جامعة أسيوط
كلية الحقوق

رسالة ماجستير بعنوان

دعوى بطلان حكم المحكمين
في القانون اليمني والقانون المصري

دراسة مقارنة

الباحث
إشراق عبدالمعين سعيد سيف

إشراف
أ.د/ أحمد مليجي موسى
د/ محمد السنالوطي

٢٠٠٩م

بسم الله الرحمن الرحيم



جامعة أسيوط

كلية الحقوق

رسالة ماجستير بعنوان

دعوى بطلان حكم المحكمين في القانون اليمني والقانون المصري

دراسة مقارنة

الباحث

إشراق عبدالمعين سعيد سيف

إشراف

أ.د/ أحمد مليجي موسى

د/ محمد السنالوطي

٢٠٠٩م

قال تعالى

(وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)

سورة المائدة - آية رقم (٤٢)

وقال جل شأنه

(لِيُحِقَّ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ)

سورة الأنفال- آية رقم (٨)

الإهـــــــداء

أهدي عملي المتواضع هذا أولاً

إلى والدي الشهيد العميد / عبدالمعين سعيد سيف

شهيد الواجب والوطن والوحدة

ثم أهديه ثانياً إلى كل امرأة يمنية . . . طالبة وموظفة وزوجة وأم وربة بيت اللواتي اجتمعت في شخصي حالاتها جميعاً . . . ولم تمنعني أعباء وظيفتي وأمومتي وواجباتي الزوجية والبيتية . . . من تحقيق ذاتي والتفوق كطالبة دراسات عليا في مجال القانون الذي يستغرق معظم الوقت والاهتمام.

ثم أهديه ثالثاً : إلى زوجي وأولادي حافظ وحسام وثناء وبراء الذين لولا نكرانهم لذاتهم لما تهيأ لي الجو الملائم لإنجاز هذه الرسالة

الباحثة

شكر وعرفان

لا أمتلك سوى كلمات الشكر وشعور العرفان لأولئك الذين كان لهم الفضل في توفير سبل المساعدة وتهيئة أبواب التيسير من أول خطوة لي في الإعداد لهذه الرسالة ، ومن بداية الأحرف الأولى لكتابتها ، وأثناء رحلة السعي المجهد لتوفير مراجعها وتجهيزها وتوسيعها وتجويدها وإتمامها وإخراجها في صورتها النهائية بأدنى الكمال الممكن بحسب ما توفر لي من وقت وجهد .

أقدم لهم وأنا أعتز بأسمائهم المتألقة في ذاكرتي وهم يدركون عند قرائتهم لهذه الأسطر أنهم المعنيون بشكري وعرفاني .

أقدم لهم جميعاً أخلص كلمات الشكر وأبلغ معاني العرفان وأغلى مشاعر الامتنان.

وأخص منهم على وجه التحديد من هو في مقدمتهم ، ويعود إليه الرصيد الأكبر في الفضل وله النسبة الأعلى من العرفان :

علام القانون العَلَم ، رجل الفكر والقلم ، رائد المرافعات في قاعة الجامعات وقبة المحاكم ، من يعتبر التعلم منه أستاذية ، والتتلمذ على يديه ريادة ، من ينافس قلبه الفياض خلفاً عقله المتميز فكراً ، ويتكامل فيه حزمه وصدقه مع مروءته ورفه ، ويلتقي في شخصه شموخ العظمة بروعة البساطة ، الملاك الإنسان :

أستاذنا الفاضل وموجهنا الأب والأخ الأستاذ : أحمد مليجي موسى : الذي لا تغني حقه الكلمات ولا توفي مقامه التعابير ، ولا أملك غير أن أدعو الله تعالى خالق الخلق أن يجزيه خير الجزاء .

الباحث

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله وعليه نعتمد وإليه نستند والله أفضل من حُمد وكل خلقه من فضله يستمد ، وصلى الله على سيدنا محمد سيد الوجود وعلى آله وصحبه الركع السجود .

وبعد :

سنحاول في هذه المقدمة الكلام عن أهمية البحث وهدفه ومشكلته ومنهجه ونطاقه وتقسيمه ، وذلك على النحو التالي :

أولاً : أهمية البحث :

إزاء التحولات العميقة ، والمعطيات الجديدة التي تشهدها الحياة المعاصرة ، اكتسب التحكيم أهمية كبرى تفوق أهمته عن ذي قبل [1] ، وترجع هذه الأهمية لما يتميز به هذا النظام من مزايا دعت الكثير من الأطراف إلى تفصيله كوسيلة بديلة للقضاء وفي مقدمة تلك المزايا السرعة التي يحققها للأطراف في حل المنازعة ، ذلك أن التحكيم يمر بدرجة واحدة من درجات التقاضي ، كما أن التحكيم يتم عادة دون تقدير بإجراءات التقاضي عدا ما يتعلق بالنظام العام كحق الدفاع ومبدأ المواجهة ... الخ ، وبالتالي يتخلص الخصوم من البطء المعتاد أمام قضاء الدولة ، كما يتسم بالسرعة التي تحاط بها إجراءات التحكيم ، وكذلك مرونته وبساطة إجراءاته .

كما أن نظام التحكيم وإن كان يستهدف بالدرجة الأولى المصلحة الخاصة للأفراد والجماعات ، وذلك عن طريق حل منازعاتهم بأيسر الطرق وأسهلها إلا أن فائدته تبدو واضحة بالنسبة للمصلحة العامة حيث أنه يؤدي إلى قطع الخصومات وإزالة المثالب التي تترتب على ما بها مما ينعكس أثره على سيادة الطمأنينة وإشاعة روح الود والوئام والتماسك بين أفراد المجتمع [2] هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن اتجاه الأفراد لحسم

---

[1] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ٢٠٠٧.

[2] عاشور مبروك / النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة ، ط٢ ١٩٩٨ .

منازعاتهم عن طريق التحكيم كوسيلة بديلة للقضاء من شأنه تخفيف العبء عن القضاء الدولة وتمكينهم في التفرغ للفصل في بقية المنازعات الأخرى .

وإزاء هذه الأهمية لنظام التحكيم فقد عمدت معظم التشريعات الوطنية والدولية إلى إحاطة هذا النظام بضمانات أساسية حتى يحقق فاعليته ، ولذلك عنيت بتنظيم طرق لمراقبة أحكام التحكيم وإخضاعها لنوعين من الرقابة الأولى هي رقابة التنفيذ ، ويتم ممارستها بمناسبة إصدار الأمر بتنفيذ الحكم ، والثانية وهي رقابة البطلان ويتم ممارستها بعد صدور الحكم للوصول إلى إلغائه ، وهذه الأخيرة هي محور دراستنا .

وتمثل دعوى البطلان السبيل المشترك بين مختلف النظم القانونية لمراقبة حكم التحكيم ، للاستيثاق من صحته ، أو على العكس هدمه ، وتعد جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني للتحكيم بما فيه حكم التحكيم .

كما أن الفلسفة التي يقوم عليها التحكيم التي تعتمد على عاملي السرعة والعدالة في تسوية النزاع لا تعني إقصاء أحكامه عن أي رقابة ، فخضوع أحكام التحكيم لرقابة القضاء بات أمراَ ضرورياً لتدارك ما قد يعتريها من أخطاء توجب إلغائها .

وتتعاظم أهمية الرقابة التي يمارسها القضاء بنظر دعوى البطلان بالنظر إلى أسباب ممارستها ، فقد درج مشرعو كافة الدول - التي تنتهج هذا السبيل - ومنها القانون اليمني والقانون المصري على تحديد حالات حصرية لا يجوز بغير مقتضاها رفع هذه الدعوى.

