هيئة التحكيم بين احترام إرادة الأطراف ومراعاة التنظيم القانوني فى المجتمع

دكتور
ابراهيم محمد السعدي أحمد الشريعي
مدرس قانون المرافعات المدنية والتجارية
بكلية الشرطة

الملخص

سوف نبين فى هذه الدراسة أن الأصل فى اختيار هيئة التحكيم يرجع إلى إرادة الأطراف أنفسهم سواء تم هذا الاختيار بواسطة الخصوم مباشرة أو عن طريق الاتفاق على التحكيم بواسطة هيئة معينة وفقاً للوائح هذه الهيئة ونظامها، وقد يتم تكوين هيئة التحكيم دون إرادة الأطراف – لأى سبب من الأسباب – وذلك عن طريق المحاكم القضائية .

كما أوضحنا مدى احترام هيئة التحكيم للضمانات الأساسية للتقاضى والالتزام بالقيود المفروضة عليها ، وذلك بهدف تحقيق التوازن المطلوب بين احترام سلطان الارادة ومراعاة التنظيم القانونى فى المجتمع .

وتوصلنا لمجموعة التوصيات التالية

١ – نناشد المشرع المصرى أن ينص على صحة اتفاق التحكيم إذا تضمن أسماء المحكمين أو على الأقل الطريقة التى سيتم بها تعيينهم على النحو الذى جاء به المشرع الفرنسى فى المادتين ٢/١٤٤٣، ٢/١٤٨٨ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد وإلا كان الشرط أو المشارطة باطلة.

٢ – احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة الذى يقوم عليه نظام التحكيم، فطالما لجأ أطراف التحكيم إلى المحكمة فيجب احترام هذه الرغبة وتحقيقها لهم دون عقبات ،وهذا ماذهب إليه المشرع المصرى أيضاً **إلا أنه كنا نفضل** أن يستعمل المشرع المصرى لفظ "يجب على المحكمة" بدلا من "تولت المحكمة" فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى وذلك منعاً لغموض العبارات التى قد تؤدى إلى الجدل الفقهى .

٣ – طالما أن المشرع لم يحدد وسيلة معينة لتقديم طلب تعيين المحكم المرجح إلى المحكمة؛ وبالتالى يجوز تقديمه بأية وسيلة سواء بأمر على عريضة أو بصحيفة أو بغيرها ، ومن ثم ترك الحرية لطرفى التحكيم فى هذا الشأن ولا يجوز للمحكمة فرض أمر لم يتطلبه المشرع.

وبالتالى فإن النص الحالى "المادة ١٧" من قانون التحكيم يحقق الغرض منه. **أما فى حالة تعديل النص القائم فيقترح** أن يكون النص كالتالى "..... بناء على طلب

أحد الطرفين إما بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو بأمر على عريضة من رئيس المحكمة المختصة.....".

٤- إلزام هيئة التحكيم بوجوب مراعاة أحكام قانون التحكيم المصرى دون تفرقة بين النصوص الآمرة والنصوص المكملة حيث جاءت عبارة "مع مراعاة أحكام هذا القانون" مطلقة ولم تخصص الأحكام الآمرة لتلتزم بها هيئة التحكيم دون الأحكام المكملة كما أن الأحكام المكملة يجوز الاتفاق على ما يخالفها – وهذا القيد ليس له مقابل فى القانون الفرنسى – وإنما يؤيده الفقه الفرنسى .

مقدمـــة

تمهيد

يُعتبر التحكيم من أقدم الوسائل لفض المنازعات بين أفراد المجتمع وبعضهم، وبين الأفراد والجماعات الأخرى، وحل المنازعات بين الدول.

ففى المجتمعات البدائية كان التحكيم هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق العدل، وحماية النظام فى المجتمع، وقد لجأ الإنسان إلى التحكيم لفض المنازعات مضطراً ومجبراً على طرح نزاعه على طرف ثالث للفصل فيها.

وبتطور المجتمع تطورت قواعد التحكيم شأنها فى ذلك شأن كافة القواعد القانونية التى تتطور بشكل تدريجى ومستمر إلى أن أصبحت تتبوأ المرتبة الاولى كطريق لفض المنازعات فى الدولة بمفهومها الحديث خاصة فى مجال التجارة الدولية بما تحققه تلك القواعد من سرعة البت فى المنازعات مع قلة النفقات لتحقيق التوازن المنشود بين أفراد المجتمع بعيداً عن قضاء الدولة المعروف ببطئه الشديد وإجراءاته المعقدة مع ارتفاع تكاليف التقاضى[١]. وتصاعدت أهمية التحكيم علي المستوى الدولي خاصة بعد الحرب العالمية الثانية ٠

وقد اهتم المشرع المصرى كغيره من مشرعى العالم بالتحكيم، فضمن قواعد التحكيم فى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى المواد من (٥٠١) حتى م (٥١٣)، ثم ألغيت تلك المواد مع صدور قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وعدد مواده (٥٨) مادة بصدد التحكيم الموحد (الداخلى والخارجى) [٢].

وقد تناول المشرع المصرى أمر التحكيم فى تشريعاته المختلفة حتى وصل إلى إصدار قانون التحكيم الحالى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وذلك على النحو التالى:

---

(١) د. نجيب أحمد عبد الله : التحكيم قبل الإسلام، الإسكندرية، المكتب الجامعى الحديث، ٢٠٠٦، ص ٥.

(٢) قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية والمذكرات الإيضاحية وجميع الأعمال التحضيرية المتعلقة به، صادر عن إدارة التشريع بوزارة العدل، تقديم المستشار فاروق سيف النصر، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٨-١١.

- تضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالأمر العالى المؤرخ ١٨٨٣/١١/١٣ تنظيم قواعد التحكيم فى الفصل السادس من الباب العاشر تحت عنوان "فى تحكيم المحكمين" وذلك من خلال ٢٦ مادة هى المواد من ٧٠٢ إلى ٧٢٧.

- ألغى قانون المرافعات القديم وحل محله قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٤٩ الذى عالج مسائل التحكيم فى الباب الثالث من الكتاب الثالث حيث احتوى هذا الباب المواد من ٨١٨ إلى ٨٥٠.

- نشأ فى مصر ما يعرف بالتحكيم الإجبارى، وهو طريق نظمته القوانين المتعاقبة التى وضعت التنظيم القانونى لهيئات شركات القطاع العام وكان آخره القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ حيث اختصت هيئات التحكيم التى يصدر بتشكيلها قرار من وزير العدل وتختص بالحكم فى المنازعات التى تنشأ بين الهيئات العامة أو الجهات الحكومية أو شركات القطاع العام وبعضها.

- انعكس هذا الوضع كله على المشرع عندما وضع قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ حيث استشعر تضاؤل اهمية التحكيم الاختيارى إلى اقصى حد فلم يتناوله إلا فى المواد من ٥٠١ حتى ١٣ فى تنظيم أدنى مما أوردته القوانين السابقة سواء الصادر عام ١٨٨٣ أو الصادر فى ١٩٤٩.

يرجع الأصل فى تكوين هيئة التحكيم إلى إرادة الأطراف وما اتجهت إليها هذه الإرادة من منح المحكم سلطة الفصل فيما شجر بينهم بحكم شأنه شأن أحكام القضاء يحوز حجية الشئ المحكوم به بمجرد صدوره[١].

فالأطراف فى التحكيم هم الذين يشكلون هيئة التحكيم وينظمون ما تخضع له من أحكام وذلك وفقاً لنص المادة (١٥) من قانون التحكيم "تشكل هيئة التحكيم بإتفاق الطرفين....". وتستمد هيئة التحكيم ولايتها فى الفصل فى النزاع محل التحكيم من

(١) الطعنان رقما ٨٨٧، ١١٥٤ لسنة ٥٩ ق – جلسة ١٩٩١/١/١٤ س ٤٢ ع ١، ص ١٨٤.

اتفاق الخصوم على اختيار أعضائها ويترتب على ذلك بطلان التحكيم الذى يصدر من هيئة تم تشكيلها أو تعيينها على وجه مخالف لاتفاقهم[١].

والاستثناء هو اختيار المحكمين بواسطة المحكمة، وذلك فى حالة إذا لم يتم اختيارهم بواسطة الأطراف، وقد نظمت ذلك المادة (١٧) من قانون التحكيم[٢].

وقد نص قانون التحكيم على أكثر من طريقة لتكوين هيئة التحكيم فقد يتفق أطراف النزاع أنفسهم على اختيار هيئة التحكيم سواء تم الاختيار بواسطة الخصوم مباشرة أو عن طريق الاتفاق على التحكيم بواسطة هيئة معينة وفقاً للوائح هذه الهيئة ونظامها، وقد يتم تكوين هيئة التحكيم دون إرادة الأطراف – لأى سبب من الأسباب – وذلك عن طريق المحاكم القضائية.

أهمية الموضوع

تلعب هيئة التحكيم دوراً بارزاً فى انجاح نظام التحكيم أو اخفاقه،وذلك من خلال تذليل الصعوبات القانونية التى تقابلها.فهى تعد بمثابة العمود الفقرى لخصومة التحكيم بغية الوصول الى حكم تحكيم قابل لتنفيذه.فيختلف التحكيم عن القضاء العادى في أنه يستلزم وجود اتفاق بين الخصوم أونص خاص فى القانون ،فهو نظام يقوم أساساً على مبدأ سلطان الارادة ،فإذازالت هذه الارادة فلايعتبر تحكيماًوإنما هو قضاء دولة([٣]).

مشكلة الدراسة

ازاء رغبة هيئة التحكيم فى تحقيق الموازنة بين مقتضيات احترام سلطان الارادة وبين مقتضيات احترام التنظيم القانونى للمجتمع . فتحدث بعض الاشكاليات القانونية تمثل مشكلة الدراسة ،وينبغى البحث عن حلول لها من خلال تناول الموضوع بالبحث .

---

(١) الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ٦٧ ق – جلسة ١٩٩٨/٦/٢٠، س ٤٩، ع٢، ص ٥٤٣.
(٢) د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم،الجزء الاول،بدون دار نشر،٢٠١١ ، ص ٣٢٠.
(٣) د. محسن شفيق ،التحكيم التجارى الدولى (دراسة فى قانون التجارة الدولية)،القاهرة ،دارالنهضة العربية ،ص ١٥، بند ١١ .

منهج الدراسة

اعتمدت في تناولى لموضوع الدراسة على المنهج الوصفى والتحليلي حيث تم وصف هيئة التحكيم وكيفية تشكيلها سواء باتفاق الأطراف أو عن طريق الغير ،وأيضاً كيفية احترامها لارادة أطراف التحكيم مع مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضى ،والالتزام بالقيود المفروضة عليها .ومن خلال تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية والأراء الفقهية المتعلقة بالبحث أوضحت مظاهر الخصوصية التى تتميز بها هيئة التحكيم عن قضاء الدولة ومايترتب على ذلك من أثار لانهاء خصومة التحكيم وفى ذات الوقت احترام النظام العام فى المجتمع .

