكمها في الطعن رقم ١٤٦١٩، س ٦٧ق، جلسة ٦ ديسمبر ٢٠٠٦م.

^٢ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٠١٤٠، س ٧٦ق، جلسة ٢٠ مارس ٢٠١٣م.

تمتد لتشمل تقدير مدى عدالة الحكم أو ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين، يستوى في ذلك أن يكون المحكوم قد أصابوا أو أخطأوا، فالمحكمة لا شأن لها بالنتيجة التي خلص إليها الحكم أو بصحة تطبيق المُحَكَّم للقواعد القانونية التي تحكم المنازعة من ناحية الموضوع، كما أن المحكمة إن انتهت إلى بطلان حكم التحكيم فإن هذا الحكم يستنفد ولايتها فلا يبقى لها ولاية الفصل في الموضوع، وإلا لأهدرت الحكمة من اتفاق الأطراف على حسم موضوع النزاع بطريق التحكيم دون القضاء¹.

¹ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٦٩٨، س٨٦ق، جلسة ١٣/٣/٢٠١٨م.

الفرع الثاني

حالات تخلف مفترضات استنفاد الولاية

ليس كل قضاء يستتبع استنفاد ولاية القاضي، كما أن استنفاد ولاية القاضي لا تحول دون توليه بعد الأعمال القضائية المرتبطة بالموضوع الذي استنفد ولايته فيه، وتعددت التطبيقات العملية لعدم استنفاد الولاية حال تخلف أي من مفترضاته، ويمكن تقسيمها إلى طائفتين، على النحو التالي:

الغصن الأول

تخلف مفترضات استنفاد الولاية لعدم التعرض للموضوع

في بعض الفروض تنتهي الخصومة القضائية أمام المحكمة رغم عدم تعرضها لموضوعها، كما هو الحال عند الحكم بعدم الاختصاص، أو بعدم القبول، أو ببطلان المطالبة القضائية؛ فإذا ما ألغي هذا الحكم أعيدت الدعوى من جديد أمام نفس المحكمة للفصل في موضوعها الذي لم تستنفد ولايتها فيه، ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الخصوص ما يلي:

أولاً: الفصل في الخصومة دون الموضوع لا يستنفد الولاية القضائية

التمسك بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها يستلزم وحدة الأشخاص والموضوع والسبب بين الدعيين، وكون الحكم الأول قد فصل في الموضوع إيجاباً أو سلباً، فإذا تخلف أي من هذه المفترضات أضحي الحكم بعدم جواز نظر الدعوى قد "أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه، ولما كان هذا الخطأ قد حجب محكمة الموضوع عن نظر موضوع الدعوى فإنه يجب أن يكون النقض مقروناً بالإعادة"^١.

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٧٦١٤، س٧٩ق، جلسة ٢٠ يناير ٢٠١٨م، وحكمها في الطعن رقم ٤٨٣٦، س٦٧ق، جلسة ١٣ مايو ٢٠١٠م، وحكمها في الطعن رقم ٥٢٩٠،

كما قُضِيَ بأن: "الحكم بعدم جواز رفع الدعوى لتحصل قرارات لجنة التحكيم العالي ... قضاء لا تستند به محكمة أول درجة ولايتها في الفصل في الموضوع فإنه يتعين إلغاؤه وإعادة الأوراق إليها"^١.

وأن: "من المقرر أن قضاء محكمة أول درجة بقبول الدفع بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى هو قضاء في دفع شكلي لا تستند به ولايتها بنظر الموضوع، فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغائه وجب عليها أن تعيد الدعوى لمحكمة أول درجة للفصل في موضوعها الذي لم تقل كلمتها فيه، ولا تملك المحكمة الاستئنافية التصدي لهذا الموضوع"^٢.

ثانياً: عدم القبول الشكلي لا يستند الولاية القضائية

"إن المشرع عندما عرض للدفع بعدم قبول الدعوى فرق بين الدفع بعدم القبول الموضوعي والدفع بعدم القبول الشكلي فجعل مرد الأول عدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفعها باعتباره حقاً مستقلاً عن

س٦٧ق، جلسة ٢٦ يونيو ٢٠١٠م، وحكمها في الطعن رقم ٢١٩٩، س٨٧ق، جلسة ١٥ فبراير ٢٠١٨م.

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٠٩٤، س٦٧ق، جلسة ١٠ يناير ٢٠١٠م.

^٢ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٢١٦٤، س٧٨ق، جلسة ٢٣ مارس ٢٠١٧م، وحكمها في الطعن رقم ٧٥٩٣، س٧٤ق، جلسة ٢٨ إبريل ٢٠١٤م.

ذات الحق الذي ترفع بشأنه بطلب تقريره كانه عدم الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها مما لا يختلط بالنوع الثاني المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى ومن ثم لا تنطبق القاعدة الواردة في المادة ١١٥ من قانون المرافعات على الدفع الشكلي الذي يتخذ اسم عدم القبول لأن هذا النوع من الدفع يتعلق بإجراء أوجب القانون اتخاذه حتى تستقيم الدعوى وهو بهذه المثابة لا تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها في نظر الدعوى".^١

وفي حكم آخر ورد نفس القضاء وأضاف: "على محكمة الاستئناف إذا ما ألغت هذا الحكم أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها لأن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه بعد ولا تملك المحكمة الاستئنافية التصدي للموضوع لما يترتب عليه ذلك من تقويت إحدى درجات التقاضي على الخصوم".^٢

كما أكدت محكمة النقض في ذات السياق أن: "قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا تستنفد به ولايتها في موضوع النزاع، فإنه يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف وإعادة الدعوى إليها للفصل في موضوعها".^٣

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥١٠١، س٧١ق، جلسة ١٠ ديسمبر ٢٠٠٣م.

^٢ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٥٥٠٣، س٧٨ق، جلسة ٨ إبريل ٢٠١٢م.

^٣ حكمها في الطعن رقم ١٦٨٢، س٦٤ق، جلسة ١/١/٢٠١٩م.

وفي ذات السياق فإن ولاية محكمة الموضوع في نظر الطعون على قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي تقتصر على مدى صحة القرار، تعرضها لما لم يعرض على اللجنة أو سقط الحق في إيدائه عليها يخرج عن حدود ولايتها بما يبطل حكمها^١.

الحكم بعدم الاختصاص النوعي إذا انتهى ميعاد الاعتراض عليه أصبح باتاً يستتفد ولاية المحكمة التي انتهى إلى اختصاصها بالموضوع ولو لم تكن مختصة وفق القواعد العامة للاختصاص القضائي، فيجب على المحكمة الفصل في الموضوع وعدم بحث مدى اختصاصها كون قوة الأمر المقضي تعلق على اعتبارات النظام العام، فإن خالفت المحكمة ذلك فقد قضت بما استتفدت فيه الولاية القضائية بما يبطل حكمها^٢.

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٦٦٣٣، س٦٢ق، جلسة ٢٥ ديسمبر ٢٠٠٧م.

^٢ حكم محكمة النقض في الطعن ٤٢٠٤، س٨٣ق، جلسة ٢٧ نوفمبر ٢٠١٤م، وحكمها في الطعن رقم ٦٦٥، س٧٥ق، جلسة ١٩ مارس ٢٠١٥م، وحكمها في الطعن رقم ٨٠، س٨٤ق، جلسة ١٩ مارس ٢٠١٦م.

الغصن الثاني

تخلف مفترضات استنفاد الولاية رغم التعرض للموضوع

في بعض الفروض تتعرض المحكمة لموضوع الدعوى، ومع ذلك فإن تعرضها لا يعتد به؛ ومن ثم فلا يستنفد ولايتها القضائية؛ فإذا ما ألغي هذا الحكم أعيدت الدعوى من جديد أمام نفس المحكمة للفصل في موضوعها الذي لم تستنفد ولايتها فيه، وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يعد من دعائم النظام العام القضائي^١، ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الخصوص ما يلي:

أولاً القرار القضائي المنعدم لا يستنفد الولاية القضائية

"لكي تصبح هذه المحكمة مختصة بالفصل في موضوع هذه القضية لا يكفي حصول الطعن أمامها للمرة الثانية في نفس القضية وقبول هذا الطعن، بل يجب فوق ذلك أن يتحقق شرطان أساسيان، أولهما سبق الحكم بالنقض، وثانيهما أن يكون كلا الحكمين قد فصلا في موضوع الدعوى، لما كان ذلك، وكان شرط اعتبار الحكم فاصلاً في الدعوى أن يكون قد صدر مستوفياً مقومات وجوده قانوناً ومن بينها صدوره من هيئة لها صلاحية الفصل في الدعوى، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد صدر من هيئة فقدت صلاحيتها لنظر الدعوى محظور عليه

^١ حكم محكمة القضاة في الطعن رقم ٤٨٠ والطعن رقم ٢٠٤٢، س ٦٤ق، جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠١م.

الفصل فيها، ومن ثم يكون قد صدر باطلاً وهو بطلان جوهري متعلق بأصل وجوده لا مجرد عيب يشوبه، وهو ما ينحدر به إلى حد الانعدام، فلا يعتد به كحكم فاصل في موضوع الدعوى للمرة الثانية، ولا تستنفد به محكمة الموضوع ولايتها في نظر الدعوى والفصل فيها، فإنه يتعين أن يكون النقض مقرونًا بالإعادة إلى محكمة الموضوع ... إذ الحكم المطعون فيه قد صدر معدومًا لا وجود له، وحتى لا يحرم الطاعنون من مرحلة من مراحل التقاضي"^١.

ثانيًا الأوامر الولائية لا تستنفد الولاية القضائية

"الأوامر التي يصدرها القاضي بما له من سلطة ولائية في غيبة الخصوم ودون تسبب لا تحوز حجية ولا يستنفد القاضي سلطته بإصدارها، ومن ثم فهي تختلف عن الأعمال القضائية التي تتولاها المحاكم بالتشكيل المحدد لها قانونًا بحسبانها هيئة محكمة وما يصدر عنها لدى مباشرتها العمل القضائي هو حكم له خصائص معينة وأوجب القانون أن يتضمن بيانات محددة لم يستلزم توافرها في الأمر الصادر من القاضي عند قيامه بالعمل الولائي"^٢.

ثالثًا القرارات التحضيرية لا تستنفد الولاية القضائية

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥٣٦، س٧٩ق، جلسة ١٠ يونيو ٢٠٠٩م.

^٢ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٠٢٩، س٦٤ق، جلسة ٤ ديسمبر ٢٠٠٠م.

"إن قرار المحكمة بالانتقال إلى محل النزاع لا يستتفد ولايتها في القضاء في شكل الاستئناف فلا يحول دون الحكم بعدم قبوله شكلاً لرفعه بعد الميعاد، إذ هو مجرد قرار تحضيري، لا يقيد المحكمة ولا يعبر عن رأي لها وتظل معه الدعوى على حالها بما لها وما عليها"^١، كما أنه يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات كونها من الأحكام التمهيدية التي لا تستتفد ولاية المحكمة^٢.

رابعاً عدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني لا يستتفد ولاية المحكمة

إذا رسم القانون طريقاً محدداً لرفع الدعوى بموجبه يتم عرض النزاع على لجنة معينة قبل عرضه على محكمة أول درجة، ثم تم رفع الدعوى مباشرة دون عرضه على اللجنة المحددة قانوناً، فقضت محكمة الدرجة الأولى بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون، فهي لم تستتفد ولايتها في خصوص موضوع النزاع، فإن تبين عدم دخول المنازعة فيما يتعين عرضه على اللجنة المذكورة فإنه يتعين إلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى ثم إعادة الدعوى إليها لتفصل في موضوعها كونها لم تقل كلمتها فيه^٣.

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١١٩، س١٨ق، جلسة ١٥ يونيو ١٩٥٠م.

^٢ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٣٢٣٤، س٨٢ق، جلسة ١٣ ديسمبر ٢٠١٦م.

^٣ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٦٠٨، س٦٧ق، جلسة ٢٤ مارس ٢٠٠٩م.

