

بحث

فى

قانون التحكيم

نطاق اتفاق وشرط التحكيم

. إن القاعدة العامة في قانون المرافعات انه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بما لم يطلبه الخصوم وان العقود أساسها الرضائية والعقد شريعة لأطرافه وبالتالي نجد العقد له حدود ونطاق لا يمكن إن يمتد العمل لأكثر من نطاق حدوده لذلك التحكيم فأساسه هو أساس العقود الرضائية وهنا تبرز لنا أهمية الكتابة حتى لا يتصل احد من أطرافه مما اتفق عليه .

وقضت محكمة النقض :

حيث أن التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومة . وهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين في عرضه على هيئة التحكيم يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو يشمل جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ، ولا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد آخر لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فض عن طريق التحكيم أو إلى اتفاق لاحق ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل دون الجمع بينهما اتفاق أو يفض مع الفصل بينهما خلاف ، وكان خروج المحكمين عن نطاق مشاركة التحكيم أو امتداد نطاق التحكيم إلى غير ما اتفق عليه الطرفان أو الحكم في نزاع معين دون قيام مشاركة تحكيم جديدة هو من الأسباب القانونية التي يخالفها واقع وكان الطاعن لم يتمسك بها أمام محكمة الاستئناف ، ومن ثم لا يجوز له إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق . جلسة ١٤/٢/١٩٨٨)

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً

. لابد أن يكون اتفاق التحكيم متضمن محرر ووقعه الطرفان أو إذا تضمنته ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة (المادة ١٦ إثبات) .

. والبطالان هنا بطلان مطلق لأن الكتابة شرط أساسي لقبول وانعقاد اتفاق التحكيم (المادة ١٢) .

. لابد أن يكون تنفيذ التحكيم ممكن حتى تمنع المحاكم من نظر النزاع المطروح أمامها عند وجود شروط التحكيم

. أن منع المحاكم من نظر النزاع عند وجود شرط التحكيم ، لا يكون إلا إذا كان تنفيذ التحكيم ممكن، أي أن يكون التحكيم في مسائل يجوز التحكيم فيها قانوناً ، و يكون من المسائل التي تقبل الصلح حتى لا يحرم أطراف المنازعة من عرض النزاع على أي جهة لاتخاذ إجراءات التحكيم والفصل فيها .

. أضف إلى ذلك أن التمسك بشرط التحكيم يسقط الحق في التمسك به إذا تكلم صاحبه في الموضوع لأنه دفع شكلي .



ويكاد يجمع الشراح والقوانين على أن هناك عناصر معينة في اتفاق التحكيم يجب توافرها حتى يكون صحيحاً وهي علي النحو التالي :

يجب أن يكون مكتوباً

إذا كانت القاعدة العامة في شأن اتفاق التحكيم تقضي بخضوعه للقانون الموضوعي المطبق على العقد (١٤) ، لذلك يجب الرجوع إلى مثل هذا القانون لمعرفة مدى تطلبه شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم من عدمه ، وباستقراء مواقف قوانين الدول من النص على هذا الشرط نجد أنها اختلفت وتباينت فمجموعة الدول ذات التقاليد اللاتينية سعت إلى إحاطة اتفاق التحكيم بضمانات معينة وإدخاله في دائرة التصرفات التي يجب إفراؤها في شكل معين كالهبة والوصية والصلح ومن ثم تطلبت شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ، وذلك حتى يمكن التحقق من إرادة الأفراد قد اتجهت بالفعل إلى الالتجاء إلى التحكيم .

وعلى النقيض تماماً فإن الدول ذات النظم الانجلوسكسونية لم تجد مبرراً يوجب إخضاع اتفاق التحكيم لشكل معين فأخضعته للقواعد العامة التي تحكم التصرفات القانونية ، واكتفت بتدخل القاضي للتحقق من انصراف إرادة الأطراف إلى اللجوء للتحكيم في حالة ما إذا كان الاتفاق شفهيّاً أو يمكن استخلاصه ضمناً من الظروف القائمة (١٥) ، فعلي سبيل المثال يجري قضاء محكمة استئناف باريس على أن انعدام الكتابة في حد ذاتها لا يترتب عليه بطلان مشارطة التحكيم ، حيث يمكن التحقق من وجود مشارطة التحكيم من مسلك الخصوم أثناء سير خصومة التحكيم ، فإذا شارك الخصوم في خصومة التحكيم بدون أي تحفظ أو اعتراض على وجود مشارطة التحكيم أمكن القول بوجود اتفاق صحيح على التحكيم (١٦) .

