جامعة القاهرة

كلية الحقوق

قسم القانون التجارى

التحكيم فى المنازعات الناشئة عن الشيك

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من الباحث

يونس محمود قطب يونس الديهى

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

أ.د/ رضـــــا محـمد عبيـد **(رئيساً وعضواً)**

أستاذ القانون التجارى والبحرى – كلية الحقوق – جامعة بنى سويف وعميدها الأسبق

أ.د/ سامى عبدالباقى أبوصالح **(عضواً)**

أستاذ ورئيس قسم القانون التجارى والبحرى –كلية الحقوق – جامعة القاهرة

أ.د/ أحـمد فـــاروق وشـــاحى **(مشرفاً)**

أستاذ القانون التجارى والبحرى – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾

صدق الله العظيم

سورة النساء: ١١٤

الشكر والعرفان

أشكر الله عز وجل الذى أمدني بالقوة والصبر على اتمام هذا العمل العلمي ، فلله الحمد والمنة ، وأتوجه بخالص شكري وتقديري إلى مَدرسة العلماء ، إحدى قامات القانون التجاري فى الوطن العربي ، أستاذ الأساتذة، إلى مربى الأجيال العلامة الفقيه **الأستاذ الدكتور/ رضا محمد عبيد** أستاذ القانون التجارى والبحرى وعميد كلية حقوق بنى سويف الأسبق ،على قبول سيادته رئاسة لجنة مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها.

كما أتوجه بالشكر والتقدير للعالم الفقيه **الأستاذ الدكتور سامى عبدالباقى أبو صالح** أستاذ ورئيس قسم القانون التجارى ومدير معهد قانون الأعمال الدولي بحقوق القاهرة على قبول سيادته مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها .

كما أتوجه بالشكر والتقدير للعالم الفقيه ذو الخلق النبيل **الأستاذ الدكتور أحمد فاروق الوشاحى** أستاذ القانون التجارى والبحرى بكلية الحقوق جامعة القاهرة ، شكراً خاصاً وتقديرى الفائق لسعادته فقد كان مشرفاً مثالياً ومرشداً صائباً على هذا البحث وما بيدى شئ أقدمه له إلا دعاء له فى السر قبل العلن .

ولا يفوتنى أن أتقدم بالشكر للصرح العلمى الشامخ " كلية الحقوق جامعة القاهرة " وإلى أساتذتها وإدارتها وعامليها وأخص بالشكر سعادة **الأستاذ الدكتور/صبرى السنوسى** عميد كلية الحقوق جامعة القاهرة .

وأرجو الله تعالى أن يُمنَّ على هذا الشعب العزيز بدوام الأمن والاستقرار والازدهاروأن يبقى مصر منارة شامخة للثقافة والحضارة .

الباحث

إهـــداء

أهدى ثمرة هذا العمل المتواضع مع انحناءة تقدير وإعجاب واحترام واعتراف بالجميل ، إلى من أدين له بالحياة وأسعى إلى تحقيق أمله وتكليل مبتغاه

إلى أعظم إنسان والدي العزيز.

والدتى الحبيبة والذى ما كان ليتحقق هذا العمل لولا دعائها القوى الذى لم يتوقف ليل نهار |.

إلى أخوتى فاللهم أجعلهم العضد والسند.

إلى زوجتى رفيقة الدرب .

إلى أرواح شهدائنا الأبرار وإلى روح أستاذى الدكتور المغفور له بإذن الله رضا السيد عبد الحميد ،أستاذ القانون التجارى والبحرى كلية الحقوق –جامعة عين شمس.

الباحث

تقديم وتقسيم :-

إختيار هذا الموضوع حول التحكيم ليس تشيداً لبناءً لم يكن موجوداً ولا لتدارك موضوعاً من العلم كان مفقوداً لأنه لا تكاد تخلو مؤلفات التحكيم الراسخة مما ذكرت فالأساس موجود والبناء مشيد ، ولكن موضوع البحث له خصوصية فى ربط الواقع العملى بهذا الأساس من واقع المتغيرات التى طرأت على القانون وما أستحدث من قضاء فسبحانه كل يوم هو فى شأن.

