الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي أمام (القضاء – التحكيم)

في جمهورية مصر العربية – الإمارات العربية المتحدة
وبعض قوانين التحكيم العربية والغربية

دكتور عبد الجليل السعيد عبد الجليل

قسم القانون الدولي الخاص

الحقوق جامعة عين شمس

١٤٤٣ هـ – ٢٠٢٢ م

تمهيد وتقسيم

لما كان التحكيم قد أمسى سبيلاً موازيًا – إن شئت قل بديلاً ولا تقل استثنائيًا – للقضاء الرسمي للدولة في فض الخصومات لاسيما ما تعلق منها بعقود التجارة الدولية وعقود الاستثمار. وذلك دون الخوض في غمار أسباب انتشار التحكيم انتشار النار في الهشيم، فإن ما يعنينا في هذا المقام أن التحكيم في أصله هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في النزاع بقرار يكون نائيًا عن شبهة الممالاة، مجردًا من التحامل وقاطعًا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه. بعد أن يُدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة. حيث أن التحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه وفقًا لأحكامه نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما. وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، ويلتزم المحكمون بإرادة الأطراف في كل ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق والإجراءات سوى ما يتعارض منها مع النظام العام – على تفصيلاً ليس هذا مقامه – كما يلتزم المحتكمون بالنزول على القرار الصادر في التحكيم وتنفيذه كاملاً وفقًا لفحواه ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد منه المحكمون سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة[1] .

ولما كان ما تقدم وحيث منحت كل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في مجال التحكيم التجاري الدولي الأشخاص الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية فإذا انعدم الاختيار

---

(١) راجع تفصيلاً في ذات المعنى الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ ق. دستورية جلسة ٩٩/٧/٣.

الصريح أو الضمني تعين على هيئة التحكيم تحديد هذا القانون، فإذا كان الأمر كذلك وأثناء سير الدعوى التحيكمية دفع أحد أطرافها بعدم دستورية القانون الذي تفصل هيئة التحكيم وفقًا لأحكامه، أو تراءى لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن هذا القانون قد قامت شبهات جدية بعدم دستوريته. فما هو الحكم؟ وهل تُعد دستورية القانون الواجب التطبيق على حكم التحكيم الأجنبي شرطًا لإصدار الأمر بتنفيذه في الدولة المطلوب التنفيذ على إقليمها؟

لا ريب أن الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها – كما سيأتي والتي تمثل موضوع البحث – تستلزم استطلاع موقف بعض هيئات التحكيم التي دُفع أمامها بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية؟ حيث صدرت بعض الأحكام التي تسترعي الانتباه في هذا الصدد لاسيما في جمهورية مصر العربية ودولة الإمارات العربية المتحدة.

بيد أنه قبيل ذلك وتتمة للدراسة يتحتم علينا عرض بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر وبعض النصوص القانونية الوطنية منها والأجنبية والتي تعتبر بمثابة معطيات أو مقدمات لنتائج سوف نرتبها لاحقًا حيث أنه يتعين علينا إيراد هذه المعطيات قبيل سبر أغوار موضوع البحث.

فإذا كانت القاعدة أن الحكم بعدم دستورية نص قانوني يترتب عليه عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم.

حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية في العديد من أحكامها إلى أن "**الحكم بعدم دستورية نص يترتب عليه انعدام هذا النص وزوال الآثار القانونية لهذا النص لتؤول عدمًا فلا تولد حقًا ولا يقوم بها**

مركز قانوني لا للمدعي ولا لغيره"[1]. ومن ثم فالحكم بعدم دستورية نص قانوني معين يقف حائلاً دون تطبيقه باعتباره القانون الواجب التطبيق.

ومن القواعد الأصولية التي أرستها المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد أن الحكم الصادر بعدم الدستورية يقتصر أثره على إبطال آثر النص الذي قُضي بعدم دستوريته من دون بقية النصوص الأخرى للقانون أو اللائحة الذي اشتمل على النص غير الدستوري والتي تبقى باقي مواده صحيحة ونافذة قانوناً طالما لم يحكم بعدم دستوريتها[2].

بيد أنه يرد على هذه القاعدة استثناءان:

الاستثناء الأول:

إذا كانت نصوص القانون واللائحة ترتبط ببعضها ارتباطًا لا يقبل التجزئة فإن عدم دستورية أحد هذه النصوص تستتبع بالضرورة وبحكم الارتباط إبطال أثر باقي النصوص هذا القانون أو اللائحة ولو لم ترد ضمن صحيفة دعوى عدم الدستورية بما يتعين معه الحكم بعدم دستورية القانون برمته، وتطبيقًا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا [3] بأنه "**وحيث أن العوار الدستوري الذي يصمُ الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الطعين يهدم بنيان الضريبة من أساسه، ذلك أن تصحيح نطاقها ليشمل كل من يتوافر فيه مناط استحقاقها منعكس تأثيره حتمًا على سائر نصوصه، وعلى الأخص تلك المتضمنة تعيين وعائها وتحديد سعرها، وشرائحها، وحدود وأصول الإعفاء منها، وبيان طرائق وإجراءات تحصيلها. وحيث أن القضاء بعدم دستورية الفقرة الأولى المشار إليها، يؤدي – بحكم اللزوم العقلي – إلى سقوط نصوص القانون رقم ٢٠٨**

---

(١) القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ وفي ذات المعنى القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ق دستورية جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥.

(١) أنظر د/ صبري السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، صـــ ٦٨. وأنظر كذلك محمد صلاح عبد البديع قضاء الدستورية في مصر، ص ٣٧٤، ٣٧٥.

(٢) راجع القضية رقم ٣ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ٢ يناير ١٩٩٣.

لسنة ١٩٩٤ برمتها ودون حاجة إلى بيان المثالب الدستورية الأخرى التي اعتورتها وذلك لارتباط هذه النصوص بالفقرة الأولى ارتباطًا لا يقبل التجزئة بحيث تكون معها كلاً واحدًا، لا يتجزأ بحال يتصور معه أن تقوم لهذه النصوص قائمة بغير تلك الفقرة أو إمكان إعمال أحكامها في غيبتها".

وترتيبًا على ما تقدم فإذا كان النص القانوني والذي قُضي بعدم دستوريته يرتبط ارتباطًا لا يقبل التجزئة بباقي نصوص القانون الواجب التطبيق الأخرى. فإنه يترتب على القضاء بعدم دستورية هذا النص سقوط النصوص الأخرى المرتبطة به.

الاستثناء الثاني:

"**إذا ثبت بعد الحكم بعدم دستورية نص أو عدة نصوص في القانون الواجب التطبيق، عدم كفاية النصوص المتبقية من القانون الذي حكم بعدم دستوريته بعض نصوصه، للوفاء بمقاصد التشريع وغاياته، فإنه يترتب على ذلك بطلان التشريع برمته قانونًا كان أم لائحة**". وبهذا قضت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها [١] حيث قالت "**النصوص التي ينتظمها العمل التشريعي لا تعتبر من زاوية العيوب الموضوعية مهدرة بتمامها إلا في إحدى حالتين**".

أولهما: إذا كان فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها متعذرًا ولكن ملحوظًا عند إقرار المشرع للنصوص جميعها ما بينها من صلة حتمية تجعل ترابطها معًا واتصال أجزائها ببعض حقيقة قانونية لا مراء فيها.

ثانيتهما: إذا كان متعذر بعد إبطال المحكمة للنصوص المخالفة للدستور أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع وغايته.

وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن "**الحكم بعدم دستورية نص في قانون ولائحة – أثره – عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي**

---

(١) أنظر القضية رقم ٣ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ٢ يناير ١٩٩٣.

لنشر الحكم ... مؤداه عدم تطبيق النص على الدعاوى المطروحة على المحاكم ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية".

وهذا ما استقرت عليه أحكام المحكمة الدستورية العليا وكذلك نظيرتها محكمة النقض المصرية.

وفي ذات الشأن تنص المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن[١] "**تتولى المحكمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح على الوجه الآتي:**

(ا) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة.

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

(م/٣٠) يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعي بمخالفته ووجه المخالفة.

م ٤٩/ أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة.

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر[١].

---

(١) القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا.

على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي عليه من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص.

ويتضح من ذلك أن المحكمة الدستورية العليا أرادت المشرع المصري لم يمنح الأفراد الحق في تحريك الرقابة الدستورية بطريق الدعوى الأصلية مباشرةً أمام القضاء الدستوري - **بعدم دستورية تشريع أو لائحة** - وذلك بالنقل تلمس أي منازعة موضوعية تتصل بالمسألة الدستورية المثارة في الدعوى.

ومن ثم فقد حصر المشرع المصري الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في عدة طرق **أولها** يتمثل في الإحالة من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي إذا تراءى لها أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في نزاع معروض عليها.

وثاني هذه الطرق، دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فإذا قدرت المحكمة أو الهيئة جدية الدفع فيتعين عليها أن تحدد لمن آثار الدفع ميعادًا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعواه بعدم دستورية النص المطعون عليه أمام المحكمة الدستورية العليا.

وثالث هذه الطرق والذي نصت عليه المادة ٢٧/ من قانون المحكمة الدستورية العليا هو تصدي ويعني أن **تقضي المحكمة بعدم دستورية نص في**

---

(٢) تم تعديلها بمقتضى القرار بقانون رقم ١٦٨ لسن ١٩٩٨ – الجريدة الرسمية العدد ٢٨ (مكرر) في ١٩٩٨/٧/١١ – مع ملاحظة أن الفقرة الثانية من هذه المادة صححت بالاستدراك المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٨ مكرر (ب) في ١٩٩٨/٧/١٢.

قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية.

وقد ترجمت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذه المعاني المتقدمة في العديد من أحكامها[1] حيث ذهبت إلى أنه **(باستقراء المادتين (٢٧، ٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا يدل على أنهما نبذتا الطعن في النصوص القانونية بالطريق المباشرة ....)**.

وبناء على ما تقدم قد يتراءى البعض أن قانون المحكمة الدستورية العليا لم يخول هيئة التحكيم الحق في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، ومنحها الخصوم مهلة على غرار ما منح القضاء لرفع دعوى عدم الدستورية. ولم يمنحها كذلك الحق في الإحالة من تلقاء نفسها متى مسّها الريب حول عدم دستورية القانون الواجب التطبيق.

فإذا كان نص المادة (٢٩) السابقة الإشارة إليه عندما نص على أنه "**إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي (بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة)....**".

فهل يتسع هذا النص ليشمل هيئة التحكيم؟ بصيغة أخرى هل يشمل لفظ إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي هيئة التحكيم أم لا؟

وإذا كان الأمر كذلك فما هو الحكم إذًا ما دفع أحد الخصوم بعدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق على دعوى منظورة أمام القضاء المصري أو هيئة التحكيم؟

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٥/٤ في الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٧ ق دستورية عليا.

وإذا كان الأمر كذلك في جمهورية مصر العربية، فهذا هو شأن كافة مشرعي الدول العربية، حيث أجازت كافة التشريعات العربية الطعن بعدم دستورية أي نص يرد في قانون أو لائحة متى كان هذا النص قد قامت شبهات جدية بعدم دستوريته.

بيد أن بعض الدول العربية وعلى نقيض المشرع المصري توسعت في تحريك الرقابة على دستورية القوانين واللوائح بطريق الدعوى الأصلية وذلك بإفساح المجال **أمام الأشخاص طبيعيين كانوا أو اعتباريين** للطعن في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة قد قامت شبهات جدية حول مخالفته للدستور(١).

هذا بالإضافة إلى الدفع الفرعي من أحد الخصوم أو إحالة المحكمة المنظور أمامها الدعوى إذا تبين لها عدم دستورية تشريع متعلق بمنازعة معروضة عليها، وفي مقدمة الدول التي أخذت بالدعوى الأصلية كسبيل للطعن بعدم الدستورية – دولة الكويت الشقيقة.

حيث أنه بموجب القانون رقم (٢٠١٤/١٠٩) أدخل المشرع الكويتي تعديلاً جوهريًا على قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (١٤ لسنة ١٩٧٣) أضاف بموجبه حكمًا جديدًا. حيث نص على أنه "**يجوز لكل شخصي طبيعي أو اعتباري الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه**...".

وبناء عليه حدد المشرع الكويتي سبل اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى وفقًا للمادة (٤ مكرر) من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ على سبيل الحصر وهي:

---

(١) راجع القانون رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١٤ بتعديل بعض أحكام القانون (١٤) لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا بالكويت.

١ – بناء على طلب من مجلس الأمة أو مجلس الوزراء.

٢ – الإحالة من إحدى المحاكم الوطنية سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع من أحد الخصوم إذا قدرت أن الفصل في الدعوى المنظورة أمامها يتوقف على الفصل في دستورية القانون أو المرسوم بقانون أو اللائحة التي سوف تطبق على المنازعة المعروضة عليها.

٣ – عن طريق الدعوى الأصلية وذلك بمقتضى التعديل السابق الإشارة إليه عام (٢٠١٤). ومن ثم لم تعط الحق لهيئات التحكيم بإحالة الدعوى التي تحوم شبهة عدم الدستورية، حول القانون الواجب التطبيق عليها إلى المحكمة الدستورية ولم تحدد كذلك ما هو الحكم لو كان القانون المطعون بعدم دستوريته قانوناً أجنبيًا لاسيما في المنازعات ذات العنصر الأجنبي.

أما بالنسبة للمشرع الليبي، فقد كانت ليبيا من أول الدول العربية التي أخذت بطريق الدعوى الأصلية في تحريك الرقابة على دستورية القوانين. وهذا ما نص عليه قانون إنشاء المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ ١٩٥٣/١١/١٠ حيث نص على أنه "يجوز لكل ذي مصلحة مباشرة الطعن أمام المحكمة العليا في أي تشريع أو أجراء أو عمل يكون مخالفًا للدستور. وأكد المشرع الليبي على ذلك في قانون إعادة تنظيم المحكمة العليا رقم ١٩٨٢/٦ المعدل بالقانون رقم ١٩٩٤/١٧ حيث تقرر بمقتضى هذا الأخير اختصاصها دون غيرها بالفصل:

أولاً: في الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفًا للدستور.

ثانيًا: أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو تفسيره تُثار في قضية منظورة أمام محكمة.

وبناء على ما تقدم لم يمنح المشرع الليبي هيئات التحكيم حق إحالة القوانين أو اللوائح التي تشوبها شبهة عدم الدستورية والتي تكون واجبة التطبيق على دعوى منظورة أمامها إلى المحكمة العليا.

ولم يُبين كذلك ما هو الوضع لو كان القانون المطعون بعدم دستوريته قانونًا أجنبيًا لاسيما إذا كانت المنازعة دولية.

وإذا ما ألقينا نظرة على موقف المشرع الإماراتي نجد أنه حصر طرق اتصال المحكمة الاتحادية العليا بدعوى عدم الدستورية **في طريقين أولهما**: الإحالة بناء على قرار من المحكمة من تلقاء نفسها إذا ما تراءى لها شبهة عدم دستورية نص في قانون أو لائحة.

وثانيهما إذا ما أُثير دفع من أحد الخصوم في دعوى الموضوعية المنظورة أمام إحدى المحاكم وقبل محكمة الموضوع فيها أن تحدد الطاعن أجلاً لرفع الطعن أمام المحكمة العليا[1] حيث نصت المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا على أن (**تُحال إلى المحكمة العليا طلبات بحث الدستورية التي تُثار أمام المحاكم في صدد دعوى منظورة أمامها بقرار مسبب من المحكمة ----**) ومن ثم فهذه المادة لم تتحدث سوى عن المحكمة أو المحاكم. فهل هذا القصور من المشرع يجعله قاصرًا ليشمل محاكم التحكيم أيضًا أم أنه قصر على المحاكم الرسمية في الدولة فقط؟ حيث لم يتحدث هذا القانون عن هيئات التحكيم مطلقًا وهل لها من سبيل لتحريك دعوى عدم دستورية؟ **سوف نجيب عن ذلك لاحقًا**

وفي ذات الدرب سار المشرع الفرنسي حيث نص دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨ والذي عدل بدستور ٢٠٠٨ والذي يعتبر بحق بداية الطريق نحو تكريس الرقابة القضائية عن طريق الدفع حسب ما نصت عليه المادة (١/٦١) من أنه (**إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة**

---

(١) أنظر المادة (٥٨) من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ بشأن إنشاء المحكمة الاتحادي العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة.

قضائية أن نصًا تشريعيًا يمثل اعتداء الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور. جاز إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض بهذه المسألة والتي يتعين أن يفصل فيها في أجل محدد) وهذا ما يُسمى بالرقابة اللاحقة وكذلك تُوجب المادة **م ٦١** من الدستور الفرنسي عرض القوانين قبل إصدارها على المحكمة الدستورية الذي تفصل في مدى مطابقتها للدستور.

كما يمكن لرئيس الجمهورية أو لوزير العدل، أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو ستين نائبًا أو ستين عضوًا في مجلس الشيوخ إخطار المجلس الدستوري للغايات نفسها بالقوانين قبل إصدارها.

ومن ثم فالرقابة على دستورية القوانين في فرنسا سابقة على إصدار القوانين وحكرًا على جهات معينة لها حق إخطار المجلس الدستوري وليس من بينها هيئات التحكيم. ومن ثم لا يجوز الدفع بعدم دستورية قانون إلا إذا ترتب عليه خرق للحقوق والحريات فقط وتكون الإحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض.

وبالتطرق إلى موقف **المشرع الجزائري** نجد أن م/١٨٦ من الدستور الجزائري: "**تنص على أنه بالإضافة إلى الاختصاصات الأخرى التي خولته إياها صراحة أحكام أخرى في الدستور، يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات**".

وقد حصر الدستور من له الحق في إخطار المجلس الدستوري بعدم دستورية القوانين في عدة أشخاص حيث نص:

م/١٨٧ "**يُخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الوطني أو الوزير الأول، كما يمكن إخطاره من ٥٠ (خمسون) نائبًا أو ٣٠ (ثلاثين) عضوًا في مجلس الأمة**".

م/١٨٨ "**كما يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناءً على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في**

المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

بناء على ما تقدم لم يمنح المشرع الجزائري هيئات التحكيم سلطة إحالة الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية إلى المجلس الدستوري ولم يخول الأفراد – حتى – هذه المُكنة، **إلا إذا كان النص المطعون بعدم دستوريته يمثل انتهاكًا للحقوق والحريات.**

أما بالنسبة لموقف المشرع الأمريكي وباستقراء دستور الولايات المتحدة الأمريكية يتبين أنه **يجيز الطعن على دستورية القوانين واللوائح عن طريق الدفع أمام إحدى المحاكم،** وبمناسبة دعوى مطروحة عليها، بيد أن النظام الأمريكي **لا يجعل من الدفع هو الإجراء الوحيد الذي يستطيع صاحب مصلحة أن يُثير مسألة عدم دستورية القوانين أمام القضاء عن طريقه.** إنما **أوجد سبيلين آخرين لتحريك الرقابة على دستورية القوانين** وهما أوامر المنع والأحكام التقريرية.

أما بالنسبة للدفع بعدم الدستورية – فلا تختص المحكمة العليا وحدها بنظر هذا الدفع بل يمكن لأي محكمة سواء كانت من المحاكم الاتحادية أو من محاكم الولايات أن يدفع أمامها صاحب المصلحة بانعدام دستورية نص قانوني أو لائحي معين، وعندئذ تبحث المحكمة مسألة عدم دستورية فإذا تبين لها أنه غير دستوري فإنها تمتنع تطبيقه على الدعوى المطروحة أمامها[1].

---

(١) د. عبد العزيز محمد سالمان، الرقابة على دستورية القوانين – ١٩٩٥ – الطبعة الأولى، القاهرة، صـ ١٧٨.

وقد حرص القضاء الأمريكي منذ نشأته على تأكيد اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين وأن هذه الرقابة هي اختصاص طبيعي له وجزء من وظيفته الأصلية[1].

وفيما يتعلق بأوامر المنع فيفترض فيها أن فردًا ما يدعي عدم دستورية نص أو قانون معين وأن تطبيق هذا النص سيترتب عليه إلحاق الضرر به، فيتقدم هذا الشخص إلى المحكمة لتصدر أمرًا إلى الأشخاص المعنيين بتطبيق هذا النص لمنعهم من تطبيقه. فإذا أصدرت المحكمة ذلك الأمر وجب على الموظف المختص تنفيذه وإلا تعرض لعقوبة جنائية، وهذا يشبه الدعوى الأصلية بعدم الدستورية.

وأوامر المنع هذه تستند إلى نص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي الذي يقرر أن **(السلطة القضائية تمتد إلى جميع المنازعات التي تقوم في ظل القانون أو مبادئ العدالة)**. وأوامر المنع تعد بمثابة ضمانة هامة لحماية كافة أنواع الحقوق في مجال القانون الخاص. إلا أنها يتعين أن توجه إلى القضاء الرسمي للدولة.

وبجانب الدفع بعدم الدستورية، وأوامر المنع كطرق للرقابة على دستورية القوانين، استحدث المشرع الأمريكي طريقًا ثالثًا هو دعوى تقرير الحقوق أو ما يُطلق عليه الأحكام التقريرية.

وتُعد هذه الدعوى أسلوبًا من أساليب القانون الخاص يلجأ الطرفان بمقتضاه إلى المحكمة يطلبان حكمًا بتقرير حقوقهما المختلف عليها وبالتالي تقرير المركز القانوني لكل منهما[2].

---

(٢) أنظر نافد ياسين المدهون، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين) رسالة ماجستير، أكاديمية الإدارة والسياسية العليا جامعة الأقصى، ٢٠١٤.

(١) أنظر د/ أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، دار النهضة العربية، ١٩٦٠ صـ ٢٤٨ وما بعدها.

ومن ثم لم يعط المشرع الأمريكي الحق لهيئات التحكيم في بحث مسألة دستورية القوانين.

كذلك فإن المشرع الفلسطيني في قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة ٢٧ منه نص على أنه (**تتولى المحكمة الرقابة على الدستورية على الوجه التالي ١ – بطريق الدعوى الأصلية المباشرة ..... ٢ – إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع. أوقفت الدعوى وأحالت بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية**)[1].

ويتبين من القانون الفلسطيني أن الجهات التي لها حق تحريك الدعوى الدستورية هي المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي أو عن طريق الدعوى الأصلية أمام إحدى المحاكم، أو عن طريق الدفع بعدم الدستورية أو الإحالة التلقائية من المحكمة التي تنظر الدعوى. أو عن طريق تصدي المحكمة الدستورية العليا.

ولم يتطرق المشرع الفلسطيني إلى هيئات التحكيم ومدى إمكانية الدفع أمامها بعدم الدستورية فهل يشمل لفظ الهيئات ذات الاختصاص القضائي هيئات التحكيم.

وبعد هذه الإطلالة على أنظمة قانونية مختلفة الملل والنحل. لمعرفة طرق تحريك لرقابة على دستورية القوانين، والجهات التي لها الحق في ذلك. ثمة تساؤلات عدة تفرض نفسها على بساط البحث، وتمثل إشكاليته وهي:

إشكاليات البحث:

---

(١) أحمد نشأت البدوي – الرقابة القضائية على دستورية القوانين (دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين) رسالة ماجستير مقدمة لكلية الإمام الأوزاعي لجامعة الأقصى ص ١١٧.

١ – مدى جواز الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي.

٢ – وهل يختلف الوضع بحسب ما إذا كان القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة على القضاء هو قانون القاضي عما إذا كان قانون أجنبي؟

٣ – وإجاز الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق مع منازعة دولية معروضة على القاضي الوطني. فهل طرق الفصل في مسألة عدم دستورية هو ذات طرق الفصل في هذه المسألة في المنازعات الوطنية؟

٤ – وهل يستطيع القاضي الوطني إحالة مسألة الفصل في دستورية قانون أجنبي إلى المحكمة الدستورية العليا. أو الجهة المنوط بها الفصل في دستورية القوانين في دولته؟ أم يُعرض عن هذا الدفع ويمضي قُدمًا مصدرًا حكمه في الدعوى وفقًا للقانون الواجب التطبيق سواء اختاره الأطراف أم تم تحديده في غيبة الاختيار وفقًا لقواعد الإسناد؟

٥ – أم هل يمتنع من الفصل في الدعوى ويضرب للخصوم أجلاً لحين الفصل في مسألة دستورية القانون الواجب التطبيق عن طريق تكليف الخصوم برفع دعوى أصلية أمام الجهة المختصة بنظر دعوى عدم الدستورية في الدولة صاحبة القانون الواجب التطبيق. وما إذا لو لم يجز قانونها مثل هذه الدعوى؟ أم يتخلى عن اختصاصه لصالح قضاء الدولة الصادر منها القانون الواجب التطبيق والمطعون بعدم دستوريته؟

٦ – وماذا لو لم تكن محاكم هذه الدولة مختصة بنظر الدعوى الأصلية ؟

٧ – وما هو القانون الذي يحل محل القانون الواجب التطبيق متى حكم بعدم دستورية هذا الأخير؟

٨ – هل يصلح الدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي سببًا في استبعاده؟ أسوة بالدفع بالنظام العام، والدفع بالغش نحو القانون؟

٩ – وفقًا لأي قانون يقدر القاضي أو المُحَكّم جدية الدفع بعدم الدستورية؟ هل وفقًا لقانون دولة القاضي، أم وفقًا لقانون دولة المقر بالنسبة للتحكيم؟

١٠ – هل يمكن الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم؟ وهل يختلف الأمر بحسب ما إذا كان القانون الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم هو قانون دولة المقر أم قانون دولة أخرى؟

١١ – هل تملك هيئة التحكيم ذات السلطات المخولة للمحاكم الوطنية فيما يتعلق بالدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق؟

١٢ – هل يعتبر تطبيق قانون أو نص غير دستوري سببًا لبطلان أحكام التحكيم؟

١٣ – وفقًا لأي قانون يقدر المحكم جدية الدفع بعدم الدستورية وهل هيئة التحكيم ملزمة بوقف نظر الدعوى والإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا. للفصل في هذه المسائل؟ وإذا كان الأمر كذلك فإلى أي محكمة دستورية عليا أو إلى أي مجلس دستوري تحيل؟. وهل اعترفت لها التشريعات الوطنية بهذه المكنة أصلاً؟

١٤ – ما هو موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم من مسألة عدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمام القضاء أو هيئة التحكيم؟

منهج البحث:

للإجابة على كل هذه التساؤلات سوف نتبع المنهج التحليلي وذلك لتفسير النصوص القائمة واستنباط الحلول التي تتلاءم مع مشكلات البحث، وكذلك سوف نستعين بالمنهج التأصيلي (الاستقرائي) وذلك لاستقراء بعض الأحكام القضائية والنصوص القانونية بهدف التوصل إلى أحكام عامة تنسحب على موضوع البحث، حيث يهدف هذا المنهج إلى التوصل للقواعد التي تسري على الجزئيات وتعميمها على الكليات.

ولعل السبب الرئيسي في إثارة كل هذه التساؤلات السابقة أن التحكيم التجاري الدولي قد أمسى طريقًا موازيًا للقضاء في حل منازعات التجارة الدولية بل أن دوره يفوق دور القضاء الوطني في هذا المجال، لاسيما أن المستثمر الأجنبي غالبًا ما يؤثر عدم الاحتكام للقضاء والتشريع الوطنيين.

ونظرًا لكثرة لدعاوى المنظورة أمام هيئات التحكيم وعدم تنظيم مسألة الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم من قِبل جُل – بل لا نجاوز الحقيقة قليلاً إذا قلنا كل – التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

بالإضافة إلى ما تقدم فقد أُثيرت مسألة عدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمام بعض هيئات التحكيم في جمهورية مصر العربية وبعض الدول الأجنبية، ولم توجد لها حلول تشريعية أو قضائية، مما أضحي معه لزامًا على الفقه تناول هذا الموضوع بالبحث لعلنا نضع لبنة في هذا البناء الذي لم يولد بعد. ونوجه نظر المشرع إلى ضرورة تنظيم هذه المسألة. ولذلك آثرنا خوض غمار هذا الموضوع سائلين التأييد من ذي العرش المجيد.

تقسيم:

سوف يتم بحث هذا الموضوع على محورين كالآتي:

المبحث الأول: رقابة القضاء الوطني عدم دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي.

المبحث الثاني: الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم.

المبحث الأول

رقابة القضاء الوطني على دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي

إذا كانت جل التشريعات الوطنية قد رسمت طرقًا محددة للفصل في دستورية القوانين واللوائح أمام القضاء الوطني فيتعين ولوجها إذا ما حامت شبهة عدم الدستورية حول نص في قانون أو لائحة.

بيد أن لتنظيم التشريعي للفصل في دستورية القوانين واللوائح لم يفرق كما سلف بين ما إذا كان النص المطعون عليه بعدم الدستورية وطني أم أجنبي. ولم يفرق كذلك بين ما إذا كانت المنازعة وطنية أم دولية، ولذلك يتعين علينا أن نبحث مسألة عدم دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات الوطنية بإيجاز منعًا للتكرار ثم نعرج على هذه المسألة في المنازعات الدولية المطروحة أمام القاضي الوطني، ومدى اختلاف الحكم فيما إذا كان القانون الواجب التطبيق على المنازعة ذات العنصر الأجنبي هو قانون دولة القاضي عما إذا كان قانون أجنبي.

الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات الوطنية أمام القضاء المصري:

لعله من نافلة القول أن المشرع المصري رسم طرقًا لمعينة لاتصال المحكمة العليا بالنص المطعون بعدم دستوريته تتمثل في:

- الإحالة من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع المعروض عليه.

- الدفع بعدم الدستورية من أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص يُراد تطبيقه للفصل في الدعوى.
- تصدي المحكمة الدستورية العليا من تلقاء نفسها للفصل في عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بنزاع معروض عليها.

وبناء على ما تقدم إذا ما طُرح على القضاء المصري منازعة ما، أيًا كانت طبيعتها مدنية أم تجارية أو حتى جنائية، وتوافرت شبهة عدم الدستورية حول النص أو النصوص اللازمة للفصل في النزاع. ولا ريب أن هذه القوانين مصرية، حيث لا يجوز تطبيق قانون أجنبي على المنازعات الوطنية الخالصة. فيتم الفصل في مسألة دستورية أو عدم دستورية النصوص الوطنية وفقًا لما سلف حيث يتعين أن تؤجل المحكمة التي تنظر موضوع الدعوى الفصل في هذه الأخيرة وتحدد ميعادًا لا يجاوز ثلاثة أشهر لمقدم الدفع لرفع دعواه بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

وكذلك الأمر إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي عدم دستورية نص في قانون أو لائحة أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مسألة الدستورية.

هذا فيما يتعلق بعدم دستورية نصوص القوانين أو اللوائح الوطنية الواجبة التطبيق على المنازعات الوطنية والتي لا يمكن لأطرافها الاتفاق على تطبيق قانون أجنبي، حيث أنه لا يجوز لهم ذلك. حيث أن خطاب

المشرع موجه للقاضي الوطني وعلى هذا الأخير تطبيق القانون الوطني طالما بقيت المنازعة وطنية في جميع عناصرها.

ولا يُسمح للقاضي الوطني الذي يعمل باسم الشعب أن يُطبق قانون أجنبي على المنازعات المعروضة عليه سوى في العلاقات ذات العنصر الأجنبي والتي تتنازع فيها القوانين. ولما كان ما تقدم فيما يتعلق بالمنازعات الوطنية الخالصة. **فما هو السبيل للفصل في مسألة دستورية وعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي؟**

بادئ ذي بدء فإن المشرع المصري – وغيره من مشرعي الدول العربية أو الغربية – حينما حدد طوائف الإسناد ووضع القواعد التي تفصل في أي مسألة تتنازع فيها القوانين، وقننها ضمن مواد القانون المدني المصري. لم تتطرق إلى مسألة عدم دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات الدولية سواء تعلقت المنازعة بعقد دولي أو واقعة قانونية تمس أكثر من نظام قانوني، وكذلك حذا حذوه جل – بل كل – التشريعات الوطنية. حيث نظمت مسألة عدم دستورية القوانين أو اللوائح في المنازعات الوطنية ولم تتعرض لهذه المسألة في المنازعات ذات العنصر الأجنبي.

وإذا كان المشرع المصر قد نص في المادة (٢٤) من القانون المدني على أن "**تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص**".

ونص كذلك في المادة (٢٨) من القانون سالف الذكر على أنه "**لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر**".

فما هو الحكم إذا ما دفع أحد الخصوم أثناء نظر إحدى الدعاوى ذات العنصر الأجنبي أمام القضاء المصري بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق؟ أو تراءى للمحكمة التي تنظر الدعوى عدم دستورية هذا القانون؟ هل يتم استبعاد هذا القانون الذي حامت حوله شبهة عدم الدستورية؟

للإجابة على هذه التساؤلات وغيرها نفرق بين فرضين.

الأول: إذا ما كان القانون الواجب التطبيق وفقًا لقواعد الإسناد هو القانون المصري.

الثاني: إذا ما كان القانون الواجب التطبيق وفقًا لقواعد الإسناد قانون أجنبي.

المطلب الأول

المنازعات ذات الطابع الدولي وعدم دستورية القانون الوطني الواجب التطبيق عليها

لا ريب أنه إذا ما أُثيرت مسألة تنازع فيها القوانين أمام القضاء الوطني فإن الآلية التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع هي قواعد الإسناد الوطنية والتي وضعت لمواجهة مثل هذه الحالات.

فإذا ما انتهى القاضي الوطني إلى تقرير اختصاصه بالمنازعة الدولية بواسطة قواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانونه الوطني فلا محالة هو قائم بعملية التكييف القانوني للمنازعة ذات العنصر الأجنبي، والتي يجريها وفقًا لقانونه الوطني أيضًا. وهذا ما نصت عليه جل التشريعات الوطنية على رأسها المشرع المصري.

فإذا ما خلُص إلى إضفاء وصف قانوني معين على العلاقة أو الواقعة القانونية المطروحة عليه أحى لزامًا عليه أن يبحث بقاعدة الإسناد الوطنية والتي تتعلق بموضوع الدعوى المطروحة أمامه لتحديد القانون الواجب التطبيق.

فإذا ما كانت العلاقة ذات العنصر الأجنبي أحد العقود الدولية – على سبيل المثال – وأُثيرت حولها بعض المنازعات التي تتعلق بشكل العقد أو

موضوعه أو أهلية أطرافه أو تكوينه أو انقضاءه. فلابد أن يطبق القاضي قواعد الإسناد المعلقة بالعقود الواردة في القانون الوطني. فإذا ما أشارت هذه القاعدة الوطنية إلى قانون معين ليحكم النزاع فعلى القاضي الوطني أن يمتثل لأوامر مشرعه الوطني ويطبق هذا القانون.

ولا يستطيع القاضي الوطني استبعاد هذا القانون إلا إذا كان متعارضًا مع النظام العام في دولته، أو كان تطبيق هذا القانون نتيجة التغيير الإرادي لضابط الإسناد – متى كان قابلاً لذلك التغيير – وهو ما يعرف بالغش نحو القانون، أو متى كانت المنازعة تدخل في دائرة القواعد ذات التطبيق الضروري في دولة القاضي والتي يترتب على وجودها تعطيل قاعدة التنازع من الأساس وتطبيق القانون الوطني بشكل مباشر.

فإذا لم تكن هذه ولا تلك، وأشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون القاضي على المنازعة ذات العنصر الأجنبي.

أو كان الأطراف قد ارتضيا تطبيق القانون الوطني على ما يثور بينهما من منازعات بشأن عقد معين أو واقعة قانونية معينة. وأثناء نظر الدعوى وبعدما انتهى القاضي المصري وفقًا لقواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الوطني. وأثناء سير الدعوى دفع أحد الخصوم – سواء كان مصريًا أو أجنبيًا – بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يتوقف الفصل في الدعوى على تطبيقه فما هو السبيل الذي يتعين على القاضي المصري ولوجه للخروج من هذا المأزق؟

هل يعرض عن هذا الدفع ويطبق القانون المصري المطعون دستورية ويمضي قُدمًا في الفصل في الدعوى ويصدر حكمه وقد بُني على قانون حامت حوله شبهة عدم الدستورية أم ماذا بعدم ؟

بداية لا يُستساغ القول بأنه ليس من حق أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي الدفع بعدم دستورية قانون ارتضيا باختيارهما تطبيقه على ما يثور بينهما من منازعات بصدد علاقة قانونية بينهم.

لأنه قد لا يكون الأطراف وهما بصدد الاختيار المعاصر لإبرام العقد – مثلاً – على علم بالعوار الدستوري في القانون المختار، وقد يصدر القانون المختار قبل إبرام العقد ويتم تعديله لاحقًا على إبرامه.

كما أن الأطراف في العقود الدولية غالبًا إذا ما اختارا قانون معين ليحكم عقدهما فإنهما يختارا قانوناً برمته ولا يحددان النصوص الداخلية المتعلقة بالموضوع محل النزاع والذي يتولى تحديده القاضي المعروض عليه النزاع كما لو اختار طرفا عقد تأجير تمويلي تطبيق القانون المصري، بينما لم يحدا أيًا من فروع القانون المصري هو الواجب التطبيق، فإذا ما عُرض الأمر على القاضي المصري فهو وحده يتولى تحديد النصوص القانونية الوطنية المرتبطة بالدعوى وتحديد فرع القانون الوطني الذي يحكم النزاع.

كما أنه من ناحية أخرى ليست كل العلاقات ذات العنصر الأجنبي عقود يختار أطرافها القانون الواجب التطبيق حتى يتذرع البعض بعلمهم بأحكام القانون المختار من قِبلهم، ويسلبهم حق الدفع بعدم دستوريته. فثمة الكثير من المنازعات – ذات العنصر الأجنبي – محلها وقائع قانونية مثل الميراث أو الوصية أو الزواج أو الطلاق أو الأموال ... والمسئولية غير التعاقدية ... إلخ. فهذه المنازعات لا اختيار فيها للأطراف بل أن قاعدة الإسناد تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق بغض النظر عن اختيار الأطراف كما أنه في العقود قد لا يختار الأطراف القانون المصري، بل يكون محل إبرام العقد أو الموطن المشترك للمتعاقدين – **وهي ضوابط اختصاص أوردتها المادة ١٩ مدني** – في مصر ومن ثم يطبق القانون المصري والذي قد يحوي نصوصًا تحوم حولها شبهة عدم الدستورية مثال ذلك:

إذا ما أُبرم عقد وكالة بين موكل أجنبي ووكيل مصري أو بين موكل أجنبي ووكيل أجنبي واتفقا على أن تكون منطقة نشاط الأخير هي جمهورية مصر العربية واتفقا كذلك على تطبيق القانون المصري **(وهو قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩)**، وأثناء تنفيذ العقد ثارت بعض المنازعات حول طريقة التنفيذ أو عدم وفاء أحد الأطراف بالتزاماته مما أدى إلى لجوء الطرف الآخر – الوكيل مثلاً – إلى القضاء المصري وهذا الأخير مختص بناء على ضابط مكان تنفيذ الالتزام. ووفقًا لقواعد الإسناد المصرية يسري قانون الإرادة وهو القانون المصري. وأثناء سير الدعوى دفع أحد الخصوم بعدم دستورية بعض نصوص قانون التجارة المصري المتعلقة بعقد الوكالة، أو أن القاضي المصري المنظور أمامه الدعوى قرر عدم دستورية النصوص الواجبة التطبيق على النزاع، فما الذي يحول دون إحالة هذا الأخير الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مسألة الدستورية من عدمها؟ أو أن يحدد للخصم مقدم الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعة ذات العنصر الأجنبي – **طالما كان أن هذا الأخير هو قانون دولة القاضي** – أجلاً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعوى عدم الدستورية. شأنه في ذلك شأن المنازعات الوطنية طالما أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني سواء اختاره الأطراف أو أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية.

مثال ذلك الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (١٨٩) من قانون التجارة المصري والتي تقرر للوكيل في وكالة العقود محددة المدة، الحق في التعويض الذي يقدره القاضي في حالة عدم تجديد الموكل العقد عند انتهاء أجله، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك متى تحققت في شأنه شروط استحقاق هذا التعويض وبمراعاة أسس تقديره التي تضمنها الفقرتين الثانية الثالثة من هذا النص واللتان

ترتبطان بنص الفقرة الأولى المطعون عليها ارتباطًا لا يقبل الفصل أو التجزئة...

"**وحيث أن الأصل في** العقود محددة المدة أن يعتبر العقد منتهيًا بقوة القانون، بانتهاء أجله المتفق عليه بين طرفيه، وما يستتبع ذلك من انفصام عُرى العلاقة العقدية بينهما لتعود لكل منهما بسلطاته الكاملة المتفرعة عن حق الملكية وحرية التعاقد غير أن المشرع، وخروجًا على هذا الأصل، جاء بقاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ضمنيًا النص المطعون فيه جعل بموجبها خيار الموكل في وكالة العقود التي تنتهي بانتهاء أجلها، قاصرًا على أحد أمرين إما تجديد عقد الوكالة أو الالتزام بالتعويض الذي يقدره القاضي للوكيل طبقًا للشروط والأوضاع التي أوردها النص الطعين، وأقام النص المطعون فيه مسئولية الموكل على خطأ مفترض يقوم في حقه مع قصد الإضرار بالوكيل في حالة عدم تجديد الموكل عقد الوكالة بعد انتهاء أجله، مع عدم ارتكاب الوكيل خطأ أو تقصير أثناء تنفيذ الوكالة، وتحقيقه نجاحًا ظاهرًا في الترويج للسلعة أو زيادة عدد العملاء.....

[redacted] الالتزام الأصلي للوكيل طبقًا لنص المادة (١٧٨) من قانون التجارة هو أن يقتصر على وجه الاستمرار في مباشرة نشاطه الترويج والتفاوض وإبرام الصفقات باسم الموكل ولحسابه بما مؤداه التزام الوكيل ببذل الجهد وعلى العناية والإعلان لجذب العملاء والترويج للسلعة وصف أن تكون العملاء والترويج للسلعة هما الهدف الرئيسي في عقد وكالة العقود وعلى ذلك فإن نجاح الوكيل الظاهر في الترويج للسلعة أو زيادة عدد العملاء لا يعدو أن يكون نتيجة طبيعية لتنفيذ عقد الوكالة بحسن نية ووفاء من الوكيل بالتزام قانوني يقع على عاتقه طبقًا لنصوص العقد وأحكام القانون، وانتهى حكمه إلى أحقية المدعي في الحصول على أجره الذي راضى عليه مقابل ذلك وطبقًا للعقد....كما أن الموكل إنما يستعمل حقه في عدم تجديد العقد بعد انتهاء مدته المتفق عليها وأن الأصل الذي قننه القانون المدني في المادة (٤) منه أن من يستعمل حقه يستعملاً مشروعًا لا يكون

مسؤلاً عما يثار عن ذلك من ضرر ورأى الخروج على هذا الأصل يستلزم ضبط قواعد مسؤلية تتفق مع أحكام الإعلان الدستوري الصادر في ٢٠١١/٣/٣٠، وبذلك تُعد الواقعة التي أقحمها الطاعن الطعون فيه إقحامًا لها في غير موضعها لتتجلى الأحكام التي حواها هذا الطاعن إلى قعود فضها الشرع على حرية الاختيار وهي جوهر حرية التعاقد وهي أحد روافد الحرية الشخصية التي كفلتها المادة من الإعلان.

كما تعد كذلك إخلالاً منه بالتوازن بين طرفي العلاقة الناشئة عن وكالة العقود والذي تعتبر كفالته التزامًا على عاتق المشرع تفرضه قواعد العدالة التي حرص الإعلان الدستوري على توكيدها .....

الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه برمته وبسقوط البند (١) من المادة (١٩٠) من قانون التجارة المشار إليه. والذي ينص على أن[1] تسقط دعوى التعويض المشار إليها في المادة السابقة بمضي تسعين يومًا من وقت انتهاء العقد – لارتباطه بالنص الطعين ارتباطًا لا يقبل الفصل أو التجزئة.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة (١٨٩) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ وسقوط نص البند رقم (١) من المادة (١٩٠) من هذا القانون".

وبناء على ما تقدم يرى الباحث إذا كان العقد دوليًا وكان القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق وطُعن بعدم دستوريته فليس ثمة ما يحول دون عرضه على المحكمة الدستورية العليا لتقول كلمتها الفصل في مسألة الدستورية من عدمها، باعتبارها الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح في جمهورية مصر العربية، ولا يحد من سلطتها هذه سوى ما وضعه القانون من قيود ومن ثم فليس ثمة ما يحول

---

(١) أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المقيدة بجدول المحكمة برقم ١٩٣ لسنة ٢٩ ق دستورية بالجلسة المنعقدة يوم الخميس الرابع عشر من يونيه سنة ٢٠١٢ م الموافق الرابع والعشرين من رجب ١٤٣٣.

دون أن يُطرح عليها دعاوى الفصل في كافة المسائل المتعلقة بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يتوقف عليها الفصل في منازعة موضوعية مطروحة على إحدى المحاكم المصرية سواء كانت منازعة وطنية في كافة عناصرها أو منازعة ذات طابع دولي وكان القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق، باختيار الأطراف أو وفقًا لضوابط الإسناد الاحتياطية في حالة انعدام قانون الإرادة، ولا يغير من طرق تحريك الدعوى الدستورية التي نص عليها القانون المصري طبيعة المنازعة المطروحة على القضاء المصري سواء وطنية أو دولية ما دام القانون أو النص المطعون بعدم دستوريته هو فرع من فروع القانون الوطني، وليس للقاضي الوطني أن يمضي قُدمًا في نظر الدعوى التي دُفع بعدم دستورية النصوص التي تحكمها. أو إذا قدر هو عدم دستوريتها شأن المنازعة ذات الطابع الدولي في هذه الحالة هو شأن المنازعة الوطنية لا عبرة بجنسية الخصوم ولا طبيعة المنازعة طالما أن القانون المصري هو القانون المختص في تلك الدعويين.

بيد أن التساؤل الذي يثور في هذا المقام – إذا ما كانت المنازعة ذات طابع دولي ودُفع بعدم دستورية القانون المصري باعتباره القانون الواجب التطبيق أو تراءى لمحكمة الموضوع عدم دستورية هذا القانون وبالفعل انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية النصوص واجبة التطبيق على المنازعة ذات الطابع الدولي بعد اتصالها بدعوى عدم الدستورية وفقًا لما رسمه القانون، فهنا سوف تمتنع محكمة الموضوع عن تطبيق القانون الذي حكم بعدم دستوريته.

حيث يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، فإذا كان الأمر كذلك وامتثلت محكمة الموضوع وامتنعت عن تطبيق القانون الذي عينته قواعد الإسناد الوطنية على المنازعة ذات الطابع الدولي فإنه سوف يترتب على ذلك

فراغ قانوني. فما هو القانون الذي يخلف القانون المصري الذي تم استبعاده من التطبيق على الدعوى لعدم دستوريته؟

هل يتعين البحث عن نصوص أخرى في القانون المصري لتحل محل النصوص التي أوقف العمل بها؟ وماذا لو لم توجد مثل هذه النصوص؟

أم يبحث القاضي عن أوثق القوانين صلة بالمنازعة – وبالطبع سوف يكون قانون أجنبي، وماذا لو كان هذا الأخير يتعارض مع النظام العام في مصر؟ أو أنه يخل بالتوقعات المشروعة لأطراف العلاقة؟

هل يتبع القاضي الوطني ذات الحلول التي يتبعها عند استبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام في دولته، فإذا كان الأمر كذلك فإن القاضي في هذه الحالة الأخيرة كان يطبق قانونه الوطني أو يبحث عن أكثر القوانين صلاحية لحكم النزاع أو أوثق القوانين صلة بالمنازعة أو يبحث وفقًا لرأي جانب من الفقه عن نصوصًا أخرى في ذات القانون المتعارض مع النظام العام تصلح للتطبيق على العلاقة ولا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي.

من المعلوم بالضرورة هنا أن المستبعد هو قانون وطني وليس أجنبي فما هو السبيل؟

فإذا كان القضاء الفرنسي قد أكد أنه إذا ما تم استبعاد القانون الواجب التطبيق فإنه يتعين على القاضي أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد، وفي البلاد الأنجلو سكسونية تكتفي المحكمة باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وتحيل الخصوم إلى محكمة أخرى[1] ولا نؤيد موقف القضاء في البلاد الأنجلو سكسونية لأن في التخلي عن

---

(١) أحمد/هشام علي صادق: موجز في القانون الدولي الخاص - الجزء الأول – تنازع القوانين والموطن في العلاقات الخاصة الدولية – الدار الجامعية ١٩٨٧ صـ ١٧٦ وما بعدها.

الاختصاص مشقة وعنت للمتقاضين ويعد إنكارًا للعدالة كذلك، وليس ثمة ما يسلب القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق متى استبعد القانون الذي أشارت إليه قواعد الاختصاص التشريعي وطنيًا كان أم أجنبيًا، مستهديًا في ذلك بضوابط إسناد احتياطية ومبادئ القانون الدولي الخاص.

وقد يرى البعض أن القانون الذي تم استبعاده كأثر للحكم بعدم دستوريته هو قانون مصري ولا يتعارض مع النظام العام في مصر ومن ثم لا يتعين إتباع ذات الحلول التي يؤخذ بها في هذا الصدد.

بينما يرى الباحث أن النصوص الوطنية التي حكم بعدم دستوريتها قد لا تناهض المبادئ العليا في المجتمع. بيد أنها تتعارض مع الدستور الذي هو ميثاق الدولة التي تعاهدت وتعاقدت عليه، ينظم الحقوق والالتزامات ويجمع بين دفتيه نصوصًا تحقق المساواة بين كافة أطياف المجتمع دون تمييز. ويؤكد أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع وأن المرجع في تفسيرها هو ما يتضمنه مجموع أحكام المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن.

والنظام العام وإن كان فكرة مرنة بيد أنه في جميع الأحوال يشمل الأسس الجوهرية الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع والتي لا ريب ينص عليها دستور الدولة ويترتب على إهدارها انهيار البنيان القانوني والاجتماعي والسياسي في المجتمع.

تلك الأسس والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع والتي تنص عليها الدساتير يتعين أن تدور التشريعات الوطنية في فلكها وتحت مظلة الدستور الوطني، فإذا ما حادت النصوص التشريعية عن الغايات الذي تغياها الدستور، فإنها لا ريب تمسي متعارضة مع الدستور ويتعين الحكم بعدم دستوريتها حتى ولو كانت تشريعات وطنية.

وترتيبًا على ما تقدم يصح أن يكون الحكم بعدم دستورية النصوص الوطنية الواجبة التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي أحد مبررات استبعادها وإحلال قانون آخر محلها.

وهذا ما يعرف بالأثر ألإحلالي أو الإيجابي للدفع بعدم الدستورية من وجهة نظرنا ونرى أن القانون الذي يحل محل النصوص التي حُكم بعدم دستوريتها هي نصوص أخرى في القانون الوطني لا تبدو متعارضة مع الدستور. بيد أن هذا الحل يتوقف على وجود نص آخر يمكن تطبيقه على واقعات الدعوى بعد الحكم بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق، فإذا لم يتوافر النص فلا مفر من تطبيق قانون أجنبي[1].