وقد اختلف قوانين الدول العربية في النص على هذا العنصر ، فالقانون المصري يتطلب الكتابة لصحة اتفاق التحكيم من خلال نص المادة ١٢ من قانون التحكيم الجديد (١٧) ، وكذلك القانون الكويتي من خلال نص المادة ٢/١٧٣ من قانون المرافعات ، وكذلك قانون الإمارات العربية المتحدة من خلال المادة ٣/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية ، أما القانون اللبناني فيضهم من نص المادة ١/٧٦٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية أن الكتابة شرط للإثبات .

أما بخصوص هذا العنصر على مستوى المنظمات الدولية الموحدة ، فإن بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣ م واتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ م ، قد رأيا أن يترك الأمر لتقدير كل دولة حسب قانونها الداخلي بالإحالة إلى التشريع الوطني لكل دولة لتحديد شروط إثبات اتفاق التحكيم ، ولكن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ حسمت هذا الأمر بالنص صراحة في المادة الثانية على ضرورة الكتابة لصحة اتفاق التحكيم (١٨) ، والكتابة في هذه الحالة تعد شرطاً لصحة الاتفاق وليست دليلاً للإثبات ، ولا يكفي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بل لا بد أن يكون موقفاً عليه من الطرفين ، وتعترف الاتفاقية كذلك بالخطابات أو البرقيات المتبادلة بين الأطراف دون اشتراط وجود عقد مسايرة لضرورات التجارة الدولية بموجب المادة ٢/٢ ، أما بالنسبة للاتفاقيات المتبادلة عن طريق الفاكس ، فلم تنص المادة ٢/٢ من الاتفاقية على هذا النوع من طرق الاتصال ، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاعتراف بهذه الوسيلة من وسائل الاتصال حيث اعترفت القوانين الوطنية الحديثة بوسائل الاتصال المكتوبة كالفاكس مثل قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ م في المادة (١٢) ، والقانون الإيطالي لعام ١٩٩٤ م في المادة (٨٠٧)

أسباب عدم صحة اتفاق التحكيم



ويكشف تتبع الفقه والقضاء عن وجود اتجاهين رئيسيين في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، أحدهما ينحاز إلى تطبيق قانون مقر التحكيم والآخر ينحاز إلى تطبيق قانون الإرادة الحاكمة للعقود بصفة عامة (١١) ، وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالاتجاه الأول وقالت في حكم لها : " بأنه لما كان من الثابت أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على أن يحال أي نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة محكمين في مرسيليا وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ، ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه " (١٢) ، ومن الواضح أن هذا الاتجاه ينبع من الطبيعة القضائية للتحكيم لأنه يتجاهل أن اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود ، وأن العقد يجب أن يخضع لقواعد الإسناد في تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق لمعرفة صحته من عدمه ، ومن الواضح أيضا إذا ما سايرنا هذا الاتجاه أننا سنجد تنوع في الحلول بحسب الوقت الذي يتم فيه تقدير صحة اتفاق التحكيم من عدمه ، فإذا أثير البحث عن ذلك بمناسبة دفع بعدم اختصاص القضاء لسبق الاتفاق على التحكيم ، فسوف يطبق القاضي الذي يثار أمامه ذلك الدفع قانونه باعتباره القانون الذي يطبق على إجراءات التقاضي ، أما إذا أثير البحث عن ذلك بعد صدور الحكم من خلال دعوى البطلان فسوف يطبق القاضي الذي ينظر في هذا الدفع قانون البلد الأجنبي الذي تمت فيه إجراءات المحاكمة بوصفة القانون الذي تمت المحاكمة في ظله .