ويطيب لى أن أبدا مقدمة هذه الرسالة بقول أحد القضاة الإنجليز حكمه حينما قال (لا يمكن لنا أن نمارس تجارة حرة دولية وجميع منازعاتنا يُفصل فيها فى محاكمنا وطبقاً لقوانيننا) تلك العبارة التى إستهل بها القاضى الإنجليزى براندون حكمه بالمحكمة الإنجليزية العليا منذ مائة عام هذا القاضى نظر إلى التحكيم نظرة مستقبلاً يلوح فى الأفق بعين ترى التحكيم من الموضوعات التى يلمع نجمها يوماً بعد يوم نظراً لما يحققه للمتقاضين من سرعة الفصل فى المنازعات فضلاً عن بساطة إجراءاته ، وقد أولى الفقه هذا الموضوع إهتماماً بالغ الأثر فى الأونة الأخيرة إلا أن معظم الدراسات المعروضة على الساحة العلمية قد إنصبت على عمومياته دون تفصيلاته و تطبيقاته المختلفة التى طالما تتنامى بصورة مطردة ، وكان ذلك نتيجة منطقية لما يتميز به التحكيم من مزايا تفوق نقائصه حيث أصبح الوسيلة الفعالة والطريق المفضل الذى يلجأ إليه أطراف العلاقات التجارية محلياً ودولياً فأضحى التحكيم وبحق طوق النجاه لتلك المعاملات تحرراً من ا لفض المنازعات مُعرضاً عن طرق باب القضاء بما يحمله من قواعد إجرائية وقوانين راسخة لا تتغير إلا بشق الأنفس وقد تكون فى أغلب الأحوال غير متوافقة مع أطراف النزاع ، بل وقد يسند إليهم قانون لا يتوقعوا تطبيقه على علاقاتهم.

ومع صدور قانون التجارة الجديد رقم١٧لسنة١٩٩٩ظهر على بساط البحث منازعات تدور رحاها حول الشيك كورقة تجارية تتمتع بدور فعال فى الحياة التجارية وأفرزت آثاراً لم تكن موجودة من قبل حول الشيك ،مما آثار الجدل القانون حول بعض أمور هذه الورقة التجارية المترتبة على حالتها الخاصة بل والفريدة على بساط البحث .

فكان نص الفقرة الرابعة من المادة(٥٣٤) من الفقرة الرابعة بقانون التجارة على أن (للمجنى عليه ولوكيله الخاص فى الجرائم المنصوص عليها فى هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفى أيه حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم ويترتب على

الصلح إنقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الإدعاءالمباشر، وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً).

