الجديد فى عقد التحكيم واجراءاته

بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨

الاستاذ الدكتور احمد ابو الوفا

١ — مقدمة :

الجديد فى عقد التحكيم واجراءاته بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ليس بجديد علينا ، فقد كان هو ما انتهينا اليه من دراستنا السابقة للتحكيم (١).

ولعل أهم مستحدثات القانون الجديد فى باب التحكيم هو النص على وجوب تعيين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل (م ٥٠٢/٣ منه) ، والنص بالتالى على أن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف (م ٥١٠) .

وجاء فى المذكرة التفسيرية للقانون لتبرير ما تقدم «... ان الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته هى فى الأصل مبعث الاتفاق على التحكيم» .

وقلنا من قبل (٢) «حقيقة المقصود من التحكيم الاستغناء به عن الالتجاء إلى القضاء ، وكثيراً ما تكون الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته هى مبعث الاتفاق على التحكيم ، ومن هذا الاتفاق ينبثق الحكم . لهذا يكون من المغالاة فى التمسك بالشكليات ، بل نقول من المغالاة فى تحقيق ضمانات الخصوم أن يكون حكم المحكم قابلا للطعن . ومن الغريب أن يجيز المشرع التحكيم ، ثم يجيز استئناف حكم المحكم أمام المحاكم ، وتأخذ بعدئذ الاجراءات سبيلها إلى طبقات المحاكم المختلفة بينما تكون قد بدأت بالتحكيم بقصد تفادى السير فى هذه الاجراءات واختصارها» .

---

(١) انظر كتاب التحكيم بالقضاء وبالصلح للدكتور احمد أبو الوفا سنة ١٩٦٤ .

(٢) المرجع المتقدم رقم ١٢٥ ص ٣٠٥ وص ٣٠٦ .

وللأسباب المتقدمة نص القانون الجديد أيضاً على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدين باجراءات المرافعات عدا مانص عليه فى باب التحكيم[1]. (م٥٠٦/١).

وقلنا أيضاً من قبل (٢) (٣) « انه لما كانت المادة ٨٣٠ (من القانون السابق) تنص على أنه لا ينقضى التحكيم بموت أحد الخصوم إذا كان ورثته جميعاً راشدين وانما يمتد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوماً ، وكان هذا النص المنقول عن المادة ١٠١٣ من القانون الفرنسى محل نقد لانه يقرر امتداد الميعاد ثلاثين يوماً وقد لا تكفى هذه المدة لاصدار الحكم لأنه يتعين أولا تنظيم أمر التركة والفصل فى كل نزاع يتعلق بتحديد ورثة المتوفى وقد يطول أمد النزاع فى هذا الصدد ، كما أن هذا النص لم يتناول حالة فقد أهلية الخصوم فيكون من الأوفق النص على أن الخصومة تنقطع أمام المحكم لقيام سبب من أسباب انقطاعها المقررة فى القانون ، على أن يترتب على الانقطاع أثره المقرر قانوناً فى وقف المواعيد وبطلان الاجراءات التى تحدث أثناء الانقطاع لمصلحة من قام به سببه » .

وجاءت هذه العبارة المتقدمة بذاتها فى المذكرة التفسيرية للمادة ٥٠٤ من القانون الجديد التى تنص على أن « الخصومة أمام المحكم تنقطع إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة المقررة فى هذا القانون . ويترتب على هذا الانقطاع الآثار المقررة فى هذا القانون » .

وقلنا أيضاً انه يجب النص صراحة على أن تنفيذ الحكم يقف بقوة القانون بمجرد رفع الدعوى ببطلانه (٤) . وجاءت المادة ٥١٣/٣ من القانون الجديد تنص على أنه «يترتب على رفع الدعوى ببطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه ما لم تقض المحكمة باستمرار هذا التنفيذ» .

---

(١) المرجع السابق رقم ٨٨ .

(٢) المرجع السابق رقم ١٢٥ ص ٣٠٧ .

(٣) انظر فى موضوع التحكيم على درجة الخصوص

Alfred Bernard : L'arbitrage volontaire en droit privé 1937.

Van Lenep : Recueil de jurisprudence française et Belge en matière d'arbitrage.

Jean Robert : Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne 1937.

Le Balle : L'arbitrage (1945 — 1946).

(٤) رقم ١٢٥ ص ٣٠٦ من المرجع المتقدم .

وفيما يلى دراسة لما تقدم ، أو بعبارة أدق ، استكمال لدراسة سابقة فى ضوء النصوص المستحدثة . وليست هذه الدراسة هى الأولى للتحكيم بعد العمل بالقانون الجديد (١) ، فقد تقدم الزميل الدكتور ابراهيم نجيب سعد إلى جامعة باريس برسالة قيمة فى « حكم المحكم La sentence arbitrale » تناولت دراسة هذا الموضوع فى كل من القانون الفرنسى والمصرى السابق والجديد ، ونال بها الدكتوراه بتقدير «جيد جداً» (٢) .

ولقد سعى الدكتور ابراهيم نجيب سعد هو الآخر من جانبه إلى محاولة تنقية نظام التحكيم من الشوائب التى تعوق المقصود منه ، وانتهى فى رسالته إلى تأييد القانون الجديد فى بعض مما تقدم .

وبعبارة تفصيلية ، تناولت الرسالة — فى نطاق موضوعها وفى حدوده — التعريف بالتحكيم دون الاعتداد بالمبادىء التقليدية ومحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائى ، وإنما بالنظر إلى الهدف الذى يرمى اليه الخصوم من ولوجه وهو السعى إلى العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدى للعدالة أمام المحاكم . وبذلك ينتهى التحكيم إلى كونه أداة خاصة لتطبيق قواعد خاصة يتحقق من ورائها الهدف الذى يسعى الخصوم للوصول اليه . ومن هنا تبدو بوضوح الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم ، ويبدو بوضوح مدى تأثير العنصر التعاقدى (مشارطة التحكيم) على حكم المحكم . فالدعوى بطلب بطلان حكم المحكم تتصل فى مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم ، وهى بهذا الوصف تثير الشك فى الصفة القضائية لحكم المحكم ، مما يبرر وقف تنفيذه بمجرد رفعها . وهى أيضاً — وبالوصف المتقدم — تكفى وحدها كوسيلة للتظلم من الحكم . (وهذا ما انتهى اليه قانون المرافعات المصرى الجديد) .

ومما تقدم يتضح أن حكم المحكم لا يعد مجرد أثر من آثار التعاقد ، كما أنه من العسير اعتباره حكماً قضائياً بحتاً ، وانما هو عمل قضائى Acte juridictionnel ذو طبيعة خاصة ، ولا يمكن فهمه الا فى ضوء ارتباطه بنظام التحكيم فى مجموعة .

---

(١) مع مراعاة الدراسة السريعة للموضوع فى كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد للمؤلف .

(٢) فى ٤ يونيه ١٩٦٩ ، وهذه الرسالة لم تطبع بعد .

وبعبارة أخرى ، حكم المحكم هو عمل قضائى من نوع خاص لأنه لا يصدر عن السلطة القضائية ، ولأنه لا تتبع بصدده الاجراءات القضائية المتبعة أمام المحاكم ، ولأنه لا يصدر فى ذات الشكل المقرر للأحكام القضائية ، ولأنه من ناحية أخرى ، قد لا تطبق بصدده قواعد القانون التقليدية المقننه وإنما يرجع فى صدده إلى العرف والعدالة (١) .

٢ ــ تعيين شخص المحكم عنصر جوهرى فى عقد التحكيم :

تنص المادة ٥٠٢/٣ على أنه «مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة يجب تعيين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل». (ولقد أوجب القانون الجديد اتفاق الخصوم على شخص المحكم ، لأن الاتفاق على التحكيم يقوم أساساً ومبعثه الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته .

ويستوى أن يتم الاتفاق على شخص المحكم فى صلب عقد التحكيم ــ شرط أو مشارطة ــ أو يتم فى اتفاق مستقل . ويستوى أن يكون هذا الاتفاق المستقل سابقاً للعقد أو تالياً عليه .

والجدير بالذكر أن القانون السابق الذى كان يوجب فى التحكيم بالصلح ذكر جميع أسماء المحكمين المصالحين فى صلب العقد وإلا كان باطلا كان يجيز اتفاق الخصوم على المحكمين المصالحين فى عقد مستقل بشرط أن يكون هذا العقد سابقاً على عقد التحكيم (م ٨٢٤ من القانون السابق) ، وذلك حتى يتحقق القانون تماماً من أن أسماء المحكمين المصالحين كانت واضحة جلية فى أذهان الخصوم **قبل** الاتفاق على التحكيم ، وان هذه الأسماء هى التى أوحت اليهم بالثقة فى اجراء التحكيم بالصلح (٢) .

ولقد أحسن القانون الجديد بعدم النص على ترتيب زمنى بين الاتفاق على التحكيم والاتفاق على شخص المحكم ؛ فمن الجائز أن يتما معاً أو أن يتم هذا قبل ذلك أو بعده .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) التحكيم بالقضاء وبالصلح رقم ٧٣ ص ١٦٣ و ص ١٦٤.

ويجب أن يثبت بالكتابة اتفاق الخصوم على شخص المحكم وذلك عملا بالمادة ٢/٥٠١ التى تنص على أنه لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة ، فالكتابة لازمة بالنسبة إلى كل عنصر من العناصر المكونة للاتفاق (١) . وإنما إذا حضر خصم جلسة تحكيم محكم اختاره الخصم الآخر وحده ، وتكلم الخصم فى الموضوع فى الجلسة فانه يكون بذلك قد قبل اختيار ذلك المحكم (٢) .

وبداهة من الجائز اثبات موافقة الخصم على شخص المحكم بالاقرار أو بتوجيه اليمين الحاسمة ، لأن كل ما يتطلبه القانون أن يكون الاتفاق على التحكيم على شخص المحكم ثابتاً بصورة لا تقبل الشك ، فالكتابة شرط لاثبات العقد لا لوجوده (٣) .

وإذا اتفق فى عقد تحكيم على ثلاثة محكمين ، وتم اختيار أحدهم فقط ، وحضر الخصوم أمامه جلسة التحكيم ، فان هذا يعتبر بمثابة تعديل لعقد التحكيم والاكتفاء بمحكم واحد .

وإنما إذا اتفق على ثلاثة محكمين ، وتم اختيار اثنان منهم فقط ، وحضر الخصوم أمامهما جلسات التحكيم فان هذا لا يصحح البطلان المنصوص عنه فى المادة ٢/٥٠٢ التى توجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً (٤) . ولابد — حتى ينفذ عقد التحكيم من اختيار المحكم الثالث .

ومن الجائز اتفاق الخصوم على تخويل شخص معين باسمه أو بصفته — اختيار المحكم أو المحكمين .

---

(١) أنظر استئناف اسيوط ١١ فبراير ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ ص ١٨٣

(٢) أنظر برنار رقم ٩٩ وكاريه وشوفو ٤ رقم ٣٢٧٢ وجارسونية ٨ رقم ٢٤١ — وراجع بالنسبة الى التحكيم بالصلح فى ظل القانون السابق نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماه ١٣ ص ١٠٢٩ .

(٣) الفريد برنار ص ٥٢٠ Van Lennep رقم ٥٠ وما أشار اليه من احكام ومراجع .

(٤) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماه ١٣ ص ١٠٢٩

كذلك من الجائز تعيين المحكم بصفته إذا كانت هذه الصفة تصلح لتحديد شخص معين بذاته .

وبناء على ما تقدم لا يوجد تحكيم ولو لم يكن المحكم مفوضاً بالصلح إن لم يتفق الخصوم على شخص المحكم ، ولا قيمة لعقد تحكيم لا يتفق الخصوم فيه أو فى ورقة لاحقة أو سابقة على اسمه ، فالعقد لا ينفذ فى هذا الصدد .

وتوحى الفقرة الثالثة من المادة ٥٠٢ بأن التعاقد على التحكيم قد يتم على مرحلتين ، المرحلة الأولى هى الاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم ، والمرحلة الثانية هى الاتفاق على شخص المحكم .

ويثور الخلاف حول الطبيعة القانونية للاتفاق فى مرحلته الأولى ، وفيما إذا كان يعتبر ملزماً للطرفين ، بحيث يتعين عليهما اتمامه بالاتفاق على شخص المحكم أم أن كلا منهما يملك التحلل منه . وفى الفرض الأول يلتزم المخل بالتزامه بالتعويض فضلا عن جواز توقيع غرامة تهديدية عليه حتى يقوم بتنفيذ ما التزم به عيناً .

وقد يقال ان الاتفاق على التحكيم دون الاتفاق على شخص المحكم يعتبر عقداً معلقاً على شرط واقف لأن هذا الشرط ، وإن كان شرطاً إرادياً متروك لمطلق ارادة الملتزم إلا أنه يتصل بعقد ملزم للجانبين ، إذا اتفق الطرفان على شخص المحكم تحقق الشرط بأثر فورى .

وقد يقال أيضاً فى تكييف عقد التحكيم الذى لا يتفق بصدده على شخص المحكم انه يعتبر قابلا للابطال (أى باطلا بطلاناً نسبياً) ، وان الاتفاق بعدئذ على شخص المحكم يزيل هذا البطلان ، وقد قيل فعلا فى فرنسا ان شرط التحكيم يكون باطلا بطلاناً نسبياً لعدم تضمنه موضوع النزاع واسماء المحكمين وفقاً لما تقضى به صراحة المادة ١٠٠٦ من قانون المرافعات الفرنسى ، وان شرط التحكيم ينشىء التزاماً بعمل ومن ثم لا يمكن اجبار المتعاقد على تنفيذ ما التزم به واختيار المحكمين عملا بالمادة ١٠٠٦ المتقدمة ، وان هذا

البطلان النسبي يزول (بغير أثر رجعي) إذا تم تنفيذ الشرط اختياراً ، أو تم قبول الشرط بعد قيام الخلاف (١) .

وحكم — في ظل القانون السابق الذى يوجب فى التحكيم بالصلح أن يكون عدد المحكمين وتراً ، وان تعين اسماء المحكمين فى المشارطة أو فى عقد سابق عليها عملا بالمادة ٨٢٣ والمادة ٨٢٤ منه — ان البطلان الناشىء عن مخالفة ذلك هو بطلان من النظام العام (٢) .

وفى نظرنا ان محل عقد التحكيم قد أصبح بمقتضى قانون المرافعات الجديد هو الاتفاق على حسم النزاع بواسطة محكم معين بشخصه(٣)، ولم يعد هذا المحل مجرد اتفاق الخصوم على طرحه على محكم دون المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، بحيث إذا لم يتم الاتفاق على شخص المحكم فى صلب عقد التحكيم أو فى عقد مستقل لا نكون أمام عقد تحكيم بسبب تخلف محله وانتفائه ، فيكون التحكيم باطلا بطلاناً مطلقاً ، وقد يعد معدوماً فى رأى آخر . ومثل ذلك مثل عقد بيع يفتقر إلى محله .