وهذا القانون الأجنبي يستطيع القاضي تعيينه عن طريق ضوابط الإسناد الاحتياطية أو عن طريق التركيز المكاني للعلاقة العقدية إعمالاً لنظرية الأداء المتميز متى استطاع ذلك، فإن لم يستطع فيتعين عليه البحث عن أكثر القوانين ملائمة بحكم العلاقة وإن تذرع البعض بالإخلال بالتوقعات المشروعة والأمان القانوني للأفراد في هذه الحالة. بيد أنه في كل الأحوال لا يمكن تطبيق نصوص قانون حُكم بعدم دستوريتها، أو قامت شبهات جدية حول مخالفته للدستور. حتى وإن كان الأمر كذلك فإن الأطراف باستطاعتهم الاتفاق على قانون آخر بديلاً عن القانون الوطني الذي حُكم بعدم دستورية بعض نصوصه، حيث يجوز لهم الاختيار اللاحق على قيام النزاع. ومن ثم لا إخلال بتوقعاتهم المشروعة في هذه الحالة. ولا خشية كذلك من السلطة التقديرية للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق كأثر إيجابي للدفع بعدم الدستورية. وكذلك يمكن للقاضي أن يبحث عن نصوص أخرى القانون المصري تحل محل النصوص التي حكم بعدم دستوريتها.

---

(١) أنظر د/ هشام صادق، مرجع سابق، صـ ١٧٧.

ويرى البعض إن النصوص الأخرى – وطنية كانت أو أجنبية – والتي يمكن أن تحل محل القانون الذي حكم بعدم دستوريته قد لا تتلاءم مع طبيعة العلاقة محل البحث أو إذا لم تقدم هذه النصوص حلاً للمسألة المعروضة فلا مناص في هذه الفروض من تصدي القضاء للحكم في النزاع بمقتضي مبادئ العدالة والقانون الطبيعي[1] وليس ثمة ما يحول دون لجوء القاضي لمبادئ قانون التجارة الدولية متى كانت العلاقة تجارية دولية وليس ثمة نص يحدد القانون الواجب التطبيق عليها. حيث تنص المادة (٢٤) مدني مصري على أن "**تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص**".

وهذا الذي نراه مع وجوب تدخل المشرع بنصوص قاطعة الثبوت والدلالة لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي متى حُكم بعدم دستورية القانون الوطني وكان هذا الأخير هو القانون الذي عينته قواعد الإسناد الوطنية ليحكم في المنازعة حيث ينشأ فراغ تشريعي كأثر إيجابي للحكم بعدم الدستورية.

---

(١) أنظر د/ هشام صادق، مرجع سابق، صـ ١٧٨.

المطلب الثاني

الرقابة على دستورية القانون الأجنبي من قبل القضاء الوطني في المنازعات ذات الطابع الدولي

إذا كنا قد انتهينا إلى رأي القضاء المصري حتى وقت قريب بعدم دستورية قانون وطني أو تراجعه عن عدم دستوريته وكل هذا القانون لا يمانع القاضي في دعوى مخلوة أمامه فيلتفت عن الدعوى الموضوعية ويحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية باعتبار أن القانون المطعون عليه أو الذي تدور حوله شبهة عدم الدستورية هو قانون وطني حتى ولو كانت المنازعة ذات طابع دولي.

والتساؤل الذي يثور في هذا المقام. إذا ما عُرض على القضاء المصري منازعة ذات طابع دولي وأشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، بيد أن أحد الخصوم دفع بعدم دستورية هذا القانون، **فماذا يفعل القاضي المصري؟ وهل يملك الأخير تقدير مدى دستورية القانون الأجنبي؟**.

بداية يتعين الأخذ في الاعتباري أنه لا يُستساغ القول بحرمان أطراف المنازعة ذات الطابع الدولي من الدفع بعدم الدستورية سواء كانت النصوص المطعون بعدم دستوريتها تنتمي إلى دولة القاضي أم إلى قانون آخر. فالدفع بعدم الدستورية يملكه أطراف المنازعة أيا كانت جنسياتهم وأيا كانت طبيعة المنازعة داخلية أو دولية.

بالطبع تقدير مدى دستورية القانون الأجنبي يتعين أن يتم في ضوء دستور الدولة الصادر منها القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وليس في ضوء دستور دولة القاضي، فهذه مكنة لا يملكها القاضي الوطني، حيث أنه لا يقف على فلسفة إصدار التشريعات الأجنبية وليست مهمته البحث في

دستوريتها أو عدمها. حيث لم يرسم المشرع المصري طريقًا للفصل في هذه المسألة، كما لم نقف على أي تشريع وطني يكون قد قدم حلاً تشريعيًا لها.

كما أن محكمة النقض الفرنسية رفضت أن تخضع القانون الأجنبي لرقابتها واستندت في ذلك إلى **عدة حجج الأولى: هي أن محكمة النقض الفرنسية قد وجدت للحفاظ على وحدة القانون الفرنسي** بتوجيه القضاء وليس مهمتها إصلاح التطبيق الخاطئ للقوانين الأجنبية ويدعم ذلك **مرسوم إنشاء محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٩ نوفمبر ١٧٩٠ والذي قصر وظيفتها على رقابة المخالفة الصريحة لنص القانون (وهو القانون الفرنسي)**.

الحجة الثانية: من غير المستطاع أن تسهر محكمة النقض الوطنية على وحدة وصحة تطبيق قوانين كل دول العالم [1].

وإذا كان جانب من الفقه في بلاد القارة الأوروبية يرى وجوب رقابة المحكمة العليا في دولة القاضي على صحة تفسير وتطبيق القانون الأجنبي حيث تعد هذه نتيجة منطقية للاعتراف بصفته القانونية وقد لاقت هذه الفكرة في كل من إيطاليا والنمسا وروسيا وسويسرا وهولندا محكمة النقض البلجيكية بالكاد الوحيدة في بعض أحكامها وشككت بحقها في الرقابة على إعمال القانون الأجنبي.

إلا أننا لا نؤيد ذلك القول حيث إنه إذا كانت محكمة النقض أو المحكمة الدستورية العليا تقفان على قمة الهرم القضائي فمهمتهما قاصرة على رقابة دستورية والتطبيق الصحيح للقوانين الوطنية فقط وإن كان من الجائز لمحكمة النقض أن تفسر القانون الأجنبي مستندة في ذلك إلى سوابق

---

(١) أنظر في رأي الفقه المؤيد لرقابة محكمة النقض على القانون الأجنبي د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، صـ ٥٩٣ وما بعدها، وراجع كذلك د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، – وبحث سيادته – رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي (منشور في مجلة القانون والاقتصاد)، العدد الثالث صـ ٢١، سنة ١٩٦٣.

قضائية منها أو آراء فقهية في دولة إصدار القانون فإن الأمر ليس كذلك فيما يخص دستورية القانون الأجنبي[١].

وفيما يتعلق بالشق الأول من التساؤل وهو الدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي أمام القاضي المصري فقد يرى جانب من الفقه أن القاضي الوطني يتعين عليه أن يمضي[٢] قدمًا للفصل في الدعوى معرضًا عن هذا الدفع بحجة أن القانون الأجنبي المطعون بعدم دستوريته من اختيار الأطراف أنفسهم ومن ثم فليس لهم الحق في هذا الدفع. بيد أن هذا القول مردود عليه، فقد يكون القانون الواجب التطبيق ليس من اختيارهم بل أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية في غيبة قانون الإرادة، وحتى إن كان الأطراف هم من حددوا القانون الواجب التطبيق. وكان هذا التحديد معاصرًا لإبرام العقد أو في وقت سابق على قيام النزاع. وفي الفترة اللاحقة على هذا الاتفاق وحتى وقت المنازعة كان القانون المختار قد عُدل أو صدر تشريع جديد أو حُكم بعدم دستوريته في دولة صدوره بعد اختياره من قبل الأطراف، لاسيما إذا ما علمنا أن اختيار الأطراف لقانون دولة ما يكون بمثابة إشارة إلى قانون برمته، دون تحديد لأي فرع من فروعه الوطنية. وعلى فرض أن الأطراف كانا قد حددا الفرع الداخلي من القانون الأجنبي الواجب التطبيق فهما لا يحددان بالضرورة أية نصوص سوف تطبق في هذا الفرع. مثال ذلك – وقد فصلنا القول في هذه المسألة سلفًا – اتفق طرفان موكل أجنبي طرف أول ووكيل مصري طرف ثاني في عقد وكالة على تطبيق القانون المصري على ما يثور بينهما من منازعات بصدد عقد الوكالة. فقلما – إن لم يكن دومًا – أن يذكرا أن

---

(٢) نص حكم محكمة النقض البلجيكية الصادر في ٩ أكتوبر ١٩٨٠ مشار إليه لدى د. سيف الدين محمد البلعاوي، القانون الأجنبي ومدى إعماله لدى القضاء الوطني، بدون سنة نشر، صـ ٩٩ وما بعدها.

(١) د/ أحمد قمت الجواي – مكالمة هاتفية معه بتاريخ ٢٠١٩/٣/٢ الساعة العاشرة مساءً.

القانون المختار هو قانون التجارة المصري. فغالبًا ما تكون إشارتهم إلى القانون المصري برمته جملة واحدة. وحتى وإن اتفاق لحظة إبرام العقد على تطبيق قانون التجارة المصري فلن يتطرقا إلى ذكر مواد القانون المشار إليه والتي تحكم عقود الوكالة التجارية – حتى يكونا على علم بدستوريتها أو عدم دستوريتها. وحتى وإن أشارا إلى هذه المواد فلن يعلما مطلقًا بعدم دستوريتها – ما لم يكن قد صدر حكم بذلك من المحكمة الدستورية العليا – سوى عند قيام نزاع وتراءى لأحدهما أنها غير دستورية، ودفع بذلك مثلما أشرنا سلفًا إلى حكم بعدم دستورية نص المادة ١٨٩ من قانون التجارة المصري.

حتى المشرع الوطني نفسه والدستور ماثلاً بين يديه وعينيه يصدر بعض القوانين أو النصوص غير الدستورية، ولا يكتشف ذلك إلا عند تطبيقها على الأفراد. فإذا كان الأمر كذلك فلا يُستساغ القول مطلقًا بأن القانون المطعون بعدم دستوريته من اختيار الأطراف وليس لهم حق الطعن عليه.

كما أن هذا الاختيار قد يكون من جانب واحد هو الطرف القوي اقتصاديًا في العلاقات الدولية، فغالبًا ما يفرض شروطه على الطرف الأضعف اقتصاديًا، بل أن ثمة العديد من الشركات الأجنبية تفرض على دول نامية وسيلة فض النزاع ومكانه والقانون الواجب التطبيق، والتي تعلم جيدًا أنه يحقق لها أكبر فائدة. فلما يُحرم الطرف الأضعف من الطعن بعدم الدستورية على هذا القانون متى كان مُجحفًا بحقوقه؟ ومن ثم نرى أن ليس ثمة ما يحول دون الدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المنازعة ذات الطابع الدولي أمام القضاء الوطني. إذ القول بغير ذلك يعني أن يملك أطراف الخصومة الوطنية دفعًا لا يملكه أطراف الخصومة ذات الطابع الدولي، مع أن كلتا الدعويين منظورتين أمام القضاء المصري.

فإذا ما انتهينا إلى أحقية أطراف العقد الدولي في الدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق فإن التساؤل يبقى قائمًا ما هو السبيل لفض هذه الإشكالية؟

بالطبع وكما أسلفنا لا يصح للقاضي الإعراض عن هذا الدفع والمُضي قدمًا في الدعوى مستندًا في حكمه إلى قانون تحوم حوله شبهة عدم الدستورية، فقد يكون الدفع جديًا ليس الغرض منه تعطيل سير الخصومة.

قد يرى البعض أنه بإمكان القاضي الوطني السير في الدعوى رغم وجود هذا الدفع، ولمقدم الدفع بعدم الدستورية أن يطعن في الحكم الصادر في دولة صدوره أو في دولة التنفيذ. بيد أنه بالمطالعة لبعض التشريعات المقارنة نجد أنها لم تجعل عدم دستورية القانون الأجنبي الذي طُبق على المنازعة ذات الطابع الدولي سببًا للطعن على الحكم الصادر فيها. وكذلك لم تجعل التشريعات الوطنية وعلى رأسها التشريع المصري دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعة ذات الطابع الدولي والصادر فيها حكم أجنبي شرطًا لتنفيذ هذا الحكم[1]. وإن كان جانب من الفقه يرى وجوب تدخل القضاء الوطني لتفسير نصوص القانون الأجنبي متى دعت الحاجة لذلك، ويتقيد القضاء الوطني بنفس تفسير قضاء الدولة الصادر منها القانون متى كانت هناك تفسيرات مستقرة موحدة في هذا الشأن. بينما لا يتقيد القاضي الوطني بأحكام القضاء الأجنبي في تفسير قانونه متى كانت تفسيراته متضاربة بشأن النصوص واجبة التطبيق أمام القضاء الوطني[2].

---

(١) راجع شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في جمهورية مصر العربية وغيرها من التشريعات، فليس ثمة شرط يوجب إصدار الحكم لأجنبي وفقًا لقانون لم يدفع بعدم دستوريته. المادة ٢٩٦ من قانون المرافعات وما بعدها رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل بمقتضى القانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ (مكرر) ٦ يونيو ٢٠٠٧.

(٢) راجع تفصيلاً د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي) دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٧ صـ ٣٤٩ وما بعدها.

فقد يرى جانب من الفقه أنه إذا ما دُفع بعدم دستورية القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد في دولة القاضي وقدّر هذا الأخير جدية الدفع أن يسلك ذات السبيل الذي يتبعه عند الدفع بعدم دستورية قانونه الوطني، وبناء عليه إذا ما دفع أحد الأطراف أمام القضاء المصري بعدم دستورية نص أجنبي يتوقف عليه الفصل في المنازعة ذات الطابع الدولي المطروحة عليه. وقدر القاضي الوطني جدية الدفع فعليه أن يؤجل نظر الدعوى ويحدد لمقدم الدفع ميعادًا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعواه بعدم الدستورية وإلا اعتبر الدفع كأن لم يكن، ومن ثم فوسيلة الفصل في دستورية القانون الأجنبي من عدمها هي نفس طريقة الفصل في دستورية القوانين الوطنية متى كان الأول هو القانون الواجب التطبيق أمام القضاء المصري.

ويدل على ذلك القول بصورة عامة أن المشرع المصري حينما أصدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ ونص صراحة في مادته الخامسة والعشرين على أن **(تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي:**

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين واللوائح...

ثانيًا: الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي...

ثالثًا: الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادراً أيهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي...)

لا ريب أن المشرع المصري يعني صراحة وبغير مواربة — ولا حاجة للتأويل — أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا قاصر على الفصل في دستورية القوانين واللوائح دون النزاع في الاختصاص بين جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائي دون سواها في ذلك.

والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين فهو يعني فقط الأحكام الوطنية وليس الأجنبية.

وبناء عليه لا يستطيع القاضي المصري المطعون أمامه بعدم دستورية قانون أجنبي متى كان هذا القانون لازمًا للفصل في الدعوى المطروحة عليه، ولا يستطيع كذلك إحالة هذا القانون إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية.

وإذا كان الأمر كذلك فقد ولى البعض وجهه شطر المادة ٣٣ من قانون المرافعات المصري والتي تنص على أنه: "**إذا رفعت إلى محاكم الجمهورية دعوى داخلة في اختصاصها، تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية، والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، كما تختص بكل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حُسن سير العدالة أن يُنظر معها**".

وتكمن العلة من التعويل على هذا النص في أن صاحب هذه الوجهة من النظر قد يعتبر الفصل في مسألة دستورية أو عدم دستورية القانون الأجنبي تعتبر مسألة يتوقف عليها الفصل الدعوى المطروحة على القاضي المصري، ومن ثم يتعين حسمها قبيل الحكم في الموضوع من قبل القاضي المصري والذي ينظر الدعوى الأصلية.

بيد أن هذا القول قد يكون صحيحًا إذا ما كانت المسألة الأولية التي تتمثل في اختصاص القضاء الأجنبي ويتوقف الفصل فيها من قبل هذا الأخير الحكم في دعوى مطروحة أمام القضاء المصري مسألة أخرى بطلب دستورية أو عدم دستورية قانون أجنبي، أو كانت المسألة الأولية دعوى جنائية تتمثل في اختصاص القضاء الأجنبي ويتوقف على الحكم فيها الفصل في دعوى مطروحة على القضاء المصري. فهاتان المسألتان تحديدًا — الفصل في دستورية قانون أجنبي ومسألة جنائية يختص بها القضاء الأجنبي — لا يختص بنظرهما القضاء المصري، **ولا يُستساغ القول بتخويل القضاء المصري مكنة الفصل**

فيهما باعتبارهما مسألتين أوليتين ترتبطان بدعوى يختص بالفصل فيها هذا الأخير ويقتضي حسن سير العدالة أن تنظرا معها، وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: مبنى اختصاص القضاء المصري في المنازعات ذات الطابع الدولي بنظر بعض المسائل الأولية أو الدعاوى المرتبطة أو الطلبات العارضة والتي تدخل في اختصاص قضاء أجنبي، والتي يقتضي حُسن سير العدالة أن يُفصل فيها مع الدعوى الأصلية، كان الحادي عليه والغرض منه هو الحيلولة دون صدور أحكام متعارضة، ومنع تقطيع أوصال الخصومة، كما أنه اختصاص مقرر على سبيل الاستثناء، ومن ثم لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه.

ثانيًا: كما أن المبدأ في الاختصاص القضائي الداخلي وفي النظام القضائي المصري في حالة الدفع بعدم دستورية نص أو قانون أو لائحة أو إذا تراءى للقاضي المصري في جمهورية مصر العربية من تلقاء نفسه عدم دستورية نص أو قانون أو لائحة فيعين عليه إما أن يُحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا في الحالة الأخيرة، أو أن يمنح مقدم الدفع أجلاً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعواه بعدم الدستورية في الحالة الأولى. بيد أنه لا يستطيع القاضي الذي ينظر الدعوى الأصلية أن يفصل بنفسه في دستورية أو عدم دستورية القانون المصري المُراد تطبيقه على الدعوى المطروحة عليه، حيث أن هذه المسألة تُعد اختصاص حصري للمحكمة الدستورية العليا. فإذا كان الأمر كذلك فكيف يُسمح للقاضي الوطني أن يتصدى بنفسه لمسألة دستورية أو عدم دستورية القانون الأجنبي باعتبارها مسألة أولية؟ **فإذا كان القاضي المصري لا يملك هذه المكنة أصلاً فيما يتعلق بقانونه الوطني فكيف يملكها في صدد قانون أجنبي.**

كما أن المبدأ في القانون الداخلي إذا كانت ثمة دعوى مدنية مطروحة على المحكمة ويتوقف الفصل فيها على مسألة جنائية تخرج عن ولاية المحكمة المدنية، تعين على هذه الأخيرة أن توقف نظر الدعوى المدنية لحين صدور نهائي في الدعوى المدنية (مادة ٢٦٥ إجراءات جنائية). وذات المسلك انتهجه المشرع المصري في قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص (.... **على القاضي المطروح عليه الدعوى الأصلية متى دُفع أمامه بدفع يُثير نزاعًا تختص به جهة قضائية أخرى، وجب على المحكمة إذا رأت ضرورة الفصل في الدفع قبل الحكم في موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصم الموجه إليه الدفع ميعاداً يستصدر فيه حكمًا نهائيًا من الجهة المختصة فإن لم تر لزومًا لذلك أغفلت الدفع وحكمت في موضوع الدعوى**).

فإذا كان هذا هو المبدأ فيما يتعلق بولاية المحاكم في النظام القضائي داخل الدولة الواحدة، فمن الأحرى إعمال ذات المبدأ فيما يتعلق بالدعاوى ذات الطابع الدولي.

فإذا كان المشرع المصري قد قرر استثناءًا على المبدأ السالف في المنازعات العابرة للحدود (**حيث يقتضي تمكين القضاء من أداء مهمته ألا يُعلق الفصل في موضوع النزاع الأصلي على ما يتقرر في شأن المسألة الأولية من محكمة أجنبية، لا تخضع لنفس السيادة ولا تربطها بالمحكمة المعروض عليها النزاع الأصلي أي قواعد خاصة بتوزيع الاختصاص**)[1].

فإن هذا الاستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه لاسيما وأن كافة التشريعات المقارنة لا تحوي نصوص تخول محاكمها سلطة الفصل في دستورية أو عدم دستورية القوانين الأجنبية التي يُراد تطبيقها على

---

(١) أنظر، محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٨٥، صـ ٦٤١.

منازعات مطروحة على قضائها الوطني، لاسيما أن المحاكم الدستورية أو غيرها من الجهات المنوط بها الفصل في دستورية القوانين واللوائح في الدول العربية وغير العربية، تقتصر مهمتها فقط على الفصل في دستورية أو عدم دستورية القوانين واللوائح الوطنية، بينما لا تمتلك ذات المُكنة حيال قوانين أجنبية.

بينما يذهب رأي آخر في الفقه إلى التفرقة بين الرقابة الشكلية والرقابة الموضوعية على دستورية القانون الأجنبي. حيث أن القاضي الوطني عليه أن يتحقق من إتباع الإجراءات الدستورية في إصدار التشريع الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية باعتباره القانون الواجب التطبيق أمامه، كالتصديق والنشر وغيرها من الإجراءات اللازمة لإصدار القوانين في دولة القانون الأجنبي. وإذا تخلف أحد الشروط التي يفرضها دستور الدولة الصادر عنها هذا القانون فعلى القاضي الوطني أن يستبعده حيث أنه ليس بقانون أصلاً.

أما فيما يتعلق بالرقابة الموضوعية لدستورية القانون الأجنبي. فعلى القاضي الوطني أن يتصرف حيال هذا الأمر كما لو كان هو قاضي الدولة الصادر عنها هذا القانون، ويعني ذلك كله أنه إذا كانت هذه الدولة لا تسمح بالرقابة الموضوعية لدستورية القوانين فليس للقاضي الوطني أن يفصل في هذه المسألة أيضًا. حتى ولو ظهر له أن النص الأجنبي الذي يُراد تطبيقه غير دستوري. بينما لو كانت الدولة الصادر عنها القانون الأجنبي تسمح برقابة دستورية القوانين وتحدد جهة معينة لنظرها – مثل المحكمة العليا – فليس للقاضي الوطني أن يتعرض أيضًا لمسألة الدستورية ما لم تكن الجهة المعينة من جانب دولة إصدار القانون قد فصلت في دستوريته من عدمها،

بمعنى أن يكون قد صدر بالفعل حكمًا بعدم دستورية النصوص الأجنبية واجبة التطبيق أمام القاضي الوطني.

أما لو كانت الدولة الصادر عنها القانون لم تحدد جهة معينة مختصة ببحث مسألة دستورية القوانين وتركت هذه المهمة للقضاء العادي فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين، **الأول** يقرر حق القاضي الوطني في بحث مسألة دستورية القانون الأجنبي شأنه شأن المحاكم العادية في دولة إصدار القانون.

والثاني: لا يقر وجود هذا الحق للقاضي الوطني لأن هذا يعد تدخل في ممارسة السلطة التشريعية الأجنبية واعتداء على سيادة واستقلال الدولة الصادر عنها القانون. **ونحن نؤيد هذا الرأي الأخير** وننادي بعدم منح القاضي الوطني مطلقًا فحص دستورية القانون الأجنبي سواء حددت الدولة الصادر عنها القانون محكمة عليا لهذه المسألة أم تركتها بيد القاضي العادي ... حيث أن هذا أو ذاك يعد قضاءً وطنيًا في الدولة الأجنبية وهو الأقدر والأكثر حرصًا على بحث وتقدير هذه المسألة من عدمها[1]. وإذا كان لابد فمن الممكن عن طريق الإنابة القضائية لقضاء الدولة الصادر منها القانون المطعون عليه.

قد يرى جانب من الفقه أنه يتعين على القاضي الوطني في الحالة الراهنة أن يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إعمالاً للدفع بعدم الدستورية قياسًا على استبعاد الأخير في حالة الدفع كالنظام العام.

---

(١) أنظر تفصيلاً في هذا الرأي: د/جلال عبد الرحمن: القانون الواجب التطبيق أمام القضاء الوطني تنازع القوانين، دار النهضة العربية ١٩٧٠، ص٥٥ وأنظر كذلك د/فتحي عبد الله — مقالة بعنوان: المسائل الدقيقة في القانون الأجنبي وموقف القاضي الوطني، جامعة سعد دحلب — البليدة ٢٠٠٦/١٢/١٠ منشور

http://sciences juridiques alhamontada.net/t١٣٤٩-topic.

بيد أن هذا القول قد جانبه الصواب. حيث أن استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق كأثر للدفع بعدم دستوريته هو بمثابة إحلال القاضي الوطني نفسه محل المحكمة الدستورية العليا أو الجهة المختصة بالفصل في دستورية القوانين واللوائح في الدولة صاحبة القانون الواجب التطبيق فهو قد اغتصب سلطتها وانتهى إلى عدم دستورية هذا القانون واستبعده نتيجة لذلك، وهذا غير مقبول منطقًا وبداهةً.

فضلاً عن ذلك قد تعد استجابة القاضي الوطني لهذا الدفع تحيزًا لمقدمه – أي مقدم الدفع – حيث قد يكون الأخير سيء النية يبغي فقط تعطيل سير الدعوى أو أنه يحاول التهرب من بعض الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق والذي ربما يحقق مصلحة خصمه الطرف الثاني في العلاقة المطروحة على القضاء الوطني والذي يبتغي هو الآخر تطبيق القانون المطعون بعدم دستوريته فكل يبحث عن مصالحه الشخصية.

كما أن استبعاد القانون الأجنبي إعمالاً للدفع بالنظام العام يستلزم وجود تنافر صارخ بين القانون الأجنبي الواجب التطبيق ومقتضيات النظام العام في دولة القاضي. بينما لا يكون الأمر كذلك في حالة الدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي، وإلا كان القاضي قد استبعده من تلقاء نفسه متى كان متعارضًا مع النظام العام في دولته دون الحاجة إلى الدفع بعدم دستوريته.

كما أن استبعاد القانون الأجنبي المطعون بعدم دستوريته وتطبيق قانون القاضي محله كأثر إيجابي للدفع بعدم دستوريته قد يخل بالتوقعات المشروعة للأطراف التي لم يكن في حسبانهم مطلقًا تطبيق قانون القاضي والذي قد يكون منبت الصلة بالنزاع. ومن ثم لا يجوز استبعاد هذا القانون

إلا إذا كان مخالفًا للنظام العام في دولة القاضي أو أن تطبيقه قد بُني على غش أو حكم بالفعل بعدم دستوريته.

بينما قد يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن القاضي الوطني المطعون أمامه بعدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المنازعة ذات الطابع الدولي يتعين عليه أن يؤجل نظر الدعوى ويضرب لمقدم الدفع أجلاً ليرفع دعوى عدم دستورية القانون المطعون عليه في دولة إصداره، وإلا اعتبر الدفع كأن لم يكن.

لا مراء أن هذا القول يستساغ متى كانت الدولة الصادر منها القانون المطعون عليه تجيز رفع دعوى أصلية بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة مثال ذلك المشرع الكويتي بمقتضى التعديل رقم (١٩٩/ ٢٠١٤) السابق الإشارة إليه – والذي منح الأشخاص الطبيعيين الاعتباريين الحق في رفع دعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة متى قامت لديهم شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه.

وكذلك الشأن بالنسبة للمشرع الليبي والفلسطيني والبحريني حيث منح كل منهم الأشخاص الحق في رفع دعوى أصلية بعدم الدستورية، ولا ريب أن المصلحة الشخصية متحققة في هذه الدعوى حيث أن مسألة دستورية أو عدم دستورية القانون المطعون عليه لازمة للفصل في دعوى منظورة في دولة أخرى، رافع دعوى عدم الدستورية طرف فيها أي في المنازعة المنظورة في الدولة الأجنبية.

ورغم وجاهة هذا الرأي إلا أنه يعيبه أنه ليست كل الدول تمنح الخصوم حق رفع دعوى أصلية بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة،

بل ضيقت الدول كثيرًا في هذا المضمار وحصرته في جهات معينة، وعبر قنوات معينة، مثال ذلك المشرع الأمريكي والمصري، الفرنسي والإماراتي جميعهم لم يمنحوا الأفراد الحق في رفع دعوى أصلية بعدم الدستورية. فماذا لو كان القانون المطعون بعدم دستوريته أمام القضاء المصري هو القانون الإماراتي أو الأمريكي أو الفرنسي؟ وإن كان المشرع الأمريكي قد منح الأفراد الحق في استصدار أوامر المنع وهي تشبه كثيرًا الدعوى الأصلية بعدم الدستورية بيد أنها موجهة إلى الجهات المعنية في الولايات المتحدة الأمريكية فقط ولا تلزم أي جهة أو قضاء أجنبي.

بالطبع لا جدوى من منح مقدم الدفع أجلاً لرفع دعوى أصلية بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق لأنها ليست حقًا له ومن ثم فالأمر مضيعة للوقت.

ومن ثم إذا كان الرأي السالف ذي جدوى في بعض الحالات بيد أنه ليس كذلك على الدوام. ومن ثم يتعين البحث عن حل آخر.

وقد يغري البعض القول بأنه يتعين على القاضي الوطني إذا ما أُثير أمامه دفع بعدم دستورية قانون أجنبي لازمًا للفصل في دعوى مطروحة عليه. وكان لا يملك استبعاده متى كان هذا الأخير ينتمي إلى دولة لا تُجيز الطعن بدعوى عدم دستورية أصلية، فيتعين على القاضي الوطني أن يتخلى عن اختصاصه لصالح قضاء دولة القانون الواجب التطبيق والمطعون عليه بعدم الدستورية طالما لم يكفل قانونه الوطني الآليات التي تمكنه من الفصل أو الوقوف على حقيقة هذا الدفع، ومن ثم فأقدر المحاكم على الفصل في هذه المسألة هي محاكم دولة إصدار القانون المطعون عليه.

وإذا كان لهذا القول بريق. إلا أنه قد يقدح فيه أن القاضي الوطني هنا يعد مرتكبًا لجريمة إنكار العدالة. كما أنه قد لا تكون محاكم دولة إصدار القانون مختصة بمقتضى قواعد الاختصاص القضائي الدولي في تشريعها الداخلي. فضلاً عن المشقة والعنت الذي يتكبده المتقاضون في رفع الدعوى في دولة أخرى غير تلك التي عُقد الاختصاص لمحاكمها بنظر النزاع، فضلاً عن أن قواعد الإسناد في الدولة التي ينتمي إليها القانون المطعون عليه بعدم الدستورية في مصر قد تؤدي إلى تطبيق قانون آخر وليس قانون دولة المحكمة التي ذهبا إليها وتخلى لصالحها القضاء المصري عن اختصاصه.

مثال ذلك:

طُرح على القاضي المصري نزاع ذي طابع دولي وأشارت قواعد الإسناد المصرية إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون محل إبرام العقد أو قانون جنسية الزوج أو بناءً على أي ضابط إسناد. وأثناء سير الدعوى دفع أحد الخصوم بعدم دستورية القانون الفرنسي الواجب التطبيق وفقًا لقواعد الإسناد المصرية وحيث أن القاضي المصري لا يمكنه الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية وحيث أن فرنسا من الدول التي لا تُجيز رفع دعوى أصلية بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة. فوفقًا للرأي المتقدم يتعين على القاضي المصري التخلي عن اختصاصه لصالح القضاء الفرنسي باعتباره الأقدر والأكثر ملائمة للفصل في الدعوى، ومن ثم الفصل في مسألة عدم الدستورية. فإذا كان الأمر كذلك وقبل الخصوم ذلك وقاما برفع دعواهما أمام القضاء الفرنسي. فمن الجائز ألا تكون المحاكم الفرنسية مختصة بنظر الدعوى وفقًا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي

في فرنسا. حتى وإن قلنا أنها مختصة وفقًا لضوابط الخضوع الاختياري ورضاء الأطراف. فثمة مشكلة أخرى وهي أن قواعد الإسناد الفرنسية قد تؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير الفرنسي نظرًا لاختلاف ضوابط الإسناد (من دولة إلى أخرى وهذا هو الأغلب الأعم)، فقد تشير قاعدة الإسناد المصرية إلى تطبيق قانون جنسية الزوج أو قانون جنسية المورث بينما تشير قواعد الإسناد الفرنسية إلى قانون موطن الزوجية أو قانون موقع المال وهكذا. ومن ثم فما ذهبا الأطراف إلى فرنسا من أجله وتكبدا المشقة والوقت والأموال لم يُثر أصلاً في فرنسا. حيث أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي عن المحاكم الفرنسية وليس القانون الفرنسي.

وماذا لو كان القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد الفرنسية غير دستوري هو الآخر. أو دفع بعدم دستوريته فإلا متى سيدور المتعاقدان في حلقة مفرغة؟ فإذا كان الطرف الذي دفع بعدم الدستورية في مصر يعلم أن القاضي المصري سيتخلى عن اختصاصه لصالح دولة القانون المطعون عليه وهو ما يبغيه، حيث أن الأخير لا يحقق مصلحته فما الذي يحول دون الطرف الآخر والذي كان من مصلحته تطبيق القانون الفرنسي أن يدفع بعدم دستورية القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الفرنسية وهكذا تستمر المعاناة.

ومن ثم نرى أن هذا الرأي لا يقدم حلاً جديرًا بالتأييد ويتعين البحث عن حل آخر.

وبعد عرض كل هذه الوجهات المتباينة من النظر. يرى الباحث أنه إذا ما طُعن بعدم دستورية قانون أجنبي أمام القاضي المصري خاصة وأمام القاضي الوطني في أي دولة عامة، وكان هذا القانون لازمًا للفصل في دعوى منظورة أمامه. وقدّر جدية هذا الدفع فيتعين عليه اتخاذ موقفًا أو

خيارًا من **عدة خيارات** إلى حين إصدار تعديل تشريعي في هذا الصدد. حيث أن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين: الأول: أن تكون مسألة دستورية القانون الأجنبي المطعون عليه بعدم الدستورية قد قضي فيها بالفعل في دولة صدور القانون. ومن ثم تكون المسألة قد حسمت، وليس ثمة مشكلة، حيث يؤخذ بهذا الحكم الأجنبي. أو أنها مازلت مطروحة على القضاء الأجنبي وهنا يمكن وقف الدعوى أمام القاضي المصري لحين صدور الحكم الأجنبي في هذا الصدد.

الفرض الثاني: هو حالة عدم طرح هذه المسألة على قضاء الدولة الصادر منها القانون، وهنا يمكن تبني أحد الحلول الآتية:

أولاً: إذا كان القانون المطعون عليه بعدم الدستورية ينتمي إلى دولة تجيز تشريعاتها الوطنية رفع دعوى أصلية بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة، مثل الكويت أو ليبيا أو فلسطين فيتعين على القاضي المصري أن يؤجل نظر الدعوى ويحدد أجلاً لمقدم الدفع أن يرفع دعوى أصلية بعدم الدستورية في دولة إصدار القانون المطعون بعدم دستوريته ولا ريب أن وجه المصلحة ظاهر في هذه الدعوى. وإن لم يرفع دعواه بعدم الدستورية في الأجل المحدد يواصل القاضي المصري الفصل في الدعوى ويعتبر الدفع كأن لم يكن.

ثانيًا: إذا كان القانون المطعون بعدم دستوريته ينتمي إلى دولة لا تجيز تشريعاتها الوطنية رفع دعوى عدم دستورية أصلية. مثل جمهورية مصر العربية أو فرنسا. فهنا يمكن للقاضي الوطني وبما أنه لا يملك استبعاد القانون الأجنبي لأنه ليس مخالفًا للنظام العام في دولته ولم يبنى تطبيقه على غش، أن يمنح الأطراف فرصة اختيار قانون آخر باتفاقهما بديلاً عن القانون المطعون بعدم دستوريته وليس ما يحول دون الاختيار

اللاحق للقانون الواجب التطبيق بعد قيام النزاع. فإذا لم يتوصلا إلى اتفاق اضطلع القاضي بنفسه بهذه المهمة – ويتولى تحديد القانون بناء على ضوابط الإسناد الاحتياطية في قانونه الوطني ومن غير المعقول أن تكون كل القوانين التي تشير إليها ضوابط الإسناد الاحتياطية غير دستورية، بيد أنه قد تكون قاعدة الإسناد في دولة القاضي لا تحوي سوى ضابط إسناد واحد مثل قانون موقع المال م (١٨) مدني مصري أو قانون جنسية المورث – من (١٧)، أو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المُنشئ للالتزام – م (٢١) مدني، ففي مثل هذه الحالات لا يوجد ضابط إسناد احتياطي يستهدي به القاضي الوطني في تحديد القانون الواجب التطبيق.

فالملاذ هنا للقاضي الوطني يتمثل في خروجه من ضيق قواعد الإسناد الوطنية إلى رحابة مبادئ القانون الدولي الخاص. متكئًا في ذلك الخروج على نص المادة (٢٤) من القانون المدني المصري ومن ثم يستطيع بنفسه تحديد أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع وتطبيقًا لكثير من المعاهدات التي تجيز ذلك على رأسها اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠.

ويمكننا الاستناد كذلك إلى نص المادة (٢٥) مدني وقياسًا عليها، إذا كان المشرع أعطى للقاضي المصري الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق عند تعدد الجنسيات للأجنبي أو عدم معرفة جنسيته. فما الذي يحول دون قيامه بتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي عند تعذر الوصول إلى القانون الواجب التطبيق أو عند تعذر تطبيقه بناء على دفع أحد الأطراف بعدم دستوريته.

ثالثًا: يمكن للقاضي المصري أن يتخلى عن اختصاصه الثابت قانوناً للدولة التي ينتمي إليها القانون المطعون بعدم دستوريته إعمالاً لاعتبارات الملائمة حيث أنها الأقدر على الفصل في هذه المسألة لاسيما إذا ما ثبُت

اختصاصها بالدعوى المطروحة عليه أيضًا أو أن قانونها يتبنى ضابط الخضوع الاختياري وكانت قواعد الإسناد في الدولة المنتمي إليها القانون المطعون عليه تتبنى نفس ضوابط الإسناد في قانون دولة القاضي. أي أن القانون الواجب التطبيق لن يختلف باختلاف المحكمة. ومن ثم إذا ما تمسك مقدم الدفع بعدم الدستورية في مصر أمام محكمة الدولة الأجنبية بذات الدفع فإنها الأقدر على الفصل في هذه المسألة باعتبار أن القانون المطعون عليه هو قانونها الوطني وقد سبق وتخلى القضاء المصري عن اختصاصه لصالح قضاء أجنبي(١).

وحتى وإن اختلفت ضوابط الإسناد من الممكن ثمة حل آخر.

رابعًا: إذا كان القاضي الوطني لا يستطيع مباشرة إجراء معين على أراضي الدولة الأجنبية: في دعوة منظورة أمام القضاء الوطني، فيستطيع إنابة القاضي الأجنبي للقيام في دائرة اختصاصه بأحد أو بعض إجراءات التي تقتضيها الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه وحسن سير العدالة – والتي تعذر عليه مباشرتها بنفسه: وتسمى هذه العملية بالإنابة القضائية الدولية، وتعتبر هذه الأخيرة من أهم إجراءات المساعدة القضائية التي يقوم بها قضاء الدولة المُنابة في مجال التعاون القضائي الدولي، والذي يتقرر لصالح الدعوى المقامة والمطروحة على قضاء الدولة المُنيبة(٢).

---

(١) أنظر تفصيلاً حكم محكمة النقض الصادر في ٢٠١٤/٣/٢٤. في الطعنين رقما ١٥٨٠٧ و١٥٨٠٨ لسنة ٨٠ قضائية.

(١) أنظر تفصيلاً في ذات المعنى، ، د. عكاشة عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، طبعة ١٩٩٤، ص ١٧ وما بعدها. بدون ناشر، وأنظر كذلك زينه حازم خلف الحيوي، طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية، جامعة الموصل، كلية الحقوق، صـــ ٣٨.

وقد أُبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية في مجال التعاون القضائي، ومنها اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي[١]. واتفاقية لاهاي الخاصة بالحصول في الخارج على الأدلة المتعلقة بالمسائل المدنية والتجارية المبرمة في ١٨ مارس ١٩٧٠ وغيرها من الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالتعاون القضائي بين مصر وفرنسا والكثير من الدول العربية والغربية، ومن ذلك اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٤ المسماة باتفاقية الإجراءات المدنية الموقعة في لاهاي أول مارس ١٩٥٤ والتي انضمت إليها مصر بمقتضى قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٥٦ لسنة ١٩٧٧[٢] وغيرها من الاتفاقيات مثل الاتفاقية المصرية الإيطالية في شأن الاعتراف بالأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية. وكذلك الاتفاقية المصرية الكويتية الخاصة بالتعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية، والاتفاقية المصرية التونسية في هذا الصدد، والاتفاقية المصرية الرومانية بشأن التعاون القضائي[٣]. ومن ثم تصلح الإنابة القضائية الدولية لتقديم العون في المسألة محل البحث لاسيما إذا ما أخذنا في الحسبان ضرورة الفصل فيها إذا ما أُثيرت وبدا وجه الجدية فيها ظاهرًا.

وبناءً عليه من الممكن أن يؤجل القاضي المصري نظر الدعوى الذي دُفع بعدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق للفصل فيها، ويُطلب من قضاء الدولة التي ينتمي إليها القانون المطعون عليه الفصل في هذه

---

(٢) راجع اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي التي تم التوقيع عليها ١٩٨٣/٤/٦ ودخلت حيز التنفيذ بدءًا من ١٩٨٥/١٠/٣٠ والتي انضمت لها جمهورية مصر العربية بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٧٨ لسنة ٢٠١٤ ونُشر بالجريدة الرسمية العدد ٤٩، ٤ ديسمبر لسنة ٢٠١٤.

(٣) الجريدة الرسمية، العدد ٥١ الصادر في ٢١ من ديسمبر ١٩٧٨.

(٤) أنظر تفصيلاً، د. عكاشة عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، طبعة ١٩٩٤، ص ٣١١ وما بعدها. بدون ناشر.

المسألة وموافاة القضاء المصري بالرد على هذا الدفع حتى يتسنى له الفصل في هذه الدعوى.

فإذا ما انتهى القضاء الأجنبي إلى عدم دستورية هذه النصوص فيمتنع القاضي عن تطبيقها إعمالاً للحكم الأجنبي بعدم دستوريتها، حيث أنها لم تعد صالحة للتطبيق بمقتضى هذا الحكم، ومن ثم يتعين على القاضي المصري أن يحل قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد نتيجة عدم دستوريته. ونرى أن القانون الواجب التطبيق كأثر إيجابي هنا للدفع بعدم الدستورية هو قانون القاضي المصري لاسيما إذ لم يجد نصوصًا أخرى يحويها القانون الأجنبي المستبعد – والذي حُكم بعدم دستورية بعض نصوصه – صالحة للتطبيق على المنازعة، فليس ثمة ما يحول دون تطبيق القانون الوطني شريطة عدم الإخلال بالتوقعات المشروعة للأفراد، وقياسًا على الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام، حيث أن الرأي الراجح هو تطبيق قانون القاضي متى أُستبعد القانون الأجنبي إعمالاً للدفع بالنظام العام. وهذا الذي نراه خروجًا من هذا المأزق حتى يتدخل المشرع الوطني بإصدار تشريع ينظم به هذه المسألة التي لا محالة سوف تُثار إن لم تكن قد أُثيرت ولم تصلها أيدينا.

وسوف نرى أن مسألة عدم دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي قد أُثيرت أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي ولم تضع لها التشريعات الوطنية تنظيم حتى كتابة هذه السطور.

ومن ثم أمست بلا حل أمام هيئات التحكيم كما سنرى لاحقًا. فما الذي يحول دون أن تُثار مسألة دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي أمام القضاء الوطني كما أُثيرت أمام هيئات التحكيم.

وإن كان هذا ما ذهب إليه الباحث في رقابة دستورية القانون الأجنبي الذي تطبقه المحاكم المصرية في الدعاوى ذات الطابع الدولي امتثالاً لقواعد الإسناد المصرية، فإن المشرع المصري قد شط بعيدًا حين أصدر القانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١ بعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا والذي منح بمقتضاه هذه الأخيرة الحق في رقابة دستورية القانون الأجنبي ليس أمام القاضي المصري فحسب بل أمام محاكم الدولة الصادر منها القانون الأجنبي, بل وأكثر من ذلك جعل تقدير دستورية القانون الأجنبي وفقًا للدستور المصري وليس وفقًا لأحكام دستور الدولة الصادر منها القانون الأجنبي. فهل يعقل ذلك[1].

(١) القانون ١٣٧ لسنة ٢٠٢١، العدد ٣٢ مكرر (أ) في ١٥ أغسطس ٢٠٢١.

المبحث الثاني

الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم

إذا كان التحكيم قد أمسى طريقًا موازيًا – وليس استثنائيًا – للقضاء الرسمي للدولة في فض منازعات عقود التجارة الدولية، بل أمسى الوسيلة المُثلى للفصل في العديد من المنازعات أيا كانت طبيعتها طالما كانت قابلة للتسوية بطريق التحكيم، وبصرف النظر عن مزايا التحكيم وأسباب اللجوء إليه في جُل – إن لم يكن ي كل – عقود الاستثمار الأجنبي والداخلي أيضًا فإن ما يعنينا في هذا المقام هو الإجابة على أسئلة البحث.

"فإذا كان الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارها أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في النزاع بقرار يكون نائيًا عن شبهة المالاة مجردًا من التحامل وقاطعًا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه ... ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يُستمد منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة"[1].

وإذا كانت كافة الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والتشريعات الوطنية منحت هيئة التحكيم الفصل سلطة في كافة الدفوع المتعلقة باختصاصها وهو ما يُعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة باختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية

---

(١) أنظر الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ ق دستورية، مكتب فني ٩ تاريخ الجلسة ١٩٩٩/٧/٣.

على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه، وعدم شموله لموضوع النزاع)[1].

وقد ألزمت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية هيئة التحكيم أن تفصل في الدعوى التحكيمية وفقًا للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفاها. فإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع.

ويجب على هيئة التحكيم أن تُراعي عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة[2].

كما تنص قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) ومحكمة لندن للتحكيم الدولي وغرفة تجارة ستوكهولم على أن محكمة التحكيم يتعين عليها أن تطبق القوانين أو القواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف كمرجع أول وأساسي في البحث عن القانون الواجب التطبيق[3].

حيث أوضحت المادة (١٧) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، أن المعول عليه أصلاً في المقام الأول هي إرادة الأطراف ولهم كامل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذه الإرادة يتعين أن يتقيد بها المحكم ولا يخرج عنها.

---

(٢) أنظر م ٣٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمادة ٢١ من قواعد الونسترال.

(١) أنظر م/ ٣٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤..

(٢) نظر د/ عصام الدين القصبي: قانون التجار أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى ٢٠١٢/٢٠١١، دار النهضة العربية، صـ ١٣٣.

فإن لم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأفراد تضطلع الهيئة التحكيمية بتحديد القواعد القانونية التي تراها ملائمة لحكم النزاع، ولكن يتعين على محكمة التحكيم أن تأخذ في الاعتبار أحكام العقد واشتراطاته والعادات التجارية ذات الصلة[1].

كما تنص المادة ١٨٧ من قانون التحكيم السويسري على أن **(تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقًا لقواعد القانون التي يختارها الأطراف وفي حال انتفاء الاختيار وفقًا لقواعد القانون الأكثر ارتباطًا بالقضية .....**[2]

بالإضافة إلى ما تقدم فإن أحكام التحكيم التي تصدر طبقًا لأحكام قانون التحكيم المصري لا تقبل الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية **التجارية بينما يجوز الطعن عليها بالبطلان لعدة أسباب حددها المشرع على سبيل الحصر في المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري. وبالطبع ليس من بينها عدم دستورية القانون الواجب التطبيق او الدفع بعدم دستورية هذا الاخير**[3].

---

(٣) هذا الحكم رددته الكثير من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية. منها م ٤٠ من الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى. والتي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بمقتضى القرار بقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١، الجريدة الرسمية العدد ٤٥ – ١١ نوفمبر ١٩٧١.

(١) أنظر ٧٨٧ من القانون المدني الفرنسي المعدل في ١٩٨٧/١٢/٨ والمنشور مجموعة القوانين واللوائح القانونية التي تصدرها هيئة تسهيل الدولة (٢٧ — التحكيم الاتفاقي والاختياري في القوانين العربية والدولية — الطبعة الأولى ٢٠٠٩ دار النهضة العربية — ص ٤٨.

(٢) أنظر تفصيلاً المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ حيث تنحصر هذه الأسباب في – عدم وجود اتفاق تحكيم – أو بطلانه، أو قابليته للإبطال أو سقوطه بانتهاء مدته – عدم أهلية أطراف التحكيم أو نقص أهليتهم – الإخلال بحقوق الدفاع – عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم – تجاوز المحكم حدود مهمته – مخالفة الحكم للنظام العام في جمهورية مصر العربية.

ويجمع بين الحالات المحددة لجواز قبول دعوى البطلان رابط مشترك متمثل في أن تحقق أي من تلك الحالات يعني افتقار حكم التحكيم لأحد مقوماته الأساسية مما يفيد أن حالات بطلان حكم التحكيم الواردة بقانون التحكيم تقتصر على البطلان الذي يُفقد الحكم أحد مقوماته الأساسية، والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يجعل دعوى البطلان طريقًا من طرق الطعن في حكم التحكيم[١].

وكذلك اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ لم تعتبر الدفع بعدم دستورية القانون الذي طُبق على الدعوى التحكيمية سببًا لرفض الأمر بالتنفيذ[٢].

كما لم يعتبر قانون التحكيم السويسري الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم أو إجراءاته سببًا للطعن بالبطلان[٣].

فإذا كان الأمر كذلك ولم تعتبر التشريعات الوطنية الاتفاقيات الدولية الطعن بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية سببًا لبطلان الحكم التحكيمي، ليس كذلك فحسب، بل أنها لم تنص على اعتباره من الدفوع التي يمكن لهيئة التحكيم الفصل فيها بنفسها كما منحتها التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية حق في الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها أو صحة اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته.

---

(٣) طعن رقم ٧ لسنة ١١٦ ق – جلسة ١٩٩٩/٧/٢٠ استئناف القاهرة – د ٨ تجاري.

(٤) راجع تفصيلاً اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام الحكمة الأجنبية انضمت مصر إيها بمقتضى القرار الجمهوري رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩ الصادر في ١٩٥٩/٢/٢ وأصبحت تشريعًا اعتبارًا ١٩٥٩/٥/٨.