إلا أن هناك عيوباً جسيمة لم تتطرق إليها تلك التشريعات ولم تلتفت إليها وبالتالي تضعها ضمن الحالات المنصوص عليها ، فحكم المحكم قد يصدر أحياناً وبه عوار أو عيوب كبيرة قد تصل إلى درجة الانعدام نتيجة الجهل القانوني ، لا سيما وأن نظم التحكيم لا تشترط شروطاً محددة في المحكم كالعلم بالقانون ، وبالتالي فمن غير المستساغ أن يكون الطعن بالبطلان قاصراً على الأسباب الواردة في قانون التحكيم ، وإغفال أسباب البطلان الهامة والأكثر خطورة والمتعارف عليها في قانون التحكيم أو قانون المرافعات بمقولة أن المشرع لم يدرج هذه الأسباب في قانون التحكيم ، وهو ما لا يستقيم مع طبيعة الأمور ، وبالتالي يجب تفادي مثل هذه العيوب الجسيمة من خلال وضع الحلول المناسبة لنجعل دعوى البطلان أقرب إلى العدالة ، كما أن الحكم الذي أصيب بعيب جسيم فإنه يجعله مفرغاً من كل محتواه ليكون بعيداً عن العدالة ، فالحكم الذي ينبني على اتفاق تحكيم

غير موجود أو إذا حكم المحكم في مسألة تخرج عن اختصاصه ففي هذه الحالة يكون الحكم ليس له أساس قانوني ، وينبغي ألا يتحصن بمضي المدة أو عدم رفع دعوى البطلان ، وكذلك الحكم الصادر من أقلية لجنة التحكيم أو هيئة التحكيم ففي هذه الحالة من وجهة نظرنا ينبغي أيضاً ألا تتحصن هذه الأحكام بمضي المدة .

وطالما أن القانون نظم مسائل الانعدام فينبغي إخضاع هذه الأحكام لجزاء الانعدام باعتباره جزءاً مقرراً في القانون اليمني باعتباره الشريعة العامة للقوانين الإجرائية ومنها قانون التحكيم .

أما فيما يخص النظام الإجرائي لدعوى البطلان ، فإن القواعد المتعلقة برفع دعوى البطلان غير صالحة وغير فعالة للوصول إلى الأهداف المبتغاة من دعوى البطلان ، نتيجة غموض وقصور ونقض هذه القواعد ،والتي تمثل الرقابة القضائية الفعالة على حكم التحكيم باعتبار هذه الرقابة هي الوسيلة الأساسية لتدخل القضاء في حكم التحكيم كضمانة لنظام التحكيم ككل ، هذه الإشكالية تؤدي إلى عزوف الناس عن التحكيم باعتبار أن الرقابة القضائية المتمثلة في دعوى البطلان غير فعالة نتيجة لقصور قواعد تنظيم دعوى البطلان ، كما أن هذا القصور يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه لاجتهاد المحاكم حول النصوص غير الواضحة ، لذلك اتجه الفقه إلى توسيعها بحيث تطال هذه الدعوى كل بطلان موضوعي أو إجرائي .

ونتيجة لاضطراب القواعد المنظمة لقانون التحكيم ككل ، فإننا نرى تعديل قانون التحكيم كاملاً ، لا سيما النظام الإجرائي لدعوى البطلان نتيجة غموضه وقصوره ونقص قواعده كما سبق ، لذلك فإن هذا النظام غير صالح وغير فعال للوصول إلى الأهداف الحقيقية من هذه الدعوى .

والواقع أننا لم نستطع فهم هدف أو قصد المشرع اليمني في قانون التحكيم محل الدراسة لعدم وجود مذكرة تفسيرية للقانون أو أعمال تحضيرية أو لائحة تنفيذية .

غير أننا نستطيع فهم المشرع اليمني من خلال تاريخ صدور قانون التحكيم ، إذ أن هذا القانون صدر بعيد الوحدة اليمنية بين الشطر الشمالي والشطر الجنوبي مباشرة وكان يعتبر من تشريعات الضرورة وسد الفراغ ، لأنه صدر بقرار جمهوري بقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م ، ونعتقد أن من قام بصياغته كان على عجل وسرعة ، ولذلك تم انتقاء بعض نصوصه من قواعد اليونسترال ، ومن بعض التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي ، وأراد أ،

يصبغه بصبغة إسلامية فقام بتطعيمه من بعض النصوص القانونية التي وردت بقانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٨١م كما هو الحال في المادة الخامسة ، إذ أنه بعد أن أورد القاعدة العامة في عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي لا تقبل الصلح أورد أمثلة عدم جواز التحكيم في الحدود واللعان وفسخ عقود النكاح ، ورد القضاة ومخاصمتهم ، والمنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ جبراً ، أو كما هو واضح في المادة (٥٣/ز) والتي تنص على بطلان الحكم المخالف للشريعة الإسلامية .

والواقع أن هذا لا يخدم الشريعة الإسلامية ولا الفقه الإسلامي لأنه ينبغي تقنين الآراء الراجحة في الفقه الإسلامي استناداً إلى استنباط الأحكام العملية من الأدلة التفصيلية ،وليس بطريقة تحكيمية أو مزاجية ، ولذلك ينبغي إعادة النظر في هذه النصوص لتستقيم مع قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية ، ورغم تعديل قانون التحكيم بقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م، إلا أن هذه التعديلات كانت غير مؤثرة ، وليس لها معنى ، وظل القانون بعيوبه ، ومع تقديرنا للوقت الذي صدر به القانون وبعد مرور أكثر من سبعة عشر سنة على صدوره ، نوصي المشرع بتعديله وإزالة التناقضات وإكمال النقص فيه ،أو تغييره بحيث تتلاءم قواعده مع ظروف اليمن والعالم ، باعتبار أن التحكيم يعد من التشريعات العالمية ، فلا توجد دولة في العالم لا تعترف بوسيلة التحكيم لحل المنازعات سواء كان تحكيماً داخلياً أو متعلقاً بالتجارة الدولية .

فالعملية التشريعية تحتاج إلى أدوات سواء كانت هذه الأدوات تتعلق بالصياغة أو المصطلحات أو بالتنظيم الدقيق لقواعده ابتداءً بالاتفاق وانتهاءً برقابة القضاء عليه ، ولذلك ينبغي وضع كل مصطلح في مكانه الصحيح ليستقيم المعنى والهدف .

ثانياً : هدف البحث :

أن هدف البحث يرتبط بأهداف دعوى البطلان والمتمثلة في إصلاح الخلل الموجود في القواعد القانونية ، لا سيما في القانون اليمني ، وذلك لتوضيح الغموض ، وإزالة التناقض ، وإكمال النقص ، أو على الأقل لفت انتباه المشرع أن قواعد دعوى البطلان غير سديدة وفيها من الاضطراب أو النقص أو التناقض شأنها شأن نطاق التحكيم ككل ، باعتبار هذه الدعوى جزءاً من كل أو بطرح بعض الأفكار حتى نصل بهذه الدعوى بعيداً عن النقد .

ولدعوى البطلان ثلاثة أهداف ، الأول هدفها الذاتي المتمثل في مضمونها ، وهو الوصول بالحكم الصادر من القضاء بدعوى البطلان ذاتها بإلغاء حكم المحكم بحيث يكون أكثر

إنصافاً وعدالة ، والثاني الهدف الشخصي للطاعن ، والمتمثل في إبطال الحكم وإزالة الظلم الذي وقع عليه ، والثالث الهدف العام والمتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع ككل ومضمونه تقييم هذا النظام ، لكي تكون دعوى البطلان وسيلة فعالة للرقابة العادلة وإزالة الضرر بعدم بقاء أحكام معيبة تضر بالمجتمع مما يؤدي إلى تشجيع الأطراف على اللجوء للتحكيم وهم يعتقدون اعتقاداً كاملاً مطمئنين بأن هناك رقابة فعالة ومؤثرة وبالتالي حث المحكمين على الحرص لإصدار أحكام سليمة خالية من العيوب وصولاً إلى التخفيف على القضاء فيؤدي إلى حسن سير العدالة .

ثالثاً : مشكلة البحث :

من المعلوم أن كلمة الباحث في مقدمة كل بحث تعد تعبيراً عما يجول في ذهن صاحبه ، وتكشف عن مضمونه ومحتواه ، فإن كلمتنا في موضوع دعوى بطلان أحكام التحكيم ليست بالأمر الهين ، كما أنها غير نهائية ، تلك حقيقة لا يمكن إنكارها أو دعاء مخالفتها إزاء ما يتسم به هذا الموضوع من تشعب تطال شعابه كل أجزاء نظام التحكيم.

