

اشكالية امتداد شرط التحكيم

بالتطبيق علي قضيه هضبة الاهرامات

دراسة مقارنة

دكتور

محمود عمر محمود

استاذ مساعد القانون المقارن - جامعة الملك عبدالعزيز

عضو اتحاد المحامين العرب

مقدمة:

التحكيم كفكرة^(١) أو كنظام قديم قدم الزمان وجد بل وموجود دائما كصورة من صور العدالة وهو اسبق في الوجود من عدالة الدولة فهو ليس ظاهرة دولية وإنما هو ظاهرة وليدة ثقافات متعددة intercultural^(٢) ولذلك فهو كفكرة ذو إطار ومضمون متغيرين فهو كنظام ذو طبيعة مختلطة اتفاقي المنشأة ، قضائي الوظيفة غايته فض النزاع ومن ثمة تحقيق العدالة^(٣).

فاصطلاح محكم arbiter في اللغة اللاتينية تعني في الأصل الشاهد temoin^(٤) كما تعني أيضا السيد maitre وفي الألواح ألاتني عشر فان المحكم يعني القاضي، ولدي الإغريق وجدت بذور فكرة التحكيم L'arbitrage في احدي معاني كلمة محكم arbitre وفي الاليدا l'iliade^(٥) لا نجد مصطلح المحكم ولكن يوجد مصطلح القاضي -المحكم juge -arbitre ويسمي istr o أي ذلك الذي يعلم^(٦)، وفي اللغة العربية فان المحكم -بتشديد الكاف على الفتح- هو الذي يفوض إليه الحكم في الشيء وحكم الرجل بضم الكاف أي صار حيكما^(٧)، وفي اللغة الفرنسية نجد أن كلمة مُحكم arbitre بدأ استعمالها في سنة ١٢١٣^(٨) وكان لها في هذه الفترة معنيان إحداهما قانوني يتعلق بالشخص الذي يسمه الأطراف لحسم النزاع، وثانيهما معني عام مرادف للإرادة Volonte وهذا المعني أرخي النسيان سدوله عليه مع مرور

(١) Charle Jarrsson, lan0tion darbitrage, L.G.J.D Paris 1987. Preface. Oppetit. P.1.n.1

(٢) Jakubowshi, "Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and Coniliation in Art of Arbitration, Melanges, P.Sanders, Kluwer, 1982 P 175.

(٣) J.Rubellin-Devichi, Larbitrage, nature juridique. L.G.D.J 1965. Preface Vincent

(٤) Dictionnaire, Gaffiot, V Arbitre.

(٥) Foustucos, L'arbitrage, interne et, international, dvoir prive helenique liter, 1076 preface, B. goldmon N`2.

(٦) Iliade, XXIII, 486, Tan. Foustucos , Par. Cit no2.

(٧) معجم مقاييس اللغة ج ٢ ، مادة حكم لابن سيدة ج ٣ ص ٣٥. وانظر أيضا تاج العروس ص ٢٥٨ ، مختار الصحاح ص ٤٨ ، تهذيب اللغة ج ٢ ، ص ١١٣ ، المعجم الوسيط ج ١ ص ١٩٠ ، معجم بحار الأنوار مادة حكم ج ١.

(٨) Dictionnoire, petit V Arbitre

الوقت وصار قديما. ومع ذلك استقي منه تعبير المُحكم الحر Libre-arbitre الذي يثير فكرة الإرادة ويستقي منها أيضا كلمة تحكمي arbitratire وهذه لا تعتمد إلا على الإرادة ويستتر ورائها ويستتر ورائها مظهر التعسف والقابلية للمنازعة.

ويعتقد كثير من فقهاء القانون^(١) ان اول ظهور للتحكيم كان في اليونان القديمة ما بين القرن السادس و القرن الرابع قبل الميلاد^(٢) كما ان صولون solon نص علي التحكيم كنظام لفض المنازعات في إصلاحاته التشريعية، كما فرق أرسطو Aristote بين القاضي والمحكم حيث قرر ان المحكم هدفه العدالة اما القاضي هدفه تطبيق القانون، كما قام قسطنطين Constantin في Byzaunce في العصر الروماني بفرض التحكيم بصورة رسمية.^(٣)

وعُرف التحكيم في روما منذ أقدم العهود^(٤)، ففي عصر الإمبراطورية القديمة في القرن السابع والسادس قبل الميلاد عرفوا ما يسمى L'arbitrium Liti aestimandae الذي بمقتضاه يحدد المحكم مبلغ التعويض الواجب علي المتهم دفعه بعد أن يحكم القاضي باقترافه الجريمة، كما أن التحكيم كان ذائعا في العقود الرضائية^(٥) كالبيع والشركة حيث كان للمتعاقدين الحق في أن يتفقوا على اختيار شخص يسمونه arbitrator لا ليفصل فيما قد ينشأ عن العقد من خلاف وإنما لتكملة شروطه أو الإشراف على تنفيذه وكان قرار المحكم يعتبر جزءا من العقد ويستمد قوته الإلزامية من هذه الصفة، ولما كان الأصل في العقود الرضائية حسن النية فقد كان من حق القاضي التدخل لتعديل قرار المحكم إذا قدر انه مجحف وشأن القرار في ذلك شأن العقود

(١) Goudement, institutions de L'antiquite, sirey. 2 eme. Ed 1982 . p174 L.gerente. I`mstitution des arbiter des arbiter publics a Athenes, in Droit et societe, dans lagrece ancienne, paris, 1965 p3.

(٢) Foustoucos, op.cit. no2.

(٣) Rhetorique T. 13. 1374

(٤) L. Weill, Les sentancse arbitraks en droit international Privé: Thèse, Paris 1906; Bairegard,

De la clause Compromise thèse, Paris, 1911.

(٥) sur-larbitrium Liti aestimandae. Cf. Magdelain “Aspect arbitraux de la justice civile

archaïque a`Rome “ Revue international des droits del`antiquite. 1980.

الأخرى، أما في غير العقود الرضائية فلم يكن الاتفاق على التحكيم جائز إلا بإتباع الإجراءات الشكلية.

وكانت مهمة المحكم في هذا التحكيم هي الفصل في الخصومة بيد أن قراره لم يكن ملزما لأطراف النزاع وإنما يقصر أثره على الامتناع عن تنفيذه على مجرد دفع غرامة مالية تعين في الاتفاق وهذا التحكيم هو الذي أطلق عليه اسم Lex-Compromissum واستوتحت هذه الفكرة مما كتبه سيشرون Ciceron^(١) من أن التحكيم حتى لو كان سيئا فهو أفضل من قضاء عادل^(٢) وتطور التحكيم Lex-compromission حتى صار ضربا من القضاء الخاص ينتهي بقرار ملزم للخصومة اذا أعلنوا قبولهم له أو إذا انقضت عشرة أيام من تاريخ علم كل منهم به دون اعتراض، وتطور تحكيم العقود الرضائية حتى صار التحكيم مع إطلاق الحرية للمحكم في الفصل في النزاع دون التقيد بأية قواعد وضعية، وهو التحكيم المتعارف عليه اليوم بالتحكيم مع التفويض بالصلح. وفي خلال الإمبراطورية السفلى تطورت العدالة التحكيمية عند المسيحيين حيث كان القساوسة يحكمون في الخلافات التي تثور بين الطوائف المسيحية^(٣) وشجع Constantin هذه الصورة من صور التحكيم كما عرف أيضا Wisigoths التحكيم^(٤).

بيد أن التحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا إنما نظام عرفة كل من المصريين القدماء^(٥) والآشوريين والبابليين^(٦) والعرب قبل الإسلام^(٧) حيث كان التحكيم اختياريا متروكا لتراضي المتخاصمين، وكذلك لم يكن قرار المحكم ملزما قانونا بل كان تنفيذه راجعا إلي سلطة المحكم

(١) د.محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دروس أُلقيت على طلبية دبلوم القانون الخاص حقوق القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣٩.

(٢) Clere. "L'arbitrage révolutionnaire: apogée et déclin d'une institution 1970 Rev. arb. 1981- (٢)

(٣) Code de Justinien. V. Digeste titre VIII du livre IV du code de Justinien.

(٤) Monier, Manuel élémentaire de droit-romain Montchrestien 1947. T.I. No 150.

(٥) د.محمود السقا، تاريخ القانون المصري، الطبعة سنة ١٩٧٠ ص ٣٧٠.

(٦) د.عبد المحسن العطيفي، التحكيم في المنازعات الدولية - بغداد ١٩٦٩.

(٧) بلوغ الأدب، الجزء الأول ص ٣٠٨، الميداني الجزء الأول ص ٣٥.

الأدبية لذا كان بعض المحكمين يأخذون بالعهود والمواثيق تأكيداً لقبول المتخاصمين بحكمهم كما إنهم احتكموا إلى الكهنة والي النار والأصنام والأزلام وكانت أصول التحكيم بسيطة فطرية، ومع ذلك كان المحكم يعتبر أن سماع الطرفين المتخاصمين شرطاً من شروط الحكم وإن الأصل براءة الذمة فلذا قال أحدهم وهو قس بن ساعده الأياضي "أن البيئة على من ادعي واليمين على من أنكر"^(١) وهي من القواعد التي تبناها المشرع الإسلامي^(٢).

والتحكيم في الشريعة الإسلامية جائز بالكتاب^(٣) والسنة والاجماع^(٤) وجاء في شرح الدر المختار المختار (أن التحكيم هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر) وفي المغني (إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكاهما بينهما ورضياه وما ممن يصلح للقضاء وكان ممن يصلح للقضاء فحكمه بينهما جائز)^(٥).

ويجمع فقهاء المسلمون على أن التحكيم قضاء^(٦) ولذا يشترط في المحكم ما كان يشترط في القاضي^(٧)، وهو اختياري قوامة اتفاق الطرفين^(٨) وإذا اتفقا عليه جاز لكل منها الرجوع فيه طالما طالما أن قرار المحكم لم يصدر لأن المحكم معين من قبلهما فلهما عزله قبل أن يحكم^(٩) أما إذا حكم نفذ الحكم ولا يبطله العزل اللاحق وينظر المحكم النزاع كالقاضي يسمع البيئة ويقضي

(١) الميداني الجزء الأول ص ٩٩.

(٢) المادة ٧٦ من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

(٣) فالقرآن الكريم شرف التحكيم في العديد من الآيات نذكر منها قوله تعالى (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) سورة النساء الآية (٣٥)، وقوله تعالى (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) سورة النساء الآية (٦٥)، وقوله تعالى (سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْأَلُونَ لِلْسُّحْتِ إِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) سورة المائدة الآية (٤٢).

(٤) البخاري في الأدب المفرد ص ٢٤، مكتبة الآداب الطبعة ١٩٧٩، النسائي أدب القضاء الجزء ٨ ص ١٩١.

(٥) أدب المواردي ج ٢، ص ٣٥٩٧.

(٦) ابن فرحون ج ١، ص ٤٣.

(٧) ابن قدامة ج ٩، ص ١٠٩.

(٨) معين الأحكام - للطرابلسي، ص ٢٤.

(٩) ويقول الشيخ تقي الله ولا يشترط فيمن يحكمه الخصمان شروط القاضي، مطالب أولي النهي، ج ٦، ص ٤٧١، كشاف

القناع عن معتمد الاقتناع ج ٦، ص ٣٠٩.

بالشكوك والإقرار وهو مصدق فيما يخبره من إقرار احد الخصمين أمامه، بحيث إذا أنكر الخصم ورفع الأمر إلي القاضي اخذ القاضي بقول المحكم^(١) وقرار المحكم ملزم للطرفين دون الحاجة الي اي إجراء هذا عند احمد وأبي حنيفة وقول للشافعي^(٢) وفي رواية أخرى عن الشافعي أن القرار لا يلزمهما إلا إذا ارتضياه^(٣).

أما التحكيم في العصر الحالي فقد اختلفت بشأنه صياغة التعريفات إلا انها اتفق علي المعني بأنه " اتفاق وطريقة وأسلوب لفض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين أطراف في نزاع معين عن طريق أفراد عاديين يتم اختيارهم بإرادة أطراف المنازعة للفصل فيها بدلا من فصلها عن طريق القضاء المختص"^(٤).

(١) البحر الرائق ج ٧، ص ٢٤، مجمع الأنهر شرح ملتقي البحر ج ٢، ص ١٦٥.

(٢) شرح الدر المختار للحصفي، ج ٢، ص ١٥٠.

(٣) ويجوز تحكيم اثنين فأكثر أهلا للقضاء لنظر النزاع ويستوي أن يكون عددهم شفعاً أو وتراً، د. محمد نور عبد الهادي شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، ص ١١-٥.

(٤) انظر في تعريف التحكيم د. أحمد أبو ألوف - عقد التحكيم وإجراءاته - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٧٤م - ص ١٥ ود. عبد المنعم الشرقاوي - شرح المرافعات المدنية والتجارية دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - ١٩٥٠م - ص ٦٢٠ ود. محسن شفيق - التحكيم التجاري والدولي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٣م - ص ١٣ ود. مختار بربري - التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية - ١٩٩٥م - ص ٥ ود. أبو زيد رضوان - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي - ١٩٨١م - ص ١٩ و ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم دار النهضة العربية - ١٩٩١م - ص ٢٤ و د. جدي راغب فهمي - مفهوم التحكيم وطبيعته - مقالة منشورة في الدورة التدريبية في كلية الحقوق جامعة الكويت - ١٩٩٢-١٩٩٣م - ص ٣.

تعريف اتفاق التحكيم

التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم: بالنظر الي معظم التشريعات التي تتبنى نظام التحكيم كطريق من طرق فض النزاعات نجد انها تكاد تتطابق في تعريف اتفاق التحكيم علي النحو التالي:

عرف نظام التحكيم السعودي الجديد في الفقرة الأولى من المادة الأولى اتفاق التحكيم بقوله "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظاميه محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية سواء كان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة مشاركة تحكيم مستقلة".