وآثارت مسألة إستحداث الصلح فى المنازعات الناشئة عن الشيك جدلاً آخر لا يقل فى أهميته عن الآثار المترتبة عليه جنائياً هذا الجدل يدور حول مدى إمكانية التحكيم فى تلك المنازعات الناشئة عن الشيك حيث أن تلك المنازعات من الجائز سلوك طريق آخر غير قضاء الدولة ، ولما كانت القاعدة العامة التى تحدد المسائل التى يجوز فيها التحكيم والتى ورد النص عليها فى المادة (١١) من قانون التحكيم المصرى رقم٢٧لسنة١٩٩٤ أنه (لا يجوز التحكيم إلا فى المسائل التى يجوز فيها الصلح) وقد أصبح الشيك بموجب حكم المادة ٤/٥٣٤ من قانون التجارة الجديد من المسائل التى يجوز فيها الصلح) ومن ثم أصبح ممكناً الإتفاق على التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن الشيك وإن كان هذا جائزاً ،لكنها إجازة مشروطه بالنتيجة المحتملة للتساؤل – هل كل المنازعات الناشئة عن الشيك يجوز فيها التحكيم ؟ فإن كانت الإجابة بنعم فإن هذا سيصطدم حتما بفكرة النظام العام والمتجذر فى شق جنائى فى منازعة الشيك هذا العائق المعروف بالقواعد الآمرة والذى ما زال معلق على إرادة فرد بعينه كل ما يصبوا إليه مصلحته المالية دون سواها والتى تتمثل فى إقتضاء حقه المالى الثابت فى الشيك وجبر الضرر الذى ترتب على إحدى جرائم الشيك التى ورد النص عليها فى المواد من ٥٣٣وحتى٥٣٧من قانون التجارة ، فلو كان الأمر على هذا النحو فإن تساؤلاً ذو أهمية بالغة بفحوى هذه الرسالة و سيكون كفيلاً بذاته لحل أكثر من اشكالية معاصرة لظهور قانون التجارة رقم ١٧لسنة ١٩٩٩،هو ذاك المفهوم المتعلق بالنظام العام فهل سيبقى هذا المفهوم على ما هو عليه من صلابة أم أنه مفهوم مرن ؟ قابل للتعديل والتغير . وهل المصالح الشخصية والمالية من الدرجة بمكان حتى تطغى على المصلحة العامة بما لا يهدر قيمة تلك المصلحة الأخيرة ، وهل سيكون لها الأثر الأكبر فى تخفيف صلابة وحدْه فكرة النظام العام فى القانون الجنائي والإدارى وإن كان القانون الإدارى قد تحرر من القضاء الوطنى على الرغم من عموميته فى منازعات الدولة والتى ما أنفك البعض تحرراً منها حتى ولو كان هذا التحرر من نصيب الدولة وهى بصدد إبرام عقودها الإدارية بإدراج شرط التحكيم فيها .

أهمية الرسالة :-

من الجدير بالذكر أن من أهم التوجهات التى لفتت الأنظار فى قانون التجارة الجديد هو إستحداث مفهو م جديد لفكرة النظام العام وبخاصة عندما فصل بين تلك الفكرة والقواعد القانونية الآمرة ، فلم تعد جميع القواعده الآمرةً متعلقة بالنظام العام ،وقد ظهر ذلك جلياً فى ترتيب المادة

الثانية من القانون لمصادر الإلتزامات التجارية حيث جعلت إتفاق المتعاقدين فى المرتبة الأولى وتليها قواعد قانون التجارة ، آمرة ومكملة ،وفى الفقرة الثانية من هذه المادة أفردت حُكماً خاصاً للإتفاقات المتعلقة بمخالفة النظام العام ،وقضت بعدم جواز تطبيقها، فمن الواضح أن تلك المادة قد فصلت بين القواعدالآمرة وفكرة النظام العام .

ونظراً لحداثة هذا القانون وندرة الكتابات التى تناولته بالشرح والتحليل ،فإن تطبيق نصوصه فى الواقع العملى قد أظهرت العديد من الصعوبات والمشاكل القانونية ومن أهم هذه المشاكل ما يتعلق بموضوع البحث وهى مسألة مدى جواز الإتفاق على التحكيم فى المنازعات الناشئة عن الشيك والتى ترتبط بمسألة جوهرية فى مجال ونطاق التحكيم وكذا محاولة إيجاد حل عملى لظاهرة تفاقم جرائم إصدار شيكات بدون رصيد ومحاولة إيجاد حلول عملية لها، وما ترتب على ذلك من تضارب الأحكام القضائية بنظيرتها التحكيمية .

هذا الأمر يتمثل فى ماهية المسائل التى تدخل فى نطاق التحكيم والمسائل التى تخرج عنه ولا ريب فى أن هذه المسائل منها ما يتعلق بفكرة الحماية الجنائية للشيك كورقة وفاء ولزومها لحماية كورقة تجارية مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع وأثر ذلك على أطراف العلاقات التجارية ومن ثم فكان من الأهمية بمكان أن نجد حلاً عملياً وقانونياً لظاهرة تكدس قضايا الشيكات بدون رصيد أو سحب بساط نظر تلك المنازعات من المحاكم وإسنادها للتحكيم وتلك أهمية الرسالة .