(١) راجع المادة (١٩٠) من قانون التحكيم السويسري – أسباب الطعن في حكم التحكيم، تفصيلاً منشور على مجموعة القوانين والمبادئ القانونية – (التحكيم الاتفاقي الإجباري في القوانين المصرية والدولية – الطبعة الأولى ٢٠٠٩ صـ ٨٥٥ – هيئة قضايا الدولة – المكتب الفني.

وبناء على ما تقدم إذا ما دفع أحد الخصوم في الدعوى التحكيمية أمام هيئة التحكيم – وهو أمر قد حدث بالفعل – بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق – فما هو الحكم؟

إذا كان التحكيم قد أمسى نظيرًا للقضاء، وهذا الأخير يدفع أمامه بعدم الدستورية في العديد من الدعاوى، وقد نظمت كافة التشريعات الوطنية طرق الفصل في الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء الوطني، إذا ما تعلق الأمر بقانون وطني أيضًا ولكنها لم تأخذ في الحسبان حتى الآن أن القانون المطعون عليه بعدم الدستورية قد يكون أجنبيًا، وقد قدمنا تصورًا لحل هذه المسألة كما سلف.

بيد أن السواد الأعظم من التشريعات الوطنية لم تتطرق إلى مسألة دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم أو الدفع بعدم دستوريته من قبل الخصوم، أو أن المحكم من تلقاء نفسه قد يتراءى له عدم دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعة الدولية. فمثل هذا الوضع لم يكن محل تنظيم إلا فيما ندر من بعض التشريعات الوطنية التي منحت هيئات التحكيم هذا الحق على استحياء ولم تنص عليه صراحة بل بشكل ضمني.

وكما سنرى سوف نستخلص لهذه الهيئات هذا الحق من ثنايا النصوص القائمة، ومن بعض الأحكام القضائية، حيث أن بعض المحاكم العليا في أغلب الدول سلبت هيئة التحكيم حق الفصل أو التعرض لمسألة دستورية القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح عليها سواء كان تشريع وطني أم أجنبي. وسوف نستعرض هذه المسألة متى كانت مصر هي مقر التحكيم وكذلك إذا كان التحكيم يُجرى في الخارج

المطلب الأول

الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئة تحكيم مقرها جمهورية مصر العربية

لا ريب أن التحكيم التجاري الدولي هو المجال الأرحب للخروج من ربقة القوانين الوطنية إلى ميدان التجارة الدولية، لاسيما في منازعات عقود التجارة الدولية وخاصة عند انعدام اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق.

فإذا كان الأمر كذلك ودفع أحد الأطراف أمام هيئة تحكيم مقرها جمهورية مصر العربية بعدم دستورية النصوص التي تقرر تطبيقها كقانون للتحكيم أو قدرت هيئة التحكيم من تلقاء نفسها عدم دستورية هذه النصوص فكيف تفعل هيئة التحكيم؟

قد يرى جانب من الفقه أنه يتعين على هيئة التحكيم أن تفصل في الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى المطروحة عليها أيا كانت صفة هذا القانون – قانون دولة المقر أو غيره من القوانين – إعمالاً للمادة (٢٢) من قانون التحكيم المصري أو غيرها من المواد الواردة في كافة التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تخول هيئة التحكيم الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع. وأن هذه المسائل التي لها حق الفصل فيها لم ترد على سبيل الحصر، ومن ثم يجوز لهيئة التحكيم الفصل في مسألة دستورية النصوص التي تطبقها من عدمها لاسيما وأن التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد منحتها سلطة واسعة في هذا الصدد. وبما أن التحكيم

في الأصل نظام "اتفاقي" يفوض بمقتضاه الأطراف هيئة التحكيم في الفصل بينهم، ومن ثم لها الحق في الفصل في كافة المسائل التي لم تتطرق إليها أرادة الأطراف.

لكننا لا نؤيد هذا الرأي. حيث أن كافة التشريعات الوطنية حددت على سبيل الحصر جهة أو جهات مختصة بالفصل في دستورية القوانين واللوائح الوطنية ورسمت طريق اتصال دعوى عدم الدستورية بهذه الجهات ولا يستقيم مطلقًا أن تملك جهة أخرى حتى من المحاكم الرسمية في الدولة الفصل في هذه المسائل. على سبيل المثال، جعل المشرع المصري المحكمة الدستورية العليا هي الجهة الوحيدة فقط التي له الحق في الفصل في كل ما يتعلق بدستورية القوانين واللوائح، ورسم طرق اتصالها بالدعوى، وكذلك المشرع الإماراتي نص على اختصاص المحكمة العليا في الإمارات بهذا الشأن وحدد طرق اتصالها بدعوى عدم الدستورية ولا تقبل بغير ما رسمه المشرع، وكذلك الأمر فرنسا اختص فقط المشرع الفرنسي المجلس الدستوري وأوضح بجلاء طرق اتصال القوانين واللوائح به. ومن ثم يمسي من غير المقبول أن تنتزع هيئة التحكيم هذه السلطة التي هي حكر لجهة معينة في الدولة. وليست لغيرها من المحاكم الوطنية التي إذا ما عنّت لها مسألة عدم دستورية نص في قانون أو لائحة أو دفع بذلك أمامها فلا تملك سوى الإحالة إلى المحكمة المختصة بهذه المسألة وتؤجل نظر الدعوى المنظورة أمامها لحين الفصل في مسألة الدستورية من عدمها.

ومن ثم لا تملك هيئات التحكيم من وجهة نظرنا الفصل في الدفع بعدم دستورية النصوص التي تطبقها لاسيما إذا ما كانت تشريعات وطنية[1].

بينما قد يرى جانب آخر من الفقه أن هيئة التحكيم في جمهورية مصر العربية إذا ما دفُع أمامها بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، تؤجل نظر الدعوى وتحيل المسألة إلى محكمة المادة التاسعة (٩) من قانون التحكيم المصري وهي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أو إلى محكمة استئناف القاهرة متى كان التحكيم تجاريًا دوليًا سواء جرى في مصر أم في الخارج باعتبارها المحكمة المختصة برقابة ومساعدة هيئة التحكيم في اتخاذ الإجراءات التي تخرج عن ولاية هذه الأخيرة. أو أن يطلب الخصوم من محكمة المادة التاسعة (٩) الفصل في مسألة الدستورية من عدمها قياسًا على حقهم في طلب الأمر باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية من قبل محكمة المادة (٩) أو أن تحيل المسألة إلى المحكمة الدستورية العليا.

بيد أنه باستقراء نصوص قانون التحكيم المصري نجد أن المشرع **(أولاً)** حدد حالات المساعدة التي تقدمها محكمة المادة (٩) لهيئة التحكيم.

---

(١) حيث أن البعض قد يتساءل وما هو الحكم لو كانت هيئة التحكيم تطبق عادات وأعراف ومبادئ التجارة الدولية ودفع أحد الأطراف بعدم دستوريتها، والرد على ذلك ميسور. وفقًا لأي دستور وطني قدّر مقدم الدفع عدم دستورية النص واجب التطبيق؟ أضف إلى ذلك أن هذه العادات والأعراف تلقائية النشأة في مجتمع التجار راضوها المحكم معلاتهم وتم تقنين بعضها في معاهدات دولية؟ فإذا ما أدرجت هذه الأخيرة في تشريعات وطنية فليس ثمة ما يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية وهي دومًا كذلك حيث أن أية معاهدة تنضم إليها الدولة تصبح جزءًا من تشريعها الداخلي. أما قواعد وأعراف التجارة الدولية التي لم تقنن بعد. لا يقبل الطعن بعدم دستوريتها، وحتى في هذه الحالة الأخيرة، متى قدر المحكم عدم ملاءمتها لتحقيق العدالة وعدم صلاحيتها للفصل في المنازعة فيستطيع أن يطرحها ويطبق قواعد أخرى أصلح لحكم المسألة. كما أن لا لوم عليه إذا ما تعرض لمدى ملائمة عادة أو عرف لم يقنن أو عدم ملاءمته حيث أنه لم يفتئت على سلطة أي محكمة وطنية ولم يتعرض لدستورية أو عدم دستورية تشريع وطني معين.

على سبيل الحصر ومن ذلك المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم عندما يثور خلاف حول تشكيلها أو عند تشكيلها على خلاف أحكام القانون.

وثانيًا نص المادة (٣٧) صدّره بقوله يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتي:[١] ومن ثم فهو اختصاص على سبيل الحصر.

هذا بالإضافة إلى المادة (١٤) التي تجيز لمحكمة المادة (٩) الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الخصوم[٢].

ونص المادة (٢٤) كذلك الذي يخول أحد الخصوم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من قانون التحكيم المصري أن يصدر الأمر بتنفيذ إجراء وقتي أو تحفظي تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه.

وتنحصر صور المساعدة التي تقدمها محكمة المادة (٩) لهيئة التحكيم فيما سبق، ونرى أنها اختصاصات مُنحت على سبيل الحصر لا يجوز التوسع فيها والقياس عليها. حفاظًا على هيئة التحكيم واستقلالها عن قضاء الدولة الذي لم يسمح له بالتدخل إلا على استحياء وللمساعدة في اتخاذ بعض الإجراءات التي تعجز عن القيام بها هيئة التحكيم وهي مساعدة بغرض حسن أداء العدالة وليس لمسخ التحكيم – والافتئات عليه – حيث أن القانون منح هيئة التحكيم سلطات واسعة رغبة منه في استقلالها وعلى رأسها، مبدأ الاختصاص بالاختصاص، والفصل في الدفوع المتعلقة بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته، **والأمر بالإنابة القضائية**.

---

(١) أنظر تفصيلاً المواد ١٧، ٢٤، ٩١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٢) راجع تفصيلاً د/ رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الطبعة الثالثة ٢٠٠٩، دار النهضة العربية، صـــ ٦٥ وما بعدها.

وكذلك منحها الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غيبة الاتفاق عليه من قِبل الأطراف. والحق في اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية بل أكثر من ذلك ورغبة من المشرع في استقلال التحكيم منح هيئة التحكيم بمقتضى المادة (١٩) من قانون التحكيم الحق في الفصل بنفسها في طلب الرد المقدم إليها ضد أحد المحكمين. ومن ثم جعلها خصمًا وحكمًا في نفس الدعوى لولا إن قُضي بعدم دستورية هذه الفقرة كما سنرى لاحقًا.[١] وهذا جميعه يؤكد رغبة المشرع في استقلال هيئة التحكيم. بل أن بعض الدول وحرصًا منها على استقلال التحكيم أصدرت أمرًا بتنفيذ أحكام تحكيم أُبطلت في دولة صدورها[٢].

ومن ثم نرى أن المحكمة الدستورية العليا في حكمها المادة (٩) محددة على سبيل الحصر وليس منها الفصل في مسألة دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم أو حتى إحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا لأن طريق الاتصال بالمحكمة الدستورية العليا ينحصر عليها المشرع في قانون إنشائها ولا يجوز مخالفته. وليس منها هذه الحالة الماثلة حيث رأى المحكمة الدستورية العليا في حكمها المادة (٩) غير مختصة بالدعوى لموضوعيتها ومن ثم لم يدفع أمامها بهذا الدفع ولم يتراءى لها كما طلب القانون عدم دستورية النصوص ومن ثم لا نؤيد ما سلف من قول، حيث رأى تقرير عدم دستورية القانون الواجب التطبيق من تلقاء نفسها المحكمة المشار إليها بعاليه أو تقرير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية ومنح مقدمه أجلاً لرفع دعواه بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا يستلزم فحص موضوع الدعوى وتقييم وقائعها وهو ما لا يجوز في ظل وجود اتفاق تحكيم يترتب عليه بالطبع على يد القضاء عن نظر الدعوى التحكيمية حيث أن

---

(١) راجع تفصيلاً حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية البند (١) من المادة (١٩) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قضية رقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية دستورية بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٦ نوفمبر ١٩٩٩م الموافق ٢٨ رجب سنة ١٤٢٠ هـ.

(٢) أنظر تفصيلاً د/ حسام الدين فتحي ناصف، تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

الفصل في موضوع الدعوى التي اتفق طرفاها على اللجوء إلى التحكيم للفصل فيما نشأ أو يمكن أن ينشأ بينهما من منازعات يحجب كل دور للقضاء عن خوض موضوعها طالما بقي اتفاق التحكيم سارياً وصحيحاً، موضوعياً وشكلياً. ومن ثم لا يجوز لأطراف الدعوى التحكيمية أن يستبقوا بمكنة المادة (٩) للفصل في مسألة دستورية أو عدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم أو أن يستبقوا بها في طلب إحالة هذه المسألة إلى المحكمة الدستورية العليا.

وبعد هذا العرض قد يظن البعض – وليس كل الظن إثم – أن باب الطعن بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية أمام هيئة التحكيم قد أوصد وليس لأطراف هذه المُكنة سوى أمام القضاء، وأن هيئة التحكيم لا يجوز لها التصرف حيال هذه المسألة إذا ما طُرحت عليها وكانت لازمة للفصل في الدعوى التحكيمية الماثلة. ومن ثم يُمسى الدفع بعدم الدستورية أمامها دفعًا بلا جدوى لأنها لا تملك قِبله أية صلاحيات.

بيد أن الباحث يرى أن المخرج من هذا المأزق والحل الجوهري لهذه المسألة يكمن في ثنايا قانون المحكمة الدستورية العليا وبعض أحكامها وإن لم يكن بشكل صريح فهو بشكل ضمني وباستنتاج منطقي لا مراء فيه. وثمة طريق مُعبّد للفصل في الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم. وسوف يتأتى ذلك تباعًا.

ولكن قبيل بيان ذلك ثمة تساؤل آخر يرتبط بالتساؤل المطروح على بساط البحث؟. **وهو هل تملك هيئة التحكيم إحالة الدعوى التحكيمية المطروحة عليها إلى القضاء في حالة الحكم بعدم اختصاصها بنظرها استناداً إلى أي سبب سوء عدم وجود اتفق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه بانتهاء مدته؟**

ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن هيئة التحكيم لا تملك الإحالة إلى القضاء[1] في حالة الحكم بعدم اختصاصها بالدعوى حيث أنها لا تعد إحدى محاكم الدولة والتي لها وحدها هذا الحق المقرر بمقتضى المادة (١١٠) من قانون المرافعات المصري التي توجب **(على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقًا بالولاية وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها)**[2].

ونُرجئ الرد على ذلك إلى ما بعد إثبات حق أطراف الدعوى التحكيمية في الدفع بعدم الدستورية أمام هيئة التحكيم وبيان سلطة الأخيرة في التصرف حيال هذا الدفع وأنها تملك سلطة الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا متى دُفع أمامها أو قدرت هي عدم دستورية القانون اللازم للفصل في النزاع المطروح عليها. وبالطبع سوف نوضح سلطة هيئة التحكيم في هذا الشأن متى كانت مصر هي دولة مقر التحكيم وكان القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق (**الفرع الأول**)، ثم مسألة عدم دستورية القانون الأجنبي أمام هيئة تحكيم مقرها مصر (**الفرع الثاني**).

---

(١) د. عبد الحليم المغربي - النوع المختلفة في المنازعات التحكيمية - بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو ١٩٩٩ ص ٢٥، راجع في ذلك المعنى: د. مصطفى الجمال، ود/ عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ص ١٤٨.

(٢) راجع تفصيلاً القانون رقم ١٣ لسنة ٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية التجارية، مصر.

الفرع الأول
هيئة التحكيم والرقابة على دستورية القانون المصري باعتباره القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكمية

لا ريب أن تنظيم مسألة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح تضطلع بها التشريعات الداخلية للدولة ولا تقبل تدخلاً بشأنها من أي دولة أجنبية، حيث تحدد الدولة جهة أو جهات معينة على سبيل الحصر بالفصل في مدى دستورية القوانين واللوائح الداخلية فقط. ومن ثم فالهيئة أو الجهة المخولة الفصل في هذه المسألة تملك هذه السلطة قبل القوانين الوطنية فقط وليس الأجنبية، كما لا يجوز لأية جهة غيرها الفصل في مسألة الدستورية مثال ذلك ما نص عليه المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا **(من اختصاص هذه الأخيرة دون غيرها بالفصل في مسألة الدستورية وغيرها من المسائل التي نص عليها على سبيل الحصر)**.

وأيا كان الأمر فإنه يتعين علينا بحث سلطات هيئة التحكيم التي اتخذت من مصر مقرًا لها قبل الطعن بعدم دستورية القانون المصري، متى كان هو القانون الواجب التطبيق على الدعوى المنظورة أمامها، ولكن قبيل بحث مسألة الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق متى كانت مصر هي دولة مقر التحكيم، **وحتى يتسنى لنا معرفة مدى سلطة هيئة التحكيم حيال الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمامها فيتعين على الباحث سرد بعض مواد القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا المعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨** وذلك بهدف بيان الجهات التي لها حق قبول الدفع بعدم الدستورية وتلك التي لها الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا إذا ما دُفع أمامها أو قدرت هي عدم دستورية القانون الواجب التطبيق.

أولاً: مدى اعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي؟

تنص المادة (٢٥) من القانون المشار إليه على أن "**تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي:**

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

ثانيًا: الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منهما ولم تتخل إحداهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها.

ثالثًا: الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والأخرى من جهة أخرى منها.

وبناء على ما تقدم تختص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في مسألتي تنازع الاختصاص بين المحاكم والهيئات والاختصاص القضائي. وتختص كذلك بالفصل في مسألة تعارض الأحكام الصادرة من هاتين الجهتين. ومن ثم إذا برهن الباحث على أن هيئات التحكيم تعد هيئات ذات اختصاص قضائي واعتبرت هذه مقدمة منطقية. فثمة نتيجة حتمية تترتب عليها وهي إمكانية الدفع أمامها بعدم الدستورية وقدرتها على إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها. حيث ينص قانون هذه الأخيرة في مادته التاسعة والعشرون على أن "**أ – إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة.**

ب – إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم تُرفع الدعوى في الميعاد أُعتبر الدفع كأن لم يكن.

وبناء على ما سلف فإن الجهات التي يجوز أن يُدفع أمامها بعدم الدستورية أو تتصدى هي من تلقاء نفسها لهذه المسألة هي **المحاكم الرسمية للدولة والهيئات ذات الاختصاص القضائي**، فإذا كان التحكيم قضاء خاص ولا يندرج ضمن الهرم القضائي الرسمي في الدولة **فهل يمكن اعتبار هيئة التحكيم ذات اختصاص قضائي متى كان مقر التحكيم جمهورية مصر العربية؟**

*** مدى اعتبار هيئة التحكيم في مصر هيئة ذات اختصاص قضائي؟**

يمكن للباحث المُدقق **أن يستشف الإجابة والتي هي بمثابة مقدمة يترتب عليها نتيجة حتمية من الأحكام الآتية والصادرة عن المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية والتي سوف نوردها كاملة نظراً لأهميتها القصوى، حيث يثبت منها لكل مُنصِفٍ بشكل لا مراء فيه أن هيئة التحكيم التي مقرها جمهورية مصر العربية تعُد هيئة ذات اختصاص قضائي ومتى ثبت ذلك فسوف نرتب عليه نتيجته الحتمية وهي جوز الدفع أمامها بعدم الدستورية. ومناقشة جدوى هذا الدفع وتصرفها حياله، وهل يختلف الأمر فيما لو كان القانون المدفوع بعدم دستوريته قانون أجنبي؟**

الحكم الأول:
القضية رقم ٨ لسنة ٢٢ قضائية (تنازع)

١ – دعوى "تكييفها"

المحكمة بما لها من هيمنة على الدعوى هي التي وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح.

٢ – دعوى فض تناقض الأحكام النهائية "مناط قبولها : اختلاف جهات القضاء – وحدة الموضوع".

مناط قبول طلب فض تنازع تنفيذ الأحكام النهائية المتناقضة أن يكون أحد الحكمين صادرًا من إحدى جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، وأن يكونا قد حسما النزاع في موضوعه وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معًا. تحقق مناط قبول هذا الطلب بتغاير جهات القضاء التي أصدرت هذين الحكمين، وباتحادهما نطاقًا وتعامدهما على محل واحد.

١ – المحكمة – بما لها من هيمنة على الدعوى – هي التي تُعطيها وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح، على ضوء طلبات رافعها، بعد استظهار حقيقة أبعادها ومراميها دون التقيد بحرفية ألفاظها ومبانيها، وكان ما يهدف إليه المدعي من دعواه هو فض التناقض بين الحكم الصادر في قضية الجُنحة المُباشرة – في شقيه الجنائي والمدني المتعلق بالتعويض المؤقت – وبين حكم هيئة التحكيم، والاعتداد بالحكم الأخير دون الحكم الأول، فإن الدعوى الماثلة – في تكيفها الصحيح – تُعد من المنازعات المنصوص عليها في البند "ثالثًا" من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العُليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٠، مما يستنهض ولاية المحكمة للفصل فيها.

٢ – جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن مناط قبول طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين قضائيين نهائيين متناقضين، طبقًا للبند الثالث المُشار إليه، هو أن يكون أحد الحُكمين صادرًا من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والثاني من جهة أخرى منهما، وأن يكونا قد تصادما، ليغدو متعذرًا – عقلاً ومنطقًا – اجتماع تنفيذهما معًا، مما يستوجب أن تتولى المحكمة الدستورية العُليا حسم هذا التناقض بالمفاضلة بين الحكمين على أساس من قواعد الاختصاص الولائي لتحدد على ضوئها أيهما صدر من الجهة التي لها ولاية الفصل في الدعوى، وأحقهما بالتالي بالتنفيذ. ولما كان الموضوع في الدعويين إنما يتعلق بمحل واحد هو الشيك المُتنازع عليه، فالحكم الصادر من المحكمة الجنائية ينصب على تحرير هذا الشيك بغير رصيد، وحكم هيئة التحكيم يقضي برد ذات الشيك إلى مصدره؛ **ومن ثم فقد تعامد الحكمان على محل واحد، وتناقضا مما يتعذر معه تنفيذهما معًا.**

٣– لما كان الفصل في طلب وقف التنفيذ لا يستحيل إلى الفصل في موضوع الدعوى، ولو كان هذا الطلب يُلقي بظله على الوقائع، ويرسم الحدود التي يتحرك في إطارها الخصوم، فإن اختصاص هيئة التحكيم التي رفضت وقف الفصل فيما يثور بينهما من منازعات، قبل جهة القضاء العادي إذ عادت – وهي بصدد الفصل في الادعاء المبدئي – إلى بحث أسباب دعوى المُدعي بطلب وقف ذلك الحكم على أن ذلك يعد صدور قضاء نهائي من الجهة المختصة برد ذلك الشيك إلى صاحبه، وصورة يد المستفيد عليه يداً عارضة بما لا يُتيح له التصرف فيه في ميعاد يتخلف به ركن قد يثبت اختصاصاً محجوزاً لهيئة التحكيم وضاع في شراطته وفي

حدود القانون؛ ومن ثم؛ فإن قضاء هيئة التحكيم – من الحكم الصادر من جهة القضاء العادي – يكون هو الأحق بالتنفيذ.

الإجراءات

بتاريخ الثامن من أبريل سنة ٢٠٠٠، أودع المدعي صحيفة هذه الدعوى قلم كُتاب المحكمة، طالبًا وقف تنفيذ الحكم الصادر في الجُنحة رقم ٨٤٨٤ لسنة ١٩٩٤ جنح قصر النيل والمؤيد بالحكم الصادر في الجنحة المُستأنفة رقم ٦١٢٨ لسنة ١٩٩٥ وسط القاهرة، وفي الموضوع بتنفيذ الحُكم الصادر من هيئة التحكيم في الطلب رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ فيما تضمنه من إلزام الشركة المُدعي عليها الثالثة بأن ترد إلى المدعي بصفته الشيك رقم ٦٧٨١٤٤ بمبلغ ٢٥٩٢٠٠ دولار.

وبتاريخ ٢٠٠٠/١٠/١ أمر المستشار رئيس المحكمة برفض طلب وقف التنفيذ.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرًا برأيها.

ونظرت الدعوى على الوجه المُبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث أن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل في أنه بتاريخ ١٩٩٢/٧/١٥ أبرمت الشركة المدعية عقد شراكة مع الشركة المدعي عليها الثالثة بغرض استيراد صفقات من الجبن "الشيدر" من الولايات المتحدة الأمريكية وتوزيعها بمصر، وإذ ثار خلاف بين الطرفين حول تنفيذ ذلك العقد فقد بادرت الشركة المُدعي عليها الثالثة إلى إقامة الجُنحة المباشرة رقم ٨٤٨٤ لسنة ١٩٩٤ أمام محكمة جُنح قصر

النيل ضد المُدعي بصفته متهمة إياه بتحرير الشيك رقم ٦٧٨١٤٤ بتاريخ ١٩٩٢/١٠/٢٠ بمبلغ ٢٥٩٢٠٠ دولار أمريكي دون أن يكون له رصيد قائم وقابل للسحب، وبتاريخ ١٩٩٥/٣/١٣ حُكم فيها غيابيًا بحبس المدعي ثلاث سنوات وبإلزامه بأن يؤدي للمدعي عليه الثالث تعويضًا مؤقتًا مقدار ٥٠١ جنيه، فعارض المُدعي، وبجلسة ١٩٩٥/٩/٢٥ قُضي برفض معارضته فأقام الاستئناف رقم ٦١٢٨ لسنة ١٩٩٥ جُنح مُستأنف القاهرة أمام محكمة جنوب القاهرة فقُضي غيابيًا برفضه فعارض فيه، وبجلسة ١٩٩٩/١٢/٢٩ قُضي في المعارضة الاستئنافية بالرفض والتأييد. ومن جهة أخرى كانت الشركة المدعية قد أقامت طلب التحكيم رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ أمام الاتحاد العام للغرف التجارية وغرفتي القاهرة والإسكندرية، وبجلسة ١٩٩٥/١٠/٣١ قضت هيئة التحكيم بإلزام الشركة المُدعي عليها الثالثة أن تُعيد إلى المُدعي الشيك رقم ٦٧٨١٤٤ المُتنازع عليه، وقد أصبح هذا الحكم واجب النفاذ برفض الدعوى ببطلانه. وإذ ارتأى المُدعي أن ثمة تناقضًا بين الحكم النهائي الصادر في الجُنحة رقم ٨٤٨٤ لسنة ١٩٩٤ قصر النيل، وبين الحُكم الصادر في طلب التحكيم رقم ٤ لسنة ١٩٩٤، بما يتعذر معه تنفيذهما معًا، فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث أن المحكمة – بما لها من هيمنة على الدعوى – هي التي تُعطيها وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح، على ضوء طلبات رافعها، بعد استظهار حقيقة أبعادها ومراميها دون التقيد بحرفية ألفاظها ومبانيها، وكان ما يهدف إليه المدعي من دعواه هو فض التناقض بين الحُكم الصادر في قضية الجُنحة المُباشرة – في شقيه الجنائي والمدني المُتعلق بالتعويض المؤقت – وبين حكم هيئة التحكيم، والاعتداد بالحكم الأخير دون الحكم الأول، فإن الدعوى الماثلة – في تكييفها الصحيح – تُعد من المنازعات المنصوص عليها في البند "ثالثًا" من المادة ٢٥ من قانون

المحكمة الدستورية العُليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، مما يستنهض ولاية المحكمة للفصل فيها.

وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط قبول طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حُكمين قضائيين نهائيين متناقضين، طبقًا للبند الثالث المُشار إليه، هو أن يكون أحد الحُكمين صادرًا من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والثاني من جهة أخرى منهما، وأن يكونا قد تصادمًا، ليغدو متعذرًا – عقلاً ومنطقًا – اجتماع تنفيذهما معًا، مما يستوجب أن تتولى المحكمة الدستورية العليا حسم هذا التناقض بالمفاضلة بين الحكمين على أساس من قواعد الاختصاص الولائي لتحدد على ضوئها أيهما صدر من الجهة التي لها ولاية الفصل في الدعوى وأحقهما بالتالي بالتنفيذ.

وحيث أن الموضوع في الدعويين إنما يتعلق بمحل واحد هو الشيك المُتنازع عليه، فالحكم الصادر من المحكمة الجنائية ينصب على تحرير هذا الشيك بغير رصيد، وحكم هيئة التحكيم يقضي برد ذات الشيك إلى مُصدره؛ ومن ثم فقد تعامد الحُكمان على محل واحد، وتناقضا مما يتعذر معه تنفيذهما معًا.

وحيث أن البين من الأوراق؛ أن رحى النزاع قد احتدمت بين الطرفين، حول أحقية المدعي عليه الثالث في الاحتفاظ بالشيك رقم ٦٧٨١٤٤ المُشار إليه واتخاذ إجراءات صرفه عند حلول أجل استحقاقه؛ مما حدا بالمدعي إلى إقامة طلب التحكيم رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ مضمنًا طلباته الختامية، أحقيته في استرداد الشيك آنف الذكر لبراءة ذمته من مقابل الوفاء به، فواجهه المدعي عليه الثالث بالادعاء المباشر موضوع الجنحة رقم ٨٤٨٤ لسنة ١٩٩٤ قصر النيل، طالبًا عقابه جنائيًا، فضلاً عن إلزامه بتعويض مؤقت؛ لما كان ذلك، وكان الفصل في طلب براءة الذمة

من الدين استصحابًا للأصل فيها – ولو كان هذا الدين يمثل مقابل الوفاء في ورقة تجارية – ورد سند الدين إلى محرره، هو من اختصاص هيئة التحكيم التي ارتضاها الطرفان للفصل فيما يثور بينهما من منازعات، فإن جهة القضاء العادي إذ عادت – وهي بصدد الفصل في الادعاء المباشر – إلى بحث انشغال ذمة المدعي بمقابل وفاء الشيك محل الدين ذاته؛ بعد صدور قضاء نهائي من الجهة المختصة برد ذلك الشيك إلى ساحبه، وصيرورة يد المستفيد عليه يدًا عارضة بما لا يُبيح له التقدم لصرف قيمته في ميعاد استحقاقه؛ تكون قد سلبت اختصاصًا محجوزًا لهيئة التحكيم برضاء طرفي مشارطته، وفي حدود القانون؛ ومن ثم؛ فإن قضاء هيئة التحكيم – دون الحكم الصادر من جهة القضاء العادي – يكون هو الأحق بالتنفيذ.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بالاعتداد بالقضاء الصادر من هيئة التحكيم المُشكلة بالاتحاد العام للغرف التجارية وغرفتي القاهرة والإسكندرية في طلب التحكيم رقم ٤ لسنة ١٩٩٤.

باستقراء الحكم المتقدم بعين الفاحص المدقق يتبين عدة أمور. يأتي في مقدمتها:

١ – أن المحكمة الدستورية العليا قررت صراحة وبغير مواربة أن الدعوى الماثلة تُعد من المنازعات المنصوص عليها في البند ثالثًا من (المادة ٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ مما يستنهض ولاية المحكمة للفصل فيها. وبالرجوع إلى نص المادة ٢٥ المُشار إليه يتبين أنه ينص علي أن (تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً: ..... ثانيًا: الفصل في تنازع

الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين ولم تتخل إحداهما عن نظرها، أو تخلت كلتاهما عنها.

ثالثًا: الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرًا أحدهما من أي جهة من جهات القضاء أو أي هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منهم.

ومن ثم إذا كانت المحكمة الدستورية العليا اعتبرت المنازعة المرفوعة عنها الدعوى من المنازعات التي ينص عليها البند ثالثًا من المادة ٢٥ من قانون إنشائها، ولما كانت المنازعة الناشئة تتمثل في أن ثمة تناقضًا بين الحكم النهائي الصادر في الجُنحة رقم ٨٤٨٠٤ لسنة ١٩٩٤ جنح قصر النيل، وبين الحكم الصادر في التحكيم رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بما يتعذر معه تنفيذهما.

ولما كانت هيئة التحكيم وفقًا لنص المادة ٢٥ المُشار إليه ليست من بين جهات القضاء الرسمي للدولة فلا ريب أنها تُعد هيئة ذات اختصاص قضائي بمقتضى نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا. فإن لم تكن كذلك فلماذا تدخل هذه المنازعة ضمن المنازعات المنصوص عليها في البند ثالثًا من المادة ٢٥ من قانون هذه الأخيرة؟ فهذا إقرارًا لا ريب فيه من قبل المحكمة الدستورية العليا على اعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي، حكمها نهائي بغض النظر عن تزييله بالصيغة التنفيذية من قبل القضاء أو عدم تذييله بهذه الصيغة.

٢ – يُستفاد كذلك من حكم المحكمة الدستورية العليا المتقدم ذكره أن هذه الأخيرة حينما قالت أن (.... **لما كان ذلك وكان الفصل في طلب براءة الذمة من الدين استصحابًا للأصل فيها .... ورد سند الدين إلى محرره هو من اختصاص هيئة التحكيم التي ارتضاها الطرفان للفصل فيما يثور بينهما من منازعات، فإن جهة القضاء العادي إذ عادت وهي بصدد الفصل في الادعاء المباشر إلى بحث انشغال ذمة**

المدعي بمقابل وفاء الشيك محل الدين ذاته بعد صدور قرار نهائي من الجهة المختصة برد الشيك إلى ساحبه، وصيرورة يد المستفيد عليه يداً عارضة.... تكون قد سلبت اختصاصًا محجوزًا لهيئة التحكيم برضاء طرفي مشارطته وفي حدود القانون...).

ولما كان ما تقدم فإن المحكمة الدستورية العليا تكون قد أكدت بما لا يدع مجالاً للشك حجية أحكام التحكيم أمام القضاء لا يجوز لهذا الأخير التصدي لموضوع صدر فيه حكم تحكيم، نظرًا لوحدة الخصوم أو المحل أو السبب، وهي حجية نص عليها قانون التحكيم المصري وأكدتها المحكمة الدستورية العليا في حكمها المتقدم.

ويرى الباحث أن المحكمة الدستورية العليا قد ذهبت إلى أبعد من ذلك في الحكم المُشار إليه حيث قررت أن الاختصاص في نظر الدعوى محل الطعن محجوز لهيئة التحكيم، فهي بذلك طبقت البند ثانيًا من المادة ٢٥ من قانون إنشائها والذي منح المحكمة الدستورية العليا الحق في تحديد الجهة المختصة من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بنظر الدعوى متى رُفعت إليهما هذه الأخيرة عن موضوع واحد ولم تتخل إحداهما عن نظرهما أو خلت كلتاهما عنها، وسوف يؤيد الباحث وجهة نظره في اعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي مع ما يترتب على ذلك من نتائج يأتي في مقدمتها حقها في الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا متى تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة وكان لازمًا للفصل في الدعوى المطروحة عليها. بالأحكام التالية:

الحكم الثاني:
تنازع بين حكم التحكيم وحكم القضاء العادي

قضية رقم ١٥ لسنة ٢٧ قضائية المحكمة الدستورية العليا "تنازع"

نص الحكم
باسم الشعب
المحكمة الدستورية العليا
الإجراءات

بتاريخ العشرين من يوليه سنة ٢٠٠٥، أودع المدعي صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالبا الحكم:

أولا: بصفة مستعجلة وقف تنفيذ حكم المحكمين رقم ٨ لسنة ١٩٩٥ "**تحكيم مدني كلي الزقازيق**" وإخطار محكمة النقض بوقف الطعن بالنقض المدني رقم ٥٩٧٥ لسنة ٧٥ قضائية بوقف الأثر المستطيل به وكذا إخطار محكمة بلبيس الجزئية بوقف الإشكال رقم ١٨٣ و ٣٧٦ لسنة ٢٠٠٥ "**مستعجل بلبيس**" حتى يفصل في موضوع النزاع الماثل والاعتداد بالحكم الصادر في الدعوى رقم ٢١٢١ لسنة ١٩٨٦ مدني كلي الزقازيق.

ثانيا: في الموضوع؛ بوقف تنفيذ حكم المحكمين الصادر في التحكيم رقم ٨ لسنة ١٩٩٥ "**تحكيم مدني كلي الزقازيق**" وقفا نهائيا.

وبتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٣ أمر السيد المستشار رئيس المحكمة بوقف تنفيذ حكم المحكمين المشار إليه.

وقدم المدعى عليهم من الثاني إلى العاشرة مذكرة طلبوا فيها الحكم بعدم قبول الدعوى.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها.

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل في أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ٢١٢١ لسنة ١٩٨٦ مدني أمام محكمة الزقازيق الابتدائية ضد المدعى عليهم من الثاني حتى العاشرة؛ بطلب الحكم بتثبيت ملكيته للأرض الزراعية المبينة الحدود والمعالم بصحيفة الدعوى، فقضت بجلسة ١٩٨٨/٢/١٨ بتثبيت ملكيته لهذه الأرض، وإذ لم يرتض المحكوم ضدهم في تلك الدعوى هذا القضاء، فقد طعنوا عليه بالاستئناف رقم ٣٨٢ لسنة ٣١ "**قضائية**" أمام محكمة استئناف المنصورة "**مأمورية الزقازيق**"، التي قضت بجلسة ١٩٩٣/٩/٨ بتأييد الحكم المستأنف، وتم تنفيذه بتاريخ ١٩٩٥/٩/٣٠، وإذ طعنوا عليه بالنقض بالطعن رقم ٨٥٨٢ لسنة ٦٣ قضائية – "**مدني**"، فقضت فيه المحكمة بجلسة ٢٠٠٢/٤/٤ بعدم القبول. وبتاريخ ١٩٩٥/١٠/١٧ صدر حكم في التحكيم المقيد برقم ٨ لسنة ١٩٩٥ "**كلي الزقازيق**" ذيل بالأمر بالتنفيذ رقم ٧٠ لسنة ١٩٩٥ الصادر من قاضي الأمور الوقتية بمحكمة الزقازيق الابتدائية في ١٩٩٥/١١/١، قاضيا بأحقية المدعى عليهم "**ورثة المرحوم** ..." للأرض الزراعية محل النزاع، وإذ لم يرتض المحكوم ضده هذا الحكم، وطعن عليه بالاستئناف رقم ١٢١٥ لسنة ٣٩ "**قضائية**" أمام محكمة استئناف المنصورة "**مأمورية الزقازيق**"؛ طالبا الحكم ببطلانه، فقضت فيه تلك المحكمة بجلسة ٢٠٠٥/٣/٢٢ برفضه، فطعن فيه أمام محكمة النقض بالطعن رقم ٥٩٧٥ لسنة ٧٥ "**قضائية**"؛ حيث قضت في شقه العاجل بجلسة ٢٠٠٥/١٢/١٥ برفض طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه. وبتاريخ ٢٠٠٥/٥/٢٢ كان قد صدر قرار المحامي العام لنيابة جنوب الزقازيق الكلية في محضر الحيازة رقم ٦٢٣١ لسنة ٢٠٠٣ "إداري بلبيس" بتمكين المدعي من حيازة الأرض محل النزاع.

وحيث إنه بعرض طلب وقف تنفيذ حكم المحكمين الصادر في التحكيم رقم ٨ لسنة ١٩٩٥ "مدني كلي الزقازيق" على السيد المستشار رئيس المحكمة الدستورية العليا؛ قرر بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٣ وقف تنفيذه.

وحيث إن المحكمة -بما لها من هيمنة على الدعوى -هي التي تتعين وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح على ضوء طلبات رافعها بعد استظهار حقيقة أبعادها ومراميها دون التقيد بحرفية ألفاظها أو مبانيها، وكان ما يبغيه المدعي من دعواه هو **فض التناقض القائم بين حكم التحكيم وحكم القضاء العادي، والاعتداد بالحكم الأخير دون الحكم الأول**، فإن الدعوى الماثلة -في تكييفها الصحيح -تعد من المنازعات المنصوص عليها في البند "ثالثاً" من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، مما يتحقق به ولاية المحكمة الفصل فيها.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة مطرد على أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالاة، مجردا من التحامل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، فالتحكيم مصدره الاتفاق؛ إذ يحدد طرفاه – وفقا لأحكامه – نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، ويلتزم المحتكمون بالنزول على القرار الصادر فيه، وتنفيذه تنفيذا كاملا وفقا لفحواه، ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزة اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة، ومن ثم يعتبر التحكيم نظاما بديلا عن القضاء، فلا يجتمعان.

وحيث إن مناط قبول طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين طبقا للبند "ثالثا" من المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون أحد الحكمين صادرا من إحدى جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها، وأن يكونا قد حسما موضوع النزاع في جوانبه كلها أو بعضها وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معا حتى كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن محكمة [illegible] الابتدائية قضت في الدعوى رقم ٢١٢١ لسنة ١٩٨٦ بتثبيت ملكية المدعي للأرض محل النزاع وأيدت محكمة [illegible] بصورة "أمرية [illegible]" هذا الحكم بحكمها الصادر في الاستئناف رقم ٣٨٢ لسنة ٣١ قضائية، وتم تنفيذ هذا الحكم بتسليم المدعي الأرض محل النزاع، وأن الحكم الصادر في التحكيم المقيد برقم ٨ لسنة ١٩٩٥ كلي [illegible]" المذيل بالأمر بالتنفيذ رقم ٧٠ لسنة ١٩٩٥ الصادر من قاضي الأمور الوقتية بمحكمة [illegible] الابتدائية قضى بأحقية المدعى عليهم في تركة المرحوم/ ..." للأرض ذاتها، مما مقتضاه عدم جواز تسليمها إلى المدعي؛ وبما مؤداه عدم الاعتداد بقرار تسليمها إليه، ومن ثم فإن الحكمين يكونان قد اتخذا طريقا وتناقضا، وغدا إنفاذ قضائهما معا متعذرا؛ وبالتالي فإن مناط الفصل بينهما يكون متحققا.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المفاضلة التي تجريها بين الحكمين النهائيين المتناقضين لتحدد على ضوئها أيهما أحق بالاعتداد به عند التنفيذ إنما تتم على أساس ما قرره المشرع من قواعد لتوزيع الولاية بين جهات القضاء المختلفة.

وحيث إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المنازعات المتعلقة بالأموال والملكية والحيازة هي - بحسب الأصل - من المنازعات الناشئة عن روابط القانون الخاص؛ مما يدخل الفصل فيه في اختصاص جهة القضاء العادي باعتباره صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص؛ طبقا للمادة (١٥) من قانون السلطة القضائية.

وحيث إن البند (٢) من المادة (٥٨) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ينص على أنه "**لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي:**

(أ) **أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع**...".

وحيث إن مفاد هذا النص – وفقا لقضاء هذه المحكمة – أن الأمر بالتنفيذ الذي يصدره القاضي المختص وفقا لأحكام قانون التحكيم لا يعد مجرد إجراء مادي بحت يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين، وإنما يتم بعد بحث الاختصاص ثم التأكد من عدم تعارض هذا الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع؛ بما مؤداه أن ما قرره هذا النص من عدم جواز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في حالة سبق صدور حكم قضائي في موضوع النزاع، إنما هو تأكيد لانتفاء اختصاص أي هيئة للتحكيم بالفصل فيما سبق أن حسمته الأحكام القضائية من أنزعة؛ إعمالا لحجية هذه الأحكام القضائية.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان النزاع على الدعوى الماثلة قد تم حسمه بصدور حكم محكمة بنها الابتدائية بصفتها الاستئنافية العالي بالمنصورة في الاستئناف رقم ٣٨٢ لسنة ٣٦ قضائية بجلسة ١٩٩٣/٩/٨ بتأييد الحكم المستأنف الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٩/٣٠، ثم قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن عليه على النحو الموضح بالبيد أنه بتاريخ ١٩٩٥/١٠/١٧ صدر حكم في التحكيم رقم ٨ لسنة ١٩٩٥ "**كلي الزقازيق**" المقضي بالأمر بالتنفيذ رقم ٧٠ لسنة ١٩٩٥ في ١٩٩٥/١١/١، وانتهى هذا الحكم إلى أحقية المدعى عليهم للأرض محل النزاع والطعن المدعي على هذا الحكم أمام محكمة بنها العالي بالمنصورة مطالبا الحكم ببطلانه قضت فيه تلك المحكمة برفض الطعن المدعي على الحكم الأخير أمام محكمة النقض بطلب وقف تنفيذه قضت فيه كذلك برفض، وكانت جهة القضاء العادي تختص ولاية العامة في ظل كافة المنازعات إلا ما

بالمنتشي هيئتين خلافا للمادة (١٩) من قانون السلطة القضائية كما ينتفي اختصاص أي هيئة التحكيم بالفصل في أي نزاع يتعلق بحكم قضائي، ولا يجوز القضاء بتنفيذ الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الذي يتعارض مع ذلك الحكم القضائي، فإن هيئة التحكيم إذ عالجت - وهي بصدد الفصل في موضوع النزاع المطروح أمامها - إلى بحث ملكية المدعي للأرض ذاتها محل النزاع وأصدرت حكمها بأحقية المدعي عليهم لها، بعد أن استنفدت جهة القضاء العادي ولايتها بخصوص هذا النزاع بقضائها بتثبيت ملكية المدعي للأرض النزاع بصورة هذا القضاء نهائيا وتنفيذه بالتسليم الفعلي، تكون قد جاوزت اختصاصها، ومن ثم فإن الحكم الصادر من جهة القضاء العادي - دون حكم هيئة التحكيم - يكون هو الأحق بالتنفيذ.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بالاعتداد بالحكم النهائي الصادر من محكمة الزقازيق الابتدائية في الدعوى رقم ٢١٢١ لسنة ١٩٨٦ مدني؛ المؤيد بالحكم الصادر من محكمة استئناف المنصورة "مأمورية الزقازيق" في الاستئناف رقم ٣٨٢ لسنة ٣١ "**قضائية**".

مما لا ريب فيه أن الحكم المتقدم ينطق بكل وضوح باعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي عندما نص صراحة على أن "**قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المفاضلة التي تجريها بين الحكمين النهائيين المتناقضين لتحدد على ضوئها أيهما أحق بالاعتداد به عند التنفيذ إنما يتم على أساس ما قرره المشرع من قواعد توزيع الولاية بين جهات القضاء المختلفة**". وكذلك حينما قالت: **(أن مناط قبول طلب الفصل في النزاع يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين طبقًا للبند ثالثًا من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون أحد الحكمين صادراً من إحدى جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها، ويكونا قد حسما موضوع النزاع في جوانبها كلها او بعضها وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معًا. وكان البين من الأوراق أن محكمة الزقازيق**

الابتدائية قضت في الدعوى رقم ٢١٢١ لسنة ١٩٨٩ بتثبيت ملكية المدعي للأرض محل النزاع، وأيدت محكمة استئناف المنصورة (مأمورية الزقازيق) هذا الحكم ..... وأن الحكم الصادر بالتحكيم المقيد برقم ٨ لسنة ١٩٩٥ ..... قضى بأحقية المدعى عليه ورثة المرحوم/ ..... للأرض ذاتها ..... ومن ثم فإن الحكمين يكونا قد اتحدا نطاقا وتناقضا وغدا إنفاذ قضائهما معًا متعذرًا، وبالتالي فإن مناط التناقض بينهما متحققًا.....).

وكذلك عندما ذهبت في موضع آخر إلى أن (.... **ما يهدف إليه المدعي من دعواه هو فض التناقض القائم بين حكم التحكيم وحكم القضاء العادي والاعتداد بالحكم الأخير دون الحكم الأول، فإن الدعوى الماثلة في تكييفها الصحيح تُعد من المنازعات المنصوص عليها في البند ثالثًا من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ٧٩ مما يستنهض ولاية المحكمة للفصل فيها...).**

ولا ريب أن ما تقدم يعني اعترافًا صحيحًا من المحكمة الدستورية العليا باعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي وذلك باعتبارها المنازعة محل الدعوى من المنازعات التي يسري عليها البند ثالثًا من المادة ٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

ورابعًا: حتى لو سلمنا جدلًا بأن مناط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالمنازعة على الدعوى المشار إليها هو تذييل حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية، ورأى هذه الأخيرة هي التي ذهبت إليها المحكمة الدستورية العليا في الحكم المتعلق بالطعن على الدعوى رقم ١٥ لسنة ٢٧ قضائية دستورية عليا المشار إليها، **فهذا قول مردود، حيث أن حكم التحكيم نهائي بذاته بنص المادة ٥٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية بصرف النظر عن تذييله بالصيغة التنفيذية أو عدم تذييله بها. وقد اعترفت المحكمة الدستورية العليا ذاتها بذلك في حكمها الدعوى رقم ٨ لسنة ٢٢ قضائية دستورية هذا من ناحية أولى.**

ومن ناحية أخرى فما الاعتداد بحكم القضاء النهائي دون حكم التحكيم النهائي إلا أخذًا بالحجية التي يحوزها حكم القضاء النهائي أمام كافة المحاكم وهيئات ذات الاختصاص القضائي، وأخذًا في الاعتبار ما نصت عليه المادة

٥٨ من قانون التحكيم المصري، والتي تشترط لإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ألا يتعارض مع حكم سبق صدوره من محاكم مصرية في موضوع النزاع حيث قررت المحكمة الدستورية العليا ذلك بقولها (..... **ولا يجوز لقاضي التنفيذ الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الذي يتعارض مع الحكم القضائي، فإن هيئة التحكيم إذ عادت** ..... **إلى بحث ملكية المدعي للأرض ذاتها محل النزاع وأصدرت حكمها بأحقية المدعي عليهم لها بعد أن استنفذت جهة القضاء العادي ولايتها بنظر هذا النزاع بقضائها بتثبيت ملكية المدعي لأرض النزاع وصيرورة هذا القضاء نهائيًا** ..... **تكون قد جاوزت اختصاصها**).

فهنا اعترفت المحكمة الدستورية العليا صراحة باعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي وأيا كانت المبررات التي استندت إليها في ذلك والتي لم تفصح عنها بعد فإننا نؤيد ما ذهب إليه هذا الحكم. حيث أن من الأجدى اعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي إن لم يكن بالنظر إلى تشكيلها فبالنظر إلى طبيعة عملها وما يصدر عنها من أحكام يجوز الطعن عليها بالبطلان لأسباب محددة على سبيل الحصر، وكذلك إن لم يكن المشرع نص على اعتبارها هيئة ذات اختصاص قضائي بشكل مباشر فيمكن اعتبارها كذلك بشكل غير مباشر، حيث أصدر المشرع قانون متكامل ينظم عملها من بداية الاتفاق على التحكيم إلى حين تنفيذ أحكامه.

كما حددت المحكمة الدستورية العليا في أكثر من حكم مفهوم الهيئة ذات الاختصاص القضائي، حيث عرفت بأن "**الهيئة ذات الاختصاص القضائي في مفهوم (المادة ٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا، هي كل هيئة خولها المُشرع سلطة الفصل في خصومة موضوعية بحكم تُصدره بعد إتباع الإجراءات القضائية التي يُحددها القانون وهي جميعها خصها المشرع بالفصل في خصومات "موضوعية" ونظم الاختصاص فيما بينها على هدىٍ من أحكام الدستور بحيث إذا تنازعت فيما بينها حول الاختصاص كانت المحكمة**

الدستورية العليا هي وحدها صاحبة الولاية في حسم هذا التنازع وتعيين الجهة القضائية المختصة....."[1].