وعرفه قانون التحكيم المصري في الفقرة الأولى من المادة الأولى بقوله "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية". وهذين التعريفين قد تأثرا كثيراً بالقانون النمطي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985^(١) ، وهذه التعريفات ظهر ان هناك عدة خصائص يتميز بها اتفاق التحكيم وهي :

(١) ولا نظن أن هذا عيب في التشريع المصري لعدة أسباب: منها، أن التعريفات أو تحديد المفاهيم يجب أن يكون واحداً بين مختلف النظم القانونية ، طالما ليس هناك ما يتعارض مع الخصوصية الوطنية لكل نظام فيها . ومنها ، أن ذلك يستجيب لفلسفة وضع القانون النمطي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، وهي محاولة التقريب بين النظم القانونية ، ووضع قواعد وأحكام تحظى بالقبول لدى مختلف تلك النظم . وقد تأكد ذلك بدعوة الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول الأعضاء باستعمال قواعد التحكيم التي أعدتها لجنة القانون التجاري الدولي ، وإدراجها ضمن تشريعاتها الداخلية ، وتطبيقها على أوسع نطاق ممكن . وهو ما تحقق بالفعل حيث تبنت القانون النمطي ما يزيد على الأربعين دولة . راجع الدراسة التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي :

أولاً: أنه تراض بين طرفي علاقة قانونية معينة، وتلاقى إرادتيهما على اتخاذ التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة أياً كان أساس تلك العلاقة، هل تصرف قانوني *acte juridique* أي عقد، وهو الفرض الأكثر وقوعاً في الحياة العملية للتحكيم، أم واقعة قانونية *fait juridique* كالمسؤولية عن العمل الضار، وأياً كان نوع تلك العلاقة، مدنية أو تجارية أو إدارية، كل ذلك طالما أن العلاقة القانونية الناشئة عنها النزاع تدخل في المسائل التي يجوز بشأنها التحكيم حسب نص المادة ١١ من قانون التحكيم المصري والمادة الثانية من نظام التحكيم السعودي والمادة ١٠ من قانون التحكيم العماني.

ثانياً: أنه يعطى المحكمين أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في "كل" أو "بعض" المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية معينة، وقد تتعلق المنازعة بتفسير أو بتحديد أو تنفيذ أو بالتعويض عن تأخير الوفاء بالالتزامات المتولدة عن تلك العلاقة، والغالب عملاً أن تتحدد المسألة محل التحكيم في مستند أو اتفاق التحكيم، كما يتناول بيان الدعوى تحديداً لتلك المسألة أي تحديداً لموضوع النزاع.

وترتب النظم القانونية جزاء البطلان -من ناحية- على خلو اتفاق التحكيم من التحديد الدقيق لموضوع النزاع أو المسألة التحكيمية *la question arbitrable* وكما تقول المادة ٢/٩ من نظام التحكيم السعودي من انه (كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع وإن كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة ، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يجب أن يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً). وأيضاً ما نصت عليه المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري من انه في حالة الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع فإنه "يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً". والمادة ٢/١٠ من قانون التحكيم العماني من انه (٢- يجوز أن يقع التحكيم في شكل شرط تحكيم سابق

على قيام النزاع يرد في عقد معين أو في شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً.) ومن ناحية أخرى، على حكم التحكيم الذي يفصل في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم^(١).

ثالثاً: أن اتفاق التحكيم قد يكون سابقاً على نشوء النزاع بين الطرفين، وهذا هو الغالب عملاً، وهو ما يسمى بشرط أو بند التحكيم clause compromissoire ، وقد يكون لاحقاً على نشوء النزاع، وهو نادر عملاً في مجال منازعات العقود الدولية، وهو ما يسمى بعقد أو مشاركة التحكيم contrat d'arbitrage ou la compromis.

هذا وقد تبني تعريفات مماثلة لاتفاق التحكيم العديد من الأعمال التشريعية الاتفاقية والوطنية فقد عرفته اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها بأنه "الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

كما عرفه قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996 في المادة 6/1 بالقول أن "اتفاق التحكيم يعنى الاتفاق على إخضاع المنازعات القائمة أو المستقبلية، عقدية كانت أم لا للتحكيم"^(٢) وعرفه

(١) وهو ما نصت عليه المادة ٥٠ /و من نظام التحكيم السعودي من انه ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم اذا (و-إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزاء الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء غير الخاضعة للتحكيم وحدها) . وايضا ما نصت عليه المادة 53 من قانون التحكيم المصري على أن ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم "... (و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ..."

(٢) وجاء بالنص :

"In this part an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual are not".

القانون الألماني لعام 1997 بأنه "الاتفاق الذي يقرر فيه الأطراف إخضاع كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم في شأن رابطة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية للتحكيم" ^(١).

طبيعة اتفاق التحكيم: اتفاق التحكيم بهذا المعنى هو تصرف قانوني إرادي، بل هو عقد حقيقي كسائر العقود المعروفة في القانون المدني حيث يتوفر له أركانه من أطراف ومحل وسبب، وهو عقد أياً كان الوقت والشكل الذي يتم فيه بحيث لا يصح أن نقصر عبارة "عقد التحكيم" على الاتفاق على التحكيم اللاحق على نشأة النزاع دون ذلك الذي يتم قبل وقوع النزاع ^(٢). ولهذا تحرص بعض القوانين على النص صراحة على أن "اتفاق التحكيم يأخذ شكل شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم" ^(٣).

وبتلك المثابة فإن الاتفاق على التحكيم الذي يتم قبل نشأة النزاع ويأخذ صورة شرط التحكيم clause compromissoire ، أي بند أو شرط من بنود أو شروط العقد فإنه يعد في ذاته عقداً وهو عقد داخل العقد الأصلي له شرائط وأركان هذا الأخير والمستقلة عنه، أما إن ورد اتفاق التحكيم في صورة مشاركة تحكيم compromis فهو من باب أولى عقد حقيقي قائم بذاته.

(١) المادة 1029/1 من قانون الإجراءات المدنية .
(٢) عكس ذلك الدكتور أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص 15 ، حيث يقول "ونحن نستعذب عبارة شرط التحكيم ، وعبارة عقد التحكيم ، على التوالي" أي أنه يستحسن إطلاق شرط التحكيم على اتفاق التحكيم الذي يتم قبل وقوع النزاع، وإطلاق عقد التحكيم على اتفاق التحكيم الذي يتم بعد وقوع النزاع .
(٣) المادة الثالثة من قانون التحكيم الموريتاني رقم 6 لسنة 2000 ، والمادة 7/2 من قانون التحكيم اليوناني لعام 1999 .

ويلاحظ على اتفاق التحكيم باعتباره تصرفاً قانونياً أو عقداً عدة أمور:

من ناحية أولى: أنه اتفاق رضائي شكلي لا بد فيه من توافق إرادة طرفيه بإيجاب وقبول متطابقين حول إخضاع النزاع الناشب أو الذي سينشب عن علاقاتهما القانونية للتسوية بطريق التحكيم، على أن التراضي قد لا يكفي وحده لوجود اتفاق التحكيم بل يلزم أن يتم إفراغه في شكل كتابي، وهذا ما يستلزمه قانون التحكيم المصري صراحة بالمادة ١٢ بقوله "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً..." وهو ذات ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة التاسعة من نظام التحكيم السعودي الجديد بقوله (يجب أن يكون الاتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً).

ومن ناحية ثانية: أنه اتفاق ملزم للجانبين *convention synallagmatique* بمعنى أنه يفرض بالتقابل التزامات على عاتق طرفيه جوهرها نزول كل طرف في مواجهة الطرف الآخر عن حق اللجوء إلى قضاء الدولة في صدد النزاع محل اتفاق التحكيم والتزامه في ذات الوقت بطرح النزاع أمام المحكم^(١)، وبالمساهمة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لسير عملية التحكيم ومحاولة إنجاحها وصولاً إلى الفصل فيها بحكم ملزم له وعدم جواز فسخ اتفاق التحكيم أو الانسحاب منه بإرادته المنفردة.

ومن ناحية أخيرة: أنه اتفاق ذو طبيعة ذاتية أو خاصة *convention sui generis* ، ليس كسائر الاتفاقات أو التصرفات القانونية الإرادية^(٢) التي تنصب عادة على الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص، فهو لا يتصل بتلك الحقوق والمراكز القانونية إلا بطريق غير مباشر حيث أن موضوعه المباشر هو نزاع الاختصاص بالفصل في النزاع من قضاء الدولة وإعطائه

(١) الدكتور أحمد أبو ألوفا ، المرجع السابق ، بند 7 ص 23 وما بعدها .

(٢) FOUSTOCOUS ، رسالته ، ص 55 .

للمحكّمين وتلك مسألة إجرائية بالدرجة الأولى، وهذا يقود إلى القول بأن الطبيعة الإجرائية لا تغيب عن هذا الاتفاق^(١) بل تعمل جنباً إلى جنب مع الطبيعة العقدية له.

وهذا هو المستقر عليه في مجال التكييف القانوني للشرط المانع للاختصاص القضائي الدولي la prorogation volontaire de compétence المقرر في المادة 32 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري^(٢) والمادة ٢٨ من نظام المرافعات الشرعية السعودي^(٣)، المقابلة للمادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي^(٤).

وقت الاتفاق على التحكيم:

التحكيم هو -بالأصل- نظام قضائي اتفاقي يتم التراضي عليه من قبل الأطراف الراغبين في تسوية منازعاتهم عن طريقته، فهم المخاطبون بالقواعد القانونية الواردة في قانون التحكيم والتي تمنحهم الحق في اتخاذ التحكيم سبيلاً لفض منازعاتهم، وهم يملكون زمام الأمر في هذا الشأن يذهبون إلى التحكيم برغبتهم ولا يساقون إليه إرغاماً.

وبتلك المثابة فإنهم يملكون وحدهم تحديد اللحظة التي يصار فيها إلى التحكيم لحظة إبرام تصرفاتهم وبدء التعامل بينهم أو وقت أن يدير أحدهما وجهه عن الآخر ويدب الشقاق بينهما وعلى هذا نصت مختلف نظم وقوانين التحكيم. فالفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري نصت على أنه "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام

(١) LEVEL : arbitrage international , Jurisclasseur de dr . int . fasc. 585 , No 165 .

(٢) نصت المادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري على أنه (تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً .)

(٣) تنص المادة ٢٨ من نظام المرافعات الشرعية السعودي على أنه (فيما عدا الدعوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة تختص محاكم المملكة بالحكم في الدعوى إذا قبل المتداعيان ولايتها ولو لم تكن داخلية في اختصاصها).

(٤) G. de LAPRADELLE : Les conflits de lois en matière de nullités, Thèse Paris , éd .

Dalloz , 1967 , No 263 , p. 174 .

H.GAUDEMET – TALLON : la prorogation volontaire de juridiction enj Droit international privé, Thèse Paris , éd. Dalloz 1965, No 45, p. 28 et ss.

مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ... كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية...".

كما نصت أيضاً المادة التاسعة من نظام التحكيم السعودي الجديد علي انه (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين).

كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع وإن كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة ، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يجب أن يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً).

وهذا النص له أصل في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 (المادة 7)، كما نصت بعض لوائح هيئات التحكيم النظامية أو الدائمة على ذلك. من ذلك المادة الأولى من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994 التي نصت على أن يكون "اتفاق الأطراف كتابة على الالتجاء للتحكيم سواء قبل نشوء النزاع - شرط التحكيم- أو بعده -مشاركة التحكيم- .

والبادئ أن التشريعات ولوائح هيئات التحكيم تأخذ من ذلك المعيار الزمني criteria temporis أي القائم على لحظة ووقت الاتفاق على التحكيم بالنسبة لوقت نشوء النزاع للفرقة بين ما يسمى شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

فشرط التحكيم يتم الاتفاق عليه "قبل" نشوء النزاع أما مشاركة التحكيم فيتم الاتفاق عليها "بعد" نشوء النزاع وهذا يقتضى أن نلقى الضوء على ما هية كلا النوعين من اتفاق التحكيم.

شرط التحكيم:

يلاحظ على شرط التحكيم clause compromissoire – arbitration clause عدة أمور تتكاتف في رسم معالمه وماهيته:

أولاً: أنه يسمى شرطاً لأنه يدرج في صلب العقد أو المعاملة القانونية بين الأطراف ويكون شرطاً ضمن باقي شروط أو بنود العقد، وقد تسمى "مادة" article التحكيم إذا كان العقد قد حرر في صورة "مواد" وسواء سمي "شرطاً" أو "بنداً" أو "مادة"، فهو يكون مرقوماً برقم معين. وعادة ما يرد شرط أو بند أو مادة التحكيم في مؤخرة المحرر أو الورقة المدون بها أحكام العقد، ويلاحظ من واقع العقود الدولية أن كل عقد منها يحتوى في آخره على شرطين أساسيين: الأول، شرط الاختصاص التشريعي clause de compétence législative، وبه يحدد الأطراف القانون واجب التطبيق على عقدهم عملاً بمبدأ اختصاص قانون الإرادة بشأن العقود الدولية، الثاني شرط الاختصاص القضائي clause de compétence judiciaire أو كيفية تسوية المنازعات، وبموجب هذا الشرط الأخير قد يتخذ الأطراف التحكيم طريقاً لتسوية منازعاتهم وهنا يسمى هذا الشرط شرط أو بند أو مادة التحكيم.