المطلب الثاني

استنفاد الولاية في تطبيقات القضاء السعودي

بالمقارنة بالنظم القانونية المعاصرة فإن النظام السعودي تفرد على صعيدي التقنين "التشريع" والقضاء "التطبيق العملي" بتقليصه لفكرة استنفاد الولاية القضائية بصورة غير معهودة في أي نظام قانوني آخر، وهو ما نستطيع رصده بالوقوف على موقف القضاء السعودي من فكرة استنفاد الولاية، والأساس القانوني لهذا الموقف، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

موقف القضاء السعودي من استنفاد الولاية

على عكس ما استقر عليه العمل في الأنظمة القضائية المقارنة استقر القضاء السعودي على تعطيل فكرة استنفاد الولاية القضائية بصورة شبه كلية، وإن جاء موقفه هذا انعكاسًا لمنهج المنظم السعودي في معالجته للمبدأ، متأسسًا على النصوص النظامية ذات الصلة، ولكن بغض النظر عن مدى توافر الأساس القانوني لهذا الموقف -الذي سنفرد له تفصيله بعد قليل- فإن ما يهمنا في هذا الصدد التساؤل عن مدى نجاح التطبيق العملي في تحقيق الاستقرار والإنجاز اللازمين في حماية الحقوق والمراكز القانونية، وهو ما سنحاول تتبعه على النحو التالي:

الغصن الأول

حدود تطبيق القضاء السعودي لمبدأ استنفاد الولاية

ذكرنا أن استنفاد الولاية معناه زوال الولاية القضائية عن العضو القضائي بعد استفرغ الجهد في المسألة الموضوعية أو الإجرائية التي فصل فيها بقرار قطعي، وهو ذو شقين، الشق الأول عدم استنفاد الولاية القضائية إذا لم يستفرغ القاضي جهده في المسألة المعروضة، والشق الآخر انقضاء هذه الولاية عن كل مسألة صدر فيها قرار قطعي، فما موقف القضاء السعودي من شقي المبدأ؟ هذا ما سنتناوله على النحو التالي:

أولاً بقاء الولاية القضائية حال صدور قرار غير فاصل في الموضوع

استقر القضاء السعودي على تفعيل الشق الأول من مبدأ استنفاد الولاية، ففي كل حالة لا يستفرغ فيها القاضي جهده في موضوع الدعوى لا تخرج عن ولايته، ومن تطبيقات القضاء السعودي في هذا الخصوص:

ما قرره من أن: "صرف النظر عن الدعوى يعد من الأسباب المنهية لخصومتها دون فصل في الموضوع؛ وهو ما يؤدي إلى عدم استنفاد ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم، فإذا ما أراد المدعي رفع دعواه من جديد أمام ذات المحكمة بعد تحريرها جاز له ذلك، كما أنه إذا طعن في الحكم بصرف النظر وألغته محكمة الطعن امتنع عليها التعرض للموضوع احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين، لأن

محكمة أول درجة لم نقل كلمتها في الموضوع، وعلى محكمة الطعن إعادة الدعوى لمحكمة أول درجة للفصل في موضوعها^١.

ثانياً بقاء الولاية القضائية رغم الفصل في الموضوع بحكم قطعي

خروجاً على مقتضى فكرة استنفاد الولاية، وبالمخالفة للمستقر عملاً في جميع النظم القضائية المقارنة، استقر العمل في القضاء السعودي على أن إصدار القاضي حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى لا ينهي ولايته، فله العدول عن قضائه تعديلاً أو إلغاءً من تلقاء نفسه، أو بناء على اعتراض الخصم متى رأى القاضي لهذا الاعتراض مقتضى^٢.

^١ راجع حكم محكمة الخرج الصادر في الدعوى رقم ٣٢٦٠٥٤٥٦ بتاريخ ١٤٣٣/٦/٢٣.

^٢ تم رفع دعوى أمام المحكمة الجزائرية بتبوك تمسك فيه المدعي بأنه وضع ألف بلكة لتسوير أرض له، فقام المدعى عليه بتكسير بعضها ونقل بعضها قرابة مائة متر، وطلب إلزامه بإعادة البلك لمحلّه وتعيضه عن البلك المكسور، وبعد الاطلاع على الأدلة المقدمة ومنها تقرير مركز الشرطة، وبعد توجيه اليمين من المدعي لعجزه عن الإثبات وأداء المدعى عليه اليمين انتهت المحكمة بتاريخ ١٤٣٤/٣/٢٩ إلى رفض الدعوى، وبتاريخ ١٤٣٤/٤/١ هـ وبحضور المدعي واستناداً على قول عمر رضي الله عنه: (ولا يمنعك قضاء قضيتته بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع للحق)، وعلى أن دعوى المدعي بطلب إعادة البلك لمحلّه ناشئة عن إثبات تملك الأرض وأن النظر في ثبوت التملك اختصاص المحكمة العامة، قررت المحكمة عدم الاختصاص بنظر الدعوى وأن للمدعي رفع دعواه أمام المحكمة العامة، ثم تم عرض القضية على الدائرة الحقوقية الأولى بمحكمة الاستئناف بمنطقة

بل إن محكمة الاستئناف حال الطعن في الحكم أمامها إذا رأَت عدم صحته أو وجود خطأ به تبدي ما تراه من ملاحظات وتعيد الحكم مرة أخرى لذات المحكمة التي أصدرته لتعيض النظر فيه في ضوء ما أوردهته محكمة الاستئناف من ملاحظات، وقد يصير قاضي أول درجة على موقفه أو يعدل حكمه ثم ترى محكمة الاستئناف وجود ملاحظات جديدة على التعديل.

وفي مثل هذين الفرضين تبدي محكمة الاستئناف ما تراه من ملاحظات وتعيد القضية لذات القاضي مصدر الحكم، بما يستتبع تصور إعادة القضية من محكمة الاستئناف لذات المحكمة التي أصدرت الحكم عدة مرات، حتى ينتهي الأمر إما بامتنال قاضي الدرجة الأولى لملاحظات محكمة الاستئناف^١، أو أن تقنع هذه الأخيرة بما انتهى إليه الأول^١.

تبوك فصادقت على الحكم مع التنبية على أن عدم الاختصاص راجع لكونها من دعاوى التعرض للحيازة في العقار. (رقم الصك ٣٤١٧٥١٠٢ في ٣٤٣٤/٣/٢٩ هـ، رقم الدعوى ٣٣٣٣٥٩٤٥، رقم قرار تصديق محكمة الاستئناف ٣٤٢٤٩١٢١، في ٣٤٣٤/٦/٢٤ هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٢٨، ص ١٧٣).

^١ في دعوى مرفوعة أمام المحكمة العامة بالرياض تمسك المدعى عليه بوجود شرط تحكيم؛ ومن ثم تمسك بعدم اختصاص المحكمة لنظر الدعوى بناء على المادتين ٧١ و ٧٢ من نظام المرافعات الشرعية، والمادة ١١ من نظام التحكيم، فرد المدعي ببطان شرط التحكيم، وأن نصوص نظام التحكيم الملغي هي واجبة التطبيق على موضوع الدعوى، فردت المحكمة عليه بصدر نظام تحكيم جديد بالمرسوم الملكي رقم م/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ هـ، وأنه هو ما يسري

على الدعوى الماثلة، وانتهت إلى صرف النظر عن القضية لعدم الاختصاص، فتم الطعن على الحكم أمام محكمة الاستئناف، التي أعادتها للمحكمة العامة وبرفقتها القرار المتضمن ما لاحظه أصحاب الفضيلة بقولهم: (وبدراسة الصك وصورة ضبطه واللائحة الاعتراضية وأوراق المعاملة لوحظ أن فضيلته بنى حكمه على نظام التحكيم الصادر في عام ١٤٣٣ ولم يتضح أن هذا النظام قد فعل وبدء العمل به وبالله التوفيق)، فأجاب على ذلك قاضي المحكمة العامة: "فقد تأملت ما ذكره أصحاب الفضيلة وتعجبت مما ذكره فمذمتى كان تفعيل النظام وبدء العمل به حجة في إهماله وما المستند النظامي في عدم إعمال النظام إذا لم يفعل، والواقع أن نظام التحكيم صدر وعمم بموجب تعميم معالي وزير العدل رقم ٤٥٩٩/ت/١٣، وتاريخ ١٤٣٣/٦/٨هـ، متضمناً النص على أن: "يعمل بهذا النظام بعد ثلاثين يوماً من نشره، وقد نشر بأمر القري برقم ٤٤١٣ وتاريخ ١٤٣٣/٧/١٨هـ، وعليه فيكون العمل به من تاريخ ١٤٣٣/٨/١٨هـ، وعليه فالعمل بالنظام واجب ولا يملك أحد أن يوقف العمل به إلا من الجهات العليا المختصة، وإذا لدى أصحاب الفضيلة حجة في عدم العمل بالنظام فلعلمهم ببيئونه، لذا فلم يظهر لي خاف ما حكمت به وأمرت بإعادة المعاملة لمحكمة الاستئناف حسب المتبع"، ثم أعادت محكمة الاستئناف القضية مرة أخرى للمحكمة العامة متضمنه قرارها رقم ٣٤٩٥٧٧٥١ وتاريخ ١٤٣٤/٨/٢٢ المتضمن: (وبالاطلاع على ما أجاب به فضيلة القاضي وألقه الصك وصورة ضبطه فإن المقصود بالملاحظة أن عمل محكمة الاستئناف ما زال تدقيقاً ولم يفعل نظام الاستئناف وبالله التوفيق)، فأجاب قاضي المحكمة العامة: "إن ما ذكره أصحاب الفضيلة من أن عمل محكمة معلوم لدي وهذا أمر ليس له علاقة بقضيتنا ولم أطلب من أصحاب الفضيلة أمراً في الإجابة ونظام التحكيم واجب العمل به كما بينته مفصلاً في الإجابة السابقة ولا أملك أنا ولا أصحاب الفضيلة قضاة الاستئناف إيقاف العمل به ومصدر النظام عندما أصدره لم يخف عليه ما ذكره أصحاب الفضيلة من أن عمل محكمة الاستئناف لا زال تدقيقاً، وحيث نصت المادة ١١ من نظام التحكم على عدم جواز نظر الدعوى في مثل هذه الحالة والمدعى عليه متمسك بذلك فلم يظهر لي خلاف ما حكمت به وبالله التوفيق"، ثم صدقت محكمة الاستئناف

بخطابها رقم ٣٤٩٥٧٧٥١ في ١٤٣٤/١١/٢٧ الحكم بما نصه: «الحمد لله وحده وبعد، فقد اطلعنا على قرار القاضي بالمحكمة العامة بالرياض الشيخ ... وأصدرنا القرار رقم ... المتضمن المصادقة على الحكم بعد الجواب الأخير». (حكم المحكمة العامة بالرياض الصادر بالصك رقم ٣٤٤٤٣٨٢، في ١٤٣٤/٢/٢٣ هـ، رقم الدعوى ٣٢٣٢٨٧٤٦، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤٣٦٨٧٣٦، في ١٤٣٤/١١/٢٤ هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٢٨، ص ١٠٠).

كما رفعت هيئة التحقيق والادعاء العام دعوى ضد شخص أمام المحكمة العامة بادعاء تجاوزه على أفراد الأمن، فقررت صرف النظر عن الدعوى لعدم الاختصاص كونها تتعلق بنظام الرشوة وتكييفها اعتداء على موظف عام مما يدخلها في اختصاص المحكمة الإدارية، فقرّر المدعي العام الاعتراض على الحكم، فقررت محكمة الاستئناف أنه: "بدراسة القرار وصورة ضبطه وأوراق المعاملة لوحظ ما أشير إليه بالحكم من عدم الاختصاص في نظر هذه القضية في غير محله فلا ينطبق على الفعل الصادر من المدعى عليهما نظام مكافحة الرشوة فعلى فضيلته الاستعانة بالله وإكمال نظر القضية والله الموفق"، فأعيدت القضية على قاضي المحكمة العامة الذي قرر: "جواباً على ما ذكره أصحاب الفضيلة فإن هذه الدعوى وأمثالها من اختصاص القضاء الإداري (ديوان المظالم) لكونها تهديد موظف عام وهذا اجتهادي وما توصل إليه فهمي والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد وعليه فقد قررت رفع الجلسة وإرسال المعاملة لمحكمة الاستئناف للتمييز على الحكم حسب التعليمات"، فقررت محكمة الاستئناف إعادة القضية إلى المحكمة العامة بالقرار: "حيث سبق دراسة القرار وصورة ضبطه وأوراق المعاملة وبالاطلاع على ما أجاب به فضيلته على قرارنا تقررت الموافقة على الحكم". (حكم المحكمة العامة بشرورة، في الدعوى رقم ٣٤٢٦١٩٤، وتاريخ ١٤٣٤/٢/٤ هـ، المصدق بقرار محكمة الاستئناف رقم ٣٤١٠٥٤٩٠٩ الصادر بتاريخ ١٤٣٤/٥/١٣ هـ، منشور بمجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٢٤ هـ، صادرة عن مركز البحوث بوزارة العدل، ١٤٣٦ هـ، رقم الإيداع ١٤٣٦/٢٧٢١).

وفي كثير من الطعون بالاستئناف تنتهي محكمة الاستئناف بتصديق حكم محكمة الدرجة الأولى بناء على دراسته في ضوء ملف القضية دون أية مرافعات أو

¹ رفعت دعوى أمام المحكمة العامة بينبع التي انتهت إلى عدم الاختصاص، فطعن أمام محكمة الاستئناف التي قررت اختصاص المحكمة العامة بنظرها ومن ثم أعادتها لها بالقرار رقم ٣٢١٤٣٦٩٦٨ وتاريخ ١٤٣٣/٢/١ للفصل في موضوعها، فأصر قاضي المحكمة العامة على صرف النظر عن الدعوى، فتم الطعن بالاستئناف للمرة الثانية، وانتهت محكمة الاستئناف بتاريخ ١٤٣٣/٣/٢٦ إلى: "إعادتها لفضيلة ناظرها لملاحظة أن صرف النظر عن السير في القضية في غير محله بل يتعين على فضيلته سماع دعوى المدعي وإجابة المدعى عليه ثم إجراء المقتضى الشرعي بعد ذلك"، وبعد تداول القضية أمام المحكمة العامة عدة جلسات، ونظر موضوعها، وتقديم الخصوم أدلة الإثبات وطلباتهم ودفعهم وبعد تحقيق الموضوع ودراسته والتأمل انتهى القاضي إلى: "صرف النظر لعدم الاختصاص"، فاعترض كلا الخصمين على الحكم أمام محكمة الاستئناف للمرة الثالثة، التي أعادت القضية لنفس قاضي أول درجة للمرة الرابعة بقرار الملاحظة رقم ٣٤١٢٦٠٧٢٩ وتاريخ ١٤٣٤/٦/١٩ الذي جاء فيه: "وبداسة الحكم وصورة ضبطه تقرر إعادتها لناظر القضية حيث لم نجد فضيلته عمل أي إجراء على ضوء قرارنا السابق فيتعين إكمال اللازم حسبما صدر لفضيلته من توجيه"، وأخيراً التزم قاضي أول درجة قرار محكمة الاستئناف وأصدر حكمه في الموضوع الذي صدق من محكمة الاستئناف. (حكم المحكمة العامة بينبع الصادر بالصك رقم ٣٣١٢٢٥٧١ وتاريخ ١٤٣٢/٣/٨هـ، رقم الدعوى ٣٢٥٣٨٤٦٧، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤٢٧٩١٨٠ بتاريخ ١٤٣٤/٧/٢٥هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٢٨، ص ١٣٠).