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "**الهيئة ذات الاختصاص القضائي في مفهوم المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا هي كل هيئة خولها المشرع سلطة الفصل في خصومة بحكم تُصدره بعد إتباع الإجراءات القضائية التي حددها القانون، وهي جميعًا جهات قضائية متعددة في نظامنا القضائي، خصها المشرع بالفصل في خصومات موضوعية، ونظم الاختصاص فيما بينها على هديٍ من أحكام الدستور بحيث إذا ما تنازعت فيما بينها حول الاختصاص كانت المحكمة الدستورية العليا هي - وحدها - صاحبة الولاية في حسم هذا التنازع وتعيين الجهة القضائية المختصة، وذلك باعتبارها هيئة قضائية مستقلة وقائمة بذاتها، وخارجة عن هذه الجهات القضائية،** ....."[2].

فإن كان التحكيم قضاءٍ خاص إلا أنه قد تم تنظيم كل ما يتعلق به من قبل المشرع، منذ اتفاق التحكيم وحتى صدور حكم التحكيم والطعن فيه وتنفيذه. وقد أمسى التحكيم هو الوسيلة الأمثل لجذب وتشجيع الاستثمار الأجنبي، ومن ثم فهيئة التحكيم تعد هيئة ذات اختصاص قضائي تستمد طبيعتها القضائية من نصوص القانون – قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ **وسوف يوقن يوقن القارئ بما تقدم من رأي بعد إيراد الحكم الآتي**.

الحكم الثالث

"التعارض بين أحكام المحاكم وأحكام المحكمين"

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية **(رقم ٥ لسنة ٦ قضائية)** "**تنازع**" أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١، ص ٤٢٧. وانظر كذلك القضية **(رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية)** "**تنازع**" جلسة ٢٠٠١/٨/٤.

(٢) القضية رقم ٣ لسنة ٥ قضائية "تنازع" بجلسة ٨٤/٦/١٦، جـ ٣، دستورية، صـ ٤١٥.

بالجلسة المنعقدة يوم الأحد السادس من فبراير ٢٠١١م
الموافق الثالث من ربيع الأول سنة ١٤٣٢
أصدرت الحكم الآتي:
في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية برقم ١١ لسنة ٢٧ قضائية "تنازع

الإجراءات

بتاريخ الحادي عشر من شهر يونيو سنة ٢٠٠٥ أودع المدعي صحيفة الدعوى الماثلة قم كُتاب المحكمة الدستورية العليا طلبًا للحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ حكم التحكيم رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ محكمة شمال القاهرة والحكم الصادر في الاستئناف رقم ١٨٦٥ لسنة ١٢١ قضائية استئناف القاهرة لحين الفصل في الموضوع، وفي الموضوع بفض التعارض بين الحكمين المنوه عنهما وتحديد الحكم الواجب التنفيذ.

وأودعت هيئة قضايا الدولة مذكرة دفعت فيها طلبت في ختامها عدم قبول الدعوى.

وبعد تحضر الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرًا برأيها.

وإذ عُرض الطلب العاجل على السيد رئيس المحكمة أمر بوقف التنفيذ.

ونُظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث أن الوقائع – على ما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل في أن المدعي بصفته حارسًا قضائيًا على العقار رقم ٣٥ شارع محمد مظهر بالزمالك، أقام الدعوى برقم ١٣٢١ لسنة ٢٠٠٣ أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية طلبًا لإخلاء المدعي عليه الثالث من العين

المؤجرة له وتسليمها، لامتناعه عن سداد الأجرة. حكمت المحكمة بتاريخ ٢٠٠٥/١/١١ بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى لبطلان التكليف بالوفاء. وكان المدعي بصفته عقب صدور الحكم بالإخلاء والتسليم، قد قام بتأجير العين ذاتها للمدعي عليهم من الرابع إلى السادس والذين أقاموا بموجب مشارطة تحكيم، التحكيم رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ محكمة شمال القاهرة ضد المدعي بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار المحرر لهم بتاريخ ٢٠٠٣/١١/١٩ وتسليمهم العين المؤجرة.و صدر حكم التحكيم بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٤ مجيبًا لطلباتهم وإذا ارتأى المدعي أنه ثمة تناقضًا بين الحكمين يتعذر معه تنفيذهما معًا. فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التحكيم وسيلة فني لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع بناء على علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزة اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم تبعًا لذلك بإسناد من الدولة، ومن ثم يعتبر التحكيم نظامًا بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان. بما مؤداه وعلى ما جرى به نص البند (٢) من المادة ٥٨ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، أنه لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق من أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع. ذلك أن الأمر بالتنفيذ الذي يصدره القاضي المختص وفقًا لأحكام قانون التحكيم لا يعد مجرد إجراء عادي بحت يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين، وإنما يتم بعد بحث الاختصاص ثم التأكد من عدم تعارض هذا الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع. وذلك إعمالاً لحجية الأحكام القضائية، حيث أن مناط قبول طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ **حكمين نهائيين طبقًا للبند ثالثًا من المادة (٢٥)** من قانون المحكمة الدستورية العليا **بقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩** وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون الحكمين الصادرين

من **جهتين مختلفتين من جهات القضاء قد حسما** موضوع النزاع في جوانبه كلها أو **بعضها، وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معًا**. وتكون المفاضلة التي تجريها المحكمة الدستورية العليا بين حكمين متناقضين على أساس ما قرره **المشرع من قواعد لتوزيع الولاية بين جهات القضاء المختلفة**.

وحيث إنه لما كان ما تقدم وكانت المنازعات المتعلقة بالأموال والملكية والحيازة – ومنها المنازعة موضوع الحكمين – هي ما يدخل الفصل فيه في اختصاص جهة القضاء العادي، وقد تم حسم ذلك النزاع المعروض بالحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم ١٦٥ لسنة ٢١ قضائية والقاضي بعدم قبول الدعوى الابتدائية المرفوعة بطلب الإخلاء وهو قضاء نهائي مؤداه استمرار حيازة المدعي عليه الثالث للعين المؤجرة بما لازمه أن قضاء هيئة التحكيم في النزاع ذاته، **وإن كان قد صدر قبل حكم الاستئناف**، إلا أن هذا القضاء لا يكون واجب التنفيذ إلا بعد صدور الأمر **بذلك من قاضي التنفيذ الذي يتعين عليه قبل** إصدار ذلك الأمر التأكد من عدم تعارض ذلك القضاء، مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في **النزاع ذاته**. أما وقد صدر الأمر بتنفيذ حكم المحكمة بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٣٠ **بعد صدور حكم محكمة استئناف** القاهرة بتاريخ ٢٠٠٥/١/١١، فإنه لا **يتعين الاعتداد** به لسبق وجوب تنفيذ حكم محكمة الاستئناف المشار إليه قبله.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة: بالاعتداد بالحكم النهائي الصادر من محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم ١٨٦٥ لسنة ٢١ قضائية دون حكم هيئة التحكيم الصادر في التحكيم ٣ لسنة ٢٠٠٥ محكمة شمال القاهرة.

ويتضح جلاء من هذا الحكم أيضًا أن المحكمة الدستورية العليا اعتبرت هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي تخضع لنصوص **المواد (٢٥، ٢٩)**

من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ حيث أنها فصلت في مسألة تنازع الاختصاص بين هيئة التحكيم والقضاء العادي. ليس هذا فحسب، بل اعتبرت التحكيم بديلاً عن القضاء، وليس قضاء استثنائيًا كما يذهب جانب من الفقه، حيث لم يعد التحكيم كذلك، إن شئت فقل قضاء موازيًا أو بديلاً عن القضاء الوطني لاسيما في المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار وعقود التجارة الدولية.

وإن كانت المحكمة الدستورية العليا رجحت تنفيذ أحكام القضاء العادي في بعض أحكامها، فإنها قد رجحت حكم التحكيم على حكم القضاء في مقام آخر. بيد أن ما تقدم لا يُغير من الأمر شيء. فما يعنينا إثباته هو مدى اعتبار هيئة التحكيم – متى كانت مصر هي دولة المقر – هيئة ذات اختصاص قضائي. وقد اعترفت المحكمة الدستورية العليا لها بهذه الصفة.

وما كان من أمر الاعتداد بحكم القضاء العادي دون حكم التحكيم، إلا أنه لاعتبارات قانونية بحتة وتطبيقًا مجردًا لنصوص القانون وليس لأن أحكام التحكيم أدنى مرتبة من القضاء. حيث أن أحكام التحكيم صدرت لاحقة على الأحكام النهائية للقضاء ومن المعلوم أن نص البند (٢) من المادة ٥٨ من قانون التحكيم في المواد المدنية التجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ينص على أنه **(لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق من أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدروه من المحاكم المصرية في موضوع النزاع)**.

وإذا طعن البعض فيما تقدم من استنتاج بمقولة أن فصل المحكمة الدستورية العليا في تعارض حكمي القضاء والتحكيم في الدعاوى المتقدمة يستند إلى أن حكم التحكيم قد زُيل بالصيغة التنفيذية واصطبغ بالصبغة القضائية ومن ثم فقد أمسى حكمًا قضائيًا. بيد أن هذا الرأي قد جانبه الصواب، وقد تقدم القول بأن حُكم التحكيم بنص الاتفاقيات الدولية وقانون التحكيم المصري هي أحكام نهائية بمجرد صدورها من هيئة التحكيم حيث تنص المادة "٥٥" من قانون التحكيم المصري على أن "**تحوز أحكام المحكمين**

الصادرة طبقًا لهذا القانون حُجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون". كما تنص المادة "٥٢" من ذات القانون على أنه "١ - **لا تُقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقًا لهذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طُرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية**.

٢ – **يجوز رفع دعوى بُطلان حكم التحكيم وفقًا للأحكام المُبينة في المادتين التاليتين**".

كما تنص المادة "٥٣" من ذات القانون على أن: "١ – **لا تُقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية :** .....".

يُتضح مما تقدم من هذه المواد أن **حُكم التحكيم هو حُكم نهائي بغير حاجة إلى تزييله بالصيغة التنفيذية**، وما هذه الأخيرة إلا أمر موجه لرجال السُلطة العامة بتنفيذ حكم التحكيم حيث لا تملك هيئة التحكيم إصدار هذا الأمر، ولا أثر للصيغة التنفيذية على طبيعة حكم التحكيم والذي يصدر نهائيًا بذاته.

بجانب ما تقدم من أحكام والتي تُوجب الاعتراف لهيئة التحكيم بأنها إحدى الهيئات ذات الاختصاص القضائي والتي تنص عليها المادة "٢٥" من قانون المحكمة الدستورية العليا، يوجد نص قانوني قد يُسعِف في إقناع من يُجادل من غير دليل في عدم اعتبار هيئات التحكيم ضمن الجهات التي يجوز الدفع أمامها بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق وحقها في تقدير جدية هذا الدفع ومنح مقدمه أجلاً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا أو أن تُحيل هي بذاتها الأمر إلى هذه الأخيرة متى تراءى لها عدم دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى المطروحة أمامها، وهو نص المادة (٤٦) من قانون التحكيم المصري والذي ينص على أنه "**إذا عُرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طُعن بالتزوير في ورقة قُدمت لها أو اُتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في موضع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو تزوير الورقة أو الفعل الجنائي الآخر ليس لازمًا للفصل في**

موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم".

ولا ريب أن النص المُتقدم ينطق بوضوح عن أحقية هيئة التحكيم في وقف الدعوى التحكيمية وقفًا تعليقيًا، إذا ما طُرحت عليها مسألة تخرج عن اختصاصها متى قدرت لزوم هذه المسألة للفصل في موضوع الدعوى التحكيمية، حتى حين صدور حُكم نهائي في هذا الشأن من المحكمة صاحبة الاختصاص. **فما الذي يحول دون أن تكون المسألة التي تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم هي الفصل في دستورية أو عدم دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية**؟، حيث أن المسائل التي يُمكن أن تُوقف هيئة التحكيم إجراءات سير الدعوى التحكيمية لحين الفصل فيها من الجهة المختصة غير محددة على سبيل الحصر بنص المادة (٤٦) سالفة الذكر، **ومن ثم نرى أنه يُمكن أن يُثار الدفع بعدم دستورية نص قانوني أمام هيئة التحكيم ومتى قدرت هذا الأخير فعليها أن توقف نظر الدعوى، وأن تمنح مقدم هذا الدفع أجلاً لرفع دعواه بعدم دستورية هذا النص.**

كما أنه يتعين تفسير نصوص قانون التحكيم المصري لاسيما نصي "**المادتين ٢٢، ٤٦**" تفسيرًا يتوافق مع الهدف من هذا التشريع وهو تشجيع الاستثمار وسرعة الفصل في الخصومات "**ومن حيث إن الأصل في مقام التفسير أن العام يُعمل به على عُمومه ما لم يوجد ما يُخصصه، وأن المُطلق يُحمل على إطلاقه ما لم يقم ما يُقيده. وأنه يتعين عند تفسير أي نص قانوني أن يفُسر تفسيرًا تتعاضد به نصوص التشريع ولا تتهادم، وتُقام به أركانه ولا تتساقط وتتكامل به نصوصه ولا تتنافر وتُحمل به النصوص على قرينة المشروعية الدستورية وأن يتفق هذا التفسير وإرادة المشرع والغاية التي تغياها، ولا يجوز أن يحُمل التفسير على حرفية اللفظ**

فتتهادم به النصوص وتقع في حمأة المخالفة الدستورية أو تتنافر به النصوص فتغدو مُتباعدة مُتباينة مُتناقضة حائرة...."[1].

أضف إلى ما تقدم أن عدم الاعتراف لهيئة التحكيم بحق تقدير جدية الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق سواء دُفع بذلك أمامها أو ترآى لها ذلك من تلقاء نفسها يترتب عليه الإخلال بحق الخصوم في الدعوى التحكيمية، **فكيف يُمنح الخصم كافة الدفوع التي يكفُلها الدستور والتشريعات الوطنية للمتقاضين متى لجأ إلى قاضيه الطبيعي، بينما يُسلب الخصم بعضًا من حقوقه الإجرائية وأوجه دفاعه بمجرد لجوئه إلى التحكيم. ألا يُعد ذلك هدمًا لنظام التحكيم برمته؟**

فإذا كان المُشرِع بنصوص قانون التحكيم وقانون المرافعات التجارية قد كفل للخصوم في الدعوى التحكيمية كافة الحقوق الإجرائية، وكافة ضمانات التقاضي التي نص عليها الدستور سواء أمام هيئة التحكيم أو أمام القضاء الرسمي للدولة، كما اشترط في المُحكم ذات الشروط التي اشترطها في القاضي الطبيعي من حيدة واستقلال، كما منح حكم التحكيم ذات الحُجية التي تتمتع بها الأحكام غير القابلة للطعن فيها بطُرق الطعن العادية، وأمسى التحكيم صنواً للقضاء، فهل بعد ذلك يغدو القول بسلب هيئة التحكيم حق تقدير جدية الدفع بعدم دستورية القانون الذي تُطبقه مقبولاً؟

وقضت محكمة النقض الفلو تبرأ **(الحيدة التي هي جوهر مبدأ الاستقلال ليست حكراً على العمل القضائي بل هي لازمة كذلك في العمل التحكيمي لأن المحكم وإن كان يشترك مع القاضي في وظيفته الأساسية المتمثلة في حسم المنازعات، فإنه يتبع المنهج القضائي في مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي عند تحقيق الادعاءات ونظر الطلبات وأسلوب فض المنازعة سواء بهدف إنزال حكم القانون عليها أو إجراء تسوية وفقًا لقواعد العدالة والإنصاف، فطبيعة مهمة المحكم ذات طابع موضوعي غير شخصي، وإذ**

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العُليا، الدائرة الأولى، الطعن رقم ٣٠٩٧٣ لسنة ٥٩ قضائية عُليا، جلسة السبت الموافق ٢٠١٧/٦/١٠.

أرست المادة ٢٢ من قانون التحكيم مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أي تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه، فإن هذا لا يخل بمبدأ حيدة المحكم ولا تجعل عمله موطنًا لشبهة فالحكم مثله في هذا الشأن مثل القاضي، وتقضي القاعدة الأصولية بأن يختص القاضي بمسألة اختصاصه إذ لا سلطان له في الفصل في المنازعات المعروضة عليه قبل أن يتأكد بصفة أولية من اختصاصه بها..)[1].

كما ذهبت أيضًا إلى "**ومن هنا يمكن القول أن استقلال المحكم يعني عدم ارتباطه بأي رابطة تبعية خصوصًا بأطراف النزاع أو الدولة أو الغير، وعدم وجود روابط مادية وذهنية تتنافى مع استقلاله بحيث تشكل خطراً مؤكداً للميل إلى جانب أحد أطراف التحكيم، فيتنافى مع استقلال المحكم أن تكون له مصالح مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية مع أحد من طرفي الخصومة المعروضة عليه، أو إذا كان ينتظر من أحد الأطراف ترفيعًا أو ترقية أو أن يكون خاضعًا لتأثيره أو توجيهه أو وعده أو وعيده – ونظراً لصعوبة وضع تعريف لكل من حيده المحكم أو استقلاله فإن القضاء الفرنسي كثيراً ما يستعمل في شأنها مصطلح الاستقلالية الذهنية باعتبارهما ضمانة جوهرية لمباشرة السلطة القضائية أيا كان مصدرها (سواء كان ذلك المصدر هو القانون كما في قضاء الدولة أو الاتفاق كما هو الحال في التحكيم) بحيث تبدو صفتي الحيدة والاستقلال وقد امتزجت كل منهما بالأخرى.**

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٠/١١/١٤ إلى أن أسباب رد المحكم هي ذات الأسباب الخاصة برد القضاء طبقًا للمادة ٣٤١ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد"[2].

ومن ناحية أُخرى – **وليس أخيرة** – قد يُماري البعض أيضًا في وجوب الاعتراف لهيئة التحكيم بالحق في المسألة محل البحث استنادًا إلى أن هيئة

---

(١) استئناف القاهرة د/٧ تجاري، دعوى رقم ٧٢ لسنة ١١٧ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٨.
(٢) استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، دعوى رقم ٧٨ لسنة ١٢٠ ق، جلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠.

التحكيم قد تكون مُشكلة من مُحكم فرد، وأن المُحكمين ليسوا قُضاة، بل هم أفراد عاديون **فكيف يُمكن الاعتراف لهم بالحق في تقدير جدية الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق ومنح مقدم الدفع أجلاً لرفع دعواه بعدم الدستورية أو الإحالة من تلقاء ذاتها إلى المحكمة الدستورية العليا متى ترآى لها – أي هيئة التحكيم – عدم دستورية القانون الذي تُطبقه على الدعوى.**

وفي هذا القول مردود حيث رأى هيئة التحكيم سواء مُشكلة من مُحكم واحد أو أكثر من مُحكم فقد أطلق عليها المُشرع بنص القانون لفظ هيئة التحكيم حيث عرفت المادة (٤٥) فقرة (٢) من قانون التحكيم المصري على أن "وتنصرف عبارة هيئة التحكيم إلى الهيئة المُشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المُحال إلى التحكيم...." والقول بغير ذلك يعني منحها هذه السلطة متى كانت مشكلة من أكثر من محكم وسلبها إياها متى كانت مشكلة من محكم فرد.

كما أنه لا **يُشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة ولا يُشترط كذلك أن يعمل بوظيفة معينة،** ومن ثم لا أهمية لما إذا كانت هيئة التحكيم مُشكلة من قُضاة أو من أشخاص عاديين. **فلا تختلف طبيعة هيئة التحكيم تبعًا لوظيفة المُحكم،** فإذا ما كان هذا الأخير قاضيًا **فهو في كل الأحوال لا يعمل بصفته قاضيًا في الهيئة التحكيمية،** بل يعمل باعتباره **مُحكمًا** بغض النظر عن وظيفته ولا أثر لهذه الأخيرة على طبيعة حُكم التحكيم، فهذا الأخير في كل الأحوال حُكم نهائي بغض النظر عن مهنة من أصدر الحُكم.

فإذا أخذنا بوجه نظر صاحب الرأي المُتقدم فهذا يعني أن نعترف لهيئة التحكيم بحق الإحالة إلى المحكمة الدستورية العُليا أو منح مُقدم الدفع بعدم الدستورية إلى هذه الأخيرة متى شُكلت هيئة التحكيم من قُضاة وسلبها هذا الحق متى شُكلت من غير قُضاة (أفراد عاديين). فبأي منطق تختلف سُلطات هيئة التحكيم والحقوق الإجرائية للمُحتكمين باختلاف مهنة عناصر تكوينها وعددهم؟

لكل ما تقدم من أحكام ونصوص قانونية، وتحقيقًا للأهداف التي تغياها المُشرع بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، **يرى الباحث أن هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي ضمن الهيئات التي نص عليها المُشرع في المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العُليا، ويُمكن بناءً على ذلك إذا تراءى لها من تلقاء نفسها أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في القانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أن توقف نظر الدعوى وأن تُحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل مسألة الدستورية وفقًا للمادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العُليا.**

كما يُمكن الدفع أمامها من قِبل أطراف الدعوى التحكيمية بعدم دستورية نص في القانون الواجب التطبيق على هذه الأخيرة، ففي هذه الحالة متى قدرت جدية هذا الدفع يتعين عليها – أي هيئة التحكيم – أن تؤجل نظر الدعوى وتُحدد لمن آثار الدفع ميعادًا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعواه بذلك أمام المحكمة الدستورية العُليا، فإذا لم تُرفع الدعوى، أُعتبر الدفع كأن لم يكن. وهذا الذي نراه في هذا الصدد، حيث يُعد ذلك نتيجة منطقية لما تقدم من أحكام ونصوص قضائية تُوجب اعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي لاسيما إذا ما اتخذت هذه الأخيرة مصر مقرًا للتحكيم وكان القانون المطعون بعدم دستوريته هو القانون المصري.

ثانيًا: حق هيئة التحكيم في الإحالة إلى القضاء متى قضت بعدم اختصاصها:

لما كانت المادة (١١٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري تُوجب **(على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقًا بالولاية وتلتزم المحكمة المُحال إليها الدعوى بنظرها)**. فهل تملك هيئة التحكيم الحق

في إحالة الدعوى المطروحة عليها إلى المحكمة المُختصة متى ثبُت لها عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته أو بُطلانه؟

لما كان **(الأصل في مقام التفسير أن العام يُعمل به على عُمومه ما لم يوجد ما يُخصصه، وأن المُطلق يُحمل على إطلاقه ما لم يقم ما يُقيده. وأنه يتعين عند تفسير أي نص قانوني أن يفُسر تفسيراً تتعاضد به نصوص التشريع ولا تتهادم، وتُقام به أركانه ولا تتساقط وتتكامل به نصوصه ولا تتنافر وتُحمل به النصوص على قرينة المشروعية الدستورية وأن يتفق هذا التفسير وإرادة المشرع والغاية التي تغياها، ولا يجوز أن يحُمل التفسير على حرفية اللفظ فتتهادم به النصوص وتقع في حمأة المخالفة الدستورية أو تتنافر به النصوص فتغدو مُتباعدة مُتباينة مُتناقضة حائرة)**.

وحيثُ تنص المادة ١٩ من قانون التحكيم المصري على أن "**يُقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم .... فإذا لم يتنح المُحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، يُحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن**....". فإذا كان المُشرع قد منح هيئة التحكيم الحق في إحالة طلب الرد إلى المحكمة المختصة للفصل فيه فما الذي يحول دون الاعتراف لها بهذا الحق في سائر حالات عدم الاختصاص؟.

فإذا كانت أصول التفسير تقتضي الاعتراف لها بذلك، كما أن النص المتقدم اعترف لهيئة التحكيم بهذا الحق في حالة معينة، وكذلك إذا كان المشرع لم يعترف لها صراحة بالحق في الإحالة إلى المحكمة المختصة متى قدرت عدم اختصاصها بنظر الدعوى تحكيميًا بيد أنه لم يسلبها هذا الحق صراحة. **فلما لا يُعترف لها بهذا الحق؟**

ويؤيد رأي الباحث فيما تقدم من قول نص المشرع في **القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠**[١] في **المادة الثانية** على أن: "..... **وذلك ما لم يتقدم أطراف الدعوى التحكيمية بطلب إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، وتلتزم هيئات التحكيم الإجباري بإحالة النزاع إلى المحكمة المختصة فور تقديم هذا الطلب دون رسوم** ...."، فإذا كان المشرع قد منح هيئات التحكيم الإجباري حق الإحالة إلى المحكمة المختصة، ومنح هيئة التحكيم الاختياري هذا الحق في حالة طلب الرد، فلماذا لا تُمنح هيئات التحكيم حق الإحالة إلى المحكمة المختصة إذا ما قضت بعدم اختصاصها أو سقوط اتفاق التحكيم أو بطلانه؟

ولذا يرى الباحث أن هيئة التحكيم إذا ما قضت بعدم اختصاصها لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو لأي سبب آخر. فلها الحق في الإحالة إلى المحكمة المختصة، **فمن غير المستساغ أن هيئة التحكيم تُعتبر من الهيئات ذات الاختصاص القضائي وتُمنح حق إحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا وهي أعلى محكمة في جمهورية مصر العربية وتُسلب حق الإحالة إلى المحاكم الأدنى منها، فمن يملك الإحالة إلى الأعلى يتعين أن يملك الإحالة إلى الأدنى (أولاً).**

كما أن الغرض من الاعتراف بالتحكيم باعتباره قضاء خاص. هو التخفيف عن كاهل القضاء وحسن أداء العدالة – وغيرها من الأهداف التي دفعت المشرع إلى إصدار قانون مستقل للتحكيم في المواد المدنية التجارية، كل ذلك يدفعنا إلى القول بوجوب الاعتراف لهيئات التحكيم بالحق في إحالة الدعوى إلى القضاء متى وُجدت أنها غير مختصة بالدعوى لأي سبب **(ثانيًا)**

---

(١) قانون رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ بتعديل بعض أحكام قانون في شأن هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣، الجريدة الرسمية العدد ٥ (مكرر) في ٢ فبراير ٢٠٢٠.

ويعضد رأي الباحث من اعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي وجواز إحالة الدعوى التحكيمية إلى القضاء العادي متى استظهرت هيئة التحكيم عدم اختصاصها – نظرًا لعدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه – ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها ومن ذلك:

"**.... إذا كان المشرع المصري بنصه في المادة ١١٠ من قانون المرافعات على أن على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقًا بالولاية ... وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها قد هدف إلى تبسيط الإجراءات في حدود الاختصاص ولو كان ولائيًا وإذا كانت المذكرة الإيضاحية لتلك المادة قد أشارت إلى جهتي القضاء الأساسيتين – العادي والإداري – إلا أن النص سالف الذكر وقد جاء عامًا مطلقًا ينطبق أيضًا إذا ما كانت الدعوى داخلة في اختصاص هيئة ذات اختصاص قضائي كهيئات التحكيم لتوفر العلة التي يقوم عليها حكم النص، وإذا لم يأخذ الحكم المطعون فيه بهذا النظر ولم يأمر بإحالة طلب الضمان الذي رفعته الهيئة الطاعنة ضد شركة الشرق للتأمين إلى هيئات التحكيم المختصة فإنه يكون في هذا الخصوص – معيبًا مخالفة القانون**" [(١)].

ومن ثم فالحكم بالإحالة بعد القضاء بعدم الاختصاص واجب على المحكمة.

مؤدى نص **المادة ١١٠** من قانون المرافعات يدل على أن الحكم بالإحالة بعد القضاء بعدم الاختصاص واجب على المحكمة وليس لها أن تمتنع عن الإحالة وتكتفي بالحكم بعدم الاختصاص وإذا خالف الحكم المطعون فيه

---

(١) نقض مدني – الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ – مجموعة الأحكام س ٣٠).

هذا ولم يأمر بإحالة دعوى الضمان الفرعية إلى هيئات التحكيم المختصة ولائيًا فإنه يكون قد خالف القانون[1].

باستقراء هذه الأحكام وغيرها أنه في حالة عدم اختصاص القضاء الوطني بإحدى المنازعات والتي تختص بها هيئات التحكيم سواء بنص القانون – **(التحكيم الإجباري)** – أو باتفاق الأطراف فإنه يتعين على القضاء أن يحكم بعدم الاختصاص والإحالة إلى التحكيم ومن ثم أوجبت محكمة النقض على جهات القضاء الإحالة إلى التحكيم مستندة في ذلك إلى نص المادة ١١٠ من قانون المرافعات، كما أنها صرحت باعتبار هيئات التحكيم هيئات ذات اختصاص قضائي تأييدًا لما سلف أن انتهينا إليه.

فإذا كان الأمر كذلك ويجوز – بل يجب – الإحالة من القضاء إلى هيئة التحكيم في حالة انتفاء الاختصاص الولائي لجهات القضاء. فما الذي يحول دون الإحالة إلى هذه الأخيرة من هيئة التحكيم متى انتفى اختصاصها أو أُبطل اتفاق التحكيم أو سقط بمضي مدته أو أن المسألة المطروحة على التحكيم تخرج عن ولاية هيئة التحكيم لأي سبب. **فهل يبدو منطقيًا قبول الإحالة من القضاء إلى هيئات التحكيم، بينما لا تجوز الإحالة لعدم الاختصاص من التحكيم إلى القضاء؟**

ولذلك نرى وجوب الإحالة إلى المحكمة المختصة متى انتهت هيئة التحكيم إلى عدم اختصاصها بالدعوى المطروحة عليها ولا تكتفي بالحكم بعدم الاختصاص فقط، فإذا كان المشرع قد أوجب عليها الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجو اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع. فإذا انتهى

---

(٢) نقض مدني – الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٨ مجموعة الأحكام س ٣٣ ، وانظر كذلك الطعن رقم ٥٦٢٠ لسنة ٤٣ ق إدارية عليا جلسة ٢٠٠١/٢/٢٤.

إلى شيء من ذلك فيتعين عليها الإحالة إلى المحكمة المختصة – قياسًا – على ما سلف من وجوب الإحالة إليها من القضاء.

وبناءً على ما تقدم يتعين تعديل نص المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصري بإضافة فقرة أخيرة لتكن كالآتي:

(م٢٢) تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها. بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ... فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المُنهي للخصومة كلها وفقًا للمادة (٥٣) من هذا القانون.

"يتعين على هيئة التحكيم إذا قضت بعدم اختصاصها أن تُحيل الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة أيا كان نوع الدعوى".

كما يتعين تعديل نص المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري والتي تنص على أن "**يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى**" لتصبح كالآتي:

"يجب على المحكمة التي يُرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم اختصاصها وأن تأمر بإحالة الدعوى إلى هيئة التحكيم متى كانت هذه الأخيرة قد شُكلت وإلا فتحكم بعدم الاختصاص، فقط....".

والعلة من الصياغة التي أوردناها أن الفقرة الأخيرة من المادة (١٣) من القانون المشار إليه تنص على إنه **(ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم).**

ومن ثم فهذا النص لا يسلب الأطراف الحق في اللجوء إلى القضاء على الرغم من وجود اتفاق تحكيم، وبناء عليه قد تسير الدعوى أمام القضاء والتحكيم بالتوازي حيث أن اللجوء إلى القضاء لا يحول دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها، فإذا لم يتنازل الخصم عن شرط التحكيم وتمسك به أمام المحكمة المُقام أمامها الدعوى فيتعين عليها وفقًا لرأينا المتقدم أن تحكم بعدم الاختصاص والإحالة لهيئة التحكيم القائمة بالفعل.

أما إذا لم تكن هيئة التحكيم قد شُكلت فتقضي بعدم الاختصاص فقط متى وُجد شرط تحكيم تثار المنازعة المطروحة عليها. وحيث لا يمكنها الإحالة طالما لم توجد لهيئة تحكيم تتولى عليها الخصوم حيث لم تُشكل بعد.

كما أن العلة من وجوب الحكم بعدم الاختصاص وليس عدم القبول متى وجد شرط تحكيم، هو رأي المشرع حدد على سبيل الحصر شروط عدم قبول الدعوى في قانون المرافعات في المادة الثالثة، والتي تتمثل في الصفة والمصلحة وهي شروط عامة لكل أنواع الدعاوى، بجانب بعض الشروط الخاصة وفقًا لنوع الدعوى.

فإذا انتفى أحد الشرطين فقد أوجب المشرع على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها، في أي حالة تكون عليها الدعوى بعدم القبول، ومن ثم لا يُستساغ بنص المادة (١٣) من قانون التحكيم الذي يوجب على المحكمة التي يُرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم القبول. فالأحرى من وجهة نظر الباحث أن تحكم بعدم الاختصاص الولائي.

فإذا كانت المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري نصت على الحكم بعدم القبول إذا رفعت إلى المحكمة دعوى يوجد بشأنها اتفاق تحكيم فيتعين تعديلها وفقًا لما سلف، وكذلك المادة (١٠٩) من قانون المرافعات المصري

إذا كانت قد نصت على أن **(الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به من تلقاء نفسها)**، فيتعين تعديل هذه المادة لتشتمل على (.... **أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو بسبب وجود اتفاق تحكيم**...)

حيث تخرج الدعوى عن ولاية القضاء بشكل عام لوجود اتفاق تحكيم بشأنها والذي لولاه لأمست الدعوى من اختصاص القضاء بدليل أن الأطراف إذا ما تنازلوا عن شرط التحكيم ورُفع دعواهما أمام المحكمة المختصة فلا يمكنها أن تقضي بعد القبول الذي هو اثر حتمي لانعدام الصفة أو المصلحة لرافع الدعوى. ومن ثم يتعين تعديل النص المشار إليه وفقًا لما قدمنا حيث أن التحكيم أمسى قضاء موازيًا بل وبديلاً عن القضاء الرسمي، لاسيما في منازعات الاستثمار، الداخلي منها وذات الطابع الدولي.

وإذ برهن الباحث على أن هيئات التحكيم تعد هيئات ذات اختصاص قضائي، فإنه يتعين الاعتراف بجواز الدفع أمامها بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى المطروحة عليها. ومن ثم يتعين عليه -أي الباحث.

ثالثًا: بيان مدى سلطة هيئة التحكيم حيال الدفع بعدم دستورية القانون المصري.

حيث تنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه **(مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمًا تجاريًا يجري في الخارج وأتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون)**.

ومن ثم يسري قانون التحكيم المصري على كل تحكيم يجري داخل جمهورية مصر العربية أو يجري خارجها بشرط أن يتفق أطرافه على إخضاع لأحكام هذا القانون أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع مدنية كانت أو تجارية. كما لم يفرق القانون بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي مع التحفظ على ضرورة احترام المعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية بما لها من أولوية التطبيق في حال تعارضها مع التشريع الداخلي.

حيث "النص في المادة الأولي من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة على أنه مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية. تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم ... إذا كان هذا يجري في مصر، أو كان تحكيمً تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ... مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع المصري قد قصر تطبيق أحكام القانون المشار إليه على التحكيم الذي يجرى في مصر وعدم سريانها على تحكيم يجري خارج البلاد باستثناء التحكيم التجاري الدولي إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لتلك الأحكام إذ قضى بتطبيقها عليه في هذه الحالة باعتبارها قانون لإرادة الأطراف ...

وحيث أن جمهورية مصر العربية قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ طبقاً لقرار الجمهورية رقم ١٩٥٩/١٧٨ وأصبحت نافذة في مصر باعتبارها من قوانين الدولة وقد أجازت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية أول المتعلقة بالاعتراف بحجية حكم التحكيم التي يصدر خارج إقليمها في نفس الوقت حرصت في مادتها الخامسة على أول الأطراف وقف الاعتراف بحكم المحكمين الأجنبي أو وقف تنفيذه إلا إذا قدم الخصم الذي يُحتج به عليه الدليل على أن الحكم المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه لم يصبح ملزمًا للخصوم، أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في الدولة التي صدر في

إقليمها أو طبقًا لقوانينها، وبذلك ربطت هذه الاتفاقية أحكام التحكيم الوطنية بالنظام القانوني للدولة التي صدرت فيها، وقررت قاعدة اختصاص محاكم هذه الدولة وحدها بدعوى بطلان تلك الأحكام ومؤدى ذلك كله ولازمه أن محاكم الدولة التي صدر حكم التحكيم داخل إقليمها تكون هي المختصة — دون غيرها — بنظر دعوى بطلانه، أما محاكم الدول الأخرى فليس لها أن تعيد النظر في ذلك الحكم من ناحية صحته أو بطلانه، وليس لها أن تراجع قضاءه في موضوع النزاع وكل ما لها إذا طلب منها الاعتداد به أو تنفيذه أن توقف ذلك استنادًا إلى أحد الأسباب التي تجيز لها ذلك في القانون المعمول به في إقليمها أو الأسباب الواردة في الاتفاقية، بما حاصله أنه حسب الأصول دون أن يكون لذلك الوقف أي أثر على حجية الحكم موضوع الطلب، ولا نزاع في أن أحكام الاتفاقية واجبة التطبيق ولو تعارضت مع نصوص قانوني المرافعات والتحكيم وبذلك تعتبر قاعدة عدم اختصاص المحاكم المصرية دوليًا بدعوى بطلان أحكام المحكمين الأجنبية متعلقة بالولاية ومن ثم تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وقد التزمت المادة ١٠٩ من قانون المرافعات[1].

وفي حكم آخر لها قررت محكمة استئناف القاهرة:

(الثابت من الأوراق المقدمة في الدعوى، وبغير نزاع من الطرفين أن حكم التحكيم الطعين قد صدر بلندن من هيئة التحكيم المشكلة بمعرفة اتحاد تجارة الحبوب والغلال (جافتا) بالمملكة المتحدة وقد خلت تلك الأوراق من اتفاق طرفي النزاع التحكيمي على إخضاعه لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ومن ثم

---

(١) حكم استئناف القاهرة – د ٩١ تجاري – دعوى رقم ١٢ لسنة ١٢٣ ق تحكيم جلسة ٢٠١٦/٦/٢٨.

فإن أحكام هذا القانون لا تسري على حكم التحكيم المذكور كما لا تختص المحاكم المصرية دوليًا بنظر منازعات بطلانه)[1].

ويتعين أن يؤخذ في الاعتبار أن ما يعنيه المشرع المصري بنص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري هو سريان أحكام هذا الأخير على الجانب الإجرائي لخصومة التحكيم – وليس الجانب الموضوعي منها – كما لا يشمل كل الجانب الإجرائي حتى لا يتوهم البعض على غير الحقيقة أن المشرع المصري يُحتم أن سريان أحكام قانون التحكيم المصري على إجراءات التحكيم الذي يُجرى في مصر سواء كان تحكيمًا وطنيًا أو تحكيمًا في علاقة دولية – حيث أن هذا يجافي الحقيقة تمامًا فالذي يعنيه المشرع المصري بنص المادة الأولى هو فقط وجوب سريان الأحكام الإجرائية المتعلقة بالنظام العام في مصر على كل تحكيم يجري فيها ويؤيد ذلك القول أن قانون التحكيم المصري ينص في مادته الخامسة والعشرون على أنه **(لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة)**.

فإذا كان التحكيم طريقًا استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتمًا على ما تنصرف أراء المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم.

---

(٢) استئناف القاهرة. د/ ٩ تجاري – دعوى رقم ١٩ لسنة ١٢٣ ق، تحكيم جلسة ٢٠٠٦/٦/٢٨؟

ومن ثم إذا كان لأطراف التحكيم الحرية المُطلقة في الاتفاق على إجراءات التحكيم. وإلا أن هذه الحرية تتقيد بقواعد النظام العام[1].

كما تنص المادة (٣٩) من القانون سالف الذكر على أن **(تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك)**.

وإذا لم يتفق الطرفان عل القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع...".

وبناء على ما تقدم ليس ثمة ما يحول دون تطبيق قانون أجنبي على تحكيم يجري في مصر. حيث أن المقصود بنص المادة الأولى المشار إليها هو التقيد بالقواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام في مصر. حيث تطبق دون اشتراط اتفاق الأطراف – أطراف التحكيم – على تطبيقها وتهدف هذه القواعد إلى ضمان تحقيق المساواة بين أطراف الخصومة التحكيمية وكفالة حقوق الدفاع للطرفين.

وبناء على ما تقدم إذا ما اتخذت مصر مقرًا للتحكيم من قبل الأطراف والهيئة التحكيمية، واتفقا المحتكم والمحتكم ضده أو طبقت هيئة التحكيم في حالة عدم اتفاق الخصوم على الدعوى التحكيمية في جانبها الإجرائي أو الموضوعي قانون معين. فدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا الأخير فيتعين على هيئة التحكيم أن تتخذ إجراءًا معيناً حيال هذا الدفع متى قدرت جديته أو إذا تراءى لها هي عدم دستورية القانون الذي اختاره الأطراف.

---

(١) أنظر. د/ أحمد سيد صاوي: التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، صـــ ١١١.

بيد أن الإجراء الذي يتعين اتخاذه حيال الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق يختلف وفقًا لما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة المقر – أي القانون المصري – أو قانون دولة أخرى[1].

فإذا ما اتخذت هيئة التحكيم من جمهورية مصر العربية مقرًا للتحكيم سواء كان هذا باتفاق الأطراف أم قررت ذلك بنفسها في حالة عدم اتفاق الأطراف. وأخذًا في الاعتبار ما تقضي به وما تنص عليه المواد الأولى والخامسة العشرون والتاسعة والثلاثون من قانون التحكيم المصري.

فإذا ما انعقد الاختصاص للقانون المصري باعتباره القانون الواجب التطبيق باتفاق أطراف الدعوى التحكيمية أو طبقته هيئة التحكيم باعتباره القانون الأكثر اتصالاً بالمنازعة. وأثناء سير الخصومة التحكيمية دفع أحد الأطراف بعدم دستورية نص إجرائي أو موضوعي معين في القانون المصري وكان هذا النص لازمًا للفصل في النزاع فما هو الإجراء الذي يتعين أن تتخذه هيئة التحكيم حيال هذا الدفع، أو إذا تراءى لها عدم دستورية القانون المصري الواجب التطبيق على المنازع المطروحة عليها.

للإجابة على هذا التساؤل يتعين الرجوع إلى قانون التحكيم المصري في هذا الصدد والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم والتي تعتبر مصر طرفًا فيها لمعرفة مدى معالجة هذه الإشكالية من عدمه لاسيما اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ واتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

أولاً: باستقراء نصوص التحكيم المصري لاسيما نصوص المواد (٢٢ و ٥٢ ٥٣) يتضح بجلاء أن المشرع المصري لم ينص على اعتبار الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق من بين الدفوع التي تفصل فيها

---

(١) حيث لا يصح القول بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني أو الأجنبي حيث أن هيئة التحكيم لا تعمل باسم دولة معينة ومن ثم فكل القوانين سواء لا فرق بين قانون دولة وأخرى فهي لا تحمل جنسية دولة معينة وتعمل باسمها كالقاضي الوطني حتى يستساغ القول بأنها تطبق قانون وطني أو أجنبي عليها.

هيئة التحكيم من تلقاء نفسها وليست كذلك من المسائل التي يجوز لها أن تستعين بمحكمة المادة (٩) في القيام بها.

وكذلك لم ينص المشرع المصري في المادة (٥٣) من القانون المشار إليه على اعتبار عدم دستورية القانون الذي طبقته هيئة التحكيم أحد أسباب رفع دعوى بطلان حكمها حيث نص على سبيل الحصر على أحوال قبول دعوى بطلان حكم التحكيم.

*** هذا فيما يتعلق بالقانون المصري، فماذا عن الاتفاقيات الدولية؟**

باستقراء نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية يتبين أنها لم تتطرق من قريب أو بعيد للدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي.

وكذلك الشأن فيما يتعلق باتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتي انضمت إليها مصر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١[1]. حيث أنه فيما يتعلق بحالات تفسير وإلغاء الحكم المنصوص عليها في المواد (٥٠، ٥١، ٥٢، ٥٣) لم تضمن أية إشارة إلى الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق.

فإذا كان الأمر كذلك فلا مندوحة من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المصري طالما لا يوجد نص خاص بتنظيم الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم متى اتخذت من مصر مقرًا للتحكيم.

وكما سلفنا — فإن المشرع المصري رسم طريقًا للفصل في دستورية القانون الواجب التطبيق أمام القضاء المصري أو الهيئة ذات الاختصاص

(١) الجريدة الرسمية في ١١ نوفمبر ١٩٧١ العدد ٤٥.

القضائي. وحيث أن هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي — كما سبق — فإنه لا غرو يسري على الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمامها ذات النصوص التي تحكم هذه المسألة أمام القضاء المصري طالما كان القانون المصري هو المطعون بعدم دستوريته أو تراءى لهيئة التحكيم ذلك.

وبناء عليه إذا اتفقا طرفا الخصومة التحكيمية على تطبيق القانون المصري سواء كانت المنازعة داخلية أم ذات طابع دولي ودفع أحد الخصوم بعدم دستورية نصوص هذا القانون أو تراءى لهيئة التحكيم عدم دستورية النصوص من تلقاء نفسها .. فيتعين عليها إعمال نص المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي تنص على أن:

" ... **أ – إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازمًا للفصل في النزاع. أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.**

ب – وإذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادًا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا لم تُرفع الدعوى في الميعاد أُعتبر الدفع كأن لم يكن".

وهذا الذي أوردناه يسري على الرقابة على دستورية القانون المصري متى كان لازمًا للفصل في دعوى مطروحة على القضاء المصري أو على هيئة تحكيم مقرها جمهورية مصر العربية سواء كانت المنازعة وطنية خالصة أم ذات طابع دولي دون مغايرة في الحكم متى كان المطعون بعدم

دستوريته هو قانون مصري لازم للفصل في الدعوى التحكيمية أمام القضاء الوطني.

فإذا كان الأمر كذلك والحل ميسور متى عُرضت مسألة الدستورية على هيئة التحكيم واتخذت نحوها الإجراء الذي رسمه القانون. فإن الأمر ليس بهذه البساطة متى لم يُدرك الخصوم أو هيئة التحكيم مسألة عدم دستورية القانون اللازم للفصل في النزاع إلا بعد إصدار حكم التحكيم. أو إذا دفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة وكان لازمًا للفصل في الدعوى المطروحة على هيئة التحكيم ولكنها أعرضت عنه.

رابعًا: أثر الحكم الصادر بعدم دستورية النص الذي طبقته هيئة التحكيم على النزاع؟ وهل يعد سببًا لبطلان حكم التحكيم؟

تطبق هيئة التحكيم على النزاع نص قانوني معين ثم يُقضى بعدم دستوريته بعد إصدار حكم التحكيم، فما هو الأثر المترتب على ذلك؟

وإذا لم يتمكن أطراف الدعوى التحكيمية من إبداء الدفع بعدم دستورية أمام هيئة التحكيم، أو قد يُرفض هذا الدفع من قِبل هيئة التحكيم، فهل يُمكن تدارك هذه المسائل أمام محكمة الطعن بالنقض؟

في معرض الإجابة على الأسئلة المتقدمة سوف نتطرق إلى بعض أحكام القضاء المصري الصادرة في هذا الشأن، لنستخلص من ثناياها بعض المبادئ والتي عساها أن تُسعف في الإجابة على الأسئلة المُشار إليها.

أولاً : حكم محكمة استئناف القاهرة الحكم في دعوى التحكيم المقيدة بالجدول العمومي تحت رقم ٦٦ لسنة ١٢٩ ق

المحكمة

حيث أقامت المدعية دعواها بصحيفة مودعة في ٢٠١٢/١٠/٤ بطلب قبولها شكلاً وبإلغاء وبطلان حكم هيئة التحكيم بمركز الاتحاد التعاوني الإسكاني المركزي.....

وقد فوجئت المدعية بأن الجمعية المدعى عليها قد أقامت دعوى التحكيم المطعون على الحكم الصادر فيها وهي الدعوى رقم ١٥ لسنة ٢٠١١ طالبة الحكم بانتهاء الإيجار بالمزاد المؤرخ ١٩٩٣/٤/٤ وإلزام المدعية بدفع مبلغ ٥٦١٠٠ جنيه فقط لا غير تعويض للجمعية عن مقابل الانتفاع المستحق من تاريخ انتهاء العقد وحتى تاريخ قيد الدعوى التحكيمية.

وقد اعترضت المدعية على التحكيم بمحضر جلسة التحكيم بتاريخ ٢٠١٢/٤/١ كما دفعت بعدم اختصاص مركز التحكيم بالاتحاد التعاوني الإسكاني بنظر التحكيم واختصاص القضاء الموضوعي بنظره، كما دفعت المطالبة بمخالفة الشرط (١٥) من شروط المزاد للقانون ولأحكام المحكمة الدستورية العليا ...

وبجلسة ٢٠١٢/٩/٢ صدر حكم هيئة التحكيم والذي قضى في منطوقه **أولاً: رفض الدفع بعدم اختصاص مركز الاتحاد التعاوني الإسكاني واختصاص المركز بنظر التحكيم.**

ثانيًا: رفض الدفع بعدم دستورية شرط التحكيم في الحالة المعروضة.

لا غرو أن رفض الدفع بعدم الدستورية في هذه الدعوى كان مرده عدم تقدير هيئة التحكيم لجدية هذا الدفع، حيث أن محكمة الاستئناف محضته وفندته حيث قالت ردًا على ذلك "أن ما أثارته المدعية بالنسبة

لبطلان شرط التحكيم تأسيسًا على أنه جعل التحكيم إجباريًا فهذا السبب في غير محله إذ أن شرط التحكيم قد ورد ضمن شروط المزاد التي هي بمثابة الإيجاب في التعاقد وصدر عن المدعية قبول لهذه الشروط بإرادة حرة لا إجبار فيها، ومن ثم تكون قد اتفقت مع الجمعية المدعى عليها على أن يتم حل المنازعات المتعلقة والناشئة عن العقد الذي تولد عن المزاد بطريق التحكيم .....".

وبناءً على ما تقدم ليس ثمة ما يحول دون الدفع بعدم دستورية القانون المصري أمام هيئة التحكيم التي مقرها جمهورية مصر العربية ويسري على هذا الدفع نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليها سلفًا.

في معرض الإجابة على التساؤل الأول المشار إليه سالفًا وهو مدى جواز الطعن بالبطلان استنادًا إلى عدم قبول الدفع بعدم دستورية النصوص التي طبقتها هيئة التحكيم، يتعين مراجعة المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري التي تنص على حالات بطلان حكم التحكيم حيث تنص على أن:

"لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

(١) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته .....(ب).....(جـ).....(د).....(هـ)....(و).....(ز).....

(٢) وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها. ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

ومن ثم لا يعد تطبيق قانون دُفع بعدم دستوريته أمام هيئة التحكيم سببًا لقبول دعوى البطلان حكم التحكيم ومن ثم إذا ما دفع أمام هيئة التحكيم بعدم دستورية النصوص التي تحكم النزاع وقررت عدم جدية هذا الدفع أو التفت عنه فلا يتطيع مقدم الدفع أن يطعن بالبطلان مستندًا إلى هذا السبب وحده لأن المحكمة المختصة قد أبدت رأيها في هذا الدفع في الكثير من أحكامه.