ثانياً: أنه إذا كان الأصل أن يتم إدراج "شرط" أو "بند" أو "مادة" التحكيم في صلب العقد بحسبان أنه يتم الاتفاق عليه عند إبرام العقد وقبل نشوء النزاع بين الأطراف، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يرد الاتفاق على التحكيم السابق على نشوء النزاع أي شرط التحكيم في محرر مكتوب مستقل عن العقد الأصلي. وهذا ما أشار إليه عجز الفقرة الأولى من المادة السابعة من

القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 بقوله "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق مستقل" ^(١) .

وعلى نحو أكثر صراحة أشارت إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري بنصها على أنه "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين..." . وكذلك المادة التاسعة من نظام التحكيم السعودي الجديد (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين.) .

ولكن لماذا يدرج الاتفاق على التحكيم السابق على قيام النزاع، أو ما يسمى بشرط التحكيم، في وثيقة مستقلة.

البادي أن السبب قد يرجع إلى أن الأطراف لم يفتنوا بسبب عدم وجود مستشار قانوني عند تحرير العقد أو عدم خبرة المستشار القانوني الذي حرر العقد ^(٢) إلى مشكلة كيفية تسوية المنازعات التي قد تثور بينهم مثلاً ويغيب عنهم بالتالي الإشارة إلى التحكيم، أو قد يرجع السبب إلى تناسي الأطراف مشكلة القضاء المختص بتسوية المنازعات فيما بينهم وذلك عندما يواجهون تلك المشكلة غير أنهم اختلفوا حولها وآثروا تركها لوقت لاحق ثم يتوصلوا فيما بعد إلى اتفاق حولها وقبل نشوء النزاع ^(٣).

(١) ولا يصح هنا قصر تفسير النص على أنه يتكلم عن صورتين اتفاق التحكيم: شرط التحكيم الذي يدرج في العقد ، ومشارط التحكيم التي تكون في اتفاق مستقل، لأن هذا يتعارض مع عموم النص . فإذا كان من غير المتصور إن ترد مشارطة التحكيم في صلب العقد ، حيث لا يتفق عليها إلا بعد نشوب النزاع ، إلا أن شرط التحكيم كما يكون وارداً في صلب العقد ، يمكن إن يرد في اتفاق مستقل.

(٢) وراجع حول أهمية الخبرة العملية والثقافة العالية لمن يقوم على تحرير العقود الدولية، والتفاوض بشأنها ، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 53، سنة 2000 ، ص 1 وما بعدها.

(٣) ويبدو لنا غير مفهوم ما يقرره البعض في هذه الحالة من أنه يلزم "أن يتضمن هذا العقد الإشارة إلى هذه الوثيقة ويكون الأمر متعلقاً بشرط التحكيم" ، الدكتور مختار بربرى ، المرجع السابق ، ص 42 .

مشارطة التحكيم: مشارطة التحكيم Le compromis – Submission هي اتفاق التحكيم الذي يتم بعد نشوء النزاع، ويلاحظ على تلك الصورة من اتفاق التحكيم:

من ناحية اولي: أن مشارطه التحكيم لا يتم الاتفاق عليها إلا بعد نشوء النزاع ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية، ولا يتصور إبرام مشارطة التحكيم قبل نشوء النزاع وإلا كنا بصدد شرط أو بند أو مادة التحكيم التي أشرنا إليها، والنصوص القانونية واضحة في ذلك:

فالمادة العاشرة من قانون التحكيم المصري إذا كانت قد تكلت في الفقرة الأولى عن اتفاق التحكيم الذي يبرم لتسوية المنازعات "التي نشأت" فهي تقصد مشارطه التحكيم أو لتسوية المنازعات التي "يمكن أن تنشأ" فهي تقصد إذن شرط التحكيم . وجاء بالفقرة (2) ما يزيد الأمر وضوحاً. فالشطر الأول منها خاص بشرط أو بند التحكيم وحده دون غيره حيث يقرر "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ...". أما الشطر الثاني ، فهو خاص بمشارطه التحكيم وحدها دون غيرها، حيث يقرر "كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية...". وهو ذات ما قام به المنظم السعودي في المادة التاسعة من نظام التحكيم الجديد وأيضاً قانون الإجراءات المدنية الفرنسية المادتان 1442، 1447 ، والقانون الألماني لعام 1997 -المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية- والمادة الأولى من لائحة إجراءات التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية^(١).

ونقول كيف ينسب الأطراف ، أو يتناسوا كما أشرنا ، الاتفاق على التحكيم ، ثم نلزمهم بالإشارة في عقدهم إلى الوثيقة المستقلة التي تحتوى على شرط التحكيم!!! فلو أنهم كانوا على بينة من مشكلة كيفية تسوية النزاع ، أو لم يختلفوا حولها ، لكانوا قد نصوا صراحة على شرط التحكيم في صلب العقد ، دون ما حاجة إلى عمل وثيقة أو محرر مستقل بشرط التحكيم .
(١) د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، الجزء الأول، التحكيم في البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٦٥. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، المرجع السابق، ص ٤١.

ومن ناحية ثانية: أنه لا يصار إلى مشارطة التحكيم إلا إذا خلا العقد من شرط أو بند التحكيم، وقد أسلفنا القول أن الواقع العملي أثبت أن اللجوء إلى التحكيم بموجب شرط أو بند التحكيم هو الأصل والغالب في العقود الدولية. وقد يقال أن شرط أو بند التحكيم يجئ مقتضياً مقررأ فقط مبدأ اتفاق الأطراف على حل وتسوية منازعاتهم بطريق التحكيم ومن ثم فإنه يجب أن يكمل بعد نشوء النزاع بإبرام مشارطة تحكيم تفصيلية بين الأطراف تتضمن تحديداً لموضوع النزاع ونقاط الخلاف التي يجب حلها بطريق التحكيم وأسماء المحكمين ومكان التحكيم ولغته وغير ذلك من الأمور الجوهرية.

غير أن هذا الادعاء واهن الأساس ويبتعد كثيراً عن الحقيقة الواقعية، فهناك الكثير من العقود الدولية التي تحتوى على شرط أو بند التحكيم الذي يستغرق صفحة أو صفحتين من صفحات العقد تتضمن كل التفاصيل اللازمة لبيان طريق التحكيم بحيث لا يتبقى أمام الأطراف عند وقوع النزاع إلا إبلاغ أحدهما الآخر ببدء إجراءات التحكيم.

ومن ناحية ثالثة: فإن مشارطة التحكيم تقترب من عريضة الدعوى acte introductif de l'instance بالنظر إلى أنها تتم بعد نشأة النزاع واتضح معالم نقاط الخلاف بين الأطراف، ولذلك يجب أن تحتوى على بيان واف عن موضوع النزاع كما تحدده ادعاءات الخصوم وطلباتهم الإضافية والمقابلة وأية مشارطة تحكيم تخلو من بيان لموضوع النزاع تكون باطلة عديمة الأثر ولا تحرم الأطراف من اللجوء إلى قضاء الدولة للفصل في نزاعهم . وهذا ما إستلزمه صراحة نص المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري بقوله "يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً" ^(١) والمادة ٢/٩ من نظام التحكيم

(١) وجزاء البطلان لعدم تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم ، نص عليه كذلك ، القانون الفرنسي (المادة 1448 إجراءات مدنية) ، وقانون التحكيم الموريتاني لعام 2000 (المادة 17) وقانون التحكيم العماني لعام 1997 (المادة 10/2) .

السعودي من انه (...) وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يجب أن يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً)، واستلزام تحديد المسائل التي يشملها التحكيم خاص بمشارطة التحكيم دون شرط التحكيم، وهذا أمر منطقي لأنه بشأن هذا الأخير ليس هناك نزاعاً وقع وعرفت معالمه وحدوده^(١).

ومن ناحية رابعة: فإن مشارطة التحكيم تجيء دوماً في محرر أو مستند مستقل عن العقد الأصلي بحسبان أنها تبرم بين الأطراف في مرحلة نشوء النزاع وليس عند إبرام العقد الذي يولد بشأنه النزاع، وليس من المتعذر أن ندرك أن الاستقلال في الدعامة المادية الورقة أو المحرر التي يدون بها مشارطة التحكيم والعقد الأصلي يفيد في دعم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وعدم تأثره بما يلحق العقد الأصلي من عيوب قد تؤدي إلى بطلانه.

وإذا كان يلزم هكذا أن ترد مشارطة التحكيم في محرر أو ورقة مستقلة فإنه لا يغنى عنها وجود ما يسمى بمحرر أو مستند المهمة *acte de mission* وذلك لاختلاف موضوع كلا المحررين أو المستنديين. ولهذا يبدو لنا خاطئاً القضاء الذي ذهب إلى أنه "في غياب شرط التحكيم ، فإن قيام الأطراف بأحد إجراءات التحكيم، وهو توقيعهم لمحرر أو مستند التفويض، يعد بمثابة مشارطة تحكيم"^(٢).

(١) على أن هذا لا يمنع من أن يجيء شرط التحكيم مفصلاً ، على نحو ما أشرنا فيما قبل.

(٢) Cour d'appel de Paris, 19 mars 1987 , Rev. arb. 1987 p. 498

اثر اتفاق التحكيم

إذا أبرم اتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للأحكام السابق ذكرها ترتب على ذلك عده آثار قانونية سواء بالنسبة للمحكم أو أطراف التحكيم وذلك علي النحو التالي:

اثر اتفاق التحكيم على الأطراف: من القواعد المسلم بها نسبيته اثر العقود اى سريانها في مواجهه من التزم بها دون غيره ولا ينصرف أثر العقد إلى غير عاقيه و خلفائهم و لا يمكن أن يترتب التزاما فى ذمة الغير و لو كان تابعا لأحد المتعاقدين^(١)، كما أن العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا أطرافه و من يمثلونهم فى التعاقد من خلف عام أو خاص، و أنه لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا إستند هذا الخلف فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى^(٢)، وبالتالي فان اتفاق التحكيم لا يلزم سوى أطرافه، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه (آثار العقد وفقاً لنص المادة ١٤٥ من القانون المدنى لا تتصرف إلى الغير الذى لم يكن طرفاً فيه و لم تربطه صلة بأى من طرفيه، سواء كانت هذه الآثار حقاً أم إلزاماً. و إذ كان يبين من تدوينات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة " المشتريّة " قد أتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة تحكيم، و إذ لم تكن الشركة الناقلة طرفاً فى هذا العقد، و إنما تتحدد حقوقها والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها و بين الشركة البائعة فإن شرط التحكيم الوارد فى عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة، و لا يجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة و بين الطاعنة " المشتريّة "، و ذلك تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.)^(٣).

(١) الطعن رقم ٥١٦ لسنة ٢٩ مكتب فنى ١٥ صفحة رقم ١٠٢٢ بتاريخ ١٢-١١-١٩٦٤، الطعن رقم ٥٥٣ لسنة ٤١ مكتب فنى ٢٨ صفحة رقم ٤٩١ بتاريخ ٢١-٠٢-١٩٧٧.

(٢) الطعن رقم ٠٠٢٨ لسنة ٤٥ مكتب فنى ٣٢ صفحة رقم ٢٣٦٥ بتاريخ ٢١-١٢-١٩٨١

(٣) نقض جلسة 2/1/1971 طعن 510 لسنة 35 ق الطعن رقم ٠٥١٠ لسنة ٣٥ مكتب فنى ٢١ صفحة رقم ١٤٦ بتاريخ

٢٠-٠١-١٩٧٠، الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ ق، جلسة ٢٠/١/١٩٧٠

كما قضت بأنه (الأصل في العقود طبقاً لنص المادة ١٥٢ من القانون المدني، ألا ينصرف أثرها إلى غير المتعاقدين أو الخلف العام أو الخاص إلا إذا كان من شأنها أن تكسب هذا الغير حقاً.)^(١).

ورغم قاعدة نسبته اثر اتفاق التحكيم إلا انه يسرى في مواجهه غير أطرافه في الحالات الاتية: (امتداد شرط التحكيم) .

الحالة الاولى الخلف العام والخاص:

١-**الخلف العام:** الأصل هو أن يلزم العقد الخلف العام -كالوارث والموصى له والشخص المعنوي الدامج و الناشئ عن الاندماج - لكل من المتعاقدين كما يلزم هذين المتعاقدين سواء بسواء، ومن ثم فالخلف العام يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه فتنقل إليه آثار هذا العقد ، وانتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى الخلف العام ليس إلا أصلاً عاماً يقبل الاستثناء قد يرجع إلى طبيعة التعامل، وقد يكون مصدره إتفاق طرفي العقد وقد يكون مصدره القانون فإذا قام الاستثناء كان الخلف العام في صددته في حكم الغير بالنسبة للعقد الذي أبرمه أي لا يمتد إليه، وفي جميع الصور التي ينقضي فيها العقد بوفاء أحد طرفيه ولا تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه قد يكون هناك شرط تحكيم مدرج في العقد وترتيباً على قاعدة استقلالية شرط التحكيم الوارده بالمادة ٢١ من نظام التحكيم السعودي و المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري من أنه " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى . ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته " ومن ثم فانهاء العقد الأصلي بموت أحد طرفيه لا يؤثر على شرط التحكيم الملحق به فيبقى الشرط قائماً ويصبح الخلف العام ملزماً به. ولكن يحق لطرفاً اتفاق التحكيم الاتفاق على اقتصار أثره عليهما وحدهما دون الخلف العام

(١)الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٤٥ صفحة رقم ١٧٣١ بتاريخ ٢٢-١١-١٩٧٨ الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ ق، جلسة ٢٠/١/١٩٧٠

لأي منهما وفي هذه الحالة ينقضي اتفاق التحكيم ذاته مع العقد الأصلي نتيجة للوفاة ، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه (يبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني و مذكرتها الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضى بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية و أستثنى من هذه القاعدة الحالات التي تكون فيها العلاقة القانونية شخصية بحتة، و هي تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص القانون.)^(١)، كما قضت بأنه (يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد، فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه، لأنه يعتبر قائما مقام المورث، و يلتزم بتنفيذ ما يلتزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحا، و خلصت له قوته الملزمة)^(٢).