واذن ، وأيا كان الرأى فى صدد تكييف عقد التحكيم الذى لا يتفق فيه على شخص المحكم ، فان التحكيم لا ينفذ — ولا تترتب آثاره الايجابية أو أثره السلبي بامتناع المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع عن نظره — الا باتفاق الخصوم على شخص المحكم .

---

(١) راجع نقض فرنسى فى ٢٢ يناير ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ ص ٢٣٩ واحكام النقض الاخرى والمراجع المشار إليها فى كتاب التحكيم ص ١٦ .

(٢) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماه ١٥ ص ١٨٠ والاحكام العديدة المشار إليها فى المرجع السابق رقم ٧٣ ص ١٦٢ وما يليها والاحكام المشار إليها فيه .

(٣) إذا اتفق على التحكيم فى الخارج فى حالة يجوز فيها ذلك طبقاً للقانون المصرى ، ورفع النزاع فى مصر جاز التمسك بشرط التحكيم فى الخارج ولو لم يتفق على شخص المحكم مادام قانون الدولة المتفق فيها على إجراء التحكيم فيها لا يوجب الاتفاق على شخص المحكم ، ويجيز تعيينه بواسطة المحكمة .

وإذا توفى المحكم أو فقد أهليته أو اعتزل ، أو حكم برده ، فلا ينفذ عقد التحكيم إلا باتفاق جديد من الخصوم على شخص المحكم الجديد . وكذلك الحال إذا حرم المحكم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو أفلس دون أن يرد له اعتباره . ولا تملك المحكمة فى كل الحالات المتقدمة أو فى أية حالة أخرى تعيين المحكم .

وهكذا يختلف القانون الجديد عن القانون السابق اختلافاً جوهرياً فى هذا الصدد ذلك لأن القانون السابق كان يجيز التحكيم بالقضاء بغير اتفاق على شخص المحكم ، ويجيز للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع تعيين المحكم (م ٨٢٥ منه) . أما فى التحكيم بالصلح فى القانون السابق ، فقد كان يجب اتفاق الخصوم على شخص المحكم وإلا كان التحكيم باطلا .

ويستثنى القانون الجديد مما تقدم ما قد تقضى به أية قوانين خاصة .

ويلاحظ أن القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ يحدد كيفية تشكيل هيئات التحكيم التى تنظر المنازعات الناشئة بين شركات القطاع العام والمنازعات بينها وبين جهات الحكومة(١). كما يلاحظ أن القرارات الصادرة من تلك الهيئات لا تعتبر بمثابة عمل قضائى بمعناه الخاص ، لأن العمل القضائى لا يصدر الا فى خصومة تتوافر فيها الغيرية بين طرفيها ، فإذا كان المدعى هو هو المدعى عليه لا تنشأ الخصومة l'instance ، فلا تعتبر بمثابة خصومة تلك التى تنشأ بين شركات القطاع العام أو بين الحكومة وتلك الشركات ، لأنه وإن كان لكل شركة من تلك الشركات شخصيتها المعنوية وشكلها القانونى كشركة ، وإن كانت تملك مقاضاة الغير ويملك الغير مقاضاتها (٢) إلا أن اجتماع **جميع** أسهمها فى يد شخص واحد هو الدولة

---

(١) قضت محكمة النقض فى ١٩٦٧/١٢/٢٨ لسنة ١٨ ص ١٩٠١ بوجوب استثناء المنازعات المطروحة على محكمة النقض من اختصاص هيئات التحكيم ، وعند نقض الحكم يحال النزاع إلى هيئات التحكيم التى أحلها المشرع محل محكمة الموضوع .

(٢) أنظر كتاب المرافعات الطبعة التاسعة المؤلف رقم ٢٣٥ م والمرجع المشار اليه فيه .

ينفى حتما الغيرية فى المنازعات التى تنشأ فيما بينها (١) (٢) . ومن المتصور أن تفضى تلك المنازعات المتقدمة (والتى يقصد منها فى الواقع القاء الالتزامات والخصوم من ميزانية شركة إلى أخرى) بوساطة لجنة ادارية أو لجنة وزارية . كل هذا ما لم ينص فى صلب القانون على أن يكون للعاملين فى الشركة **نصيب محدد** من الأرباح ، عندئذ تتوافر للشركة مصلحة جدية أكيدة فى منازعاتها مع الشركات الأخرى أو مع المصالح الحكومية (٣) .

وبداهة ما تقدم لا ينفى اعتبار هيئات التحكيم السابقة بمثابة هيئة قضائية متخصصة بحيث يمكن أن تنشأ حالة من حالات تنازع الاختصاص بينها وبين جهات القضاء الأخرى عملا بنصوص قانون السلطة القضائية (٤) . كما أن هذه الهيئات تملك إحالة الدعوى التى تقضى فيها بعدم اختصاصها بنظرها إلى جهة القضاء المختصة ، فى الرأى الذى يطلق المادة ١١٠ من قانون المرافعات لتواجه كل حالات عدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة (٥) .

---

(١) واذا كنا من أوائل من نادى بوجوب تنظيم التحكيم بين شركات القطاع العام (كتاب التحكيم سنة ١٩٦٤ ص ٣٠٨) فقد كان ذلك بقصد انهاء الخصومات القائمة امام المحاكم بين تلك الشركات ، أو بينها وبين الحكومة .

(٢) أنظر فى تكييف التحكيم المتقدم رسالة الدكتور ابراهيم نجيب سعد رقم ٨٨ ص ١٢٤ وما يليها والمراجع المشار إليها فيها .

(٣) اما مجرد الرغبة فى التخفيف من ميزانية الشركة وهو الدافع الحقيقى فى الوقت الحاضر للالتجاء الى التحكيم ، فانه لايعتبر بمثابة المصالحة الحقيقية القانونية التى بتوافرها تنشأ الغيريه بين شركات القطاع العام . كل هذا مع مراعاة رغبة الحكومة فى بث روح المنافسة بين تلك الشركات ، اذ أن هذا العامل هو أدبى بحت لا يقوى على إنشاء المصلحة القانونية فى الخصومة .

(٤) أنظر فى التعريف بالهيئة القضائية كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد للمؤلف عن المادة ٤٢ رقم (٢) .

يلاحظ كما رأينا فى كتاب التحكيم أن الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم هو من الدفوع بعدم القبول شأنه شأن الدفع بسبق الاتفاق على الصلح مثلا ، فكلاهما لا يسقط الحق فى التمسك به بمجرد التكلم فى الموضوع ، لأن التمسك بتنفيذ عقد ما لا يمكن أن يسقط بمجرد التكلم فى الموضوع .

(٥) أنظر المرجع المتقدم بصدد المادة ١١٠ .

٣ ـ منع استئناف أحكام المحكمين :

تنص المادة ٥١٠ من قانون المرافعات الجديد على أن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف . وهذا النص يقوم أساساً على نص المادة ٥٠٢/٣ التى توجب تعيين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل . فمتى تم تعيين المحكمين بواسطة الخصوم أنفسهم لا يكون هناك أى معنى لاجازة استئناف حكمهم أمام محكمة تتبع جهة القضاء .

ويلاحظ أن نص المادة ٥١٠ قد منع فقط استئناف الحكم المتقدم . وهو يقبل التماس إعادة النظر وفقاً لنص المادة ٥١١ . وإذا صدر الحكم فى الالتماس من محكمة الاستئناف (كما إذا اتفق على التحكيم فى الاستئناف) فانه يكون قابلا للطعن بالنقض إذا توافرت شروط هذا الطعن ، ولا يكون بطبيعة الحال قابلا للطعن فيه بالالتماس مرة أخرى عملا بالمادة ٢٤٧ .