حكم المحكمة العامة بشرورة، في الدعوى رقم ٣٤٢٦١٩٤، وتاريخ ١٤٣٤/٢/٤هـ، المصدق بقرار محكمة الاستئناف رقم ٣٤١٠٥٤٩٠٩ الصادر بتاريخ ١٤٣٤/٥/١٣، منشور بمجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٢٤هـ، صادرة عن مركز البحوث بوزارة العدل، ١٤٣٦هـ، رقم الإيداع ١٤٣٦/٢٧٢١.

جلسات أو أدلة جديدة، واستقر العمل على أن يأتي التصديق بهذه الصيغة: "بعد الاطلاع على القرار الصادر عن فضيلة ... القاضي بمحكمة ... المتضمن ... ودراسة الحكم وصورة ضبطه، تقرررت الموافقة عليه. والله الموفق"^١.

ولا يلزم أن تكون ملاحظة محكمة الاستئناف على الحكم موضوعية كي يتم إعادة القضية مرة أخرى لمحكمة أول درجة، فقد تتمثل الملاحظة في جهالة سند الحكم^٢، وقد تتمثل الملاحظة في طلب استيفاء أوراق^١، أو تكملة بيان في الحكم^٢.

^١ راجع الحكم الصادر بالصك رقم ٣٤١٧٣٧٩٥، في ١٤٣٤/٣/٢٨هـ، رقم الدعوى ٣٤٣٢٢١٦، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤١٧٩٥٣٩، في ١٤٣٤/٤/٦هـ، منشور بمجموعة الأحكام، المجلد ٢٨، ص ٥٨، والحكم الصادر بالصك رقم ٣٤٣٦٧٢٦، في ١٤٣٤/٢/١٣هـ، رقم الدعوى ٣٣٥٠٣٩٧٢، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤٣٦٧٢٦، في ١٤٣٤/٢/١٣هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٢٨، ص ٦٤، والحكم الصادر بالصك رقم ٣٤٥٣٩٢٣، في ١٤٣٤/٣/٢هـ، رقم الدعوى ٣٣١٧٩٨٤١، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤٢١٦٨٨٨، في ١٤٣٤/٥/٢٠هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٢٨، ص ٧٠، والحكم الصادر بالصك رقم ٣٤٤٥٩٠٣، في ١٤٣٤/٢/٢٤هـ، رقم الدعوى ٣٤٥٩٥٣٤، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤١٨٦٠٢٩، في ١٤٣٤/٤/١٣هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٢٨، ص ٧٧.

^٢ قرار محكمة الاستئناف رد القضية لقاضي الدرجة الأولى وقد كان المدعي يطلب إلزام المدعى عليه بسداد مبلغ ٢٥٠٠٠ ريال فأنتهى القاضي إلى إلزام المدعى عليه بسداد مبلغ ١٥٠٠٠ ريال، "لملاحظة أن فضيلته أثبت أن رأس المال هو خمسة عشر ألف ريال ولم يوضح كيفية ثبوت ذلك"، فأجاب قاضي الدرجة الأولى "أن المدعي وكالة والمدعى عليه قد قرروا في الجلسة الأولى أن رأس المال مبلغ وقدره خمسة عشر ألف ريال، فقد اشترى مكفول المدعى

عليه من المدعي أصالة خمسة عشر مكيفا أجل بثمن قدره سبعة وعشرون ألف ريال ثم باع المشتري على البائع المكيفات بثمن حال قدره خمسة عشر ألف ريال"، فصدقت محكمة الاستئناف الحكم. (رقم الصك ٣٣٢٣٨٨٤٦ في ١٠/٥/١٤٣٣هـ، رقم الدعوى ٣٣٩٢٩٤٨ ، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤٤٤٦٠٥ في ٢٣/٥/١٤٣٤هـ، مجموعة الأحكام، المجلد الأول، ص ١٨٢).

١ أعادت محكمة الاستئناف القضية إلى محكمة الدرجة الأولى بعد أن أبدت ملاحظة تمثلت في: "أنه بدراسة الحكم وصورة ضبطه تقرر بالأكثرية إعادتها لفضيلة حاكمها لإرفاق صورة من القرار الذي أشار إليه المدعي في دعواه"، وعليه قام قاضي محكمة الدرجة الأولى بإكمال الازم، ورفعت القضية لمحكمة الاستئناف التي صدقت على الحكم. (رقم الصك ٣٤٢٠١٨٣٥ في ٣٠/٤/١٤٣٤هـ، رقم الدعوى ٣٣٦٨٠٠٧٧ ، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف تاريخ تاريخ ٣٤٢٦١٨٩٦ في ٨/٧/١٤٣٤هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٢٨، ص ١٨٢).

٢ رفعت دعوى أمام المحكمة العامة بمكة المكرمة استند فيها المدعي على وجود عقد توريد مع المدعى عليه الذي أخلت بالتزاماته التعاقدية، وطلب الحكم بالتعويض عن الأضرار والتأخير في تنفيذ العقد، وتمسك المدعى عليه بتضمن العقد المشار إليه النص على أن تتم تسوية ما قد ينشأ عنه من منازعات بواسطة التحكيم، فرد المدعي بأن شرط التحكيم لا ينطبق على الدعوى الماثلة، وانتهت المحكمة إلى: "عدم جواز نظر الدعوى"، تم الطعن على الحكم، ثم عادت القضية من محكمة الاستئناف بقرار الملاحظة ونصه: "بدراسة الصك وصورة ضبطه ولائحته الاعتراضية تقرر إعادتها لفضيلة حاكمها لملاحظة: ١- إرفاق صورة من العقد المبرم بن المدعي والمدعى عليه. ٢- إكمال الفراغ بالسطر الخامس عشر بالصفحة الثانية من صك الحكم بذكر اليوم والشهر إن وجد فإن لم يوجد فيكتب عبارة (بدون)"، فاستوفى القاضي الملاحظات المذكورة، وبرفعه لمحكمة الاستئناف صدر قرار التصديق. (رقم الصك ٣٤١٩٩٥٢ في ٢١/١/١٤٣٤هـ، رقم الدعوى ٣٣٦٩٩٥٥٧ ، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤١٧٩٤٧٣ في ٦/٤/١٤٣٤هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٢٨، ص ١٨٧).

كما لا يلزم في تطبيقات القضاء السعودي للمعترض على الحكم تقديم مذكرة باعتراضه، وإنما فقط له أن يثبت أمام محكمة الدرجة الأولى عدم قناعته بالحكم، فتقوم برفع القضية لمحكمة الاستئناف لمراجعة الحكم في ضوء مرفقاته، وتنتهي محكمة الاستئناف إما إلى تأييده أو إبداء ملاحظاتها عليه وإعادته مرة أخرى لمحكمة الدرجة الأولى^١، وهو ما يتعارض مع صريح نص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية^٢.

وقد استقر التطبيق القضائي على استئناف الحكم رغم عدم اعتراض المحكوم ضده، بل ورغم غيابه، إذ يتم: "رفع الحكم لمحكمة الاستئناف لتعذر تبليغ المدعى عليه"^٣.

^١ راجع على سبيل المثال الحكم الصادر بالصك رقم ٣٤٢٩٤٣٢٤ وتاريخ ١٥/٨/١٤٣٤هـ، رقم الدعوى ٣٣١٦١٢١٠، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤٣٠٦١٤٦ وتاريخ ٢٥/٨/١٤٣٤هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٢٨، ص ١٤٣.

^٢ تنص المادة ١٨٧ من هذه اللائحة على أن: "لا ترفع محكمة الدرجة الأولى القضية إلى محكمة الاستئناف إلا بعد تقديم المعترض لمذكرة اعتراضه وانتهاء مدة الاعتراض".

^٣ رقم الصك ٣٤١٦٨٥٠٤ في ٢٢/٣/١٤٣٤هـ، رقم الدعوى ٣٣١٣٦٥٧٨، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤٢٨٩٤٩٧ في ٧/٨/١٤٣٤هـ، مجموعة الأحكام، المجلد ٨، ص ٢٢١.

الغصن الثاني

تقييم موقف القضاء السعودي

برأبي فإن موقف القضاء السعودي وما انطوى عليه من تعطيل لفكرة استنفاد الولاية له من الجانب الإيجابي ومن السلبيات ما لا يصح تسليط الضوء على أحدهما دون الآخر:

أولاً الجانب الإيجابي

مقارنة بالنظم القضائية المقارنة فإن منح القاضي مصدر الحكم ولاية تعديله من تلقاء نفسه أو بطلب الخصوم ميزة كبيرة تؤدي إلى توفير الوقت والجهد كما تسهم في حل تكديس القضايا أمام المحاكم، غدت تجنب الخصوم والجهاز القضائي مغبة بدء خصومة استئناف أمام محكمة أخرى ستنتهي إلى انتهى إليه قاضي أول درجة حين عدل عن قضائه محل الاعتراض من الخصوم، وذلك في فرض قناعة الخصمين بالحكم بعد تعديله.

وتأتي ميزة منح القاضي مراجعة حكمه في أقصى درجاتها في الفروض التي لا يكون الحكم فيها قابلاً للاستئناف، إما لكونه من طائفة الأحكام الصادرة في

الدعوى اليسيرة، إذ لا مجال لتعديل الحكم إن كان غير عادل أو به عيب باتباع أي طريق من طرق الطعن^١.

ومما يضبط الميزة المذكورة كونها مقيدة بوقت، وليست مطلقة؛ بما لا يهدد استقرار الحقوق والمراكز القانونية، ذلك أن عدول القاضي عن حكمه سواء من تلقاء نفسه أو بطلب الخصوم لا يمكن أن يتم إلا في ميعاد الاستئناف، لأن الأحكام تكتسب القطعية بفوات ميعاد الطعن.

ثانياً الجانب السلبي

رغم إيجابيته فإن موقف القضاء السعودي من فكرة استنفاد الولاية القضائية لا يخلو من نقد، إذ يؤخذ عليه عدة مآخذ، من أبرزها ما يلي:

١- تعطيل مبدأ التقاضي على درجتين، ذلك أن واقع العمل القضائي أن دور محكمة الاستئناف يقتصر على إبداء الملاحظات على حكم محكمة أول درجة ومن

^١ تنص المادة ١/١٨٥ من نظام المرافعات الشرعية على أن: "جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى قابلة للاستئناف باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء".

ومن الجدير بالذكر أن النظام السعودي لم يأخذ بما أخذ به القانون المصري من عدم جواز استئناف الأحكام لسبق اتفاق الخصوم على انتهائية الحكم وعدم قابليته للاستئناف، ٢/٢١٩ من قانون المرافعات المصري على أنه: "ويجوز الاتفاق ولو قبل الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً".

ثم إعادة القضية مرة أخرى لهذه الأخيرة كي تعدل الحكم في ضوءها، وكان هذا المبدأ يقتضي أن تعيد محكمة الاستئناف نظر الموضوع مرة أخرى، وتفتح باب الترافع، وتقبل أدلة الإثبات الجديدة، وتعيد تحقيق الموضوع كاملاً ثم تنتهي إلى حكم في الموضوع إما بتأييد أو تعديل أو إلغاء الحكم المستأنف¹.

٢- تعطل الفصل في الدعوى، وتشتت الخصوم، إذ قد يتم الطعن بالاستئناف على الحكم الواحد أكثر من خمس مرات، وقد أوردنا العديد من التطبيقات لذلك، ولا أدري ما المبرر لإعادة القضية لنفس القاضي الذي سبق أن أصر أكثر من مرة على قضائه وعدم الامتثال لملاحظات محكمة الاستئناف!؟

٣- زيادة تكديس القضايا أمام المحاكم، ذلك أن القضية الواحدة تنظر عدة مرات أمام كل من محكمة أول درجة وكذا محكمة الاستئناف، ولو تم إعمال فكرة استفاد الولاية لنظرت مرة واحدة فقط أمام كل محكمة منهما.

¹ يتعارض ما جرى عليه العمل مع ما يقرره نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ في مادته السابعة عشرة من أن: "تتولى محاكم الاستئناف النظر في الأحكام القابلة للاستئناف الصادرة من محاكم الدرجة الأولى، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم، وفق الإجراءات المقررة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية".

الفرع الثاني

الأساس القانوني لموقف القضاء السعودي

في خروجه على فكرة استنفاد الولاية القضائية فإن القضاء السعودي لم يخرج عن الإطار التنظيمي العام للمملكة، بل وعلى العكس من ذلك تمامًا إذ جاء موقفه متسقًا مع المنظومة القانونية في المملكة، سواء فيما يتعلق بفلسفة النظام السعودي وخصوصيته بما يميزه عن غيره من النظم القانونية المقارنة، أو بشأن تقيده بنصوص الأنظمة الإجرائية التي أسست بدورها لمنهج القضاء السعودي، وهو ما نرصده على النحو التالي:

الغصن الأول

خصوصية استنفاد الولاية في النظام السعودي

يتسم التنظيم الإجرائي السعودي بخصوصية وذاتية تميزه عن باقي النظم الإجرائية سواء على المستوى الخليجي أو العربي أو المستقر في نظم القانون المقارن على المستوى العالمي، وأعتقد أن مرجع هذه الخصوصية شدة التأثير بالفقه الإسلامي أكثر من باقي الدول الإسلامية من ناحية، والطبيعة الخاصة لحياة البدو في المملكة التي أثرت كثيرًا على النظم القانونية بالمملكة.