تساؤلات الدراسة

تثيرالدراسة التساؤل الرئيسى الآتى : ما مدى احترام هيئة التحكيم لسلطان إرادة الأطراف ،وفي ذات الوقت مراعاة التنظيم القانونى فى المجتمع؟

كما تثير الدراسة عدة تساؤلات فرعية على النحو التالى :

١- كيف يتم اختيار هيئة التحكيم ؟

٢- فى حالة عدم اتفاق الأطراف علي اختيار هيئة التحكيم ،ماهى الوسيلة القانونية لاختيارها ؟

٣- مامدي مراعاة هيئة التحكيم للضمانات الأساسية فى التقاضى ؟

٤- هل تلتزم هيئة التحكيم بمراعاة التنظيم القانونى فى المجتمع ؟

خطة الدراسة

سوف نتناول موضوع الدراسة من خلال خطة بحث وذلك علي النحو التالى :-

المبحث الأول : مدى احترام إرادة أطراف التحكيم فى اختيار هيئة التحكيم .

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم بإتفاق الأطراف أنفسهم.

المطلب الثانى: تشكيل هيئة التحكيم بمعرفة مراكز التحكيم.

المطلب الثالث: تشكيل هيئة التحكيم بمعرفة قضاء الدولة.

المبحث الثانى : مدى احترام هيئة التحكيم للتنظيم القانونى فى المجتمع

المطلب الأول: الضمانات الأساسية للتقاضى التى تلتزم بها هيئة التحكيم.

المطلب الثانى: القيود المفروضة علي هيئة التحكيم في اختيار الإجراءات التى تطبقها.

المبحث الأول
مدى احترام إرادة أطراف التحكيم فى اختيار هيئة التحكيم

تمهيد وتقسيم

يقوم التحكيم على اتفاق الأطراف، وهذا الاتفاق هو الذى يحدد موضوع النزاع الذى يمكن الفصل فيه عن طريق التحكيم فى كل حالة على استقلال، ومن اتفاق الأطراف يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل فى موضوع النزاع، كما حدد ذلك الاتفاق، وبذلك يتقيد المحكمون باتفاق التحكيم بالنسبة للمسائل محل النزاع أو بالنسبة للسلطات المخولة لهم بمقتضاه[١].

وقد نص قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على كيفية اختيار هيئة التحكيم، وجعل لإرادة الخصوم الرضائية النصيب الأكبر، وهذا يستفاد من نصوص المواد (١/٤، ١٠، ١٥، ١٧) من القانون. وإذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم هنا عمد المشرع إلى تدخل قضاء الدولة لاختيار هيئة التحكيم وذلك لضمان السرعة فى تشكيل هيئة التحكيم حرصاً من المشرع على تحقيق ما ابتغاه من إصدار قانون للتحكيم كوسيلة مثلى لفض المنازعات.

والفكرة التى يقوم عليها التحكيم وتعطى الحق فى أطراف النزاع الاتفاق فيما بينهم على اختيار هيئة التحكيم تحقق خصوصية التحكيم فالخصوم هم الذين يختارون القضاة ويلزمون أنفسهم بتنفيذ ما يحكم به، فى حين أن قضاء الدولة يتم فيه تعيين القاضى من قبل الدولة وتُلزم الناس بالتقاضى أمامه وتنفيذ الأحكام التى تصدر عنه اختيارياً أو جبراً.

وسوف نتناول هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم بإتفاق الأطراف أنفسهم.

المطلب الثانى: تشكيل هيئة التحكيم بمعرفة مراكز التحكيم.

المطلب الثالث: تشكيل هيئة التحكيم بمعرفة قضاء الدولة.

---

(١) استئناف القاهرة، د٦٣ تجارى، دعوى رقم ١١١/٢٢٤٠ ق، جلسة ١٩٩٥/٢/٢٢، والدعوى رقم ١٢٠/١٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٧/٢٧.

المطلب الأول

تشكيل هيئة التحكيم بإتفاق الأطراف أنفسهم

تنص المادة (١٥) من قانون التحكيم على "تشكل هيئة التحكيم بإتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفق على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً".

هذا النص يبرز خصوصية التحكيم مقابلة بقضاء الدولة الذى يسلب حق الخصوم فى اختيار القاضى أو القضاة الذين ينظرون الدعاوى التى ترفع منهم أو عنهم، فهذه مسألة تتعلق بالنظام العام بما يترتب على ذلك من آثار[١].

ويختلف القانون الفرنسى الجديد في هذه الجزئية عن قانون التحكيم المصرى حيث لم يرتب البطلان على عدم نص اتفاق التحكيم على تشكيل المحكمة التحكيمية من عدد زوجى من المحكمين بل أوجب على الأطراف تعيين المحكم التكميلى ليصبح العدد فردياً(وتراً) ،وفى حالة عدم الاتفاق عينه المحكمون المختارون وذلك خلال مدة شهر من تاريخ قبولهم مهمتهم ،وفى حالة عدم الاتفاق أيضاً عينه القاضى المساند المشار إليه بالمادة ١٤٥٩ [٢])

كما تنص المادة (١/١٧) من ذات القانون على أنه "لطرفى التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم..." وهو ما تأخذ به أيضاً إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، كما تنص أيضاً المادة (٣/١٦) من ذات القانون على أنه "يجب أن يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة،....". فتوافق ارادة طرفي التحكيم هو أساس ومصدر سلطة المحكمين[٣]٠

فالمبدأ الأساسى فى تشكيل هيئة التحكيم هو أن يتفق الأطراف أنفسهم على اختيار أعضاء هيئة التحكيم وينظمون ما تخضع له من أحكام، وفى حالة عدم وجود

---

(١) د. أحمد صدقى محمود: خصوصية إجراءات التحكيم، ورقة عمل مقدمة إلى مركز التحكيم بكلية الحقوق، جامعة عين شمس يوم الاثنين الموافق ٢٠٠٨/٢/١٨.

(٢) د٠أسامة أبو الحسن مجاهد ، قانون التحكيم الفرنسى الجديد ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،٢٠١٢ ، ص٣٠-٣١ ٠

(٣) د. أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم، ٢٠٠٧،ص ٢٦ ٠

هذا الاتفاق تتولى المحكمة تشكيل هيئة التحكيم، وفى الحالتين يلزم قبول المحكم الذى يقع عليه الاختيار لمهمة التحكيم، وهذا ما سوف نعرض له فيما يلى:

تلعب إرادة طرفى التحكيم دوراً رئيسياً فى تشكيل هيئة التحكيم، فإذا اتفق الطرفان على أن تكون إرادتهما هى المرجع الأول فى تشكيل الهيئة، تعين الالتزام بهذا الاتفاق ويعبر عن ذلك بـــأن التحكيم نظام قضائي ارادي[١].

وطبقاً للمادة (١٥) والمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى، فإن هيئة التحكيم تشكل بمعرفة طرفى النزاع، فإذا كانت إحادية أى أنها مكونة من محكم واحد فإن الطرفين يختارا ذلك المحكم وفق المعايير التى يتفقان عليها، وإذا كانت هيئة التحكيم متعددة كأن تكون ثلاثة محكمين فيختار كل طرف محكمه ثم يختار رئيساً للهيئة أو يختار الرئيس المحكمين السابق اختيارهما[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصرى لم يضع حداً أقصى لعدد المحكمين طالما اتفق الطرفان على ذلك، بشرط أن يكون العدد وتراً ويتعين علي الخصم صاحب المصلحة تقديم الدليل علي أن العدد وتراً. ولم يحدد المشرع عدد المحكمين إلا فى حالة عدم اتفاقهما على العدد، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (١٥) من قانون التحكيم على أن العدد فى هذه الحالة يكون ثلاثة، وهو ما تنص عليه المادة (٣٧) من اتفاقية واشنطن،المادة (١٠)من القانون النموذجي[٣].

ونصت المادة (١٠) من قانون التحكيم المصرى علي أنه لا يلزم الخصوم بتعيين أشخاص المحكمين فى اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أم مشارطة، كما أن المادة (١٧) من القانون تنص على أنه لطرفى التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين، وعلى كيفية هذا الاختيار ووقته. وبالتالى فإن المشرع المصرى لا يلزم الخصوم بتعيين هيئة التحكيم فى الاتفاق على التحكيم أيا كانت صورته، وعلى العكس من ذلك نص المشرع الفرنسى فى التعديلات الجديدة بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١ بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ فى المادة (٢/١٤٤٣) مرافعات فرنسى على أنه

---

(١) دكتور/ هيثم عبد الرحمن البقلى، التحكيم الإلكترونى كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، دار العلوم للنشر، ٢٠١٣، ص ١٢٢.

(٢) د. محمد أحمد شحاته: التحكيم فى الفقه والقانون المقارن، الإسكندرية، المكتب الجامعى الحديث، ٢٠١٠، ص ١٠٩.

(٣) د. أحمد السيد صاوي ،الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ علي ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية ،٢٠١٣ ،الطبعة الرابعة، ص ص١٣٤-١٣٥.

يجب على الخصوم أن يعينوا المحكم أو المحكمين فى شرط التحكيم أو على الأقل طريقة تعيينهم، وإلا كان الشرط باطلاً[١]. كما أجازت المادة (٢/١٤٤٨) من قانون المرافعات الفرنسى للخصوم تعيين المحكمين بأسمائهم أو الاكتفاء ببيان الطريقة التى على أساسها يتم تعيينهم وإلا كانت المشارطة باطلة. ونظمت المادة (١٤٥٢) من القانون الفرنسى الجديد كيفية تعيين المحكمين إذا لم يتفق الأطراف بأن اعطت هذا الحق للشخص المختص بتنظيم التحكيم (مركز التحكيم) ، فإذا لم يقم بذلك ، تولى القاضى المساند تعيينهم ٠كما أشارت المادة (١٤٥٣) لذات الحل فى حالة زيادة عدد أطراف المنازعة أكثر من اثنين ، ولم يتفق الأطراف على كيفية تشكيل المحكمة التحكيمية ، بل وأيضاً فى حالة مواجهة أية منازعات أخرى قد تعترض تشكيل هئية التحكيم (٢) ٠

ومع ذلك يذهب رأى فى الفقه[٣]. إلى أنه لا يمكن القول بصحة اتفاق التحكيم – سواء كان شرطاً أو مشارطة – إذا اشار إلى مبدأ اللجوء إلى التحكيم فقط دون الإشارة إلى كيفية تعيين المحكمين سواء فى مجال العلاقات الداخلية أو مجال العلاقات الدولية، وإنما يجب فى جميع الأحوال أن يحدد الأطراف على الاقل الطريقة التى سيتم فيها تعيينهم سواء عن طريقهم هم أنفسهم أو عن طريق شخص من الغير طبيعى أو معنوى وذلك لتلافى الاشكاليات القانونية التى قد تحدث عند حدوث أى نزاع مستقبلاً .