وإذا حلت هيئة التحكيم محل محكمة الدرجة الأولى ، وطعن بالالتماس فى الحكم الصادر من تلك الهيئة ، فان الحكم الصادر فى الالتماس لا يقبل الاستئناف بعدئذ ولو لم يكن قد صدر فى حدود النصاب الانتهائى لمحاكم الدرجة الأولى(١) ، وذلك لأن الاستئناف ، وهو طريق طعن عادى ، لا يقبل بعد ولوج طريق طعن غير عادى وهو التماس إعادة النظر ، هذا على الرغم من أن القانون لا ينص صراحة على منع هذا الاستئناف ، وإنما القاعدة الأساسية المتقدمة تقتضيه .

ويلاحظ من ناحية أخرى ، أن منع استئناف أحكام المحكمين قد جاء بلفظه ، ولم ينص القانون على مجرد اعتبار الحكم انتهائياً . ومن ثم هذا الحكم لا يكون قابلا للاستئناف استثناء من القواعد العامة وعملا بالمادة ٢٢١ التى تنص على جواز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة

---

(١) الفريد برنار رقم ٦٤٥ .

الأولى بسبب وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم . ويكون مثل هذا الحكم الصادر من هيئة التحكيم قابلا للبطلان بدعوى البطلان عملا بالمادة ٥١٢ .

كذلك يكون حكم المحكمين غير قابل للاستئناف استثناء من القواعد العامة عملا بالمادة ٢٢٢ التى تنص على جواز استئناف جميع الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى إذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقاضى به . ومثل حكم المحكمين المتقدم يكون قابلا للبطلان بدعوى البطلان عملا بالمادة ٥١٢ وعلى اعتبار انه قد صدر فى مسألة سبق صدور حكم فيها ويمنع المشرع اعادة نظرها منعاً متعلقاً بالنظام العام (أنظر المادة ٥٠١/٤ من قانون المرافعات والمادة ٥٥١ من القانون المدنى والمادة ١١٦ من قانون المرافعات) .

ولا يجوز الطعن بالنقض فى أحكام المحكمين عملا بالمادة ٢٤٩ التى تنص على ان للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى — أيا كانت المحكمة التى أصدرته — فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى . ويكون مثل الحكم المتقدم قابلا للبطلان عملا بالمادة ٥١٢ وعلى ما قدمناه .

وإنما حكم القضاء الصادر على خلاف حكم محكمين يكون قابلا للاستئناف أو النقض عملا بالمادة ٢٢٢ أو المادة ٢٤٩ حسب الأحوال .

٤ — لا يتقيد المحكمون باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى باب التحكيم :

تنص المادة ٥٠٦/١ على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدين باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى باب التحكيم . ويعمل بهذا النص أيا كان نوع التحكيم وسواء أكان تحكيما بالقضاء أم بالصلح ، وذلك على

تقدير أن الالتجاء إلى التحكيم قد قصد به فى الأصل تفادى قواعد المرافعات وعلى اعتبار أن تقدير المحكم المعين من جانب الخصوم أنفسهم هو معيار الصحة والحق هذا مع الزام المحكم بكل القواعد المقررة فى باب التحكيم ، وهى تقرر ضمانات أساسية للخصوم فى هذا الصدد ، وهم ما قبلوا الاتفاق على طرح النزاع إلى غير المحكمة المختصة به إلا على أساس احترام هذه القواعد(١).

وثمة مبادىء أساسية فى التقاضى تتصل بالنظام العام يتعين على المحكم احترامها — أيا كان نوع التحكيم — ولو لم تكن واردة فى باب التحكيم وهذه المبادىء هى :

(١) مبدأ احترام حقوق الدفاع (٢).

(٢) معاملة الخصوم على قدم المساواة .

(٣) اتخاذ الاجراءات فى مواجهة الخصوم ، فلا يفصل فى طلبات دون اعلان الخصوم بها ، ولا يفصل فيها إلا بعد التحقق من صحة اعلانه أو اخطاره بها . ولا تبدى طلبات جديدة أو تعدل الطلبات فى جلسة تخلف فيها الخصم الموجهة اليه هذه الطلبات . وعلى المحكم أن يمكن كل خصم من الاطلاع على الأوراق والمستندات التى يقدمها الخصم الآخر ، ويمنح الخصوم الآجال الكافية لإعداد الدفاع والرد على الأقوال والمستندات . وعلى المحكم أن يخبر الخصوم بتاريخ الجلسة المحددة لاتخاذ اجراءات الاثبات .

(٤) اتخاذ اجراءات التحقيق بحضور جميع المحكمين والا كانت الاجراءات باطلة :

كانت المادة ٨٣٧ من القانون السابق تنص على أن يتولى المحكمون مجتمعين اجراءات التحقيق ويوقع كل منهم على المحاضر ما لم يكونوا قد ندبوا واحداً منهم لاجراء معين وأثبتوا ندبه فى محضر الجلسة .

---

(١) كتاب التحكيم رقم ١٠٠ م ص ٢٣١

(٢) رسالة الدكتور ابراهيم نجيب سعد فى حكم المحكم رقم ٢٢٨ ومايليه .

وهى منقولة عن المادة ١٠١١ من قانون المرافعات الفرنسى التى توجب على المحكمين اتخاذ اجراءات التحقيق فى حضورهم جميعاً ما لم تخول المشارطة القيام باجراءات التحقيق بواسطة أحدهم . ويتجه الرأى فى فرنسا إلى اعتبار المادة المتقدمة من النظام العام (١) . ومع هذا جاء قانون المرافعات الجديد خالياً من حكم هذه المادة . ونعتقد أنها قد سقطت من المشروع عن غير قصد ، بعد أن كان الاتجاه سنة ١٩٦٥ إلى الابقاء عليها فى اللائحة التنفيذية لقانون المرافعات التى عدل عنها بعدئذ .

وعلى أى حال فان القاعدة التى تقررها هذه المادة تتصل بالنظام العام ، ولا يتطلب لاعمالها نص خاص . فلا يجوز لأحد المحكمين الاستقلال وحده باتخاذ اجراءات الاثبات إلا إذا تم ندبه من جانبهم جميعاً أو كانت المشارطة تخول له ذلك (٢) .

(٥) وجوب نظر الخصومة فى حضور جميع المحكمين ، والا كانت الاجراءات باطلة بطلاناً متعلقاً بالنظام العام . وهذه هى القاعدة المقررة أمام القضاء . فالقضاة الذين يصدرون الحكم هم الذين يجب أن يكونوا قد سمعوا المرافعة وإلا كانت الاجراءات باطلة .

٥ — انكماش التفرقة بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح فى القانون الجديد :

رأينا انه — فى كل من التحكيم بالقضاء والتكيم بالصلح — يتعين أن يكون عدد المحكمين وتراً وان يعين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل . ورأينا أيضاً أن الحكم فى الحالتين لا يقبل الاستئناف ، وان المحكم فيهما لا يتقيد بقواعد المرافعات عدا ما نص عليه منها فى باب التحكيم .

---

(١) الفريد برنار ص ٢٢٥ .

(٢) كذلك لايملك أحد المحكمين الحكم وحده فى شق من النزاع أو فى مسألة متنوعة عنه مالم يكن مأذوناً بالحكم فى غيبة الآخرين (م ٥١٢ / ٣) .

ولا يتبقى من أوجه التفرقة بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح فى ظل القانون الجديد إلا ما يلى :

(١) فى التحكيم بالقضاء يحكم المحكم على مقتضى القانون ، بينما المحكم يصالح فى التحكيم بالصلح [١] .