"حيث أن المقرر قانونًا أن دعوى بطلان حكم التحكيم لا تقبل إلا في حالات وردت على سبيل الحصر. في المادة (٥٣) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤..."[١]

وحيث أن المقرر كذلك أن أسباب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة (٥٣) من قانون التحكيم قد وردت على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها... والقول بغير ذلك يعني إنشاء سبب جديد لبطلان حكم التحكيم لم يقرره المشرع أو لم يقصد إليه"[٢].

"المقرر بنص المادتين (٥٢ و ٥٣ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أن أحكام التحكيم التي تصدر طبقًا لأحكام هذا القانون لا تقبل الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية .... والمشرع قد فتح الباب أمام المحكوم ضده لإقامة دعوى ببطلان حكم التحكيم لأسباب حددها على سبيل الحصر...[٣].

وبناء على ما سبق لم يخول المشرع المحتكم ضده رفع دعوى بطلان تأسيسًا على عدم دستورية القانون الذي طبقته هيئة التحكيم على النزاع.

وقد يرى البعض أن تطبيق نص مطعون بعدم دستوريته يعد متعارضًا مع النظام العام ومن ثم يجوز رفع دعوى البطلان تأسيسًا على ذلك.

لا غرو أنه لا يُستساغ القول بأن القانون المصري الذي طبقته هيئة التحكيم يعد متعارضًا مع النظام العام متى حامت حوله شبهة عدم الدستورية، فعدم دستورية أحد النصوص لا تعني أنه متعارضًا مع النظام العام في مصر. وكثيرًا ما حكم بعدم دستورية نصوص وطنية وغير متعارضة مع النظام العام. وقد فصلنا القول في ذلك.

وإذا كان الأمر كذلك إلا أننا نرى ليس ثمة ما يحول دون الدفع بعدم دستورية القانون الذي طبقته هيئة التحكيم أمام المحكمة المختصة بنظر

---

(١) استئناف القاهرة – د ٧ تجاري دعوى رقم ١٠٠ لسنة ١٢٠ ق تحكيم ٢٠٠٤/١٢/١٧.
(١) استئناف القاهرة – دائرة ٩١ تجاري – دعوى رقم ١٠٣ لسنة ١٢١ ق تحكيم جلسة ٢٠٠٥/٧/٢٧.
(٢) استئناف القاهرة د ٩١ تجاري – دعوى رقم ٢٩ لسنة ١٢٢ ق جلسة ٢٠٠٥/٩/٢٥.

دعوى البطلان[1]. وذلك أثناء نظر هذه الأخيرة متى كان مبنى الطعن أحد الأسباب التي نص عليها القانون.

"**حيث أن هيئة التحكيم تفصل في الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع. فإذا ما قضت برفض الدفع فلا يجوز الطعن عليه إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها**..."[2].

حيث أنه إذا ما دفع أحد الخصوم في الدعوى التحكيمية بعدم دستورية نص أو لائحة لازمًا للفصل في الدعوى والتفتت هيئة التحكيم عن هذا الدفع، او إذا تراءى للخصوم أن هيئة التحكيم طبقت قانون مشوب بعدم الدستورية فلكل منهما أن يطعن بالبطلان استنادًا إلى أي سبب من الأسباب الواردة في المادة (٥٣) من قانون التحكيم. فإذا ما اتصلت دعوى البطلان بمحكمة الاستئناف فيستطيع رافع الدعوى أن يدفع بعدم دستورية النص الذي طبقته هيئة التحكيم على المنازعة، سواء كان نص إجرائي أو تلك النصوص التي طُبقت على موضوع الدعوى. فإذا ما قُضي بعدم دستورية هذه النصوص فيكون بذلك قد حقق مرامه من هذا الدفع. **وتأييداً لهذا القول سوف نورد الحكمين الآتيين:**

ثانيًا: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٨٤) لسنة ١٩ قضائية المحكمة الدستورية العليا بالجلسة لعلنية المنعقدة يوم السبت ٦ نوفمبر سنة ١٩٩٩ الموافق ٢٨ رجب سنة ١٤٢٠ هـ.

الإجراءات

---

(٣) أنظر المادة ٥٤ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(١) الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٧٠ ق – جلسة ٢٠٠١/٦/١٧.

بتاريخ السادس من مايو سنة ١٩٩٧، أودعت المدعية صحيفة هذه الدعوى قلم كُتاب المحكمة، طالبة الحكم بعدم دستورية نص البند (١) من المادة ١٩ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى.

كما قدم المدعي عليه الرابع مذكرة طلب فيها أصليًا الحكم بعدم قبول الدعوى واحتياطيًا برفضها.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرًا برأيها.

ونُظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق، والمداولة:

حيث أن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل في أن شركة ستاركو للفنادق والسياحة التي تمثلها المدعية كانت قد أبرمت اتفاق استثمار مع المدعي عليه الرابع نص فيه على شرط التحكيم في المنازعات التي تثور بشأن تنفيذه وتتعذر تسويتها وديًا، وإذ نشب نزاع بين الطرفين حول تنفيذ ذلك الاتفاق. فقد تقدم المدعي عليه الرابع بطلب تحكيم إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قيد برقم ٤٣ لسنة ١٩٩٣، وأثناء نظره طلبت المدعية رد هيئة التحكيم على سند من أنها قد مالت بإجراءاتها عن حيادها، إلا أن تلك الهيئة قضت بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٠ برفض طلب الرد تأسيسًا على انتفاء أسبابه، فطعنت المدعية على هذا القضاء بالاستئناف رقم ٢٠٩٣٢ لسنة ١١٢ قضائية أمام محكمة استئناف القاهرة طالبة إلغاءه والقضاء برد هيئة التحكيم. وأثناء نظر الطعن دفعت بعدم دستورية البند (١) من المادة ١٩

من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لتخويلها هيئة التحكيم الفصل في طلب ردها، وبعد أن قدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع وصرحت برفع الدعوى الدستورية، فقد أقامت الدعوى الماثلة.

وحيث أن المدعي عليه الرابع دفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة وذلك على وجهين:

أولهما: أن إبطال النص المطعون فيه لن يحقق للمدعية أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزها القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه عند رفعها وذلك باعتبار أن دور المحكمة الاستئنافية يقتصر على التحقق من توافر أو عدم توافر أسباب الرد أيا كان القانون الذي تطبقه، فضلاً عن أن من شأن القضاء بعدم الدستورية انعدام السند القانوني للمدعية في طلب الرد، ونشوء فراغ تشريعي يحول بين محكمة الموضوع ومضيها في نظر الطعن المقام منها.

ثانيهما: أنه وقد صدر حكم هيئة التحكيم في النزاع الموضوعي بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٥، وهو حكم نهائي غير قابل للطعن، فإنه لم يعد ثمة نزاع قائم ومطروح أمام محكمة الموضوع يمكن إنزال قضاء المحكمة الدستورية العليا عليه.

وحيث أن هذا الدفع بوجهيه مردود، بأن المصلحة الشخصية المباشرة وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية، مناطها ارتباطًا عقلاً بالمصلحة التي يقوم بها النزاع الموضوعي، وذلك بأن يكون الفصل في المسائل الدستورية التي تُدعي هذه المحكمة لحسمها، لازمًا للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها؛ وإذا كان النزاع الذي أُثيرت بمناسبته الدفع بعدم دستورية البند (١) من المادة ١٩ المطعون فيه – والمطروح على محكمة الاستئناف – يدور في إطار الخصومة الرد ويتعلق بضمانة الحيدة التي يقتضيها العمل القضائي للفصل فيها. ويتغيا التوصل إلى حكم يقضي بإلغاء قضاء

هيئة التحكيم برفض طلب الرد المقدم من المدعية، وكانت هذه الغاية تتحقق للمدعية – كأثر للحكم بعدم الدستورية – إذا ما أُبطل النص الطعين، فيما يخوله لهيئة التحكيم من ولاية الفصل في طلب الرد، إذ يغدو حكمها برفض طلب الرد كأن لم يكن؛ فإن الفصل في الخصومة الدستورية الماثلة يكون مرتبطًا بالخصومة المطروحة على المحكمة الاستئنافية ومؤثرًا فيها، بما يقيم للمدعية مصلحتها في الطعن الماثل.

وحيث أنه لا يغير مما تقدم، مضي هيئة التحكيم في نظر النزاع الأصلي وصدور حكمها النهائي فيه، ذلك أنه من المقرر أن خصومة الرد تُثير ادعاءً فرعيًا عند نظر الخصومة الأصلية مداره أن قاضيها أو بعض قضاتها الذين يتولون الفصل فيها، قد زايلتهم الحيدة التي يقتضيها العمل القضائي، ومن ثم كان لخصومة الرد خطرها ودقتها سواء بالنظر إلى موضوعها أو الآثار التي تنجم عنها، ولا شأن لها بالتالي بنطاق الخصومة الأصلية المرددة بين أطرافها، ولا بالحقوق التي يطلبونها فيها، ولا بإثباتها أو نفيها، بل تستقل تمامًا عن موضوعها، فلا يكون لها من صلة بما هو مطروح فيها، ولا بشق من جوانبها، ولا بالمسائل المتفرعة عنها أو العارضة عليها، بل تعتصم خصومة الرد بذاتيتها، لتكون لها مقوماتها الخاصة بها، بما مؤداه استقلال خصومة الرد عن الخصومة الأصلية في موضوعها، وإن ظل للحكم الصادر في أولاهما أثره وانعكاسه على ثانيتهما ولو بعد الفصل فيها بحكم نهائي.

وحيث أن المادة ١٩ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، تنص على أن: "١ – يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد. فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده، فصلت هيئة التحكيم في الطلب. ٢ – ولا يقبل الرد ممن سبق له تقديم طلب بردّ المحكم نفسه في ذات التحكيم. ٣ – لطالب الرد أن يطعن في الحكم برفض طلبه خلال ثلاثين يومًا من

تاريخ إعلانه به أمام المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون، ويكون حكمها غير قابل للطعن بأي طريق. ٤ – لا يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن في حكم التحكيم الصادر برفضه وقف إجراءات التحكيم.

وإذ حكم برد المحكم سواء من هيئة التحكيم أومن المحكمة عند نظر الطعن، ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم، بما في ذلك حكم المحكمين، كأن لم يكن".

وحيث أن الثابت من الإطلاع على ملف الدعوى الموضوعية، أن تقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع بعدم الدستورية المُبدي أمامها قد اقتصر على ما ينص عليه عجز البند الأول من المادة ١٩ المُشار إليها من عبارة "فصلت هيئة التحكيم في الطلب". وإذا كان نطاق الدعوى الدستورية – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية المثار أمام محكمة الموضوع وفي الحدود التي تقدر فيها جديته، فإن نطاق الطعن الراهن يتحدد بالعبارة سالفة الذكر.

وحيث أن المدعية تنعى على النص المطعون فيه – محدداً نطاقاً على ما تقدم – مخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية بجعله الحسم في نزاع محكماً فيه وإخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون، إذ أفرض الحماية الواجب توافرها في المحكمين في حين يلتزم الدستور توافرها في كل من يلي عملاً قضائياً أو أي شكل متميز آخر مرور بالنظام الحيدة التي يتطلبها كل عمل قضائي عن فئة من المتقاضين بينما هي مكفولة لغيرهم. ومن ثم فإن كل ذلك يخالف المواد ٢ و ٤٠ و ٦٨ من الدستور.

وحيث أن الأصل في التحكيم – على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – هو عرض نزاع معين بين طرفين على مُحكم من الأغيار يُعين باختيارها أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا

المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيًا عن شبهة الممالاة، مجردًا من التحامل، وقاطعًا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يُدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيليًا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية. ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجباريًا يُذعن إليه أحد الطرفين إنفاذًا لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعًا قائمًا أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه -وفقًا لأحكامه- نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تنشأ لهما، وإليه وحده السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند الفصل فيها، وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم، التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذًا كاملاً وفقًا لفحواه. ويؤول التحكيم إلى وسيلة قضائية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة معلومة من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة وبهذه المثابة فإن التحكيم يعتبر خلفًا بديلاً عن القضاء، فلا يتصل، ذلك أن مقتضى عزل المحكم جميعها عن ظل المسائل التي انسحب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها.

وحيث أن المادة ١٨ من قانون التحكيم المشار إليه قد عنيت ببيان أسباب رد المحكم فنصت في فقرتها الأولى على أنه "لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكًا جدية حول حيدته واستقلاله" وكان ذلك توكيدًا على أن ضمانة الحيدة في خصومه رد المحكم هي من ضمانات التقاضي الأساسية التي لا غنى عنها بالنسبة إلى كل عمل قضائي، ليغدو الحق في رد المحكم قرين الحق في رد القاضي.

وحيث أن ضمانة الفصل إنصافًا في المنازعات على اختلافها وفق نص المادة ٦٧ من الدستور، تمتد بالضرورة إلى كل خصومة قضائية، أيا كانت طبيعة موضوعها جنائيًا كان أو مدنيًا أو تأديبيًا إذ أن التحقيق في هذه الخصومات وحسمها إنما يتعين إسناده إلى جهة قضاء أو هيئة قضائية

منحها القانون اختصاص الفصل فيها بعد أن كفل استقلالها وحيدتها وأحاط الحكم الصادر فيها بضمانات التقاضي التي يندرج تحتها حق كل خصم في عرض دعواه وطرح أدلتها، والرد على ما يعارضها على ضوء فرص يتكافِأ أطرافها، ليكون تشكيلها وقواعد تنظيمها وطبيعة النظم المعمول بها أمامها، وكيفية تطبيقها عملاً، محددًا للعدالة مفهومًا تقدميًا يلتئم مع المقاييس المعاصرة للدول المتحضرة.

وحيث أن الحق في رد قاض بعينه عن نظر نزاع محدد وثيق الصلة بحق التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور ذلك أن مؤداه أن لكل خصومة في نهاية مطافها – حلاً منصفًا يمثل الترضية القضائية التي يقتضيها رد العدوان على الحقوق المدعي بها. وتفترض هذه الترضية أن يكون مضمونها موافقًا لأحكام الدستور وهي لا تكون كذلك إذا كان تقريرها عائدًا إلى جهة أو هيئة تفتقر إلى استقلالها أو حيدتها أو هما معًا، ذلك أن هاتين الضمانتين – وقد فرضهما الدستور على ما تقدم – تعتبران قيدًا على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، ومن ثم يلحق البطلان كل تنظيم تشريعي للخصومة القضائية على خلافهما.

وحيث أن ضمان الدستور – بنص مادته التاسعة والستين – لحق الدفع، قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لسيادة القانون، كافلاً للخصومة القضائية عدالتها، وبما يصون قيمها، ويندرج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيدًا عن أدلتها، أو نابذًا الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود؛ فلا يكون بنيان الخصومة متحيّفًا حقوق أحد من الخصوم؛ بل مكافئًا بين فرصهم في مجال إثباتها أو نفيها؛ استظهارًا لحقائقها، واتصالاً بكل عناصرها.

وحيث أن البين من نصوص البند (١) من المادة ١٩ – المطعون على عجزه – أنه قضي بأنه إذا لم يتنح المحكم المطلوب رده فصلت هيئة

التحكيم في الطلب، فدلت بذلك على أنها ناطت الفصل في خصومة رد المحكم، بهذا المحكم نفسه طالما أنه لم يتنح وظل متمسكًا بنظر النزاع الأصلي، إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة منه وحده، أما إذا كانت تلك الهيئة مشكلة من أكثر من محكم وكان طلب الرد يتناول بعضهم أو يشملهم جميعًا اختصوا بالفصل في هذا الطلب.

وقد كشفت الأعمال التحضيرية لنص البند المطعون عليه، عن أن المشرع قد اعتبر حكمه بظاهر استقلال هيئة التحكيم باعتباره من المبادئ الأصولية التي تقوم عليها الأنظمة المتقدمة في التحكيم.

وحيث أن استقلال هيئة التحكيم فيما يصدر عنها من أعمال قضائية ليس استقلالاً دائرًا في فراغ، بل يتحدد مضمونه – في نطاق الطعن الراهن – بمفهوم استقلال السلطة القضائية باعتبارها المنوط بها أصلاً مهمة القضاء، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن استقلال السلطة القضائية وحيدتها ضمانتان تنصبان معًا على إرادة العدالة بما يكفل فعاليتها، وهما بذلك متلازمتان. وإذا جاز القول – وهو صحيح – بأن الخصومة القضائية لا يستقيم الفصل فيها حقًا وعدلاً إذا خالطتها عوامل تؤثر في موضوعية القرار الصادر بشأنها. فقد صار أمرًا مقضيًا أن تتعادل ضمانتا استقلال السلطة القضائية وحيدتها في مجال اتصالها بالفصل في الحقوق انتصافًا لتكون لهما معًا القيمة الدستورية ذاتها، فلا تعلو إحداهما على الأخرى أو تجبها بل تتضاممان تكاملاً وتتكافآن قدرًا.

وحيث أن المقرر أن مبدأ خضوع الدولة للقانون – محددًا على ضوء مفهوم ديموقراطي – مؤداه ألا تنال تنويعاتها بالحقوق والضمانات التي يعتد التسليم بها في الدول الديموقراطية مفترضًا أوليًا لقيام الدولة القانونية وكل لا يجوز أن يكون الفصل القضائي موطنًا لشبهة تُخل بتجردهم وتُثير ظلالاً قاتمة حول حيدتهم فلا يطمئن إليهم المتقاضون بل تزعزع ثقتهم بمدى أصالتها بنائيًا عن القيم الوظيفية القضائية وكل طعن، فحول هيئة التحكيم الفصل

في طلبها نقل كلمتها في شأن يتعلق بذاتها ويتصل على حياتها، وكل ذلك مما يُنافي قيم العدل ومبادئه ويهدر مبدأ خضوع الدولة للقانون ويتنكر لحصانة الحيدة التي يقتضيها العمل القضائي بالنسبة إلى فريق من المتقاضين، بينما هي مكفولة لغيرهم، فإنه بذلك يكون قد خالف أحكام المواد ٤٠ و٦٥ و ٦٧ و ٦٨ و ٦٩ من الدستور، ولا ينال من ذلك ما تأذلت إليه هيئة مفوضيا الدولة في مذكرة دفاعها ورددته المدعى عليه الرابع في مذكرته الواردة — بعد حجز الدعوى للحكم بتاريخ ١٩٩٩/١٠/١٢ من رأى الشارع قد بلغت أحكام الطعن فيه من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي سنة ١٩٨٥ واعتنقته معظم الدول منهاجًا وطريقًا الى المتراعات في مجال التجارة الدولية، ذلك رأى لا قيمة له قضائيًا على دستورية التشريع التي تثيرها هذه المحكمة — على ما جرى به قضاؤها — مناطها نصوص القانون المطعون عليها، مع الأحكام التي تضمنها الدستور سواء وردت هذه النصوص بالتشريع الأصلية التي تقرها السلطة التشريعية أو تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي خولها الدستور بها، ومن ثم فقد ذلك الرأى لا قيمة له في الطعن فيه بعد أن أقرته السلطة التشريعية ولو كان قد استمد قواعده أو بعضها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المشار إليه. كما لا ينال من ذلك أيضًا رأى الشارع قد جرى القضاء في خصومة رد المحكم على درجتين، **ذلك أن الحقوق والضمانات التي كفلتها النصوص الدستورية السالف الإشارة إليها تعتبر حجر الزاوية والركن الركين في النظام القضائي ومن ثم يقع الإخلال بها في حماة المخالفة الدستورية ولو اقتصر على إحدى الدرجتين.**

وحيث أن إبطال هذه المحكمة للنص الطعين، يقتضي تدخل السلطة التشريعية لإقرار نص بديل يتلافى العوار الدستوري السابق بيانه، إعمالاً للحجية المطلقة التي أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها في المسائل الدستورية والتي لازمها نزول الدول بكامل سلطاتها عليها لتعمل بوسائلها وأدواتها – ومن خلال سلطة التشريع أصليًا أو فرعيًا، كلما كان ذلك ضروريًا – على تطبيقها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة: بعدم دستورية العبارة الواردة بالبند (١) من المادة ١٩ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي تنص على أن "**فصلت هيئة التحكيم في الطلب**"، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة

ثالثًا: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ٩٥ لسنة ٢٠ ق "دستورية"

باسم الشعب
المحكمة الدستورية العليا
بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد ١١ مايو سنة ٢٠٠٣ م،
الموافق ١٠ ربيع أول سنة ١٤٢٤ هـ

أصدرت الحكم الآتي: في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٩٥ لسنة ٢٠ قضائية - دستورية

الإجراءات

بتاريخ ١٩٩٨/٤/٣٠ أودع المدعي صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالبا الحكم بعدم دستورية نص المادة ٦٦ من قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم **(أصليا)** بعدم قبول الدعوى، **(واحتياطيا)** برفضها.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها.

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الواقع على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل في أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت ضد الشركة المدعية طلب التحكيم رقم ١١٦٤ لسنة ١٩٨٣ "مكتب التحكيم بوزارة العدل" طالبة الحكم بتثبيت ملكيتها لقطعتي أرض كائنتين بأول طريق مصر الإسكندرية الصحراوي وذلك تأسيسا على أن وزير السياحة قد أصدر قرارا برقم ٢٨٧ لسنة ١٩٧٥ والذي قضى في مادته الأولى على أن تنقل إلى المؤسسة المصرية العامة للسياحة والفنادق (إيجوث) كافة الأصول الثابتة للفنادق والعقارات والأراضي المملوكة لشركة فنادق شبرد وشركة فنادق الوجه القبلي والشركة المصرية للفنادق والسياحة ومن هذه العقارات قطعتي الأرض محل النزاع واللتي تدعي الشركة المدعية ملكيتها لهما. وإذ نظرت تلك الهيئة وقف الطلب، فقد أقامت المدعى عليها الخامسة طلبي التحكيم رقمي ١٠٦٤ و١٠٦٥ لسنة ١٩٨٦ أمام هيئتي تحكيم وزارة العدل طالبة الحكم بتثبيت ملكيتها لتلك القطعتين وتسليمهما لها استنادا إلى الأمر الشهر رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠ المعدل بالأمر الشهر رقم ٢٠٩٦ لسنة ١٩٨٦، فقضت لها تلكما الهيئتان بطلباتها فعارضت على ذلك الشركة المدعية بإقامة الدعويين رقمي ١٠٥٩٢ و١٠٦٢٨ لسنة ١٩٨٧ مدني كلي أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية طالبة الحكم ببطلان حكمي هيئتي التحكيم الصادرين في الطلبين رقمي ١٠٦٤ و١٠٦٥ لسنة ١٩٨٦ على التوالي، فقضت تلك المحكمة بعدم قبول الدعويين الشار إليهما تأسيسا على أن المادة ٦٦ من قانون هيئة قطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ لا يجيز الطعن على أحكام هيئات التحكيم، فقامت الشركة المدعية بالطعن على الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٠٥٩٢ لسنة ١٩٨٧ بالاستئناف رقم ٣٦٦٦ لسنة ١٠٦ قضائية مستأنف شمال القاهرة حيث قضى فيه بقبول الاستئناف شكلا ورفضه موضوعا وتأييد الحكم المستأنف، وأقامت الاستئناف رقم ٣٦٦٧

لسنة ١٠٦ قضائية مستأنف شمال القاهرة قطعنا على الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٠٦٢٨ لسنة ١٩٨٧ مدني كلي شمال القاهرة وأثناء نظره دفعت بعدم دستورية نص المادة ٦٦ من قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ فقررت تلك المحكمة التأجيل لجلسة ١٩٩٧/٥/٣ لإقامة الدعوى الدستورية فأقمتها بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٧/٤/٣٠، وبجلسة ١٩٩٧/٥/٣ قررت تلك المحكمة حجز الاستئناف للحكم فيه بجلسة ١٩٩٧/٧/٨، حيث قضت بقبوله شكلا ورفضه موضوعا وتأييد الحكم المستأنف.

وحيث إن هيئة قضايا الدولة دفعت بعدم قبول الدعوى الماثلة على وجهين، أولهما أنها قد اتصلت بالمحكمة الدستورية العليا على خلاف الأوضاع المقررة في قانونها، وذلك تأسيسا على أن محكمة الاستئناف لا تختص بنظر النزاع الموضوعي استنادا إلى نص المادة ٦٦ من قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ الذي لا يجيز الطعن في أحكام هيئات التحكيم بأي وجه من الوجوه، ومن ثم فلا اختصاص لها ببحث المسائل التي تتفرع عن هذه المنازعة ومنها الدفع بعدم الدستورية، إذ المستقر عليه أنه إذا امتنع على القاضي نظر الأصل، امتنع عليه بالتالي نظر الفرع، ثانيهما انتفاء شرط المصلحة بصدور حكم نهائي في موضوع الاستئناف رقم ٣١٦٧ لسنة ١٠٦ قضائية الذي أثير أثناء نظره الدفع بعدم الدستورية.

وحيث إن هذا الدفع بوجهيه مردود أولا: بأن لكل من الدعويين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها، ذلك أنهما لا تختلطان ببعضهما، ولا تتحدان في شرائط قبولهما، بل تستقل كل منهما عن الأخرى في موضوعها، وكذلك في الشروط المتطلبة قانونا لجواز رفعها، فإذا رفعت الدعوى الدستورية في ميعادها القانوني، بعد تقدير المحكمة التي تنظر النزاع الأصلي لجدية الدفع بعدم الدستورية، فقد استقامت الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا التي تنحصر ولايتها في بحث المسائل

الدستورية لتقرير صحة النصوص المطعون عليها أو القضاء بعدم دستوريتها، ومردود ثانيا: بأن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بالنص الذي يحظر الطعن على أحكام هيئات التحكيم والذي اتخذته محكمة أول درجة سندا لحكمها بعدم قبول الدعوى، والقضاء بعدم دستورية هذا النص إذا رأت هذه المحكمة مخالفته لأحكام الدستور سيمكن محكمة الموضوع من نظر دعوى البطلان التي أقامتها الشركة المدعية، ومن ثم تضحى لها مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن عليه، ومردود ثالثا: بأن الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح معقود للمحكمة الدستورية العليا وحدها ولا تنازعها فيه غيرها من المحاكم، والتي عليها إن قامت لديها شبهة مصادمة نص قانونيا لازم للفصل في موضوع الدعوى لأحكام الدستور أن تعرض الأمر على المحكمة الدستورية العليا لتقول فيه كلمتها، ومن ثم كان لزاما على محكمة الاستئناف بعد أن قدرت جدية الدفع بعدم الدستورية وصرحت بقيام الدعوى الدستورية، أن تتربص قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن النص المطعون عليه لتنزل حكمه على النزاع الموضوعي، لا أن تمضي في نظر النزاع وتصدر فيه حكمها، وإلا كان ذلك تسليطا لجهة قضاء أدنى على جهة قضاء أعلى.

وحيث إن المادة ٦٦ من قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ المطعون عليها تنص على أن "تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافذة وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من وجوه الطعن.

ويسلم مكتب التحكيم إلى من صدر الحكم لصالحه صورة منه مذيلة بالصيغة التنفيذية".

وحيث إنه ولئن كانت القاعدة العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتباره القانون الإجرائي العام أنه ليس من شأن أي نص يحظر أو يقيد حق الطعن في الأحكام، الحيلولة دون الطعن عليها بدعوى البطلان

الأصلية إذا لحق بها عيب شكلي أو موضوعي يصمها بالبطلان، باعتبار أن دعوى البطلان الأصلية لا تعتبر طريقا من طرق الطعن في الأحكام، وإنما هي أداة لرد الأحكام التي أصابها عوار في مقوماتها، عن إنفاذ آثارها القضائية، إلا أن التعميم المطلق الذي أورده النص الطعين في حظره الطعن على أحكام هيئات التحكيم الخاضعة لقانون هيئات القطاع العام وشركاته، مؤداه كما استقر عليه فهم النص أن هذا الحظر يمتد أيضا إلى دعوى البطلان الأصلية، وعلى أساس هذا النظر يجري طرح الطعن الماثل.

وحيث إنه لما كانت المصلحة الشخصية المباشرة وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية مناطها ارتباطها عقلا بالمصلحة التي يقوم بها النزاع الموضوعي، وكان النزاع الموضوعي يتعلق بطلب الشركة المدعية الحكم لها ببطلان حكم هيئة التحكيم، فإن الفصل في دستورية ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٦ من قانون هيئات القطاع وشركاته من عدم جواز الطعن على هذه الأحكام بأي وجه من وجوه الطعن يكون لازما للفصل في الطلب الموضوعي، وبهذه العبارة وحدها يتحدد نطاق الدعوى الدستورية، ولا يمتد إلى ما عداها من أحكام شملها النص الطعين.

وحيث إن المدعية تنعى على النص الطعين محددا نطاقا على النحو المتقدم مخالفته لأحكام المواد ٣٢ و٣٤ و٤٠ و٦٤ و٦٥ و٦٨ و٦٩ و١٦٥ من الدستور، وذلك لما يتضمنه من إخلال بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ولخضوع الدولة لأحكامه، واعتدائه على استقلال القضاء وحصانته، فضلا عن إهداره لحق التقاضي والدفاع اللذين يكفلهما الدستور للناس كافة.

وحيث إن هذا النعي سديد في جوهره، ذلك أنه إذا كان الأصل العام في التحكيم أن يكون وليدا لاتفاق الخصوم على اللجوء إليه كطريق بديل عن اللجوء إلى القضاء لفض ما يثور بينهم من منازعات، وفي الحدود

والأوضاع التي تتراضى إرادتهم عليها، إلا أنه ليس هناك ما يحول والخروج على هذا الأصل العام إذا قامت أوضاع خاصة بخصوم محددين وفي شأن منازعات معينة لها طبيعتها المغايرة لطبيعة المنازعات العادية، وعلى ذلك فإنه إذ وقع في حقبة الستينيات أن انتهجت الدولة سياسة تأميم وحدات الإنتاج وصيرورتها مالكة لها، بما ترتب عليه إنشاء مؤسسات وشركات قطاع عام لإدارة الأنشطة التي تضطلع بها هذه الوحدات، فقد اتجه المشرع إلى إيجاد آلية لفض المنازعات التي تثور بين هذه الشركات من ناحية وبين غيرها من المؤسسات العامة أو الجهات الحكومية، تتفق مع الطبيعة الخاصة لهذه الكيانات، كما تتفق مع حقيقة أن النتيجة النهائية لفض أية منازعة سترتد إلى الذمة المالية لمالكة هذه الكيانات وهي الدولة، أيا كان الأمر في ارتدادها إليها، إن سلبا أو إيجابا، وعلى ذلك فقد رسم المشرع بقواعد آمرة وجوب أن تلجأ المؤسسات العامة وشركات القطاع العام والجهات الحكومية إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تثور فيما بينها، أما عن قواعد وإجراءات هذا التحكيم فقد انتظمتها أحكام قوانين المؤسسات العامة وشركات القطاع العام المتعاقبة بدءا من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ثم القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ وأخيرا القانون الطعين رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣.

وحيث إن أحكام هيئات التحكيم الصادرة طبقا لقانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣، هي أحكام لها حجية، وهي نافذة، شأنها في ذلك شأن أحكام هيئات التحكيم التي تصدر في منازعات التحكيم المبنى على اتفاق الخصوم، فكلاهما يعد عملا قضائيا يفصل في خصومة، بما مؤداه وجوب تقيدهما معا بالمبادئ الأساسية لضمانات التقاضي.

وحيث إن الالتزام بالمبادئ الأساسية لضمانات التقاضي كان نهج المشرع عندما وضع تنظيما تشريعيا للتحكيم المبنى على اتفاق الخصوم، وهو التنظيم الذي اندرجت أحكامه في الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨،

فهو وإن حظر الطعن على أحكام المحكمين بطرق الطعن العادية وغير العادية، إلا أنه أجاز الطعن عليها بدعوى البطلان التي نظمت أحكامها المادتان ٥١٢، ٥١٣ من هذا القانون، وإذ صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، فإن المشرع ظل ملتزما بمنهجه في كفالة الضمانات الأساسية للتقاضي، فهو وإن حظر الطعن على أحكام المحكمين على نحو ما كان مقررا من قبل، إلا أنه أجاز الطعن عليها بدعوى البطلان التي نظم أحكامها في المادتين ٥٣، ٥٤ منه.

وحيث إن حاصل ما تقدم أن المشرع، وإن قرر قاعدة عامة في شأن أحكام المحكمين التي تصدر في منازعات التحكيم التي تبنى على اتفاق الخصوم، هي حظر الطعن عليها بطرق الطعن العادية وغير العادية، بتقدير أن اللجوء لهذا النوع من التحكيم إنما ينبني في نشأته وإجراءاته وما يتولد عنه من قضاء، على إرادة الاختيار لدى أطرافه التي تتراضى بحريتها على اللجوء إليه كوسيلة لفض منازعاتهم، بدلا من اللجوء إلى القضاء، إلا أنه في توازن مع تقريره حجية لهذه الأحكام وجعلها واجبة النفاذ، عمد إلى مواجهة حالة أن يعتور عمل المحكمين عوار يصيب أحكامهم في مقوماتها الأساسية بما يدفع بها إلى دائرة البطلان بمدارجه المختلفة، فكانت دعوى البطلان هي أداته في تحقيق التوازن، الذي به تتوافر ضمانة من الضمانات الأساسية للتقاضي، وهو بهذا قد بلغ نتيجة قوامها أنه إذا كانت القاعدة العامة هي جواز الطعن على أي حكم يصدر من المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها، بدعوى البطلان، فضلا عن جواز الطعن عليها بطرق الطعن الأخرى، فإن أحكام المحكمين التي تصدر طبقا لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية وإن لم تكن قابلة للطعن عليها بطرق الطعن العادية وغير العادية إلا أنها تشارك أحكام المحاكم الأخرى في جواز الطعن عليها بدعوى البطلان التي نظمها القانون الأخير.

وحيث إن النص الطعين قد خالف هذا النظر وخرج على القواعد العامة في شأن قابلية الأحكام الصادرة من المحاكم وأحكام هيئات التحكيم للطعن عليها بالبطلان، حين قرر أن أحكام هيئات التحكيم التي تشكل استنادا لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣، نهائية ونافذة وغير قابلة للطعن عليها بأي وجه من وجوه الطعن، فأسبغ على هذه الأحكام حجية مطلقة تعصمها من أية قابلية للتصحيح، أيا كانت العيوب الشكلية أو الموضوعية التي لحقت بها، وأيا كانت مدارج البطلان التي أنزلتها إياها هذه العيوب، إذ كان ذلك، وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم في نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكم الخصومة عينها، ولا في طرق الطعن التي تنتظمها، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها قواعد موحدة في مجال التداعي بشأنها أو الطعن في الأحكام الصادرة فصلا فيها، فإن النص الطعين وقد مايز بين سائر الأحكام القضائية والتحكيمية وبين الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم التي تشكل وفقا لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣، واختص الأخيرة بمعاملة تحول والطعن عليها بدعوى البطلان أو بأي طريق آخر من طرق الطعن، فإنه يكون قد خالف مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون وخضوع الدولة لأحكامه، بما يوقعه في حمأة مخالفة المادتين ٤٠، ٦٥ من الدستور.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (٦٦) من قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ فيما نصت عليه من عدم قابلية أحكام التحكيم للطعن فيها بأي وجه من وجوه الطعن، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

وباستقراء هذين الحكمين بعين الفاحص المدقق، يتضح لكل ذي بصيرة أن الدفع بعدم دستورية القانون الذي طبق على الدعوى التحكيمية

يؤتي ثماره حتى في مرحلة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم وقد أكدت ذلك صراحة المحكمة الدستورية العليا في الدعويين السالفة الإشارة إليهما حيث قالت في معرض ردها على دفوع هيئة قضايا الدولة فيما يتعلق بانعدام المصلحة لمقدم الدفع بعدم الدستورية أمام الاستئناف **(المصلحة الشخصية المباشرة وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية مناطها ارتباطها عقلاً بالمصلحة التي يقوم بها النزاع الموضوعي. وذلك بأن يكون الفصل في المسائل الدستورية التي تُدعى هذه المحكمة لحسمها لازمًا للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها. وإذا كان النزاع الذي أُثير بمناسبته الدفع بعدم دستورية البند (١) من المادة (١٩) المطعون فيه – والمطروح على محكمة الاستئناف – يدور في إطار خصومة الرد ويتعلق بضمان الحيدة التي يقتضيها العمل القضائي للفصل فيها ومبتغيًا التوصل إلى حكم يقضي بإلغاء قضاء هيئة التحكيم برفض طلب الرد المقدم من المدعية، وكانت هذه الغاية تتحقق للمدعية. كأثر للحكم بعدم الدستورية إذا ما أبطل النص الطعين فيما يخوله لهيئة التحكيم من ولاية الفصل في طلب الرد، إذ يغدو حكمها برفض طلب الرد كأن لم يكن. فإن الفصل في الخصومة الدستورية الماثلة يكون مرتبطًا بالخصومة المطروحة على المحكمة الاستئنافية ومؤثرًا فيها، بما يقيم للمدعية مصلحتها في الطعن الماثل**".

وهديًا بما تقدم فإن من فاته الدفع بعدم الدستورية أمام هيئة التحكيم أو قدّم هذا الدفع ولكن التفتت عنه هذه الأخيرة لأي سبب فله الحق في إبداء هذا الدفع أمام الاستئناف إذا ما طُعن على حكم التحكيم بالبطلان. وهذا فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القانون المصري متى كان هو القانون الذي فصلت هيئة التحكيم في الدعوى التحكيمية وفقًا لأحكامه – الموضوعية أو الإجرائية.

وقد يرى جانب من الفقه واستنادًا إلى نص المادة (٤٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا – والتي تنص على أنه (١ - ..... **يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر)** – أن مقدم الدفع أمام محكمة

الاستئناف لن يبلغ مرامه متى قُضي بعدم دستورية النصوص التي طبقتها هيئة التحكيم. بيد أن المحكمة الدستورية العليا تكفلت بالرد على ذلك كما سلف.

بالإضافة إلى ما تقدم وفي معرض الرد على هذه الحجة. إذ كان هناك اتجاه قديم لمحكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا قد ذهبتا فيه إلى أن الأثر المترتب على صدور حكم بعدم دستورية نص لازم للفصل في الطعون المنظورة أمام محكمة النقض لا ينسحب إلى المراكز القانونية التي استقرت بموجب حكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم.

كما استندت المحكمة الدستورية العليا في مسألة الأثر الرجعي للحكم إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة وقررت "أن القانون تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يُستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدور حكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم[1].

ومن ثم فإن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يستثنى منه الحقوق التي استقرت – كما سلف – بحكم نهائي أو بانقضاء مدة التقادم.

فإن الاتجاه الحديث لكلتا المحكمتين **(الدستورية العليا والنقض)** قد ذهبتا فيه إلى امتداد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية لجميع الحقوق والمراكز

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية جلسة ١٩٩٠/٥/١٩ وفي ذات المعنى حكمها الصادر في القضية رقم ١٦ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٥.

القانونية باستثناء حالة واحدة فقط. وهي تلك الحقوق والمراكز التي استقرت بحكم قضائي بات **(وليس حكمًا نهائيًا)**.

ومن ثم متى حُكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة طبقته هيئة التحكيم للفصل في نزاع طُرح عليها فينسحب أثر الحكم بعدم الدستورية – حتى ولو قدّم الدفع أمام محكمة الاستئناف – إلى حكم التحكيم. طالما كان مقر الهيئة التي أصدرته جمهورية مصر العربية.

"حيث أن الشرعية الدستورية تقتضي أن تكون النصوص التشريعية الواجبة التطبيق على أي نزاع مطابقة لأحكام الدستور، فلا يجوز لأي محكمة أو هيئة اختصها المشرع بالفصل في نزاع معين أيا كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتمي إليها – إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور ومن باب أولي إذا قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته، فهذا القضاء واجب التطبيق على جميع المنازعات التي تخضع لتطبيق هذا النص القانوني ما دام الحكم بعدم الدستورية قد لحق الدعوى قبل أن يصدر فيها حكم بات، وهذا الأمر يتعلق بالنظام العام ويتعين على محكمة النقض إعماله من تلقاء نفسها كما تجوز إثارته لأول مرة أمامها وذلك باعتبارها من المحاكم التي تبنتها المادة (٢٩) المشار إليها ولا يجوز التحدي في هذا الشأن بأن سلطة محكمة النقض قاصرة على مراقبة صحة تطبيق القانون، إذ أن مطابقة النص القانوني للقواعد الدستورية هو أيضًا من مسائل القانون ...."[1].

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٦/١١/٣٠ في القضية رقم (٢٢) سنة ١٨ ق دستورية.

الفرع الثاني
الرقابة على دستورية القانون الأجنبي أمام هيئات التحكيم في جمهورية مصر العربية

إذا كان الأمر قد يبدو ميسورًا إذا ما كان القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية هو القانون المصري، بيد أنه ليس كذلك إذا ما اختار الأطراف أو فصلت هيئة التحكيم في الدعوى وفقًا لقانون أجنبي في حالة انعدام قانون الإرادة، وطُعن أمام هذه الهيئة بعدم دستورية نصوص هذا القانون. فكيف تفصل هيئة التحكيم في هذه المسألة متى قدرت جدية الدفع أو تراءى لها أن القانون المختار من قبل الأطراف غير دستوري؟ بالطبع وفقًا لدستور الدولة التي ينتمي إليها القانون المطعون عليه.

كما أنه تجدر الإشارة إذا كانت هيئة التحكيم هي من عينت نصوص القانون الواجب التطبيق باعتباره الأكثر اتصالاً بالنزاع في حالة عدم تحديد هذا القانون من قبل الأطراف، تراءى لها عدم دستوريته فلها أن تحل أي قانون آخر محله نرى أنه أكثر تحقيقًا للعدالة وثمة علاقة جدية بينه وبين المنازعة المطروحة عليها.

بيد أن المشكلة الحقيقة تثور إذ ما دُفع بعدم دستورية القانون الأجنبي[1] أمام هيئة التحكيم التي اتخذت من مصر مقرًا لها.

فإذا كانت المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري تُلزم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد التي يتفق عليها الطرفان على موضوع النزاع، وإذا لم يتفقا على تلك القواعد تطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع. وقد يكون هذا الأخير هو قانون الدولة التي أُبرم فيها العقد وقد يكون قانون الدولة التي يُنفّذ فيها العقد وقد

---

(١) نعني بالأجنبي هنا، أجنبي عن مقر هيئة التحكيم أي ليس القانون المصري وليس أجنبي عن هيئة التحكيم حيث أن هذه الهيئة لا تعمل باسم جمهورية مصر العربية لاسيما في المنازعات ذات العنصر الأجنبي حتى ولو كان جميع أعضائها يحملون الجنسية المصرية فجميع القوانين لديها سواء.

يكون قانون الدولة التي يتبعها المتعاقدين بجنسيتهما، أو أحدهما أو أي قانون آخر، وهي مسألة تقديرية لهيئة التحكيم، وفقًا لما يتراءى لها بشأن تحديد القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع.

فإذا كانت هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق قانون الإرادة فإنها كذلك لا يمكنها تطبيق قانون مطعون بعدم دستوريته لاسيما إذا كان الطعن جديًا (وإذ نعت الشركة المدعية ببطلان الحكم لاستبعاده وتجاهله تطبيق القانون الذي أُتفق عليه فإن نعيها هذا يكون في محله، ..... وفقًا للمادة (١/٥٣) من القانون – قانون التحكيم – يعتبر استبعاد القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه سببًا لبطلان حكم التحكيم بما يوجب على المحكمة الحال كما تقدم أن تقضي ببطلان الحكم المطعون فيه)[1].

فإذا كان الأمر كذلك فهل يتعين النزول على إرادة الأطراف وتطبيق القانون المختار من قِبَلِهم أو القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع في حالة عدم الاتفاق على قانون معين حتى ولو طعن بعدم دستورية هذا الأخير أو تراءى لهيئة التحكيم عدم دستوريته لأي سبب؟

لعله من نافلة القول أن تقدير دستورية أو عدم دستورية نصوص القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية يتم في ضوء دستور الدولة الصادر منها هذا القانون.

بداءة قد يرى البعض حتمية استبعاد القانون الأجنبي المطعون بعدم دستوريته أمام هيئة التحكيم والتي اتخذت من مصر مقرًا لها إعمالاً للدفع بالنظام العام. حيث يتعين على هيئة التحكيم مراعاة أحكام النظام العام في دولة المقر. وإذا ما تراءى لها عدم دستورية نص أجنبي فلا ريب أنه يتعارض مع النظام العام. فإذا كان القانون جعل مخالفة حكم التحكيم الأجنبي للنظام العام في مصر أحد أسباب رفض منح الصيغة التنفيذية للحكم فمن الأحرى أن يستبعد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام على الدعوى التحكيمية المنظورة أمام هيئة تحكيم مقرها مصر.

---

(١) استئناف القاهرة د ٧ تجاري – دعوى رقم ٧٢ لسنة ١١٧ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٨.

كما لا ينفذ حكم التحكيم الدولي في فرنسا متى كان في الاعتراف به أو تنفيذه يصطدم بالنظام العام الدولي استنادًا إلى المادة ٥/١٥٢٠) من قانون المرافعات الفرنسي.

فإذا كانت هيئة التحكيم ليس من واجبها حماية المصالح العامة للمجتمع وإنما كل ما تلزم به هو عدم مخالفة مضمون حكم التحكيم لقواعد النظام العام في دولة مقر التحكيم كما أنه يتعين مراعاة القواعد الآمرة في دولة مقر التحكيم لضمان فاعلية حكم التحكيم وتجنب الطعن عليه بالبطلان حال مخالفته لهذه القواعد.

وإن كان لهذا الرأي وجاهته إلا أنه قد فاته أن المحكم ليست مهمته حراسة النظام العام في المجتمع الدولي حيث أن هيئة التحكيم ليست تابعة لدولة معينة – أو لنظام قانوني معين – كما أنها ليست جزء من أي نظام قضائي وطني. وإن كانت مقيدة بكفالة نفاذ حكمها حتى لا يغدو مِدادًا على ورق مما يتعين معه أن تُراعي أحكام النظام العام في دولة المقر ودولة التنفيذ على أرجح الأقوال. بيد أنه ليس كل مخالفة لقاعدة آمرة من قبل هيئة التحكيم تشكل انتهاكًا لقواعد النظام العام[١] في دولة مقر التحكيم وقد استقر القضاء الفرنسي والمصري على ذلك.

أضف إلى ما تقدم أنه لم يحكم بعد بعدم دستورية النص الأجنبي الذي تطبقه هيئة التحكيم، فالأمر ما برح مجرد دفع قد يكون جديًا وقد يروم به مقدمه التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق.

فإذا ما كان الأمر قد حُسم وبالفعل قدم الخصم ما يفيد بلا مراء عدم دستورية النص المراد تطبيقه على الدعوى التحكيمية – كحكم يدل على ذلك – أو أنه قد رُفعت بشأنه دعوى عدم دستورية في الدولة الصادر منها

---

(١) MUrkus Petsche, l'autonomie de l'arbitrage commercial international et le contrêle de la conformiré de sentences arbitrales à l'ordre public, Gaz. Pla. ١٤ décembre ٢٠٠٦. P. ٣٧٥٦.

هذا القانون فهنا يتعين على هيئة التحكيم استبعاده إذا ما كان قد صدر الحكم. أو تُرجئ الفصل في الدعوى التحكيمية لحين الفصل في مسألة الدستورية، أو تطرح هذا القانون جانبًا لعدم إطالة أمد التحكيم، وتطبق قانون آخر سواء من اختيار الأطراف أو تطبقه هي من تلقاء نفسها في حالة عدم الاتفاق.

أما إذا كانت المسألة المُثارة لم تُعرض بعد في دولة إصدار القانون فماذا تفعل هيئة التحكيم؟

قد يغري البعض القول بأنه إذا كان على القاضي الوطني أن يتولى تفسير القانون الأجنبي ويراقب صحة تطبيقه حيث أن محكمة النقض الفرنسية في موقفها الحديث تلزم القاضي الوطني بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتعتبر نفسها بالتالي في رقابة الحكم الوطنية إذا طبق القانون الأجنبية حيث لا تتصور وظيفة محكمة النقض في الحفاظ على وحدة القانون الوطني فظلوا السهر على صحة تطبيقه حيث أن دور المحكمة النقض في رقابة الأحكام التي تنطوي على مخالفة القانون قد جاء عامًا. والقاعدة قانون قد ورث مطلقة وقصرها فقط على الوطني دون الأجنبي تعبير غير جائز، كما أنه ليس من المستحيل أن تتولى محكمة النقض الرقابة على صحة وسلامة القانون الأجنبي لاسيما في ظل تقدم الوسائل القانونية المقارنة.

كما أنه من ناحية أخرى، كيف نعترف بالطابع القانوني للقانون الأجنبي وفي نفس الوقت نطلق يد القاضي الوطني ليطبقه على نحو خاطئ رغم أن الأمران وجهان لعملة واحدة.

وقد كرست الكثير من النظم القانونية المقارنة ضرورة رقابة محكمة النقض على القانون الأجنبي وتأويله كالقانون الإيطالي واليوناني وقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي في أحد أحكامها حتى عام

١٩٩١[١] وكذلك فعلت جل المحاكم العليا حيث تتولى الرقابة على صحة تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره ومنها محكمة النقض المصرية[٢].

فإذا كان الأمر كذلك فما الذي يحول دون منح هذا الحق للمحكمة الدستورية العليا في مصر بأن تتولى الفصل في دستورية القانون الأجنبي إذا ما أثيرت هذه المسألة في جمهورية مصر العربية أمام القضاء العام أو القضاء الخاص، ومن ثم يمكن لهيئة التحكيم أن تُحيل الدعوى أو تمنح الخصم مقدم الدفع آجلاً لرفع دعواه بعدم دستورية القانون الأجنبي.

قد يكون هذا الرأي حريًا بالتأييد إلا أنه يعيبه أن نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا لا تسمح بذلك بوضعها الراهن، فالأمر في حاجة إلى تعديل تشريعي يمنحها هذا الحق، والذي قد يتضمن افتئاتًا على السلطة المختصة بهذه المسألة في دولة إصدار القانون الأجنبي.

ومن ثم لا يكفي تعديل التشريعات الوطنية لمجابهة تلك الإشكالية إليه بل الأمر في حاجة إلى معالجة على المستوى الدولي عن طريق اتفاقية دولية تنظم مسألة الطعن بعدم دستورية القانون الأجنبي على المنازعات ذات الطابع الدولي أمام القضاء وهيئات التحكيم، على غرار الكثير من الاتفاقيات والتي حسمت العديد من المنازعات التي طالما أثارت خلافًا في التطبيق بين القضاء والتشريع الوطنيين مثل اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ وغيرها من الاتفاقيات التي تنشد التوحيد الدولي لبعض القواعد.

بينما ترى البعض الآخر أن مسألة مراجعة دستورية القانون الأجنبي هي جزء لا يتجزأ من مسألة تحديد المحتوى الفعلي لهذا القانون. ومن ثم

---

(١) أنظر تفصيلاً د/سيف الدين أحمد البلعاوي – القانون الأجنبي ومدى إعماله لدى القضاء الوطني، دراسة مقارنة، صـ ٢٠٦ بدون سنة ودار نشر..