أما عن الاتجاه الثاني والذي يقرر خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة لتقدير صحته من عدمه فهو ينطلق من الاتجاه الذي يشايح الطبيعة التعاقدية للتحكيم ولذلك قد يكون ذلك القانون هو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم أو أي بلد آخر بحسب اتفاق الأطراف ، وبحسب قواعد الإسناد في ذلك القانون التي قد تشير إلى قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك أو قانون البلد الذي تم فيه العقد ، أو قانون البلد الذي يتم فيه تنفيذ العقد ، ومن الواضح أن هذا الاتجاه يؤدي إلى توحيد الحلول القضائية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم لتقدير صحته من عدمه سواء كان بحث ذلك أثناء الدفع بعدم الاختصاص أو من خلال الدفع بالبطلان من خلال دعوى البطلان بعد صدور حكم التحكيم ، ولكن قد يسفر هذا الاتجاه عن صعوبة ليست بالهينة في حالة عدم وجود اتفاق بين الأفراد على تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم (١٣) .

أما على مستوى الاتفاقات الدولية فقد نصت اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية من خلال المادة ١/١/٥ على أن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم لتحديد صحته من عدمه يكون طبقا لاتفاق الأطراف ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق يتم تطبيق قانون محل صدور حكم التحكيم ، وبذلك يتضح أن اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية قد جمعت بين الاتجاهين السائدين في هذا المجال ، بحيث يكون الاتجاه الأول احتياطيا للاتجاه الثاني .

والواقع أن الاتجاه الثاني الذي يقضي بخضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة لا يعني تمتع الأطراف بالحرية الكاملة طبقا لما يوحيه ظاهر الاتجاه لأن ذلك يتوقف على العناصر التي يلزم من وجودها صحة اتفاق التحكيم ، لأن بعض القوانين تتطلب عنصر الكتابة كشكل لازم لإثبات اتفاق التحكيم بحيث يلزم من تخلفها بطلانه ، فلا يمكن مثلا للأفراد تجاهل هذا العنصر عند اختيارهم لقانون يحكم اتفاق التحكيم لا يتطلب عنصر الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ، وكذلك أيضا عنصر قابلية النزاع للحل عن طريق التحكيم فلا يمكن للأفراد الاتفاق على حل نزاع معين عن طريق التحكيم ويخضعان اتفاق التحكيم لقانون يجيز حل مثل ذلك النزاع عن طريق التحكيم في حين أن القانون لا يجيز من الأصل حل ذلك النزاع عن طريق التحكيم .

ومن التطبيقات القضائية المهمة بخصوص هذا الشرط

قامت شركة إيطالية باستئجار سفينة مملوكة لشركة مسجلة في بنما ومملوكة لمصالح يونانية ونص في عقد الإيجار المطبوع على التحكيم في لندن ، وعندما نشأ نزاع بين الطرفين امتنعت الشركة الإيطالية عن تعيين محكمها أو الاشتراك في إجراءات التحكيم ، فأصدرت محكمة التحكيم حكماً لصالح مالك السفينة ، وتقدم مالك السفينة بهذا الحكم لتنفيذه على المحكوم عليه (الشركة الإيطالية) في إيطاليا ، فتمسكت الشركة الإيطالية أمام محكمة استئناف تريستا الذي طرح عليها طلب الأمر بالتنفيذ ، ببطالان اتفاق التحكيم في هذا النطاق لعدم توافر ما تتطلبه المادتين ١٣٤١ و ١٣٤٢ من القانون الإيطالي التي تشترطان في العقود التي تتضمن شروط عامة مطبوعة أن يقوم الأطراف بالتوقيع على شرط التحكيم ذاته توقيعاً خاصاً بحيث لا يكفي التوقيع بصفة عامة على العقد في مجموعه فرفضت محكمة استئناف تريستا هذا الطعن وقالت أن التنفيذ يتم وفقاً لاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م وهي لا تتطلب شيئاً من هذا القبيل ، وأعدت محكمة النقض الإيطالية التأكيد على انطباق المادة الثانية من اتفاقية نيويورك (٢٠)