(٢) المحكم المصالح لا يتقيد بقواعد القانون (م ٥٠٦/١) بينما المحكم فى التحكيم بالقضاء يجب عليه أن يحكم على مقتضى القانون . فى الحالتين يتعين على المحكم تسبيب حكمه عملا بالمادة ٥٠٧ .

(٣) التحكيم بالصلح لا يقبل التجزئة ، فاذا زالت سلطة المحكم المصالح بعد إصدار حكم فى شق من الموضوع ودون حسم النزاع برمته فان الحكم يعتبر كأن لم يكن ، أياً كان سبب انقضاء سلطة المحكم ، وسواء انقضت بوفاته أو بزوال أهليته أو بعزله أو بالحكم برده أو بفوات الميعاد المحدد للتحكيم ، بينما فى التحكيم بالقضاء تبقى الأحكام الصادرة من المحكم صحيحة ولو انقضت سلطة المحكم قبل حسم النزاع برمته ما لم تكن الخصومة غير قابلة للتجزئة بحسب طبيعتها أو بحكم القانون .

وجدير بالذكر أن حكم المحكم المصالح يقبل الطعن فيه بالتماس اعادة النظر عملا بالمادة ٥١١ ، عدا الحالة الخامسة المقررة فى المادة ٢٤١ [٢] ، وحتى فى حالة الاتفاق الصريح على عدم جواز الطعن فى حكمه ، فان هذا الطعن جائز لأن الغش يفسد أى تصرف ، ولأن تناقض منطوق حكم المحكم بعضه لبعض بما يجعل تنفيذه مستحيلا يهدر كل ما بناه المحكم ، ولأن صدور الحكم على من لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحاً فى الدعوى يستوجب حتما رعايته[٣].

---

(١) أنظر دراسة تفصيلية فى كتاب التحكيم رقم ٧٤ .

(٢) أنظر دراسة تفصيلية فى كتاب التحكيم رقم ١٢٣ .

(٣) المرجع السابق رقم ١٢٠ وأحكام محكمة النقض الفرنسية المشار اليها ، ورسالة الدكتور ابراهيم نجيب سعد فى حكم المحكمة رقم ١٩٦ والأحكام العديدة المشار اليها فيها .

كذلك يجوز رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم ولو كان مصالحاً عملا بالمادة ٥١٢ . وكقاعدة عامة يتعين أعمال كل القواعد المقررة فى باب التحكيم على التحكيم بالصلح ما لم ينص المشرع صراحة على ما يخالف ذلك كما هو الحال بالنسبة إلى المادة ٥٠٦/١ .

وإذن وبناء على ما تقدم مجرد اعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون — فى ظل القانون الجديد — يعنى حتما اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح .

٦ — لا ينقضى التحكيم لموت المحتكم الذى ترك من بين ورثته قاصر :

كانت المادة ٨٣٠ من قانون المرافعات السابق تنص على أن التحكيم لا ينقضى بموت أحد الخصوم إذا كان ورثته جميعاً راشدين وإنما يمد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوماً .

ومقتضى المادة المتقدمة ان التحكيم ينقضى بقوة القانون إذا توفى المحتكم وترك من بين ورثته قاصراً ، وذلك لأن القانون شاء حماية الورثة القصر فلا يتقيدون بعقد التحكيم الذى أبرمه مورثهم ويحرمون من الالتجاء إلى القضاء العادى وما يتميز به من ضمانات هامة . وكانت القاعدة المتقدمة تسرى على سبيل القياس إذا ترك المورث من يكن فى حكم القاصر ، أو إذا زالت عن ذات المحتكم أهليته .

وواضح أن المادة المتقدمة تخالف القواعد العامة فى القانون المدنى ، فالأصل أن العقد ينشأ ويثبت ويثبت ما نص عليه من التزامات وحقوق متى أبرم ، ولا تتأثر هذه أو تلك بوفاة المتعاقد أو فقده أهليته . أما فى التحكيم فمن الواجب أن يظل المتعاقد على كامل أهليته حتى تمام تنفيذ التحكيم وانتهاء مهمة المحكم (١) .

وفى تقديرنا أن المادة المتقدمة قد بنيت على فكرة اعتبار التحكيم بمثابة

---

(١) أنظر دراسة تفصيلية للموضوع فى كتاب التحكيم رقم ١٩ .

عقد وبمثابة خصومة ، وتطلب أهلية معينة فى كل منهما ، بحيث إذا زالت هذه الأهلية قبل صدور حكم المحكم انقضى التحكيم بقوة القانون .

وقد انتقدنا تلك المادة من قبل (١) ، وجاء القانون الجديد بنص عام نسخها فيه وقرر انقطاع الخصومة أمام المحكم إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع المقررة فى القانون (م ٥٠٤) ، وذلك على تقدير أنه متى تم تعيين المحكم بواسطة الخصوم أنفسهم فان هذه الثقة تظل مبعث الخصومة فى التحكيم ولو توفى أحدهم وترك قاصراً من بين ورثته ، مع مراعاة تعيين من يمثل القاصر فى تلك الخصومة بطبيعة الحال .

وإذن وبناء على نص المادة ٥٠٤ من القانون الجديد إذا توفى أحد المحتكمين وترك من بين ورثته قاصراً ، أو ترك من فى حكم القاصر ، أو إذا زالت عن ذات المحتكم أهليته فان التحكيم لا ينقضى كعقد ولا ينقضى كخصومة .

وإذا توفى الخصم أو فقد أهليته قبل تعيين المحكم فان التحكيم لا ينفذ كما قدمنا — ولا تترتب آثاره الايجابية أو أثره السلبى بامتناع المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع عن نظره ، فاذا كان الولى أو الوصى أو القيم يملك التصرف فيما اتفق فيه على التحكيم فانه يملك كقاعدة عامة الاتفاق على شخص المحكم دون حاجة إلى اذن من المحكمة (٢) ، كما يملك بداهة الامتناع عن تنفيذ عقد التحكيم بعدم الموافقة على تعيين المحكم .

وإذا كان الولى أو الوصى أو القيم — حسب الأحوال — لا يملك التصرف فيما كان قد اتفق فيه على التحكيم ، فانه لا يملك وحده الاتفاق على شخص المحكم ، ويكون عليه طرح الأمر على المحكمة التى لها أن تقر التحكيم

---

(١) المرجع السابق رقم ١٢٥ — وانظر الفقرة رقم ١ من هذا البحث .

(٢) راجع أحكام المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولايه على المال (م ٣٩ و ٤٢ و ٥٦ منه) .

أو لا تقره ، وتوافق على شخص المحكم المقترح من الولى – أو من فى حكمه – أو لا توافق عليه .

وبعبارة أخرى ، الاتفاق على التحكيم من جانب المورث لا يستوجب على محكمة الأحوال الشخصية اجازة هذا التحكيم إذا لم يكن قد تم تعيين شخص المحكم من المورث ، لأن التحكيم الذى لا يتفق فيه على شخص المحكم لا ينفذ لانتفاء محله ولأن تعيين شخص المحكم من جانب المورث هو الضمانة الأساسية التى بنى عليها المشرع فكرة الابقاء على التحكيم ولو ترك المورث قاصراً .

وبداهة إذا تم الاتفاق على شخص المحكم قبل وفاة المورث فان محكمة الأحوال الشخصية لا تملك الاعتراض عليه – هى أو الوصى أو القيم حسب الأحوال – وإن كان يملك أحد هؤلاء رد المحكم ، كما يملك الاتفاق مع خصوم الدعوى على عزله ، وعندئذ لا يملك أحد هؤلاء الاتفاق على تعيين محكم آخر إلا إذا كان يملك كقاعدة عامة التصرف فيما يتفق فيه على التحكيم ، وإلا وجب عليه الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية توافق فيه على شخص المحكم .