٢- الخلف الخاص: الأصل فى الخلف الخاص أن يكون من الغير فلا تتصرف إليه آثار العقود التي أبرمها سلفه ولكنه استثناء من هذا الأصل قد يعتبر طرفاً تتصرف إليه هذه الآثار إذا ما توافرت شروط معينة - حددتها المادة ١٤٦ من القانون المدني المصرى- ، أن تكون هذه الآثار من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه وأن يكون على علم بها وقت انتقال الشيء إليه وأن يكون العقد الذي رتب هذه الآثار سابقاً على انتقال الشيء. وإذا ما اعتبرنا شرط التحكيم بمثابة اتفاق متميز عن العقد الأصلي فلا بد لتحقيق هذا الاتفاق من توافر الشروط انتقال اثره الي الخلف الخاص وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: وهو أن يكون الاتفاق من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلي الخلف الخاص: فمن الواضح أنه متوافر بالضرورة في شرط التحكيم ذلك أن موضوع هذا الاتفاق هو المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي ذاته وليس غيره فتكون لذلك من مستلزماته.

(١) الطعن رقم ٠١٠٦ لسنة ٣٣ مكتب فنى ١٩ صفحة رقم ٢٥٤ بتاريخ ١٣-٠٢-١٩٦٨
(٢) الطعن رقم ٠٣٤٦ لسنة ٣٦ مكتب فنى ٢٣ صفحة رقم ٨٥٢ بتاريخ ١١-٠٥-١٩٧٢ الطعن رقم ١٩٧٩ لسنة ٥٣ مكتب فنى ٤٠ صفحة رقم ٦٩٣ بتاريخ ٠٣-٠٢-١٩٨٩.

الشرط الثانى: علم الخلف الخاص بشرط التحكيم: فالأمر يختلف بحسب ما إذا كان شرط التحكيم مدرجاً فى العقد الأسمى الذى انتقل إلى الخلف الخاص بمقتضى انطباق قواعد الخلافة أو مشار إليه فيه، أو كان منفصلاً عنه وغير مشار إليه فيه، ففي الحالة الأولى يكون العلم بشرط التحكيم متحققاً بالضرورة تبعاً لتحقيق العلم بالعقد الأسمى، أما في الحالة الثانية فيكون من المتصور تحقق العلم بالعقد الأسمى ومن ثم تحقق الاستخلاف عليه دون أن تكون هناك علم بشرط التحكيم وفي هذه الصورة يكون بمقدور الخلف أن يتمسك بعدم انتقال شرط التحكيم رغم انتقال العقد الأسمى إليه. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بان (مفاد المادة ١٤٦ من التقنين المدنى أن إنصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص لا يصادف محلاً إذا كان مغلقاً بالشيء الذى انتقل إليه ، و كان عقد السلف سابقاً على العقد الذى بموجبه انتقل الشيء إلى الخلف ، أم العقود التى يبرمها السلف فى شأن المستخلف فيه انتقاله إلى الخلف فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة إليها و لا يسرى أثرها عليه ، و الحكم كالعقد فى هذا الشأن فلا يتعدى أثره حجيته - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء إلى الخلف و اكتسابه الحق عليه و لا يكفى أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء إذا صدر الحكم فيما بعد)^(١).

الحالة الثانية الحوالة :

١ - **حوالة الحق:** تتم حوالة الحق بعقد يبرم بين الدائن المحيل والمحال إليه ويترتب عليها انتقال الحق المحال إلى المحال إليه بكافة صفاته التى كانت له عندما كان فى ذمة الدائن المحيل فإذا كان هناك شرط تحكيم بين الدائن المحيل والمدين، فهل ينتج هذا الشرط أثره في حق المحال له.

لاشك فى أن هذا الشرط يكون ملزماً للمدين بحيث يستطيع المحال له دائماً أن يتمسك به في مواجهته باعتباره من توابع الحق الذى انتقل إلى المحال له من ناحية وباعتبار أن مركز المدين

(١) الطعن رقم ٥٥٢٩ لسنة ٤٨ مكتب فنى ٣٠ صفحة رقم ٥٨٢ بتاريخ ٢١-٠٢-١٩٧٩ الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ مكتب فنى ١٧ صفحة رقم ٢٢١ بتاريخ ٠١-٠٢-١٩٦٦

يظل ثابتاً لا يتغير بتغير صاحب الحق من ناحية أخرى، ولا شك كذلك أن هذا الشرط يكون ملزماً للمحال له في مواجهة المدين كلما كان عالماً به أو مستطيعاً العلم به وقت إبرام الحوالة لكونه مدرجاً في سند الحق المحال ذاته أو مشار إليه فيه، لكن الأمر قد يتعلق بشرط تحكيم منفصل عن السند المنشئ للحق المحال وفي هذه الحالة سوف يكون من الصعب إلزام المحال له به قبل المدين ما لم يستطع المدين إثبات علمه به فإذا لم يستطع إثبات ذلك فلن يستطيع التمسك به في مواجهته وسوف لا يكون أمامه سوى الرجوع بالتعويض على الدائن المحيل تأسيساً على خطئه المتمثل في عدم إعلام المحال له بالشرط عند إجراء الحوالة.

٢ - حوالة الدين: حوالة الدين فتتم باتفاق بين المدين المحيل والشخص المحال عليه أو بين الدائن والشخص المحال عليه، وهي على أي حال لا تنقل الدين من عاتق المدين به إلى عاتق المحال عليه إلا بإقرارها من الدائن تأسيساً على أن شخصية المدين تكون محل اعتبار لدى الدائن إبراء ذمة المدين الأصلي من الدين قبل موافقته، فإذا ما كان هناك شرط تحكيم بين الدائن والمدين سابق على حوالة الدين فهل ينتج هذا الشرط أثره في مواجهه المدين الجديد^(١).

من الواضح مما تقدم أنه قبل إقرار الحوالة من الدائن في الحالة التي تتم فيها الحوالة باتفاق بين المدين والمحال عليه يكون المحال عليه الدين ملزماً بالوفاء قبل من تعاقد معه وحده وهو المدين الأصلي فإذا ما أقر الدائن الحوالة انتقل الدين بتوابعه إلى المحال عليه وصار شرط التحكيم نافذاً في العلاقة بين الدائن وبين المحال عليه الدين، أما في حالة الحوالة التي تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه فأن المحال عليه يكون ملزماً بالوفاء قبل الدائن ذاته ومن ثم فأن شرط التحكيم يكون نافذاً في العلاقة بين الدائن والمحال عليه الدين تبعاً لانتقال الدين إلى هذا الأخير.

٣ - حوالة العقد: وقد تنصب الحوالة على عقد برمته وبما ينشئه من حقوق والتزامات على عاتق المحيل كما في حوالة المشتري عقد بيع إلى شخص آخر، فإذا ما كان هناك شرط تحكيم مدرج في عقد البيع فأن هذا الشرط ينتج أثره في مواجهة المحال له، لكن يلاحظ في هذا

(١) عامر فتحي البطينة ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٥.

الصدد أن الحوالة لا تقتصر على حقوق المشتري وإنما تنصب كذلك على التزاماته قبل البائع ومن ثم فإن إنتاج شرط التحكيم لأثره في العلاقة بين المحال له والبائع يتوقف على نفاذ الحوالة على النحو الذي أشرنا إليه في حوالة الدين^(١).

الحالة الثالثة الحلول:

ليس هناك ما يمنع أن يتم الوفاء بالدين من غير المدين به وفي هذه الحالة يكون للغير الموفي أن يرجع على المدين ما دام لا يقصد التبرع بما أداه عنه ورجوع الغير على المدين في هذه الحالة إنما يكون بدين جديد غير الدين الذي انقضى بالوفاء يجد مصدره في عقد الوكالة إذا كان الغير وكيلاً عن المدين، أو في الفضالة أو الكفالة إذا لم يكن وكيلاً وكانت شروط الفضالة أو الرجوع بدعوى الكفالة متوافرة، أو في الإثراء بلا سبب إذا تخلفت الوكالة وتخلفت في الوقت نفسه شروط الفضالة والكفالة، غير أن المشرع قد أجاز له مع ذلك وإضافة إليه أن يرجع على المدين بالدعوى ذاتها التي كانت للدائن الذي استوفى حقه على أساس أنه حل محل الدائن في هذا الحق والحلول يتحقق إما بنص القانون وإما بالاتفاق فيتم إما باتفاق بين الغير والدائن وإما باتفاق بين الغير والمدين، ويثور التساؤل إذا كان هناك اتفاق على التحكيم بين الدائن والمدين فهل ينتج هذا الاتفاق أثره في حق الغير الذي قام بالوفاء عند رجوعه على المدين بما أوفاه عنه.

من الواضح أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على الدعوى التي يرجع بها الغير الموفي على المدين فأن رجع بالدعوى الشخصية كان غير ملزم بشرط التحكيم المبرم بين الدائن والمدين الذي يرجع عليه لأنه يرجع بحق شخصي له وليس بحق الدائن الذي أوفاه أما لو رجع بدعوى الحلول فالغرض أنه يحل محل الدائن الذي أوفاه في حق هذا الدائن بما له من توابع من بينها شرط التحكيم، ومن ثم فهو يفيد من هذا الشرط ويكون هذا الشرط ملزماً له. لكنه قد لا يكون عالمياً به وقت قيامه بالوفاء، كما إذا كان قد أبرم في تاريخ لاحق على تاريخ الاتفاق

(١) دفتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ م ، ١٤٣ .

الذى نشأ عنه الدين. وفى هذه الحالة لا يكون الشرط المذكور ملزماً له إعمالاً للقواعد العامة في انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص.

الحالة الرابعة ممثل الشخص المعنوي:

يمثل الشركة احد الاشخاص الطبيعيين الذي عين خصيصا لمباشرة الاعمال باسمها ولحسابها وإما ان يكون هذا الشخص هو المدير او احد اعضاء مجلس الادارة بحسب الاحوال فيرفع باسمها الدعاوي وبطالب بكافة الحقوق التي للشركة قبل الغير وغير ذلك من الممارسات القانونية اللازمة لمباشرة الشركة لنشاطها. (١)

ولا اثر لتغيير المدير او اعضاء مجلس الادارة علي شخصية الشركة حيث قضت محكمة النقض المصرية باستقلال شخصية الشركة الاعتبارية عن شخصية ممثلها القانوني وان ورود الاسم المميز للشركة الطاعنه في صحيفة الطعن يكفي لصحة الاعلان دون الحاجه لإيضاح اسم ممثلها القانوني. (٢)

فإذا قام ممثل الشخص المعنوي بإبرام شرط التحكيم او الغاؤه فانه هذا التصرف يسري في مواجهة الشخص المعنوي حيث قضت محكمة التمييز البحرينية -مقر مركز مجلس التعاون الخليجي للتحكيم- بان (لما كان ذلك وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة انه اذا كانت عبارات الاتفاق واضحة فلا يجوز الانحراف عنها للتعرف علي نية الطرفين او حملها علي معني مغاير لظاهرها لما كان ذلك وكان الثابت بأوراق النزاع بين المؤسسة الطاعنه والشركة المطعون ضدها الثالثه قد نشأ عن تنفيذ عقد شركة المحاصة المبرم بينهما بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٢٦ وان شرط التحكيم الوارد بذلك العقد قد تم الغائه بموجب الاتفاق المبرم بينهما في

(١) د.سميحه القليوبي الشركات التجارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ٢٠١١ ، ص ١٢١ .
(٢) طعن رقم ٣٧١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١١/٢٩ السنة ٢٧ ص ١٦٩٨ وطعن رقم ٩٢٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٦ ، وايضا طعن رقم ١٩١٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢٢ وطعن رقم ٥١٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٦/١/١٩ .

١٠/١/٢٠٠٠ الذي تضمن اتفاقهما علي اختصاص محاكم المملكة بالفصل في اي نزاع بينهما ينشأ عن تنفيذه ويمثل الطعون ضدها الثالثة فيه رئيس مجلس ادارتها -المطعون ضده الاول بموجب تعديل عقد تأسيسها بتاريخ ٢٣/٧/٢٠٠٠ فان توقيعه علي اتفاقية الغاء شرط التحكيم يلزمها بوصفها لها شخصية معنوية وذمه مالية مستقلة عن شخصية الشركاء فيها فتحتاج بها وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يعتد بتلك الاتفاقية ورتب علي ذلك قضاءه بعدم سماع الدعوي فانه يكون معيبا بالفساد في الاستدلال الذي جره الي مخالفة القانون بما يوجب نقضه^(١).

إلا ان رأيا اخر في الفقه يقرر بان اهلية الشركة وممثليها تقف عند حدود النشاط الذي تضمنه عقد تأسيسها فان ممثل الشركة بوصفه نائباً لا يملك ما لا يملكه الاصيل واستقر الفقه علي ان تجاوز غرض الشركة لا يصححه حتى الاجازة الجماعية للشركاء والنتيجة المنطقية للتصرفات الخارجة عن اغراض الشركة هي عدم التزام الشركة بالتصرفات التي تباشرها ممثلوها اذ القاعدة ان السلطة والصلاحيات مرتبطة بغرض الشركة الذي تدور مع اهليتها القانونيه فلا اهلية ولا صلاحية خارج هذه الاغراض.^(٢)

كما استقر الفقه علي انه لا يمكن اجبار الشركة علي تنفيذ الالتزامات الناشئة عن التصرفات المجاوزة لغرض الشركة لصالح الغير فإذا كانت اتفاقية التحكيم او الغاؤها متجاوزا لغرض الشركة لا يسري في مواجهتها.^(٣)

(١) طعن رقم ٦٥٨ / ٢٠١٠ محكمة التمييز البحرينية الصادر بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢٠
(٢) د.محمود السيد التحيوي، الصفه غير العادية واثارها في رفع الدعوي، ٢٠٠٣، ص ١٠٧.
(٣) د.محمود مختار بريري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، ١٩٨٥، ص ١٥٦.