<u>ونؤيد الرأى</u> الذى يناشد فيه المشرع المصرى أن ينص على صحة اتفاق التحكيم إذا تضمن أسماء المحكمين أو على الأقل الطريقة التى سيتم بها تعيينهم

على النحو الذى جاء به المشرع الفرنسى فى المادتين ٢/١٤٤٣، ٢/١٤٨٨ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد[٤]، وإلا كان الشرط أو المشارطة باطلة.

وجدير بالذكر أن معظم التشريعات العربية قد أوجبت تعيين المحكم أو المحكمين فى الاتفاق على التحكيم سواء كان فى صورة شرط أو مشارطة مثال ذلك

---

(١) د. نبيل إسماعيل عمر: التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الاسكندرية ،دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص٨٦ ، بند ٧٣ .

(٢) د٠أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص ٣٣ ٠

(٣) د. على بركات: خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ص٩٣-٩٤،بند ١٠٠ .

(٤) د. سيد أحمد محمود: نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون والوضعى الكويتى والمصرى فى ضوء أحدث التشريعات والتطبيقات القضائية، دار نصر للطباعة الحديثة، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٦٢. د. على بركات، مرجع سابق، ص ٩٤ ، بند١٠٠.

القانون اليمنى فقد أوجب تعيين شخص المحكم أو المحكمين فى اتفاق التحكيم (شرطاً أو مشارطة) واعتبره أمراً جوهرياً ولم يعتبره أمراً جوازياً، ورتب على مخالفته البطلان، وبالتالى لا ينعقد الاتفاق، لأن تعيين المحكم ركن أساسى وليس شرطاً لصحة هذا الاتفاق، ولكن مع ذلك يجوز للأطراف الاتفاق على طريقة معينة يتم به تشكيل هيئة التحكيم عملاً بالمادة ١٧ من قانون التحكيم اليمنى[١]. حيث نصت على "يجب تعيين شخص المحكم أو المحكمين فى اتفاق التحكيم، وفيما عدا التحكيم بين الزوجين، أو الحالات التى يتفق فيها الطرفان على خلاف ذلك، إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان باطلاً".

كما أوجب المشرع التونسى فى قانون التحكيم التونسى رقم ١٩٩٣/٤٢ الصادر فى ١٩٩٣/٤/٢٦ فى المادة (١٧) منه تعيين موضوع النزاع وبيان اسماء المحكمين صراحة أو دلالة فى إتفاق التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً[٢].

أما المشرع الكويتى[٣] فقد أجاز اختيار المحكم أو المحكمين فى اتفاق التحكيم ذاته أو فى اتفاق لاحق وذلك وفقاً لنص المادة (١٧٤) من قانون المرافعات الكويتى أو بواسطة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بحكم نهائى وذلك وفقاً

---

(١) د. نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلى: التحكيم فى القوانين العربية، دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية، الإسكندرية، المكتب الجامعى الحديث، ٢٠٠٦، ص ٢٠٨.
د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسى، النظام القانونى لاتفاق التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، الإسكندرية، المكتب الجامعى الحديث، ٢٠٠٨، الطبعة الثانية ص ١٤٤.

(٢) د. عادل محمد خير: مظاهر الاتفاق والاختلاف بين التشريعات العربية للتحكيم التجارى المحلى والدولى، دراسة مقارنة بين تشريعات التحكيم فى مصر، سلطنة عمان، تونس، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، الطبعة الأولى، ص ٦٨.

(٣) لقد نظم المشرع الكويتى نوعين من التحكيم هما:
- التحكيم العادى أو الفردى أو الخاص الذى يكون منظماً وفقاً للمواد من ١٧٣: ١٨٨ ماعدا المادة١٧٧ من الباب الثانى عشر تحت عنوان "التحكيم" فى الكتاب الثانى من قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالى رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ وتعديلاته، علاوة على الاتفاقية الدولية التى انضمت إليها الكويت خاصة اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التى انضمت إليها وصدقت عليها بمقتضى القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/٣/٢٦.
- التحكيم القضائى "المختلط أو المؤسسى" بمقتضى المادة (١٧٧) من قانون المرافعات الحالى والتى ألغيت بمقتضى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائى فى المواد المدنية والتجارية والذى حل محلها، وتشكل هيئة التحكيم من خمسة أعضاء ثلاثة من القضاة واثنين من المحكمين بواسطة الخصوم، ويتكون القانون من (١٤) مادة.

لنص المادة (١٧٥) من قانون المرافعات الكويتى ولا يبطل الاتفاق بسبب عدم اختيار المحتكمين للمحكم فى اتفاق التحكيم ذاته فيجوز فى هذه الحالة لأحد المحكمين أن يلجأ إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لو لم يوجد تحكيم وذلك بالطرق المعتادة لرفع الدعوى ويصدر حكم المحكمة فى هذه الحالة باتاً لا يجوز فيه الطعن بأى طريقة "م٧٥ مرافعات كويتى"، أما التحكيم بالصلح والذى يُعطى فيه المحكمون سلطة الفصل فى النزاع وفقاً لقواعد العدالة وليس وفقاً لقواعد القانون وهذا التحكيم يسمى تحكيماً طليقاً فيجب أن يكون اتفاق المحكمين على ذلك صراحة، ولا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح ولا الحكم منهم بصفة محكمين صالحين إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم فى الاتفاق على التحكيم "م١٧٦ مرافعات". وبالتالى إذا لم يحدد ذلك فى إتفاق التحكيم كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، لأن هذا التحديد يمثل ركنا أساسياً فى اتفاق التحكيم. كما يقوم التحكيم بالصلح على الثقة الكاملة فى شخص المحكم ومن ثم يجب أن يعرفه ويحدده الخصوم فى اتفاق التحكيم[١].

أما النظام السعودى فى التحكيم[٢]. فالأصل هو التعيين الاتفاقى فتعد قوائم للمحكمين يختار منها الخصوم أو من غيرها بالاتفاق بين وزير العدل ووزير التجارة ورئيس ديوان المظالم، ويُعين فى وثيقة التحكيم باتفاق المحكمين، وفى حالة عدم الوصول إلى اتفاق لوجود عقبات فى ذلك قامت الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع بتعيين من يلزم من المحكمين ويتم ذلك بناءً على طلب من يهمه التعجيل من الخصوم على أن يكون العدد المعين مساوياً أو مكملاً لما تم الاتفاق عليه ويكون القرار نهائياً، وعلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن يصدر قرار باعتماد وثيقة التحكيم فى خلال ١٥ يوماً وأن تخطر هيئة التحكيم بقرارها[٣]، ومما لاشك فيه أن طريقة اختيار المحكمين من قبل الأطراف مباشرة هى الطريقة الأكثر تمشياً مع روح التحكيم وفلسفته التى تقوم على النزاهة والثقة فى المحكم وعدم إفشاء الأسرار وسرية المنازعات والمستندات والوثائق والحفاظ على ثقة الأفراد والدول فى المركز المالى للشركات الكبرى، فكل هذه الاعتبارات لا يستطيع تقديرها سوى

(١) د. سيد أحمد محمود: نظام التحكيم دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٨٧-٨٨.

(٢) عالج المشرع السعودى فى هذه الجزئية من خلال المادة الخامسة من نظام التحكيم السعودى الصادر بالمرسوم الملكى م ٤٦ بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ.

(٣) د. سيد أحمد محمود: نظام التحكيم دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٤٥-٤٦.

الخصوم أنفسهم، ومن ثم فقد كفل قانون التحكيم الموحد المصري حرية الأطراف أنفسهم فى اختيار هيئة التحكيم[١].

المطلب الثانى

تشكيل هيئة التحكيم بمعرفة مراكز التحكيم

قد يتفق أطراف التحكيم على تفويض هيئة أو منظمة أو مركز للتحكيم الدائم على القيام بمهمة التحكيم لحسم النزاع، وهذا التفويض يحمل ضمناً تفويضاً بتشكيل هيئة التحكيم بواسطة تلك الجهة وفقاً للنظم واللوائح التى تعمل بها تلك الجهة فى اختيار المحكمين أو تحديد وسيلة اختيارهم[٢].

وهنا قد يفضل أطراف النزاع وخاصة فى المنازعات التجارية والدولية اللجوء إلى التحكيم بواسطة مراكز التحكيم لما لديها من لوائح داخلية تحدد كيفية اختيار المحكمين وقوائم المحكمين يتم الاختيار من بينها حتى يسهل على أطراف التحكيم سرعة تشكيل هيئة التحكيم[٣].

وفى حالة رفض هيئة التحكيم المختارة من قبل مركز التحكيم فإنه يتم إعمال لوائح هذا المركز فيما يتعلق باختيار من يحل محلها[٤].

وقد يوجه النقد إلى هذا الأسلوب فى اختيار المحكمين لما قد يثار من شك أو مخاوف فى عدالة أو نزاهة بعض مراكز التحكيم الدائمة خاصة التى تعمل منها فى مجال مهنى معين ،وان بعض الخصوم من غير الممارسين لهذه المهنة ، وأن هذه المراكز تعمل على قصر القيام بالتحكيم على المحكمين المختارين بواسطتها والمدرجين على قوائمها [٥].

---

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٨٧، بند ٧٤. د. محمد أحمد شحاته، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٢) لقد أخذ قانون التحكيم المصرى الموحد بفكرة التحكيم المؤسسى أو عن طريق الغير، ويعتبر من الغير فى هذا الشأن كل منظمة أو مركزاً للتحكيم فى جمهورية مصر العربية أو فى خارجها، م (٥) من قانون التحكيم؛ د. سيد أحمد محمود: نظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٦٢، هامش رقم (١).

(٣) د. محمد أحمد شحاته، مرجع سابق، ص ١١١.

(٤) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٨٨، بند ٧٥.

(٥) د. على بركات، خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٦٥، بند ٦٤ .

ونحن لا نميل إلى تعميم هذا النقد إذ يتعارض مع ما أسسه المشرع المصرى فى قانون التحكيم الموحد فى المادة الخامسة من الترخيص للغير فى اختيار هيئة التحكيم، ويعتبر من الغير فى هذا الشأن كل منظمة أو مركز للتحكيم فى جمهورية مصر العربية أو فى خارجها إذا تعارضت بنود الاتفاق على التحكيم مع نصوص لائحة مركز التحكيم فإن نصوص الاتفاق هي التى تُطبق إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة فى مجال التحكيم[١].

وسواء تم اختيار المحكم أو المحكمين بطريق الخصوم مباشرة أو بطريق غير مباشر فيكون اختيار المحكمين بأسمائهم وأشخاصهم، وقد يكون بصفتهم ولكن يجب أن تكون هذه الصفة قاطعة الدلالة على شخص المحكم كأن يتفقوا الأطراف على اختيار نقيب المهندسين الحالى أو نقيب المحامين الحالى، أما إذا توافرت الصفة فى أكثر من شخص كأن يكون مهندساً أو طبيباً أو محاسباً أو محامياً فإن ذلك يؤدى إلى البطلان[٢].