والحق أن موضوع التحكيم وإن كان يعد من أهم الموضوع في الوقت الراهن إلا أنه لم يحظ بالدراسة الكافية والعميقة على الساحة الفقهية ، من هنا يأتي عناء الباحث حيث لا يجد أمامه ما يعينه على معالجة موضوعه والإحاطة به من كافة جوانبه .

وبالتالي واجه الباحث مشكلة قلة المراجع وخصوصاً في شروح القانون اليمني ، كذلك عدم وجود مراجع كافية في المكتبات اليمنية في شروح القوانين العربية والأجنبية ، وحتى إن وجد البعض من الكتب الشارحة للتحكيم كنظام فإن هذه الكتب تتناول دعوى البطلان على استحياء ، وبالتالي وجدنها دراسة قاصرة غير مفصلة ، مما دفع الباحث إلى البحث عن هذه المراجع في أماكن مختلفة سواء في مصر أو غيرها من الدول العربية ، أضف إلى ذلك ندرة البحوث بصفة عامة والتي تتكلم عن دعوى البطلان بصفة خاصة ، وعدم وجود باحثين متخصصين في التحكيم في القانون اليمني ، وندرة المتخصصين بالتحكيم باعتباره علم مستقل، وبالتالي كان هذا البحث عن مجهود ذاتي من الباحث معتمداً على الله أولاً ثم على أفكاره ومشرفه ثانياً ، كما مثل بعد المشرف ووجوده في غير موطن الباحث عقبة تضاف إلى غيرها من الصعوبات التي يمكن إضافتها إلى ما سبق ، إضافة إلى عدم تفرغ الباحث ، وضيق الوقت باعتبار أن الباحث يتجنب الدخول في سنة مالية جديدة باعتبار الرسوم يدفعها الباحث من قوت يومه ، ولذلك كان لضيق الوقت أثر بالغ في إنجاز

الباحث ، بحيث يضاعف الباحث جهده لإنجازه خلال الحد الأدنى للمناقشة وهي مدة سنة طبقاً للائحة الدراسة العليا .

وبالرغم مما واجهه الباحث من صعوبات ومعوقات تكبدها خلال مراحل إنجاز هذا البحث إلا أنه سيحاول توضيح هذه الدعوى متمنياً أن يوفق في دراسة وتحليل وتوضيح دعوى البطلان ابتداءً بحكم المحكم باعتباره الركيزة الأساسية التي تبنى عليه هذه الدعوى وانتهاءً بالحكم الصادر فيها .

رابعاً : نطاق البحث :

من خلال الدراسة تطرقنا إلى توضيح الحكم بشيء من التفصيل حسب مقتضيات البحث؛ ذلك أنه قد يدور في الأذهان أن ليس له علاقة بدعوى البطلان أو أنه خارج الموضوع ، ولكن المتمعن في الأمر سيجد أن ذلك كان واجباً علينا باعتباره محلاً لدعوى البطلان وباعتبار أن الدعوى ترتكز عليه ، وبالتالي قمنا بتوضيح مفترضاته الأساسية وكيفية إصداره وآثاره حتى يصل القارئ إلى دعوى البطلان وقد كون فكرة متكاملة عن هذا بالحكم .

وستكون هذه الدراسة طبقاً لقانون التحكيم التجاري رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م والمعدل بالقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م والقانون المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م والمعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م ، بمعنى دعوى البطلان في التحكيم الوطني ، وبالتالي نستبعد دعوى البطلان التي تنصب على حكم التحكيم ذات العنصر الأجنبي وما يترتب عليه من قواعد تتعلق بالقانون الدولي الخاص من حيث القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة وغيره من القواعد الخاصة بذلك .

خامساً : منهج البحث وتقسيمه :

اتبع الباحث في هذه الدراسة منهجاً استقرائياً تأصيلياً لنصوص القانون اليمني ومقارنتها بالقانون المصري ، لا سيما وأن القانون المصري له شروح كثيرة من الفقه المصري ، وبالتالي الاستفادة من تلك الآراء ، بالإضافة إلى الأحكام المصرية الصادرة في هذا المضمار ، لا سيما أحكام محكمة النقض المصرية التي خدمت هذا البحث ، والقواعد الاجتهادية التي توصلت إليها محكمة النقض المصرية فيما يتعلق ببعض الأمور الغامضة والمتناقضة والاجتهادات المتعلقة بتفسير بعض قواعد القانون المصري ، وكذا آراء شراح القانون المصري والتي تتمشى مع أفكارنا بحسب هدف هذه الدراسة ، لكي نحاول أن نرشد

المشرع اليمني والمصري والمشتغلين والمهتمين بالقانون بمواطن القصور في القانون اليمني والمصري ، كما أنه يمكننا من خلال مقارنة القانون اليمني بالمصري الاستفادة من بعض القواعد الجيدة في القانون المصري وأخذها بالاعتبار عند تعديل أو تغيير قانون التحكيم اليمني .

وبالتالي نوصي المشرع اليمني اقتفاء المشرع المصري في المواطن التي كانت محل اتفاق مع وجهة نظرنا والتي تؤدي إلى الوصول بدعوى البطلان إلى هدفها وهو مراقبة هذا الحكم والوصول به إلى العدالة المرجوة .

وإجمالاً لما تقدم فإن دراستنا لموضوع دعوى بطلان أحكام التحكيم ستكون على النحو التالي:

الفصل التمهيدي : ماهية التحكيم.

المبحث الأول : تعريف التحكيم

المبحث الثاني : تمييز نظام التحكيم عما قد يختلط به من نظم قانونية

المبحث الثالث : مزايا ومساوئ التحكيم

المطلب الأول : مزايا نظام التحكيم

المطلب الثاني : مساوئ نظام التحكيم

الباب الأول : ماهية حكم التحكيم وإصداره وآثاره.

الفصل الأول : ماهية حكم التحكيم

المبحث الأول : تعريف حكم التحكيم.

المبحث الثاني : أنواع حكم التحكيم .

المبحث الثالث : الطبيعة القانونية لحكم التحكيم .

الفصل الثاني : إصدار حكم التحكيم

المبحث الأول : إجراءات إصدار الحكم

المبحث الثاني : شكل الحكم

المبحث الثالث : الإجراءات التالية لإصدار الحكم

الفصل الثالث : آثار حكم التحكيم

المبحث الأول : حيازة حكم التحكيم حجية الأمر المقضي

المبحث الثاني : استنفاد ولاية حكم التحكيم

الباب الثاني : دعوى بطلان حكم التحكيم .
مبحث تمهيدي : طرق الطعن في حكم المحكمين .
الفصل الأول : ماهية دعوى البطلان وطبيعتها وهدفها
المبحث الأول : تعريف دعوى البطلان .
المبحث الثاني : طبيعة دعوى البطلان .
المبحث الثالث : هدف دعوى البطلان .
الفصل الثاني : أركان دعوى البطلان
المبحث الأول : الركن الشخصي في دعوى البطلان .
المبحث الثاني : الركن الموضوعي في دعوى البطلان (محل الدعوى) .
المبحث الثالث : الركن السببي في دعوى البطلان .
الفصل الثالث : شروط دعوى البطلان
المبحث الأول : الشروط العامة لقبول الدعوى .
المبحث الثاني : الشروط الخاصة لقبول الدعوى (عدم وجود مانع قانوني) .
الباب الثالث : حالات دعوى البطلان .
مبحث تمهيدي : موقف التشريعات من تفسير أسباب بطلان حكم التحكيم
الفصل الأول : حالات بطلان حددها المشرع .
المبحث الأول : حالات البطلان التي تتعلق باتفاق التحكيم .
المبحث الثاني : حالات البطلان التي تتعلق بخصومة التحكيم .
الفصل الثاني : حالات بطلان لم يحددها المشرع .
الفصل الثالث : حالات بطلان لمخالفة النظام العام .
الباب الرابع : النظام الإجرائي لدعوى البطلان .
الفصل الأول : المحكمة المختصة بدعوى البطلان وميعاد رفع الدعوى .
المبحث الأول : المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان
المبحث الثاني : ميعاد رفع الدعوى
الفصل الثاني : إجراءات رفع دعوى البطلان .
المبحث الأول : نشأة الخصومة .
المبحث الثاني : سير الخصومة .