منهج الرسالة :-

إنطلاقاً من طبيعة الدراسة وأهدافها فسوف أستخدم المنهج الإستقرائى بطريقته العلمية الإستنتاجية ، والتى تجمع بين مرحلة إستقراء الجزئيات ومراقبتها إلى إستخراج المقترحات وإستنباط الحلول التى يتوصل بها إلى نتائج منطقية وحلول مقبولة .وهذا ما سأتناوله بالتحليل والدراسة من خلال الخطة التالية بإذن الله تعالى .

خطة الرسالة :-

سوف أتناول الرسالة من خلال فصل تمهيدى بعنوان التحكيم والإشكالات العملية فى الشيك وبابين الباب الأول سوف أتناول فيه قابلية التحكيم فى منازعات الشيك فى ثلاثة فصول الأول بعنوان الحماية التحكيمية للشيك والثانى يتناول مدى جواز الإتفاق على التحكيم فى منازعات الشيك وأختتم الباب الأول بفصل ثالث أتناول فيه خصوصية وصور إتفاق التحكيم وإجراءاته فى منازعات الشيك .

وفى الباب الثانى تناولت الآثار المترتبة على إتفاق التحكيم فى المنازعات الناشئة عن الشيك من حيث الموضوع فى فصل أول ثم تناولت أثر الإتفاق على التحكيم فى منازعات الشيك من حيث الأشخاص فى فصل ثانى وأختتمت الباب الثانى بفصل ثالث تناولت فيه إصدار حكم التحكيم وحجيته فى منازعات الشيك ،وخلصت إلى توصية وحيدة أطرحها للمناقشة أمام المجلس التشريعى وأسال الله أن تنال القبول تفريجاً لهم كل من طاله العقاب الجنائى بخصوص شيك .

الفصل التمهيدى

التحكيم والإشكالات العملية فى الشيك

تمهيد وتقسيم :-

من الجدير بالذكر أن التحكيم يعد الوسيلة الأكثر إنتشاراً فى مجال فض المنازعات التجارية بصورة عامة[1] وفى منازعات الأوراق التجارية بصورة خاصة لهذا فإنه جدير بنا فى هذا الفصل التمهيدى أن نلقى الضوء على ماهية التحكيم وتمييزه عن الأنظمة القانونية الأخرى التى قد تشتبه به رغم إختلاف كلا منهما عن الآخر فى الموضوع والشكل من خلال (**المبحث الأول)** ثم نحاول أن نتعرض لبعض الإشكالات التى ظهرت على بساط البحث فى الشيكات مماجعل من الأخيرة إشكالات عملية طفت على سطح الساحة القضائية مؤخراً من خلال **(المبحث الثانى)** وذلك على **النحو التالى :-**

(١) د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية(قانون التحكيم التجارى المصرى رقم ٢٧لسنة١٩٩٤ فى ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية ،مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية ،الجزء الأول،الطبعة الأولى ،١٩٩٨، ص١٩

المبحث الأول

ماهية التحكيم وتمييزه عن وسائل فض المنازعات

تمهيد وتقسيم :-

للتحكيم طبيعة قانونية لا يمكن إستيضاحها إلا من خلال تناول ماهيته وهذا ما سنتناوله فى **المطلب الأول** ثم نحاول التمييز بينه وبين وسائل فض المنازعات الأخرى من خلال **المطلب الثانى.**

المطلب الأول

ماهية التحكيم وطبيعته القانونية

أولاً: تعريف التحكيم

ذهب بعض الفقه[١] أن التحكيم في الإصطلاح القانوني،هو إتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أوغير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم إختيارهم كمحكمين ، ويعرفه فقه آخر[٢] بأنه "إتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به"

وذهب رأى كذلك [٣] بأنه"نظام لحل المنازعات المالية بين الأطراف،ولفظ الأطراف يمكن أن ينصرف إلى الأشخاص الطبيعيين أوإلى الأشخاص الإعتبارين سواء كانوا دولاً أم شركات".

وهناك إتجاه آخر [٤] يرى أن التحكيم من السلطة العامة مثله مثل الحكم الذي يوصل بالمسار القضائي، ولا يغير من مهمة هذه الحقيقة إختلاف المسار التحكيمي عن المسار القضائي في مدى الإلتزام بأحكام القانون، فالجوهر في هذا الشأن هو أن حكم المحكم يحسم النزاع وأن التحكيم يؤدى من ثم الوظيفة ذاتها التي يؤديها القضاء.