الحالة الخامسة الغير:

وهو كل شخص غير طرف في اتفاق تحكيم أو خلف عام أو خاص والأصل عدم انصراف اثر اتفاق التحكيم إليه على انه اعتبر الغير طرفا في التحكيم بنص القانون في بعض الحالات مثل العقد الجماعي والمجموع العقد والاتفاق مع من يظهر بمظهر صاحب الصفة والمرسل إليه في عقد النقل وسوف نشير بإيجاز إلى بهذه الحالات:-

١ - **العقد الجماعي:** وهو الذي يوقع بين مجموعه من الأفراد بصفتهم الجماعية وبين فرد أو مجموع من الأفراد مثل عقد العمل الجماعي والذي توقعه نقابه العمال وبين صاحب العمل وعقد تأجير المال الشائع فهذه الاتفاقات أثرها لجميع أفراد المجموعة سواء من وقعها أم لم يوقعها.

٢ - **المجموع العقدي:** وهو مجموعه عقود تقوم على فكره واحده المحل أو وحده السبب بمعنى أن تشكل هذه العقود وحده اقتصاديه واحده تهدف إلى تحقيق ذات العملية التجارية فإذا فرض ووجد اتفاق تحكيم في العقد الاصلى دون العقود الأخرى فان اثر الاتفاق يمتد إلى بقيه العقود باعتبارها تنفيذا للعقد الاصلى وقضت إحدى محاكم فرنسا في 29 مارس 1990 بأن (ومن حيث الثابت أن هذه العقود ألاحقه قد أبرمت في إطار العلاقات التعاقدية بيت الأطراف لتنفيذ الاتفاقيتين الأساسيتين والمؤرختين في 19 نوفمبر 1982، 21 ديسمبر 1983 فانه نتيجة لذلك تكون العقود ألاحقه خاضعة للقواعد الواردة في الاتفاقات الاساسيه وبالتالي لشرط التحكيم الوارد بها.)^(١).

(١) مجله التحكيم ١٩٩٢ ص ٦٨

وتفترض هذه الحالة لامتداد اتفاق التحكيم وجود عقد أساسي ينظم مشروعاً معيناً ثم يبرم بين الأطراف ذاتها عدة عقود متتالية لتنفيذ هذا العقد الأساسي المنظم لجميع العلاقات بين الطرفين، إما إذا ورد اتفاق تحكيم في أحد العقود المنفذة للعقد الأصلي دون هذا الأخير فإن هناك من يرى دراسة كل حالة على حدة للوقوف على إرادته الأطراف وهناك من يرى عدم امتداده لأن العقد الأصلي هو الذي ينبع منه باقي العقود له والتي تشترك معه في الهدف التجاري المقصود تحقيقه.

ويثار التساؤل عن أثر اتفاق التحكيم في العقود المبرمة بين ذات الأطراف ولم يتضمن أحد هذه العقود شرط التحكيم وتفترض في هذه الحالة إبرام سلسلة من العقود بين طرفين ذات موضوع واحد وعمليات تجاريه متجانسة أو متشابهة مثل عقود توريد الغلال والأغذية والمواد الغذائية ويحدث ألا يتضمن أحد هذه العقود شرط تحكيم رغم وجوده في باقي العقود وفي العلاقات التعاقدية السابقة بينهما ويعتبر القضاء مستقراً على امتداد شرط التحكيم في العقود التي لا تتضمنه وفقاً لسابقه التعامل مع الأطراف والعرف السائد.

وأكدت ذلك محكمه باريس في حكمها الصادر بجلسة 25/3/1983^(١) حيث قضت بأنه إذا كان العقد محل النزاع لم يتضمن شرط التحكيم فإن العقد الأخير المبرم بين نفس الأطراف من ذات طبيعة الصفقة قد احتوى على مثل هذا الشرط فضلاً عن وجود ثمان وعشرين معاملة سابقة بينهم على استيراد وتصدير اللحوم المجمدة كانت تتضمن شروط تحكيم مماثلة باختصاص جمعيه التحكيم الأمريكية وكان موضوع القضية يتعلق بتعاقد تم بين إحدى الشركات الفرنسية مع شركة أمريكية لشراء لحوم مجمدة من الأخير وذلك بموجب عقد مبرم في الأول من يوليو 1979 والعقد الثاني في أغسطس من العام ذاته وعند وصول الشحنة الأولى

(١) مجله التحكيم 1984 ص 363

تبين للشركة الفرنسية عدم مطابقتها فأسرعت بأخطار الشركة الامريكية بعدم إرسال الشحنة الثانية ولكن الإخطار وصل متأخرا بعد شحن الرسالة فرفضت الشركة الفرنسية استلامها واتخذت الشركة الامريكية إجراءات دعوى التحكيم أمام جمعيه التحكيم الامريكية وحصلت على حكم لصالحها يمثل افرق بين الثمن المتفق عليه والثمن الذي بيعت به الرسالة بعد ذلك مع الفوائد بعدم وجود شرط تحكيم في عقد الشحنة محل الخلاف فقضت محكمه استئناف باريس بحكمها سالف الذكر، فإذا تضمنت هذه العقود شرط التحكيم ووقع نزاع بين الغير واحد افراد هذه المجموعة امتد اثر اتفاق التحكيم إلى العقود التي تربطها بالرغم من خلو هذه العقود من هذا الشرط أو الاتفاق.

وأخذ بسريان اتفاق التحكيم في حق الغير في المجموع العقدي قضاء التحكيم الدولي وأيده قضاء استئناف باريس والذي قضى بأن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي تقتضى طبيعة التصرف امتداد تطبيقه إلى الأطراف المعنية بتنفيذ العقد ومنازعاته متى اتضح أن مركزهم التعاقدى ونشاطهم يفترض قبولهم لشرط التحكيم الذي يعلمون به وبمداه رغم عدم توقيعهم على العقد المتضمن هذا الشرط.^(١)

ويعترف القانون المدني المصري بنظريه المجموع التعاقدى في بعض العلاقات القانونية كما هو الشأن بالنسبة لحق المؤجر في الرجوع مباشرة على المستأجر من الباطن وحق الماقل من الباطن في الرجوع مباشرة على رب العمل (م 662 مدني مصري).

٣- **مجموعه الشركات:** يقصد بها نظام قانوني يضم عددا من الشركات تتميز باتحادها من الناحية الأقتصادية واستقلالها من الناحية القانونية ويشترط خضوعها لسياسة اقتصاديه واحده تتبع من سلطه مشتركه لها سلطه اتخاذ القرار لكل المجموعة، ومثال ذلك الشركات التي

(١) استئناف باريس جلسة 17/2/1989 مجله التحكيم 1989 ص 691

تنظمها قواعد واحده وتتبع مجموعه واحده مثل العلاقة بين الشركة الام وشركاتها ألوليده أو من خلال علاقة تعاقدية تتم بالاتفاق بينهما وفى العقد نجد مجموعه شركات تهدف وتتفق لتنفيذ مشروع واحد أو أكثر من المشروعات الصناعية الكبرى مثل إنشاء المطارات أو محطات الأقمار الصناعية، وفى مجال مدى امتداد شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات مع الغير إلى باقي شركات المجموعة فهناك من يرى عدم امتداده حيث تتمتع كل شركة بشخصية قانونية مستقلة وان اتفاق التحكيم يجب أن يكون قائماً ومؤكداً وهو ما نميل إليه وهناك من يرى امتداده إلى باقي الشركات المجموعة عندما يتضح مشاركته هذه الشركات في مفاوضات العقد أو تنفيذه وأكدت ذلك محكمه استئناف في حكمها الصادر بجلسة 26/11/1986 حيث قضت بأنه من المقبول قانوناً أن شرط التحكيم الذي قبلته صراحة بعض شركات المجموعة يجب أن يقيد الشركات الأخرى التي تبدو وبالدور الذي لعبته في إبرام وتنفيذ أو فسخ العقود المنطوية على ذلك الشرط ومن خلال الارادة المشتركة لكل الأطراف في الإجراءات وكأنها أطراف حقيقة في تلك العقود أو كأنها معنية في المقام الأول بها وبالمنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها.

٤- **الظهور بمظهر صاحب الصفة:** وهو الشخص الذي يرسى مركزاً قانونياً معنياً توحى الظروف بوجوده رغم أنه لا يتمتع فعلاً أو قانوناً بهذا المركز كمن يتعاقد بصفته نائباً عن الغير فإذا تعاقد مع شخص حسن النية بناء على الوضع الظاهر فانه يعتد بهذه العلاقة حماية للوضع وينصرف أثر اتفاق التحكيم إلى الأصل الذي هو من الغير ولم يتوقع على العقد، فقد استقرت محكمة النقض المصرية على ان (الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقديةا ، و أن صاحب الحق لا يلتزم بما صدر من غيره من تصرفات بشأنها . إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدنى ، يبين أن المشرع قد أعتد فى عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة و حماية حركة التعامل فى المجتمع و تنضبط جميعاً مع وحدة علتها و إتساق

الحكم المشترك فيها ، بما يحول و وصفها بالاستثناء . و تصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها وإستوفت شرائط تطبيقها ، و مؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلباً أو إيجاباً - فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز ، و التى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بسوابقه هذا المظهر للحقيقة ، مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعرض بين صاحب الوضع الظاهر و الغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق^(١). كما قضت بأنه (التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية يترتب عليها ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقى متى كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلباً أو إيجاباً فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز و التى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة مما مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعرض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق.)^(٢).

٥- **المرسل إليه في عقد النقل:** وهى الحالة التى يتضمن فيها سند الشحن اتفاق تحكيم وفى هذه الحالة يثار التساؤل عن اثر اتفاق التحكيم على المرسل إليه الذى لم يكن طرفاً فى سند الشحن أو العقد الاصلى والواقع انه من المسمام به فقها وقضاء أن سند الشحن ينتج أثره فى حق المرسل إليه بصفه عامه وفى شأن مدى سريان شرط التحكيم فى حقه فقد اختلفت أراء الفقه بين مؤيد ومعارض على أن محكمه النقض المصرية استقرت على امتداد اثر اتفاق التحكيم فى حق المرسل إليه على أساس وجود ارتباط بين العقد الاصلى الذى هو فى الوقت

(١) الطعن رقم ٠٨٢٦ لسنة ٥٤ مكتب فنى ٣٣ صفحة رقم ٦٣٩ بتاريخ ١٦-٠٢-١٩٨٦، الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ ق ، جلسة ١٦/٢/١٩٨٦

(٢) الطعن رقم ٠٧٢٧ لسنة ٥١ مكتب فنى ٣٩ صفحة رقم ٨٨١ بتاريخ ٠٢-٠٥-١٩٨٨

ذات محل اتفاق التحكيم وقضت محكمه النقض بجلستها ١٩٨١/٢/٩ بأن قانون التجارة البحرية يجعل من المرسل إليه طرفاً ذا شأن في سند الشحن يتكافأ مركزه حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل ومركز الشاحن يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن.^(١)

٦- المتضامنين: وفي أثر اتفاق التحكيم الذي يبرمه احد المتضامنين بالنسبة للباقيين فان القاعدة أن المتضامنين سواء في حاله التضامن الايجابي (تضامن الدائنين) أو في حاله التضامن السلبي (تضامن المدنيين) يعتبر سارياً في حق باقي المتضامنين معه فيما ينفعهم دون ما يضرهم وفيما يتعلق بالتصرفات التي لا يتضح مدى نفعها من ضررها فيكون المتضامن بالخيار بين التمسك بالا فاده بها من عدمه، وبناء على ذلك إذا أبرم احد المتضامنين اتفاق تحكيم فان المتضامنين الباقيين لهم الخيار بين التمسك باتفاق التحكيم من عدمه كذلك الشأن إذا أبرم احد الدائنين المتضامنين مع المدنيين اتفاق تحكيم فيحق لباقي الدائنين إما الالتجاء إلى القضاء أو التمسك باتفاق التحكيم ولا يستطيع المدين إلزامهم بهذا الاتفاق.