المبحث الثالث : نظر الدعوى .

المبحث الرابع : عوارض سير الخصومة .

المطلب الأول : العوارض المانعة من السير في الخصومة (ركود الخصومة)

المطلب الثاني : العوارض المنهية للخصومة (الانقضاء المبتسر)

المبحث الخامس : الطلبات العارضة .

المطلب الأول : الطلبات العارضة المقدمة من مدعي البطلان.

المطلب الثاني : الطلبات العارضة (المقابلة) المقدمة من المدعى عليه بالبطلان.

المطلب الثالث : الطلبات العارضة المقدمة من الغير .

الفصل الثالث : أثر رفع دعوى البطلان والحكم فيها .

المبحث الأول : أثر رفع دعوى البطلان .

المبحث الثاني : الحكم في دعوى البطلان

المطلب الأول : طبيعة الحكم بالبطلان وسلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان.

المطلب الثاني : أثر الحكم بالبطلان .

المطلب الثالث : الطعن في الحكم في دعوى البطلان .

الفصل التمهيدي
ماهية التحكيم

الفصل التمهيدي
ماهية التحكيم

يهدف التعريف - أي تعريف - في المقام الأول إلى بيان الذات أو الحقيقة التصورية التي تنظم به مفردات الشيء (المعرَّف) بحيث تتكون له في الذهن صورة واضحة ومنضبطة ، كما يهدف في المقام الثاني - وتبعاً لذلك - إلى تمييزه عن غيره مما قد يشتبه به ، لاشتراكه معه في بعض الذاتيات أو الصفات [1] .

والتحكيم من وجهة نظرنا هو وسيلة لحل المنازعات موازياً للقضاء ، هذه الوسيلة منظمة وفقاً لقواعد إجرائية لا تختلف كثيراً عن القضاء إلا من حيث اعتبارها قضاءً خاصاً ، وبالتالي نستخدم في هذه الدراسة المصطلحات القانونية السليمة بحيث تتمشى مع وجهة نظرنا فلا نستخدم مصطلح التحكيم التجاري أو التحكيم المدني أو التحكيم الدولي ، لأن هذه المصطلحات تطلق على نوع المنازعة وليس على نظام التحكيم ، ذلك أن نظام التحكيم نظام واحد فهو عبارة عن إناء نضع فيه ما نشاء من منازعات ، ولذلك لن نتطرق في هذه الدراسة إلى أنواع التحكيم ، وبالتالي يقتضي الحديث عن ماهية التحكيم إيراد تعريفه ثم تمييزه عما قد يختلط به من نظم قانونية أخرى وكذا مزاياه ومساوئه وذلك في ثلاثة مباحث على النحو الآتي :

المبحث الأول : تعريف التحكيم

المبحث الثاني : تمييز نظام التحكيم عما قد يختلط به من نظم قانونية

المبحث الثالث : مزايا ومساوئ التحكيم

---

[1] مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية ج١ ط١ ١٩٩٨م بدون دار نشر ص ١٧ .

المبحث الأول

تعريف التحكيم

سنتكلم في هذا المبحث عن تعريف التحكيم من حيث اللغة والاصطلاح وتعريفه لدى فقهاء القانون وإلى ذلك .

أولاً : التعريف اللغوي:

التحكيم لغة [1] يعني إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير ، يقال حكم الخصمان فلان إذا جعل له النظر في منازعتهما ، ومن يفوض إليه النظر في التحكيم يسمى محكماً أو محكماً إليه بينما يسمى الخصم محتكماً.

والتحكيم مصدر (حكَّم) بتشديد الكاف مع الفتح ، يقال حكمت فلاناً في مالي أي فوضت إليه الحكم فيه ، ويقال حكمنا فلاناً بيننا أي أجزنا حكمه وحكموه فيما بينهم أي جعلوه حكماً في الأمر .

وحكم كل مادتها مثل المحكم والتحكيم والحكمة والتحكم ، كل هذا مأخوذ من الحكمة ، وهي حديدة اللجام الذي يوضع في فم الفرس يمنعه به صاحبه أن يشرد ويتحكم فيه يميناً ويساراً ، وكذلك (الحكمة) تعوق كل واحد عن شروده في أخذ حق غيره فالتحكيم والحكم والحكمة كلها توحي بأن تضع الشيء في موضعه الصحيح [2] .

وقد ورد ذكر التحكيم في القرآن الكريم في آيات كثيرة منها : قال تعالى (فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ) [3] .

ثانياً : التعريف في الاصطلاح:

يعرف فقهاء المسلمين التحكيم تعريفات عديدة ترتكز أساساً على معناه اللغوي نذكر منها تعريف ابن عابدين بأنه (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما) [4] .

---

[1] انظر : المنجد في اللغة والإعلام - كرم البستاني - دار المشرق العربي - بيروت - الطبعة الثانية والعشرون - ١٩٨١م ص ١٤٦ القاموس المحيط للفيروز أبادي - المجلد الرابع - دار الفكر - بيروت ١٩٧٨م ص ٩٨ ، لسان العرب لابن منظور ، دار المعارف ص ٩٥٢ ، مختار الصحاح للرازي - دار المعارف ص ١٤٨.

[2] تفسير الشعراوي ، المجلد الرابع من تفسير الآية (٦٥) من سورة النساء - مطابع أخبار اليوم - مصر .

[3] سورة النساء ، الآية (٦٥) .

[4] ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٨ ، ص ١٢٥ ، وانظر : الدر المختار بحاشية رد المختار ج٥ ص ٤٢٨ البحر الرائق ج٧ ص ٢٤ .

أي اختيار ذوي الشأن شخصاً أو أكثر للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكمة ولاية الفصل بينهما ، ومن ثم التحكيم شرعاً يعني تولية وتقليد من طرفي الخصومة الثالث يفصل فيما تنازعوا فيه .

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في مادتها (١٧٩٠) التي نصت على أن التحكيم (عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما ، يفصل خصومتهما ودعواهما) [١] .

والملاحظ من هذه التعريفات أن فقهاء المسلمين تكلموا عن التحكيم الاختياري ولم يتكلموا عن التحكيم الإجباري ، ولكن بالبحث نجد أنهم قد عرفوا التحكيم الإجباري ، إذ يقول بعض الفقهاء المسلمين أن الأمر في قوله تعالى (فابعثوا) تفيد الوجوب على إيابه ، جاء في مغني المحتاج (والخطاب فيها للحاكم وقيل للأولياء والبعث واجب) [٢].

ثالثاً : التعريف لدى فقهاء القانون :

اقترح فقه القانون الوضعي المقارن تعريفات عديدة لنظام التحكيم إلا أنهم لم يخرجوا عما سبقهم به فقهاء المسلمين من حيث المدلول العام لتعاريفهم ، منها ما ينطبق على اتفاق التحكيم ومنها ما يولي أهمية للطبيعة الخاصة للتحكيم ومنها ما يهتم بدور إرادة أطراف النزاع ، ومنها ما يتصف بالعمومية [٣] .

إلا أننا نفضل تعريفه بأنه (نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع) [٤] .

---

[١] علاء محيي الدين / التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٨م ص ٢٢ .

[٢] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية ، رسالة دكتوراه حقوق الإسكندرية - ١٩٩٦ ط ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤ ، ص ١٦.

[٣] أحمد أبو الوفاء / التحكيم الاختياري والإجباري - دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٧ ص ١٥ ، أحمد مليجي ، محاضرات في إجراءات التحكيم ألقاها على طلاب دبلوم التحكيم خلال العام الجامعي ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ .

[٤] فتحي والي / قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧م ص ١٣ ، انظر في تعريفات مختلفة للتحكيم في : أحمد أبو الوفاء / الإشارة السابقة ، أحمد إبراهيم عبدالتواب / اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به / رسالة حقوق القاهرة - دار النهضة العربية ٢٠٠٨ ص ٣٠ وما بعدها ، أنور علي أحمد الطشي / مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم - دار النهضة العربية ط١ ٢٠٠٩م ص ١٤ وما بعدها ، أحمد السيد صاوي / التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولي ٢٠٠٢ بدون دار نشر ، أحمد مليجي / تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي - رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٧٩ بدون دار نشر ص

وقد عرفه المشرع اليمني في المادة (٢) من قانون التحكيم رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م بأنه (اختيار الطرفين برضائهما شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما ، دون المحكمة المختصة فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزعات) [١] .

---

٢٠٥ وما بعدها ، حسن محمد هند / التحكيم في المنازعات الإدارية - دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٤ ص ٩ ، سلطان عمر محمد الشجيفي ، الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي - رسالة ماجستير - حقوق عدن - طبعة ٢٠٠٩م ص ١٣ وما بعدها ، سعيد مصطفى عفيفي / الموسوعة الشاملة في التحكيم - في المنازعات المدنية والتجارية محلياً ودولياً طبقاً لأحكام محكمة النقض منذ نشأتها حتى ٢٠٠٥ - الطبعة الأولى - المركز القومي للإصدارات القانونية ٢٠٠٥ ص ٣٩ وما بعدها ، سامي محسن حسن السري / القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - حقوق عين شمس ٢٠٠٤ ص ٢٤ وما بعدها ، عبدالله عيسى الرمح / حكم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي - دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري مقارناً بالفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه - حقوق الإسكندرية - منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٩ ص ٣٥ وما بعدها ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٩٠ ص ١١ وما بعدها ، عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة / التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية - منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥م ص ١٢ وما بعدها ، علاء محيي الدين / المرجع السابق ص ٢١ وما بعدها ، عبدالباسط محمد عبدالواسع الضراسي / النظام القانوني لاتفاق التحكيم - المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية ط ٢٠٠٥ ص ١٥ وما بعدها ، عاشور مبروك / النظام الإجرائي لخصومة التحكيم - مكتبة الجلاء الجديدة ط٢ ١٩٩٨م ص ١ وما بعدها ، علي سالم إبراهيم / ولاية القضاء على التحكيم ، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٩٥ ط ١٩٩٧ ص ١ وما بعدها ، عمرو عيسى الفقي ،/ الجديد في التحكيم في الدول العربية - المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية ٢٠٠٣ ص ١٦ وما بعدها ، محمد علي عويضة / حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم - منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٨ ص ٢٤ وما بعدها ، محمد فتح الله حسين / شرط التحكيم في المواد المدنية والتجارية في ضوء أحدث أحكام النقض - للناشر أحمد حيدر - ط ١ - ٢٠٠٨ ص ٨، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية - مرجع سابق ص ١٨ وما بعدها ، محمد سعيد خليفة ومحمد حسين عبدالعال وشحاتة غريب شلقامي / اتفاق التحكيم - دراسة في ضوء أحكام قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والقواعد العامة في القانون المدني - بدون دار نشر ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ ص ١١ وما بعدها ، محمود السيد التحيوي / الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية - دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠٦ ص ٣٤ وما بعدها - ومؤلفه أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته - دار الفكر الجامعي الإسكندرية ٢٠٠٧م ص ٣٦ وما بعدها ، ومؤلفه الطبيعة القانونية لنظام التحكيم - دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠٠٣م ص ٥٦ ، مختار بربري / التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية - ط ٣ - ٢٠٠٤ ص ٥ وما بعدها ، محمد علي سكيكر / تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٧م ص ٣٢ ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني - مرجع سابق ص ١٦ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٥ ص ٨ ، ناصر ناجي محمد جمعان / شرط التحكيم في العقود التجارية - رسالة ماجستير مطبوعة - حقوق عدن ٢٠٠٦ ص ٣ وما بعدها .

[١] المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٦ الجزء ٤ السنة ١٩٩٢م .

وعرفه المشرع المصري في المادة (١٠) الفقرة الأولى من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م وهو بصدد تعريف اتفاق التحكيم بأنه (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية) [١] .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع اليمني قد استفاض في مجال تعريف التحكيم ، فقد عرف التحكيم ثم عرف التحكيم التجاري ثم التحكيم الوطني ، ثم التحكيم الدولي ثم اتفاق التحكيم وهو بهذا التفصيل كان أكثر وضوحاً ودقة فكان أكثر تمييزاً عن بقية التشريعات.

وتعرفه المحكمة الدستورية العليا بأنه (عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهم أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا الحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية) [٢] .

المبحث الثاني

تمييز نظام التحكيم عما قد يختلط به من نظم قانونية

يتمتع نظام التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات بذاتية خاصة تميزه عن غيره من الوسائل الأخرى الهادفة إلى حسم المنازعات والخلافات ، وعلى الرغم من إلا أنه قد يتشابه [٣] مع بعض الأنظمة الأخرى ، لذا ينبغي تمييزه عن بعض النظم التي قد تختلط به .

---

[١] المنشور في الجريدة الرسمية العدد ١٦ بتاريخ ٢١ أبريل ١٩٩٤م .

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٣ ق دستورية - جلسة ٢٠٠٣/٥/١١م منشور لدى فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ١٣.

[٣] في تمييز نظام التحكيم عن غيره من النظم القانونية التي قد يتشابه أو يختلط به راجع : عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٤ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٠ وما بعدها ، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية الداخلية ، مرجع سابق ص ٢٤ وما بعدها ، فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ١٧ وما بعدها ، علاء محيي الدين / التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية ، مرجع سابق ص ٢٥ وما بعدها ، عبدالحميد الشواربي / التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء ، دار الكتب القانونية - مصر - بدون سنة نشر ص ٣٣ وما بعدها ، مختار بربري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ١٩ وما بعدها ، أحمد أبو الوفاء / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٩ وما بعدها ،

والتحكيم أساسه اتفاق الأطراف ، فإن تمييزه يستند أساساً إلى تكييف هذا الاتفاق للنظر فيما إذا كان يعتبر اتفاق تحكيم أم لا ، ويتم هذا التكييف وفقاً للقانون الذي يحكم هذا الاتفاق ، ويختلف التكييف حسب طبيعة المهمة التي يمنحها الاتفاق ، وإن كان يمنح سلطة القيام بعمل قضائي ، فإن الاتفاق يكون اتفاق تحكيم ، ويكون القرار الصادر استناداً له هو حكم تحكيم [١] .

ولأن التكييف مسألة قانونية ، فإنه إذا عرض الاتفاق على القضاء ، فإن القاضي يقم بهذا التكييف من تلقاء نفسه ، وذلك بعد تفسيره عبارات الاتفاق إن لزم الأمر ، ولا يؤثر في هذا التكييف التسمية التي يعطيها الأطراف لاتفاقهم [٢] .

ولتمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة أهمية كبيرة ، إذ يخضع كل نظام لقواعد قانونية مختلفة ومن هذه القواعد مثلاً أنه إذا كان الطرفان لم يحددا في الاتفاق الشخص الثالث الذي يناط به إصدار القرار ، فإن كان الاتفاق تحكيمياً كان لكل طرف أن يطلب من المحكمة تعيينه ، أما إن لم يكن تحكيماً فليس له ذلك إلا إذا خوله الاتفاق ذلك ، ومن ناحية أخرى ، فإن شروط صحة حكم المحكمين ، وقواعد وإجراءات دعوى البطلان التي ينظمها قانون التحكيم لا تنطبق إلا على ما يكون تحكيمياً ، كذلك فإن حكم التحكيم وحده هو الذي يمكن استصدار أمر بتنفيذه جبراً [٣] .