ولما كان محل عقد التحكيم قد أصبح بمقتضى القانون الجديد هو الاتفاق على حسم النزاع بواسطة محكم معين بشخصه ، فان الأهلية المطلوبة فى المحتكم لازمة بذاتها (١) لابرام عقد التحكيم (٢) وللاتفاق على شخص المحكم ، وإلا كان عقد التحكيم باطلا أو قابلا للابطال ، حسب الأحوال . فاذا كان العقد باطلا (أى باطلا بطلاناً مطلقاً بسبب فقد الأهلية) جاز لأى خصم التمسك بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولذا كان العقد قابلا للبطلان (أى باطلا بطلاناً نسبياً بسبب نقص الأهلية) . فلا يجوز التمسك به إلا ممن شرع البطلان لمصلحته عملا بالقواعد العامة .

٧ ــ انقطاع الخصومة أمام المحكم :

استحدث القانون الجديد ــ كما قدمنا ــ المادة ٥٠٤ التى تنص على أن الخصومة تنقطع أمام المحكم إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة المقررة فى القانون . وتترتب على الانقطاع الآثار المقررة فى هذا القانون .

وانقطاع الخصومة هو وقف السير فيها بقوة القانون لقيام سبب من أسباب الانقطاع التى وردت فى القانون على سبيل الحصر وهى ثلاثة (م ١٣٠) :

١ ــ وفاة أحد الخصوم .

٢ ــ فقده أهلية الخصومة .

٣ ــ زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين .

بمجرد قيام سبب الانقطاع يتعين على المحكم أن يمتنع عن نظر الخصومة فى التحكيم ولكل خصم التمسك بهذا الانقطاع لتفادى السير فى خصومه مهددة بالبطلان ، ويقف الميعاد المقرر فى المادة ٥٠٥ والذى يجب على المحكم أن يحكم فى خلاله (وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة) ولا يستأنف الميعاد المتقدم سيره (١) الا إذا أعلن وارث المتوفى ــ أو من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة أو مقام من زالت عنه الصفة ــ بقيام الخصومة وباشر السير فيها . والذى يقوم باعلان هؤلاء هو الخصم الآخر ، وليس ثمة ما يمنع من قيام المحكم بذلك .

ولما كان القانون الجديد يعفى المحكم من التقيد بقواعد المرافعات فليس ثمة ما يمنع من أن يتم إخطار ورثة المتوفى أو من فى حكمهم بغير الطريق المقرر فى المادة ١٣٣ بالنسبة إلى الانقطاع أمام المحاكم ، فمن الجائز أن يتم

---

(١) بمعنى أنه يعتد بالمدة السابقة على الانقطاع طبقاً للقواعد العامة ــ أنظر كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ١٣٠ وما يليها .

بخطاب مسجل بعلم الوصول ، ومن الجائز أن يتم بوساطة المحكم بالصورة التى يراها بشرط أن يتحقق بصورة قاطعة من علم هؤلاء بقيام الخصومة أمامه . وهو لا يملك استئناف نظرها الا بعد التحقق من علم طرفى الخصومة بها وبتاريخ نظرها .

وبداهة إذا كان من بين الورثة قاصر فان المحكم لا يملك استئناف نظر الخصومة إلا بعد تعيين وصى القاصر وبعد اخباره بقيام تلك الخصومة ، مع مراعاة ما قدمناه فى الفقرة المتقدمة .

وإذا كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية أمام المحكم قبل الوفاة أو فقد الأهلية أو زوال الصفة ، فإنه يملك الحكم فى الدعوى على موجب تلك الأقوال والطلبات . وانما إذا عن له استجواب أحد الخصوم أو سؤال أحد الشهود أو إجراء أى تحقيق وجب عليه إخطار جميع الخصوم أو من يقوم مقامهم بالجلسة الجديدة التى يحددها لنظر الدعوى بعد قيام سبب الانقطاع ، وعندئذ عليه أن يتحقق من تلقاء نفسه من صفاتهم أو صحة تمثيلهم للخصوم حسب الأحوال .

وإذا أصدر المحكم حكمه على الرغم من قيام سبب انقطاع الخصومة ودون إخبار من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته بقيام الخصومة فان حكمه يكون باطلا بطلاناً مقرراً لمصلحة هؤلاء وحدهم ، دون الطرف الآخر من الخصومة ، وذلك لأن هذا البطلان مقرر لمصلحة من قام به سبب الانقطاع من الخصوم حتى لا يصدر الحكم فى الدعوى فى غفلة منه . ويستوى أن يكون المحكم عالماً بقيام سبب الانقطاع أو غير عالم به ، كذلك يستوى علم الخصم الآخر به أو جهله له ، لأن المشرع قد قصد بقواعد انقطاع الخصومة مجرد حماية الخصم الذى قام به سبب الانقطاع ، دون الاعتداد بحسن نية الطرف الآخر أو جهله بقيام سبب الانقطاع (١) .

---

(١) المرجع السابق والأحكام المشار اليها فيه .

وجدير بالذكر فى هذا الصدد أن وفاة ذات المحكم أو فقده لأهليته لا يترتب عليه انقطاع الخصومة ، وإنما يترتب عليه انقضاء التحكيم كما رأينا من قبل (١) ، مالم يتفق الخصوم على تعيين محكم آخر .

كذلك لا تنقطع الخصومة بوفاة وكيل الدعوى ، ولا بإنقضاء وكالته بالتنحى أو بالعزل ، وللمحكم أن يمنح أجلا مناسباً للخصم الذى توفى وكيله أو انقضت وكالته عملا بالمادة ١٣٠ من قانون المرافعات .

وإذا وقفت الخصومة لقيام سبب الانقطاع بأحد طرفيها ، وظلت موقوفه المدة المسقطة لها عملا بالمادة ١٣٤ أو المدة المؤدية إلى انقضائها بالتقادم عملا بالمادة ١٤٠ ، بحسب ما إذا كان المدعى أو من فى حكمه قد أعلن بقيام الخصومة أو لم يعلن به (٢) ، فان طلب اسقاط الخصومة أو انقضائها بالتقادم تفصل فيه المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، وليس للمحكم سلطة نظره والفصل فيه(٣) ، لأنه لا يملك الحكم ببقاء سلطته أو امتدادها أو زوالها .

وإذا تعدد أحد أطراف الخصومة المتفق فيها على التحكيم ، وقام بأحدهم سبب من أسباب الانقطاع فليس ثمة ما يمنع المحكم من مباشرة مهمته بالنسبة لباقى الخصوم ، بشرط أن تكون الخصومة قابلة للتجزئة .

(٨) وجوب التفرقة بين بطلان العقد المتضمن شرط التحكيم وبطلان عقد التحكيم وبطلان الخصومة فى التحكيم وبطلان الحكم الصادر فيها :

لعله تتكشف مما تقدم تفرقه هامة بين بطلان عقد التحكيم لفقد أهلية أحد الخصوم أو لنقصها وبين بطلان الخصومة فى التحكيم بسبب نقص أهلية أحد طرفيها وبطلان الحكم الصادر على ناقص الأهلية ، أو بطلان

---

(١) رقم (٢) من هذا البحث .

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ١٣٥ والأحكام المشار اليها .

(٣) كتاب التحكيم رقم ٩٨ .

الحكم الصادر على خصم فى غفلة منه إذا قام به سبب من أسباب انقطاع الخصومة على ما قدمناه .

والبطلان الأول هو بطلان موضوعى يلحق عقد التحكيم ، بينما البطلان فى الأحوال الأخرى هو بطلان إجرائى يلحق الاجراءات .