(١) حيث أكدت محكمة النقض المصرية حقها في بسط رقابتها على صحة تطبيق وتفسير القوانين الأجنبية التي تشير باختصاصها قواعد التنازع المصرية ومن هذه الأحكام حكمها الصادر في ١٤ يناير ١٩٥٤ طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢١ ق مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنية وحكمها الصادر في ٣ يونيو ١٩٦٥ ذات المجموعة ١٩٦٥.

يتعين على القاضي الوطني بحث هذه المسألة وليس ثمة ما يحول بالطبع دون رأي يقوم بها المحكم إذا ما أُثيرت أمامه لاسيما إذا كانت الدولة المصدر فيها القانون الأجنبي المطعون بعدم دستوريته تمنح هذا الحق لمحاكمها الوطنية[1] -مثل ألمانيا -دون أن تحدد محكمة عليا تتولى الفصل في هذه المسألة فهنا يجوز للقاضي الألماني الفصل في دستورية القانون الأجنبي وفقاً لدستور دولة المصدر، فإذا ما كان غير دستوري فيمتنع القاضي الألماني عن تطبيقه.

أما إذا كانت الدولة التي ينتمي إليها القانون الأجنبي تحدد محكمة معينة للفصل في مسألة الدستورية فلا يجوز للقاضي الوطني أن ينتزع لنفسه اختصاص محظور على المحاكم العادية في دولة صدور القانون ومن ثم لا يملك الفصل في هذه المسألة.

ورقابة القاضي الوطني لدستورية القانون الأجنبي تعد من قبيل المجاملة الدولية أو من قبيل المساعدة القانونية المتبادلة في ميدان التعاون القضائي الدولي.

وثمة سوابق قضائية في ألمانيا في هذا الصدد بدايتها حكمان صدرا عام ١٩٦٩[2]. بيد أن ما سلف لم يتطرق مطلقاً إلى مسألة الرقابة على دستورية القانون الأجنبي أمام هيئة التحكيم. فهذه الدراسات والآراء قاصرة فقط على مضمون وإثبات، وتفسير، القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، والذي يملك من الوسائل التي قد تكفل له القيام بهذا الدور، مثل الإنابة

---

(١), (٢) Potric rinsch: Contrêle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit etranger. Etudes de droit international privé (Amérique Latine états – unis – Europe) Colloque du ٢٣ septembre ٢٠١٦, p, ٢٢٦ – ٢٢٨.

القضائية الدولية وغيرها من الوسائل التي لا تمتلكها هيئة التحكيم إذا ما أُثيرت هذه المسائل.

وبناء على ما تقدم لا مندوحة من اقتراح بعض الحلول في ظل الفراغ التشريعي القائم إلى حين اضطلاع المجتمع الدولي بسد هذا الفراغ عن طريق إبرام اتفاقية دولية تنظم المسألة محل البحث، وكذلك تعديل المشرع الوطني لقانون المحكمة الدستورية العليا ليشمل الفصل في دستورية القانون الأجنبي أو النص صراحة على تخويل محكمة المادة (٩) من قانون التحكيم المصري مساعدة هيئة التحكيم في بحث هذه المسألة متى عرضت لها.

والحل الذي نراه في هذا الشأن. وحيث أن هيئة التحكيم لا تملك حق الفصل في مسألة دستورية القانون الأجنبي. ولا تملك كذلك إحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها. كما لا تملك الإنابة القضائية بحيث تستطيع أن تطلب من قضاء الدولة الصادر فيها القانون المطعون بعدم دستوريته الفصل في هذه المسألة، والتي يتعين حسمها حتى يتسنى لها الفصل في النزاع وفقًا للقانون الواجب التطبيق. حيث أن مسألة الإنابة القضائية يتولاها القضاء الرسمي للدولة ويخاطب فيها القضاء الرسمي في الدولة الأجنبية حيث تنص المادة (٧٣٣) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٧٥ على أنه **(يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب الخصوم أن يطلب اتخاذ إجراء في الخارج من إجراءات التحقيق أو أي إجراء قضائي آخر يقدر القاضي ضرورته وذلك بمقتضى إنابة قضائية).**

ولا ريب أن القاضي هنا يقتصر على القاضي دون المحكم فلو أراد المشرع ذلك لنص عليه صراحة ومن المعلوم إذا كان المحكم قاضيًا خاصًا طبيعة الدور الذي يقوم به بيد إنه يبقى كذلك شخصه كما أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالإنابة القضائية والتي ترمها الدولة يلتزم بها ويطبقها قضائها ويلتزم هيئات التحكيم التي تقع على إقليمها حيث لا تعلو هيئة التحكيم بلزم

خلاف قانوني أو فقهي معين. ومن ثم لا تملك المحكمة في الإنابة القضائية بنفسها إلى بتعين عليها الاستعانة بقضاء دولة المقر في هذا الشأن.

ويؤيد ذلك القول أن قانون المرافعات في المادة (٥٠٦) من باب التحكيم[١] كان ينص على "... **ويرجع المحكمون إلى رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٥٠٨) لإجراء ما يأتي:** (١) ..... (٢) **الأمر بالإنابات القضائية**. ومن ثم كان يمكن للمحكم أن يلجأ إلى الإنابة القضائية متى رجع في ذلك إلى رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٥٠٨) [٢] بيد أنه في ظل قانون التحكيم الحالي – والذي ألغي نصوص قانون المرافعات المتعلقة بالتحكيم – **فيمكن كذلك** الفصل في المسألة محل البحث عن طريق قضاء الدولة الصادر من القانون المطعون بعدم دستوريته أمام هيئة تحكيم مقرها مصر حيث أن نص المادة (٣٧) من قانون التحكيم المصري قد منح رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون سلطة الأمر بالإنابة القضائية بناءًا على طلب من هيئة التحكيم، ومن ثم تستطيع هذه الأخيرة متى عُرضت لها هذه المسألة أن تستعين برئيس المحكمة المشار إليها لطلب الأمر بالإنابة القضائية. وليس ثمة ما يحول من وجهة نظرنا أن تشمل الإنابة القضائية طلب المساعدة من قبل قضاء الدولة الصادر منها القانون المطعون عليه للوقوف على حقيقة دستوريته من عدمها.

فإذا لم تستطع هيئة التحكيم التحقق من هذه المسألة سواءً بذاتها أو عن طريق رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من قانون التحكيم فليس

---

(١) أنظر نصوص المواد (٥٠١ – ٥١٣) من قانون المرافعات الملغاة بصدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٢) من الجدير بالذكر أن قانون المرافعات لم ينظم الإنابة القضائية ولم يتضمن بيان نظامها القانوني ولكن ثمة نصوص في قانون المرافعات وقانون الإثبات قد تنهض أساسًا للأخذ بالإنابة القضائية في مصر بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها مصر في هذا الشأن – راجع تفصيلاً د/ عكاشة عبد العال الإنابة القضائية في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق.

ثمة مخرج لهيئة التحكيم من هذه الإشكالية سوى **أن تلفت عن هذا الدفع متى قدرت عدم جديته وتمضي قُدمًا في الدعوى حتى تفصل فيها.**

أما إذا قدرت جدية الدفع وتراءى لها بذاتها مسألة عدم الدستورية فلا مناص أن تستبعد هذا القانون وأن تمنح الأطراف فرصة اختيار قانون آخر بديلاً عن القانون المطعون بعدم دستوريته. فإن لم يتفقا فتتولى هي تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع. إعمالاً لنص المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري ولنصوص الاتفاقيات الدولية التي تقرر ذات الحكم عند عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق.

وإذا لم يرتضيا هذا القانون فيمكن لهيئة التحكيم أن توقف نظر الدعوى وتمنحهم أجلاً لرفع دعوى عدم دستورية القانون الواجب التطبيق متى كان دولة صدوره تُجيز رفع دعوى أصلية بذلك وهذا لا ريب باتفاقهم وليس رغمًا عنهم.

فإذا لم تكن هذه ولا تلك فيمكن لهيئة التحكيم تطبيق القانون الأجنبي الذي دُفع بعدم دستوريته طالما لم تتمكن من التوصل إلى نتيجة في هذا الأمر. ومن لا يرتضي الحكم فسبيل الطعن بالبطلان ليس ثمة ما يحول دونه. حيث يستطيع الطعن على حكم التحكيم لأي من الأسباب التي حددتها المادة (٥٣) من قانون التحكيم – والتي ليس من بينها عدم دستورية القانون الواجب التطبيق – ويتمسك بالدفع الذي أعرضت عنه هيئة التحكيم أمام المحكمة التي تنظر دعوى البطلان، حيث تستطيع هذه الأخيرة بما تملكه من صلاحيات أن تقف على حقيقة المسألة عن طريق الإنابة القضائية الدولية متى[1] قدّرت جديتها وهذا الذي نراه حتى يقضي الله أمرًا كان مفعولاً.

---

(١) الإنابة القضائية "**عمل بمقتضاه تفوض محكمة محكمة أخرى القيام مكانها وفي دائرة اختصاصها بأحد أو بعض إجراءات التحقيق أو الإجراءات القضائية الأخرى التي يقتضيها الفصل في الدعوى المقامة أمامها والتي تعذر عليها مباشرتها بسبب بعد المسافة أو أي مانع آخر**".

هذا فيما يتعلق بأحكام التحكيم التي تصدر في جمهورية مصر العربية ولكن يعنّ لنا في هذا المقام تساؤل آخر وهو مدى حجية حكم التحكيم الأجنبي الذي صدر طبقًا لقانون طُعن أو حُكم بعدم دستوريته أمام القضاء الوطني في دولة صدوره.

* **رفض الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في ضوء القانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١**[(١)].

لقد قدمنا أن حكم التحكيم الوطني يجوز الطعن عليه بالبطلان أمام الاستئناف ومن ثم يمكن لأي طرف الدفع بعدم دستورية القانون الذي طبقته هيئة التحكيم على النزاع أمام هذه المحكمة.

وليس ثمة ما يحول دون إبداء هذا الدفع – متى صدر الحكم وفقًا للقانون المصري – أمام المحكمة المختصة بتنفيذ حكم المحكمين وتزييله بالصيغة التنفيذية.

وإذا كان الأمر كذلك فثمة شروط نصت عليها الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية يتعين الوقوف عليها لمعرفة مدى إمكانية امتناع القاضي الوطني عن منح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم التي صدرت وفقًا لقانون طُعن بعدم دستوريته.

والذي يعنينا في هذا المقام هو مدى سلطات القاضي الوطني حيال أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة من إحدى الهيئات الدولية مثل مركز تحكيم واشنطن التابع للبنك الدولي للإنشاء والتعمير (الأكسيد) أو محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي. أو غرفة التجارة الدولية بباريس أو من أية هيئة تحكيم لم تتخذ من مصر مقرًا للتحكيم؟

باستقراء نصوص المواد (٥٣ – ٥٥ – ٥٦ – ٥٨) من قانون التحكيم المصري يتبين أن حالات بطلان الحكم المقررة في المادة (٥٣) وردت على سبيل الحصر. "البين من دعوى بطلان حكم التحكيم ليست استئنافًا له

---

(١) القانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١، الجريدة الرسمية، العدد ٣٢ مكرر (أ) في ١٥ أغسطس ٢٠٢١ بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

فهي لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وقد حدد المشرع وعلى سبيل الحصر الحالات التي يجوز فيها إقامة دعوى البطلان وهذه الحالات يوجد بينها جميعًا رابط مشترك يتمثل في أن تحقق أيًا من تلك الحالات يعني افتقاد حكم التحكيم لأحد مقوماته الأساسية، فجواز الالتجاء لدعوى بطلان حكم التحكيم – شرطه – وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر فيه[1].

ومما لا ريب فيه أن الطعن بالبطلان أمام المحكمة التي تنص عليها المادة (٥٤) من قانون التحكيم مقصور فقط على أحكام التحكيم التي صدرت طبقًا لأحكام قانون التحكيم المصري. حيث أن (**اختصاص – محكمة استئناف القاهرة سواء بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي أو الأمر بإيقاف تنفيذه مقصور على أحكام التحكيم التي تصدر طبقًا لأحكام قانون التحكيم المصري**....)[2].

وكذلك الحال بمطالعة شروط تنفيذ حكم التحكيم في مصر التي نصت عليها المواد (٥٦، ٥٨) من قانون التحكيم لم تشترط أن يقدم طالب التنفيذ ما يدل على دستورية القانون الذي فصلت هيئة التحكيم في النزاع وفقًا له. ولم تلزم المحكمة التي يقدم إليها طلب التنفيذ بالتحقق من ذلك. حيث تنص على – أن (.... **لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقًا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي** ....) ومن ثم لم ينص المشرع المصري على اعتبار الطعن بعدم دستورية القانون الذي طبقته هيئة التحكيم والحكم بعدم دستوريته بالفعل في دولة صدوره مانعًا من إصدار الأمر بالتنفيذ أو سببًا لبطلان حكم التحكيم – حيث أنه "**من الثابت أن المحاكم المصرية لا تختص دوليًا بدعاوى بطلان أحكام المحكمين الأجنبية طالما أن الأطراف لم يتفقا على إخضاعها لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وفي هذه الحالة لا يكون أمام الخصم الذي**

---

(١) نقض مدني، طعن ٩٠ لسنة ٥٨ ق. جلسة ١٩٩١/٣/٢٤.

(٢) استئناف القاهرة – د ٦٣ تجاري – دعوى رقم ٦٨ لسنة ١١٣ ق جلسة ١٩٩٧/٣/١٩.

يحتج عليه بالحكم الأجنبي في مصر سوى الاعتراض على تنفيذه – طبقًا لنص المادة (٥٨) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وإقامة الدليل على توافر أحد الأسباب المانعة من الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه المنصوص عليها في اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بشأن أحكام المحكمين الأجنبية"[١].

ويشترط ضمن ما يشترط لتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي أن تكون المحكمة التي أصدرته مختصة بإصداره وأن تحديد هذا الاختصاص يكون وفقًا لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم وأن العبرة في ذلك بقواعد الاختصاص القضائي الدولي دون تدخل من جانب المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في قواعد الاختصاص الداخلي للتحقق من أن المحكمة التي أصدرته كانت مختصة نوعيًا أو محليًا بالفصل في النزاع.

وإذا كان شرط التحكيم الوارد بالعقد المبرم بين الطرفين لفض المنازعات التي تثار بشأنه – بفرض قيامه – لا يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي الدولي ولا يؤثر في تطبيقها باعتبار الحكم المطلوب تنفيذه صادرًا من محكمة مختصة دوليًا بنظره وفقًا لقواعد الاختصاص الدولي في القانون السوداني فإن الحكم المطعون فيه الصادر بتنفيذ حكم محكمة الخرطوم العليا لا يكون قد خالف القانون[٢].

فإذا كان الأمر كذلك فنرى عدم جواز بحث مسألة دستورية القانون الذي فصلت هيئة التحكيم في النزاع وفقًا له. ومن ثم لا يجوز الامتناع عن منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم الأجنبي الذي دفع أحد أطرافه أمام المحكمة المصرية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ بعدم دستورية القانون الأجنبي الذي طبق على النزاع.

---

(١) استئناف القاهرة د/٩١ تجاري ودعوى رقم ٤ لسنة ١١٩ ق جلسة ٢٠٠٣/١/٢٩.
(٢) الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٦٩/٥/٦.

حيث أن هذا السبب ليس من الأسباب التي نص عليها القانون للامتناع عن إصدار الأمر بالتنفيذ، كما أنه ليس من أسباب الطعن بالبطلان المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري، وحيث أن المحاكم المصرية لا تختص أصلاً بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الأجنبي الذي لم يصدر وفقًا لقانون التحكيم المصري. فمن الأحرى أن لا تملك حق الرقابة على دستورية قانون أجنبي طبقته هيئة تحكيم أجنبية.

فبغض الطرف عن الجدل الفقهي حول ما يملكه القاضي حيال تفسير القانون الأجنبي والتحقق من مضمونه وصحة إجراءات إصداره ... إلخ مما لا يتسع له المقام، فإن التحكيم له ذاتية مستقلة **(حيث أن قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور تمامًا على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين على عرضه على هيئة التحكيم)**[1].

هذا هو الشأن فيما أورده القانون المصري من أسباب عدم إصدار الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم الأجنبي.

أما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتي انضمت إليها مصر وهي اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ١٩٥٨. فقد أوردت مادتها الخامسة حالات رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي على سبيل الحصر. وليس منها بالطبع تطبيق قانون غير دستوري على حكم التحكيم المطلوب تنفيذه.

وباستقراء نصوص اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى[2] يبدو جليًا أنها لم تتطرق إلى مسألة الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق على

---

(١) نقض مدني، الطعن رقم ٤١٧٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢١.

(٢) انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقرار بقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١، الجريدة الرسمية في ١١ نوفمبر ١٩٧١ – العدد ٤٥.

النزاع التحكيمي حيث نصت في مادتها الثانية والخمسون (٥٢) على أسباب إلغاء الحكم على سبيل الحصر، حيث تنص على ١ – يجوز لأي طرف من الطرفين أن يقدم طلبًا كتابيًا إلى السكرتير العام لإلغاء الحكم لأي سبب من الأسباب الآتية: أ – ..... ب – ..... ومن ثم الفصل في طلب الإلغاء هنا حكر على السكرتير العام وليس لمحكمة دولة التنفيذ شأن في ذلك. كما تحظر المادة (٥٣) من ذات الاتفاقية استئناف حكم التحكيم الصادر بأي طريق. حيث أن (**الحكم ملزمًا للطرفين ولا يمكن استئنافه بأي طريقة إلا في الحالات الواردة في هذه الاتفاقية**...)[1]. كما ألزمت المادة (٥٤) الدول الأطراف في الاتفاقية بضمان تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكمًا نهائيًا صادرًا من محكمة محلية.

وبالبناء على ما تقدم لا تملك المحاكم المصرية متى طُلب منها تنفيذ حكم تحكيم أجنبي لم يصدر وفقًا لأحكام قانون التحكيم المصري الرقابة على دستورية القانون الذي طبقته هيئة التحكيم، حتى ولو كان الأمر جديًا نظرًا لأن القوانين المحلية والاتفاقيات الدولية لم تخولها هذا الحق. ونظرًا كذلك للطبيعة الخاصة للتحكيم. كما أنه مقدم الدفع أمام محكمة التنفيذ المصرية كان باستطاعته إبداء هذا الأمر أمام هيئة التحكيم نفسها أو أمام محاكم دولة مقر التحكيم. ما الذي حمله أو دعاه للصمت إلى حين الشروع في إجراءات تنفيذ الحكم؟ فهو لا ريب سيء النية وليس له من مآرب سوى عرقلة التنفيذ أو كسب بعض الوقت لإخراج أي أموال من الضمان العام للدائن والتي يُخشى التنفيذ عليها.

برهان صدق القول، في صحة ما انتهي إليه الباحث الحكمين الآتيين والصادرين من محكمة استئناف القاهرة.

---

(٢) راجع تفصيلاً أحكام المواد (٥٢، ٥٣، ٥٤) من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

أولاً : حكم محكمة استئناف القاهرة في دعوى البطلان المقيدة في جدول التحكيم التجاري رقم ٧٧ لسنة ١٣٢ ق

الموضوع

دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢١٠٤/٧/٢٤ عن هيئة التحكيم مشكلة عن جمعية المحكمين البحريين بلندن. بشأن نزاع يتعلق بعقد مشارطة إيجار خاضع لقانون استئجار السفن (Supply time ٢٠٠٥) **السفينة** (m/vuos path finder) **لشهر يناير ٢٠١٣.**

المحكمة

حيث أن الواقع تتحصل في أن المدعية صفتها أقامت الدعوى على المدعي عليه صفته بطلب الحكم أولاً ..... ثالثًا : وفي الموضوع القضاء ببطلانه.....

وحيث أن النص في المادة ١/١ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم .... إذا كان هذا التحكيم ... أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون والنص في البند (١) من المادة (٩) من ذات القانون على أنه **(يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري ... أما إذا كان التحكيم تجاريًا دوليًا سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر)**.

والنص في البند (٢) من المادة ٥٤ من ذات القانون على أن تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون يدل على أن المشرع قد استجاب في قانون التحكيم للاتفاقات والأعراف الدولية عند تحديده لضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية بشأن دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي الأجنبي، بأن جعل اختصاص محكمة استئناف القاهرة بنظر هذه الدعوى

ما لم يتفق على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر مشروط بوجود اتفاق بين أطراف التحكيم محل دعوى البطلان على إخضاعه للقانون المصري بما مؤداه تخلف هذا الشرط مقتضاه انحسار الاختصاص الدولي بنظر دعوى بطلان حكم تحكيم تجاري دولي جرى خارج مصر عن المحكمة المشار إليها في المادة (٩) أنفة البيان، لما كان ذلك وكان الثابت من الصورة الضوئية لحكم التحكيم محل النزاع ... وبما لا نزاع فيه بين طرفي الدعوى أن هذا الحكم قد صدر بلندن من هيئة تحكيم مشكلة من جمعية المحكمين البحريين بلندن وأن موضوع النزاع محله يخضع لأحكام القانون الإنجليزي، كما خلت الأوراق حتى تاريخ حجز الدعوى للحكم مما يفيد اتفاق أطراف نزاع حكم التحكيم على خضوعه للقانون المصري بما مؤداه أن ينحسر الاختصاص الدولي بنظر هذه الدعوى عن المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من القانون رقم ٢٧ لسنة (١٩٩٤).

وحيث أنه لما كان ما تقدم ... يتعين لذلك القضاء بعدم الاختصاص الدولي لمحكمة استئناف القاهرة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم محل طلبات المدعية ... كما يمتنع عليها أن تشفع حكمها بالإحالة إذ أن الحكم بعدم الاختصاص الدولي في هذه الدعوى هو بمثابة تنحية للقانون المصري لصالح قانون أجنبي هذا فضلاً عن أن الإحالة لا تكون إلا لمحكمة مصرية عملاً بالمادة ١١٠ من قانون المرافعات....

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم اختصاصها دوليًا بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٧/٢٤ من هيئة تحكيم مشكلة من جمعية المحكمين البحريين بلندن.. [١].

---

(١) راجع تفصيلاً حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٦٢ تجاري في الدعوى رقم ٧٧ لسنة ١٣٢ ق بتاريخ الاثنين ٢٤ من ربيع الأول سنة ١٤٣٧ هـ الموافق ٤ يناير ٢٠١٦ م.

ثانيًا : حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة (٧) تجاري في الدعوى المقيدة بالجدول التجاري تحت رقم ٦٠ لسنة ١٢٩ قضائية تحكيم تجاري

المرفوعة من : .....

ضد

١ - الممثل القانوني ..... ،

٢ - .....

الموضوع

دعوى بطلان حكم التحكيم رقم ٢٠٦ الصادر بتاريخ ٨ يونيو ٢٠١٢ من رابطة السكر بلندن في دعوى التحكيم رقم ١٣٤

(... وإذ لم يصادف الحكم التحكيمي قبولاً لدى المحتكم ضدها فطعنت فيه بالدعوى الماثلة طالبة قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع ببطلان الحكم المطعون فيه ----

على كل حال وأيًا كان وجه الرأي فيما تناوله الحكم موضوع دعوى الإبطال المطروحة وما جاء فيه من تعليلات فإن مكان صدور الحكم هو الذي يحدد ما إذا كان التحكيم قد جرى في مصر أم خارجها وهو التحكيم الأجنبي، وقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وفقًا للمادة الأولى منه – لا يسري على التحكيم الذي يجري في الخارج إلا إذا كان تجاريًا دوليًا واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام ذلك القانون وكان من الثابت أن التحكيم المطعون في حكمه بالدعوى الحالية جرى خارج مصر (لندن – إنجلترا) ولم يتفق طرفاه على سريان أحكام قانون التحكيم المصري عليه.

لذلك فلا يخضع الحكم المطعون فيه للتنظيم القانوني لدعوى البطلان التي يعرفها قانون التحكيم المصري ويتضح أن الشركة المدعية تطلب حماية لا يقرها القانون المصري بمعنى أنه لا يوجد نص قانوني وطني

يحمي الحق الذي تدعيه المدعية إذ لا تكون دعواها بالبطلان مقبولة وهو ما تقضي به.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم بقبول الدعوى....[1].

لما كان ذلك فنرى أنه لا يجوز النعي على حكم التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه في مصر بعدم دستورية القانون الذي استندت إليه هيئة التحكيم الأجنبية في فصلها في المنازعة الصادر فيها هذا الحكم.

ومن ثم تنفذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في الخارج في مصر ولا يجوز رفض الاعتراف بها أو تنفيذها إلا إذا توافر فيها أحد أسباب رفض التنفيذ التي نصت عليها اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ أو قانون التحكيم المصري بشرط ألا يتعارض هذا الأخير مع أحكام الاتفاقية.

ومن ثم ليس للقضاء الوطني أن يُعيد النظر في حكم التحكيم أو يراجعه مراجعة موضوعية، حيث أن فرض الرقابة على أحكام التحكيم يتعارض مع أساس نظام التحكيم ذاته ومبررات وجوده وثمة قوانين عديدة تضيق من نطاق هذه الرقابة مثل القانون البلجيكي والقانون السويسري[2].

وقبيل الانتقال إلى النقطة التالية نود أن نؤكد على أمر جوهري. هو أن المشرع المصري وبعكس نظيريه الأمريكي والفرنسي عند تنظيمه لدعوى بطلن حكم التحكيم قرر اختصاص المحاكم المصرية بهذه الدعوى متى صدر الحكم التحكيمي في مصر أو صدر في الخارج وفقًا لأحكام قانون التحكيم المصري. ومن ثم تسري أحكام البطلان في الحالتين وقد أكد

---

(١) راجع تفصيلاً حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة (٧) تجاري في الدعوى رقم ٦٦ لسنة ١٣٠ ق تحكيم تجاري جلسة يوم الاثنين الموافق ٢٠١٤/٤/٧.

(٢) أنظر تفصيلاً فرعون محمد، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية – رسالة دكتوراة – الجزائر – كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس – سيدي بلعباس، ٢٠١٨/٢٠١٧، صـ ٢٧٥ وما بعدها.

القضاء المصري هذا المفهوم في العديد من أحكامه. أما أحكام التحكيم الأجنبية التي صدرت في الخارج دون الخضوع لأحكام قانون التحكيم المصري، فلا تختص المحاكم المصرية بنظرها كما سلف لا من ناحية صحتها أو بطلانها.وإن كان جانب من الفقه يرى خلاف هذا القول[١] حيث يرى أن نص المادة الأولى ينصرف إلى إجراءات التحكيم فقط وليس دعوى البطلان.

ولا نؤيد هذا الرأي حيث أن نص المادة الأولى قد جاء عامًا مطلقًا، فلا يجوز تخصصيه أو تقييده بغير نص من القانون.

وبناء على ما تقدم نناشد المشرع المصري تعديل قانون التحكيم ليجعل اختصاص القضاء المصري قاصرًا على الفصل في دعوى بطلان أحكام التحكيم التي تصدر في مصر فقط بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق، وفي سبيله للقيام بذلك يتعين عليه إما أن يعدل المادة الأولى من قانون التحكيم حيث يقصر نطاق تطبيق القانون المصري على التحكيم الذي يجرى في مصر فقط دون الذي يجري في الخارج. وهو ما أخذت به العديد من التشريعات الوطنية – مثل إنجلترا وألمانيا – وكذلك القانون النموذجي لليونسترال. وإما أن يعدل نص المادة ٥٢ من قانون التحكيم حيث تسمح فقط بالطعن بالبطلان أمام القضاء الوطني في أحكام التحكيم الصادرة في جمهورية مصر العربية على غرار ما فعله قانون التحكيم الفرنسي في المادة ١٥٠٤ من قانون المرافعات المدنية الجديد[٢].

حيث أن إجازة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الصادر في الخارج وفقًا لأحكام قانون التحكيم المصري يؤدي إلى مثالب جمة أهمها – وهو ما يعينا – ماذا لو طعن المحتكم أو المحتكم ضده بالبطلان على هذا الحكم –

---

(١) أنظر د/ فتحي والي – قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ٢٠٠٧، ص ٥٤٩.

(٢) راجع تفصيلاً المادة ١٥٠٤ وما بعدها من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، مرسوم رقم ١٩٨٠/٥/٤.

وقد قدمنا بعض أحكام التحكيم الأجنبية التي طعن فيها بالبطلان بالفعل في مصر – وأثناء نظر الطعن دفع أحد الخصوم أو تراءى للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان عدم دستورية نصوص القانون المصري الذي طبق في الخارج.

هل تقف خلال الدعوى وتتخذ حيالها الإجراءات التي يقضي عليها قانون المحكمة الدستورية العليا؟ وماذا لو حكم بعدم دستورية هذا القانون بالفعل؟ ما هو مصير حكم التحكيم الأجنبي؟ وماذا لو قطعنا شوطاً مزايا أمام محكمة دولة المقر وقضت برفض الدعوى وأرفضها وأصبحة حكم التحكيم لأي سبب؟ هنا نكون أمام حكمين أحدهما صادر من دولة المقر والآخر صادر من محكم الجمهورية. فأيهما تعتد به محكم الدولة المنوط بها التنفيذ؟

ولا غرو – أن القاضي المصري – قاضي دعوى البطلان لا يملك الالتفات عن مسألة عدم دستورية القانون والتي قد تكون جدية ويتعين الفصل فيها. حيث أنه يملك الآليات اللازمة لذلك بخلاف الوضع لو كان المطعون عليه قانوناً أجنبيًا حيث لا تملك المحكمة الدستورية العليا التعرض لهذه المسألة كما سلف، فهي الحارس الأمين على تطبيق نصوص الدستور المصري لا غير. ولذا يتعين غلق باب الطعن على أحكم التحكيم التي تصدر في الخارج حتى لو صدرت وفقًا لأحكام القانون المصري.

*** وأخيراً أثر صدور القانون ١٣٧ لسنة ٢٠٢١ :**

لا القضي المصري أو هيئة التحكيم التي تتخذ من مصر مقراً لها لا يملك كليهما التصدي لمسألة الرقابة على دستورية القانون الأجنبي متى عرضت لأيهما أثناء نظر إحدى الدعوى ولا يمنعهما من حمل سوى ما قدّمنا من اقتراحات حتى يتقرر النظام التوفيقي الذي يتيح بغير ذلك من قبل.

فإذا كانت محكمة النقض المصرية قد استجابت للاتجاهات الفقهية الحديثة في شأن إثبات القانون الأجنبي والتوصل إلى مضمونه والرقابة على تفسيره[١] ومنحت نفسها هذا الحق وإن كانت رقابتها على تفسير القانون الأجنبي تلقى معارضة من بعض الفقه.[٢] فأن الأمر شتان بينها وبين المحكمة الدستورية العليا. حيث لا تملك هذه الأخيرة حق الفصل في دستورية أو عدم دستورية القانون الأجنبي للأسباب التي أوردناها في ثنايا البحث أضف إليها أن هذا الأمر إذا ما سمح لها به يمثل افتئاتاً على سيادة الدول الأخرى، كما أنه قد يكون مدعاة لتعطيل تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية . كما أنه يتنافى مع قرينة الدستورية التي تتمتع بها القوانين بوجه عام إلا ما بدا فيه وجه عدم الدستورية ظاهرًا.

أضف إلى ما تقدم أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا محدد على سبيل الحصر بمقتضى قانوناً ولا اجتهاد مع صراحة النص. وإذا كان الأمر كذلك وقد تواترت أحكام القضاء المصري وكان الباحث قد انتهى إلى جواز الدفع بعدم دستورية نص في قانون وطني أو أجنبي طبق أو يراد تطبيقه أمام هيئة تحكيم أو القضاء المصري كما تقدم.

وإن كان ما انتهى إليه الباحث لم يرق جانب من الفقه مع أنه استنتاجًا منطقيًا وأمرًا تفرضه طبائع الأمور لما تقدم من أسباب بيد أن المشرع المصري قد فاجأ كافة رجال الفقه والقضاء بإصداره تعديلاً تشريعيًا لقانون المحكمة الدستورية العليا وذلك بمقتضى القانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١ بتعديل بعض أحكام قانون هذه الأخيرة على أثر مشروعًا تقدمت به الحكومة المصرية إلى مجلس النواب واشتمل التعديل على إضافة مادتين جديتين لقانون المحكمة الدستورية العليا برقمي ٢٧ مقرر و ٣٣ مكرر

---

(١) أنظر تفصيلاً. د/ هشام صادق – موجز في القانون الدولي الخاص – الجزء الأول – تنازع القوانين والموطن في العلاقات الخاصة الدولية. الدار الجامعية، ١٩٨٧ صـ ١٣٨، صـ ١٥٨.

نصهما كالآتي: المادة ٢٧ مكرر "تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية قرارات المنظمات والهيئات الدولية وأحكام المحاكم وهيئات التحكيم الأجنبية المطلوب تنفيذها في مواجهة الدولة".

والمادة ٣٣ مكرر تنص على أن "لرئيس مجلس الوزراء أن يطلب من المحكمة الدستورية العليا بعدم الاعتداد بالقرارات والأحكام المشار إليها في المادة ٢٧ مكرر أو بالالتزامات المترتبة على تنفيذها ... ".

وقد بررت المذكرة الإيضاحية أسباب هذا المقترح بقولها "أن تنظيم اختصاصات المحكمة الدستورية العليا تم بمقتضى المادة ١٩٢ من الدستور والتي تنص "على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح..... ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة".

وتمسكًا بعبارة ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وإزاء خلو الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا من نص يبيح لها رقابة القرارات الدولية التي تؤثر على الأمن القومي المصري فقد رؤى إضافة نص إلى قانون المحكمة يسند لها ما تقدم ذكره من اختصاصات مستحدثة.

وقد عرض هذا المشروع على اللجنة التشريعية والدستورية لمجلس النواب فناقشته وانتهت إلى إحالته إلى المحكمة الدستورية العليا لاستطلاع رأيها إعمالاً لنص المادة ١٩١ من دستور ٢٠١٤، والمثير للدهشة أن الجمعية العمومية للمحكمة الدستورية العليا قد وافقت على المشروع بالإجماع وأعادته إلى اللجنة التشريعية والدستورية لمجلس النواب تمهيدًا لاتخاذ الإجراءات اللازمة لإصداره.

ولعل الحادي على التقدم بمثل هذا المشروع هو رغبة الحكومة المصرية في إيقاف نزيف الخزانة العامة من العملة الأجنبية الصادر بها أحكام أجنبية كتعويضات لصالح المستثمرين ضد الدولة المصرية.

بيد أنه إذا كان الباعث على هذا المشروع هو الحرص على المصلحة الوطنية بيد أن الحكومة المصرية وإن كانت حسنة النية إلا أنها قد جانبها الصواب فيما انتهجته في هذا المشروع، حيث إنها بالسعي لإصدار هذا القانون قد وجهت ضربة مؤلمة للاقتصاد المصري برمته واستخدمت سلاحًا يضر أكثر مما ينفع، فهو أشبه بالتأميم أو مصادرة أموال مستحقات المستثمرين لاسيما في الوقت التي تسعى فيه الدولة المصرية سعيًا حثيثًا لجذب وتشجيع الاستثمار الأجنبي.

فلا غرو أن هذا التعديل التشريعي يعد بلا ريب عامل طرد للاستثمارات الأجنبية وقد وجهت إليه العديد من سهام النقد التي سنوردها لاحقًا. مما حدا بالفقه إلى التنديد بخطورة هذا التعديل وأضراره البالغة على الاقتصاد الوطني.

وفي جميع الأحوال قد بات هذا التعديل أمرًا واقعًا وأمسى تشريعًا منذ تاريخ نشره بالجريدة الرسمية بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١. بيد أن المشرع وحسنًا قد فعل قد استجاب لأصوات الفقه التي لا غاية لها سوى الحرص على المصلحة الوطنية واستبعد أحكام التحكيم الأجنبية من رقابة المحكمة الدستورية العليا. وجاء نص المادة ٢٧ مكرر كالتالي "تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية قرارات المنظمات والهيئات الدولية وأحكام المحاكم الأجنبية المطلوب تنفيذها في مواجهة الدولة " ومن ثم فقد استبعد المشرع أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة ضد الدولة المصرية من هذا التعديل إدراكًا منه بخطورة الأمر على الاستثمار الأجنبي في مصر" وأيا ما كان الأمر فثمة انتقادات يمكن توجيهها إلى النص بوضعه الراهن.

أولاً: أن هذا النص قد جاوز الهدف من إنشاء المحكمة الدستورية العليا وهو ضمان واحترام مؤسسات الدولة للدستور وعدم مخالفة أحكامه،

كما أنه منح المحكمة الدستورية العليا اختصاصًا عالميًا وجعلها سلطة تعلو المحاكم الأجنبية وكذلك المنظمات الدولية.

كما أن هذا التعديل يوجب على أي محكمة أجنبية قبل أن تصدر حكمًا في مواجهة الدولة المصرية أن تأخذ في اعتبارها أحكام الدستور المصري وكأنه وثيقة عالمية يتعين على كافة القوانين الأجنبية أن تدور في فلكها وعلى كافة قضاة العالم مراعاتها قبل إصدارهم أي حكم في مواجهة الدولة المصرية.

ثانيًا: اشترط المشرع المصري بإصداره هذا القانون أن كافة أحكام القضاء الأجنبي الصادرة ضد الدولة المصرية سوف تنفذ في مصر، مع أن الأمر قد لا يكون كذلك، حيث يمكن لمن صدر لصالحه حكم ضد جمهورية مصر العربية أن ينفذه في الخارج بالحجز على أموال الدولة تحت يد بنك أجنبي أو خلافه. كما حدث في قضية كرومالوي.

والحقيقة أن هذا الأمر يبدو في غاية الغرابة فلا يتصور عقلاً أن تعلو مصر بدستورها على كافة المنظمات الدولية العالمية منها والإقليمية في حين أنها لا تعدو أن تكون عضوًا فيها.

ثالثًا: منح هذا التعديل رئيس مجلس الوزراء الحق في أن يطلب من المحكمة الدستورية العليا الحكم بعدم الاعتداد بالقرارات والأحكام المشار إليه في المادة ٢٧ مكرر أو الالتزامات المترتبة عليها، ويختصم في الطلب كل ذي شأن ..... .

ويبدو مما تقدم أن المشرع استحدث طريقًا جديدًا من طرق اتصال علم المحكمة الدستورية العليا بالنص المدعى بعدم دستوريته وهو دعوى عدم دستورية أصلية. والغريب في الأمر أن المشرع أوجب على رئيس مجلس الوزراء أن يبين في طلبه بعدم الاعتداد بالحكم الأجنبي النص أو الحكم الدستوري المصري المدعى مخالفته ووجه المخالفة وكأن الدستور المصري أمسى دستورًا عالميًا.

وقد وجهت بالإضافة إلى ما تقدم انتقادات أخرى على هذا التعديل لاسيما عندما كان مشروعًا ينطوي على إمكانية عدم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في مواجهة الدولة المصرية استنادًا إلى عدم دستوريتها. ولكن حسنًا فعل المشرع عندما استثناها في القانون القائم من إمكانية عدم الاعتداد بها بناء على طلب رئيس الوزراء، وحذفت من القانون. لما لذلك من عواقب وخيمة على الاقتصاد القومي ومخالفة مصر لالتزاماتها الدولية لاسيما الواردة في اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار وكذلك اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٥٨.

وأخيرًا ثمة سبل كثيرة يطرقها المشرع لتفادي أثر الأحكام الصادرة في مواجهة الدولة وتعد علاجًا ناجحًا في هذا المقام بدلاً من محاولة التهرب من تنفيذ التزاماتنا الدولية، وأهم هذه السبل هو إعداد الكوادر البشرية القادرة على حسن صياغة العقود الدولية وتحسس مواطن الضعف فيها وتفادي أسباب خسائرنا للتحكيمات الدولية وغيرها من السبل والوسائل التي تكفل الحيلولة دون خسائر لاحقة في الدعاوى ذات الطابع الدولي(١). ونهيب بالمشرع المصري إعادة النظر في القانون ١٣٧ لسنة ٢٠٢١ بتعديل ما يتنافى مع التزامات مصر الدولية وغيرها من المثالب التي تؤخذ على هذا القانون.

---

(١) راجع تفصيلاً د/ عبد المنعم زمزم إنهاء الدولة للعقود بإرادتها المنفردة وأثره على خسائرها من التحكيم في ضوء قانون الاستثمار الدولي. تأصيل وتطبيق في قضاء التحكيم والمحاكم. دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١ م، ص ٤٤٨ وما يليها.

وإذا انتهينا من الرقابة على دستورية القوانين في المنازعات ذات الطابع الدولي أمام هيئات التحكيم في جمهورية مصر العربية، فإنه يتعين علينا طرق أبواب هذه المسألة أمام هيئات التحكيم الدولية والأجنبية[1].

المطلب الثاني
الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم الدولية والأجنبية

لاستيضاح موقف بعض الأنظمة القانونية المقارنة من الرقابة على دستورية القوانين التي تطبقها هيئات التحكيم على الدعاوى التحكيمية يتعين علينا تحليل نصوص قوانين التحكيم، وطرق الرقابة على دستورية القوانين

---

(٢) ونعني بالأجنبية تلك الهيئات التحكيمية التي لم تأخذ من جمهورية مصر العربية مقرًا للتحكيم.

واللوائح في بعض الدول لمعرفة مدى إمكانية اضطلاع هيئات التحكيم بهذا الدور. وهل تملك الفصل في هذه المسألة؟ هل منحتها التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية سلطة الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح عليها لاسيما وإن كان قانوناً أجنبيًا عن دولة مقر الحكم.

الفرع الأول
إشكالية عدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم الدولية وفي بعض التشريعات الوطنية

باستقراء نصوص قانون التحكيم السويسري يتضح أن المشرع السويسري نص في المادة ١٧٩ والتي تتعلق بتشكل المحكمة التحكيمية على أن.

م (١٧٩، رابعًا) (المحكمة التحكيمية)

(أ) يتم تعيين المحكمون وعزلهم واستبدالهم وفقًا لأحكام اتفاق الأطراف في هذا الصدد. في حال غياب مثل هذا الاتفاق يمكن اللجوء إلى قاضي مكان التحكيم...

م ١٨٠ (رد المحكم)

(٣) في حالة نشوب خلاف يتعلق بإجراءات الرد ولم يتمكن الأطراف من تسوية الخلاف يمكن اللجوء إلى قاضي مكان التحكيم المختص الذي يفصل نهائيًا في هذا الموضوع.

في هاتين المادتين السابقتين وغيرهما، نص المشرع السويسري صراحة على اختصاص قاضي مقر التحكيم بمساعدة هيئة التحكيم في تشكيلها والفصل في طلب الرد، بينما غاير في صياغة المادة التالية:

(م ١٨٣/ب) الإجراءات التحفظية:

١ – يجوز للمحكمة التحكيمية أن تأمر بناء على طلب أحد الأطراف اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

٢ – وإذا لم يمتثل الطرف المعني بهذا الأمر من تلقاء نفسه يجوز للمحكمة التحكيمية أن تطلب مساعدة القاضي المختص ويطبق هذا الأخير قانونه الخاص في هذا الصدد.

فهنا منح المشرع هيئة التحكيم الحق في طلب مساعدة القاضي المختص، والذي قد يكون أجنبيًا عن مقر التحكيم، ومعنى ذلك أن هيئة التحكيم لها الحق في إصدار أمر باتخاذ تدبير وقتي أو تحفظي في دولة أخرى غير دولة مقر التحكيم فإذا امتنع الطرف المعنى فلهيئة التحكيم أن تطلب مساعدة قاضي الدولة المطلوب تنفيذ الإجراء الوقتي والتحفظي على إقليمها، ولا يمكن القول بغير ذلك، وإلا أضحى جدلاً بغير دليل.

حيث أن المشرع السويسري نص في المادة (١٨٤) (ج) التحقيقات، الإثبات على:

١ – تتولى المحكمة التحكيمية بنفسها جميع التحقيقات وإقامة الإثبات.

٢ – ..... يمكن للمحكمة التحكيمية، وللأطراف بالاتفاق معها أن يطلبوا مساعدة قاضي مكان التحكيم.

م/١٩٥ – (مساعدة قاضي مكان التحكيم):

إذا كانت مساعدة السلطات القضائية ضرورية في حالات أخرى يمكن اللجوء إلى مساعدة قاضي مكان التحكيم.

ومن جماع هذه النصوص نرى أن المشرع السويسري منح هيئة التحكيم فقط (محكمة) ورأى لها الحق في طلب مساعدة قاضي مكان التحكيم وهو القاضي السويسري في حالات معينة) بينما في الإجراءات الوقتية والتحفظية قرر لها الحق في طلب المساعدة في تنفيذ التدبير الوقتي أو التحفظي الذي لم يتخذه الطرف المعني طواعية من القاضي المختص – والذي قد يكون أجنبيًا عن مقر التحكيم – حيث رأى مغايرة طفيفة لا ريب تعني المغايرة في المعنى.

ولما كان ما تقدم فيجوز لهيئة التحكيم في سويسرا إذا ما عُرضت لها مسألة الفصل في دستورية قانون أجنبي أن تطلب المساعدة في هذه المسألة من قاضي المقر الذي قد تتمثل مساعدته في الإنابة القضائية للدولة الصادر منها هذا القانون.

بينما لا تملك محكمة التحكيم أن تطلب من قضاء هذه الأخيرة ذلك. حيث أن نص المادة (١٨٣) تنص فقط على إمكانية ذلك في الإجراءات الوقتية والتحفظية.

ولما كان ما تقدم فليس ثمة ما يحول دون إثارة مسألة دستورية القانون الأجنبي أمام هيئة تحكيم مقرها سويسرا حيث أن المادة ٨٧ من قانون التحكيم السويسرية تنص على أن **(تفصل محكمة التحكيم وفقًا لقواعد القانون التي يختارها الأطراف وفي حال انتفاء الاختيار وفقًا لقواعد القانون الأكثر ارتباطًا بالنزاع)**. ومن ثم فليس ثمة ما يحول دون إثارة هذه المسألة في كلتا الحالتين – الاتفاق على هذا القانون – أو عدم الاتفاق.

وباستقراء المادة (١٩٠) من ذات القانون التي تنص على حالات الطعن على حكم التحكيم أمام المحكمة الفيدرالية يتبين أن لم تتطرق للدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي الذي طبقته هيئة التحكيم على النزاع التحكيمي، سوءا أكان القانون السويسري أم قانون آخر[1]. ولم تجعله كذلك أحد أسباب الطعن أمامها ومن ثم إذا لم تقدر هيئة التحكيم الدفع والتفتت عنه ولم تطلب من قاضي مقر التحكيم المساعدة في الفصل في هذه المسألة

---

(١) وإن كنا نرى أن مسألة الرقابة على دستورية القوانين الواجبة التطبيق على الدعوى التحكيمية من قبل هيئة التحكيم التي اتخذت من سويسرا مقرًا لها لا تثير مشكلة إذا ما كان القانون السويسري هو القانون الواجب التطبيق، سواء باتفاق الأطراف أو باعتباره القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع في حالة عدم اختيار الأطراف، حيث تملك هيئة التحكيم طلب مساعدة القاضي المختص في هذه المسألة أو أن يطعن الخصم بالبطلان أمام المحكمة الفيدرالية ويتمسك أمامها بعدم دستورية القانون السويسري الذي طبقته هيئة التحكيم.

فلا يجوز إبداءها فيما بعد صدور الحكم أو الطعن على هذا الأخير بالبطلان استنادًا إلى هذا السبب.

ووفقًا للمادة ١٩١ تختص المحكمة الفيدرالية بنظر الطعون على أحكام التحكيم حيث أنها تعتبر نهائية بمجرد إعلانها ما لم يتفق الأطراف على محكمة أخرى.

بل ثمة أكثر من ذلك أن المادة (١٩٢) من القانون المشار إليه تنص على أن (٢/١٩٢) **إذا استبعد الأطراف كافة طرق الطعن في الحكم التحكيمي وكان الحكم واجب التنفيذ في سويسرا تطبق في هذه الحالة أحكام اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.**

وبناء على ما تقدم إذ صدر الحكم التحكيمي في سويسرا فلا يجوز النعي عليه بعدم دستورية القانون الأجنبي الذي طبقته هيئة التحكيم على النزاع. وكذلك إذا صدر الحكم التحكيمي خارج سويسرا وكانت هذه الأخيرة هي دولة تنفيذ الحكم فلا يقبل الطعن على هذا الحكم أيضًا استنادًا إلى هذا السبب، حيث يخضع تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي داخل سويسرا لأحكام اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ والتي لم تعتبر مسألة دستورية القانون الواجب التطبيق أحد شروط التنفيذ.

أما فيما يخص قانون التحكيم الإنجليزي[١]، فقد أوجب على القاضي الإنجليزي مساعدة هيئة التحكيم في تنفيذ بعض الإجراءات إذا لم يمتثل الطرف المعنى لأوامر المحكمة التحكيمية، فيمكن للقاضي أن يُلزم أي طرف بتنفيذ أمر هيئة التحكيم. ويتعين أن يقدم طلب تدخل القاضي من محكمة التحكيم نفسها أو من أطراف الدعوى التحكيمية بعد إجازة هيئة التحكيم لهم أو يمكن للقاضي أن يتدخل بناء على طلب أحد الأطراف فقط

---

(١) د/ عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم – التحكيم الدولي – الجزء الثاني، دار المعارف، صـــ ٤٦١ وما بعدها.

في حالة الاستعجال التي تقتضي ضرورة الأمر بالتدابير التحفظية اللازمة للمحافظة على الأدلة أو الأموال المتنازع عليها[1].

وباستقراء أسباب الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الصادر في إنجلترا (أو في أيرلندا الشمالية – والوارد في قانون التحكيم الإنجليزي يتبين أنها لم تنص على اعتبار عدم دستورية القانون الواجب التطبيق أحد أسباب الطعن بالبطلان كما لا تستطيع هيئة التحكيم أن توقف نظر الدعوى التحكيمية وتحيل الفصل في هذه المسألة إلى القضاء. حيث أنها تخرج عن المسائل التي نص القانون على تدخل القضاء بمساعدة هيئة لتحكيم في القيام بها. وإن كانت المادة (٤٤) من القانون المشار إليه تجيز للقاضي بناء على طلب أحد طرفي الدعوى التحكيمية **(بعد إبلاغ الطرف الآخر أن يبت في أية مسألة قانونية أثناء أو خلال الإجراءات التحكيمية إذا تبين أن هذه المسألة تؤثر بشكل جوهري على حقوق طرف أو عدة أطراف)**.

بيد أن هذا النص بالطبع يقتصر إعماله فيما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الإنجليزي على تحكيم يُجرى في إنجلترا ولا يمتد حكمه إلى القانون الأجنبي الذي تطبقه هيئة التحكيم في هذه الأخيرة كما لا يشمل أحكام التحكيم الأجنبية التي تنفذ في إنجلترا.