---

(١) د/ أبو زيد رضوان،الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي،الطبعة الأولى ١٩٨١ ،ص ١٩وما بعدها.

(٢) د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي،دراسة في قانون التجارة الدولية،دار النهضة العربية،سنة ١٩٩٧، ص١٣.

(٣) د/ أحمد مخلوف ،إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية تأصيلية)،الطبعة الثانية ٢٠٠٥،ص٢٠.

(٤) د/ مصطفى محمد الجمال،د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص٢٣.

وأدلى المشرع المصرى بدلوه فى تعريف التحكيم بتناوله فى المادة ٤ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بأن(ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى إتفاق طرفين،أو منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم يكن كذلك)[١] ، وتنصرف عبارة هيئة التحكيم إلى الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم ، أما لفظ المحكمة فينصرف إلى المحكمة التابعة للنظام القضائي في الدولة وتنصرف عبارة طرفي التحكيم في هذا القانون إلى أطراف التحكيم ولو تعددوا فالتحكيم أساسه إرادة الأطراف، منها يستقي المحكمون سلطاتهم وإختصاصهم بالفصل في النزاع،وبسببها تنزع إختصاصات محاكم الدولة بنظر النزاع ليعهد بها إلى محكمين إختارهم الأطراف، وبالإضافة إلى ما سبق فالقانون هو دائما مصدر التحكيم، ولكن إرادة المشرع تظل ساكنة إلى أن تحركها إرادة الأطراف فهو نظام تتدخل إرادة الأطراف لكي تضعه في حالة حركة[٢].

وعرفت **المحكمة الدستورية العليا** التحكيم بكونه"عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين بإختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحدّدانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نهائياً عن شبهة الممالاة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهه نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"[٣].

ولا يفوتنا فى هذا المقام ذكر تعريف **محكمة النقض** المصرية للتحكيم بأنه (طريق إستثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج على طريق التقاضى العادي فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، يستوى فى ذلك أن يكون الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة خاصة أو إنصرف إلى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم أو إلى إتفاق

---

(١) د/ محسن شفيق ،مرجع سابق ، ص١٤.

(٢) د/ داليا عبد المعطي حسين علي،التحكيم الدولى ،رسالة دكتوراة ،جامعة القاهرة ٢٠٠٢ ،ص٤٠

(٣) (الطعن رقم ١٣ ،لسنة ١٥ قضائية ، جلسة١٧ ديسمبر ١٩٩٤دستورية) مشار إليه فى المجلة القضائية لعام ١٩٩٥، نقابة المحامين ،مصر.

لاحق له ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل دون الجمع بينهما إتفاق، أو يفض مع الفصل بينهما خلاف)[١].

من خلال تناولنا لتعريف التحكيم فقهاً وقانوناً يظهر لنا التساؤل التالي: **هل يختلف مفهوم التحكيم في الشيك عن مفهوم التحكيم بالشكل العام؟**

من الجدير بالذكر أنه لا اختلاف في مفهوم التحكيم إلا في شق واحد ألا وهو أطراف العملية التحكيمية، ومحل النزاع، وذلك لأننا عندما نتحدث عن التحكيم في الشيك فإن ما يتبادر لأذهاننا وللوهلة الأولى مباشرة هو أن أحد أطرف العلاقة مصرف أو بنك، وأن النزاع يدور حول عملية مصرفية، ولهذا فإنه تم تعريف التحكيم في الشيك[٢]بأنه"نظام قانوني يجيز لأطراف العملية المصرفية اللجوء إليه عند حدوث نزازع سواء في مستقبل العلاقة أو حاضرها، وفقا لنص يتضمنه العقد أو مستقلاً عنه ".