ومن الواجب اعمال قواعد القانون المدنى بالنسبة إلى بطلان عقد التحكيم ، واعمال قانون المرافعات بالنسبة إلى البطلان فى الأحوال الأخرى ، دون الخلط بينهما ، أو بين أحكامهما . فإذا كان عقد التحكيم باطلا بطلاناً مطلقاً جاز لكل خصم فى الدعوى التمسك بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، أما إذا كان العقد قابلا للبطلان فان الذى يتمسك به هو وحده من شرع البطلان لمصلحته (م ١٣٨ من القانون المدنى) . وبداهة وعملا بالقواعد العامة الحكم ببطلان عقد التحكيم يستتبع بطلان الخصومة فى التحكيم ، ويستتبع أيضاً الغاء الأحكام الصادرة فيها واعتبارها كأن لم تكن (م ٢٤/٣) .

وإذا نشأت الخصومة فى التحكيم وأدرك أحد الخصوم نقص أهلية خصمه ، كان له أن يتمسك ببطلان الخصومة لأن هذا البطلان المتعلق بالاجراءات يتصل بالنظام العام حتى لا يجبر على موالاة اجراءات مصيرها إلى الزوال والبطلان فضلا عن ضياع الوقت والجهد والمصاريف ، وفى النهاية يكون لناقص الأهلية التمسك بالبطلان إذا صدر الحكم فى الدعوى عليه وعدم التمسك به إذا صدر الحكم لمصلحته ، وفى الحالتين يضار الخصم الآخر .

وإذا كان بطلان عقد التحكيم يستتبع حتما بطلان الخصومة فى التحكيم ، فان بطلان الخصومة فى التحكيم بسبب فقد أهلية أحد الخصوم أو نقصها ليس معناه فى كل الأحوال بطلان عقد التحكيم ؛ فقد ينعقد التحكيم صحيحاً ثم يموت أحد الخصوم ويباشر الخصومة فى التحكيم أحد ورثته القصر ، فهنا الحكم ببطلان تلك الخصومة ليس معناه بطلان عقد التحكيم ، ومن الجائز تجديدها بشرط أن يتولى الوصى موالاة الاجراءات نيابة عن القاصر .

ومما تقدم يتضح أن بطلان الخصومة فى التحكيم لنقص أهلية أحد الخصوم هو بطلان يتعلق بالنظام العام ، بينما بطلان ذات عقد التحكيم بسبب نقص أهلية أحد طرفيه هو بطلان نسبى لا يتعلق بالنظام العام ولا يتمسك به إلا من شرع لمصلحته .

ومن ناحية أخرى ، إذا كانت الخصومة فى التحكيم باطلة بسبب نقص أهلية أحد طرفيها ، أو بعبارة أعم إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة بأحد طرفيها ومع ذلك صدر الحكم فيها فى غفلة منه ، فان الحكم فى الحالتين يكون باطلا بطلاناً غير متعلق بالنظام العام لايتمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته ، كل هذا مع مراعاة أن ذات عقد التحكيم قد يكون صحيحاً على ما قدمناه .

وهكذا يتضح أن بطلان الخصومة بسبب نقص أهلية أحد طرفيها هو بطلان اجرائى من النظام العام يتعين على المحكمة أو المحكم الاعتداد به من تلقاء نفسه ، وذلك لتفادى اجراءات مهددة بالبطلان ، ويكون من المصلحة العامة الاعتداد بالأمر من تلقاء نفس المحكمة أو المحكم ، بينما متى صدر الحكم تكون الحالة التى أوجب المشرع تفاديها قد وقعت بالفعل وزالت ، فلا يملك التمسك ببطلانه إلا من شرع البطلان لمصلحته .

ومما تقدم يتضح أن بطلان عقد التحكيم أو قابليته للبطلان هو جزاء رتبه القانون المدنى عند الاخلال بركن من أركان العقد ، ويرجع اليه فى صدد تعيين الخصم الذى له الحق فى التمسك بهذا البطلان ، كما يرجع اليه فى صدد تعيين الوقت الذى يجوز فيه التمسك به ، وما يعتبر من تصرفات الخصم إجازة تزيل هذا البطلان ومالا يعتبر ، بينما بطلان الخصومة فى التحكيم بسبب نقص أهلية أحد الخصوم أو فقدها أو بسبب استئناف السير فيها رغم قيام سبب من أسباب انقطاعها بأحد الخصوم ، هو بطلان اجرائى يتعلق بالنظام العام(١)، ويرجع إلى قانون المرافعات فى صدد أحكام

---

(١) ولما تقدم وصفت محكمة النقض (فى ١٨/٥/١٩٦٧ السنة ١٨ ص ١٠٢١) بأن بطلان التحكيم المترتب على عدم اتفاق الخصوم على المحكم المصالح فى ظل القانون السابق هو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام، لا يزيله حضور المحتكمين أمام المحكم .

هذا البطلان ، وما يعتبر تصحيحاً أو نفياً له وما لا يعتبر (١) . أما بطلان الأحكام الصادرة فى الخصومة الباطلة فهو بطلان إجرائى لا يتعلق بالنظام العام ولا يتمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته ، ويرجع فى أحكامه إلى قواعد قانون المرافعات وحده .

وإذا كان عقد التحكيم باطلا بطلاناً مطلقاً ، كما إذا اتفق على التحكيم فى مسألة لا يجوز فيها الصلح لتعلقها بالنظام العام ، فان كل خصم فى الدعوى يملك التمسك بهذا البطلان ، والحكم به يستتبع حتما إلغاء التحكيم والحكم الصادر فيه . ومن ناحية أخيرة ، إذا حكم ببطلان العقد المتضمن شرط التحكيم ، فان هذا البطلان يستتبع بطلان شرط التحكيم فى غالب الحالات ، اللهم إلا إذا كان للشرط كيان مستقل ، فعندئذ يظل قائماً صحيحاً ، تطبيقاً لنظرية الانتقاص (راجع المادة ١٤٣ و ١٤٤ من القانون المدنى).

كما إذا حكم ببطلان عقد شركة ، وكان متفقاً فيه على التحكيم بصدد أى نزاع ينشأ متعلقاً به سواء حال قيام الشركة أو عند تصفيتها لأى سبب من الأسباب ، فعندئذ يكون المحكم هو المختص بتصفية الشركة على الرغم من الحكم ببطلان عقد الشركة ، بشرط الا يمتد البطلان إلى كل شروط العقد (٢) .

٩ — وقف تنفيذ حكم المحكم بقوة القانون لمجرد رفع الدعوى بطلب بطلانه :

استحدث القانون الجديد نص الفقرة الثالثة من المادة ٥١٣ التى ترتب على مجرد رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه ما لم تقض

---

(١) تصحيح الأجراء الباطل هو تكملة للاجراء ، ولا يعتد به إلا من تاريخ تصحيحه (م ٢٣) ، بينما نفى البطلان هو تمسك بصحة الاجراء من تاريخ حصوله على تقدير تحقق الغاية من الشكل ، وتحققها يوفر ضمانات ذات الشكل ، وبالتالى لا تعتبر المخالفة الموجبة للبطلان قد ارتكبت — أنظر كتاب التعليق عن المادة ٢٠ وما يليها .

(٢) أنظر رقم ١٣ من كتاب التحكيم والأحكام المشار اليها فيه وأنظر رسالة الدكتور ابراهيم نجيب سعد فى حكم المحكم رقم ٦٠ والأحكام المشار اليها فيه .

المحكمة باستمرار هذا التنفيذ . وكان هذا هو الرأى الراجح فى ظل القانون السابق ، وإن كان الخلاف لم ينقطع فى النظر العلمى بصدد أثر رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم على تنفيذه فى كل من فرنسا ومصر .