وقد يعهد الخصوم لشخص من الغير باختيار الهيئة كلها أو معظمها أو اختيار المحكم الوحيد أو المرجح أو الرئيس وذلك وفقاً لنص المادة الخامسة من قانون التحكيم المصرى، وفى هذه الحالة يتقيد الخصوم بهذا الاختيار ويلتزموا به وفقاً لنص م(٢/١٧) من قانون التحكيم المصرى[٣].

ولم يحدد المشرع للأطراف مدة معينة يجب فى خلالها أو بعد انقضائها أو قبل بدئها تشكيل هيئة التحكيم، ولم يضع تنظيماً قانونياً لهذا الميعاد[٤].

وإذا لم يتفق الأطراف على اختيار المحكم وعلى كيفية ووقت اختيارهم كان التعيين فى هذه الحالة من خلال قضاء الدولة وذلك وفقاً لأحكام م(١٧) من قانون التحكيم المصرى.

---

(١) د. على بركات، المرجع السابق، ص ١٢٦، بند ١٣١ .

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٨٧، بند ٧٤.
د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسى، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٣) د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

(٤) د. محمد أحمد شحاته، مرجع سابق، ص ١١٠.

المطلب الثالث

تشكيل هيئة التحكيم بمعرفة قضاء الدولة

قد لا يتيسر الاتفاق حول هيئة التحكيم لا بطريق الخصوم ولا بطريق مركز التحكيم، ومن ثم فإن المشرع اتجه إلى تدخل قضاء الدولة فى اختيار هيئة التحكيم حرصاً منه على حسم النزاع وسرعة الفصل فيه[١].

ويستنتج من مضمون المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى أن اتفاق التحكيم لا ينهار إذا لم يتفق طرفا التحكيم على تعيين المحكمين، وإنما تقوم المحكمة المختصة بتعيين المحكمين فى هذه الحالة[٢].

قد يصادف تشكيل هيئة التحكيم بمعرفة قضاء الدولة العديد من العقبات، وهنا يواجه المشرع هذه العقبات من خلال نصوص قانون التحكيم.

وضعت المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى نظاماً لاختيار المحكمين بواسطة المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من القانون وهى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو محكمة الاستئناف وتختص باختيار المحكمين **فى الحالات الآتية**[٣]:

الحالة الأولى: إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد وكان قد تقدم لها أحد طرفى النزاع بطلب تعيين هذا المحكم.

الحالة الثانية: إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين ولم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الأخر فى النزاع.

---

(١) د. محمد أحمد شحاته، المرجع السابق، ص ١١٢.

(٢) د. على سالم: ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٧، ص ٢١٩، فقد كان موقف المشرع المصرى قبل صدور قانون التحكيم الموحد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ كثيراً ما أدى إلى عدم فاعلية التحكيم، وعندما صدر قانون التحكيم لم يستوجب المشرع تعيين أشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى إتفاق مستقل، وإنما أجاز لطرفي التحكيم الاتفاق على كيفية ووقت اختيارهم، فإذا لم يتفقا جاء دور المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من قانون التحكيم لتعيين المحكمين (م١٧ من قانون التحكيم).

(٣) د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ص٣٦٣-٣٦٤.

الحالة الثالثة: إذا كان كل طرف قد اختار محكمه ولم يتفق المحكمان المختاران على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين أخرهما وذلك بشرط أن يقدم أحد طرفى النزاع طلباً بذلك للمحكمة[١].

ويكون فى هذه الحالة للمحكم الذى اختاره المحكمان المعينان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين.

الحالة الرابعة: إذا خالف أحد طرفى النزاع إجراءات اختيار المحكمين التى اتفق عليها.

الحالة الخامسة: إذا لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه.

الحالة السادسة: إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه فى هذا الشأن.

وفى جميع الحالات السابقة[٢] تتولى المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) نظر النزاع أو القيام بالإجراء أو العمل المطلوب – بناءً على طلب أحد الطرفين– إلا إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء تم فى مصر أو خارجها؛ فيكون الاختصاص

---

(١) وهذا الميعاد يُعد ميعاداً ناقصاً، ولم يرتب المشرع على مخالفته أى جزاء أو سقوط، كما لم يحدد شكل الطلب الذى يُرسل إلى الطرف الذى لم يعين محكمه، ولم يحدد إجراءات الإرسال، والأفضل أن نترك هذه الأمور لاتفاق الخصوم واختيارهم، وقانون التحكيم المصرى يجيز للمحكمة المختصة تعيين هيئة التحكيم بأكملها عند الحاجة. د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، ص ٩٣، بند ٧٩-٢.

(٢) يذهب رأى فى الفقه إلى اعتبار هذه الحالات جاءت على سبيل المثال لا الحصر فهى مجرد أمثلة على العقبات التى قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم ويجوز للخصوم اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكمين إذا حدث عارض او سبب – سواء أكان راجعاً لأحد الخصوم أو إلى أى ظروف أخرى – حال دون إتمام تشكيل هيئة التحكيم حتى ولو لم يرد النص عليه فى التشريع لأنه لا يعقل أن يبيح المشرع مبدأ التدخل القضائى ثم يقصره على حالات معينة دون حالات أخرى تؤدى إلى نفس النتيجة وهى إعاقة تشكيل هيئة التحكيم وتطبيقاً لذلك يُرى أنه إذا اتفق الخصوم على تحكيم عدد زوجى من المحكمين وأراد أحدهما تكملة تشكيل هيئة التحكيم احتراماً لقاعدة وترية عدد المحكمين ورفض الخصم الآخر فإنه من الجائز للخصم المتضرر أن يلجأ للقضاء طالباً تعيين المحكم الذى سيكمل تشكيل الهيئة لأن العلة واحدة ولا يجوز للخصم الآخر الادعاء هنا بأن هذه الحالة غير واردة فى المادة (١٧) سالفة الذكر، على بركات، مرجع سابق، بند ١٥٠، ص ص١٤٢-١٤٣.

لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر، ويكون لهذا المحكم رئاسة هيئة التحكيم[١].

وعلى المحكمة المختصة أن تراعى فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبها قانون التحكيم، وتلك التى اتفق عليها الطرفان، ويتعين أن تصدر قرارها على وجه السرعة، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨، ١٩) من هذا القانون، ولا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأى من طرق الطعن.

ويقدم طلب التعيين إلى المحكمة ممن تتوافر فيه شرطى الصفة والمصلحة أى يجب أن يكون طرفاً فى اتفاق التحكيم، وبالتالى ليس لأى من المحكمين اللذين يكون قد تم اختيارهما تقديم هذا الطلب إذ لا مصلحة لأى منهما فيه، كما لا يجوز تقديم هذا الطلب من هيئة التحكيم ذاتها بفرض أن هناك مشاكل تتعلق بتشكيلها[٢].

أهم الإشكاليات التى قد تثار بشأن تعيين المحكمين بمعرفة قضاء الدولة فى قانون التحكيم المصرى:

(١) إذا تعدد المدعون أو تعدد المدعى عليهم كان على المدعين تعيين محكماً واحداً فقط، وكذلك الأمر بالنسبة للمدعى عليهم، وهذا الأمر عالجته بصراحة المادة (١٠) من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، ولم يعالجه قانون التحكيم المصرى[٣].

(٢) لم يحدد قانون التحكيم المصرى الطريقة التى يرفع بها طلب تعيين المحكمين بمعرفة قضاء الدولة فهل يكفى مجرد تقديم طلب إلى رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من قانون التحكيم؟ أم يجب رفع دعوى وفق الإجراءات المعتادة؟

---

(١) د. أحمد السيد صاوى، مرجع سابق، ص ١٣٧، بند ٩٠.

(٢) د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم،مرجع سابق، ص ٣٦٨، د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، ص ٩٢، بند ٧٨.

(٣) د. أحمد السيد صاوى ، مرجع سابق، ص ١٣٨، بند ٩٠.

إن عدم تحديد المشرع إجراءات طلب تعيين المحكمين بمعرفة قضاء الدولة فتح باب الاجتهادات أمام الفقهاء لتحديد طريقة تقديم الطلب هل يكون من خلال عريضة أو صحيفة أو غيرها؟

يذهب رأى [١] إلى أنه يفهم من نص المادة (٣/١٧)من قانون التحكيم أن طلب تعيين المحكم من المحكمة يقدم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وتنظره المحكمة بالإجراءات المعتادة لنظر الدعوى وتفصل فيه بحكم قضائى، وأن تتضمن صحيفة الدعوى البيانات التى يتطلبها قانون المرافعات، وأن يرفق بها اتفاق التحكيم وما يدل على أن النزاع الذى يطلب تعيين المحكم لنظره قد نشأ بالفعل.وان كان صاحب هذا الرأى يفضل أن يكون تعيين المحكم من خلال الامر على عريضة .

ويذهب رأى اخر[٢] إلى أن طلب تعيين المحكم من المحكمة يكون من خلال الامر على عريضة وليس بطريق الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، حتى لا تضيع الطبيعة القانونية الخاصة بالتحكيم وهى السرعة فى الفصل فى النزاع بعيداً عن قضاء الدولة الذى يتسم بالشكلية التى تكون على حساب السرعة فى الفصل فى المنازعات على عكس نصوص التحكيم التى قصد من وضعها المشرع تيسير إجراءات التحكيم[٣].

ويؤيد هذا الرأى جانب من الفقه المصرى[٤] مستندين فى ذلك إلى أن هذا الحل يتفق مع ما تغياه المشرع من تدخل القضاء فى هذه الإشكالية وهو ضمان تشكيل سريع لهيئة التحكيم، وهذا ما يتسق مع روح قانون التحكيم وقواعده، ويحقق

---

(١) د. فتحى والى، التحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ،٢٠١٤، ص ٢٧٢-٢٧٣ . كما أخذ بهذا الرأى د. أحمد عبد الكريم سلامة، مشار إليه فى مرجع د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٦٨، هامش رقم (٢).

(٢) د. أحمد السيد صاوى، الوجيز فى التحكيم، مرجع سابق، ص ١٤١، بند ٩٢.

(٣) من هذا الرأى د. محمود مصطفى يونس، مشار إليه فى مرجع د. أحمد السيد صاوى، الوجيز فى التحكيم، مرجع سابق، ص ١٤١، هامش رقم (١).

(٤) من هذا الرأي د. على بركات، كما أخذ بهذا الرأى د. أبو العلا على أبو العلا النمر، مشار إليه فى مرجع د. محمد أحمد شحاته، مرجع سابق، ص ١١٣، د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، ص ٩٢، بند ٧٨.

أيضاً قصد المشرع من ضرورة إصدار المحكمة لقرارها باختيار المحكم على وجه السرعة كما جاء فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى.