على ذلك سنتناول فيما يلي تمييز التحكيم عن هذه الأنظمة على النحو الآتي :

ومؤلفة عقد التحكيم وإجراءاته ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠٠٧ ص ٢٩ وما بعدها ، أحمد مليجي / محاضرات في إجراءات التحكيم / مرجع سابق ص ٧٥ وما بعدها ، سامي محسن السري / القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٢٧ وما بعدها ، محمد سعيد خليفة ومحمد حسين عبدالعال وغريب شلقامي / اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٠ وما بعدها ، عبدالله عيسى الرمح / حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ٥٨ وما بعدها ، حسن محمد هند / التحكيم في المنازعات الإدارية / مرجع سابق ص ٩ وما بعدها ، عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة / التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، مرجع سابق ص ١٥ وما بعدها ، عبدالباسط محمد عبدالواسع الضراسي / النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٩ وما بعدها ، ناصر ناجي جمعان / شرط التحكيم في العقود التجارية ، مرجع سابق ص ٦ وما بعدها .

[١] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ١٧ .

[٢] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ١٥ .

[٣] فتحي والي / المرجع السابق ص ١٨ نقلاً عن موتولوسكي - بند ١٨ ص ٢٥ ، ٢٦ وما بعدها .

١ـ التحكيم وتكملة الغير لتصرف قانوني :

يجب عدم الخلط بين التحكيم وأي نظام قانوني آخر يقوم على اتفاق الأطراف ، ولكن ليس له نفس الغاية [١] ، فمثلاً لو تعلق أمر بتحديد عنصر من عناصر عقد يرفع طرفاه إبرامه وكان هذا العنصر من عناصر العقد الجوهرية التي لا ينعقد العقد بدون الاتفاق عليه كعنصر الثمن في عقد البيع أو عنصر الأجرة في عقد الإيجار ، واتفق الطرفان على إسناد مهمة تحديد هذا العنصر إلى شخص ثالث ، فإن الأمر لا يكون متعلقاً بتحكيم بينهما وإنما مجرد استكمال تحديد العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد ، حتى لو سمى الطرفان هذا الشخص حَكَماً [٢] .

ومن الواضح أن هذا الشخص لا يطبق قاعدة قانونية تمت مخالفتها ، ولكنه يكمل تصرفاً قانونياً ينقصه سواء كان تعيين ثمن المبيع أو الأجرة ، وهو على عكس المحكم لا يبحث عن إرادة القانون ليطبقها ، ولكنه يحدد عنصراً في تصرف قانوني إعمالاً لإرادتي الطرفين ، ولهذا فإن عمل هذا الشخص ينظمه القانون الخاص ، وليس قانون التحكيم ، فلا يخضع للقواعد المتعلقة بالتحكيم ، وما يصدره الشخص الثالث من قرار ولو كان ملزماً للطرفين لا يعتبر حكم تحكيم ولا يخضع لقواعده ، أو يرتب آثاره ، وحتى لو كان هناك خلاف بين الأطراف حول هذا العنصر الناقص فلا تعد مهمة الشخص الثالث تحكيمياً كون مهمته هي تكملة تصرف قانوني لم تكتمل عناصره بعد ، ولهذا فإنه أياً كان محله لا يعتبر عملاً قضائياً [٣] .

ويبدو الأمر مختلفاً في بعض الفروض الأخرى والتي يكون فيها العقد قائماً بالفعل ، لكن يحتاج الأمر إلى تطويع لبعض الظروف المستجدة ، وتكون مهمة الشخص الثالث المتفق عليه من الطرفين هي إجراء هذا التطويع بما لديه من خبرات فنية ، مثال ذلك أن يتعلق

---

[١] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[٢] تفصيلاً راجع : مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال ، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية الداخلية ، مرجع سابق ص ٢٦ وما بعدها .

[٣] فتحي والي / الإشارة السابقة ويذكر في الحاشية رقم (٢) من ذات الصفحة وحاشية الصفحة ص ١٩ عكس هذا ، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال ، حيث يريان أنه إذا كانت مهمة الشخص الثالث هي إصدار قرار ملزم لطرفيه فإن عمله يعتبر تحكيمياً بالمعنى الدقيق ، والواقع أن ما ذكر ليس العكس فإن ما ذكر يتعلق بالفرض الثاني وهو حالة ما إذا كان العقد قائماً بالفعل ، واتفق الطرفان على أن تكون مهمة الشخص الثالث المتفق عليه هي إجراء تطويع للعقد لمواجهة بعض الظروف التي يمكن أن تستجد مستقبلاً ، ولا يتعلق ما يريانه بالفرض الأول ، حيث لا يعد مثل هذا الاتفاق تحكيماً لكنه يعد تحكيماً في الفرض الثاني وبالتالي كان الكلام معقولاً ومنطقياً .

الأمر بعقد من عقود المدة ، كالإيجار مثلاً ، تحدد فيه الأجرة على أساس مؤشر سعري معين ، ويتفق فيه على شخص ثالث لتعيين مؤشر بديل للمؤشر المتفق عليه في حالة تخلفه ، أو أن يتعلق الأمر بمقاولة إنشاء ميناء أو طريق ، ويتفق فيه على أنه في حالة اكتشاف عقبات غير متوقعة في التربة ، يتولى شخص معين تطويع شروط العقد لمقتضيات هذه العقبات [١] .

ففي هذه الفرض لا يتعلق الأمر باستكمال العقد كما كان في الفرض الأول ، وإنما يتعلق بتعديل العقد تحقيقاً للعدالة .

وسواءً كانت هذه الظروف استثنائية عامة ، أو اقتصادية أو فنية تؤدي - باتفاق الطرفين - إلى إمكان تعديل التزامات أحدهما ، فإن همة الشخص الثالث تكون قضائية ، ويعتبر اتفاق الطرفين اتفاقاً على التحكيم ، ويكون ما يصدر منه حكم تحكيم [٢] .

وهناك فرض آخر يجمع بين الفرضين السابقين ، وهو في حالة أن يتضمن الاتفاق منح الشخص الثالث مهمتين إحداهما تعتبر تحكيماً دون الأخرى ، ومثال ذلك اتفاق طرفي عقد البيع على اختيار شخص ثالث لتحديد ثمن المبيع ، وعلى تقدير التعويض الذي يستحق إذا تأخر البائع عن تسليم المبيع ، فإن مهمة هذا الشخص لا تكون تحكيماً بالنسبة لتحديد الثمن ولكنها تكون تحكيماً بالنسبة لتقدير التعويض [٣] .

٢- التحكيم والصلح :

الصلح كما عرفه القانون المدني اليمني في المادة (٦٦٨) هو (عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة ، يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل طل منهما عن جزء من ادعائه) [٤] .

والصلح كالتحكيم يعد كل منهما وسيلة لفض المنازعات يلجأ غليهما الأفراد كوسيلتين بديلتين عن القضاء ، كما أنهما يشتركان في أن ما لا يجوز فيه الصلح لا

---

[١] مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية الداخلية ، مرجع سابق ص ٢٠ .

[٢] فمهمة الشخص الثالث في هذا الغرض تعتبر تحكيماً وذلك وفقاً للقانون المدني اليمني م (٢١١) والقانون المدني المصري م (٢/١٤٧) حيث يقرر المشرعان اليمني والمصري ، أن تعديل العقد لمواجهة ظروف استثنائية عامة هي من مهمة القضاء ، راجع نص المادتين.

[٣] فتحي والي / قانون التحكيم ص ١٥ ، ١٦ .

[٤] يقابلها نص المادة (٥٤٩) مدني مصري .

يجوز فيه التحكيم [١] ، كما أن كلاهما يجد أصله في اتفاق يعبر عنه رغبة أطرافه في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة ، وكلاهما يؤدي دوره بمناسبة وجود منازعة وقعت أو ستتولد في المستقبل [٢] لكنهما يختلفان في وسيلة حل النزاع ، فالصلح يتم حل النزاع فيه بإرادة الطرفين من بداية سلوكه حتى نهايته ، في حين أن التحكيم يبدأ باتفاق بين الطرفين ولكن لا سيطرة لهما عليه بعد بدء إجراءاته وحتى صدور حكم التحكيم ، وعلة ذلك أن الصلح يتم حل النزاع بعمل تعاقدي أما في التحكيم فيتم حله بعمل قضائي يصدر من المحكم وليس من الطرفين [٣].