وبالطبع لسنا في موضع تقييم للفلسفة التشريعية الخاصة بالمملكة ولكننا بصدد بين أساس وجود اختلافات جوهرية في التنظيم القضائي السعودي عن غيره من النظم.

ويبدو لنا الاختلاف واضحًا فيما يتعلق بمنهج الاعتراض على الأحكام القضائية، الذي تولد عنه الخروج على مبدأ استنفاد الولاية، بالنظر إلى نصوص المرافعات الشرعية المنظمة للاستئناف بوصفه طريق طعن على الأحكام القضائية وثيق الصلة بالمبدأ، ذلك أنه تقرر للتوفيق بين اعتبارين متعارضين، الأول أن القضاة بشر ويتصور الخطأ في أحكامهم، والثاني استنفاد ولاية القاضي بمجرد إصداره الحكم، فلا بد أن يعهد لقاضٍ آخر بمراجعة الحكم وتصويب ما قد يعتريه من خطأ أو يفتابه من قصور، وهو ما يتم من خلال الطعن بالاستئناف.

وتتفق كلمة جميع النظم الإجرائية على أن مراجعة الحكم بالاستئناف تتم من خلال محكمة أعلى طبقة من المحكمة التي أصدرته، وينتفي كل دور للمحكمة التي أصدرت الحكم "محكمة أول درجة" إلا إذا قررت محكمة الاستئناف إلغاء الحكم ولم تكن محكمة أول درجة فصلت في الموضوع فينبغي إعادة الدعوى مرة أخرى لهذه الأخيرة كي تقول كلمتها في الموضوع احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين، حتى لا يفوت درجة من درجات التقاضي، وهو ما لا يتعارض البتة مع فكرة الاستنفاد كون محكمة أول درجة لم تفصل في الموضوع وهذه الفكرة قائمة على استنفاغ الجهد والفصل القطعي في الموضوع.

فتضمنت النظم القانونية المقارنة التأكيد على أمرين:

الأمر الأول: أن الاستئناف لا يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، وإنما إلى المحكمة الاستئنافية، كون هذه الأخيرة هي المعنية به^١.

^١ تنص المادة ٢٣٠ من قانون المرافعات المصري على أن: "يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى"، وهو ما قرره جميع النظم القانونية عدا السعودي، من قبيل ذلك المادة ١٦٢ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م، والمادة ١٣٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، والمادة ٢١٩ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢، والمادة ٢١٧ من قانون المرافعات المدنية

الأمر الثاني: أن محكمة الاستئناف تملك جميع صلاحيات محكمة الموضوع، فلها تأييد الحكم، ولها تعديله جزئياً، ولها إلغاؤه والفصل في الموضوع بحكم جديد، ولا يرد عليها أية قيود في هذا الخصوص سوى التزامها بإعادة القضية لمحكمة أول درجة إذا لم تكن قد فصلت في كل أو بعض موضوع الدعوى^١.

أما نظام المرافعات الشرعية السعودي فقد خرج على ذلك التأكيد في جانبه:

فمن ناحية أولى: فقرر أن يقدم الاستئناف إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، ومنحها أحقية إعادة دراسة الحكم في ضوء الاعتراض المقدم، فإذا ما اقتنعت بأوجه

والتجارية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١، والمادتان ١٦٧ و ١٦٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠.

^١ تقرر هذا الحكم في جميع النظم القانونية عدا النظام السعودي، بيد أن النص الأكثر تفصيلاً هو نص المادة ٢٢٨ قانون بحريني، الذي جاء على النحو التالي: "تقضي محكمة الاستئناف إما برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف، وإما بقبوله وتعديل الحكم المستأنف أو إلغاؤه وإصدار حكم بديل في موضوع الدعوى. وإذا قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف، وجب عليها إحالة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فيها من جديد، وذلك في أية حالة من الحالات التالية: - ١- إذا كان الحكم المستأنف صادراً في مسألة تتعلق بالاختصاص. - ٢- إذا قضت محكمة الدرجة الأولى في الطلبات الأصلية وأغفلت الحكم في الطلبات الاحتياطية. - ٣- إذا أغفلت محكمة الدرجة الأولى الفصل في أحد الطلبات المقدمة إليها"، ومع اختلاف الصياغة تؤكد هذا الحكم في المادتين ٢٣٣ و ٢٣٤ مرافعات مصري، والمادتين ٢٢٨ و ٢٣١ إجراءات مدنية عماني، والمادتين ١٤٤ و ١٤٥ مرافعات مدنية كويتي، والمادة ١٦٦ إجراءات مدنية إماراتي، والمادة ١٧١ مرافعات مدنية قطري.

الاعتراض عدلت حكمها، وإن لم تقتنع أحالت الحكم والاعتراض إلى محكمة الاستئناف^١.

ومن ناحية ثانية: في فرض عدم اقتناع المحكمة مصدرة الحكم باعتراض المعارض ومن ثم رفع الاستئناف لمحكمة الاستئناف وبالرغم من إسناده نظر الموضوع لهذه الأخيرة إلا أنه قرر لمحكمة الاستئناف تدوين ما تراه من ملاحظات على الحكم وإعادته لمحكمة أول درجة لتعيد النظر فيه في ضوء هذه الملاحظات، حتى حال سبق نظر موضوع الدعوى من محكمة أول درجة وفصلها فيه، وهو ما يعد خروجًا

^١ تنص المادة ١٨٨ من نظام المرافعات الشرعية على أن: "١- يحصل الاعتراض بطلب الاستئناف أو التدقيق بمذكرة تودع لدى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم، مشتملة على بيان الحكم المعارض عليه ورقمه وتاريخه والأسباب التي بني عليها الاعتراض وطلبات المعارض وتوقيعه وتاريخ إيداع مذكرة الاعتراض. ٢- تقيد إدارة المحكمة مذكرة الاعتراض في يوم إيداعها في السجل الخاص بذلك، وتحال فورًا إلى الدائرة التي أصدرت الحكم"، وتنص المادة ١٨٩ منه على أنه: "بعد اطلاع الدائرة التي أصدرت الحكم المعارض عليه على مذكرة الاعتراض يجوز لها أن تعيد النظر في الحكم من ناحية الوجوه التي بني عليها الاعتراض من غير مرافعة ما لم يظهر مقتض لها، وعليها أن تؤكد حكمها أو تعدله حسب ما يظهر لها، فإذا أكدت حكمها رفعته مع صورة ضبط القضية ومذكرة الاعتراض وجميع الأوراق إلى محكمة الاستئناف، أما إن عدلته فيبلغ الحكم المعدل للخصوم، وتسري عليه في هذه الحالة الإجراءات المعتادة"، وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النص الأخير على أنه: "١- إذا اطّلت الدائرة على مذكرة الاعتراض ولم تجد فيها ما يؤثر على ما حكمت به، فعليها تدوين ذلك في ضبط القضية والشرح بذلك على المذكرة. ٢- في حال انتهت ولاية قاضي الدائرة أو قضاتها أو بعضهم فيتولى من يحل محلهم إجراء ما ورد في المادة بما في ذلك تعديل الحكم إن ظهر ما يوجب ذلك".

جديدًا على المبدأ، كون محكمة أول درجة استقرغت جهدها في موضوع الحكم، وأتيح لها مراجعته حال نظرها الاعتراض، وأصررت على قضائها، ورغم هذا يعاد لها الموضوع للمرة الثالثة لتعيد النظر فيه^١.

^١ تنص المادة ١٩٠ من نظام المرافعات الشرعية على أن: "٢- تنظر محكمة الاستئناف في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق استنادًا إلى ما في الملف من الأوراق وما يقدمه الخصوم إليها من دفوع أو بيانات جديدة لتأييد أسباب اعتراضهم المقدم في المذكرة، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق -إذا رأيت النظر فيه مرافعة- بتأييد الحكم أو نقضه كليًا أو جزئيًا وتحكم فيما نقض"، وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النص على أنه: "٧- إذا نظرت محكمة الاستئناف في القضية مرافعة وحكمت فيها، فتصدر صكًا من واقع ما ضبط لديها، وفقًا لما ورد في الفقرة (١) من المادة السادسة والستين بعد المائة من هذا النظام، ويكون الصك حاويًا منطوق حكم الدرجة الأولى كاملاً وما هو مستأنف فيه، والمحكمة الصادر منها الصك ورقمه وتاريخه، وتذيله بالصيغة التنفيذية، ثم يهشم على صك حكم محكمة الدرجة الأولى وضبطه وسجله بمضمون حكم محكمة الاستئناف ورقمه وتاريخه".

كما تنص المادة ١٩١ من ذات النظام على أنه: "إذا وجدت محكمة الاستئناف أن منطوق الحكم في القضايا التي يتم تدقيقها دون مرافعة موافقًا من حيث نتيجته لأصوله الشرعية، أيدته مع التوجيه بما قد يكون لها من ملحوظات لا تقتضي نقض الحكم، وإذا نقضت الحكم كليًا أو جزئيًا، فعليها أن تحكم فيما نقض بعد سماع أقوال الخصوم"، وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النص على أنه: "١- إذا حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المدقق فتصدر قرارًا بذلك، وتهشم بمضمونه على صك حكم محكمة الدرجة الأولى، وتبعثه رفق ملف القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتدوين مضمونه على الضبط والسجل. ٢- إذا وجدت محكمة الاستئناف على الحكم المدقق ملحوظات قد تقضي بنقضه ولا تستوجب حضور الخصوم ولا غيرهم فلها استيفؤها دون مرافعة. ٣- إذا حكمت محكمة الاستئناف بنقض الحكم المدقق كليًا فتصدر قرارًا بذلك، ويهشم

الغصن الثاني

الخروج على فكرة الأثر الناقل للاستئناف

يقصد بالأثر الناقل للاستئناف أن الطعن بالاستئناف يؤدي إلى نقل كافة الوقائع، والإجراءات، والطلبات والدفع وأدلة الإثبات، وكافة ما تم اتخاذه من أعمال إجرائية بصورة تلقائية من محكمة أول درجة إلى محكمة الاستئناف، وذلك في خصوص ما رفع عنه الاستئناف^١.

بمضمونه على صك حكم محكمة الدرجة الأولى وضبطه وسجله، ثم تنتظر في الدعوى وفقاً للإجراءات المعتادة لرفعها. ٤- إذا حكمت محكمة الاستئناف بنقض الحكم المدقق جزئياً وأيدت الباقي فتصدر قراراً بذلك، ويهمل بمضمونه على صك حكم محكمة الدرجة الأولى وضبطه وسجله، ثم تنتظر فيما نقض وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى".

وأخيراً تنص المادة ١٩٢ من ذات النظام على أنه: "إذا حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بعدم الاختصاص، أو بقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى، وجب عليها أن تعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للنظر في موضوعها".

^١ في التطبيق العملي للأثر الناقل للاستئناف فيما يتعلق بالطلبات (الأصلية والاحتياطية والعارضة) في القانون المصري راجع أحكام النقض في الطعون أرقام ٤٩٥٠، س٦٦ق، جلسة ١٩٩٨/٣/٨م، ٢٦٠٠، س٦٠ق- جلسة ١٩٩٥/٣/١٤م، ٤٤٩٧، س٦٢ق، جلسة ١٩٩٤/١/٢٧م، ١٨٣٩، س٤٩ق، جلسة ١٩٨٣/٥/٣م.

بل إن مقتضى الأثر الناقد للاستئناف نقل كل عناصر القضية من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الاستئناف ولو لم يتضمنها الاستئناف صراحة متى كانت مرتبطة بموضوع الاستئناف، أو أساساً له، أو أثرًا حتميًا له^١.

وهو ما يوجب أمرين:

الأمر الأول: تخلي محكمة الدرجة الأولى كلياً ونهائياً عن النزاع، إذ تستنفد ولايتها الأصلية فيه بصدور حكمها الفاصل، فلا يجوز لها معاودة نظره بأية صورة وتحت أي مسمًا^٢.

^١ تنص المادة ٢٢٩ مرافعات مصري على أن: "استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ... واستئناف الحكم الصادر في الطلب الاحتياطي يستتبع حتماً استئناف الحكم الصادر في الطلب الأصلي وفي هذه الحالة يجب اختصام المحكوم له في الطلب الأصلي ولو بعد فوات الميعاد"، وهو ما قرره نصوص المواد ٤/١٤٤ مرافعات كويتي، ٥/١٦٥ إجراءات مدنية إماراتي، ٢١٨ إجراءات مدنية عماني، ٢١٤ مرافعات بحريني، ١٦٦ مرافعات قطري.

كما تنص المادة ٢٣٢ مرافعات مصري على أن: "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط"، وهو ما قرره نصوص المواد ٢٢٣ مرافعات بحريني، ١/٢٢٣ إجراءات مدنية عماني، ١/١٤٤ مرافعات كويتي، ١/١٦٥ إجراءات مدنية إماراتي، ١٦٩ مرافعات قطري، كما قررت المادة ١/١٨٦ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ذات الحكم.