ونخلص مما تقدم أن الدول قد تباينت في النص على اشتراط الكتابة في عقد التحكيم حسب سياستها التشريعية ، ولكن اتفاقية نيويورك قد اشترطته صراحة بموجب المادة الثانية ، ونرى أن التشريعات التي اعتبرت الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم كالتشريع المصري بقوله في المادة ١٢ من قانون التحكيم الجديد) يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً) ، لم تكن موفقة تمام التوفيق لأن الهدف من الكتابة هو الإستيثاق من أن إرادة الأطراف كانت واضحة وصريحة على اللجوء إلى التحكيم ، وهو أمر قد يتحقق بوسائل أخرى غير الكتابة كرفع المدعى دعوى تحكيم وعدم اعتراض المدعى عليه على ذلك ، وعلى ذلك كان من الأجدر عدم ترتب البطلان كنتيجة مباشرة وتلقائية على عدم الكتابة كما فعل نص القانون المصري وعاود التأكيد على ذلك من خلال نص المادة ٥٦ من ذات القانون باشتراط أن يرفق بطلب تنفيذ حكم التحكيم صورة من اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة ١٢ ، وكان من الأفضل اشتراط الكتابة ، أما تقدير البطلان من عدمه كنتيجة مباشرة وتلقائية على عدم الكتابة فكان من الأجدر تركها للمحكم أو القاضي حسب الأحوال يعملها على حسب كل حالة طبقاً لمقتضيات الظروف ومن مسلك الأطراف في الدعوى ، أما تقدير البطلان مقدماً وصراحة من خلال النص ، فهو أمر قد لا يترك للمحكم أو القاضي أي سلطة تقديرية في تقرير البطلان من عدمه ، ونتوقع أن يجتهد القضاء المصري في تفسير هذا النص بطريقه تحقق الحكمة من وجوده وخصوصاً إذا ما أثبتت مسألة البطلان في مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم (عند التنفيذ ، أو دعوى بطلان حكم التحكيم) أخذاً في الاعتبار عنصر الرضا والحرية اللذين يسيطران على نظام التحكيم علماً بأن اتفاقية نيويورك لم تقرر البطلان كجزء لعدم كتابة اتفاق التحكيم كما فعل المشرع المصري من خلال نص المادة ١٢ المشار إليه ، حتى يمكن القول أن المشرع المصري أراد مسايرة اتفاقية نيويورك ، فصحيح أن اتفاقية نيويورك اشترطت الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم ، لكنها لم تقرر البطلان كجزء لتخلف هذه الكتابة ، بل تركت ذلك حسب الأحوال وفقاً للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، وقالت في صدر المادة الخامسة أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية ١ - ... أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف الخ

٢ - صحة تراضي أطراف اتفاق التحكيم التعبير عن الإرادة الذي يتم إفراغه كتابياً بما يفيد قبول التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الحالية أو المستقبلية يصدر بالضرورة عن أشخاص أطراف التحكيم أو ممثليهم ، ومن هنا يجب التأكد من أهليتهم القانونية لإبرام هذا النوع من التصرفات وسلامتهم رضاهم ، والأهلية المشترطة في طريقتي اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف ، وأهلية التصرف لا تثبت بحسب الأصل إلا لمن بلغ سن الرشد غير



محجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة ، كذلك يجب ألا قد أشهر إفلاسه لأنه يترتب على شهر الإفلاس غل يد المدين عن التصرف في أمواله من تاريخ شهر الإفلاس ، ومن ثم فإنه يمتنع الاتفاق على التحكيم اعتباراً من هذا التاريخ ، غير أن المنع لا يشمل بالطبع الأموال غير الداخلة في التفليسة (٢١) .

وعدم توافر أهلية أحد أطراف التحكيم يعد سبباً لبطلان الاتفاق على التحكيم وهذا أمر مفترض ، ونصت عليه اتفاقية نيويورك صراحة في المادة ١/٥ أ

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف اتفاق التحكيم حتى يمكن الرجوع إليه لمعرفة أهلية أطراف اتفاق التحكيم ؟

باستقراء قوانين الدول في هذا الشأن نجد أن بعضها تطبق على الأهلية قانون الجنسية بالنسبة للأفراد وقانون الموقع بالنسبة للأشخاص المعنوية كقوانين البلاد ذات التقاليد اللاتينية ، والبعض الآخر من القوانين يطبق قانون الوطن بالنسبة للأفراد وقانون بلد التأسيس بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة كقوانين البلاد ذات التقاليد الأنجلو سكسونية ، وقد تطبق بعض القوانين ضابطاً موضوعياً وليس شخصياً مثل ضابط محل إبرام العقد المعمول به في الولايات المتحدة الأمريكية ، أو أن يكون قانون الأهلية هو القانون الذي يخضع له العقد بوجه عام (٢٢) .