٧- الاشتراط لمصلحة الغير: يقدم العمل حالات كثيرة يرتب المتعاقدان فيها حقاً لأجنبي عن العقد نص خاص يضمنانه عقدهما فكثيراً ما يؤمن صاحب المخزن العام مثلاً على البضائع التي تودع في المخزن على أن يدفع تعويض التأمين في حالة وقوع الخطر المؤمن منه لأصحابها، أو يؤمن أمين النقل أو المرسل على البضائع المنقولة لمصلحة من يكون مالكا لهذه البضائع وقت وقوع الخطر المؤمن منه، ويتضح من الأمثلة السابقة أن مناط توافر صور الاشتراط لمصلحة الغير هو توافر أمرين معاً في وقت واحد الأمر الأول هو أن يكون التعاقد باسم من يبرم العقد ولكن لمصلحة شخص آخر يظهر في العقد، والأمر الآخر الذي يلزم توافره لقيام الاشتراط لمصلحة الغير هو أن يكون المتعاقدان قد قصدا إنشاء حق خاص مباشر للغير المستفيد قبل المتعهد، ونظام الاشتراط لمصلحة الغير بهذا المفهوم المتقدم بشكل خروجاً على

(١) نقض جلسة 9/2/1981 طعن رقم 453 لسنة 42 ق

مبدأ نسبية آثار العقود فمقتضى هذا المبدأ أن آثار العقود لا تتصرف إلا لأطرافها، وطرف العقد فى المفهوم السائد والذي عبرت عنه نصوص القانون هو من عقد العقد أو على الأقل من عقد العقد باسمه وبالنيابة عنه، وحق المنتفع ينشأ مباشرة عن العقد المبرم بين المشتري والمتعهد دون حاجة لقبول المنتفع، غير أن الواقع أن قبول المنتفع وإن لم يكن لازماً لنشوء حقه، إلا أن له أثر هام آخر هو إسقاط حق المشتري فى نقض الاشتراط، وإذا كان حق المنتفع ينشأ مباشرة قبل المتعهد فإن للمشتري مصلحة مشروعة مادية أو أدبية فى نشوئه لصالحه ولذلك فيجوز له أن يطالب المتعهد بتنفيذه ما لم يتبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يكون له ذلك. (١)

وإذا ما كانت هذه هي أحكام الاشتراط لمصلحة الغير فلنفرض عقداً من العقود مبرماً بين طرفين يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير كعقد تأمين أبرمه مدين على حياته مثلاً مع شركة تأمين لصالح دائنة ويتضمن فى الوقت ذاته شرط تحكيم، يثور التساؤل عما إذا كان شرط التحكيم يلزم المؤمن له المدين وشركة التأمين وحدهما أو يمتد إلزامه إلى الدائن المشتري لصالحه.

لا شك فى أن شرط التحكيم يتصرف إلى الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بصرف النظر عن الدائن الذي يستطيع المطالبة بتنفيذ هذه الالتزامات وسواء كان هو الطرف الآخر فى العقد أو كان هو المشتري لصالحه ما لم يكن هناك اتفاق على ذلك، ولذلك فالمشتري لصالحه يستطيع التمسك بشرط التحكيم مثله فى ذلك مثل المشتري، كما يستطيع المتعهد التمسك بهذا الشرط قبله ذلك إن حق المشتري ينشأ عن العقد المتضمن الاشتراط لصالحه وهو عندما يطالب بهذا الحق إنما يستند فى هذه المطالبة إلى العقد الذي أنشأه فيكون عليه أن يلتزم بما احتواه العقد من شروط ومن بينها شرط التحكيم ما لم يتفق على غير ذلك، لكن شرط التحكيم قد لا يرد فى العقد الأصلي ذاته وإنما يتضمنه اتفاق لاحق بين طرفي هذا العقد، ولا صعوبة

(١). محمود السيد عمر التحيوى ، الوسيلة الفنية لآعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٣ ص ٦٥. نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم فى المواد التجارية الوطنية والدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٤ ص ٩٧.

فى الأمر إذا ما تعلق الأمر بالعلاقة بين الطرفين وحدهما لكن موضوع الاتفاق قد يكون عاماً يمتد إلى كافة المنازعات الناشئة عن العقد بما فى ذلك حقوق المشتراط لصالحه، وفى هذه الحالة يثور التساؤل عما إذا كان المشتراط لصالحه يلتزم به فى رجوعه على المتعهد خاصة إذا ما كان المشتراط لصالحه قد قبل الاشتراط قبل هذا الاتفاق الجديد، والقاعدة كما قدمنا أن المشتراط يستطيع الرجوع فى الاشتراط قبل قبول المنتفع وينتهي حقه فى الرجوع بهذا القبول وإذا كان يجوز له الرجوع فى هذه الحدود فإنه يجوز له التعديل أيضاً فيها.

الحالة السادسة شرط التحكيم بالإحالة:

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة clause d'arbitrage par référence من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم بعد الصورتين التقليديتين له : شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم.

والفرض فى هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطاً صريحاً للتحكيم بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نمطي contrat type أو شروط عامة معروفة فى مجال التعامل بينهم، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم وكان ذلك العقد النمطي أو تلك الشروط العامة يتضمن من بين بنوده أو شروطه بنداً أو شرطاً يقضى بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بطريقة التحكيم، وفى هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي ويلتزم أطرافه به بحيث تكون تسوية المنازعات الناشئة عن ذلك العقد عن طريق التحكيم دون أن يستطيع أولئك الأطراف التوصل من ذلك بمقولة استقلال ذلك العقد الأصلي عن العقد أو الشروط العامة المحال إليها والمحتوية على شرط التحكيم^(١).

(١) حول شرط التحكيم بالإحالة راجع :

X.BOUCHOZA : La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international , Rev. arb. 1998 p. 495.

مثلاً أن يحيل الأطراف عند الاتفاق على بناء منشأة صناعية ونقل تكنولوجيا إلى الشروط العامة الواردة في العقد النمطي رقم 188/أ ، الذي أعدته اللجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1957 حيث يحتوى ذلك العقد في المادة 28/1 على شرط تحكيم لصالح غرفة التجارة الدولية بباريس. أو أن يحيل هؤلاء إلى الشروط العامة الواردة في العقد النمطي رقم 574/أ الذي أعدته ذات اللجنة الخاص بتوريد وتركيب المصانع حيث احتوت تلك الشروط العامة على البند 28/1 الذي يجعل تسوية أية منازعات تنشأ عن العقد بطريق التحكيم. أو أن يحيل الأطراف في عقد استيراد أدوات كهربائية ومنزلية إلى الشروط العامة الواردة في العقد النمطي الذي أعدته اللجنة المشار إليها عام 1961 بشأن بيع السلع الاستهلاكية المعمرة ومنتجات الصناعات الميكانيكية بالاستيراد والتصدير حيث تضمنت تلك الشروط، الشرط رقم 11/1 الذي يجعل التحكيم وسيلة تسوية المنازعات الناشئة عن العقد. أو أن تحيل عقود المقاولات الدولية في مجال البناء والتشييد إلى الشروط العامة للفيديك Fidic التي من بينها الشرط رقم 67 ، الذي يتخذ التحكيم طريقاً لتسوية المنازعات بين رب العمل والمقاول والمهندس.

وقد حكم القضاء المقارن بصحة شرط التحكيم بالإحالة والوارد في عقد مقاوله من الباطن إلى العقد الأصلي بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن^(١)، كما قضى بصحة شرط التحكيم بالإحالة الوارد في سند الشحن وعقد النقل البحري إلى شرط التحكيم المدرج في عقد إيجار سفينة^(٢).

B.OPPETIT : la clause arbitrale par référence , Rev. arb. 1990 p. 551 .

C.REYMOND : la clause arbitrale par référence , Recueil de travaux suisse sur l'arbitrage international , Zurich , 1984 , p.85.

(١) حكم استئناف باريس في 20 يناير 1988 ، مجلة التحكيم ، 1990 ص 651 تعليق B.OPPETIT وفي clunet 1989 ص 1032 تعليق E.LOQUIN .

(٢) حكم محكمة النقض الفرنسية (الدائرة التجارية) 2 مارس 1992 ، مجلة التحكيم، 1992 ص 650 تعليق Ph. DELEBECQUE .

كما اعترف بشرط التحكيم بالإحالة العديد من تشريعات التحكيم والتي نذكر منها قانون التحكيم المصري الذي نص في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة منه على أن "ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"^(١). وهو حكم منقول عن عجز الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النمطي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 ، الذي جاء به "وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد".

وهو ذات ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من نظام التحكيم السعودي الجديد بقوله (يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم أو إذا تضمنه ما تبادلاه من مراسلات موثقة أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الالكترونية أو المكتوبة. وتعد الإشارة في عقد ما أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم يشتمل على شرط للتحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، كما يعد في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد).

غير أنه لا يجب على كل حال الاعتراف بصحة شرط التحكيم بالإحالة بصورة مطلقة بل لابد من مراعاة عدة أمور :

(١) وقد اعترف القضاء المصري بشرط التحكيم بالإحالة حتى قبل صدور قانون التحكيم الجديد . فقد قضت محكمة النقض بتاريخ 5 مارس 1975 بصحة شرط التحكيم بالإحالة ، الوارد في سندات الشحن ، إلى شرط التحكيم المدرج في مشاركة إيجار السفينة . وأضافت أن تلك الإحالة تجعل شرط التحكيم جزء من سند الشحن، بحيث يلتزم به المرسل إليه باعتباره في حكم الأصيل ، رغم عدم توقيعه على سند الشحن، وعدم تعاقده على نقل البضاعة ، بحسبان أن المرسل إليه طرف حقيقي في عقد النقل البحري . راجع الحكم الصادر في الطعن رقم 45 لسنة 40 قضائية ، منشوراً في مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض ، السنة 18 ، ص 535 ، وقد ردد ذات الصيغة حكم ذات المحكمة بتاريخ 26 يونيو 1978 ، ذات المجموعة، السنة 29، ص 1048. وقارب أيضاً حكمها في 14 إبريل 1970، ذات المجموعة ن السنة 21، ص 598 .

من ناحية اولي: أن يكون العقد الوارد به الإحالة كعقد المقاوله من الباطن أو سند الشحن أو العقد القائم بين الأطراف عموماً مكتوباً.

ومن ناحية ثانية: أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم المحال إليه جزءاً من العقد المحيل بحيث يقطع في معرفة الأطراف بشرط التحكيم الوارد في العقد أو المستند المحال إليه كما لو أنه منصوص عليه في العقد المحيل ذاته سواء علم ذلك صراحة الأطراف بإطلاعهم علي العقد أو المستند المحال إليه، أو ضمناً إذا كانوا بحكم تعاملهم المتكرر في نشاط معين وفق شروط عامة أو عقود نمطية تحتوى على شرط تحكيم ويفترض قطعياً علمهم به^(١)، بيد أن صعوبات وضوح شرط التحكيم بالإحالة ترتبط بمشكلة أكبر هي كيفية صياغة اتفاق التحكيم ذاته.

التطبيق علي قضية هضبة الازهرامات:

تتلخص هذه القضية^(٢) في ابرام بروتوكول نوايا بتاريخ ١٩٧٤/٩/٢٣ بين وزير السياحة المصري ممثلاً عن الحكومة المصرية والهيئة العامة للسياحة والفنادق (ايجوث) EGOH^(٣) وشركة ممتلكات جنوب الباسفيك S.P.P^(٤) وشركة جنوب الباسفيك الشرق الاوسط S.P.P(ME) بهونج كونج وذلك بهدف انشاء مركزين سياحيين احدهما يجاور مقر الازهرامات بالجيزة والآخر برأس الحكمة بمحافظة مطروح بمصر^(٥).

(١) وكما تقول محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر في 20 يناير 1987 "إن المشتري وهو المتمرس في العمليات المرتبطة بتجارة المحروقات (هيدروكربون) لا يستطيع أن يدعى جهله بالشروط المعتادة في الاتفاقيات المبرمة في هذا النوع من النشاط"

Paris , 20 janvier 1987 affaire Bomar oil C.Etap, clunet 1987 , p. 934 note E.LOQUIN;
Rev. arb. 1987 , p.482 note C.KESSEDJIAN.

(٢) د.ابراهيم احمد ابراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق ص ١٢٢ وما بعدها.
Egyptian General Organization for Tourism and Hotels. (٣)

(٤) وهي شركة بريطانية مسجلة في هونج كونج وتعمل في مجال تنشيط السياحة وتقديم الخدمات.

(٥) Cour D'appel De Paris, 12 juillet 1984 Egypte, Souther Pacific Propeties Limited et Southern Pacific Properties (Middle East). Journal du droit International, 1985,p.130.

ويفرض هذا العقد التزامات علي عاتق الطرفين اهمها بالنسبة للطرف الاول (الحكومة المصرية) باتخاذ ما يلزم من نقل ملكية او حيازة الاراضي اللازمة لتنفيذ المشروع والتزام ايجوث وشركة جنوب الباسفيك بإقامة المشروع وتأسيس شركة مصرية ٤٠% من اسهمها تخص الشركة الاولى والباقي للثانية التي تلتزم بضمان العمليات الهندسية والدراسات المعمارية وتمويل عمليات التشييد والتسويق واحتكار الشركة لهذا المشروع بضمان عدم التصريح بإقامة مشروعات صناعية مجاورة وتسهيل الاجراءات الادارية والتزام وزارة السياحة بمد المرافق الاساسية الي مقر المشروع، وفي تاريخ ١٢/١٢/١٩٧٤ ابرم اتفاق اصلي وقعته هيئة ايجوث وشركة جنوب الباسفيك اشير فيه الي البروتوكول المبرم في ٢٣/٩/١٩٧٤ وللقوانين المصرية ارقام ١ ، ٢ لسنة ١٩٧٣ و قانون الاستثمار رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤. كما تضمن هذا العقد اشتراك ايجوث وشركة الباسفيك في انشاء شركة مساهمة تحت مسمى "الشركة المصرية للتنمية السياحية ETDC"^(١) لتشيد واستغلال مشروعات سياحية، وإلزام شركة ايجوث بضمان مد المرافق الاساسية وعدم ابرام عقود مماثلة مع الغير وعدم التصريح بمشروعات صناعية بالمنطقة وتمكين شركة الباسفيك من اعادة كل نصيبها من الارباح للخارج ومنحها اعفاء ضريبي لمدة ثماني سنوات -طبقا لقانون الاستثمار آنذاك- وتقديم مختلف مساعداتها الفنية.