^٢ لذا فقد أجمعت النظم القضائية على عدم صلاحية القاضي بصورة مطلقة لنظر الدعوى إذا كان قد سبق له نظرها قاضياً، فإذا رقي إلى محكمة الاستئناف امتنع عليه نظر الطعون على

الأمر الثاني: التزام محكمة الاستئناف بالفصل في موضع الطعن، ولها إعادة تحقيق الدعوى، وقبول أدلة الإثبات، وما يتعلق بها من تدخل انضمامي، وإدخال الغير لتقديم مستند منتج، وهذا معنى مبدأ التقاضي على درجتين، فكل ما يتاح لمحكمة الدرجة الأولى للفصل في موضوع الدعوى يتاح لمحكمة الدرجة الثانية للفصل في موضوع الاستئناف¹.

الأحكام التي أصدرها أو اشترك فيها وقت أن كان قاضيًا بمحكمة الدرجة الأولى، فكيف يستساغ أن يعاود النظر فيها وهو من أصدرها ومن ذات المحكمة؟! راجع نصوص المواد ٥/١٤٦ مرافعات مصري، ١٠٢ مرافعات كويتي، ١٣٢/هـ إجراءات مدنية عماني، ١/١١٤-ز إجراءات مدنية إماراتي، ٥/٩٨ مرافعات قطري، وهو ما أكده نظام المرافعات الشرعية السعودي ذاته في نص المادة ٩٤/هـ الذي ينص على أن: "يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم في الأحوال الآتية: هـ- إذا ... كان قد سبق له نظرها قاضياً".

¹ تنص المادة ٢٣٣ مرافعات مصري على أنه: "يجب على المحكمة أن تنتظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قام من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى"، وهو ما تضمنته نصوص المواد ٢/١٤٤ مرافعات كويتي، ٢٢٤ مرافعات بحريني، ٢/١٦٥ إجراءات مدنية إماراتي، ٢٢٤ إجراءات مدنية عماني، ١٧٠ مرافعات قطري. وفي جواز التدخل الانضمامي أمام محكمة الاستئناف راجع نصوص المواد ٢/٢٣٦ مرافعات مصري، ٢٢٦ مرافعات بحريني، ٣/١٤٤ مرافعات كويتي، ٤/١٦٥ إجراءات مدنية إماراتي، ٢/٢٢٦ إجراءات مدنية عماني، ٢/١٧٣ مرافعات قطري.

كما تسري الأحكام الإجرائية لخصومة الدرجة الأولى على خصومة الاستئناف^١.

فإذا ما أعملنا الأثر الناقل للاستئناف في ضوء مبدأ التقاضي على درجتين خلصنا إلى نتيجة منطقية وحتمية تتمثل في أن إعادة محكمة الاستئناف القضية لمحكمة الدرجة الأولى ينحصر في حالات عدم فصل هذه الأخيرة في موضوع الدعوى، ففي فرض أول قد تعض الطرف عن الطلب الاحتياطي كونها قضت بالطلب الأصلي، فيرفض هذا الطلب من محكمة الاستئناف، وفي فرض ثانٍ قد لا تنتظر محكمة الدرجة الأولى أصلاً للموضوع وذلك حينما تحكم بعدم الاختصاص أو بعدم القبول، فيتوجب إعادة القضية في مثل هذه الحالات لمحكمة الدرجة الأولى للفصل في الطلب الاحتياطي في الفرض الأول، والفصل في موضوع الدعوى في الفرض الثاني^٢.

^١ تنص المادة ٢٤٠ مرافعات مصري على أن: "تسري على الاستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو بالأحكام ما لم يقض القانون بغير ذلك"، وهو ما يقره نصوص المواد ٢٢٢ مرافعات بحريني، ١٤٤ مرافعات كويتي، ١٦٨ إجراءات مدنية إماراتي، ٢٣٠ إجراءات مدنية عماني، ١٧٧ مرافعات قطري، وهو ما لم يتضمنه نظام المرافعات الشرعية السعودي.

^٢ نصوص المواد ٢٣٤ مرافعات مصري، ٢/١٦١ و ١٦٦ إجراءات مدنية إماراتي، ٢٢٣ و ٢/٢٣١ إجراءات مدنية عماني، ١٤٥ مرافعات كويتي، ٢/٢٢٨ مرافعات بحريني، ١٧١ مرافعات قطري.

بيد أن نظام المرافعات الشرعية السعودي خرج على تلك المبادئ المستقرة في نظم القانون المقارن وذلك من عدة نواجٍ لعل من أبرزها وأهمها على الإطلاق عدم التطبيق الكامل لمبدأ التقاضي على درجتين.

ويقصد بهذا المبدأ أحقية الخصم في نظر موضوع دعواه أمام محكمتين على التتابع، تكون المحكمة الثانية أعلى طبقة من المحكمة الأولى^١.

فهو يقوم على مفترضات ثلاثة تتمثل في تعدد مرات نظر موضوع ذات النزاع^٢، وتعدد المحاكم التي تنتظر ذات الموضوع، فلو تعددت مرات نظر موضوع ذات النزاع أمام محكمة واحدة فلا يعد هذا تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين^٣، وأن

^١ فتحي والي، الوسيط، ص ٧٢٤، أحمد عوض هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٥٥١.

وراجع في تأكيد هذا المعنى قضاءً حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٥٢٠، س ٦٧ق، جلسة ٦ يونيه ٢٠١٠.

^٢ فلو رفعت دعوى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وهذا وارد استثناء في بعض الحالات، ثم تم الطعن في الحكم أمام المحكمة العليا لبحث مدى تطبيقه الصحيح للقواعد الشرعية أو النظامية فلا يعد هذا تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، رغم نظر نفس القضية مرتين متتابعتين أمام محكمتين مختلفتين تعد الثانية منهما أعلى طبقة من الأولى، والتعليل أن تعدد نظر القضية لم يصاحبه تعدد أو تكرار نظر موضوعها.

^٣ فالطعن في الحكم عن طريق التماس إعادة النظر وكذا الطعن بالمعارضة لا يعدان تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، كونهما يتمان أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم.

تكون المحكمة التي تنتظر موضوع الدعوى للمرة الثانية أعلى طبقة من المحكمة التي نظرته للمرة الأولى¹.

وقد اعتمدت النظم الإجرائية المعاصرة جميعها هذا المبدأ توفيقاً وموازنة بين اعتبارين متعارضين تحقيقاً لمقتضيات العدالة الإجرائية، الأول منهما ضرورة الإسراع في حسم المنازعات، لأن العدالة البطيئة هي والظلم سواء، أو هي درب من دروب الظلم كما أنه لا بد من وضع حد لاستمرار النزاع وحسمه بصورة لا نقاش فيها تحقيقاً لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية، والثاني أن القضاة بشر قد يخطئون، ويجب الوصول إلى الحق مهما كلف من وقت ومشقة، وهو ما يستدعي تكرار نظر موضوع الدعوى إلى ما لا نهاية، ذلك أن تصور الخطأ قائم في كل حالة يتم فيها الفصل في موضوع الدعوى.

وموازنة بين الاعتبارين المذكورين رُؤيَ إقرار مبدأ تكرار نظر موضوع الدعوى "مراعاة للاعتبار الثاني" مع قصر ذلك على مرتين فقط "مراعاة للاعتبار الأول"، لأنه لو قيل بعدم التكرار لأهدر الاعتبار الثاني بالكلية، ولو قيل بزيادة تكرار نظر الموضوع على مرتين لأهدر الاعتبار الأول.

¹ وعلى ذلك لا يتحقق مبدأ التقاضي على درجتين ولو تعدد نظر موضوع ذات الدعوى أمام محكمتين مختلفتين من ذات الطبقة سواء إذا اتحدتا في النوع أو اختلفتا.

هذا، ورغم تبنيه مبدأ التقاضي على درجتين إلا أن النظام السعودي لم يأخذ بالتطبيق الكامل للمبدأ من عدة أوجه، لعل من أبرزها تبنيه نوعين من الاستئناف

أخذ النظام السعودي بصورتين للاستئناف، هما الاستئناف تدقيقاً والاستئناف مرافعةً، ويقصد بالأول عرض الحكم الطعين وما سبق تقديمه من أدلة ودفع على محكمة الاستئناف لتقييم الحكم في ضوءها، وهذا الاستئناف لا يحتاج إلى مرافعات ولا جلسات لتداول الدعوى من جديد ولا مجال فيه لمبدأ المواجهة وغيره من مبادئ الخصومة القضائية، أما الثاني "المرافعة" فهو على غرار الاستئناف المقرر في النظم القانونية المقارنة إذ يعاد فيه نظر موضوع الدعوى أمام محكمة الاستئناف وفق مبدأ التقاضي على درجتين^١.

ويلحظ في نطاق النظام السعودي أن الاستئناف مرافعة أضيق نطاقاً من الاستئناف تدقيقاً غير أنه أوسع منه محلاً، فأما ضيق نطاقه فيتجلى بالنظر إلى وجود طائفة من الأحكام لا تستأنف إلا تدقيقاً، وأن امتناع المحكوم ضده عن الاستئناف في بعض الحالات يوجب على المحكمة استئناف الحكم تدقيقاً، كما أن عدم تقديم أسباب الاستئناف وأدلته تحوله من استئناف مرافعة إلى تدقيق، ونستطيع

^١ راجع للمؤلف مبادئ المرافعات الشرعية في ضوء نظام المرافعات الشرعية الجديد لعام ١٤٣٥هـ، والنظم المرتبطة به، وأحدث التطبيقات القضائية، مكتبة الرشد بالرياض، ط٢، ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م، ص٣١٤.

القول بأن الاستئناف تدقيقاً يعد في كثير من الأحيان وسيلة النظام القضائي في المراجعة الشكلية للحكم للتأكد من صحته دون بحث موضوعه في الحالات التي لا يرى فيها المحكوم ضده الاستئناف مرافعة، وكذلك في حالات الدعاوى اليسيرة¹.

وأما فيما يتعلق بكون الاستئناف مرافعة أوسع محلاً من الاستئناف تدقيقاً فلأن الدعوى فيه تفتح من جديد أمام محكمة الاستئناف، وتباشر المرافعات، وتقدم المذكرات، ويستدعى الشهود، وتقدم أدلة إثبات جديدة، ويعاد مناقشة الأدلة السابق تقديمها أمام محكمة الدرجة الأولى، ويناقش تناول الحكم المستأنف للأدلة المقدمة في خصومة أول درجة، إلى غير ذلك، مما يتصور تناوله في خصومة الاستئناف مرافعة.

والأصل أن المستأنف هو الذي يختار نوع استئنافه فله أن يقصره على التدقيق فقط، غير أن هناك بعد الأحكام التي لا يجوز استئنافها إلا تدقيقاً، بمعنى ألا خيار للمحكوم ضده بشأنها، فإما أن يستأنفها تدقيقاً أو يرضى بالحكم على حاله، كما أنه في الفرض الذي يختار فيه المستأنف التدقيق دون المرافعة فإن الأمر يتوقف على

¹ تنص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية في المادة ٨/٥٧ على أنه: "إذا صدر حكم غيابي على من لم يعرف له مكان إقامة عام أو مختار فيرفع الحكم إلى محكمة الاستئناف مباشرة لتدقيقه دون تبليغ المحكوم عليه به"، وفي المادة ١/١٨٠ على أن: "يكون تبليغ ورثة المعارض أو من يمثل من قام به المعارض حسب إجراءات التبليغ المذكورة في هذا النظام، فإذا تعذر التبليغ فيرفع الحكم لمحكمة الاستئناف لتدقيقه".

ما يراه خصمه، الذي يحق له طلب المرافعة بدلاً من التدقيق، بل إن المحكمة نفسها لها أن تقرر نظر الاستئناف مرافعة بدلاً من الاكتفاء بتدقيقه تحقيقاً للعدالة الإجرائية، ولو لم يطلب أي من الخصوم ذلك^١.

وعموماً تنتهي محكمة الاستئناف -سواء في الاستئناف مرافعة أو تدقيقاً- إما إلى تأييد الحكم أو تعديله جزئياً أو إلغائه وإصدار حكم آخر أو إبداء ملاحظاتها عليه

^١ ينص نظام المرافعات في المادة ١٨٥ على أن: "٢- يحدد المجلس الأعلى للقضاء الأحكام التي يكتفى بتدقيقها من محكمة الاستئناف"، وأن "٣- للمحكوم عليه بحكم قابل للاستئناف أن يطلب -خلال المدة المقررة نظاماً للاعتراض- الاكتفاء بطلب التدقيق من محكمة الاستئناف دون الترافع أمامها، ما لم يطلب الطرف الآخر الاستئناف، وفي جميع الأحوال يجوز لمحكمة الاستئناف نظر الدعوى مرافعة إذا رأت ذلك"، وأنه "٤- إذا كان المحكوم عليه ناظر وقف، أو وصياً، أو ولياً، أو ممثل جهة حكومية ونحوه، ولم يطلب الاستئناف، أو طلب الاستئناف أو التدقيق ولم يقدم مذكرة الاعتراض خلال المدة المقررة نظاماً، أو كان المحكوم عليه غائباً وتعذر تبليغه بالحكم فعلى المحكمة أن ترفع الحكم إلى محكمة الاستئناف لتدقيقه، مهما كان موضوع الحكم".