ولم تقرر اتفاقية نيويورك مسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية بل تركت لمحاكم الدول المختلفة أن تطبق قواعد التنازع المعمول بها في كل دولة (٢٣) ، ولعل السبب في عدم وضع قاعدة موحدة بخصوص أهلية أطراف التحكيم تخوف واضعي الاتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييفات ، ونظراً لاختلاف قواعد الإسناد ولتعدد وضع نصوص موحدة ، لذا فقد أثروا ترك تقدير أهلية أطراف اتفاق التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ (٢٤) ، ومن ثم فإن اتفاقية نيويورك قد تركت للقاضي الذي يطرح عليه طلب الأمر بالتنفيذ - عند النظر في مسألة الأهلية لتقرير مدى صحة الاتفاق على التحكيم صادر بناء على ذلك الاتفاق بيان ما هو القانون الذي يحكم أهلية طرفي الاتفاق على التحكيم ، فإذا كان الأمر مطروحاً على قاض فرنسي أو مصري مثلاً يأخذ نظامه القانوني بقانون الجنسية ، وجب تحديد مدى توافر أو عدم توافر أهلية الشخص وفقاً لجنسيته ، أما إذا طرح الأمر على قاض بريطاني أو أمريكي يأخذ نظامه القانوني بقانون الوطن ، فإن المناط عندئذ لتقرير مدى توافر أو عدم توافر أهلية الشخص يكون بالقواعد الموضوعية في قانون موطن الشخص الطرف في اتفاق التحكيم (٢٥)

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هو الحال عند وجود قيود في القوانين الداخلية للدول تؤثر على أهلية الأفراد عند إبرامهم لاتفاق التحكيم كما هو الحال في القانون الإيطالي الذي ينص في المادة الثانية من قانون المرافعات على بطلان أي اتفاق تحكيم بين أشخاص إيطاليين أو متوطنين في إيطاليا لإجراء تحكيم خارج إيطاليا ؟ وكما هو الحال في القانون الفرنسي الذي ينص على حظر الاتفاق على التحكيم من قبل أشخاص القانون العام كالدولة وأجهزتها وهيئاتها العامة ؟

بالنسبة للحالة الأولى حسم القضاء الإيطالي الإجابة على هذا التساؤل بقول محكمة النقض الإيطالية مراراً في العديد من أحكامها بتقرير وجوب الاعتراف بصحة الاتفاق على التحكيم في الخارج البرم بن رعايا إيطاليين مقيمين في إيطاليا أو بينهم وبين أجنبي متوطنين في إيطاليا إعمالاً لاتفاقية نيويورك ، لأنه بالتصديق على الاتفاقية صارت جزء من النظام القانوني الإيطالي بحيث يجب تطبيق مضمونها باعتبارها تتضمن قواعد تسمو على القواعد الداخلية ، ولكانت الاتفاقية لم تشترط انتماء أطراف التحكيم إلى جنسية دولة معينة أو



توطنهم في دوله ما كشرط لصحة اتفاق التحكيم ، فلا يجوز الادعاء بعدم صحة اتفاق التحكيم لأم أحد طرفية جنسيته إيطالية أو متوطن في إيطاليا (٢٦)

وبالنسبة للحالة الثانية فقد استقر القضاء الفرنسي على أن القيود المذكورة تسري فقط في شأن المعاملات الداخلية ، ولكنها لا تمنع أشخاص القانون العام من أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم ذي طبيعة دولية ، وأثيرت هذه الحالة أيضا أمام المحاكم التونسية في نزاع طرح أمام القضاء التونسي حول صحة اتفاق تحكيم أبرم بين شركة الكهرباء والغاز التونسية وهي مؤسسة عامة وبين شركة فرنسية ، وتمسكت الشركة التونسية ببطلان اتفاق التحكيم على أساس أن القانون التونسي يحظر على المؤسسات العامة الالتجاء إلى التحكيم ، ورفضت المحكمة التونسية هذا الدفع واستندت إلى واقعة انضمام تونس لاتفاقية نيويورك ، وقررت أن الحظر القائم في القانون الداخلي لا يسري على الحالات التي يكون فيها الاتفاق على التحكيم متعلقا بمعاملة دولية وخلصت المحكمة إلى صحة اتفاق التحكيم بغض النظر عن القيود التي يفرضها القانون الداخلي (٢٧)