يرى الباحث أن هذا التعريف للتحكيم في الشيك معيب، حيث إنه لم يبين أطراف التحكيم في الشيك، ولا محله،ولا الجهة المحتكم إليها،ونحن نعرفه بأنه: "نظام إجرائى قانونى ذو طبيعة إتفاقية يجيز لأطراف الشيك اللجوء إلى هيئة يختارونها للفصل في نزاع قائم بينهم أو مستقبلي بمناسبة شيك فهو إجرائى لإنتماء التحكيم لعالم القانون الاجرائي وقانونى لأن القانون ينظم حدوده العامة وذو طبيعة إتفاقية لأنه ينشأ بإتفاق الأطراف ".

ثانياً:- الطبيعة القانونية للتحكيم فى الشيك:

إختلف **الفقه**[٣]حول الطبيعة القانونية للتحكيم بصورة عامة ، فمنهم من عدّه ذا طبيعة إتفاقية، ومنهم من رأى طبيعتةالقضائية ومنهم من رأى له طبيعة مختلطة وسوف نتناول تلك الإتجاهات محاولين إلقاء الضوء على خصوصية الطبيعة القانونية للتحكيم فى الشيك وذلك على التفصيل **التالى:**

---

(١)الفقرة رقم ٢ من(الطعن رقم ٥٢ سنة ٦٠قضائية ، جلسة ٢٧ / ٢ / ١٩٩٤)، ،أ/عبد المنعم حسنى ،الموسوعة الذهبية للتشريع والقضاء،طبعة ٢٠٠٣ ،ص ٣٠٥ .

مشار إليه فى الموقع الإلكترونى

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx.

(٢) د/ محمد صالح علي العوادي: التحكيم في المعاملات المصرفية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠ م،ص١٦.

(٣) د/ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي(فى منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصرى ،دار الشروق،بدون سنة طبع ، ص٣٥،٣٤.

(١):الإتجاه القائل بالطبيعة الإتفاقية للتحكيم [١] .

يرى أنصار هذا الإتجاه أن التحكيم التجارى ذو طبيعة إتفاقية، فما يعول عليه في التحكيم هو إتفاق أطراف النزاع، سواءً كان هذا الإتفاق بصورة شرط تحكيم أم مشارطة تحكيم،فأطراف النزاع بإتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمناً على ترك باب القضاء العام ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم، ولا يمكن أن تكون هذه السلطة سلطة قضائية لأنها تستند إلى إرادة الأطراف وهؤلاء لا يتمتعون بسلطة عامة، فمن الطبيعي إذن أن لا تكون سلطة المحكمين سلطة عامة، ومن هنا يرى هذا الإتجاه أن مصدر القوة التنفيذية لقرارات التحكيم هو إتفاق أطراف النزاع، فهو الذي يكسب القرارات التحكيمية قوة الشيء المقضي به وعدم قابلية الطعن فيها على أساس توافقها مع إرادة الأطراف، كما يستند هذا الإتجاه في تدعيم رأيه إلى حجة مفادها أن هدف التحكيم يختلف عن هدف القضاء، فالتحكيم يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف النزاع، أما القضاء فإنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع .

النقد الموجه للإتجاه الأول :- إن ما يعيب الإتجاه السالف أنه بالغ في منح إرادة الأطراف الدور الأساسى في التحكيم، إذ أن الأطراف في حقيقة الأمر يطلبون من المحكمين تطبيق القانون وليس إرادتهم على النزاع المعروض، كما يؤخذ عليه أنه عَد إتفاق الأطراف تنازلاً ضمنياً عن الدعوى، وهو أمر غير سليم على إطلاقه، إذ أن تنازل شخص عن حق من حقوقه يمنعه من المطالبة به مرة أخرى، وهذا خلاف ما هو موجود في التحكيم، وعلى الأخص التحكيم الإختيارى، إذ يحق للأطراف إلغاء إتفاق التحكيم ورفع الدعوى للمحاكم المختصة أصلاً بالنزاع[٢].

ويرى الباحث أنه يعاب على هذا الإتجاه فضلاُ عما تقدم ، أنه يستند إلى إختلاف هدف التحكيم عن القضاء، كما بينّا آنفاً، إلا أن هذا الإختلاف لا يعدو أن يكون إختلافاً نظرياً، إذ مع أن هدف التحكيم هو تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف النزاع، فهو يهدف بصورة غير مباشرة إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع عن طريق فض المنازعات الناشئة بين أفراده.