كما تنص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية في المادة ١٨٨ على أنه: "٣- إذا لم يبين المعارض في مذكرته الاعتراضية نوع طلب الاستئناف من حيث كونه مرافعة أو تدقيقاً، فتتطره محكمة الاستئناف مرافعة. ٤- إذا طلب المعارض في مذكرته الاعتراضية أحد نوعي الاستئناف -مرافعة أو تدقيقاً- فله أن يرجع إلى النوع الآخر وذلك خلال المدة المحددة للاعتراض".

وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النظام في المادة ٤/١٩٠ على أنه: "إذا طلب المعارض تدقيق الحكم ورأت محكمة الاستئناف النظر فيه مرافعة فتحدد موعداً لنظرها وتبلغ الخصوم بذلك وفق إجراءات التبليغ المعتادة فإذا تبلغ المعارض ولم يحضر سقط حقه في الاستئناف والتدقيق ويدون ذلك في الضبط".

وإعادته للمحكمة التي أصدرته لإعادة النظر فيه في ضوء هذه الملاحظات،
والمحدد لما تنتهي إليه محكمة الاستئناف هو مدى صلاحية الدعوى للحكم فيها،
ومقدار العيب الذي انتاب الحكم وما إذا كان بسيطاً أو جوهرياً وفق ما تراه^١.

^١ ينص نظام المرافعات الشرعية في المادة ١٩٠ منه على أن: "١- تحدد محكمة الاستئناف جلسة للنظر في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق إذا رأت النظر فيه مرافعة، فإن لم يحضر المستأنف أو من طلب التدقيق بعد إبلاغه بموعد الجلسة، ومضى ستون يوماً ولم يطلب السير في الدعوى، أو لم يحضر بعد السير فيها، فتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بسقوط حقه في الاستئناف أو التدقيق... ٢- تنظر محكمة الاستئناف في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق استناداً إلى ما في الملف من الأوراق وما يقدمه الخصوم إليها من دفع أو بيانات جديدة لتأييد أسباب اعتراضهم المقدم في المذكرة، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق -إذا رأت النظر فيه مرافعة- بتأييد الحكم أو نقضه كلياً أو جزئياً وتحكم فيما نقض".

وتنص المادة ١٩١ من ذات النظام على أنه: "إذا وجدت محكمة الاستئناف أن منطوق الحكم في القضايا التي يتم تدقيقها دون مرافعة موافقاً من حيث نتيجته لأصوله الشرعية، أيده مع التوجيه بما قد يكون لها من ملحوظات لا تقتضي نقض الحكم، وإذا نقضت الحكم كلياً أو جزئياً، فعليها أن تحكم فيما نقض بعد سماع أقوال الخصوم".

وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النص على أنه: "٢- إذا وجدت محكمة الاستئناف على الحكم المدقق ملحوظات قد تقتضي بنقضه ولا تستوجب حضور الخصوم ولا غيرهم فلها استيفاؤها دون مرافعة... ٤- إذا حكمت محكمة الاستئناف بنقض الحكم المدقق جزئياً وأيدت الباقي فتصدر قراراً بذلك، وبهمش بمضمونه على صك حكم محكمة الدرجة الأولى وضبطه وسجله، ثم تنتظر فيما نقض وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

وخلص الأمر فإن تبني الاستئناف تدقيقاً في نظام المرافعات الشرعية السعودي يعد تعطيلاً لمبدأ التقاضي على درجتين في حدود تبني هذا النوع من الاستئناف.

المطلب الثالث

أثر استنفاد الولاية التحكيمية

أثير عملاً التساؤل عن أثر بطلان حكم التحكيم من حيث مدى وجوب فصل المحكمة التي ألغته في موضوع النزاع، إذ لم تتضمن نصوص التحكيم إجابة لهذا التساؤل رغم أهميته وخطورته، بل وكثرة تصوره في الواقع العملي.

وفي محاولة لتحديد جوهر التساؤل محل البحث فإن هناك فروض محسومة لا تثير أي خلاف، تتمثل في:

الفرض الأول وجود اتفاق صريح بين الأطراف

الاتفاق دستور التحكيم؛ ولا شك أن للأطراف الاتفاق على عرض النزاع مرة أخرى على التحكيم، سواء جاء هذا الاتفاق قبل البدء في إجراءات التحكيم الأولى أو بعد انتهائها دون الوصول إلى حكم، أو دون الوصول إلى حكم مرضٍ لهما، أو بعد إبطال القضاء لحكم التحكيم، فقد يتضمن اتفاق التحكيم صراحة أنه إذا لم يصدر حكم هيئة التحكيم خلال مهلة التحكيم المحددة، أو إذا انتهت الإجراءات دون حكم، أو حال التوصل لحكم غير مرضٍ لهما، أو إذا ما تم إبطال حكم التحكيم بعد

صدوره، أن يتم تشكيل هيئة تحكيم جديدة لنظر ذات النزاع، ولا شك أن هذا الاتفاق نافذ وملزم إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة¹.

وبذات المنطق إذا تضمن اتفاق التحكيم عرض النزاع على القضاء وإغلاق طريق التحكيم حال تحقق أي من الفروض المذكورة.

وهذا الفرض باحتماليه لا يثير جدلاً أو نقاشاً أو أية إشكالات عملية، بل وعلى العكس من ذلك يأتي حاسماً لفكرة ولاية الفصل في موضوع النزاع بتأكيد سلب هذه الولاية من القضاء بصورة نهائية ومنحها للتحكيم، أو تقييد ولاية التحكيم وحظر تكرار عرض النزاع على التحكيم.

الفرض الثاني وجود اتفاق ضمني بين الأطراف

يتحقق هذا الفرض إذا ما توجه أحد الأطراف إلى القضاء وتبعه الطرف الآخر ولم يتمسك بالتحكيم، إذ سيتولى القضاء نظر الدعوى والحكم فيها، ولو وجد اتفاق تحكيم؛ ذلك أن حجب القضاء عن نظر الدعوى يستلزم التمسك أمامه بالتحكيم، كما يدخل في هذا الفرض حالة ما إذا تقدم أحد الأطراف إلى الآخر مطالباً له اختيار محكماً عنه للبدء في إجراءات التحكيم من جديد، فاستجاب هذا الأخير

¹ رضا السيد عبدالحמיד، مسائل في التحكيم، مد أثر بطلان حكم التحكيم على اتفاق التحكيم، نظرية استهلاك اتفاق التحكيم، ط ٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م، ص ١٧٣، عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ص ٣٨٤.

وبدأت الإجراءات، ذلك أن هذا الفرض يتضمن اتفاقاً ولو ضمناً على عرض النزاع على التحكيم أو على أقل تقدير تجديد اتفاق التحكيم الأول بذات شروطه.

الفرض الثالث بطلان اتفاق التحكيم "شرطاً أو مشاركة"

مما لا خلاف فيه إذا تقرر بطلان اتفاق التحكيم مع عدم وجود اتفاق جديد بين الأطراف على عرض النزاع على التحكيم فلا نقاش حول انتفاء ولاية التحكيم وثبوت ولاية الفصل في النزاع للقضاء، كون التحكيم بديلاً عن القضاء لا يلجأ إليه إلا باتفاق قاطع الدلالة على الرغبة المتحققة بين الأطراف على حسم النزاع تحكيمياً بدلاً من حسمه قضاءً¹.

كما أنه مما لا نقاش فيه أن المحكمة التي تنتظر دعوى بطلان حكم التحكيم لا تملك سلطة نظر الموضوع إذا ما انتهت إلى بطلان الحكم، أولاً احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين كونها محكمة درجة ثانية والنزاع لم يفصل فيه قضاءً من محكمة الدرجة الأولى، وثانياً لأن تصدي محكمة الاستئناف لموضوع الدعوى يكون

¹ فالتحكيم طريق بديل لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، وركيزته اتفاق الأطراف عليه، راجع في تأكيد هذا المعنى أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ١٣٩٤، س٨٦ق، جلسة ٢٠١٧/٦/١٣م، و٤٢٧٨، س٧٨ق، جلسة ٢٠١٧/٥/٢٥م، و١٧٥١٨، س٧٦ق، جلسة ٢٠١٧/٣/٢٨م.

عقب مباشرة طريق طعن يبيحه القانون، بيد أن دعوى البطلان ليست طريقاً للطعن^١.

أما الاحتمال الأكثر تصوراً من الناحية العملية، والذي يثير التساؤل عن مدى جواز السير في إجراءات التحكيم برغبة طرف تعويلاً على استمرار اتفاق التحكيم الأول وعدم استنفاده رغم رفض الطرف الآخر الصريح العودة لمحاولة حسم النزاع تحكيمياً من جديد، فهو محل البحث والدراسة الدراسة على النحو التالي:

في الإجابة على هذا التساؤل تعددت الآراء الفقهية، كما تباينت الأحكام القضائية على النحو التالي:

^١ أكدت محكمة النقض هذا المعنى في كثير من المناسبات، منها ما قرره من أن: "دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعناً عليه فهي لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع بل لمراقبة صحة تطبيق وتوافر أعمال القانون المنطبق". (حكمها في الطعن رقم ١٣٢٦٢، س٨٦ق، جلسة ٢٥/١١/٢٠١٨م).

الفرع الأول

موقف الفقه من أثر استنفاد ولاية المُحكّم

لم تتفق كلمة الفقهاء وشراح التحكيم حول أثر فشل خصومة التحكيم الأولى في حسم النزاع محل التحكيم، سواء ببطلان حكم التحكيم، أو انقضاء الإجراءات دون حكم، وما إذا كان ذلك لا يمنع إعادة طرح ذات النزاع على التحكيم بإرادة المحكّم رغم رفض المحكّم ضده، أو أن أثر ذلك استرداد ولاية القضاء وتبدد كل احتمال لحسم النزاع تحكيمياً، ونستطيع التمييز بين ثلاثة تصورات فقهية في هذا الخصوص على النحو التالي:

الغصن الأول

التمييز بين شرط ومشاركة التحكيم

ذهب أنصار هذا الرأي إلى التمييز بين شرط ومشاركة التحكيم، فأجاز الرجوع إلى التحكيم في الشرط دون المشاركة، بمعنى أنه إذا كان اللجوء إلى التحكيم أول مرة تم بناء على شرط تحكيم فيجوز معاودة الرجوع إلى التحكيم ثانية لحسم النزاع استناداً على هذا الشرط، أما إذا كان اللجوء إلى التحكيم تم بناء على مشاركة تحكيم فلا يمكن معاودة الرجوع للتحكيم إلا باتفاق جديد وفق القواعد المقررة في هذا الخصوص^١.

وأساس المغايرة في الحكم بين شرط التحكيم ومشارطته وفق هذا الرأي أن شرط التحكيم يتم الاتفاق عليه قبل حدوث أي نزاع، ويتضمن حسم ما قد ينشأ بين الأطراف من نزاع محتمل من خلال التحكيم، فهو لا ينطوي على تحديد لنزاع

^١ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٨٥، سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٧٥، حسني المصري، شرط التحكيم التجاري، مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي، القانون الدولي، العريش، ١٩٨٧، ص ١٥٨، سامي محسن حسين السري، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٩٨.

معين يحسم بطريق التحكيم على خلاف مشاركة التحكيم إذ تتضمن تحديداً
تفصيلياً للنزاع وإلا كانت باطلة^١.

فشرط التحكيم يتضمن قبولاً لمبدأ التحكيم من الطرفين في شأن منازعات محتملة
مستقبلاً وغير محددة، في حين أن مشاركة التحكيم تنطوي على قبول مبدأ التحكيم
بين الطرفين في شأن نزاع محدد بعينه وقائم بالفعل؛ فإذا ما أبطل حكم التحكيم أو
انتهت مهلة التحكيم دون حكم بالنسبة لشرط التحكيم فلا يؤدي ذلك إلى استرداد
قضاء الدولة لولايته، إذ يظل ممنوعاً من سماع الدعوى طالما بقى شرط التحكيم
قائماً وقابلاً للتطبيق بالنسبة لما قد يطرأ بين الطرفين من منازعات أخرى، والأمر
على خلاف ذلك بالنسبة لمشاركة التحكيم، إذ إنها تنصب على نزاع محدد بعينه
وقائم بالفعل؛ ومن ثم فإن انقضاء ميعاد التحكيم دون إصدار الحكم المنهي

^١ أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، ١٩٩٣، ص ٢٢، سامي
محسن حسين السري، القواعد الإجرائية، ص ٩٨، ناريمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة
العربية، ١٩٩٦، ص ٤٥.

وهو ما يستفاد من حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٥٨٣، س ٤٦ق، بجلسة
١٩٧٩/٣/٥م.

للخصومة أو بطلان الحكم بعد صدوره يعني انقضاء مبدأ التحكيم الذي تم الاتفاق عليه؛ ويفتح باب القضاء من جديد باعتباره القاضي الطبيعي^١.

فشرط التحكيم -على عكس مشاركة التحكيم- يمكن تفعيله للمرة الثانية حال بطلان حكم التحكيم نتيجة لاستنفاد هيئة التحكيم لولايتها بانقضاء ميعاد التحكيم أو المدة المحددة لإصدار الحكم المنهي لخصومة التحكيم.

^١ عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ص ٣٨٣، مصطفى الجمال وعبدالعال عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج ١، ١٩٩٨، ص ٦٨١.

الفصل الثاني استهلاك اتفاق التحكيم

ذهب أنصار هذا الرأي إلى استهلاك اتفاق التحكيم بانتهاء مهلة التحكيم دون حكم، أو ببطلان حكم التحكيم، لا فارق في ذلك بين شرط التحكيم ومشاركة؛ بحيث لا يمكن العودة إلى التحكيم لحسم ذات النزاع مرة أخرى؛ ويتم عرض النزاع على القضاء لحسمه وفق القواعد العامة المقررة في هذا الخصوص^١.