ويجب أن نلاحظ أن بطلان حكم التحكيم لبطلان اتفاق التحكيم لنقص أهلية أحد طرفية ، قد يكون بطلان مطلق وذلك إذا وجهت إجراءات المحاكمة إلى ناقص الأهلية نفسه أو باشرها بنفسه ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، أما إذا وجهت إجراءات المحاكمة إلى ممثل أو نائب ناقص الأهلية القانوني ، فإن البطلان يكون بطلان نسبي ، حيث يجب على الممثل أو النائب القانوني أن يحضر إجراءات المحاكمة ويتمسك ببطلان اتفاق التحكيم لنقص الأهلية ، أما إذا حضر ولم يعارض في ذلك اعتبر اتفاق التحكيم صحيحا من هذا الوجه لأن ذلك بمثابة إجازة من الممثل أو النائب القانوني لاتفاق التحكيم الذي وقعه ناقص الأهلية وعلى ذلك يجب على الطرف الأخر تجنب مباشرة إجراءات قابلة للزوال بأن يوجه إجراءات التحكيم إلى نائب أو ممثل ناقص الأهلية من البداية كمحاولة لتصحيح البطلان الذي أصاب اتفاق التحكيم لنقص أهلية الطرف الآخر .

ولا يكفي فقط أن يتمتع أطراف اتفاق التحكيم بالأهلية حتى يكون اتفاقهم على التحكيم صحيحا ، بل يجب أيضا أن تكون إرادتهم سليمة خالية من عيوب الرضا (الغط ، والتدليس ، والإكراه والاستغلال) ، وسلامة رضا طرفي اتفاق التحكيم مطلب ضروري لتلاقي إرادة الطرفين على الاتفاق على التحكيم ، والتحقق من وجود الرضا وعدم وجوده وما يتعلق بصحته أو فساده إنما هي أمور تخضع للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ذاته (٢٨) ، والذي تجد الإشارة إليه حقا في هذا النطاق أن هناك مبدأ يقتضي بإستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، أي أن إبطال العقد الأصلي لعيوب الإرادة لا يعني ذلك إبطال شرط التحكيم المحتوي عليه ذلك العقد بناء على ذلك العيب ، كما أن إبطال شرط التحكيم لعيوب الإرادة لا يعني ذلك إبطال العقد الأصلي المحتوي على ذلك الشرط بناء على هذا العيب (٢٩) .

ولم تتضمن اتفاقية نيويورك نص يعالج المشكلات التي تتعلق بركن الرضا في اتفاق التحكيم ، واكتفت بما ورد في المادة الخامسة من بيان قاعدة الإسناد التي يتم على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالرضا وهو القانون الذي أخضع الأطراف للاتفاق له ، وفي حالة غياب أية إشارة إلى ذلك يكون قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم (٣٠) ، ولهذا يجب الرجوع بصفة أصلية إلى القانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو ضمنا ليحكم اتفاقهم على التحكيم أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم للحكم على كافة المسائل المتصلة بالتراضي وصحته

وتطبيقاً لذلك فقد ذهبت المحكمة العليا الألمانية بمناسبة إدعاء طرف ألماني أمامها أن اتفاق التحكيم تم توقيعه من قبله تحت ضغط اقتصادي ، إلى اتباع قاعدة الإسناد التي أوردتها المادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك ، والتي بإعمالها يتضح أن القانون الواجب التطبيق هو القانون التشيكي لكونه القانون الذي اختاره أطراف اتفاق



التحكيم ، ولما كان هذا القانون لا يعترف بالضغط الاقتصادي سبباً لبطلان اتفاق التحكيم ، فإن إدعاء الطرف الألماني يكون مرفوضاً ، وقررت ذات المعني أيضاً محكمة استئناف نابولي عندما دفع المحكوم عليه أمامها بأن اتفاق التحكيم قد أبرم تحت تأثير الغش والتدليس ، وانتهت المحكمة إلى ضرورة الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد المذكورة في اتفاقية نيويورك - المادة ١/٥ أ والتي يتضح من خلالها أن القانون النمساوي هو الذي تشير إلى تطبيقه قاعدة الإسناد (٣١)