وقلنا من قبل (١) انه يترتب على رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم وقف تنفيذه ، وذلك لأن المقصود من هذه الدعوى هو انكار كل سلطة للمحكم فيما فصل فيه ، ومن ثم ينعدم الحكم إن صحت الاعتبارات التى بنيت عليها الدعوى ، فيكون من المستحسن ألا يعد صالحاً للتنفيذ إذا رفعت الدعوى بانكار أو بطلان بطلانه — خاصة وان أسباب البطلان فى التحكيم تتصل بعدم مراعاة القواعد الأساسية فى التقاضى ، فاذا كان الحكم باطلا أو مبنياً على اجراءات باطلة فمعنى هذا ان المحكم قد أغفل ما لا يجوز اغفاله من أسس الاجراءات ، وانه قد أهدر حقوق الخصوم بما قد يجعلهم فى حالة تتساوى مع حالة انكار سلطته كمحكم ، وذلك لأن المحكم لا يراعى جميع اجراءات المرافعات ، ولا يحاسب بما يحاسب به القضاء فى هذا الصدد ، ولا تترتب فى التحكيم الجزاءات والبطلان المقرر أمام المحاكم والا ما أمكن تصور فائدة ما من التحكيم ، وانما هو ملزم باحترام الأصول العامة وحماية حقوق الدفاع .

ويلاحظ أن بعض أسباب التمسك ببطلان حكم المحكم هى موضوعية ، والبعض الآخر إجرائية .

وتقول المذكرة التفسيرية فى صدد ما تقدم «ونظراً لأن حكم المحكمين ليس قضائياً ، ولأن المشرع قد منع الطعن فى حكم المحكمين بالاستئناف ، فقد رأى المشروع فى المادة ٥١٣ منه أن يرتب على مجرد رفع دعوى بطلان

---

(١) كتاب التحكيم رقم ١٢٣ ص ٢٩٩ وما يليها وقارن رمزى سيف التنفيذ طبعة سنة ١٩٦٠ رقم ١٠٢ وقارن أيضاً فتحى والى التنفيذ طبعة ١٩٦٤ رقم ٦٢ — وأنظر المراجع العديدة والأحكام المشار اليها فى كتاب التحكيم .

حكم المحكمين وقف تنفيذه . وذلك مالم تر المحكمة المرفوع اليها دعوى البطلان باستمراره بناء على طلب المحكوم له» .

وإذ تملك المحكمة أن تقضى باستمرار التنفيذ بصفة موقتة ريثما تفصل فى دعوى البطلان ، فانها تملك أيضاً اشتراط تقديم كفالة فى هذا الصدد أو أن تأمر بما تراه كفيلا بصيانة حقوق الخصوم ، فمن يملك الكثير يملك القليل . كل هذا بغير حاجة إلى نص قانونى خاص .

وإذا تضمن حكم المحكم عدة مسائل ، ورفعت الدعوى ببطلان شق من الحكم فان هذا الشق وحده هو الذى يقف تنفيذه بقوة القانون الجديد ، سواء أكان الحكم قد صدر برمته ضد رافع دعوى البطلان أو صدر ضده فقط فى هذا الشق الذى رفع بصدده دعوى البطلان .

وإذا كانت الخصومة لا تقبل التجزئة بنص فى القانون أو بحسب طبيعتها أو كان المحكم مصالحاً فان الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم فى شق من الموضوع توقف تنفيذ الحكم برمته ، وتستتبع طرح النزاع برمته أمام المحكمة .

ويلاحظ أن الحكم برفض الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم يعتبر بمثابة حكم بالاستمرار فى تنفيذ هذا الحكم ، وانما هو يقبل التنفيذ الجبرى أو لا يقبله ، أو يقبل النفاذ المعجل أو لا يقبله حسب القواعد العامة ، بمعنى انه إذا صدر الحكم برفض الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم وكان قابلا للاستئناف ، ولم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل فانه لا يجوز تنفيذ حكم المحكم **ما لم تكن** قد قضت المحكمة من قبل بناء على طلب المحكوم له بالاستمرار فى التنفيذ .

والحكم فى الدعوى ببطلان حكم المحكم لا يخول للمحكمة الفصل فى موضوع النزاع الأصلى إلا إذا تمسك أحد الخصوم بذلك ، وكان هذا الحكم قد اهدر وأبطل عقد التحكيم ، وعندئذ تكون المحكمة قد قضت فى طلبين مستقلين ، ويراعى هذا الاستقلال من ناحية تنفيذ الحكم الصادر فى كل منهما أو من ناحية وقف هذا التنفيذ .

١٠ ـ خاتمة :

يتضح من الدراسة المتقدمة مدى تأثير اتفاق الخصوم أو العنصر التعاقدى على اجراءات التحكيم وعلى الحكم الصادر فيه ، فهذه الدراسة على الرغم من تناولها مسائل متفرقة إلا أنه يجمعها طابع واحد هو الذى انتهينا اليه من دراستنا السابقة للتحكيم (١) ، وهو الذى سعى القانون الجديد إلى تحقيقه، فاذا كان المشرع يجيز اتفاق الخصوم على طرح النزاع على محكم بدلا من طرحه على المحكمة المختصة فى الأصل بنظرة فان هذا يجب أن يكون مبعثه الثقة فى حسن تقدير هذا المحكم وفى حسن عدالته ، ومن ثم نص القانون الجديد على وجوب تعيين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل وإلا فلا يتصور ثمة تحكيم . ومن ناحية أخرى ، ومتى كانت الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته هى مبعث الاتفاق على التحكيم يكون من المغالاة فى التمسك بالشكليات ، بل يكون من المغالاة فى تحقيق ضمانات الخصوم ان يكون الحكم قابلا للاستئناف . ولهذا نص القانون الجديد على أن حكم المحكم لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف ، وقرر أيضاً أن التحكيم يفرض على الورثة ولو كانوا من القصر متى كان مورثهم قد اختار المحكم قبل وفاته .

ومتى كان التحكيم قد قصد به اختصار الوقت وتفادى طول الاجراءات ، ومتى كانت الثقة فى المحكم هى مبعث الاتفاق على التحكيم ، فقد نص القانون الجديد على اعفاء المحكم من التقيد باجراءات المرافعات ولو لم يكن مصالحاً ، ليكون رأيه هو معيار الصحة والحق . وإذن هو لا يرعى جميع اجراءات المرافعات ، ولا يحاسب بما يحاسب به القضاء فى هذا الصدد . ولا تترتب فى التحكيم الجزاءات والبطلان المقرر أمام المحاكم والا ما أمكن تصور فائدة ما من التحكيم ، وانما هو ملزم باحترام الأصول العامة وحماية حقوق الدفاع ، كما يلزم باحترام كل القواعد المقررة فى باب التحكيم ، إذ هى

(١) فى كتاب التحكيم بالقضاء وبالصلح سنة ١٩٦٤ .

تقرر ضمانات أساسية للخصوم فى هذا الصدد ، وهم ما قبلوا الاتفاق على طرح النزاع إلى غير المحكمة المختصة به إلا على أساس احترام هذه القواعد .

ومن ناحية أخيرة وإذا كانت الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم تتصل فى مجموعها بحالات تعيب التحكيم لبطلانه هو أو اجراءته ، وإذا كانت هى بهذا الوصف تثير الشك فى الصفة القضائية لحكم المحكم ، يكون من الأنسب النص على وجوب وقف تنفيذ الحكم بقوة القانون بمجرد رفعها وهذا ما انتهى إليه القانون الجديد . ثم هى ، وبالوصف المتقدم ، تكفى وحدها كوسيلة للتظلم من الحكم بقصد الغائه .