كذلك في الصلح يتنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته ، أما في التحكيم فإن المحكم يمكن يحكم الطرف بكل ما يدعيه ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح [٤] .

ومن ناحية أخرى ينتهي التحكيم في الغالب بحكم يجوز حجية الأمر المقضي ، أما الصلح لا يتولد عنه أي حكم إلا إذا طعن في عقد الصلح وصدر حكم في دعوى بطلانه أو فسخه من قضاء الدولة ، أما حكم التحكيم فلا يجوز المساس بحجيته إلا بطريق الطعن التي يقررها القانون ، وبالتالي فإن هذا الحكم يكون قابلاً للتنفيذ المباشر بعد وضع الصيغة التنفيذية دون أن تمتد سلطة قاضي التنفيذ للنظر في الموضوع ، أما الصلح فلا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء الذي يجعله صالحاً لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية ، ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة [٥] .

---

[١] راجع نص المادة (٥) تحكيم يمني .

[٢] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ، ص ١٦ .

[٣] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٢٠ .

[٤] في مناقشة مستفيضة في هذه المسألة راجع : مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية الداخلية ، مرجع سابق ص ٢٤ - ٢٨ .

[٥] عزمي عبدالفتاح / المرجع السابق ص ١٧ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ١١ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٢١ ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٣١ ، علاء محيي الدين / التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية ، مرجع سابق ص ٢٧ فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٠ وما بعدها ، حكم استئناف القاهرة في ٢٠٠٢/٣/٢٧ رقم ١١٦/٨٤ ق الحاشية (١) من ذات الصفحة .

وبما أن حكم التحكيم يجوز حجية الأمر المقضي فإن ذلك يمنع من رفع الدعوى التي فصل فيها الحكم مرة أخرى ، في حين أن الصلح لا يمنع من الالتجاء إلى قضاء الدولة أو التحكيم للمطالبة بما قرره عقد الصلح من حقوق [1] .

٣ـ التحكيم والتوفيق أو الوساطة :

التوفيق : هو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الأطراف ، ويتولى الموفق عرض مقترحاته على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما ، ولا تعد هذه المقترحات ملزمة للطرفين بل يظل أمرها معلقاً على قبول الأطراف وتنتهي مهمة الموفق - إذا نجح فيها - بإبرام الطرفين تسوية أي صلحاً يوقع عليه الطرفان والشخص الذي قام بالتوفيق دون صدور أي قرار أو حكم من الموفق ، أو بصدور توصية غير ملزمة لهما ، على أساسها يتم لهما إبرام الصلح بينهما ، وهذه التوصية بخلاف حكم التحكيم ، إذا حكم التحكيم ملزم للطرفين في حين أن توصية الموفق غير ملزمة لهما [2] .

وقد يتفق الطرفان لحل ما بينهما من نزاع على اللجوء أولاً إلى التوفيق بواسطة شخص معين ، ثم اللجوء إلى التحكيم إذا لم يرتضي أحد الطرفين ما ينتهي إليه الموفق ، ومثل هذا الاتفاق يلزم الطرفين ، كما يلزم هيئة التحكيم بحيث أنه لا يجوز لأي طرف اللجوء مباشرة إلى التحكيم قبل استنفاد وسيلة التوفيق ، فإن لجأ مباشرة إلى التحكيم ، فإن على هيئة التحكيم - إذا تمسك المحتكم ضده بذلك - أن تقضي بعدم اختصاصها

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٢١ ، حكم استئناف القاهرة - ٩١ تجاري - ٢٠٠٥/٣/٣٠م في الدعوى رقم ٦٤ لسنة ١٢١ ق تحكيم مشار غليه في الحاشية رقم (١) من ذات الصفحة ، عكس ذلك : عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ١٦ وما بعدها ، حيث يرى (أن كل من التحكيم والصلح يؤدي إلى عدم جواز عرض النزاع على قضاء الدولة فيما فصل فيه بالتحكيم أو اتفق عليه صلحاً يصلح لإشارة الدفع بحجية الشيء المحكوم فيه عند إثارة نفس النزاع أمام القضاء) والحقيقة أن هذا الرأي مع تقديرنا له يتنافى كلية مع قضائية التحكيم المقررة قانوناً والمجمع عليها فقهاً وقضاءً ، ويجرد حكم التحكيم كذلك في صفته القضائية كونه حكم شأنه شأن الأحكام القضائية كما أسلفنا سابقاً .

[2] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ١٩ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ص ١١ ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٢٢ .

بالدعوى التحكيمية ، لعدم سلوك الطريق الذي أوجب الاتفاق سلوكه قبل الالتجاء إلى التحكيم [١] .

٤- التحكيم والخبرة :

الخبرة : يقصد بها ذلك الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصومة إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي بهذا الرأي [٢] .

ومن خلال التعريف السابق تبين أن مهمة المحكم تختلف عن مهمة الخبير ، من حيث الهدف المتوخى في كل منهما ، فالمحكم يفصل في نزاع بحكم ملزم لأطرافه ، أما الخبير فيبدي رأيا استشارياً فنياً قد يتعلق بنزاع معين بين الطرفين ، أو بناءً على طلب أحد الأشخاص دون قيام أي نزاع وبالتالي فرأيه غير ملزم للأطراف ، أو غير ملزم للقاضي أو المحكم ولهما سلطة تقديرية فيما توصل إليه الخبير من رأي .

فإذا تمت الخبرة بناء على قرار القاضي أو المحكم فلا مشكلة بالنسبة للتمييز بينهما وبين التحكيم ، إنما التفرقة تدق بالنسبة للخبرة التي يتفق عليها الطرفان خارج ساحة القضاء [٣].

وقد اختلف الفقه في وضع معيار دقيق وواضح للتفرقة بين الخبرة والتحكيم في هذا الصدد ، فذهب البعض إلى أن معيار التفرقة لا يقوم على الألفاظ أو الوصف المستخدم من الطرفين ، وإنما يعتمد على طبيعة المهمة المنوطة بالشخص الثالث [٤] .

وذهب البعض الآخر إلى أن مهمة الخبير تتعلق بالواقع ورأيه غير ملزم للخصوم ولا القاضي ، بينما مهمة المحكم تتعلق بالواقع والقانون ، ويصدر حكماً ينهي النزاع ويلتزم الخصوم بهذا الحكم [٥] .

---

[١] فتحي والي / الإشارة السابقة ، حكم استئناف القاهرة - دائرة ٩١ تجاري - ٢٠٠٥/٧/٢٧م في الدعوى رقم ١٠٣ لسنة ١٢١ ق تحكيم مشار غليه في الحاشية رقم (٣) من ذات الصفحة .

[٢] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ١٥ .

[٣] مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / المرجع السابق ص ٢٨ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٩ .

[٤] مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / المرجع السابق ص ٢٩ .

[٥] عزمي عبدالفتاح / الإشارة السابقة .

والواقع أن هذا المعيار غير كافٍ للتفرقة بين الخبرة والتحكيم ، ذلك أنه قد يناط بالشخص حل نزاع يتعلق بالواقع ويكون قراره حكم تحكيم ، كما قد يتفق الطرفان - خارج القضاء - على اختيار خبير فني لإبداء رأي ملزم لهما ، ويكون قراره نهائياً ملزماً وهو ما يقربه من المحكم ، ومع ذلك فليس لقراره صفة قضائية ، ولهذا لا يعتبر ما يصدره حكم تحكيم ، إذ أن مهمة هذا الشخص تتعلق بمسألة فنية بحتة وليس نزاع قانوني بالمعنى الصحيح [١] .

وفي وضع معيار دقيق للتمييز بين الخبرة والتحكيم في هذا الصدد ، فقد قيل بحق بأن المعيار الصحيح للتفرقة بينهما هو أن المحكم يفصل في نزاع قانوني ويقرر حقوق طرفي النزاع ، أما الخبير فهو يحدد قيمة شيء أو قدره أو يفحصه ولكنه لا يفصل في نزاع بين الطرفين ولا يقرر حقوقهما ، وإذا كان عمل الخبير يؤدي أحياناً إلى تقرير هذه الحقوق ، فإن هذا يتم بطريق غير مباشر نتيجة لأن الطرفين قد اتفاق على أن حقوقهما تعتمد على ما يقرره الخبير من رأي فني [٢] .