بينما يذهب رأى ثالث[١] إلى أنه يجوز تقديم الطلب بأية وسيلة حيث أن المشرع لم يقيد الخصوم أو المحكمة بتقديم الطلب عبر وسيلة معينة، ومن ثم ترك الحرية لطرفى التحكيم فى هذا الشأن وبالتالى لا يجوز للمحكمة فرض أمر لم يتطلبه المشرع.

أما الاتجاه القضائى فى إشكالية طريقة تقديم طلب تعيين المحكم بمعرفة المحكمة فيتمثل فيما يلى:

الاتجاه الأول: ما كانت تقضى به محكمة استئناف القاهرة بأن تعيين المحكم يتم على وجه السرعة وبالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وليس بموجب أمر على عريضة[٢].

وقد أكدت محكمة النقض هذا الرأى فى حكم حديث لها[٣].

وقد استندت مجموعة الأحكام التى تقضى بأن طلب التعيين لا يكون بموجب أمر على عريضة إلى أن البادى من النصوص والأعمال التحضيرية لقانون التحكيم

---

(١) د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٦٣، هامش رقم (١).

(٢)استئناف القاهرة د ٩١ تجارى ٢٠٠٥/٥/٢٦ القضية رقم ٢٦٨ لسنة ٢٠٠١.
استئناف القاهرة د ٩١ تجارى ٢٠٠٤/١١/٢٩ القضية رقم ٧٣ لسنة ١٢١ ق.
استئناف القاهرة د ٩١ تجارى ٢٠٠٣/١٢/٣١ القضية رقم ٧٦ لسنة ١٢٠ق.
استئناف القاهرة د ٩١ تجارى ٢٠٠٣/٤/٢٩ القضية رقم ٨٧ لسنة ١١٩ ق.
استئناف القاهرة د ٩١ تجارى ٢٠٠٣/٢/٢٦ القضية رقم ٨٢ لسنة ١١٩ ق.
استئناف القاهرة د ٩١ تجارى ٢٠٠٢/٤/٣٠ القضية رقم ١٨ لسنة ١١٩ ق.
استئناف القاهرة د ٩١ تجارى ٢٠٠٢/٦/٢٦ القضية رقم ٢٠ لسنة ١١٩ ق.
وردت هذه الأحكام فى مرجع د. أحمد السيد صاوى، الوجيز فى التحكيم، مرجع سابق، ص ١٣٩، هاشم رقم (١). وأيضاً وردت فى مرجع د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٦٨، هامش رقم (٢).

(٣) وقد أكدت محكمة النقض هذا الرأى فى حكم حديث لها نقض مدنى ٢٠٠٧/١١/٢٢ الطعنان رقما ١٧١٧٠ و١٧١٧١ لسنة ٧٥ ق. مشار إليه فى مرجع د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، ص ١٣٩، هامش رقم (٢).

أن المشرع قصد أن يكون طلب التعيين يرفع إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وتنظره المحكمة بالإجراءات المعتادة وتصدر حكمها.

كما أن النص حينما يعطى الاختصاص لمحكمة؛ فإن معنى ذلك يكون الاختصاص لهيئة المحكمة وليس لرئيسها، وأن نظر طلب التعيين يكون بالصورة الطبيعية وهى الدعوى وليس بأمر على عريضة، كما أن عدم قابلية القرار للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن يؤكد على أن حكم تعيين المحكم هو حكم وليس أمراً على عريضة بتعيينه؛ لأن طرق الطعن مقصورة على الأحكام.

كما أن المحكمة لا تستطيع التحقق من توافر الشروط التى يجب أن تتحقق فى المحكم إلا عن طريق مبدأ المواجهة بين الخصوم لمعرفة حقيقة ما تم الاتفاق عليه وهذا لا يتحقق فى الأمر على عريضة، وإنما يتحقق بالنسبة للإجراءات المعتادة لنظر الدعوى[١]. بل إن محكمة استئناف القاهرة ذهبت إلى أبعد منذ ذلك وقررت فى أحد أحكامها أن "طلب تعيين محكم طبقاً للمادة (١٧) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يجب أن يقدم للمحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من ذلك القانون بالطرق المعتادة لرفع الدعوى وهى تنظره بكامل هيئتها وتصدر حكماً بتعيين المحكم – وهذا الطريق الذى رسمه المشرع لتعيين المحكم من النظام العام لتعلقه بإجراءات التقاضى، ومن ثم يترتب البطلان على مخالفته[٢].

وقد أيدت محكمة النقض فى حكم حديث لها ما ذهبت إليه محكمة استئناف القاهرة ببطلان حكم التحكيم بسبب بطلان إجراءات تعيين المحكم وذلك لتعيينه بموجب طلب مقدم إلى رئيس محكمة الجيزة الابتدائية مما يعد معيباً لمخالفته نص المادتين ٩، ١٧ من قانون التحكيم وقررت محكمة النقض فى حكمها بأنه لا محل فى هذه الحالة للقول بأن قرار تعيين المحكم لا يقبل الطعن فيه بأى طريقة من طرق الطعن إعمالاً للمادة

(١) وردت هذه الأسانيد فى مرجع د. أحمد السيد صاوى، الوجيز فى التحكيم، مرجع سابق، ص ١٣٨-١٤١، بند ٩١، ولكن سيادته ينتقد هذا الاتجاه ويرى أن ذلك يتعارض مع طبيعة التحكيم وفلسفته، وقد أورد هذا النقد فى ذات المرجع، ص ص ١٤١-١٤٢، بند ٩٢.

(٢) استئناف القاهرة، د٩١ تجارى، طعن رقم ٢٠ لسنة ١١٩ق، جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٦.

٣/١٧ من قانون التحكيم إذ أنه متى تم تعيين المحكم بإجراء مخالف للقانون؛ فإنه يكون منعدماً قانوناً؛ فهو والعدم سواء، ولا يرتب أثراً[١].

الاتجاه الثانى: ظهر فى حكمين حديثين لمحكمة استئناف القاهرة عدلت فيهما عما كان يجرى عليه القضاء المصرى من ضرورة تعيين المحكم بحكم عن طريق الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وليس عن طريق استصدار أمر على عريضة ورأت أن ذلك من شأنه أن يؤدى إلى وأد التحكيم فى المهد وعرقلة مسيرته؛ على نحو يخل بالغاية الأساسية من التحكيم وهى سرعة الفصل فى المنازعات خاصة ما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة حسم ما تثيره من قضايا[٢].

كما أن عدم الاعتراض على تعيين المحكم الفرد وسكوت المدعى طيلة مدة إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم فيه، يُعد نزولاً عن الحق فى الاعتراض طبقاً لنص المادة الثامنة من قانون التحكيم[٣]. وبالتالى يُعد عدم اعتراض المدعى بمثابة قبول ضمنى له، الأمر الذى يعد اتفاقاً، فيكون هو اساس تعيين المحكم، وليس الأمر على عريضة الصادر بتعيينه[٤].

ولذا فإن أنصار الاتجاه الذى يرى أن يتم تعيين المحكم المرجح عن طريق استصدار أمر على عريضة من رئيس المحكمة المختصة وليس بطريق الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ينادي بضرورة معالجة الأمر تشريعياً وأن ينص المشرع على ذلك صراحة[٥].

<u>ونحن نرى</u> أن النص الحالى "المادة ١٧" من قانون التحكيم يحقق الغرض منه وهو أنه طالما أن المشرع لم يحدد وسيلة معينة لتقديم طلب تعيين المحكم

---

(١) حكم محكمة النقض، نقض مدنى ٢٠٠٧/١١/٢٢ الطعنان رقمى ١٧١٧٠، ١٧١٧١ لسنة ٧٥ق، سابق الإشارة إليه.

(٢) هذا الاتجاه يؤيده أ.د. أحمد السيد صاوى، الوجيز فى التحكيم، مرجع سابق، بند ٩٢، ص ١٤١؛ وأشار إلى الحكمين فى ذات المرجع، ص ١٤٢، هاشم رقم (١)، استئناف القاهرة د ٩١ تجارى، ٢٠٠٤/١/٢٨، الدعوى رقم ١٥ لسنة ١١٦ ق؛ استئناف القاهرة د٩١ تجارى، ٢٠٠٦/٥/٣٠، الطعن رقم ٣٣ لسنة ١٢٢ ق.

(٣) استئناف القاهرة، د٩١ تجارى، طعن رقم ١١٩/٦٧ ق تحكيم جلسة ٢٠٠٣/١/٢٩م.

(٤) د. أحمد السيد صاوى، الوجيز فى التحكيم، مرجع سابق، ص ١٤٣، بند ٩٣.

(٥) المرجع السابق، ص ١٤٢، بند ٩٢.

المرجح إلى المحكمة؛ وبالتالى يجوز تقديمه بأية وسيلة سواء بأمر على عريضة أو بصحيفة أو بغيرها. أما فى حالة تعديل النص القائم فيقترح أن يكون النص كالتالى "..... بناء على طلب أحد الطرفين إما بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو بأمر على عريضة من رئيس المحكمة المختصة.....".

(٣)هل تملك المحكمة فى مثل الحالات التى نصت عليها المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى سلطة تقديرية فى قبول طلب تعيين المحكم أو رفضه أم أنها ملزمة بإجابته؟

ذهب البعض إلى أنه كان يُفضل النص على السلطة التقديرية للقاضى فى مثل هذه الحالات، بحيث يكون له قبول الطلب أو رفضه إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً ظاهراً أو كان الاتفاق غير كافٍ لامكانية تعيين المحكم مثال ذلك إذا كان الخصوم قد أدرجوا فى الاتفاق طريقة غامضة لتعيين المحكم بشكل لا يسمح للقاضى بإعمالها[١].

ولكننا نرى أن المستفاد من نص المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى هو أن محكمة المادة (٩) هى المحكمة المختصة بالنزاع أصلاً أو محكمة الاستئناف ليس لديها مجال لرفض طلب أطراف التحكيم بتعيين المحكم فى حالة عدم الاتفاق على اختياره أو تحقق إحدى الحالات الأخرى المنصوص عليها فى المادة (١٧) وذلك لأن كلمة "تولت" المشار إليها فى نص المادة (١٧) من القانون والتى تسبق كلمة "المحكمة" تعنى أنه يجب على المحكمة قبول الطلب ونظره وإصدار قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة، وأن كنا نفضل أن يستعمل المشرع "يجب على المحكمة" بدلا من "تولت المحكمة" لحسم هذه الإشكالية ومنعاً لغموض العبارات التى تؤدى إلى الجدل الفقهى، وتحقيقاً للهدف المبتغى من التحكيم وهو السرعة فى الفصل فى المنازعات، وأيضاً احترام لمبدأ سلطان الإرادة الذى يقوم على أساس التحكيم، فطالما لجأ أطراف التحكيم إلى المحكمة فيجب احترام هذه الرغبة وتحقيقها لهم دون عقبات.

---

(١) من هذا الرأي د. على بركات، مرجع سابق، ص ١٥٨، د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص ٩٨، بند ٧٨.