وأرفق بهذا الاتفاق ملحقان ورد بهما عدة التزامات اهمها اعتبار الالتزامات التي تقع علي شركة ايجوث متوقفة علي اقرارها من جانب السلطات الحكومية المختصة وورد فيها ايضا شرط تحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس ICC ، وفي نهاية العقد ورد توقيع الطرفين مع توقيع وزير السياحة المصري مسبقا بعبارة (وافقت عليه ومؤكد ومصدق) Approved agreed and ratified ، وبتاريخ ١٢/٤/١٩٧٥ اخطرت الهيئة العامة للاستثمار شركة SPP بموافقة مجلس الادارة علي انشاء المشروع المشترك وتنفيذه من خلال الشركة المصرية للتنمية السياحية ETDC لمدة خمسون عاما وقد تم تمديد المدة الي تسعة وتسعون عاما بناء علي طلب المستثمر وبموافقة رئيس الجمهورية، وبتاريخ ٢٢/٥/١٩٧٥ تقرر تخصيص الاراضي للهيئة

^(١) The Egyptian Tourist Development Company

المصرية العامة للسياحة والفنادق والتي خصصتها في شهر اكتوبر من ذات العام لشركة التنمية السياحية ETDC للأغراض السياحة بناء علي قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٧٥ لسنة ١٩٧٥.

وفي عام ١٩٧٧ وإزاء المعارضة^(١) الشعبية الكبيرة للمشروع التي وصلت الي حد فتح تحقيق برلماني اضطرت بناءا عليه وزارة الثقافة والإعلام الي اعتبار المنطقة المحيطة بالأهرامات منطقة اثرية الامر الذي ترتب عليه قيام الهيئة العامة للاستثمار بسحب موافقتها علي المشروع بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٨ ثم تبعه قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٨٦ لعام ١٩٧٨ بإلغاء القرار الجمهوري رقم ٤٧٥ لعام ١٩٧٥ الخاص بحق الهيئة العامة للسياحة والفنادق في استغلال هضبة الاهرامات مما ترتب عليه الغاء المشروع ككل، فتمسكت شركة جنوب الباسفيك بشرط التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية بباريس ICC وفقا للبند ١٧ من العقد المبرم في ١٩٧٤/١٢/١٢ وطالبت بالتعويض.

وبالفعل بدأت اجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية ICC^(٢) وتشكلت الهيئة من ثلاثة محكمين برئاسة Bernini وعضوية كلا من د.علي الغنيت و Littmann واعد محضر مهمة المحكم في ٣ مايو ١٩٨٠ واعتبر مقر التحكيم في باريس بفرنسا ، وأبدت مصر تحفظها علي اختصاص غرفة التجارة الدولية فلم تشارك بتعيين المحكم الذي يحق لها اختياره فطلبت محكمة التحكيم الدائمة بغرفة التجارة الدولية ICC من الغرفة التجارية المصرية ترشيح محكم مصري فأبلغتها باختياره ، إلا ان هيئة التحكيم لم تستجب لوجه النظر المصرية وأصدرت حكمها^(٣) في ١٦ / ٢ / ١٩٨٣ بإدانة الحكومة المصرية وألزمته بدفع مبلغ وقدره ١٢,٥ مليون

(١) في تفاصيل هذه المعارضة انظر ندوة نقابة المحامين المصريين عن مشروع هضبة الاهرام دار وهدان للطباعة والنشر ١٩٧٨.

(٢) Thompson, The procedure under the rules of the ICC . OCEANA publication, New York. (٢) 1975.

(٣) القضية رقم ٩٤٩٣ وقد صدر الحكم بالأغلبية اذ سجل المحكم المصري رأيا مناقضا انتهى فيه الي عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع وإخلال كل من رئيس الهيئة والعضو بقواعد التحكيم الدولي الاجرائية والموضوعية وعدم صحة ادعاءات المدعين ورفض دعواهم.

دولار امريكي لشركة جنوب الباسفيك وكذلك فوائد قدرها ٥% تحسب من اول ديسمبر ١٩٧٨ ومبلغ ٧٣٠٧٠٤ دولار امريكي مصروفات قضائية.

فلجأت الحكومة المصرية الي محكمة استئناف باريس بدعوي ابطال حكم التحكيم وفقا للمواد ١٥٠٢ و ١٥٠٤ من قانون المرافعات الفرنسي وتمسكت بحصانتها القضائية وعدم سبق تنازلها عنها بصدد هذه القضية فيكون حكم التحكيم قد خالف مبدأ سيادة الدولة والنظام العام للدولة من الناحية الثقافية. وتمسكت شركة جنوب الباسفيك بان توقيع مصر علي محضر مهمة المحكم يعتبر قبولاً من جانبها للتحكيم كما ان تنازل مصر عن حصانتها القانونية وقبولها للتحكيم يستفاد من توقيع وزير السياحة المصري علي العقد المبرم في ٢٣/٩/١٩٧٤، وان حكم التحكيم قد اصاب عندما اعتبر العقدين الوارد عليهما النزاع بمثابة برنامج تعاقدى واحد وبالتالي يلزم شرط التحكيم الوارد في احدهما مصر ولو لم تكن قد وقعت إلا علي العقد الاخر الغير مشتمل علي شرط التحكيم، كما استندت الي ان العقد محل النزاع ورد في اطار قانون الاستثمار المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ والذي يقضي بإمكانية حل النزاعات عن طريق التحكيم وطلبت من محكمة الاستئناف رفض الدعوي.

إلا ان المحكمة قد انتهت في حكمها^(١) الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٤ الي ابطال حكم التحكيم الصادر في ١٦/٢/١٩٨٣ بإدانة الحكومة المصرية وذلك علي اساس ان هذا الحكم قد صدر بدون وجود شرط تحكيم من جانب الحكومة المصرية فالفصل في النزاع بالتحكيم يقتضي قبول كلا الطرفين بشرط التحكيم فإذا لم يوجد اتفاق علي ذلك لا يمكن معه الزام الطرفين بحكم التحكيم. وقد وجدت المحكمة ان مصر لم تعتاد علي قبول شرط التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية في كافة ما ابرمته من اتفاقيات بل رفضت دائماً التحكيم بهذه الوسيلة وان قبلت الهيئات المصرية الاخرى في عقودها. فالهيئة العامة للسياحة والفنادق (ايجوث) EGOH لها شخصية قانونية مستقلة عن الدولة أي ان توقيعها علي العقد المشتمل علي شرط التحكيم لا

Cour d'Appel de paris, 12 juillet 1984, p.130 n. Goldman Leboulanger, Etat, politique et (١) arbitrage, L'affaire de plateau des pyramides, Rev. arb. 1986, p.3.

يعني الزام الدولة بهذا الشرط والدليل على ذلك ان التزاماتها التي رتبها العقد اخذت شكل التزام بوسيلة اذ انها تتوقف على اقرار الدولة لها مثل الحصول على اعفاء ضريبي مثلا اذا زيادته من خمس الي ثماني سنوات يتوقف على اقرار سلطات الدولة (وذلك وفقا للمادة ١٦ من قانون الاستثمار المصري) وفعلا صدر قرار الهيئة العامة للاستثمار في ١٢ ابريل ١٩٧٥ بإعفاء ضريبي لمدة خمس سنوات فقط أي ان هيئة ايجوث هي الطرف في العقد وليست الدولة المصرية، فالاتفاق الاصيلي الذي وقعته الحكومة المصرية لا يشتمل على شرط التحكيم وان مجرد اشارة الاتفاق الي قانون الاستثمار المصري الذي يجيز حل المنازعات بوسائل من بينها مركز تسوية منازعات الاستثمار^(١) ICSID لا يعني تنازل الدولة عن حصانتها القضائية وقبولها حل النزاع بالتحكيم ، وقد اصابته المحكمة حينما رفضت اعتبار ان توقيع مصر على محضر المهمة l'acte de mission يمكن ان يحل محل اتفاق التحكيم ، على اساس ان مصر تمسكت بحصانتها القضائية وبعدم وجود اتفاق تحكيم وذلك قبل ابداء أي دفع يتعلق بالموضوع.

وبرغم اقرار محكمة استئناف باريس مبدأ اختصاص محكمة التحكيم بتحديد اختصاصها وتقرير مدي وجود او صحة اتفاق التحكيم فان هذا لا يكون إلا بمراعاة ان يكون ذلك خاضعا لرقابة القاضي فالمادة ١٥٠٢ من قانون المرافعات الفرنسي تجيز الطعن بإبطال الحكم الذي فصل المحكم فيه بدون وجود اتفاق تحكيم او بناء على اتفاق تحكيم باطل، فمصر كانت مضطرة الي المثل امام هيئة تحكيم رغم تقريرها عدم اختصاص هذه الهيئة وذلك لإبداء معارضتها لموقف خصمها ولمحاولة تخفيف مدي الضرر المحتمل ان يلحقها من صدور حكم تحكيم بإدانتها.

(١) فاللجوء للتحكم وفقا لمركز الاكسيد لا يمكن إلا باتفاق الطرفان وفقا للمادة ٢٥ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا دول اخري

Paul Reuter, Réflexion sur la Compétence du Créé par la Convention pour le règlement des différends relatives aux investissements entre états et personnes privées p9. 1969

والواقع ان المحضر الذي تدعي شركة جنوب الباسفيك انه دليل علي قبول مصر حل النزاع بالتحكيم ليس إلا اداء يوجبه نظام غرفة التجارة الدولية^(١) ICC علي المحكم قبل البدء في نظر القضية وان امتناع احد الطرفين عن المشاركة في وضع ذلك المحضر او توقيعه يجيز لمحكمة التحكيم اعتماده بعد تحديد مهلة للطرف المتخلف لتوقيع المحضر وتستمر بعد انقضائها اجراءات التحكيم وإصدار الحكم.

وقد اثرت امام محاكم التحكيم مسألة امتداد^(٢) شرط التحكيم من عقد اورده الي عقد اخر لم يتضمنه ويأخذ هذا المد احدي صوتين الاول الامتداد الرأسي L`extension verticale ويعني امتداد شرط التحكيم من عقد اصلي Contrat Principal يتضمنه الي عقد تبعي L`extension horizontale ، الصورة الثانية الامتداد الافقي Contrat accession ويعني امتداد شرط التحكيم الذي وافقت عليه شركة او اكثر الي عقود وقعتها شركات اخري لا تتضمن شرط تحكيم ولكنها تنتمي لنفس مجموعة الشركة او الشركات الاولى.

وقد اخذت بعض احكام التحكيم^(٣) بهذه الفكرة كما رفضت بعض احكام التحكيم^(٤) هذه الفكرة وهو ما رفضته ايضا محكمه استئناف باريس في قضية هضبة الازهرام. ولو كانت المحكمة استئناف باريس ايدت هذه الفكرة (امتداد شرط التحكيم) لاستوجب الامر ان يكون شرط التحكيم قد ورد في العقد الاصلي ثم يمتد الي العقود الفرعية التي لم تتضمن هذا الشرط والفرص في هذه القضية ان العقد الاصلي المبرم بين مصر وشركة جنوب الباسفيك في ٢٣ سبتمبر ١٩٧٤ قد جاء خاليا من شرط التحكيم فهذا الشرط لم يرد إلا في العقد الفرعي الذي لم تبرمه الحكومة المصرية. وقد طعنت شركة جنوب الباسفيك وشركة جنوب باسفيك الشرق الاوسط بالنقض في

(١) Thompson, The procedure under the rules of the ICC . OCEANA publication, New York. 1975.

(٢) د.مصطفى الجمال ، امتداد شرط التحكيم من عقد لآخر، بحث مقدم لإعداد المحكم ، جامعة عين شمس، ابريل ٢٠٠٠.

(٣) Sentence ICC 4131/1982. Clunet 1983 p.899 obs derains

(٤) Sentence ICC no 4392 clume 1983 p.907, os derains et n. 2138/74 clunet, 1975, p. 934, obs. Derains.

حكم محكمة استئناف باريس الذي صدر في ١٢ يوليو ١٩٨٤ لصالح مصر، واستندت في الطعن اربعة اسباب:

السبب الأول: انه قد اخطأت محكمة الاستئناف التي اختصت بالطعن بإلغاء حكم التحكيم استنادا لعدم وجود اتفاق تحكيم اذ انها لا تملك الرقابة علي المساس باتفاق التحكيم او اهداره او مسخه، ويظل الاختصاص بتفسير العقد لهيئة التحكيم دون ان يكون لمحكمة الاستئناف الرقابة علي هذا التفسير حتى تقرر صدور الحكم دون اتفاق تحكيم.

وقد انتهت محكمة النقض الي رفض هذا السبب حيث انه وفقا للمواد ١٥٠٢ ١٥٠٤ من قانون المرافعات الفرنسي تتحدد مهمة محكمة الاستئناف بفحص الاسباب التي تبرر الطعن بإبطال العقد وهي حالة بطلان او عدم وجود اتفاق التحكيم ولا يمكن تقييد سلطة هذه المحكمة في دراسة كافة العناصر الواقعية والقانونية لتلك الأسباب وتختص بصفة خاصة بتفسير العقد لتقدر بنفسها ما اذا كان المحكم قد اصدر حكمه بدون اتفاق تحكيم من عدمه.

السبب الثاني: عاب المدعي علي محكمة الاستئناف اهدارها محضر مهمة المحكم فمن ناحية لم تتازع مصر في التحكيم إلا في المرحلة الاخيرة للحكم بما يعني عدم انتوائها الطعن علي قرار المحكمة باختصاصها بالنزاع ، ومن ناحية اخري لم ترد المحكمة علي ما انتهى اليه المدعي من اعتبار محضر مهمة المحكم بمثابة اتفاق تحكيم.

وقد انتهت محكمة النقض الي ان الحكم المطعون فيه لمن يهدر محضر المهمة، فمن ناحية قرر ان اتفاق التحكيم لا يقوم إلا بناء علي شرط تحكيم يكون قد ورد في عقد ١٩٧٤/١٢/١٢ وليس بناء علي محضر المهمة الذي يهدف لمجرد تحديد المسائل محل النزاع، ومن ناحية اخري فان محضر المهمة الذي تتمسك مصر بعدم تضمينه لاتفاق تحكيم لا يمكن ان يحل محل اتفاق التحكيم، لذا ينهار هذا السبب بشقيه.