(٢): الإتجاه القائل بالطبيعة القضائية للتحكيم[٣].

أ-**مبررات هذا الإتجاه:**- يرى أنصار هذا الإتجاه أن ما يُعوّل عليه في التعرف على الطبيعة القانونية له هو تغليب المهمة التي يقوم بها المحكم وأغراض التحكيم بغض النظر عن إتفاق

---

(١) د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، ص٢٤،٢٣ .

(٢) د/ خالد محمد القاضي، مرجع سابق ، ص٤٦،٤٤.

(٣) د/ محمود السيد عمر التحيوى، التحكيم الحر والتحكيم المقيد،منشأة المعارف بالأسكندرية ،سنة٢٠٠٢،ص٣٦.

الأطراف أصحاب العلاقة التعاقدية، إذ أن التحكيم وأن بدأ بعمل إرادي فإن ذلك لا يعدو إلا أن يكون إجراء إبتدائي لتحريك طبيعته القضائية، حيث يقوم المحكم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي ويكتسب قراره حجية الأمر المقضي به وهي حجية من المسلم أنه لا تكتسبها إلا القرارات القضائية.

ب-النقد الموجه للإتجاه الثانى:- على الرغم مما تقدم فقد إختلف أنصار هذا الإتجاه فيما بينهم حول أساس الوظيفة القضائية للمحكم، فذهب بعضهم إلى أن أساسها هو (تفويض من سيادة الدولة) إذ يستمد المحكمون سلطتهم في مباشرة وظيفة القضاء من النظام القانوني للدولة، فهو الذي يمنحهم هذه السلطة بصفة مؤقتة، وبهذا فالتحكيم يُعد إستثناء من سلطة الدولة، كما يؤخذ على الإتجاه السالف هو مغالاته في التعويل على الصفة القضائية للتحكيم[١].

٣- الإتجاه القائل بالطبيعة المختلطة للتحكيم[٢].

بالنظر إلى الموقف المتشدد لأصحاب الإتجاهين السابقين من مسألة الطبيعة القانونية للتحكيم، فقد ظهر إتجاه ثالث حاول التوفيق بين الإتجاهين السابقين،وهذا الإتجاه يضفى على التحكيم الطبيعة المختلطة (المزدوجة) إذ يضفي عليه الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية في الوقت ذاته بإعتباره قضاء خاص فلا هو إتفاق خالص ولا هو قضاء خالص ، بل هو وجهى عملة ففى بدايته إتفاقى وفى وسطه إجرائى وفى نهايته قضائى [٣]،ويرى أنصار هذا الإتجاه أن ما يعوّل عليه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم هو الأخذ بفكرتي العقد والقضاء، إذ يعد هذا النظام نوعاً من الحلول التي تؤدي إلى التوازن بين مبدأ إحترام سلطان الإرادة والإلتزام بأحكام القانون، وعلى هذا الأساس فالتحكيم في رأي أنصار هذا الإتجاه هو نوع من القضاء الخاص ذو أساس إتفاقي[٤] وبحسب رأي هذا الإتجاه، يوجد جانبين للتحكيم[٥]

(١): أولهما الجانب التعاقدي: ويتمثل برغبة الأطراف بشكل مشترك بإحالة النزاع إلى المحكمين عن طريق إتفاق صريح بهذا الخصوص.

---

(١) د/فتحى والى ،قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ،الطبعة الأولى ،بدون سنة نشر ،منشاة المعارف بالأسكندرية ،ص٤٥ ومابعدها.

(٢) د/ محمود مختار بريرى ، التحكيم التجارى الدولى، طبعة منقحة ومزيدة، دار النهضة العربية الطبعة الرابعة، ٢٠١٠،ص٣٩وما بعدها.

(٣) د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، ص٢٨،٢٧

(٤)المرجع السابق، ص٣٩،٣٧.

(٥) د/ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص٧٠.