(٤)هل القرار الصادر بتعيين المحكم بواسطة قضاء الدولة يُعتبر عملاً ولائياً أم عملاً قضائياً أم عملاً قضائياً مختلطاً؟

اختلفت الآراء بشأن التكييف القانونى لهذا القرار[١].

يرى البعض أن قرار تعيين المحكم بواسطة القضاء يُعتبر عملاً ولائياً لأنه يعالج قصوراً قانونياً فى إرادة الأفراد وبالتالى لا يحوز حجية الأمر المقضى.

بينما يذهب البعض الآخر – وهذا ما نؤيده – أن هذا القرار يُعد عملاً قضائياً بالمعنى الفنى الدقيق على اعتبار أنه يحسم نزاعاً متعلقاً بالتعيين وبالتالى يحوز حجية الأمر المقضى.

ويذهب البعض الثالث إلى اعتبار هذا القرار عملاً قضائياً مختلطاً ولكن يغلب عليه الطابع القضائى وبالتالى يحوز حجية الأمر المقضى، علاوة إلى أن الحكم بتعيين المحكم يستنفد ولاية القاضى الذى أصدره بمجرد صدوره.

(٥)هل يجوز الالتجاء إلى المحكمة وفقاً للمادة (١٧) من قانون التحكيم لتعيين محكم أياً كان نوع التحكيم سواء كان تحكيماً عادياً أم تحكيماً مع التفويض بالصلح؟

لم يقصر المشرع فى المادة (١٧) من القانون اللجوء إلى المحكمة لتعيين محكمة على نوع معين من التحكيم بل أجاز لأطراف التحكيم فى حالة تحقق إحدى الحالات المنصوص عليها فى المادة (١٧) من القانون أن يلجأوا إلى المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من القانون بناءً على طلب أى من الطرفين وذلك لتعيين محكم دون النظر إذا كان التحكيم عادياً أم تحكيماً مع التفويض بالصلح، وفى هذا يختلف قانون التحكيم المصرى عن قانون المرافعات المصرى القديم الصادر ١٩٤٩ الذى كان يخول المحكمة تعيين محكم فى حالة التحكيم العادى ولكنه لا يجيز له اختياره فى حالة التحكيم مع التفويض بالصلح، وإتجاه قانون التحكيم فى هذا الشأن محل نظر(٢) لأن تفويض المحكم بالصلح لا يكون إلا بناء على الثقة المطلقة فى

---

(١) انظر هذه الاختلافات الفقهية فى الرأى فى مرجع د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، مرجع سابق، ص ص ٢٦٤-٢٦٥.

(٢) د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٦٥.

شخص المحكم، وبالتالى لا يجوز أن يفرض عليهم محكماً مع تخويله هذه السلطة فهذا لا يتناسب والغرض منه(١).

فكرة القاضي المساند :-

بصدور المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ الصادر فى ١٣ يناير ٢٠١١ فى فرنسا،وادخاله نظام القاضى المساند Juge d'appui مما يؤكد خصوصية اجراءات التحكيم الفرنسية ،ويعطى لقاضى الدولة سلطة تقديم المساعدة والتعاون من أجل تحقيق فعالية اجراءات التحكيم ، وقد اختار المرسوم رئيس المحكمة الابتدائية ،ورئيس محكمة التجارة ليكون القاضى المساند المختص بمسائل التحكيم بحسب الاصل وذلك وفقاً لنص المادة (١٤٥٩) ٠ويتدخل القاضى المساند للفصل فى الطلبات المتعلقة بالصعوبات التى تواجه تشكيل المحكمة التحكيمية كما فى المواد من ١٤٥١ حتى ١٤٥٤ ،وأيضاً مايتعلق برد المحكم أو تنحيه أوتعذر قيامه بمهمته أوعزله كما ورد فى المواد١٤٥٧،١٤٥٦ ، ١٤٥٨ ، وكذلك المتعلقة بمد أجل الدعوى التحكيمية كما فى المادة ١٤٦٣ ٠(٢)

(١) د. فتحى والى،الوسيط في قانون القضاء المدنى، ٢٠٠١، ص ٣١١.
(٢) د٠أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص ١٢٣-١٢٦ ٠

المبحث الثانى

مدى احترام هيئة التحكيم للتنظيم القانونى فى المجتمع

تمهيد وتقسيم

ان التحكيم طريق استثنائى سنه المشرع لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما ينصرف إليه إرادة المحتكمين على عرضه على هيئة التحكيم[١].

ويقوم التحكيم على اتفاق الأطراف، وهذا الاتفاق هو الذى يحدد موضوع النزاع الذى يمكن الفصل فيه عن طريق التحكيم فى كل حالة على استقلال ومن اتفاق الأطراف يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل فى موضوع النزاع كما حدده ذلك الاتفاق، وبذلك يتقيد المحكمون بإتفاق التحكيم سواء بالنسبة للمسائل محل النزاع او بالنسبة للسلطات المخولة لهم بمقتضاه[٢].

وقد اهتم المشرع المصرى بالتحكيم مما جعله يتسم بمظاهر معينة تجعل إجراءاته مختلفة عن إجراءات التقاضى العادية، وهذا ما يؤكد على خصوصية التحكيم.

وسوف نتناول في هذا المبحث مدى احترام هيئة التحكيم للتنظيم القانونى فى المجتمع من خلال مطلبين اثنين على النحو التالى:

المطلب الأول: الضمانات الأساسية للتقاضى التى تلتزم بها هيئة التحكيم.

المطلب الثانى: القيود المفروضة علي هيئة التحكيم في اختيار الإجراءات التى تطبقها.

---

(١) الطعن رقم ٤١٧٣ لسنة ٦١ ق – جلسة ١٩٩٧/٦/٢١، س ٤٨، ع٢، ص ٩٣٧.

(٢) استئناف القاهرة – د ٦٣ تجارى – دعوى رقم ١١١/٢٢٤٠ ق، جلسة ١٩٩٥/٢/٢٢، والدعوى رقم ١٢٠/١٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٧/٢٧.

المطلب الأول

الضمانات الأساسية للتقاضى التى تلتزم بها هيئة التحكيم.

تنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم على أنه "لطرفى التحكيم الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة".

لما كانت خصومة التحكيم تعنى مجموعة الإجراءات التى تتم أمام المحكم بهدف الفصل فى موضوع النزاع، فإن لطرفى التحكيم الحق فى الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم لنظر النزاع، وهذا يرجع إلى خصوصية التحكيم التى تتطلب قدراً من المرونة الإجرائية حيث تلعب إرادة الأطراف دوراً هاماً وأساسياً فى تحديد الإجراءات التى تتبع أمام المحكم على اعتبار أن التحكيم طريق اختيارى لفض المنازعات. وبالتالى يمكن مخالفة القواعد الإجرائية المتبعة أمام قضاء الدولة ولكن ذلك مقيد بالتزام المحكم بالضمانات الأساسية للتقاضى دون حاجة إلى نص عليها فيتم الالتزام بها سواء أمام المحاكم أو أمام التحكيم العادى، فالالتزام بالمبادئ الأساسية لضمانات التقاضى كان نهج المشرع عندماوضع تنظيماً تشريعياً للتحكيم المبنى على اتفاق الخصوم[١].

و يجب على هيئة التحكيم مراعاة الضمانات الأساسية فى التقاضى، أثناء تصديها للنزاع لأنها تمثل الحد الأدنى من الضمانات التى لا يمكن النزول عنها أيا كانت المبررات والدوافع وإلا كنا بصدد عدالة غير فعالة أو مفرغة من مضمونها الحقيقى، وعلى الرغم من اختلاف التشريعات فى أسلوب تنظيم الأسس والمبادئ التى تمثل مضمون تلك الضمانات، ولما كانت الخصومة للتحكيم طبيعة خاصة، فإن هيئة التحكيم لا تلتزم بإتباع نفس المسلك الذى تنتهجه محاكم الدولة فى تطبيق ذات

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا – قضية رقم ٩٥ لسنة ٢٠ قضائية جلسة ٢٠٠٣/٥/١١.

النظام الإجرائى، وإنما تلتزم بإعمال جوهر ومضمون هذا النظام ومما لا يتعارض مع طبيعة التحكيم وخصائصه والغاية منه[١].

ومن الضمانات الأساسية للتقاضى التى يجب على المحكم احترامها فى جميع الأحوال ما يلى:

١- **<u>احترام مبدأ المساواة</u>:** إن قاعدة المساواة فى معاملة طرفا التحكيم وتهيئة الفرصة المتكافئة والكاملة لكل منهما لعرض قضيته من القواعد الأساسية لإجراءات دعوى التحكيم[٢].

تنص المادة (٢٦) من قانون التحكيم على أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لفرض دعواه".

فالمقصود بمبدأ المساواة بين الخصوم وفقاً لحكم هذا النص هو المساواة الإجرائية أى منح الخصوم فرصاً متساوية لإبداء طلباتهم ودفاعهم[٣]. كما أن هذا النص يلزم هيئة التحكيم بأن تعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة، وإذا أخلت بهذا المبدأ كان حكمها باطلاً[٤].

ومبدأ المساواة تكفله كل الشرائع السماوية والدساتير، ويتعين على هيئة التحكيم احترامه وذلك بتهيئة فرص متساوية لكل خصم لعرض طلباته، وتحقيق دفاعه، فلا تمنح أحد الخصوم حقاً وتمنع نفس الحق عن الخصم الآخر.

ولذلك لا يجوز لهيئة التحكيم مثلاً أن تمنح أحد الطرفين ميعاداً لتقديم مذكرة بدفاعه، وتمنح الطرف الاخر ميعاداً أطول أو أقصر.

كما أيضاً لا تسمح هيئة التحكيم لممثل أحد الطرفين الاطلاع على تقرير الخبير أو على المستندات وتمنعه عن الطرف الأخر، كما أن إضافة ميعاد المسافة

---

(١) د. عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٤٧: ٤٩ بند ١٧، ١٨، ١٩، الطعن رقم ٥١/١٧٣٦ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٣ س ٣٦، ص ٦٥٣، مشار إليه فى مرجع د. أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم، مرجع سابق، ص ٥٧-٥٨.

(٢) استئناف القاهرة، د٨ تجارى، دعوى رقم ٧ لسنة ١١٦ ق تحكيم، جلسة ١٩٩٩/٣/٢٠.

(٣) استئناف القاهرة، دعوى رقم ١١ لسنة ١١٩ قانون تحكيم ٩١ تجارى، جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٧.

(٤) د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم، الجزء الثانى، بدون دار نشر، ٢٠١١، ص ٤٦٤.

إلى المواعيد المحددة فى القانون للحضور أو لمباشرة إجراء معين يكمن علته فى تحقيق المساواة بين المتخاصمين[١].

ويتطلب مبدأ المساواة بين الخصوم ألا يكون المحكم خصماً وحكماً فى نفس الوقت وأن يكون صالحاً صلاحية شخصية بعدم ميله لأحد الخصوم – لوجود علاقة قرابة أو مصاهرة أو عمل أو مصلحة فى الدعوى لأن هذا يخل بالمساواة بينهم[٢].