ويؤسس أنصار هذا الرأي تصورهم على سند من أن اتفاق التحكيم يعتبر عقداً محدد المدة يستهلك زمنياً بانقضاء مدته "مهلة التحكيم"، أو بتحقيق هدفه "صدور حكم فاصل في النزاع"، فاتفاق التحكيم "يعد عقداً زمنياً يظل سارياً ومنتجاً لآثاره طوال المدة المحددة له قانوناً أو اتفاقاً ويتوقف عن إنتاج تلك الآثار بانتهاء مدته، ويسقط إذا لم يستعمل خلال تلك المدة"^٢.

فاتفاق التحكيم وفق منطق هذا الرأي عقد محدد المدة بحكم القانون، الذي قرر له مدة إذا لم يتفق الطرفين على مدة محددة، كما ناقش فروض تمديد هذه المدة إذا

^١ رضا السيد عبدالحميد، مسائل في التحكيم، ص ١٧٣.

^٢ مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٢٣٥.

اقتضت الظروف ذلك^١، وأخيراً قرر سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته؛ وعلى ذلك فإنه لا يجوز في جميع الأحوال أن يكون اتفاق التحكيم غير محدد المدة^٢.

ولا ينال من هذا الرأي جواز تمديد مهلة التحكيم إلى مدد لا حد لها، ذلك أن تحديد مدة إصدار الحكم لا يتعلق بقاعدة أمر، بيد أن فكرة الزمنة ملازمة لاتفاق التحكيم، وهو ممكن اعتبار العقد من العقود الزمنية^٣.

^١ نص المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصري، والمادة ٤٠ من نظام التحكيم السعودي.

^٢ تنص المادة ١/٥٣ من قانون التحكيم المصري، على أن: "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:- أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته"، وهو ما قرره المادة ١/٥٠ من نظام التحكيم السعودي.

^٣ أكدت محكمة النقض عدم تعلق تحديد مهلة التحكيم بالنظام العام، حيث قضت بصدد موقف المشرع من تحديد مهلة التحكيم بأن: "أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهى للخصومة متروك لإرادة الأطراف، وبذلك يكون قد نفى عن الميعاد اللازم لإصدار هذا الحكم وصف القاعدة الإجرائية الأمرة، فتضحى تبعاً لذلك القواعد الوارد ذكرها في المادة (٢٤) من قواعد التحكيم بغرفة التجارة الدولية I.C.C بباريس سألقة البيان -والتي تقابلها المادة (٣٠) من قواعد غرفة التجارة الدولية الحالية- هي الواجبة الأعمال على إجراءات الدعوى التحكيمية محل التنازع والتي بمقتضاها تمنح هيئة التحكيم سلطة تقدير المدة اللازمة لإصدار حكمها فيها وفقاً لظروف كل دعوى والطلبات فيها، كما أجازت للمحكمة تمديد أجل التحكيم بناء على طلب مسبب من هيئة التحكيم أو من تلقاء نفسها إذا قررت أن ذلك ضرورياً". (حكمها في الطعن رقم ١٤٩١، س٨٣، جلسة ٢٤/١٢/٢٠١٥م)، وهو ما أكدته في حكمها في الطعن أرقام ١٣٩٤، س٨٦، جلسة ١٣/٦/٢٠١٧م، و١٧٥١٨، س٧٦، جلسة ٢٨/٣/٢٠١٧م.

الغصن الثالث

التعويل على مهلة التحكيم

توسط هذا الرأي بين الرأيين السابقين، فعول على مهلة التحكيم، فإذا ما استهلكت هذه المهلة بالكامل فلا يمكن العودة من جديد إلى التحكيم لحسم ذات النزاع، ولا مناص من اللجوء إلى القضاء، أما إذا كانت هناك مدة متبقية من هذه المهلة جاز العودة إلى التحكيم مرة أخرى، إما بتراضي الطرفين أو بلجوء أحدهما للمحكمة المختصة بالمساعدة لتشكيل هيئة تحكيم جديدة تفصل في النزاع، مع جواز مد مهلة التحكيم باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة المختصة وفق القواعد المقررة في هذا الخصوص^١.

١ راجع في عرض هذا الرأي رضا السيد عبدالحميد، مسائل في التحكيم، ص ٤٠. وتنص المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم المصري على أنه: "في جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك"، وهو ما قرره نظام التحكيم السعودي في المادة ٢/٤٠.

الفرع الثاني موقف القضاء

باستقراء التطبيق القضائي في خصوص الإشكالية محل الدراسة نستطيع التمييز
بين توجهين على النحو التالي:

الغصن الأول

التوجه الأول استهلاك اتفاق التحكيم

قرر هذا التوجه استهلاك اتفاق التحكيم بمجرد صدور حكم من هيئة التحكيم منه للإجراءات، سواء كان حكماً موضوعياً أو إجرائياً، وسواء تعلق الأمر بشرط تحكيم أو بمشارطة تحكيم.

ففي إحدى القضايا وبعد صدور حكم قضائي ببطلان حكم التحكيم قام أحد الخصوم برفع دعوى أمام القضاء للفصل في النزاع السابق عرضه على التحكيم، فدفع الخصم الآخر بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق تحكيم، إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع مقررّة أن: "هيئة التحكيم قد استنفدت ولايتها بموجب الحكم الصادر فيها والذي قضي ببطلانه، وكان المشرع قد تغيى من إجازة سلب اختصاص القضاء العادي واللجوء الى التحكيم، حكمة التيسير على المتعاقدين وتفاذي طول الإجراءات وسرعة الفصل مع الأخذ في الاعتبار ما يتفق عليه المتعاقدين وهو ما أفصح عنه تحديد ميعاد أقصاه اثني عشر شهراً لإنهاء إجراءات التحكيم في حالة غياب اتفاق المتعاقدين على تحديده ... ولما كانت إرادة المتعاقدين طرفي التداعي في الدعوى الماثلة لم تتجه إلى الإشارة نحو امتداد التحكيم مرة أخرى بعبارة صريحة وأن الشركة المدعى عليها فضلاً عن نزولها عن الرخصة المخولة لها بنص المادة ٢/٤٥ من قانون التحكيم في حق التقدم بطلب للمحكمة بتحديد ميعاد إضافي لإصدار حكم التحكيم اكتفاءً بإنذار الشركة المدعية على غير مقتضى

النص، فإنها لم تنهض الدليل على وجود اتفاق لاحق على امتداد التحكيم واللجوء إليه مرة أخرى صريحاً كان أم ضمناً، ومن ثم فإن القول باللجوء إلى التحكيم مرة أخرى لا يعدو أن يكون إهدار لرغبة المشرع في سعيه الحثيث نحو تقادي طول الإجراءات للوصول إلى الفصل في المنازعة على الوجه الصحيح في أسرع وقت، فضلاً عن إفساح الطريق للعبث بمصالح ومقدرات الخصوم في ظل تصور تكرار اللجوء إلى التحكيم إلى ما لا نهاية، وهو ما يعد افتتاتاً على حق الشركة المدعية في اللجوء إلى قاضيتها الطبيعي^١.

^١ حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في الدعوى رقم ١١٧٨ لسنة ٢٠٠٢، الدائرة ١٤ تجاري، بجلسة ٢٨/١٠/٢٠٠٣، وراجع في التعليق على هذا الحكم رضا السيد عبدالحميد، مسائل في التحكيم، ص ٤٢.

الفصل الثاني

التوجه الثاني بقاء اتفاق التحكيم

أكدت محكمة النقض بصورة قاطعة استمرار اتفاق التحكيم شرطاً أو مشاركة بعد انتهاء الإجراءات دون حسم موضوع النزاع التحكيمي بسبب بطلان حكم التحكيم، متى كان الاتفاق في ذاته صحيحاً ولم يشمل بطلان حكم التحكيم؛ بما يستتبع اللجوء إلى التحكيم ثانية لحسم النزاع بطريق التحكيم من خلال تشكيل هيئة تحكيم جديدة وفق الإجراءات المقررة في تشكيل هيئة التحكيم الأولى.

فقد تمسكت الطاعنة بأن: "شرط التحكيم الوارد في العقد المؤرخ ٢٣ من ديسمبر سنة ١٩٩٦ تم نسخه بموجب مشاركة التحكيم التي تضمنها محضر جلسة ٢٢ من فبراير سنة ١٩٩٩ في التحكيم رقم ١٢٤ لسنة ١٩٩٩ بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بين طرفي النزاع والتي استنفدت كافة آثارها بانتهائه وصدور حكم هيئة التحكيم في موضوعه، ومن ثم فلا يصلح الاستناد إلى شرط التحكيم الوارد بالعقد في إقامة التحكيم الجديد رقم ... لسنة ... -موضوع التداعي- وإجبارها على قبول الدخول فيه قسراً عنها رغم عدم وجود اتفاق تحكيم ساري المفعول يمكن الاستناد إليه، سيما وقد صدر الحكم رقم ... لسنة ... ق القاهرة ببطلان حكم التحكيم السابق وتضمنت أسبابه انقضاء مشاركة التحكيم الواردة في العقد، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض دعوى بطلان حكم التحكيم تأسيساً على أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستمراً على استبعاد اللجوء إلى

القضاء لحل النزاع ويجوز إعادة استخدامه بعد إبطال حكم التحكيم إذا لم يكن حكم البطلان مؤسساً على بطلان اتفاق التحكيم، وهو ما لا يصلح ردّاً على دفاع الطاعنة سالف البيان".

فردت محكمة النقض هذا الاعتراض مقررة أن: "التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، وإذا كان اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع المعروض عليها يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناءً سلب ولاية جهات القضاء إلا أن التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، فإرادة المتعاقدين هي التي توجه التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها، وأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم نصوص مشاركة التحكيم وتعرف ما قصد منها دون التقيد بألفاظها بحسب ما تراه أوفى نية أصحاب الشأن مستهدية في ذلك بوقائع الدعوى وظروفها ولا رقابة عليها في ذلك ما دامت قد بينت الاعتبارات المقبولة التي دعته إلى الأخذ بما ثبت لديها والعدول عما سواه، وإذا قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم فإنه يترتب على ذلك زواله كله أو جزء منه بحسب ما إذا كان البطلان كلياً أو جزئياً ويزول كل ما ترتب على حكم التحكيم أو على الجزء الذي أبطل منه من آثار وتنتهي الخصومة أمامها،

ويبقى للاتفاق على التحكيم أثره بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم، فلا يوجد ما يمنع الطرفين من إبرام مشاركة تحكيم جديدة بالنسبة لنفس النزاع، وإذا لم تعقد هذه المشاركة وكان الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم لم يعرض لمسألة وجود أو صحة أو نفاذ أو بطلان اتفاق التحكيم فإن هذا الحكم لا يؤثر على في اتفاق التحكيم ويكون لكل ذي مصلحة بعد صدور حكم البطلان اللجوء إلى التحكيم نفاذاً لهذا الاتفاق، أما إذا كان هذا الحكم قد تعرض لمسألة صحة أو بطلان اتفاق التحكيم ففوضى ببطلان حكم التحكيم استناداً إلى بطلان الاتفاق شرطاً أو مشاركة أو إلى سقوطه أو عدم نفاذه -سواء كان قضاؤها بذلك صريحاً أو ضمناً- فإن الحكم ببطلان حكم التحكيم يمنع الالتجاء إلى التحكيم ويجب على ذي المصلحة إن أراد المطالبة بحقه أن يلجأ إلى المحكمة، ما لم يبرم الطرفان اتفاق تحكيم جديد، أما في حالة ما إذا كان هناك شرط تحكيم وأبرمت بعده مشاركة تحكيم وحكم ببطلان المشاركة وبالتبعية ببطلان حكم التحكيم الذي صدر استناداً إليها، فإن هذا الحكم لا يبطل شرط التحكيم السابق عليها، فيبقى لهذا الشرط أثره في الالتزام الطرفين باللجوء إلى التحكيم، لما كان ذلك ... وأصدرت هيئة التحكيم حكمها والذي قصي ببطلانه بالحكم الصادر في الدعوى رقم ... لسنة ... ق القاهرة تأسيساً على أن هيئة التحكيم فصلت في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف ولم تنقيد بتطبيق أحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان، ولم يتعرض حكم البطلان إلى صحة أو بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد أو مشاركة

التحكيم المنفق عليها في محضر جلسة التحكيم، فإن هذا الحكم لا يبطل شرط التحكيم الوارد في البند التاسع من العقد ويظل لهذا الشرط أثره في التزام الطرفين بالالتجاء إلى التحكيم لحسم المنازعات المتعلقة بهذا العقد، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فإن النعي عليه يكون على غير أساس^١.

^١ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٧٥١٨، س٧٦ق، جلسة ٢٨ مارس ٢٠١٧م.

خاتمة الدراسة

أولاً ملخص الدراسة

يستند متولي الفصل في موضوع الدعوى ولايته سواء كان قاضياً أو محكماً باستفراغ جهده بما لا يبقى معه مزيد جهد، بما يحول دون إعادة النظر فيما فصل فيه، وإن كان هذا الاستنفاد لا يحول دون استكمال الشكل اللازم للقرار الصادر صحيحاً أو تفسيراً، كما أنه لا يحول دون الفصل فيما اغفل الفصل فيه كونه لم يبذل جهداً حتى يقال باستفراغه، وتجد فكرة استنفاد الولاية أساساً لها في وظيفة الفصل في الخصومات "قضاءً أو تحكيمياً".