السبب الثالث: يعيب المدعي علي الحكم المطعون فيه انه اهدر مبادئ وعادات التجارة الدولية اذ انكر علي وزير السياحة المصري القدرة علي الزام الدولة المصرية برغم توقيعه علي عقد

١٩٧٤/١٢/١٢ مسبقاً بعبارة موافق عليه ومؤكّد ومصدّق، وطالما أنّ محكمة النقض لا تختص بالرقابة على وجود مبادئ وعادات التجارة الدولية وتطبيقها لذا ينهار هذا السبب.

السبب الرابع: يعيب المدعي على الحكم عدم التعرّض لبحث ما إذا كانت الهيئة العامّة للسياحة والفنادق (ايجوٲ) EGOH لم تكن تتصرف باعتبارها ممثّلة للدولة المصريّة في عقد ١٩٧٤/١٢/١٢ برغم تمتّعها بشخصيّة قانونيّة مستقلّة مما يعني أنّه اعتداء على العقد الذي استعمل اصطلاح Ratified (صدقت)، وعدم ردّ على ادعاء أنّ محضر المهمة بمثابّة (اتفاق تحيكم).

وقررت محكمة النقض بخصوص هذا الادعاء الأخير عدم اتفاقه مع الاتجاه الذي تأخذ به محكمة النقض فتوقيع هيئة عامّة على العقد لا يعني إرادة تمثيل الدولة المصريّة ، ومن ناحية أخرى فبناء على غموض الاصطلاحات التي تسبق توقيع وزير السياحة المصري فقد احتاج الأمر إلى تفسير، وهو ما قامت به محكمة استئناف باريس وانتهت لاعتباره مجرد تدخل سلطة من له حق التوقيع L'intervention d'une autorité de tutelle ، مما يستتبع انهيار هذا السبب بشقيه .

ولهذا الأسباب رفضت محكمة النقض الفرنسيّة الطعن في ٦ يناير ١٩٨٧^(١) وألّزمت المدعي بالمصاريف ورسوم الدعوي.

المرحلة الثانية من النزاع لدى مركز واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار ICSID:

إلا أنّ حكم محكمة النقض الفرنسيّة لم يمهّن النزاع في هذه القضية فقد عرض النزاع بعد ذلك أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن "الأكسيد ICSID" والذي نشأ وفقاً لمعاهدة واشنطن ١٩٦٥، إذ تقدّمت شركة ممتلكات جنوب الباسفيك وانضمت لها شركة جنوب

(١) La Semaine Jridique 61 Année , 18 mars 1987, p.83, Cluent. 1987 p.638. n. Goldman.

باسفيك الشرق الاوسط بطلب للمركز ليتولى حل نزاعها مع الحكومة المصرية لإلزامها بالتعويض نتيجة لفسخ اتفاقها معها من جانب واحد.

ودفعت الحكومة المصريه بعدم اختصاص مركز تسوية المنازعات ICSID بحل هذا النزاع لعدم اتفاقها معه الطرف الاجنبي علي حل النزاع وفقا للتحكيم بهذا المركز، فالمادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن تشترط لاختصاص المركز موافقة طرفي النزاع كتابة علي تقديم خلافاتهم للمركز وهو ما لم يتحقق، كما ان قبول الاطراف حل نزاعهم بالمركز يمنعهم من الالتجاء الي سبيل اخر لحل النزاع فالمادة الثانية من الاتفاقية تنص علي انه (تعتبر موافقة الاطراف علي التحكيم في ظل هذه الاتفاقية موافقة علي استبعاد اي حل اخر ما لم ينص علي خلاف ذلك ويجوز لأي طرف متعاقد المطالبة باستنفاد كافة سبل التسوية القانونية المحلية والإدارية كشرط لازم لقبولها التحكيم في ظل الاتفاقية) إلا ان الطرف الاجنبي في هذه القضية كان قد لجأ لمحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC.

كما استندت مصر في الدفع بعدم الاختصاص الي انها قامت بسحب الترخيص من المشروع المتفق عليه مع الطرف الاجنبي ويعتبر الترخيص شرطاً لازماً لتطبيق قانون الاستثمار المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الذي يشير الي امكانية حل النزاعات بمركز ICSID.

كذلك استندت مصر الي انه لا يكفي لاختصاص المركز مجرد اشارة المادة الثامنة من قانون الاستثمار الي امكانية حل منازعات الاستثمار في اطار اتفاقية واشنطن بل ان اختصاص المركز يحتاج لاتفاق محدد علي ذلك.

إلا ان هيئة التحكيم^(١) رفضت الدفوع التي ابدتها مصر مقرره اختصاصها بنظر النزاع بحكمين متعلقين بالاختصاص اصدرتهما في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٨٥^(٢) ثم ١٤ ابريل ١٩٨٩، وقد ردت

(١) التي شكلت برئاسة EDUARDO JIMENEZ DE ARECHAGA وعضوية محمد امين المهدي ROBERT PIETROWSKI .

(٢) صدر هذا الحكم بأغلبية الاراء اذ سجل المحكم المصري رأياً مناقضاً بعدم اختصاص مركز تسوية منازعات الاستثمار الاكسيد بنظر النزاع Clunel. 1994, p.218 et s..

علي السبب الاول بان المادة ٢٦ من اتفاقية واشنطن لا تستلزم لصحة قبول الاطراف الالتجاء الي تحكيم مركز تسوية المنازعات الاستثمار ICSID استبعاد كل الوسائل الاخرى لحل النزاع بل ان هذه المادة ترتب علي قبول اختصاص المركز منع الاطراف من الالتجاء لأي اسلوب اخر إلا اذا كان هناك اتفاق اخر. وبالتالي فعدم تنازل الاطراف عن وسائل حل النزاعات الاخرى لا يؤثر علي اختصاص المركز وعلي العكس يجوز للأطراف في المنازعات التي يحلها المركز التمسك بالوسائل الاخرى لحل النزاع.

وبالنسبة للسبب الثاني الذي استندت اليه مصر والمتعلق بسحب الحكومة المصرية الترخيص بالمشروع مما يستتبع عدم تطبيق قانون الاستثمار المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الذي يشير الي المادة الثامنة منه الي امكانية حل المنازعات الاستثمار بمركز ICSID فقد رفضته ايضا هيئة التحكيم علي اساس ان قانون الاستثمار المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الذي لم يلغي حتى نظر الدعوي فإذا كان هذا القانون يعرض حل منازعات الاستثمار لدي مركز ICSID فان هذا يعتبر ايجابا موجها للطرف الاجنبي، لذا فان سحب الحكومة المصرية للترخيص بالمشروع لا يؤثر علي بقاء الايجاب الموجه من الدولة وفقا للقانون.

والحقيقة ان المادة الثامنة من قانون الاستثمار المصري لا تعتبر ايجابا لحل المنازعات بمركز ICSID لسبب بسيط وهو انها تقرر امكانية حل المنازعات بأي اسلوب يتفق عليه الاطراف بل انها لن تقتصر علي امكانية حل النزاع لدي هيئات التحكيم الدائمة بل وفقا لتحكيم الحالات الخاصة Ad-hoc بل وفصلت كيفية وضع هذا التحكيم موضع التطبيق وبالتالي فهي لا تعتبر متعلقة بالتأكيد علي حل المنازعات بمركز تسوية منازعات الاستثمار، وبالتالي فان تضمن قانون الاستثمار للمادة الثامنة لا يغني عن اتفاق تحكيم مكتوب بين الطرفين لقبول اختصاص مركز ICSID بحل المنازعات بينهما.

اما السبب الثالث تمثل في ان المادة الثامنة لا تقطع وحدها بقبول اختصاص المركز بل لابد من اتفاق محدد علي هذا ولقد وجدت هيئة التحكيم ان هذا الدفع يحتاج للرد عليه الي التعرف

علي مدي وجود اتفاق تحكيم بين الطرفين لدي غرفة التجارة الدولية بباريس وهو ما كان معروضا علي محكمة النقض الفرنسية في هذا الوقت وهو ما حسمته تلك المحكمة في ٦ يناير ١٩٨٧ منتهية الي عدم وجود اتفاق تحكيم بين الدولة المصرية والطرف الاجنبي.

والحقيقة انه لا صلة بين ما انتهت اليه محكمة النقض الفرنسية واعتبار ان المادة الثامنة من قانون الاستثمار تعني عن وجود اتفاق تحكيم لدي مركز ICSID ، فما انتهت اليه محكمة النقض الفرنسية مؤيدة في ذلك محكمة استئناف باريس ان هناك اتفاق تحكيم بين الهيئة العامة للسياحة والفنادق باعتبارها شخص قانوني مستقل عن الدولة المصرية والطرف الاجنبي علي اختصاص محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC بحل النزاعات التي تثيرها العقد المبرم فيما بينهما بالتالي فان مصر ليست طرفا في هذا الاتفاق.

كما ان هذا النزاع سبق الفصل فيه بالتحكيم وبالقضاء واستنفذ كل سبل الطعن في الحكم وفقا لقانون الدولة الي صدر فيها الحكم وذلك تطبيقا للمادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٨٥ التي ترتبط بها مصر. كما ان مبدأ حسن النية في التعامل بين مراكز التحكيم وهيئاته الدائمة يقتضي من مركز تسوية منازعات الاستثمار الا يتصدى لحل نزاع تم حله قبل ذلك لدي مركز تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC، لأنه من شأن موقف المركز في هذا الشأن عدم استقرار معاملات الاستثمار علي المستوي الدولي ومعاملات التجارة الدولية بصفه عامة طالما ان اي نزاع يمكن ان تتصدي له عدة مراكز تحكيم في ان واحد او علي سبيل التعاقب وهو ما يهدد هذا النوع من المعاملات ويتعارض مع الحكمة من انشاء هذه المراكز ألا وهي السرعة في حل المنازعات والثقة والاستقرار واحترام حجية الاحكام.

وفي اطار مركز تسوية منازعات الاستثمار ICSID تم تسوية النزاع بعد ادائه مصر بصدور حكم بالتعويض بمبلغ وقدره ٢٧،٦ مليون دولار امريكي في ٢٠ مايو ١٩٩٢^(١).

(١) هذا الحكم منشور بكافة حيثياته علي موقع المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار www.worldbank.org/icsid/caces . ومشار اليه برسالة دكتوراه حسين احمد جندي بعنوان التحكيم في اطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار واتفاقية واشنطن الموقعه عام ١٩٦٥

اثر اتفاق التحكيم على القضاء: يعد من أهم الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم امتناع القضاء العادي عن نظر النزاع الذي يظل من اختصاص هيئه التحكيم دون غيرها. على إن دور القضاء العادي لا يستبعد بصفه نهائيه حيث تظل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع تقدم للخصوم المحتكمين أحكاما يتطلبها الفصل في النزاع التحكيمي لسير عمليه الإجراءات القانونية وتحقيق فاعليتها، من ذلك الحكم على من يتخلف عن الحضور من الشهود أمام هيئه التحكيم، أو الأمر بالانتدابات القضائية وإيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة ووضع الصيغه التنفيذية لحكم التحكيم وهو ما يسمى بتدخل القضاء بالمساعدة.

على انه امتناع القضاء عن نظر الدعوى لوجود اتفاق التحكيم لا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو كان بالأوراق ما يجزم بوجود اتفاق تحكيم بل يجب أن يدفع أمامها من احد الخصوم بوجود اتفاق تحكيم ذلك أن الالتجاء إلى القضاء رغم وجود اتفاق تحكيم يفيد تنازله عن هذا الاتفاق والالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، فإذا حضر الطرف الآخر من اتفاق التحكيم ولم يدفع أمام المحكمة بوجود اتفاق التحكيم أو استمر في الدعوى وقدم طلبات ودفع موضوعيه ودفاع فانه يعد متنازلا عن اتفاق التحكيم وقابلا للاختصاص القضائي ويكون للقاضي التصدي للنزاع والفصل فيه. وهو ما رتبته نص المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري والمادة ١١ من نظام التحكيم السعودي من أن رفع احد أطراف اتفاق التحكيم دعوى أمام القضاء العادي لا يمنع الطرف الآخر من طلب إجراء التحكيم وله هذا الحق سواء رفعت الدعوى من خصمه قبل تقديم طلب التحكيم أو أثناء السير فيه بمعنى أن رفع الدعوى أمام القضاء من احد الخصوم لا يمنع هيئه التحكيم من نظر النزاع ذاته وإصدار حكم فيه مع تمكين الطرف الآخر المحتكم ضده من إبداء دفاعه ودفعه. وإذا فرض ولم يقدم المحتكم أوراق دفاعه ودفعه أمام هيئه التحكيم خلال المواعيد المحددة وحكمت هيئه التحكيم بإنهاء

الإجراءات فإنه يحق للمحتكم ضده طلب الاستمرار في إجراءات التحكيم والفصل في النزاع إذا ما تمسك أمام القضاء العادي بوجود اتفاق تحكيم وعلى محكمة القضاء بعدم قبول الدعوى وتلتزم هيئه التحكيم بنظر النزاع وإصدار حكم فيه وفقا للضوابط والأحكام المقررة والمنظمة لذلك بقانون التحكيم^(١).

(١) أمال أحمد الفزايري ، دور قضاء الدولة في تحقيق فعالية التحكيم ، منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٨٩ ، حفيظة السيد الحداد - الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة ، دار الفكر الجامعي ، طبعة، ٢٠٠٣ ص ٩٤ ، عامر فتحي البطاينة ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ ص ١٥٦ .