٢- احترام حقوق الدفاع بين الخصوم:

فى الواقع أنه لا جدوى من الاعتراف بأى حرية أو حق للإنسان إذا لم يمكن من الدفاع عند صد عدوان الغير، وترتكز حقوق الدفاع على مبدأ المساواة بين الخصوم فى الخصومة، وأيضاً تتصل بأساس آخر من أسس القضاء وهو حياد القاضى، فإذا ما خول أحد الخصوم مالم يخوله للخصم الآخر من حقوق الدفاع، اختل مبدأ المساواة بين الخصوم وبالتالى اختلت حقوق الدفاع، وفرَّغ معه مبدأ حياد القاضى من مضمونه فاختل معه ميزان العدل[٣].

فحق الدفاع أصالة أو بالوكالة حق مقدس لا تقوم له قائمة إلا بتوفير المساواة الحقة بين المتقاضين[٤].

فيجب العمل على احترام حقوق الدفاع لكل خصم أمام المحكم، وتمكين كل طرف من إبداء دفوعه والرد على دفاع خصمه، وأيضاً حق كل طرف فى العلم بما يتخذه الطرف الأخر من إجراءات ضده، وأيضاً حق كل طرف فى تقديم مستنداته

---

(١) الطعن رقم ٨٤ لسنة ٢٥ ق – تاريخ الجلسة ١٩٥٩/٤/٢٣، مكتب فنى ١٠.

(٢) وهذا بالنسبة للقاضى أيضاً، وجدى راغب فهمى وسيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتى وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، ١٩٩٤، ص ١١٣، نقلاً عن د. سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائى (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتى رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، ص ٥٧.

(٣) د. وجدى راغب فهمى، دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى،مجلة العلوم القانونيةوالاقتصادية ،العدد الاول ،السنة الثانية عشرة ،يناير سنة ١٩٧٦ ،كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ص ١١٥.

(٤) الطعن رقم ٢٢١٢ إدارية عليا، لسنة ٤٤ق، تاريخ الجلسة ٢٠٠١/٨/٨، مكتب فنى ٤٦.

والإطلاع على ما قدمه خصمه من مذكرات أو مستندات أو وثائق[١]. وصدور الحكم دون مراعاة ما سبق يؤدى إلى بطلانه لأن فى ذلك إخلال بحق الدفاع[٢].

ويجب أن يمنح الخصوم كل المهل والآجال المطلوبة لتقديم الطلبات والدفوع ومنحهم الوقت الكافى للدراسة والإطلاع وسماع ردهم وتحقيق دفاعهم[٣].

وتجدر الإشارة إلى أنه يكفى تمكين الخصم من استعمال حق الدفاع، أما استعماله فعلاً فأمر يرجع له، فحق الدفاع وأن لم يكن واجباً على الخصوم، إذ هو حق لهم[٤]. إلا أن وجوب احترام حق الدفاع لا يحول دون تنظيم الهيئة لاستعماله[٥].

٣- احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم:

يعد مبدأ المواجهة تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الخصوم، ويستفاد من نصوص المواد ٧، ٢٦، ٢٧، ٣٠، ٣١، ٣٣، ٣٦، ٥٣/جـــ من قانون التحكيم الموحد[٦].

ويُقصد بمبدأ المواجهة حق كل خصم فى أن يعلم أو يمكن من العلم بما لدى الخصم الآخر من وسائل دفاع وحجج وذلك فى وقت مناسب حتى يتسنى له الرد عليه، ولذلك يثبت هذا الحق بالعلم والإطلاع والمناقشة الحضورية ويثبت للطرفين ولا يقتصر على أحدهما فقط، ويجب على هيئة التحكيم احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم لإعطاء الفرصة كاملة ومتكافئة لكل من الخصمين فى التعقيب والرد على مزاعم خصمه[٧].

---

(١) وهذا ما يستفاد من نص المادتين (٣٠)، (٣١) من قانون التحكيم.
(٢) إدارية عليا، الطعن رقم ٢٤٣١، سنة ٣٣ق، جلسة ١٩٩١/٦/٢٩، مكتب فنى ٣٦.
(٣) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، ص ١٠٨.
(٤) د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني ، مرجع سابق، ص ٤٦٥.
(٥) د. فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٠٧، بند ١٦٠.
(٦) د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٣١٦.
(٧) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، ص ١٠٩؛ د. سيد أحمد محمود، التحكيم، مرجع سابق، ص ٣١٦.

ويترتب على عدم احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم الإخلال بحق الدفاع، ومن ثم بطلان حكم المحكم، وعلى من يدعى انتهاك المحكم لحق الدفاع أن يقيم الدليل على ذلك وأن يثبت مخالفة المحكمة لمبدأ المواجهة، والإخلال بحق الدفاع[١].

وإذا تم الاتفاق بين الأطراف بالنسبة للإجراءات فإن المحكمين يتقيدون بهذا الاتفاق بشرط الالتزام بالقيود السابق الإشارة إليها.

ووفقاً للمادة (٢٥) من قانون التحكيم المصرى فإن الأصل هو ترك الحرية فى اختيار النظام الإجرائى المحقق لأهداف التحكيم من حيث السرعة والسرية والثقة فى المحكم وقلة النفقات وتبسيط الإجراءات، وهذا قد لا يتوفر إذا انطبق على النزاع قواعد التقاضى أمام المحاكم. ويمكن لأطراف التحكيم الاتفاق على الإجراءات فى نفس مشارطة التحكيم أو فى اتفاق مستقل، كما يمكن لهم الاتفاق على بعض الإجراءات دون البعض الآخر، وتختلف الإجراءات التى تتبع أمام المحكم عن الإجراءات التى تتبع أمام المحاكم، ولا تعد الإجراءات المتبعة أمام المحكمين من قبيل الإجراءات القضائية لأنها لا تتصل بخصومة قائمة أمام محكمة تتبع جهة قضائية.

وقد لا يتفق أطراف التحكيم أنفسهم على إجراءات معينة تتبعها هيئة التحكيم لنظر النزاع، وإنما يتم الاتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها، وفى هذه الحالة تطبق لائحة المنظمة أو مركز التحكيم بحيث تصبح الإجراءات الموجودة فى هذه اللائحة واجبة التطبيق على النزاع المعروض على هيئة التحكيم[٢]. وإذا حدثت أية تعديلات على اللائحة وكانت لاحقة على بدء إجراءات التحكيم وفقاً لها، فإن هذه

---

(١) د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني ،مرجع سابق، ص ٤٦٨.

(٢) يمكن لأطراف التحكيم الاتفاق على تحكيم يجرى فى مصر وفقاً لإجراءات التحكيم المتبعة أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى أو أمام محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس. حكم استئناف القاهرة – ٧ تجارى – ٢٠٠١/٣/١٢ فى الدعوى ٤٩ لسنة ١١٧ ق تحكيم، وأيضاً استئناف القاهرة – دائرة ٩١ تجارى – ٢٠٠٤/٦/٢٩ فى الدعويين ١٠، ٧٧ لسنة ١٢ ق تحكيم – مشار للحكمين فى مرجع د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني ،مرجع سابق، ص ٤٥٧.

التعديلات تكون سارية على النزاع رغم أنها تمت بعد الاتفاق، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك[١].

كما يمكن للأطراف الاتفاق على إخضاع التحكيم للإجراءات التى ينص عليها قانون المرافعات بالنسبة للخصومة القضائية العادية، أو الاتفاق على إخضاع التحكيم للإجراءات التى ينص عليها قانون المرافعات فى دولة أجنبية، بل ويمكن للأطراف الاتفاقية على سريان إجراءات كان ينص عليها قانون ملغى[٢].

وإذا تم الاتفاق بين الأطراف بالنسبة للإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم لنظر النزاع المعروض عليها، فيجب على المحكمين والخصوم احترامها طالما روعيت فيها القيود السابقة الإشارة إليها والمتمثلة فى عدم مخالفة النظام العام، وعدم الإخلال بضمانات التقاضى الأساسية.

المطلب الثاني

القيود المفروضة علي هيئة التحكيم في اختيار الإجراءات التى تطبقها.

وفقاً لنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم أنه إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق على إجراءات التحكيم أو الإحالة إلى نظام إجرائى نافذ أمام مركز أو منظمة تحكيم او الاستعانة بأحكام قانون إجرائى معين، كان لهيئة التحكيم اختيار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة للفصل فى النزاع المطروح.

ومعنى ذلك أن هيئة التحكيم يكون لها أن تضع بنفسها القواعد الإجرائية المناسبة لكل مسألة من مسائل التحكيم الإجرائية، ولها صياغة هذه القواعد فى ضوء ما يعرض عليها من وقائع للفصل فيها، كما يجوز لها اتباع النظام الإجرائى المعمول به فى هيئة تحكيم أو منظمة تحكيم دولية، كما يجوز لها أيضاً إتباع بعض الإجراءات المقررة فى دولة معينة تختارها هى[٣]، ويجوز لها ايضاً تكملة الإجراءات التى اتفق عليها الأطراف إلى أن سلطة هيئة التحكيم فى اختيار الإجراءات المناسبة ليست مطلقة وإنما يجب عليها **مراعاة ما يلى:**

---

(١) د. محسن شفيق،مرجع سابق، بند ٢٠٥، ص ٢٩٣.
(٢) استئناف القاهرة، ٩١ تجارى، ٢٠٠٤/٢/٢٨ فى القضية ٦٤ لسنة ١٢٠ ق تحكيم.
(٣) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(١) <u>النصوص الإجرائية التى ينص عليها قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤</u>:-

وهذا يستفاد من نص المادة (٢٥) من ذات القانون حيث ذكرت عبارة "مع مراعاة أحكام هذا القانون".وهنا أثير تساؤل حول مدى اشتراط هذا القيد على سلطة الأطراف فى اختيار إجراءات التحكيم أيضاً أم اقتصار هذا القيد على سلطة هيئة التحكيم فى اختيار أو وضع إجراءات معينة مناسبة للفصل فى موضوع النزاع المطروح أمامها؟

فى الحقيقة أن نص المادة (٢٥) من قانون التحكيم كان صريحاً فى أن يجعل هذا القيد على هيئة التحكيم وهو مراعاة أحكام قانون التحكيم عند اختيارها للإجراءات التى تراها مناسبة للفصل فى النزاع، ولم تشترط المادة (٢٥) من القانون أن يتقيد اختيار الأطراف للإجراءات بمراعاة قانون التحكيم. فالخطاب موجه فى النص إلى المحكمين، وليس إلى الأطراف او ما يميل إليه الأطراف[١].

وأثير تساؤل أيضاً عن مدى تقيد سلطة هيئة التحكيم بالقواعد الإجرائية لقانون التحكيم دون تفرقة بين الأحكام الآمرة أو الأحكام المكملة أم يقتصر هذا القيد على القواعد الآمرة دون المكملة؟

يرى البعض من الفقهاء التزام هيئة التحكيم بالنصوص الآمرة فى قانون التحكيم دون غيرها[٢].