ولما كان ما تقدم فلا يجوز لهيئة التحكيم التي اتخذت من إنجلترا مقرًا لها أن تتعرض لمسألة دستورية القانون الأجنبي الذي اختاره الأطراف أو طبقته حتى كقانون واجب التطبيق على النزاع المطروح عليها – ولا يجوز كذلك للمحاكم الإنجليزية الامتناع عن إصدار الأمر بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي متعللة بأنه صدر طبقًا لقانون غير دستوري[2].

---

(١) أنظر المادة ٤٤ وما بعدها من قانون التحكيم الإنجليزي.

(٢) من الجدير بالذكر أن المشرع الإنجليزي سمح باستئناف حكم التحكيم، راجع تفصيلاً أحكام القانون الإنجليزي للتحكيم – ١٩٩٦ – منشور في مجموعة القوانين – والمبادئ القانونية ٢٨ – التحكيم الاتفاقي والإجباري في القوانين المصرية الدولية – الطبعة الأولي ٢٠٠٩ – هيئة قضايا الدولة – المكتب الفني – صـ ٨٥٧ وما بعدها.

وكذلك نص القانون المشار إليه صراحة على أن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تتم وفقًا لأحكام اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ – وأنه لا يجوز للقاضي الامتناع عن إصدار أمر التنفيذ إلا إذا كان حكم التحكيم الأجنبي مخالفًا للنظام العام أو توافر به أحد العيوب التي نص عليها القانون على سبيل الحصر.

ولا يفوتنا في هذا المقام أن نُعرج على موقف المشرع الفرنسي لنقف على مدى معالجة قانون التحكيم الفرنسي للمسألة محل البحث.

أولاً: فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي.

فقد نصت المادة ١٤٨٤ من قانون المرافعات المدنية الجديد علـــى أن **(.... ولا يكون الطعن بطريق الإبطال جائزًا إلا في الحالات الآتية:**

١ – إذا فصل المحكم في النزاع دون عقد تحكيمي – أو بناء على عقد تحكيمي باطل أو انتهت مدته.

٢ – إذا تم تشكيل هيئة التحكيم بما يخالف القانون ..... ٣ - ... ٤ ..... ٥ - ..... ٦ - ..... إذا خالف المحكم قاعدة من قواعد النظام العام.

وبناء على ما تقدم فلا يجوز الطعن بالبطلان حتى على حكم التحكيم الداخلي متى طُبق عليه قانون غير دستوري، حيث لم ترد هذه الحالة ضمن حالات الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الداخلية، كما لم يجز المشرع الفرنسي رفع دعوى أصلية ببطلان حكم التحكيم الذي انطوى على مخالفة دستورية وقد سبق الإشارة إلى طرق تحريك الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا.

ثانيًا فيما يخص التحكيم الدولي في فرنسا والذي تناوله قانون المرافعات الفرنسي في الباب الخامس منه حيث تنص المادة (١٤٩٢) **على أن يعتبر دوليًا التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية. فإذا كان الأمر كذلك وانتهت هيئة التحكيم في فرنسا إلى أن التحكيم دوليًا، فإنه يتعين على المحكم**

تطبيق نص المادة (١٤٩٦) من ذات القانون والتي توجب عليه تطبيق القواعد القانونية التي اختارها الأطراف فإذا لم يوجد اتفاق على تلك القواعد فيتعين عليه تطبيق القواعد التي يراها مناسبة كما يتعين عليه أن يأخذ في الاعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال.

ولما كان ما تقدم. فإذا ما دفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية **فهل يملك القاضي الفرنسي بحث هذه المسألة؟**

قولاً واحداً لا تملك هيئة التحكيم التصدي لهذه المسألة وكذلك لم يخول القانون الفرنسي قاضي البطلان نظر هذه المسألة.

حيث الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا سابقة على صدورها، كما أن الرقابة اللاحقة تقتصر على الطعن المتعلق بنصوص قوانين فرنسية يترتب على تطبيقها انتهاك للحقوق والحريات. وكذلك الجهات التي لها حق الإحالة إلى المجلس الدستوري محددة على سبيل الحصر وليس منها هيئات التحكيم.

فإن كان الحال كذلك فيما يتعلق بالقانون الفرنسي ذاته. فهل يتمتع القانون الأجنبي بوضع أفضل؟ بالطبع لا.

ولما كان ما تقدم فإن محكمة التحكيم في فرنسا ليس من سلطاتها التعرض لمدى دستورية القانون الواجب التطبيق. وكذلك لا تستطيع المحاكم الفرنسية الامتناع عن منح حكم التحكيم الأجنبي الصيغة التنفيذية لهذا السبب، حيث[1] تنص المادة (١٤٩٨ – ١٥٠٢) على شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فرنسا وحالات استئناف الأمر بمنحها الصيغة التنفيذية والتي هي في ذات الوقت أسباب عدم تنفيذ حكم المحكمين الأجنبي. وقد حُددت هذه الأسباب على سبيل الحصر حيث تنص الأخيرة

---

(١) راجع تفصيلاً الفصل الثاني من قانون التحكيم الفرنسي المعنون (طرق الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج).

منها على أنه **(لا يجوز استئناف القرار الذي يعترف بالحكم التحكيمي أو منحه الصيغة التنفيذية إلا في الحالات الآتية:**

١ – إذا فصل المحكم في النزاع دون عقد تحكيمي.....

٥ – إذا كان الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه مخالف للنظام العام الدولي.

هذا فيما يعلق بأسباب الامتناع عن منح الصيغة التنفيذية أو الطعن في القرار الصادر بمنحها، بينما تنص المادة ١٥٠٤ من القانون المشار إليه **على أن الحكم التحكيمي الصادر في فرنسا في التحكيم الدولي يقبل الطعن بطريق الإبطال في الحالات النصوص عليها في المادة (١٥٠٢). وهذه الإحالة تعني أن أسباب عدم منح الصيغة التنفيذية لحكم تحكيم أجنبي هي ذاتها أسباب الطعن على حكم تحكيمي صادر في فرنسا وقطعًا ليس منها مسألة دستورية أو عدم دستورية القانون الواجب التطبيق في الحالتين.**

حيث لا يمكن الدفع بعدم دستورية نص أو لائحة إلا إذا ترتب عليها انتهاك الحقوق والحريات. كما لا تملك المحاكم العادية متى قدرت جدية الدفع الإحالة إلى المجلس الدستوري مباشرة، إنما تُحيل الأمر إلى المحاكم العليا في القضاء العادي أو الإداري والتي تعمل كمِصفاة لما يعرض على المجلس الدستوري الفرنسي[١]. ورغبة من القضاء الفرنسي في عدم مراجعة أحكام التحكيم الأجنبية وعدم التعرض لما طبقته من قوانين، وما فصلت فيه من وقائع. لذلك فإنها كثيرًا ما أصدرت – وما زالت – أمرًا بمنح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم الأجنبية التي أُبطلت في دولة صدورها مستندة إلى حُجج متباينة لا يتسع المقام لسردها ومن ثم قد يكون حكم التحكيم أُبطل في دولة صدوره وبالرغم من ذلك يُنفذ في فرنسا[٢].

---

(١) راجع تفصيلا المواد (٦١، ١/٦١) من الدستور الفرنسي. بتعديلاته المختلفة حتى ٢٣ يوليو ٢٠٠٨.

(٢) راجع تفصيلاً د/ حسام فتحي ناصف، تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٨١ وما بعدها.

كما نص القانون الفيدرالي المتعلق بالتحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية في الفصل الثاني منه في المادة (٢٠١) على أن **(تطبق المحاكم الفيدرالية الأمريكية اتفاقية ١٩٥٨/٦/١٠ (نيويورك) المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ....)**[١]. ومن ثم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الولايات المتحدة الأمريكية تخضع لأحكام اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨.

وقد أسلفنا – أن المشرع الأمريكي لم يمنح هيئات التحكيم الحق في الفصل في مسألة دستورية القانون الأجنبي – كما أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لا تملك حق الفصل سوى فيما يتعلق بدستورية القوانين الأمريكية فقط.

كما تنص المادة (١٠) من قانون التحكيم الأمريكي على أن **(يجوز للمحكمة الفيدرالية الأمريكية التي يقع في نطاقها مكان صدور التحكيم بناء على طلب أحد أطراف التحكيم إبطال الحكم التحكيمي في الحالات التالية: - أ - ..... ب - ..... جـ - ..... د - ..... هـ - ... وقطعًا ليس منها عدم دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية لاسيما إذا ما كان قانونًا أجنبيًا سواء اختاره الأطراف أم عينته المحكمة التحكيمية.**

كما أن المواد (٦، ٧، ٨) من القانون المشار إليه والتي تحدد حالات تدخل القضاء الأمريكي بالمساعدة لمحكمة التحكيم في القيام ببعض الإجراءات التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى التحكيمية والتي لا تملك هيئة التحكيم الآليات والصلاحيات اللازمة للقيام بها **(مثل معاقبة الشاهد الذي تخلف عن الحضور أمام المحكمة التحكيمية إذا ما كُلف بذلك وتخلف. أو الحجز على السفينة أو الأصول الأخرى المملوكة لأحد الطرفين)** لم تخول محكمة

---

(١) راجع تفصيلاً قانون التحكيم الفيدرالي والمتعلق بالتحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية – منشور في مجموعة القوانين والمبادئ القانونية (٢٨) – التحكيم الاتفاقي والإجباري في القوانين المصرية والدولية – هيئة قضايا الدولة – الطبعة الأولى ٢٠٠٩ – صـ ٩١٨ وما بعدها.

التحكيم الحق في طلب تدخل القضاء الأمريكي للفصل في مسألة دستورية قانون أجنبي واجب التطبيق على النزاع المطروح على المحكمة التحكيمية.

فإذا كان ما تقدم، وكانت نصوص اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة ١٩٥٨ تجهل هذه المسألة – **عدم دستورية القانون الذي طبق على المنازعة التحكيمية** – حيث لم تعتبرها إحدى حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي التي نصت عليها في مادتها الخامسة، كما ألزمت الدول الأطراف بالاعتراف بحجية حكم التحكيم والأمر بتنفيذه متى توافرت الشروط التي نصت عليها الاتفاقية، وتلتزم الدول الأطراف بعدم فرض شروط أكثر شدة أو رسوم قضائية أكثر ارتفاعًا من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية. كما لم تُلزم مادتها الرابعة الطرف الذي يطلب الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين الأجنبي أن يقدم للدولة المطلوب التنفيذ على إقليمها ما يُبرهن على دستورية القانون الذي طُبق على الدعوى التحكيمية، ومن ثم لم ترد أية أحكام في هذه الاتفاقية تتعلق بالمسألة محل البحث. وبناء عليه ليس لهيئة التحكيم في الولايات المتحدة أو القضاء الأمريكي التعرض لهذه المسألة لاسيما إذا ما كان القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية قانونًا أجنبيًا.

وكذلك الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعاية الدول الأخرى[١]. تنص في مادتها الثامنة والأربعون على أن:

(تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقًا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة، فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة

---

(١) انضمت مصر إلى هذه الاتفاقية بمقتضى قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١، نشر بالجريدة الرسمية في العدد ٤٥ سنة ١٩٧١.

المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتنازع القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد).

ولما كان ما تقدم فليس ثمة ما يحول دون إثارة مسألة دستورية القانون الذي اختاره الأطراف وطبقته هيئة التحكيم في حال عدم الاتفاق من قبل الأطراف. فما هي آلية التحقق من هذه المسألة. والتي تبرهن نصوص الاتفاقية على أنها لم ترد على ذهن واضعيها حيث تنص في مادتها (٥٢)

"على أنه يجوز لأي طرف من الطرفين أن يقدم طلبًا كتابيًا إلى السكرتير العام لإلغاء الحكم لأي سبب من الأسباب الآتية:

خطأ في تشكيل المحكمة – ب – ..... جـ – ..... د – ..... هـ – ...."

كما أن المادة (٥٣) من ذات الاتفاقية على أن **(يكون الحكم ملزمًا للطرفين ولا يمكن استئنافه بأي طريقة إلا في الحالات الواردة في هذه الاتفاقية** .....)

م (١/٥٤) تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكمًا نهائيًا صادراً من محكمة محلية.

ولما كان ما تقدم فإن الاتفاقية المشار إليها لم تتطرق لمسألة دستورية أو عدم دستورية القانون الذي فصلت هيئة التحكيم – المشكلة وفقًا للمادة (٣٧) منها وفقًا لأحكامه في الدعوى التحكيمية. ولكن ربما يخفف من غلواء هذه النتيجة ما تنص عليه المادة ١٨ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حيث تنص على أن (يكون للمركز الشخصية الاعتبارية القانونية الدولية وتتضمن الصفة القانونية للمركز ما يلي:

(م/١٩) تمكيناً للمركز من أداء وظائفه يتمتع أعضاء المركز في أراضي كل دولة متعاقدة بالحصانات والامتيازات الواردة في هذا الفصل.

فإذا كان الأمر كذلك وطرحت أمام محكمة التحكيم المشكلة وفقاً للمادة ٣٦ من الاتفاقية المشار إليها مسألة أولية على دستورية قانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي، فما الذي يحول دون طلب الفصل فيها من قبل الدولة الصادر فيها القانون الذي يثار بشأنه شبهة عدم الدستورية. وذلك بناء على طلب من هيئة التحكيم التي يمكنها مخاطبة سلطات هذه الدولة للفصل في تلك المسألة عن طريق الإنابة القضائية. ولن يجد هذا الأمر معارضة من سلطات الدول الأطراف في الاتفاقية لاسيما وأن المركز يتمتع بالشخصية الاعتبارية الدولية وفقاً للطابع العالمي للاتفاقية، وحيث رأت المادة (٤٢) من الاتفاقية المشار إليها تخول محكمة التحكيم في أي مرحلة من مراحل النزاع الحق في دعوة أطراف النزاع لتقديم مستندات وغيرها من الأدلة اللازمة للفصل في النزاع. ولها الحق في القيام بالتحريات التي ترى أنها ضرورية ومعاينة الأماكن المرتبطة بالنزاع كما نصت المادة (٤٤) على أنه (**.... إذا عرضت مسألة تتعلق بإجراءات غير مدرجة في هذا القسم أو في نظام التحكيم أو أي قواعد أخرى يتفق عليها الطرفان فإن المحكمة هي التي تفصل في أمرها**).

لكل ما تقدم، نرى أنه يمكن لهيئة التحكيم التابعة للمركز أن تلجأ طرفي المنازعة للاستئثار برأي الفصل في مسألة دستورية القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروحة عليها فإذا ما قررت جديتها فعليها أن تطلب الفصل فيها من سلطات الدولة الصادر منها القانون أو تعطي الخصوم الفرصة في اختيار تطبيق قانون آخر بخلاف الذي تدور حوله شبهة عدم الدستورية أو تمنح الأطراف أجلاً لرفع دعوى قضائية للفصل في هذه المسألة متى كان للدولة الصادر فيها القانون تُجيز رفع دعوى قضائية بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة.

أما فيما يتعلق بالمسألة محل الدراسة في اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي[1] فإنها تنص في مادتها الرابعة والثلاثون م (١/٣٤) على

---

(١) تم توقيعها بتاريخ ١٩٨٧/٤/١٤ بمدينة عمان بالمملكة الأردنية الهاشمية وقد تم تعديل بعض أحكامها من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثالثة بتاريخ

أنه **(يجوز لأي من الطرفين بناء على طلب كتابي يوجه إلى رئيس المركز طلب إبطال القرار إذا توفار سبب من الأسباب التالية... أ – .....**

ب – إذا ثبت بحكم قضائي وجود واقعة جديدة كان من طبيعتها أن تؤثر في القرار تأثيراً جوهريًا بشرط ألا يكون الجهل بها راجعًا لتقصير طالب الإبطال.

ج – .....

م٣٠/ تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ولا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفًا للنظام العام.

ومن جماع ما تقدم يتبين أن الاتفاقية المشار إليها لم تجعل عدم دستورية القانون الواجب التطبيق أحد أسباب الطعن بالبطلان على حكم التحكيم وكذلك لم تنص على اعتباره أحد شروط منح الصيغة التنفيذية من المحكمة العليا في الدولة التي يجري التنفيذ على إقليمها. بيد أن نص المادة (٣٤/ب) يمكن الاستناد إليه في استصدار حكم قضائي بعدم دستورية القانون الذي تم تطبيقه على الدعوى التحكيمية ومن ثم إبطال حكم التحكيم باعتبار أن ذلك يعد واقعة جديدة كان من طبيعتها أن تؤثر في الحكم. ولكن هذه الوسيلة يقتصر إعمالها على الدول التي تُجيز قوانينها رفع دعوى أصلية بعدم دستورية نص أو لائحة مثل ليبيا والكويت والبحرين. ومن ثم يمكن لمواطني هذه الدول متى لم يرتضوا حكم التحكيم الصادر من المركز العربي للتحكيم الاستفادة من الحكم المتقدم. بينما لا يملك مواطني الدول التي لا تخول قوانينها رفع مثل هذه الدعوى. الحق في تقديم طلب الإبطال إلى مركز التحكيم – كما حظرت المادة (٢٧) من هذه الاتفاقية الطعن على أحكام التحكيم الصادرة من هذا المركز أمام قضاء أية دولة.

١٩٩٢/٤/٢٢ ونتج عن هذه الاتفاقية إنشاء مؤسسة دائمة تُسمى المركز العربي للتحكيم التجاري تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وتلحق إداريًا وماليًا بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب (راجع تفصيلاً أحكم الفصل الثاني من الاتفاقية المُشار إليها).

ولما كان ما تقدم فتبقى هذه الاتفاقية عاجزة عن تقديم إجابة جامعة مانعة للمسألة محل البحث.

كما ينص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في الفصلين السابع والثامن منه على أسباب الطعن على حكم التحكيم وأسباب وشروط الاعتراف به وتنفيذه والتي ليس منها المسألة محل البحث، ويبرهن على صحة ذلك القول بأنه باستقراء نصوص المواد ٣٤ و٣٥ و٣٦ من هذا القانون يتبين أن هذه الأسباب جميعها تدور حول عدم أهلية أحد الطرفين، أو تجاوز المحكم حدود مهمته، عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم أو عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم أو مخالفة الحكم للنظام العام.[١]

ومن ثم لم يُشر هذا القانون أية إشارة إلى مسألة الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية. ولذلك يتعين أن نعرج على بعض قواعد التحكيم العربية لمعرفة مدى إلمام هذه التشريعات بمسألة الرقابة على دستورية القانون الأجنبي لاسيما أمام هيئة التحكيم.

وفيما يخص بالمسألة محل البحث في التشريع الكويتي:

فقد تقدم القول بأنه المشرع الكويتي حدد على سبيل الحصر سبل اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى ومنها رفع دعوى أصلية بعدم دستورية نص أو لائحة وذلك بمقتضى القانون رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١٤، إلا أن هذه الدعوى لا تشمل سوى الطعن في نص قانون ولائحة كويتيين ولا تشمل مطلقاً قانون أجنبي.

وباستقراء نص المادة (٤) من الدستور الكويتي تجده ينص على أن (.... **ب - إذا رأت إحدى المحاكم أثناء نظر قضية من القضايا سواء من تلقاء**

---

(١) أنظر تفصيلاً، القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي، وثيقة الأمم المتحدة ١٧/٤/(٨) المرفق الأول، قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدتها هيئة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢١ يونيه ١٩٨٥. مع التعديلات التي اُعتمدت في ٢٠٠٦.

نفسها أو بناء على دفع جدي تقدم به أحد أطراف النزاع ... توقف نظر القضية وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه).

ومن ثم منح هذا النص الحق للمحاكم الرسمية فقط في الإحالة إلى المحكمة الدستورية ولم يُخول ذلك الحق إلى هيئات التحكيم حتى ولو تعلق الطعن بعدم دستورية القانون الكويتي نفسه. فكيف لو كان المطعون بعدم دستوريته قانونًا أجنبيًا؟

بداءة يتعين أن يفسر لفظ **محاكم** على أنه يشمل المحاكم الرسمية وهيئات التحكيم لأسباب عدة أهمها أن هذه الهيئات تصدر أحكامًا حائزة لقوة الأمر المقضي به. وكما أنها أمست طريقًا موازيًا للقضاء للفصل في الخصومات.

كما أن [illegible] تنظم عملية التحكيم بداية من الاتفاق التحكيم عليه مرورًا بإجراءاته وانتهاءً بإصدار حكم التحكيم وتنفيذه فكيف تملها حق الرقابة على دستورية القانون الذي تفصل في الدعوى وفقًا لنصوصه.

بيد أن ما يخفف من غلواء ما سبق أن المادة ١٨٠ من قانون التحكيم الكويتي[1] تنص على أنه (.... **وإذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكم، أو طعن بتزوير ورقة أو اتُخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر، أوقف المحكم عمله حتى يصدر فيها حكم انتهائي كما يوقف المحكم عمله للرجوع إلى رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لإجراء ما يأتي:** (أ) ..... **ب** - ..... **جـ** - **الأمر بالإنابة القضائية.**

وبناء على ما تقدم إذا ما عرضت أمام هيئة التحكيم في الكويت مسألة الرقابة على دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية وقدر جدية هذا الأمر فله الحق في وقف نظر الدعوى واللجوء

---

(١) قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، الباب الثاني عشر، التحكيم.

إلى القضاء الكويتي لطلب الأمر بالإنابة القضائية – حيث يتولى هذا الأخير بأي طريق من طرق الإنابة القضائية التوصل إلى حكم في مسألة دستورية القانون الأجنبي أو عدم دستوريته من قبل قضاء الدولة الصادر فيها القانون.

كما تنص المادة الخامسة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي **على أن تفصل هيئة التحكيم في المسائل الأولية التي تعرض لها في المنازعة والتي تدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري وفي الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها.**

وإذا كانت مسألة الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق تعد مسألة أولية ويتعين على هيئة التحكيم الفصل فيها إلا أن ذلك بالطبع يُقصد به أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي حيث أن ذلك هو ما يدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري بينما تخرج هذه المسألة عن اختصاص القضاء الكويتي متى كان القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبيًا حيث لا تملك هيئة التحكيم الفصل فيها بمقتضى هذا النص[١].

وباستقراء نص المادة ١٠ من قانون التحكيم القضائي ونصوص المواد ١٨٠ وما بعدها من قانون المرافعات الكويتي المتعلقة بالتحكيم يتضح أنها تُجيز الطعن في أحكام التحكيم بالتمييز لأسباب معينة، قطعًا ليس منها عدم دستورية القانون الذي طبقته هيئة التحكيم[٢].

كما أنه باستقراء نص المادة ١٩٩ من قانون المرافعات الكويتي والتي تنص على شروط تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي في الكويت. وتشترط للأمر بالتنفيذ عدة شروط ومنها أن يكون الحكم حائزًا

---

(١) أنظر تفصيلاً قانون المرافعات المني والتجارية، رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، الباب الثاني عشر (التحكيم).

(٢) أنظر المادة ١٠ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية.

لقوة الأمر المقضي فيه طبقًا لقانون المحكمة التي أصدرته وشرط المعاملة بالمثل وألا يخالف النظام العام والآداب في الكويت.

كما تنص المادة (٢٠٠) من ذات القانون على أن (يسري حكم المادة السابق على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي، ويجب أن يكون حكم المحكمين صادرًا في مسألة يجوز فيها التحكيم طبقًا للقانون الكويتي وقابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه).

ومن ثم لم يشترط المشرع الكويتي دستورية القانون الذي طبق على الدعوى التحكيمية كشرط لتنفيذ الحكم الصادر فيها. ومن ثم متى صدر حكم التحكيم في دولة أجنبية فيمكن تنفيذه في الكويت إذا ما توافرت الشروط السالفة، جل ما هنالك ألا يكون قد أُبطل في دولة صدوره، حيث يُشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أن يكون قابلاً للتنفيذ في دولة صدوره ولن يُمسي كذلك إذا ما كان قد قُضي ببطلانه في هذه الأخيرة.

وأخيرًا فإن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الكويت تخضع للأحكام الواردة باتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ حيث انضمت إليها الكويت في ٢٨ أبريل ١٩٧٨. ومن المعلوم أن هذه الاتفاقية لم تشترط أن يُثبت طالب التنفيذ دستورية القانون الذي بُني الحكم المطلوب تنفيذه عليه كأحد شروط منح الصيغة التنفيذية.

الفرع الثاني

الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام

هيئات التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة

وأخيراً وقبل ختام هذا البحث يتعين علينا الوقوف على ما ذهب إليه المشرع الإماراتي في هذا الشأن، وذلك ظل وجود حكم في غاية الأهمية صادر من المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات الشقيقة حيث يعد هذا الحكم سابقة يتعين تحليلها بروية حتى أتمكن من التوصل إلى علاج لما يكتنف عنه من إشكاليات أو أقترح بعض الحلول التي قد تكون ضرورية يُهتدى به في هذا الصدد.

وحيث تنص المادة (١٨) من قانون التحكيم الإماراتي على أن ١ – **(ينعقد الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها – هذا القانون إلى المحكمة المختصة وفقًا للقوانين الإجرائية المعمول بها في الدولة .....) ٢ – لرئيس المحكمة أن يأمر – بناء على طلب أحد الأطراف أو بناء على طلب هيئة التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية ... كما تنص المادة ١٩ على أن:**

(م/١٩) (تفصل هيئة التحكيم في أي دفع يتعلق بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبني على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع).

(م ١/٢١) مع مراعاة أحكام المادة (١٨) من هذا القانون ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب أي من الأطراف أو من تلقاء نفسها أن تأمر أيًا منهم باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وبوجه خاص أ – الأمر بالمحافظة على الأدلة التي قد تكون جوهرية في النزاع ..... ب - .....

(٤) يجوز للطرف الذي صدر أمر بتدبير مؤقت لصالحه بعد حصوله على إذن خطي من هيئة التحكيم أن يطلب من المحكمة الأمر بتنفيذ الأمر الصادر عن هيئة التحكيم أو أي جزء منه.....[1].

كما تنص المادة (١/٣٦) على أنه **(لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف أن تطلب المساعدة من المحكمة للحصول على أية أدلة وللمحكمة في حدود سلطتها أن تأمر بتنفيذ الطلب" وبحضور الشهود أمام هيئة التحكيم.** .....

٢ – يقدم الطلب إلى رئيس المحكمة وله أن يقرر أيًا مما يأتي .....

ج – الأمر بالإنابة القضائية:

وفيما يتعلق بالفصل في المسائل الأولية تنص

(م/٤٣) تنص على أنه – **إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طُعن بالتزوير في ورقة قدمت إليها** .... .. **فلهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزوير الورقة أو الفعل الجزائي الآخر ليس لازمًا للفصل في موضوع النزاع، وإلا فعليها أن توقف الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن.**

(م/٥٣/١) لا يقبل طلب الاعتراض على حكم التحكيم إلا بموجب رفع دعوى البطلان إلى المحكمة أو أثناء نظر طلب المصادقة على الحكم وعلى طالب البطلان أن يثبت أيًا من الأسباب الآتية: ..... **وبالطبع ليس منها دستورية القانون الذي فصلت هيئة التحكيم في الدعوى التحكيمية وفقًا لأحكامه.**

كما نصت المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا على أن **(تحال إلى المحكمة العليا طلبات بحث الدستورية التي تُثار أمام المحاكم في صدد**

---

(١) أنظر تفصيلاً – قانون اتحادي رقم ٦ لسنة ٢٠١٨ بشأن التحكيم، صدر في قصر المنامة في أبو ظبي – ١٧/ شعبان ١٤٣٩ – ٣/مايو/٢٠١٨.

دعوى منظورة أمامها بقرار مسبب من المحكمة ... وذلك إذا كانت الإحالة بناء على قرار من المحكمة من تلقاء نفسها، فإذا كان الطعن في الدستورية مُثار بدفع من أحد الخصوم في الدعوى تكون المحكمة قد قبلته تعين عليها أن تحدد للطاعن أجلاً لرفع الطعن أمام المحكمة العليا ....).

حيث تنص المادة (٣٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا على أن **(تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في الأمور الآتية: ..... ٢ – بحث دستورية القوانين الاتحادية ..... ٣ – بحث دستورية التشريعات الصادرة من إحدى الإمارات الأعضاء. ..... ٤ – بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عمومًا إذا ما أُحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم الاتحاد أو الإمارات الأعضاء أثناء دعوى منظورة أمامها. ....**

٩ – تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية في الإمارات.

١٠ – تنازع الاختصاص بين هيئة قضائية في إمارة وهيئة قضائية في إمارة أخرى أو بين الهيئات القضائية في أية إمارة، فيما بينها.

بتحليل النصوص سالفة الذكر يتبين الآتي:

أنه وإن لم تُعد مسألة الفصل في دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم ضمن التدابير الوقتية والتحفظية التي لهيئة التحكيم الأمر بها أو الاستعانة بالمحكمة المختصة للأمر بها. فإنها لا ريب تُعد من المسائل الأولية التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى التحكيمية فإذا ما تراءى لهيئة التحكيم جدية الدفع. **وكان لازمًا الفصل في دستورية القانون الواجب التطبيق إماراتيًا كان أو أجنبيًا فما هو الحكم؟**

وحيث أن المادة (٣٦) من قانون التحكيم الإماراتي لم تحدد على سبيل الحصر المسائل التي يجوز لهيئة التحكيم طلب المساعدة في القيام بها من

المحكمة المختصة فما الذي يحول دون طلب الفصل في هذه المسائلة من هذه الأخيرة باعتبارها تدخل في نطاق المساعدة التي يقدمها القضاء باعتبارها مسألة أولية . تخرج عن ولاية التحكيم لاسيما إذا ما كان الطعن بعدم دستورية قانون إماراتي حيث أن المشرع **وإن لم يكن يسمح بذلك صراحة فهو كذلك لم يحظره فما الذي يحول دون ذلك؟**

إما إذا كان المطعون بعدم دستوريته قانون أجنبي أمام هيئة تحكيم مقرها الإمارات الشقيق فإن المادة (٣٦) كذلك تقدم حلاً من وجهة نظرنا لهذه المسألة، حيث أجازت لهيئة التحكيم طلب المساعدة إذا ما عنت لها أية مسألة لازمة للفصل في الدعوى وتخرج عن ولايتها ومن ثم إذا ما طرحت مسألة عدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم يمكنها طلب المساعدة في الفصل في هذه المسألة من المحكمة المختصة والتي منح القانون رئيسها سلطة الأمر بالإنابات القضائية. ومن ثم تستطيع هذه الأخيرة التوصل إلى حقيقة هذه المسألة عن طريق قضاء الدولة الصادر منها القانون الأجنبي المراد تطبيقه على الدعوى التحكيمية في الإمارات.

كما يمكن لهيئة التحكيم متى طرحت أمامها هذه المسألة أن توقف الإجراءات وفقًا للمادة (٤٣) من قانون التحكيم. وتمنح الخصوم أجلاً لاستصدار حكم نهائي في هذا الشأن من الدولة الصادر فيها القانون المطعون عليه، لاسيما إذا ما كانت قوانين هذه الأخيرة تُجيز رفع دعوى أصلية بعدم الدستورية مثل الكويت وليبيا والبحرين.

وعودًا إلى إمكانية الطعن بعدم دستورية القانون الإماراتي متى كان هو القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية أمام هيئة تحكيم مقرها الإمارات العربية المتحدة وبتحليل نصوص قانون المحكمة الاتحادية العليا

المشار إليها. تبين أن المشرع الإماراتي قد منح المحكمة العليا حق الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء العادي والهيئات القضائية.

كما نص أنه في حال الدفع بعدم الدستورية أمام إحدى المحاكم وتراءى لها عدم دستورية نص من تلقاء نفسها تعين عليها أن تحيله للمحكمة العليا. في الحالة الثانية أو تمنح مقدم الدفع أجلاً لرفع دعواه بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا في الحالة الأولى.

فإذا كان الأمر كذلك فهل تعتبر هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي؟ وإذا انتهينا إلى ذلك فهل تملك الإحالة إلى المحكمة العليا للفصل في دستورية قانون أو لائحة. بالطبع قانون إماراتي. حيث قصر المشرع الإماراتي اختصاص المحكمة العليا على الفصل في دستورية القوانين واللوائح الإماراتية فقط دون القوانين الأجنبية.

فإذا كان المشرع الإماراتي قد نص على جواز الإحالة للمحكمة الدستورية العليا من قبل المحاكم الدستورية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وانتهينا إلى أن هيئة التحكيم تعد هيئة ذات اختصاص قضائي في صورتنا تلك الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية القوانين واللوائح الدستورية.

في حين نص المشرع الإماراتي على أن الدفع بعدم الدستورية يكون أمام المحاكم. ولفظ المحاكم **(عام)** مطلق. **فهل يشمل لفظ محاكم المشار إليه هيئات التحكيم في الإمارات العربية المتحدة؟؟؟؟**

تتمثل الإجابة على هذا التساؤلات من وجهة نظرنا كالآتي:

أولاً: ليس ثمة ما يحول دون اعتبار هيئة التحكيم في الإمارات هيئة ذات اختصاص قضائي حيث أن تشكيلها وطريقة رفع الدعوى أمامها والإجراءات التي تتخذها وكل ما يتعلق بها نُظم عن طريق القانون من بداية الاتفاق على التحكيم مرورًا بإجراءاته وانتهاء بإصدار حكم فيه كما

أن أحكام هيئات التحكيم تعد أحكامًا نهائية حائزة قوة الأمر المقضي فيه بنص قانون التحكيم (م ٥٢)، ولا يمكن الاعتراض عليه سوى بدعوى البطلان ويعتبر الحكم الصادر فيها نهائيًا ولا يقبل الطعن إلا بالنقض (م ١/٥٣).

ومن ثم فتعتبر هيئات التحكيم هيئات ذات اختصاص قضائي بالنظر إلى طبيعة عملها وتنظيم كل ما يتعلق بها بتشريع وطني هو القانون الاتحادي رقم ٦ لسنة ٢٠١٨ بشأن التحكيم. كما تختص المحكمة العليا بالفصل في تنازع الاختصاص بينها وبين جهة القضاء العادي أو هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي.

كما أن نصوص المواد (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا المشار إليه والذي يقرر أن (تحال إلى المحكمة العليا طلبات بحث الدستورية التي تُثار أمام المحاكم....)، (٩٩) من الدستور الإماراتي التي تنص على أن تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في الصور التالية (.... ٣ – بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عمومًا إذا ما أُحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد...

٧ – تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية المحلية.

٨ – تنازع الاختصاص بين هيئة قضائية في إمارة وهيئة قضائية في أمارة أخرى.

ولما كان ما تقدم وخلصنا أن اعتبار أن هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي، فيمكن إثارة مسألة الدستورية أمامها، وليس ثمة ما يحول دون أن ينسحب عليها لفظ المحاكم الوارد في المادة ٥٨ من قانون المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات. فلو أراد المشرع جعل الدفع بعدم الدستورية أو التصدي لها حكرًا على المحاكم الرسمية للدولة لنص على

ذلك صراحة وحيث أنه لم يفعل، فليس ثمة ما يحول دون أن ينسحب حكم النص على هيئات التحكيم وإمكانية اتصال المحكمة العليا بالطعن من خلالها – أي هيئة التحكيم – ومن ثم فهذه النصوص من العموم بمكان تجعلها قابلة لأن تشتمل محاكم التحكيم. حيث أن المشرع الإماراتي وإن لم ينص على جواز الطعن بعدم الدستورية أمام الهيئات ذات الاختصاص القضائي، بيد أنه جعل أحكام الهيئات ذات الاختصاص القضائي وأحكام القضاء الاتحادي الرسمي للدولة تقفان على قدم المساواة، وخول المحكمة العليا بمقتضى المادة (٣٣) من قانون إنشائها الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية في الإمارات. وحتى وإن مارى البعض بقصور لفظ المحاكم على المحاكم الرسمية فقط، فلا يمكنه أن يماري في اعتبار هيئات التحكيم هيئات ذات اختصاص قضائي، وإلا أمسى مراءًا غير ذي جدوى.

ومن ثم نرى أن المغايرة بين نص المادة (٣٣) و(٥٨) من قانون المحكمة العليا غير ذي أثر فيما يترتب على ذلك من أحكام أخصها جواز الدفع بعدم دستورية القانون الإماراتي أمام هيئات التحكيم باعتبارها هيئات ذات اختصاص قضائي. فحيث أنه تم الاعتراف بقوة الأمر المقضي لأحكامها فيتعين أن يُعترف لها بالحق في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح الإماراتية التي يراد تطبيقها على نزاع مطروح عليها والقول بغير ذلك يعد جدلاً بغير دليل.

فإن لم يُعترف لهيئات التحكيم بهذا الحق فما هو السبيل أمامها إذا ما طُعن بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة صادرين من المشرع الإماراتي وكان هذا النص لازمًا للفصل في دعوى تحكيمية منظورة أمامها. فهل تطبق قانون قامت حوله شبهات جدية حول عدم دستوريته؟ أم ماذا؟.

ونسوق برهانًا دامغًا على خطورة الوضع إذا لم تُفسر أحكام التشريع الإماراتي كما أسلفنا إلى أن يتم تقنين نصوصًا صريحة تعترف لهيئات التحكيم في الإمارات حق الرقابة على دستورية القوانين الواجبة التطبيق على الدعاوى المطروحة عليها شأنها شأن المحاكم الرسمية في البلاد حيث أنها قضاء وإن كان خاصًا. وهذا البرهان هو:

حكم المحكمة الاتحادية العليا في في الدعوى رقم ٤ لسنة ٢١٠٢ دستورية.
جلسة الثلاثاء الموافق ١٩ فبراير / ٢١٠٣.

(١) المحكمة الاتحادية العليا "اختصاصها"، قانون "تفسيره" دستور.

- الاختصاص الدستوري للمحكمة الاتحادية العليا، نطاق؟ المادة ٣/٩٩ دستور المادتين ٤/٣٣، ٢٠١/٥٨ من قانون المحكمة العليا.

-اتصال المحكمة العليا بالدعوى الدستورية، بطريق الدفع المثار من أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية وقبول المحكمة له والإذن لمثير الدفع بإقامة الدعوى الدستورية أمامها.

- الأصل في النصوص التشريعية ألا تحمل على غير مقاصدها أو تشويهها، بما يخرجها عن معناها.

- النصوص التشريعية، تُصاغ لغاية تحقيق المصلحة الاجتماعية، مؤدى ذلك؟

- المصلحة الاجتماعية التي تغياها المشرع من سن المادة ٥٨ من قانون المحكمة الاتحادية العليا مضمونها؟

- الطعن بعدم دستورية القوانين، نطاقه ضيق ومحدود، علة ذلك؟

- التحكيم : قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص، مؤدى ذلك، هيمنة المصلحة الخاصة للخصوم على الروابط التي تعمل في إطار القانون الخاص.

انصراف لفظ المحكمة الوارد في الدستور وقانون المحكمة العليا بمعناه إلى المحاكم الرسمية في النظام الإماراتي اتحادي منه أو محلي. دون الجهات التي تفصل في المنازعات. مؤدى ذلك، صدور قرار من هيئة تحكيم الناظرة للدعوى الموضوعية وتصريحها بإقامة الدعوى الدستورية لتقديرها جدية الدفع بعدم الدستورية. أثره: عدم اتصال المحكمة العليا بالدعوى بما يوجب عدم قبولها أساس ذلك وعلته؟

١ – لما كان نطاق خصومة الدستورية في جانبها الشخصي يتحدد بأشخاص خصومة الموضوع، إذا كان اتصال الدائرة الدستورية بها قد تم بطريق التصدي أو الدفع الفرعي، إذ لا يمكن لهذه الدائرة أن

تغير أشخاص الدعوى الموضوعية لخروج ذلك عن ولايتها. لما كان ذلك وكانت الدعوى الموضوعية قد رفُعت أساسًا من المدعين على دائرة الطيران المدني – حكومة دبي، وأن الدائرة الدستورية بهذه المحكمة اتصلت بها بذات أشخاصها عن طريق الدفع الفرعي المثار من المدعين، ومن ثم فإن الخصومة الدستورية تكون قد استقام جانبها الشخصي، باعتبار أن الخصومة أداة لتحقيق الحماية القضائية، الأمر الذي يغدو معه الدفع المثار في غير محله.

٢ – لما كان خطاب القانون المحلي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥ يقتصر على الدعاوى التي ترفع على حكومة دبي أمام الجهات القضائية المحلية للإمارة أو لجان ومراكز التحكيم والتوفيق والمصالحة، ولا يمتد خطاب هذا القانون إلى الدعاوى التي تُرفع على حكومة دبي والتي تختص بنظرها ولائيًا المحكمة الاتحادية العليا أو المحاكم الاتحادية الأخرى، لاستقلال القضائين عن بعضهما، ولأن اتصال المحكمة الاتحادية العليا بالدعوى الدستورية يكون وفق القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المحكمة الاتحادية العليا وقانون الإجراءات المدنية الاتحادي ، باعتبارهما قانونين اتحاديين ينظمان قواعد وإجراءات الدعوى الدستورية، وباعتبار أن المنازعة الدستورية ذاتها تدخل في ولاية القضاء الاتحادي وتختص بها المحكمة الاتحادية العليا وحدها دون غيرها، وأنه لا شأن للقوانين المحلية بإجراءات هذه المحكمة أو بإجراءات نظر الدعاوى أمامها، الأمر الذي يغدو معه الدفع واجب الرفض.

٣ – لما كان المقرر فقهًا وقضاء وتشريعًا، أنه يتعين قبل الدخول في بحث موضوع الدعوى الدستورية، التثبت من مدى صحة اتصال المحكمة الدستورية ذاتها بالدعوى الدستورية، وأن صحة هذا الاتصال أو بطلانه، إنما يكون بما ينص عليه القانون، **لا بما ينبغي أن يكون عليه،**

كما أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنه إذا رسم القانون طريقًا معينًا لرفع الدعوى، فإنه يتعين إتباعه، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة. ولما كانت الدعوى الدستورية – كدعوى عينية- تستهدف التشريع المطعون عليه. فقد وضع المشرع إجراءات تحريكها وطرق اتصال المحكمة بها وشروط قبولها ولاختصاص بنظرها أمام المحكمة الاتحادية العليا على نحو خاص، فلا تنعقد ولاية المحكمة بالفصل في دستورية القوانين والتشريعات الأخرى، إلا بإتباعها لتعلقها بالنظام العام، باعتبارها شكلاً جوهريًا في التقاضي قصد به المشرع مصلحة عامة غايتها أن ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة.

٤ – لما كان النص في المادة (٣/٩٩) من الدستور على أن "**تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في الأمور التالية: ١.... بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عمومًا إذا ما أُحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامها وعلى المحكمة المذكورة أن تلتزم بقرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بهذا الصدد** ...." والنص في المادة (٤/٣٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا على أن "**تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في الأمور الآتية: ..... بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عمومًا إذا ما أُحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم الاتحاد أو الإمارات الأعضاء أثناء دعوى منظورة أمامها** .... والنص في المادة (٥٨) من ذات القانون على أن "**تُحال إلى المحكمة العليا طلبات بحث الدستورية التي تثار أمام المحاكم في صدد دعوى منظورة أمامها بقرار مسبب من المحكمة يوقعه رئيس الدائرة المختصة ويشتمل على النصوص محل البحث وذلك إذا كانت الإحالة بناء على قرار من المحكمة من تلقاء نفسها. فإذا كان الطعن في الدستورية مثاراً بدفع من أحد الخصوم في الدعوى تكون المحكمة قد قبلته تعين ع ليها أن تحدد للطاعن أجلاً لرفع الطعن أمام**

المحكمة العليا فإذا فات هذا الأجل دون أن يقدم الطاعن ما يُفيد رفعه الطعن خلاله أُعتبر تنازلاً عن دفعه....". تدل (النصوص) جميعها على أن من بين طرق اتصال المحكمة العليا بالدعوى الدستورية، الإحالة إليها بناء على دفع مُثار من أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية تكون قبلته محكمة الموضوع وأذنت لمُثير الدفع رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا.

٥ – لما كان الأصل في النصوص التشريعية هو ألا تحمل على غير مقاصدها، وألا تفسر عبارتها بما يخرجها عن معناها أو بما يؤول إلى التواء بها عن سياقها، أو تشويهها، سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، ومرد ذلك أن النصوص التشريعية لا تُصاغ تبثًا، وإنما لغاية تحقيق مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص في فلكها. فهذه المصلحة غاية نهائية لكل نص تشريعي، وإطارًا لتحديد معناه، وموطنًا لضمن الوحدة العضوية للنصوص لتي ينتظمها العمل التشريعي، بما يزيل التعارض بين أجزائها، ويكفل اتصال أحكامها وتكاملها وترابطها فيما بينها لتغدو جميعها منصرفة إلى الوجهة عينها التي ابتغاها المشرع من رواء تقريرها.

وحيث أن المصلحة التي تغياها المشرع من سن المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، هي حماية قرينة الدستورية المصاحبة أصلاً لكل نص تشريعي وتوفير الاستقرار لها حتى تؤدي وظيفتها الاجتماعية، وذلك بعدم السماح لأي جهة أو هيئة أو شخص من الطعن بعدم دستورية القوانين، إلا في نطاق ضيق وعلى نحو محدود. ذلك أن ترك باب هذا "الطعن مفتوحًا للجميع، سوف يضعف من هذه القرينة. وأن التحكيم قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص. تلك الروابط التي يمكن لأطرافها الارتضاء والخضوع لأحكام قانونه حتى ولو قامت

لديهم شبهة عدم دستوريتها، باعتبار أن المصلحة الخاصة للخصوم هي المهيمنة على تلك الروابط، بخلاف محاكم الدولة التي تقضي في المنازعات باعتبارها سلطة من سلطات الدولة يتعين أن يأتي عملها متوافقاً مع دستورها. لما كان ما تقدم، وكانت عبارة "أية محكمة من محاكم...." الواردة في الدستور وفي قانون المحكمة، وقد جاء لفظهما عامًا من دون تخصيص، مطلقًا من دون تقييد، واضح الدلالة على مراد المشرع منهما. بما مؤداهما انصراف معناهما على سبيل الشمول والاستغراق إل كل المحاكم الرسمية في النظام القضائي الإماراتي، الاتحادي منه والمحلي، أي المحاكم التي تُنشئها الدولة أو إماراتها، وتنظمها بما لها من سيادة وسلطة واختصاص. وأن لفظ "المحكمة" الوارد في سياق المادتين سالفتي البيان، لا تتسع لغيرها من الجهات التي تفصل في المنازعات، كهيئات التحكيم، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الهيئة التحكيمية الناظرة في الدعوى الموضوعية، هي التي قررت جدية الدفع بعدم الدستورية وقبلته وصرحت للمحتكمات بإقامة الدعوى الماثلة، فإن مؤدى ذلك أن المحكمة الاتحادية العليا اتصلت بالدعوى الدستورية على خلاف الأوضاع المنصوص عليها في المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق، وتلاوة تقرير قاضي التحضير، وسماع المرافعة، والمداولة قانوناً.

الإجراءات

بتاريخ ٢٠١٢/٣/٢٠ أودع وكيل المدعين صحيفة هذه الدعوى قلم كُتاب المحكمة الاتحادية العليا، طالبًا الحكم بعدم دستورية المادة (١/١) من القانون المحلي لإمارة دُبي رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٧ لمخالفتها وتعارضها مع

المواد: ١١٢، ١٢١، ١٤٩، ١٥١ من دستور دولة الاتحاد. وكذلك مع المادة (١١٠٩) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي، وإلغاء ذلك القانون المحلي بالقدر اللازم لإزالة التعارض. ..... وإذ نُظرت الدعوى أمام قاضي التحضير، فقد حضر وكيل المدعين وتمسك بطلباته الواردة بصحيفة دعواه.

وحيث أن النيابة العامة فوضت الرأي للمحكمة.

وحيث أن حكومة دُبي دفعت في مذكرتها الجوابية المؤرخة ٢٠١٢/٤/٨ بانعدام الخصومة الدستورية، وبعدم قبولها وبرفضها موضوعًا، وأرفقت بمذكرتها حافظة مستندات أطلعت عليها المحكمة.

وحيث أن وكيل المدعين قدم بجلسة التحضير المؤرخة ٢٠١٢/٦/٢٦، مذكرة بالرد على مذكرة حكومة دُبي، تناول فيها الرد على مذكرة حكومة دُبي وبما موجز الرد، أن الدفع بانعدام الخصومة لزوال دائرة الطيران المدني من مسائل النزاع التي تختص بها هيئة التحكيم، وهو غير معروض على المحكمة الاتحادية العليا. وأن الدفع بعدم قبول الدعوى الدستورية لعدم إيداع صحيفتها لدى دائرة الشئون القانونية لحكومة دبي قبل عرضها على المحكمة الاتحادية العليا، فهو في غير محله، لأن الدعوى الدستورية أُقيمت بموجب أحكام الدستور الاتحادي وقانون المحكمة الاتحادية العليا وهو موضوع اتحادي لا علاقة للقوانين المحلية به. **وأن الدفع بقصر صلاحية الإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا لبحث دستورية القوانين على المحاكم الرسمية للبلاد، فهو في غير محله لأنه يتعين إعطاء لفظ "محاكم البلاد" الواردة في المادة (٣/٩٩) من دستور الاتحاد، والمادة (٤/٣٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، معنى أكبر وأوسع وأشمل بحيث تشمل المحاكم الرسمية وكذلك هيئات التحكيم التي تفصل في القضايا والمنازعات التي تثور بين الأفراد أو الأشخاص المعنوية. وأن قصر معنى اللفظ على المحاكم الرسمية دون غيرها سوف يدفع جهات التحكيم إلى أن تتصدى بنفسها لبحث دستورية القوانين حتى تفصل في النزاع**

المطروح عليها أو أن تطبق نصوصًا تشريعية قامت لديها جديًا شبهة عدم دستوريتها. وأن القوانين المعمول بها في الإمارات خلت من أي نص يعطي لهيئات التحكيم حق الطلب من محاكم البلاد الرسمية لمساعدتها على إحالة الطعن بعدم الدستورية إلى المحكمة الاتحادية العليا.

وحيث أن المحكمة وبعد الانتهاء من إجراءات التحضير، حددت جلسة ٢٠١٣/١/٨ لنظر الدعوى أمام هيئة المحكمة, وفيها حضر وكيل المدعين وقدم مذكرة لم يخرج مضمونها وطلباتها عما جاء في صحيفة الدعوى. كما حضر نائب عن المدعي عليها "دائرة الطيران المدني – حكومة دُبي| وطلب أجلاً للرد على المذكرة المقدمة من المدعين إذا لزم الأمر. وبذات الجلسة قررت المحكمة حجز الدعوى للحكم لجلسة اليوم، مع التصريح للمدعي عليها بتقديم مذكرة بالرد خلال أسبوعين إن شاءت ذلك. وخلال فترة التصريح، أودعت المدعى عليها مذكرة ختامية بدفاعها، لم يخرج مضمونها وأوجه الدفاع والطلبات الواردة فيها عما سبق وأن أثارتها وتمسكت بها في مذكرتها الجوابية المؤرخة ٢٠١٢/٤/٨.