ولا يختلف الحال بالنسبة إلى الشخص الاعتباري - كقاعدة عامة ، لأن الرأي الراجح لدي الشراح هو الاعتراف للشخص الاعتباري بأهلية الأداء بالنسبة لحقوقه والتزاماته التي تدخل في الغرض من إنشائه (٣٢)

غير أن الأمر هنا يتم على خطوتين ، الخطوة الأولى التحقق من أن الشخص الذي وقع نيابة عن الشخص الاعتباري يملك سلطة التوقيع بأسمه على اتفاق التحكيم عن طريق القانون الذي يحكم الشخص الاعتباري ، فإذا كان الشخص الاعتباري شركة وجب الرجوع إلى القانون الذي يحكم الشركة وهكذا ، والخطوة الثانية التحقق من توافر الأهلية وسلامة إرادة ممثله وخلوها من عيوب التراضي ، فتحدد أهلية الشخص الاعتباري وصحة إرادة وفقاً للقانون الواجب التطبيق ، وقد خلت المادة ١/٥ أ اتفاقية نيويورك من نص يدل صراحة على من له سلطة تمثيل الشخص الاعتباري في اتفاق التحكيم والتوقيع نيابة عنه ولا عن أهليته وصحة إرادته ولكن الرأس استقر الحال على تطبيق ذات القواعد التي أوردتها المادة ١/٥ أ من الاتفاقية على الشخص الطبيعي استصحاباً للحال على أساس أن العبرة بالقانون الذي يحكم الطرف الأصيل الصادر التصرف باسمه (٣٣).

وتطبيقاً لذلك لأثير هذا الموضوع في قضية هضبة الهرم المصرية ، وتتلخص وقائع هذه القضية ، في أن شركة أوروبية تدعى S.P.P أبرمت عقداً مع الهيئة المصرية للسياحة والفنادق من أجل بناء مركزين سياحيين أحدهما في الأهرامات وصادق وزير السياحة على العقد بتوقيعه مع كلمات للموافقة والمصادقة والاعتماد وتضمن العقد شرطاً تحكيمياً يحيل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية ، وأثار المشروع عاصفة في مصر ، لاسيما في البرلمان ، وكان المآخذ أن هذا المشروع من شأنه تشويه الأهرامات فتخلت عنه الحكومة المصرية وارتدت الشركة الأوروبية S.P.P على الحكومة المصرية بدعوى تحكيمية تطالبها بالعتل والضرر لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية وعدم إنفاذها للعقد ، وطرح موضوع العقد التحكيمي هل هو صحيح أم أنه باطل ، وبحث المحكمون أول ما بحثوا اختصاصهم واعتبروا أنفسهم مختصين للنظر في النزاع ، وانحصر موضوع النزاع كله في معني توقيع الوزير على العقد .

أدلت الحكومة المصرية بأن توقيع الوزير هو عمل شكلي إداري بموجبة تخول سلطة الوصاية (أي الوزارة) هيئة السياحة والفنادق المصرية ، وردت الشركة أنه طلبت توقيع الوزير على العقد لإثبات التزام الحكومة المصرية به ، وكان مكان التحكيم باريس ، وصدر الحكم التحكيمي في باريس يعطي للشركة الأوروبية ١٢٥٠٠٠٠٠ دولار ، تقدمت الحكومة المصرية بطلب إبطال الحكم التحكيمي أمام المحاكم الفرنسية مدلية ، بغياب العقد التحكيمي كسبب للبطلان ، وفقاً لقانون التحكيم الدولي الفرنسي ، أبطلت المحاكم الفرنسية الحكم التحكيمي على أساس أن المحكمين نظروا بالدعوى دون أن يكون هناك عقد تحكيمي ، كما أبطلت المحكمة القضائية الفرنسية قرار المحكمين باعتبار أنفسهم مختصين للنظر بالنزاع الذي بني على أن هناك عقد تحكيمي صحيح ، وهكذا أبطلت المحكمة القضائية الحكم التحكيمي برمته (٣٤).