بينما يرى الرأى الراجح[٣] – ونحن معه – إلزام هيئة التحكيم بوجوب مراعاة أحكام قانون التحكيم المصرى دون تفرقة بين النصوص الآمرة والنصوص المكملة حيث جاءت عبارة "مع مراعاة أحكام هذا القانون" مطلقة ولم تخصص الأحكام الآمرة لتلتزم بها هيئة التحكيم دون الأحكام المكملة كما أن الأحكام المكملة يجوز الاتفاق على ما يخالفها – وهذا القيد ليس له مقابل فى القانون الفرنسى – وإنما يؤيده الفقه الفرنسى[٤].

---

(١) د. فتحى والى، قانون التحكيم ،مرجع سابق، ص ٢٩٨.
(٢) د. عاشور مبروك، النظام الإجرائى لخصومة التحكيم، ١٩٩٦، بند ٣٥، ص ١٠٥ وما بعدها.
(٣) من هذا الرأى د. على بركات، بند ٣١٧، ص ٣١٣، د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، ص ١٠٦، بند ٩٠.
(٤)د. أحمد مليجى، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني ،مرجع سابق، ص ٤٦١.

(٢) تقييد هيئة التحكيم بفكرة النظام العام:-

يجب دائماً عند تحديد إجراءات خصومة التحكيم أن يراعى الأطراف القواعد المتعلقة بالنظام العام للدولة التى يجرى التنفيذ على أرضها([١]).

وتلتزم هيئة التحكيم أيا كان نوعه بفكرة النظام العام بنوعيه الداخلى والخارجى، فيتعين على هيئة التحكيم فى العلاقات التجارية الدولية أن تتقيد بالنظام العام الدولى وحده، أما فى التحكيم فى العلاقات الداخلية فيجب على هيئة التحكيم أن تتقيد بالنظام العام الداخلى[٢].

ويترتب على مخالفة النظام العام بنوعيه الدولى والداخلى استبعاد الإجراءات التى يختارها الطرفان أو تلك التى تقررها هيئة التحكيم، وإحلال القواعد التى يتكون منها النظام العام[٣].

وتكن الصعوبة فى تحديد القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام وذلك لغموض الفكرة ذاتها، واختلافها من دولة إلى أخرى، ولعدم تطابقها مع النصوص الآمرة فى القانون، الأمر الذى يلقى بعبء تحديد هذه القواعد على عاتق هيئة التحكيم التى تنظر النزاع[٤].

فالقانون الفرنسى يفرق بين النظام العام الإجرائى الداخلى والنظام العام الإجرائى الدولى حيث أنه وضع نظاماً مستقلاً لكل من التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى من جانب، ومن جانب آخر سمح للأطراف صراحة بإمكانية التحرر من القواعد الآمرة التى تعد متعلقة بالنظام العام الإجرائى الداخلى طالما تعلق الأمر

([١])استئناف القاهرة، د. تجارى، طعن رقم ٤٩ لسنة ١١٧ ق تحكيم جلسة ٢٠٠١/٣/١٢.

([٢]) د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٣١٩.

([٣]) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، مرجع سابق، ص ١٠٧.

([٤]) يمكن لهيئة التحكيم أن تستعين فى ذلك بما استقر عليه قضاء محكمة النقض بشأن استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق من أن "مناط استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق، وفقاً لنص المادة ٢٨ من القانون المدنى. هو أن تكون أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام فى مصر أى متعارضة مع الأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع بالا يكفى معه أن يتعارض مع نص قانونى آخر...." انظر على سبيل المثال: نقض مدنى فى ١٩٨٢/٤/٢٦ مجموعة النقض ٣٣، ص ٤٤٢، نقض مدنى فى ١٩٨٣/٦/١٣ مجموعة النقض، ٣٤، ص ١٤١٦ مشار إليه فى مرجع د. على بركات، الطعن فى أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٩٣.

بتحكيم دولى. إلا أن المشرع المصرى لم يفرق بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى من حيث التنظيم القانونى، ولم يصل إلى نفس الدرجة التى وصل إليها المشرع الفرنسى فى هذه التفرقة[١].

بل أن هناك تعبير أعم وأشمل من تعبير النظام العام وهو "السياسة العامة للدولة" والذى ورد بالقانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى فى المادة (٣٤/٢/ب/٢) حيث نصت على بطلان حكم التحكيم إذا تعارض مع السياسة العامة للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها؛ فهذا التعبير يتسع للتوجهات العامة للدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية والثقافية....إلخ[٢].

لذا كان المشرع المصرى دقيقاًعندما أفرد لمخالفة حكم التحكيم للنظام العام فقرة خاصة هى الفقرة الثانية من المادة (٥٣)من قانون التحكيم ،وهو يحق للخصم رفع دعوى البطلان ضد حكم التحكيم استناداً إلى المادة (٥٣/٢) من قانون التحكيم ،ليس هذا فحسب بل يحق للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها ببطلان الحكم إذا رأت مايخالف النظام العام فى مصر(٣) .

(١) د. أبو العلا على أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية فى مجال التحكيم، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ص ٣٦-٣٧.

(٢) د. أحمد السيد صاوى،مرجع سابق، ص ١٩٦، بند ١٤٣.

(٣)د. على بركات،الطعن فى أحكام التحكيم، مرجع سابق، ص ٩٢ .

الخاتمة

بينا فى هذه الدراسة أن الأصل فى اختيار هيئة التحكيم يرجع إلى إرادة الأطراف أنفسهم سواء تم هذا الاختيار بواسطة الخصوم مباشرة أو عن طريق الاتفاق على التحكيم بواسطة هيئة معينة وفقاً للوائح هذه الهيئة ونظامها، وقد يتم تكوين هيئة التحكيم دون إرادة الأطراف – لأى سبب من الأسباب – وذلك عن طريق المحاكم القضائية .

كما أوضحنا مدى احترام هيئة التحكيم للضمانات الأساسية للتقاضى والالتزام بالقيود المفروضة عليها ، وذلك بهدف تحقيق التوازن المطلوب بين احترام سلطان الارادة ومراعاة التنظيم القانونى فى المجتمع .

وانتهت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوضحها على النحو التالى:-

أولاً :النتائج :-

١ – لا يلزم المشرع المصرى الخصوم بتعيين هيئة التحكيم فى الاتفاق على التحكيم أيا كانت صورته، وعلى العكس من ذلك أوجب المشرع الفرنسى على الخصوم أن يعينوا المحكم أو المحكمين فى شرط التحكيم أو على الأقل طريقة تعيينهم، وإلا كان الشرط باطلاً.

٢ – قد لا يتيسر الاتفاق حول هيئة التحكيم لا بطريق اتفاق الخصوم ولا بطريق مركز التحكيم، ومن ثم فإن المشرع اتجه إلى تدخل قضاء الدولة فى اختيار هيئة التحكيم حرصاً منه على حسم النزاع وسرعة الفصل فيه

٣– لم يحدد قانون التحكيم المصرى الطريقة التى يُرفع بها طلب تعيين المحكمين بمعرفة قضاء الدولة . ومن ثم اختلفت الأراء حول تلك الطريقة فهل يكفى مجرد تقديم طلب إلى رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى؟ أم يجب رفع دعوى وفق الإجراءات المعتادة؟

٤– اختلفت الآراء بشأن التكييف القانونى للقرار الصادر بتعيين المحكم بواسطة قضاء الدولة يُعتبر عملاً ولائياً أم عملاً قضائياً أم عملاً قضائياً مختلطاً؟

٥- أن المستفاد من نص المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى هو أن محكمة المادة (٩) هى المحكمة المختصة بالنزاع أصلاً أو محكمة الاستئناف ليس لديها مجال لرفض طلب أطراف التحكيم بتعيين المحكم فى حالة عدم الاتفاق على اختياره أو تحقق إحدى الحالات الأخرى المنصوص عليها فى المادة (١٧)

٦- لم يقصر المشرع فى المادة (١٧) من القانون اللجوء إلى المحكمة لتعيين محكمة على نوع معين من التحكيم بل أجاز لأطراف التحكيم فى حالة تحقق إحدى الحالات المنصوص عليها فى المادة (١٧) من القانون أن يلجأوا إلى المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من القانون بناءً على طلب أى من الطرفين وذلك لتعيين محكم دون النظر إذا كان التحكيم عادياً أم تحكيماً مع التفويض بالصلح.

٧- أن سلطة هيئة التحكيم فى اختيار الإجراءات المناسبة ليست مطلقة وإنما يجب عليها مراعاة النصوص الإجرائية التى ينص عليها قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والنظام العام في المجتمع .

ثانياً :التوصيات :-

١ - نناشد المشرع المصرى أن ينص على صحة اتفاق التحكيم إذا تضمن أسماء المحكمين أو على الأقل الطريقة التى سيتم بها تعيينهم على النحو الذى جاء به المشرع الفرنسى فى المادتين ٢/١٤٤٣، ٢/١٤٨٨ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد وإلا كان الشرط أو المشارطة باطلة.

٢- احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة الذى يقوم عليه نظام التحكيم، فطالما لجأ أطراف التحكيم إلى المحكمة فيجب احترام هذه الرغبة وتحقيقها لهم دون عقبات ،وهذا ماذهب إليه المشرع المصرى أيضاً **إلا أنه كنا نفضل** أن يستعمل المشرع المصرى لفظ "يجب على المحكمة" بدلا من "تولت المحكمة" فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى وذلك منعاً لغموض العبارات التى قد تؤدى إلى الجدل الفقهى .

٣- طالما أن المشرع لم يحدد وسيلة معينة لتقديم طلب تعيين المحكم المرجح إلى المحكمة؛ وبالتالى يجوز تقديمه بأية وسيلة سواء بأمر على عريضة أو

بصحيفة أو بغيرها ، ومن ثم ترك الحرية لطرفى التحكيم فى هذا الشأن ولا يجوز للمحكمة فرض أمر لم يتطلبه المشرع.

وبالتالى فإن النص الحالى "المادة ١٧" من قانون التحكيم يحقق الغرض منه. **أما فى حالة تعديل النص القائم فيقترح** أن يكون النص كالتالى "..... بناء على طلب أحد الطرفين إما بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو بأمر على عريضة من رئيس المحكمة المختصة.....".

٤- إلزام هيئة التحكيم بوجوب مراعاة أحكام قانون التحكيم المصرى دون تفرقة بين النصوص الآمرة والنصوص المكملة حيث جاءت عبارة "مع مراعاة أحكام هذا القانون" مطلقة ولم تخصص الأحكام الآمرة لتلتزم بها هيئة التحكيم دون الأحكام المكملة كما أن الأحكام المكملة يجوز الاتفاق على ما يخالفها – وهذا القيد ليس له مقابل فى القانون الفرنسى – وإنما يؤيده الفقه الفرنسى .