وحيث أن الوقائع – على ما يبين من سائر أوراق الدعوى – تتحصل في أنه، في غضون عام ٢٠٠٥، أُبرم عقد مقاولة بين المدعين وبين دائرة الطيران المدني التابعة لحكومة دُبي بشأن أعمال إنشاءات وتوسعة لمطار دُبي الدولي. وقد تضمن العقد شرط تحكيمي بإحالة أي نزاع قد ينشأ بين الطرفين عند تنفيذ العقد إلى هيئة تحكيم ثلاثية بمركز دبي للتحكيم الدولي، وعلى تطبيق قوانين إمارة دبي والقوانين الاتحادية. وأنه إذ نشأ نزاع بين الطرفين بخصوص مستحقات المدعين، فقد لجأوا إلى المركز المذكور بالدعوى التحكيمية رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠١٠. ولدى نظر المطالبة أمام هيئة التحكيم، أثارت دائرة الطيران المدني مسألة تحديد هوية المدعي عليها في الدعوى التحكيمية وتمسكت بما ملخصه أنه بعد إنشاء مدينة دُبي للطيران، لم تعد لدائرة الطيران المدني الأهلية القانونية. وأن الأولى خلفتها في جميع

حقوقها والتزاماتها، عملاً بالمادة (١/١) من القانون المحلي لإمارة دُبي رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٧ بشأن إلغاء أمر تأسيس دائرة الطيران المدني. وقد قضت المادة المذكورة بأيلولة كافة حقوقها وما عليها من التزامات إلى مؤسسة مدينة دُبي للطيران. فيما أصر المدعون أمام الهيئة التحكيمية على دعواهم معتبرين أن حكومة دُبي هي المعنية بالعقد وهي طرف في التحكيم باعتبار أن دائرة الطيران المدني لم تكن تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن حكومة دُبي وأن حكم المادة (١/١) من القانون المحلي سالف الذكر يعني تطبيق القانون بأثر رجعي، وأن موضوعها تشريع في مجال ينفرد الاتحاد بالتشريع فيه وهو مجال المعاملات المدنية وليس تنظيم لهذا المجال. كما أن المادة ذاتها تخالف المادة (١١٠٩) من قانون المعاملات الاتحادي التي تشترط لصحة الحوالة رضاء المُحال له في حوالة الدين. وانتهى المدعون إلى الدفع بعدم دستورية المادة (١/١) من القانون آنف البيان، لمخالفتها وتعارضها مع المواد: ١١٢، ١٢١، ١٤٩، ١٥١ من دستور الاتحاد.

وحيث أنه بجلسة ٢٠١٢/٢/١، أوقفت هيئة التحكيم نظر الدعوى التحكيمية بعد أن قَبلت الدفع وصرحت للمدعين رفع دعوى طعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا. فكانت الدعوى الماثلة.

وحيث أن حكومة دُبي ممثلة في دائرة شئونها القانونية دفعت في مذكرتها الجوابية على الدعوى الدستورية، بانعدام الخصومة الدستورية لورودها على شخص غير الشخص الواجب اختصامه قانوناً. إذ كان يتعين اختصام مدينة دُبي للطيران التي خلفت دائرة الطيران المدني التابع لحكومة دُبي، و هو ما لم يتم. الأمر الذي تغدو الخصومة الماثلة منعدمة ولا ترتب أثرًا ولا يصححها أي إجراء لاحق.

وحيث أن هذا الدفع في غير محله، ذلك أن نطاق خصومة الدستورية في جانبها الشخصي يتحدد بأشخاص خصومة الموضوع، إذا كان اتصال الدائرة الدستورية بها قد تم بطريق التصدي أو الدفع الفرعي. إذ لا يمكن لهذه الدائرة أن تغير أشخاص الدعوى الموضوعية لخروج ذلك عن ولايتها. لما كان ذلك وكانت الدعوى الموضوعية قد رفعت أساسًا من المدعين على دائرة الطيران المدني – حكومة دُبي، وأن الدائرة الدستورية بهذه المحكمة اتصلت بها بذات أشخاصها عن طريق الدفع الفرعي المثار من المدعين، ومن ثم فإن الخصومة الدستورية تكون قد استقام جانبها الشخصي، باعتبار أن الخصومة أداة لتحقيق الحماية القضائية. الأمر الذي يغدو معه الدفع المثار في غير محله.

وحيث إن حكومة دُبي دفعت بعدم قبول الدعوى الدستورية من وجهين: حاصل أولهما أن مثل المحكمة الاتحادية العليا (الدائرة الدستورية) بالدعوى الدستورية الماثلة جاء على خلاف المادة (٣) من القانون المحلي لإمارة دُبي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥ بتعديل بعض أحكام قانون دعاوى الحكومة رقم (٣) لسنة ١٩٩٦، التي توجب على كل من يرفع دعوى ضد حكومة دُبي، أن يُودع دائرة الشئون القانونية لحكومة دُبي صورة من صحيفة الدعوى، وأن يتحين انقضاء المدة المحددة بشهرين من تاريخ تقديم الإعلام دون الوصول إلى تسوية وديه في أن يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة. وإذ تنكر الدعوى الدستورية من إتباع هذا الإجراء الذي يعد من الإجراءات الشكلية المتصلة بالنظام العام. فإنها تكون غير مقبولة.

وحيث أن هذا الدفع مردود، ذلك أن خطاب القانون المحلي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥ يقتصر على الدعاوى التي تُرفع على حكومة دُبي أمام الجهات القضائية للإمارة أو لجان ومراكز التحكيم والتوفيق والمصالحة. ولا يمتد خطاب هذا القانون إلى الدعاوى التي ترفع على حكومة دبي

والتي تختص بنظرها ولائيًا المحكمة الاتحادية العليا أو المحاكم الاتحادية الأخرى، لاستقلال القضائين عن بعضهما، ولأن اتصال المحكمة الاتحادية بالدعوى الدستورية يكون وفق القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المحكمة الاتحادية العليا وقانون الإجراءات المدنية الاتحادي. باعتبارهما قانونين اتحاديين ينظمان قواعد وإجراءات الدعوى الدستورية، وباعتبار أن المنازعة الدستورية ذاتها تدخل في ولاية القضاء الاتحادي وتختص بها المحكمة الاتحادية العليا وحدها دون غيرها. وأنه لا شأن للقوانين المحلية بإجراءات هذه المحكمة أو بإجراءات نظر الدعاوى أمامها.الأمر الذي يغدو معه الدفع واجب الرفض.

وحيث أن موجز الوجه الثاني من الدفع أن المحاكم الرسمية في البلاد وعلى اختلاف درجاتها، هي صاحبة الحق في الإحالة إلى المحكمة الاتحادية دون هيئات التحكيم. إذا قامت لديها شبهة عدم دستورية قانون أو تشريع، يكون لازمًا للفصل في النزاع المطروح عليها أو بناء على دفع يُثار أمامها من أحد الخصوم تكون قد قبلته. وذلك سندًا إلى المادة (٣/٩٩) من الدستور، والمادتين (٤/٣٣) ، (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا. وهو ما لم يتحقق في الدعوى الماثلة التي أُحيلت من هيئة التحكيم.

وحيث أن هذا الدفع في محله، ذلك أن المقرر فقهًا وقضاء وتشريعًا، أنه يتعين قبل الدخول في بحث موضوع الدعوى الدستورية التثبت من مدى صحة اتصال المحكمة الدستورية ذاتها بالدعوى الدستورية، وأن صحة هذا الاتصال أو بطلانه، إنما يكون بما ينص عليه القانون، لا بما ينبغي أن يكون عليه. كما أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنه إذا رسم القانون طريقًا معينًا لرفع الدعوى فإنه يتعين إتباعه وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، ولما كانت الدعوى الدستورية – كدعوى عينية – تستهدف التشريع المطعون عليه، فقد وضع المشرع إجراءات تحريكها

وطرق اتصال المحكمة بها وشروط قبولها والاختصاص بنظرها أمام المحكمة الاتحادية العليا عى نحو خاص. فلا تنعقد ولاية المحكمة بالفصل في دستورية القوانين والتشريعات الأخرى، إلا بإتباعها لتعلقها بالنظام العام، باعتبارها شكلاً جوهريًا في التقاضي قصد به المشرع مصلحة عامة غايتها أن ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة.

وحيث أن النص في المادة (٣/٩٩) من الدستور على أن "**تختص المحكمة الاتحادي العليا بالفصل في الأمور التالية: .... بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عمومًا إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلد أثناء دعوى منظورة أمامها وعلى المحكمة المذكورة أن تلتزم بقرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بهذا الصدد** ..... **والنص في المادة (٤/٣٣) من قانون المحكمة الاتحادية على أن "تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في الأمور الآتية: ..... بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عمومًا إذا ما أحُيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم الاتحاد أو الإمارات الأعضاء أثناء دعوى منظورة أمامها** ..... والنص في المادة (٥٨) من ذات القانون على أن "**تحال إلى المحكمة العليا طلبات بحث الدستورية التي تُثار أمام المحاكم في صدد عوى منظورة أمامها بقرار مسبب من المحكمة يوقعه رئيس الدائرة المختصة ويشتمل على النصوص محل البحث وذلك إذا كانت الإحالة بناء على قرار من المحكمة من تلقاء نفسها. فإذا كان الطعن في الدستورية مُثارًا بدفع من أحد الخصوم في الدعوى تكون المحكمة قد قبلته تعين عليها أن تحدد للطاعن أجلاً لرفع الطعن أمام المحكمة العليا فإذا فات هذا الأجل دون أن يقدم الطاعن ما يفيد رفعه الطعن خلاله اعتبر نازلاً عن** دفعه...". تدل (النصوص) جميعها على أن من بين طرق اتصال المحكمة العليا بالدعوى الدستورية، الإحالة إليها بناء على دفع مثُار من أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية تكون قبلته محكمة الموضوع وأذنت لمثير الدفع رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا.

وحيث أن الأصل في النصوص التشريعية هو ألا تحمل على غير مقاصدها، وألا تُفسر عبارتها بما يُخرجها عن معناها أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو تشويهها، سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، ومرد ذلك أن النصوص التشريعية لا تُصاغ عبثًا، وإنما لغاية تحقيق مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص في فلكها. فهذه المصلحة غاية نهائية لكل نص تشريعي، وإطارًا لتحديد معناه، وموطئًا لضمان الوحدة العضوية للنصوص التي ينتظمها اعمل التشريعي، بما يزيل التعارض بين أجزائها، ويكفل اتصال أحكامها وتكاملها وترابطها فيما بينها لتغدو جميعها منصرفة إلى الوجهة عينها التي ابتغاها المشرع من وراء تقريرها.

وحيث أن المصلحة التي تغياها المشرع من سن المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، هي حماية قرينة الدستورية المصاحبة أصلاً لكل نص تشريعي وتوفير الاستقرار لها حتى تؤدي وظيفتها الاجتماعية، وذلك بعدم السماح لأي جهة أو هيئة أو شخص بالطعن بعدم دستورية القوانين، إلا في نطاق ضيق وعلى نحو محدود. ذلك أن ترك باب هذا الطعن مفتوحًا للجميع، سوف يضعف من هذه القرينة. **وأن التحكيم قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص. تلك الروابط التي يمكن لأطرافها الارتضاء والخضوع لأحكام قانون حتى لو قامت لديهم شبهة عدم دستوريتها باعتبار أن المصلحة الخاصة للخصوم هي المهيمنة على تلك الروابط بخلاف محاكم الدولة التي تقضي في المنازعات باعتبارها سلطة من سلطات الدولة يتعين أن يأتي عملها متوافقًا مع دستورها. لما كان ما تقدم، وكانت عبارة "أية محكمة من محاكم ...." الواردة في الدستور وفي قانون المحكمة، وقد جاء لفظهما عامًا من دون تخصيص، مطلقًا من دون تقييد، واضح الدلالة على مراد المشرع منهما. بما مؤداهما انصراف معناهما على سبيل الشمول والاستغراق إلى كل المحاكم الرسمية في النظام القضائي الإماراتي، الاتحادي منه والمحلي. أي المحاكم التي تنشئها الدولة أو إماراتها، وتنظمها بما لها من سيادة وسلطة واختصاص.**

وأن لفظ "المحكمة" الوارد في سياق المادتين سالفتي البيان، لا يتسع لغيرها من الجهات التي تفصل في المنازعات، كهيئات التحكيم، وإذا كان الثابت من الأوراق أن الهيئة التحكيمية الناظرة في الدعوى الموضوعية، هي التي قررت جدية الدفع بعدم الدستورية وقبلته وصرحت للمحتكمات بإقامة الدعوى الماثلة، فإن مؤدى ذلك أن المحكمة الاتحادية العليا اتصلت بالدعوى الدستورية على خلاف الأوضاع المنصوص عليها في المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها.

وبتمحيص الحكم المتقدم يتبين بما لا مراء فيه أن هيئة التحكيم المنوط بها الفصل في النزاع موضوع الدعوى التحكيمية إذ قدرت جدية الدفع بعدم دستورية النصوص اللازمة للفصل في الدعوى وبناء على ذلك أوقفت نظر الدعوى التحكيمية بعد أن قبلت الدفع وصرحت للمدعين رفع دعوى الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا. فإنها ولا ريب في ذلك تكون قد سلكت مسلكًا قانونيًا للفصل في هذا الدفع حتى وإن لم تجزه النصوص صراحة فإنها كذلك لم تحظره.

فقد قدمنا – وقدم وكيل المدعين – القول بأن قصر الإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا لبحث دستورية القوانين على المحاكم الرسمية للبلاد في غير محله لأنه يتعين إعطاء لفظ **(محاكم البلاد)** الوارد في المادة (٣/٩٩) من دستور الاتحاد والمادة (٤/٣٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا معنى أكبر وأوسع وأشمل وأعم بحيث يشمل المحاكم الرسمية وكذلك هيئات التحكيم التي تفصل في القضايا والمنازعات التي تثور بين **الأشخاص المعنويين والطبيعيين**. حيث أن قصر معنى اللفظ على المحاكم الرسمية دون غيرها. يستوجب أن تتصدى هيئات التحكيم بنفسها لبحث دستورية القوانين حتى تفصل في النزاع المطروح عليها. أو أن تطبق نصوصًا تشريعية قامت لديها جديًا شبهة عدم دستوريتها. حيث أن القوانين المعمول بها في الإمارات خلت من أي نص يخول هيئات التحكيم حق الطلب من محاكم

البلاد الرسمية مساعدتها على إحالة الطعن بعدم الدستورية إلى المحكمة الاتحادية العليا.

كما أن قول المحكمة الاتحادية العليا بأن **(الأصل في النصوص التشريعية ألا تحمل على غير مقاصدها وألا تفسر عبارتها بما يخرجها عن معناها أو بما يؤول للالتواء بها عن سياقها أو تشويهها حيث أن النصوص لا تُصاغ عبثًا وإنما لغاية تحقيق مصلحة اجتماعية معينة تدور النصوص في فلكها)**.

فإذا كان هذا قول المحكمة فلما عدلت عنه في النتيجة التي انتهت إليها حيث يتعين إعمالاً لما تقدم أن يُفسر النص بما يسمح لهيئات التحكيم بالقيام بدور إيجابي في مسألة دستورية أو عدم دستورية القوانين التي تطبقها شأنها شأن المحاكم الرسمية للبلاد. وإلا أمسى القول بغير ذلك عبثًا. أليست المصلحة الاجتماعية وحسن إعمال النص يستوجب ذلك؟؟؟

كما أنه إذا كانت الغاية التي تغياها المشرع من سن المادة ٥٨ من قانون المحكمة الاتحادية العليا هي حماية قرينة الدستورية المصاحبة أصلاً لكل نص تشريعي على حد قول المحكمة – فالنتيجة المنطقية لما تقدم هي حظر الطعن بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة نظرًا لقرينة الدستورية المصاحبة لهذه النصوص كما سلف أم أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس أمام المحاكم الرسمية للدولة بينما هي قاطعة ولا يجوز إثبات عكسها أمام التحكيم؟؟؟ أليس في الحالتين المطعون بعدم دستورية قانون إماراتي؟؟

كما أن المشرع الإماراتي ليس منزهًا عن الخطأ فثمة الكثير من النصوص التي أصدرها وقد حُكِم بعدم دستوريتها فما الذي يحول دون قيام شبهة عدم دستورية نص قانوني أو لائحي أمام هيئات التحكيم.

وكذلك لا يُستساغ قول المحكمة **(أن التحكيم قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص – تلك الروابط التي يمكن لأطرافها الارتضاء والخضوع لأحكام قانون حتى ولو قامت لديهم شبهة عدم دستوريتها ... بخلاف محاكم الدولة التي تقضي في المنازعات باعتبارها سلطة من سلطات الدولة التي يتعين أن يأتي عملها متوافقًا مع دستورها)**.

ماذا يعني قضاء اتفاقي؟ هل يعني أن يطبق قواعد قانونية غير دستورية؟ فإذا كان قضاء فلماذا لم يُمنح حق الرقابة على دستورية القوانين شأنه شأن المحاكم الرسمية للدولة. فكليهما يفصل في خصومات بحكم حائز لقوة الأمر المقضي به. بل على العكس حكم التحكيم يكون دومًا نهائيًا في حين أن بعض أحكام القضاء قد تكون حائزة لحجية الأمر المقضي وليست حائزة لقوة الأمر المقضي به. وهل القضاء الرسمي وحده ملزم بمراعاة دستور الدولة وضرورة توافق القوانين التي يطبقها مع الدستور، بينما التحكيم تعمل بمنأى عن دستور الدولة وهي في حل من أي روابط دستورية؟؟؟؟؟

وهل يعني رضاء الأطراف بالخضوع للتحكيم أن يطبق عليهم قانون غير دستوري هل هذا عقابهم؟! أليس ذلك طعنًا في التحكيم نفسه والذي يترتب عليه تأثيرًا سلبيًا على الاستثمار ومنازعاته التي دومًا ما يختار أطرافها التحكيم وسيلة لفض منازعتهم؟ ألا يؤدي ذلك إلى تكدس المحاكم بالدعاوى، خشيةً من عدم قدرة الخصوم على الطعن في النصوص التي تطبق عليهم، إذا ما تراءى لهم أنها غير دستورية أو أن الجهة المنوط بها الفصل في خصوماتهم لا تملك هذا الحق.

كما أنه إذا كان التحكيم قضاء خاص مناطه إرادة الأطراف، فإن القضاء أيضًا وإن كان رسميًا، فيلجأ إليه الأطراف طواعية واختياراً أيضًا. وليس جبراً عنهم.

كما أن القول المتقدم من قبل المحكمة الموقرة يجافي الحقيقة. وهو أن الأطراف هم من اختاروا القانون الواجب التطبيق.

قد يكون القانون المطعون بعدم دستوريته لاحقًا على اتفاق الأطراف على التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق. كما في الدعوى الماثلة—فقد اتفق الأطراف على التحكيم على ضوء نصوص القانون الإماراتي. ثم طرأ تعديل على الأوضاع القائمة وقت إبرام العقد المنطوي على شرط التحكيم أسست معارضة النصوص الواجبة التطبيق غير دستورية—فهل يستساغ القول بأن رابطة القانون الخاص يمكن لأطرافها الاستثناء والخروج لأحكام قانون حتى ولو قامت لديهم شبهة عدم دستوريتها باعتبار أن المصلحة الخاصة للخصوم هي المهيمنة على رابطة القانون الخاص؟

أليست ذات المصلحة هي المبتغاة من رفع الدعاوى أمام محاكم الدولة؟

أليس من الممكن أن يكون أحد أطراف الدعوى التحكيمية شخص اعتباري عام؟

أليس التحكيم جائزًا في العقود الإدارية التي يكون أحد أطرافها الدولة أو إحدى أشخاصها الاعتبارية العامة؟

ومن ثم فكيف يمكن القول بجواز تطبيق نص غير دستوري أمام هيئة التحكيم في دعوى تحكيمية بحجة أنها روابط قانون خاص؟ فقد تكون روابط أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام. وحتى وإن كان الأمر كذلك فإن التحكيم طريقًا موازيًا لفض الخصومات بجوار القضاء الرسمي للدولة، ويتعين أن تُكفل لأطراف الدعوة التحكيمية ذات الحقوق الإجرائية المكفولة لأطراف الخصومة القضائية.

كما أن القانون هو القانون في كل الروابط القانونية أيا كان نوعها وأيا كانت الجهة المخول لها الفصل في منازعاتها تحكيمًا كانت أو قضاء.

كما يؤخذ على المحكمة الموقرة أنها انطلقت من مقدمة سليمة وخلصت إلى نتيجة غير منطقية، **حيث لم ترتب على هذه المقدمة نتيجتها الصحيحة.** حيث قالت:

(لما كان ما تقدم وكانت عبارة "أية محكمة من محاكم البلاد" الواردة في الدستور وفي قانون المحكمة. وقد جاء لفظهما عامًا دون تخصيص مطلقًا من دون تقييد واضح الدلالة على مُراد المشرع منهما. بما مؤداها انصراف معناها على سبيل الشمول والاستغراق إلى كل المحاكم..)، فهذه المقدمة التي أقرتها هيئة المحكمة وذلك القول كان يستلزم ترتيب نتيجة حتمية وهي أن ينسحب اللفظ السالف على هيئات التحكيم. بيد أن المحكمة الاتحادية العليا خلصت إلى نتيجة غير منطقية حيث قالت: **(أن لفظ المحكمة الوارد في المادتين سالفتي البيان لا يتسع لغير المحاكم الرسمية في النظام القضائي الإماراتي الاتحادي والمحلي، ومن ثم لا تشمل هيئات التحكيم، وبناء عليه قررت المحكمة أنه:**

(وإذا كان الثابت من الأوراق أن الهيئة التحكيمية الناظرة في الدعوى الموضوعية هي التي قررت جدية الدفع بعدم الدستورية وصرحت للمتحكمات بإقامة الدعوى الماثلة فإن مؤدى ذلك أن المحكمة الاتحادية العليا اتصلت بالدعوى الدستورية على خلاف الأوضاع المنصوص عليها في المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها).

ولما كان ما تقدم فنرى أن المحكمة الاتحادي العليا قد جافاها الصواب فيما ذهبت إليه من عدم تخويل هيئات التحكيم حق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في الإمارات، **وأنها أسست قضائها على شفا جرف هار فانهار به. وأن هذا القضاء لم يأو إلى ركن شديد، ومن ثم فإن رأيها من وجهة نظرنا قد جاء ما له من قرار** ويتعين العدول عنه فيما لو عرضت هذه المسألة فيما بعد. حتى يتدخل المشرع الإماراتي بمنح هيئات التحكيم هذا الحق بنصوص صريحة وإلا غدا اللجوء إليها سرابًا لاسيما إذا ما كان القانون الواجب التطبيق قد قامت شبهات جدية حول عدم دستوريته.

والسؤال الذي يفرض نفسه كأثر حتمي للحكم السالف ماذا تفعل هيئة التحكيم المطروح عليها النزاع محل الدعوى التحكيمية بعد القضاء بعدم قبول دعوى الدستورية.

هل تطبق القانون الذي طعن عليه ولم تقبل دعوى عدم الدستورية المحالة من هيئة التحكيم من قبل المحكمة الاتحادية العليا. أم تفصل هي بذاتها في هذه المسألة مفتئتة على الاختصاص الحصري للأخيرة بهذه المسائل؟ أم تطلب من الأطراف اختيار قانونًا آخر بدلاً من القانون المطعون بعدم دستوريته؟ وماذا لو لم يتوصلا إلى اتفاق جديد حول هذا القانون؟

هل تحكم بمقتضاه ولمقدم الدفع أن يطعن بالبطلان؟ ويبدي دفعه أمام محكمة دعوى البطلان؟ وهل تسعف النصوص القائمة لذلك؟

نترك الإجابة عن كل هذه التساؤلات للمحكمة الموقرة التي أصدرت الحكم السابق الإشارة إليه أولاً. وللمشرع الإماراتي ثانيًا؟ ولكن نقترح على هيئة التحكيم وخروجًا من هذا المأزق أن تفصل في الدعوى الماثلة وفقًا للقانون المختار والمطعون بعدم دستوريته ولمقدم الدفع أن يطعن بالبطلان وفقًا لأحكام المادة ٥٣ من قانون التحكيم الإماراتي ويدفع أمام المحكمة التي تنظر دعوى البطلان بعدم دستورية القانون الذي طبقته هيئة التحكيم ولا ريب أن هذه الأخيرة تملك حق الإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا للفصل في هذه المسألة. وقد قدمنا بعض الأمثلة لذلك أمام القضاء المصري في دعاوى بطلان أحكام تحكيم دفع أطرافها بعدم دستورية نصوص القانون الذي طبقته هيئة التحكيم.

وهذا الذي نراه في هذا الشأن ويمكن الأخذ به من قبل هيئات التحكيم من قبل هيئات التحكيم في الإمارات العربية المتحدة حتى يتم تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا والدستور الإماراتي ويمنحا – ويخولا – هيئات التحكيم الحق في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في الإمارات العربية المتحدة.

ولكن يتعين علينا في هذا المقام وتتمة لما سلف أن نتصدى لمدى إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الإمارات متى حامت شبهة عدم دستورية حول القانون الذي استندت إليه هيئة التحكيم في فض النزاع حيث تقتضي الإجابة على التساؤل السابق معرفة شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الإمارات العربية المتحدة؟

حيث تنص المادة (٤/٢١٢) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي – على أن – **(ويجب أن يصدر حكم المحكمين في دولة الإمارات العربية وألا اتبعت بشأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي)**.

وبصرف النظر عن معيار التفرقة بين حكم التحكيم الداخلي والأجنبي فإن ما يعنينا في هذا المقام هو شروط تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في القانون الإماراتي واتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ باعتبار الإمارات إحدى أطرافها.

أولاً: تنص المادة (٢٣٦) من قانون الإجراءات المدنية في الإمارات العربية المتحدة على، أن **(يسري حكم المادة السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي ويجب أن يكون حكم المحكمين صادراً في مسألة يجوز فيها التحكيم طبقًا لقانون الدولة وقابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه)**.

وبناء عليه فقد أحال المشرع الإماراتي فيما يتعلق بشروط تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية إلى المادة (٢٣٥) والتي تنص على شروط تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية.

حيث لم يشترط المشرع الإماراتي شروط خاصة في حكم التحكيم الأجنبي سوى أن يكون النزاع قابلاً للتسوية بطريق التحكيم في الدولة – أي دولة الإمارات العربية المتحدة – وأن يكون قابلاً للتسوية بطريق

التحكيم في بلد صدوره أما باقي الشروط فقد أحال إلى نص المادة (٢٣٥) من ذات القانون.

واستقراء هذا النص يتبين [١]:

أنه لم يُشترط للأمر بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي أن يدلل طالب التنفيذ على دستورية القانون الذي طُبق على الدعوى الصادر فيها الحكم المطلوب تنفيذه في الإمارات العربية المتحدة[٢]. وكذلك الحال فيما لو صدر حكم التحكيم في الإمارات بينما طبقت هيئة التحكيم قانوناً أجنبيًا، فلا تملك المحكمة العليا بالإمارات التصدي لمسألة دستورية هذا القانون متى أُثيرت في الإمارات، حيث أن اختصاصات المحكمة العليا في الإماراتية محددة على سبيل الحصر ولا تمتد مطلقًا إلى الرقابة على دستورية قانون أجنبي.

ولما كان ما تقدم فإنه لا يجوز للمحكمة في حكم تحكيم أجنبي أن يطعن على الأمر الصادر بالتنفيذ استنادًا إلى أن الحكم الأجنبي صدر وفقًا لقانون غير دستوري حيث لا يملك القضاء الإماراتي مكنة الفصل في هذه المسألة سوى في حالة واحدة فقط إذا ما قدم للمحكمة ما يفيد بأن القانون الذي طبق على الدعوى التحكيمية قد حكم بالفعل بعدم دستوريته في دولة مقر التحكيم أو في دولة أصدرت القانون الذي طبقته هيئة التحكيم وبالرغم من ذلك طبقته هيئة التحكيم وأن الحكم قُبل في دولة الصدور ومن ثم فهو غير قابل للتنفيذ فيها ومن ثم يُسبب ذلك في دولة الإمارات العربية المتحدة.

ثانيًا: فقد انضمت دولة الإمارات العربية المتحدة إلى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بمقتضى

---

(١) راجع تفصيلاً المادة ٢٣٥ من قانون الإجراءات المدنية في الإمارات العربية المتحدة والتي يتعين تعديل الفقرة (ب) منها حيث تنص على (أن الحكم صادر من محكمة مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه،) حيث لا محل لتطبيقها في مجال التحكيم التجاري الدولي.

(٢) أنظر عبد الرحمن عبد الكريم عبد القادر الراشد، تنفيذ حكم المحتكمين، رسالة ماجستير، أبريل ٢٠١٨، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون صـ ٦٢ وما بعدها.

المرسوم الاتحادي رقم ٤٣ لسن ٢٠٠٦ ومن المعلوم أن هذه الاتفاقية نصت على عدة موانع لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي – قد فصلناها سابقًا – وليس ثمة ما يشير منها إلى وجوب تقديم ما يُفيد دستورية أو عدم دستورية القانون الذي طبقته هيئة التحكيم كشرط لتنفيذ الحكم الأجنبي في الإمارات.

ومن الجدير بالذكر أن الاتفاقية المشار إليها تُحتّم في التطبيق على التحكيم الداخلي في الإمارات العربية المتحدة في حال التعارض بين أحكامها.

وأخيرًا نناشد المشرع الإماراتي سرعة التدخل بتعديل نصوص قانون المحكمة العليا والدستور الإماراتي بما يسمح لهيئات التحكيم بإحالة نصوص القانون الإماراتي الذي دفع بعدم دستوريتها من قبل أحد الخصوم، أو متى تراءى لها ذلك من تلقاء نفسها. إلى المحكمة الاتحادية العليا حيث لا يستساغ الوضع القائم مطلقًا.

فكيف يكون التحكيم قضاءً موازيًا بل بديلاً للقضاء الوطني لاسيما في منازعات الاستثمار والتجارة الدولية ويُسلب حق أصيل مُنح للمحاكم الوطنية؟

فكيف يمكن للتحكيم أن يُطبق قانون غير دستوري؟ أو أن يقف عاجزًا حيال هذا الأمر إذا امتنع عن تطبيق القانون الذي قامت حوله شبهة عدم الدستورية؟

الخاتمة

نخلص مما تقدم إلى أن الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي أمام القضاء أو هيئات التحكيم لم تكن محل تنظيم من قبل التشريعات الوطنية لاسيما الدعاوى التحكيمية ومن ثم لم تسعف النصوص القائمة في تقديم حلول جازمة بصدد هذه المسألة.

وقد حاولت جاهدًا أن استخلص بعض الحلول من ثنايا النصوص القائمة في جمهورية مصر العربية وغيرها من الدول العربية وغير العربية. مستأنسًا ببعض أحكام القضاء والاتفاقيات الدولية. وقدمت بعض الحلول التي يحتملها تفسير النصوص القائمة من وجهة نظر الباحث، والتي قد لا تبدو كذلك من وجهة نظر البعض ولكن كلاً يؤخذ منه ويرد عليه إلا النبي صلى الله عليه وسلم طالما ليس ثمة نصًا قاطعًا في المسألة محل البحث. حيث لا اجتهاد مع صراحة النص. وقد تعرضت بالبحث لمسألة الرقابة على دستورية القوانين في المنازعات ذات الطابع الدولي في جمهورية مصر العربية إذا ما كان القانون المطعون عليه قانوناً وطنيًا أو أجنبيًا، سواء أمام القضاء أم أمام التحكيم وتطرقنا لهذه المسألة أيضًا في كل من القانون الكويتي والإماراتي والفرنسي والأمريكي والإنجليزي وبعض التشريعات المقارنة كما ورد في متن البحث وقد أسفرت هذه الدراسة عن عدة نتائج يتبعها بحكم اللزوم العقلي عدة توصيات للمشرع المصري والإماراتي، بل لكل مشرعي العالم لاسيما الجهات المعنية بتوحيد القانون الدولي الخاص على المستوى الدولي وهي على تفصيل كالآتي:

نتائج الدراسة:

بعد هذه الدراسة الموجزة توصل الباحث إلى عدة نتائج أهمها:

١ – قصور النصوص التشريعية الوطنية عن معالجة المسألة محل البحث، حيث لم يتصدى المشرع الوطني بنصوص قاطعة يستعين بها القاضي إذا ما أُثيرت عدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي.

٢ – لم يحسم قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المسألة محل البحث حيث لم يمنح هيئة التحكيم حق الفصل فيها وكذلك لم يمنحها حق طلب المساعدة مباشرة من محكمة المادة (٩) من قانون التحكيم المصري حيث رأى اختصاص هذه الأخيرة محددة على سبيل الحصر، لاسيما إذا ما كان الطعن بعدم دستوريته أمام هيئة التحكيم قانون أجنبي.

٣ – يتبين كذلك أنه في ظل الوضع الراهن، فإن عدم منح هيئة التحكيم حق إحالة الدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات العربية المتحدة ترتب عليه فراغًا تشريعيًا، ودائرة مغلقة حُصرت بداخلها هيئة التحكيم، هل تطبق قانون قامت شبهات جدية حول عدم دستوريته؟ أم ماذا تفعل؟

٤ – إهمال المسألة محل البحث على الصعيدين المحلي والدولي حيث لا توجد اتفاقية دولية أو تشريع وطني ينظم مسألة الطعن في دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم وإن المشرع المصري اعتبرها هيئات ذات اختصاص قضائي ومن ثم أمسى من حقها تحريك الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق على الدعاوى المطروحة عليها متى كان مقر التحكيم جمهورية مصر العربية.

٥ – تعتبر هيئة التحكيم التي اتخذت من جمهورية مصر العربية مقراً للتحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي ويسري عليها حكم المادة ٢٥ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا.

٦ – يترتب علي اعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي، أنها تملك ذات المُكنات التي تخولها المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا للمحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي ومن ثم يجوز الدفع أمامها بعدم دستورية نص أو أكثر القانون المصري متى كان هذا الأخير هو القانون الواجب التطبيق علي الدعوي ومتى تراءى لها جدية الدفع فيتعين عليها وقف نظر الدعوى ومنح مقدم الدفع أجلا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعواه بعدم الدستورية وإلا أُعتبر الدفع كأن لم يكن.

٧ – يستنتج كذلك أن هيئة التحكيم في جمهورية مصر العربية_ باعتبارها هيئة ذات اختصاص قضائي _ إذا ما تراءى لها من تلقاء نفسها عدم دستورية نص في القانون المصري متى كان هو القانون الواجب التطبيق علي الدعوى التحكيمية وكان هذا النص لازماً للفصل في النزاع تعين عليها وقف نظر الدعوي وإحالة الأوراق بغير رسوم إلي المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية

٨ – يجوز كذلك الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم في جمهورية مصر العربية سواء كان قانون دولة المقر أو قانونا أجنبيا فإن كان الأول فيتعين على هيئة التحكيم أن تتصرف وفقا للمادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا وإن كان الثاني فيمكنها أن تتصرف وفقا للمادة ٣٧ من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية وتطلب من رئيس محكمة المادة ٩ من هذا الأخير الأمر بالإنابة القضائية أو تتبع أحد الحلول التي أوردها الباحث في متن البحث.

توصيات الدراسة:

وقبيل أن تُطوى صحف هذا البحث وتجف أقلام الباحث يود الأخير أن يوجه نظر المشرع إلى عدة توصيات راجيًا أن تؤخذ بعين الاعتبار من قِبل السلطة التشريعية.

١ – تعديل نص المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري والتي تنص على أن "**يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى**" لتصبح كالآتي:

"**يجب على المحكمة التي يُرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم اختصاصها وأن تأمر بإحالة الدعوى إلى هيئة التحكيم متى كانت هذه الأخيرة قد شُكلت وإلا فتحكم بعدم الاختصاص، فقط....**".

٢ – **تعديل الفقرة الأخيرة من نص المادة (٢٢) (من قانون التحكيم المصري والتي تنص على:**

(م٢٢/٣) تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها. بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ... فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المُنهي للخصومة كلها وفقًا للمادة (٥٣) من هذا القانون.

بإضافة التعديل التالي:

"ويتعين على هيئة التحكيم إذا قضت بعدم اختصاصها أن تُحيل الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة أيا كان نوع الدعوى".

٣ – إصدار نص تشريعي يحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي متى حُكم بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق عليها لاسيما إذا ما كان القانون المصري.

٤ – إصدار نص تشريعي يحدد كيفية تصرف القاضي المصري وهيئة التحكيم في مصر حيال الدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الدعوى المنظورة أمامه، وكيفية سد الفراغ التشريعي المترتب على استبعاد هذا القانون.

٥ – تعديل نص المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري بالنص على اعتبار عدم دستورية القانون الواجب التطبيق إحدى حالات البطلان.

٦ – وجوب تعديل نص المادة ٥٤ من قانون التحكيم المصري بإضافة فقرة ثالثة لتكون كالآتي:

(م٥٤/٢) (.... وتختص في دعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون، وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع).

(م٥٤/٣) (تختص المحكمة المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة بنظر الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في جمهورية مصر العربية فقط)

وذلك للمثالب التي أوردناها في متن البحث. أضف إليها أن القول السماح بالطعن على حكم التحكيم الصادر في الخارج وفقًا لأحكام القانون المصري يستتبع جواز الطعن بعدم دستورية هذا القانون والذي طبقته هيئة التحكيم في الخارج متى رُفعت بشأنه دعوى بطلان في مصر.

وأخيراً ثمة توصية يتعين توجيهها إلى المشرع الإماراتي وهي وجوب تعديل نص المادة ٥٨ الفقرة الأولى من قانون المحكمة الاتحادية بالإمارات لتكون كالآتي:

٧ – تحال إلى المحكمة العليا طلبات بحث الدستورية التي تثار أمام المحاكم **أو هيئات التحكيم** في صدد دعوى منظورة أمامها بقرار مسبب من المحكمة **أو هيئة تحكيم**، يوقعه رئيس الدائرة المختصة ويشتمل على النصوص محل البحث وذلك إذا كانت الإحالة بناءا على قرار من المحكمة أو **هيئة تحكيم** من تلقاء نفسها.

فإذا كان الطعن في الدستورية مثارا بدفع من أحد الخصوم في الدعوى تكون المحكمة أو **هيئة التحكيم** قد قبلته تعين عليها أن تحدد للطاعن أجلا لرفع الطعن أمام المحكمة العليا فإذا فات هذا الأجل دون أن يقدم الطاعن ما يفيد رفعه الطعن خلاله اعتبر نازلا عن دفعه.

أما إذا رفضت المحكمة أو **هيئة التحكيم** الدفع فيجب أن يكون الرفض بحكم مسبب. ولذوي الشأن الطعن فيه مع الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى أمام المحكمة المختصة بنظر الطعن في ذلك الحكم متى كان الطعن فيه جائزا.

وعلى المحكمة أو **هيئة التحكيم** المنظورة أمامها الدعوى أن توقف السير فيها إلى أن تبت المحكمة العليا في مسألة الدستورية. ويصدر قرار الوقف مع قرار الإحالة المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة أو بعد رفع الطعن في الأجل الذي حددته المحكمة على النحو المبين في الفقرة الثانية.

كما يتعين تعديل الدستور الإماراتي لاسيما المادة (٩٩) منه بما يمنح الحق لهيئة التحكيم في الإمارات بتحريك الرقابة على دستورية القوانين.

٨ – يتعين أن يتصدى المجتمع الدولي للمسألة محل البحث، لاسيما وأنها قد تشكل عقبة كبرى أمام هيئات التحكيم لاسيما في الدول التي لا تسمح قوانينها لهذه الأخيرة بالإحالة إلى الجهة المختصة بالفصل في دستورية القوانين واللوائح مثلما حدث في دولة الإمارات العربية المتحدة.

المراجـــــع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١. أحمد سيد صاوي: التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية.

٢. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، دار النهضة العربية، ١٩٦٠.

٣. حسام الدين فتحي ناصف، تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

٤. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الطبعة الثالثة ٢٠٠٩، دار النهضة العربية.

٥. زينه حازم خلف الحيوي، طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية، جامعة الموصل، كلية الحقوق، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

٦. سيف الدين أحمد البلعاوي – القانون الأجنبي ومدى إعماله لدى القضاء الوطني، دراسة مقارنة، بدون سنة ودار نشر..

٧. صبري السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

٨. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم – التحكيم الدولي – الجزء الثاني، دار المعارف.

٩. عبد الرحمن عبد الكريم عبد القادر الراشد، تنفيذ حكم المحتكمين، رسالة ماجستير، أبريل ٢٠١٨، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون.

١٠. عبد العزيز محمد سالمان، الرقابة على دستورية القوانين – ١٩٩٥ – الطبعة الأولى، القاهرة.

١١. عبد العظيم المغربي – الدفوع المختلفة في المنازعات التحكيمية – بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو ١٩٩٩.

١٢. عبد المنعم زمزم: إنهاء الدولة للعقد بالإرادة المنفردة وأثره على حقوق المتعاقد في ضوء قانون الاستثمار الوطني، تأصيل وتطبيق في قضاء التحكيم وأحكام المحاكم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٤٤٢ هـ – ٢٠٢١م.

١٣. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، ١٩٧٢.

١٤. عصام الدين القصبي: قانون التجارة أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى ٢٠١١/٢٠١٢، دار النهضة العربية.

١٥. عكاشة عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، طبعة ١٩٩٤. بدون ناشر.

١٦. فتحي والي – قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ٢٠٠٧.

١٧. فرعون محمد، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية – رسالة دكتوراة – الجزائر – كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس – سيدي بلعباس، ٢٠١٧/٢٠١٨.

١٨. قتيبي جلال – مقالة بعنوان تأصيل تطبيق القانون الأجنبي وموقف المشرع القطري الوطني جامعة سعد دحلب – البليدة ٢٠٠٦/١٢/١٠

١٩. مجموعة القوانين والمبادئ القانونية (٢٨) – التحكيم الاتفاقي والإجباري في القوانين المصرية والدولية – هيئة قضايا الدولة – الطبعة الأولى ٢٠٠٩.

٢٠. محمد صلاح عبد البديع قضاء الدستورية في مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٣ – ١٩٩٤، بدون ناشر.

٢١. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، – وبحث سيادته – رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي (منشور في مجلة القانون والاقتصاد)، العدد الثالث، سنة ١٩٦٣.

٢٢. مصطفى الجمال، ود/ عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، بدون ناشر.

٢٣. نقد يلدن المدهون – رقابة القضائية على دستورية القوانين (دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين) رسالة ماجستير قدمت لأكاديمية الإدارة والسياسة جامعة الأقصى، ٢٠١٤.

٢٤. هشام صادق – موجز في القانون الدولي الخاص – الجزء الأول – تنازع القوانين والموطن في العلاقات الخاصة الدولية. دار الجامعية، ١٩٨٧.

٢٥. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي) دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ٢٠٠٧.

المراجع الأجنبية:

١. MUrkus Petsche, l'autonomie de l'arbitrage commercial international et le contrêle de la conformiré de sentences arbitrales à l'ordre public, Gaz. Pla. ١٤ décembre ٢٠٠٦. P. ٣٧٥٦.

٢. Patric Hirsch: Contrôle de constitutionalité et de conventionalité du droit etranger. Etudes de droit international privé (Amérique Latine états — unis — Europe) Colloque du ٢٣ septembre ٢٠١٦, p, ٢٣٦—٢٣٨.

الأحكام: (نقض، دستورية عليا، إدارية عليا، استئناف)

١. استئناف القاهرة – دائرة ٩١ تجاري – دعوى رقم ١٠٣ لسنة ١٢١ ق تحكيم جلسة ٢٠٠٥/٧/٢٧.

٢. استئناف القاهرة. د/ ٩ تجاري – دعوى رقم ١٩ لسنة ١٢٣ ق، تحكيم جلسة ٢٠٠٦/٦/٢٨.

٣. استئناف القاهرة – د ٩١ تجاري – دعوى رقم ١٢ لسنة ١٢٣ ق تحكيم جلسة ٢٠١٦/٦/٢٨.

٤. استئناف القاهرة الدائرة (٧) تجاري في الدعوى رقم ٦٦ لسنة ١٣٠ ق تحكيم تجاري جلسة يوم الاثنين الموافق ٢٠١٤/٤/٧.

٥. استئناف القاهرة الدائرة ٦٢ تجاري في الدعوى رقم ٧٧ لسنة ١٣٢ ق بتاريخ الاثنين ٢٤ من ربيع الأول سنة ١٤٣٧ هـ الموافق ٤ يناير ٢٠١٦م.

٦. استئناف رقم ٧٧ لسنة ١٣٢، ق. دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢١٠٤/٧/٢٤ عن هيئة التحكيم مشكلة عن جمعية المحكمين البحريين بلندن.

٧. استئناف القاهرة الدائرة (٧) تجاري في الدعوى المقيدة بالجدول التجاري تحت رقم ٦٠ لسنة ١٢٩ قضائية تحكيم تجاري.

٨. استئناف القاهرة، دائرة (٧) تجارة في الدعوى رقم ٦ لسنة ١٣٠ ق تحكيم تجاري جلسة يوم الاثنين الموافق ٢٠١٤/٤/٧ دعوى بطلان حكم التحكيم رقم ٢٠٦ الصادر بتاريخ ٨ يونيو ٢٠١٢ من رابطة السكر بلندن في دعوى التحكيم رقم ١٣٤.

٩. استئناف القاهرة د ٩١ تجاري – دعوى رقم ٢٩ لسنة ١٢٢ ق جلسة ٢٠٠٥/٩/٢٥.

١٠. استئناف القاهرة – د ٦٣ تجاري – دعوى رقم ٦٨ لسنة ١١٣ ق جلسة ١٩٩٧/٣/١٩.

١١. استئناف القاهرة د ٧ تجاري – دعوى رقم ٧٢ لسنة ١١٧ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٨.

١٢. استئناف القاهرة – د ٧ تجاري دعوى رقم ١٠٠ لسنة ١٢٠ ق تحكيم ٢٠٠٤/١٢/١٧.

١٣. استئناف القاهرة د/٩١ تجاري ودعوى رقم ٤ لسنة ١١٩ ق جلسة ٢٠٠٣/١/٢٩.

١٤. القضية رقم ٣ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ٢ يناير ١٩٩٣.

١٥. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٨) لسنة ٢٢ قضائية دستورية.

١٦. حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية البند (١) من المادة (١٩) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قضية رقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية دستورية بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٦ نوفمبر ١٩٩٩م الموافق ٢٨ رجب سنة ١٤٢٠ هـ.

١٧. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المقيدة بجدول المحكمة برقم ١٩٣ لسنة ٢٩ ق دستورية بالجلسة المنعقدة يوم الخميس الرابع عشر من يونيه سنة ٢٠١٢ م الموافق الرابع والعشرين من رجب ١٤٣٣.

١٨. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية جلسة ١٩٩٠/٥/١٩ وفي ذات المعنى حكمها الصادر في القضية رقم ١٦ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٥.

١٩. القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ق دستورية جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥.

٢٠. القضية رقم ٣ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ٢ يناير ١٩٩٣.

٢١. القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠.

٢٢. قضية رقم ١٥ لسنة ٢٧ قضائية المحكمة الدستورية العليا "تنازع" بالجلسة المنعقدة يوم الأحد السادس من فبراير ٢٠١١م الموافق الثالث من ربيع الأول سنة ١٤٣٢

٢٣. حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية العبارة الواردة بالبند (١) من المادة ١٩ من قانون التحكيم في المواد المدنية التجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قضية رقم (٨٤) لسنة ١٩ قضائية المحكمة الدستورية العليا بالجلسة لعلنية المنعقدة يوم السبت ٦ نوفمبر سنة ١٩٩٩ الموافق ٢٨ رجب سنة ١٤٢٠ هـ.

٢٤. قضية رقم ٩٥ لسنة ٢٠ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد ١١ مايو سنة ٢٠٠٣ م، الموافق ١٠ ربيع أول سنة ١٤٢٤ هـ

٢٥. حكم المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات في الدعوى رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ دستورية.

٢٦. الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٦٩/٥/٦.

٢٧. نقض مدني – الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ .

٢٨. نقض مدني – الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٨،

٢٩. نقض مدني، طعن ٩٠ لسنة ٥٨ ق. جلسة ١٩٩١/٣/٢٤.

٣٠. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٥/٤ في الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٧ ق دستورية عليا.

٣١. حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٦/١١/٣٠ في القضية رقم (٢٢) سنة ١٨ ق دستورية.

٣٢. نقض مدني، الطعن رقم ٤١٧٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢١.

٣٣. الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ ق. دستورية جلسة ١٩٩٩/٧/٣.

٣٤. الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ ق دستورية، مكتب فني ٩ تاريخ الجلسة ١٩٩٩/٧/٣.

٣٥. طعن رقم ٧ لسنة ١١٦ ق – جلسة ١٩٩٩/٧/٢٠ استئناف القاهرة – د ٨ تجاري.

٣٦. الطعن رقم ٥٦٢٠ لسنة ٤٣ ق. إدارية عليا جلسة ٢٠٠١/٢/٢٤.

٣٧. الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٧٠ ق – جلسة ٢٠٠١/٦/١٧.

٣٨. حكم محكمة النقض الصادر في ٢٠١٤/٣/٢٤. في الطعنين رقما ١٥٨٠٧ و١٥٨٠٨ لسنة ٨٠ قضائية.

مواقع إنترنت:

http://sciences juridiques alhamontada.net/t١٣٤٩-topic.

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	٣
المبحث الأول : رقابة القضاء الوطني على دستورية القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي	١٩
المطلب الأول: المنازعات ذات الطابع الدولي وعدم دستورية القانون الوطني الواجب التطبيق	٢٢
المطلب الثاني :ا لرقابة على دستورية القانون الأجنبي من قبل القضاء الوطني في المنازعات ذات الطابع الدولي	٣٢
المبحث الثاني : الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات التحكيم	٥٣
المطلب الأول: الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئة تحكيم مقرها جمهورية مصر العربية	٥٨
الفرع الأول: هيئة التحكيم والرقابة على دستورية القانون المصري متى كان هو القانون واجب التطبيق على الدعوى التحكيمية	٦٥
الفرع الثاني : الرقابة على دستورية القانون الأجنبي أمام هيئات التحكيم في جمهورية مصر العربية.	١٣٢
المطلب الثاني : الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام هيئات الدولية والأجنبية.	١٥٧
الفرع الأول: إشكالية عدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمام	

هيئات التحكيم الدولية وفي بعض التشريعات الوطنية ١٥٧
الفرع الثاني: الرقابة على دستورية القانون الواجب التطبيق أمام
هيئات التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة ١٧٤
الخاتمة ٢٠١
نتائج الدراسة ٢٠٢
توصيات الدراسة ٢٠٤
مراجع الدراسة ٢٠٧
الفهرس