ورغم استقرار هذه الفكرة في جميع النظم القانونية المعاصرة، بيد أن النظام السعودي اتسم بخصوصية ملحوظة انطوت على تعطيل هذه الفكرية أحياناً وتقليص نطاقها أحياناً أخرى، وهو ما يجد مبرراً له في خصوصية جوهر النظام السعودي في ذاته، تبعاً لخصوصية المجتمع السعودي الذي يأتي التنظيم القانوني انعكاساً له، وهو ما يبرر -رغم وحدة النظام القانوني- استقرار فكرة استنفاد الولاية في مجال التحكيم عنه في مجال القضاء.

إن خصوصية استنفاد الولاية لا تتم دائماً عن مسلك غير محمود إذ إنها تعمل في نطاق كبير على مساعدة العضو القضائي في أداء وظيفته بصورة أضبط وأيسر

وأسرع في الوقت ذاته، كما أن هذه الخصوصية لها ما يبررها عملاً في كثير من الظروف نظراً لاختلاف البيئة القضائية في المملكة عنها في باقي دول العالم.

وبالرغم من كونهما وسيلتين معتمدتين ومتوازيتين لحسم الخصومات إلا أن استفاد الولاية في المجال القضائي تختلف عنها في مجال التحكيم سواء من حيث الساس القانوني، أو النطاق، أو الأثر المترتب على تحقق فكرة الاستنفاد، ولعل أبرز أوجه الاختلاف استمرارية مرفق القضاء بخلاف التحكيم؛ بما يؤدي إلى استمرار ولاية القضاء حال استئناف نظر النزاع أو تجدده بخلاف التحكيم الذي نشب الخلاف بشأن مدى استمراره ونطاق استهلاك اتفاق التحكيم بما يعيد الولاية للعضو القضائي كونه القاضي الطبيعي لكل المتقاضين.

إن نظرة تحليلية لواقع العمل القضائي والتحكيمي في كلا النظامين المصري والسعودي لينتج عنها العديد من التوصيات التي تسهم حال تفعيلها في تحقيق تقدم نوعي في مجال حسم المنازعات، سواء على الصعيد القضائي أو التحكيمي، وهو ما خلصنا إليه في توصيات هذه الدراسة.

ثانياً أبرز نتائج الدراسة

١- حجية الحكم القضائي تعد مركزاً إجرائياً ينشأ عن القرار القضائي، يفرض بموجبه القانون على القاضي والخصوم احترامه، كوسيلة للعمل القضائي أساسها

تحقيق وظيفة هذا العمل من تحقيق اليقين القانوني للحقوق والمراكز تأكيداً لهيئة الدولة وسيادة القانون واستقرار الحقوق والمراكز القانونية.

بيد إن حجية حكم التحكيم تتأسس على الاتفاق وتدور في فلكه، فلا تتعلق بالنظام العام، ولا تقيد هيئة التحكيم ولا الخصوم إلا في حدود هذا الاتفاق.

٢- تتميز الحجية عن استنفاد الولاية في مضمونها ونطاقها، فالحجية تنحصر على القضاء الموضوعي بيد أن استنفاد الولاية ينصرف إلى كل قرار قطعي بغض النظر عما إذا تعلق بالموضوع أو الإجراء، فالاستنفاد أوسع نطاقاً من الحجية.

٣- إذا تعلق الاستنفاد بمسألة إجرائية تم الفصل فيها استقلالاً فلا استنفاد لسلطة العضو القضائي في الموضوع؛ وعليه إذ تم إلغاء هذا القرار من محكمة الطعن إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لنتظر الموضع وتقل فيه كلمتها، أما إذا تضمن القرار القضائي فصلاً في مسألة إجرائية مع الموضوع فيستنفد ولاية العضو القضائي في خصوص الموضوع.

٤- إذا كان الربط بين فكري الحجية والاستنفاد غير حتمي فليس كل قرار يستنفد الولاية يرتب الحجية، فإن الربط بين فكري الاستنفاد والقطعية حتمي، فكل قرار قطعي يستنفد ولاية مُصَدِرِهِ وكل قرار غير قطعي لا يستنفد ولاية مُصَدِرِهِ.

٥- تبدو وفقاً لما نؤيده وظيفة القضاء في إزالة عوارض النظام القانوني، بيد أن وظيفة التحكيم تبدو في تلبية متطلبات الإرادة الخاصة للأطراف، وتدور في فلكها وتتقيد بقيودها.

٦- لا يتعارض مع فكرة استنفاد الولاية مراجعة الحكم بغير طريق الطعن سواء من خلال تصحيحه أو تفسيره أو استكمال ما أُغفلَ الفصل فيه، كما لا يتعارض معها الطعن على الحكم أمام نفس المحكمة التي أصدرته، كما هو الحال في المعارضة والتماس إعادة النظر، كون المحكمة في جميع هذه الفروض لم تستفرغ جهدها بعد.

٧- تتمتع فكرة استنفاد الولاية في التحكيم بخصوصية عما هو مقرر أمام القضاء، وهذه الخصوصية تتأسس على اختلاف وظيفة التحكيم في النظام القانوني عن وظيفة القضاء، وهو ما ينطلق من تمايز فلسفة التحكيم عن فلسفة القضاء؛ بما يستتبعه ذلك من وجود محددات لولاية هيئة التحكيم لا وجود لها في خصوص الولاية القضائية.

٨- يلاحظ في واقع القضاء السعودي تعطيل التطبيق الكامل لمبدأ التقاضي على درجتين، ذلك أن واقع العمل القضائي لدور محكمة الاستئناف يقتصر على إبداء الملاحظات على حكم محكمة أول درجة؛ ومن ثم إعادة القضية مرة أخرى لهذه الأخيرة كي تعدل الحكم في ضوءها، وكان هذا المبدأ يقنضي أن تعيد محكمة الاستئناف نظر ذات الموضوع مرة أخرى، وتفتح باب الترافع، وتقبل أدلة الإثبات

الجديدة، وتعيد تحقيق الموضوع كاملاً ثم تنتهي إلى حكم في الموضوع بتأييد أو تعديل أو إلغاء الحكم المستأنف، بما يجنب تعطيل الفصل في الدعوى، وتشتيت الخصوم، إذ قد يتم الطعن بالاستئناف على الحكم الواحد أكثر من خمس مرات، مع انتفاء كل مبرر لإعادة القضية لنفس القاضي الذي سبق أن أصر أكثر من مرة على قضائه وعدم الامتثال لملاحظات محكمة الاستئناف.

٩- يتولد عن أعمال فكرة استنفاد الولاية معالجة عملية لتكدس القضايا أمام المحاكم، فالقضية الواحدة تنتظر عدة مرات أمام كل من محكمة أول درجة وكذا محكمة الاستئناف، ولو تم أعمال فكرة استنفاد الولاية لنظرت مرة واحدة فقط أمام كل محكمة منهما.

١٠- خرج النظام القضائي السعودي على فكرة الأثر الناقل للاستئناف من زاويتها، فلم يقرر تخلي محكمة الدرجة الأولى كلياً ونهائياً عن النزاع، إذ لا تستنفد ولايتها بصدور حكمها الفاصل، فتعاود نظره بأكثر من صورة وتحت أكثر من مسمًاء، كما لا تلتزم محكمة الاستئناف بالفصل في موضوع الطعن، وإنما فقط تؤيد الحكم أو تبدي ملاحظاتها عليه وتعيده من ثم لنفس القاضي الذي أصدر الحكم.

١١- يثار على زوال إجراءات التحكيم دون حسم موضوع النزاع العديد من التساؤلات والاختلافات الفقهية والقضائية حول مدى استهلاك اتفاق التحكيم، وما إذا كان من الممكن اللجوء للتحكيم مرة ثانية للفصل في موضوع النزاع، وهو ما

مجال له في خصوص القضاء، كون ولاية القضاء مستمرة بخلاف ولاية التحكيم مؤقتة ومشروطة.

ثالثاً أهم توصيات الدراسة

١- ضرورة إلغاء النظام السعودي للاستئناف تدقيقاً كونه إخلال بمبدأ التقاضي على درجتين كدعامة أساسية للتنظيم القضائي المعاصر.

٢- ضرورة تفعيل النظام السعودي للأثر الناقل للاستئناف بما يستتبعه من آثار ونتائج تعمل على تعظيم دور محكمة الاستئناف، ووضع حد لتكرار نظر محكمة الدرجة الأولى لذات الموضوع أكثر من مرة.

٣- ضرورة تقديم الطعن في القانون المصري للمحكمة التي أصدرت الحكم، مع السماح لها بتعديله إذا تراءى لها منطقية أسباب الاعتراض، وهو ما يوفر على القضاء والمتقاضين مغبة ولوج خصومة الاستئناف.

٤- يتعين تضمين أنظمة التحكيم نصاً صريحاً يتضمن التأكيد على إعادة طرح ذات النزاع على التحكيم ولو لأكثر من مرة حتى يتم التوصل لحسم نهائي لموضوع النزاع متى بقي اتفاق التحكيم صحيحاً وقائماً مراعاة لمبدأ سلطان الإرادة، وإعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وما تتولد عنه شرعاً من قوله تعالى: "يا أيه الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، وقول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم".

٥- على المحكّمين تضمين الاتفاق على التحكيم بعدم استهلاكه إذا ما انتهت الإجراءات دون حسم موضوع النزاع، متى بقي الاتفاق صحيحاً حين أن يتم التعديل التشريعي الذي ننادي به، رفعاً لكل لغط أو اختلاف في الواقع العملي.

وهذه التوصيات تقتضي تعديل النصوص الآتية

١- تعديل قانون المرافعات المصري

تعديل نص المادة ٢٣٠ ليصبح: "١- يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى. ٢- يقيد قلم كتاب المحكمة الاستئناف في يوم إيداعه في السجل الخاص بذلك، ويحال فوراً إلى الدائرة التي أصدرت الحكم. ٣- بعد اطلاع الدائرة التي أصدرت الحكم المعارض عليه على مذكرة الاعتراض يجوز لها أن تعيد النظر في الحكم بالنظر إلى الوجوه التي بني عليها الاعتراض من غير مرافعة ما لم يظهر مقتض لها، وعليها أن تؤكد حكمها أو تعدله حسب ما يظهر لها، فإذا أكدت حكمها رفعته مع كامل ملف القضية وصحيفة الاعتراض إلى محكمة الاستئناف، أما إن عدلته فيبلغ الحكم المعدل للخصوم، وتسري عليه في هذه الحالة الإجراءات المعتادة".

٢- تعديل نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي على النحو التالي:

أ- حذف كلمة تدقيق من جميع نصوص نظام المرافعات وهي نصوص المواد أرقام ١٦٥، ١٧٩، ١٨٥، ١٨٧، ١٨٨، ١٩٠، ١٩١، ٢٢٥، وكذا حذف ذات المصطلح من اللائحة التنفيذية لهذا النظام أينما وردت وتحديداً من نصوص المواد أرقام ٥٧، ٧٠، ١٨٠، ١٨٨، ١٨٨، ١٩٠، ٢٢٣، ٢٢٥، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٥.

ب- تعديل نص المادة ١٧٦ ليصبح: "طرق الاعتراض على الأحكام هي المعارضة والاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر"، بزيادة طريق المعارضة تمثيلاً مع نص المادة ١/٦٠ من ذات النظام التي تنص على أن: "يكون للمحكوم عليه غيابياً -خلال المدد المقررة للاعتراض في هذا النظام- المعارضة على الحكم لدى المحكمة التي أصدرته من تاريخ إبلاغه أو وكيله بالحكم".

٣- تعديل قانون التحكيم المصري، ونظام التحكيم السعودي:

تضاف مادة برقم "١٤ مكرر" في قانون التحكيم المصري، وبرقم "١٢ مكرر" في نظام التحكيم السعودي نصها على النحو التالي: "يبقى اتفاق التحكيم سارياً متى لم يتم حسم النزاع المتفق على حسمه تحكيمياً ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

أهم المراجع

إبراهيم أحمد إبراهيم، بعض المشاكل العلمية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات قضايا التحكيم، مؤتمر مراكز التحكيم العربي الثاني ببيروت، ١٧/ ١٨ أيار ١٩٩٩م.

إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤م.

أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، ط٤، ١٩٨٣م.

* عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤م.

* نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط٦، ١٩٨٩م.

أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢م.

أحمد عوض هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦م.

أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.

حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وآثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثير قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر العربي، ١٩٩٦م.

رضا السيد عبدالحميد، مسائل في التحكيم، مد أثر بطلان حكم التحكيم على اتفاق التحكيم، نظرية استهلاك اتفاق التحكيم، ط٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.

سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م.

سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٥م.

طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩م.

عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٨م.

عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف، ١٩٩٨م.

عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣/٢٠٠٤م.

فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الناشر نادي القضاة بالقاهرة، ط١، ١٩٨٠م.

* قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٧م.

محمد سعيد عبدالرحمن، الحكم الشرطي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٩٨م.

محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م.

محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية المحكّمين في قوانين المرافعات، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن حقوق عين شمس، العدد ٢٦، يوليو ١٩٨٤م.

قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، ١٩٨٩م.

محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكّمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية، ط١.

نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في نظام المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٩م.

هدى عبد الرحمن، دور المُحَكِّم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة

العربية، ١٩٩٧م.

وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط٤، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.