٥- التحكيم والوكالة :

عرف التقنين المدني اليمني الوكالة في المادة (٩٠٥) بأنها : (إقامة الغير مقام النفس حالة الحياة في تصرف معلوم جائز شرعاً فيما يصح للأصيل حق مباشرته بنفسه).

كما عرفها التقنين المدني المصري في المادة (٦٩٩) بأنها : (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانون لحساب موكله) .

ومن خلال التعريفين السابقين يتضح بجلاء أن التحكيم يختلف عن الوكالة [٣] .

فالوكيل بمقتضى عقد الوكالة يقوم بعمله باسم موكله ، وهو بقيامه بالعمل الموكل فيه لا يستقل عن الموكل ولا يملك أكثر مما يملك ، ويلتزم بتعليماته ويخضع لتوجيهاته ، ويقوم بالعمل لصالح موكله ، ولا يستطيع التصرف إلا في حدود الوكالة ،

---

[١] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٧ نقلاً عن فوشار - بند ٢٧ ص ٢٢ ، وبند ٣٢ ص ٢٦ .

[٢] فتحي والي / الإشارة السابقة ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٩ وما بعدها .

[٣] تفصيلاً راجع : مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٨٨ ، أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٣١ ، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / مرجع سابق ص ٣١ وما بعدها ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٣٠ وما بعدها .

ولذلك فإن الوكيل لا يجوز له أن يكون وكيلاً عن طرفين لهما مصالح متعارضة ، ويستطيع الموكل عزل الوكيل بإرادته المنفردة .

أما المحكم فهو لا يفصل في النزاع باسم الطرف الذي اختاره ، وهو مستقل تماماً في أدائه لمهمته عن أطراف النزاع ، وهو يقوم بعمل لا يستطيع الأطراف القيام به وهو الفصل في النزاع، كما أن سلطته تختلف عن سلطة الطرف الذي اختاره فهو يباشر سلطة القضاء ، فمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح للمحكم صفة القاضي ، فلا يمكن لأي طرف التدخل في عمله ، ولا يلتزم باتباع تعليماته ، ولا يستطيع أي طرف عزل المحكم بإرادته المنفردة ، ما دام اختياره تم بالإرادة المشتركة بين الطرفين ، كما لا يجوز ولو كان من الطرف الذي عينه ، ويصدر الوكيل حكمه مطبقاً القانون فلا ينظر إلى مصلحة أي طرف ولو كان الطرف الذي عينه .

المبحث الثالث

مزايا ومساوئ التحكيم

يشترك التحكيم والقضاء في تحقيق هدف واحد وهو تسوية المنازعات بحكم ملزم لأطراف المنازعة ، والتحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات له عدة مزايا دعتها الكثير من الأطراف ، وخاصة في المعاملات التجارية إلى تفضيله على القضاء العادي ، كما يكتنفه عيوب شأنه شأن أي نظام آخر ، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث والذي ينقسم إلى الآتي :

المطلب الأول : مزايا نظام التحكيم

المطلب الثاني : مساوئ نظام التحكيم

المطلب الأول

مزايا نظام التحكيم

أولاً : يوفر التحكيم لأطراف النزاع حرية اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق تحديد الجهة التي يعهد إليها باختيارهم ، الأمر الذي يحقق الأمان والطمأنينة لدى أطراف النزاع ، كونهم يختارون شخصاً محل ثقتهم ليكون قاضياً بينهم

في النزاع ، أما في محاكم الدولة ، فإن الطرف يلتجئ إلى المحكمة دون أن يعرف مقدماً القاضي الذي سينظر قضيته [1] .

ومما يدعم هذه الثقة أيضاً كون اختيار هيئة التحكيم يتم عادة ممن لهم خبرة في مجال النزاع ، فالمحكم على خلاف القاضي لا يلزم أن يكون رجل قانون فالأطراف يختارون محكمين ممن لهم الخبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع [2] .

كما أن اختيار الأطراف للمحكم ليس فقط لأن لديه خبرة خاصة أو فنية في نوع المنازعة إنما قد يكون لديه خبرة قانونية متميزة في مجال القانون ، هذا وإن كان القاضي في محاكم الدولة في الأصل هو من يملك الخبرة القانونية إلا أنه لا تتوافر لديه الخبرة الخاصة والمعرفة الكافية المطلوبة لبعض المنازعات لا سيما المتعلقة بالتجارة الدولية الأمر الذي يجعله بحاجة إلى الاستعانة بخبير يعاونه ويستنير برأيه ، مما يؤدي إلى إهدار كثير من الوقت والجهد يوفرهما نظام التحكيم كون المحكمين قد تم اختيارهم على أساس التخصص والخبرة والدراية بموضوع النزاع .

ثانياً : ونظام التحكيم يمر عادة بدرجة واحدة من درجات التقاضي ، هي العرض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ، وذلك في التشريعات التي لا تجيز استئناف حكم المحكمين كالتشريع اليمني والمصري ، وخاصة أن الأطراف يستطيعون الاتفاق على ميعاد قصير للتحكيم ، مما يؤدي إلى توفير الوقت والاقتصاد في النفقات .

أما الدعوى أمام القضاء في الدولة تمر بمراحل متتالية ، بين المحكمة الابتدائية ، والمحكمة الاستئنافية ، وقد يتلو ذلك الطعن بالنقض أو بالتماس إعادة النظر في حكم الاستئناف ، وربما استخدمت إشكالات التنفيذ كوسيلة لتعطيل أحكام القضاء ، علاوة على ذلك فإن القضاء العادي لا يفصل في النزاع إلا إذا جاء دوره ، وبعد أن ينال من

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ١٤ ، عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة / التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية / مرجع سابق ص ٢٢ .

[2] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٩ .

التأجيلات ما لا يتسع معه صدور الأطراف والتي قد تحكمها اعتبارات اللدد في الخصومة والمماطلة التي تحقق المقولة القائلة : بأن العدالة البطيئة نوع من الظلم [1] .

إضافة إلى ذلك فإن المحكم يكون عادة خبيراً في موضوع النزاع ومتفرغاً للفصل فيه مما يساعده على حسم موضوعه في أقل وقت ممكن ، خاصة وأن جلسات التحكيم تعقد في الأماكن المناسبة لأطراف خلافاً لمواعيد جلسات المحاكم التي يتم تحديدها وفقاً لظروف العمل بالحكم ، كما أن هيئة التحكيم تكون ملزمة بحسم النزاع خلال مدة التحكيم خلافاً لقضاء الدولة الذي يرتبط بكم القضايا المعروضة أمامه [2] .

كما أن التحكيم يتم عادة دون تقيد بإجراءات التقاضي ، عدى ما يتعلق بالنظام العام كحق الدفاع ومبدأ المواجهة ... الخ ، وبذلك يتخلص الخصوم من البطء ا لمعتاد أمام قضاء الدولة [3] .

ثالثاً : للطرفين في التحكيم الحرية في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، فيمكن لهم الاتفاق على تطبيق القواعد القانونية في أي دولة أجنبية أو تلك التي يتضمنها نظام قانوني معين ، أي تطبيق القانون الذي يثقون في سلامة قواعده ، فالمحكم لا يلتزم كالقاضي بتطبيق قانون دولته أو القانون الذي تحيل إليه قواعد الإسناد .

كما يمكن للأطراف الاتفاق على تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية واستبعاد القانون الوضعي ، بل يمكنهم أن يتفقوا على تخويل هيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف وعندئذ لا تلتزم الهيئة بتطبيق القانون بل تفصل في النزاع وفقاً لما تراه محققاً للعدالة ، وهي في هذا يمكنها أن تنتهي إلى حكم يرضي الطرفين ، وتبقى العلاقات الطيبة بينهم ، كذلك للأطراف الاتفاق على الإجراءات التي يرونها مناسبة لحل ما بينهم من نزاع ، وقد يكون نزاعاً بسيطاً لا يتطلب إلا إجراءات بسيطة فلهم الاتفاق على إخضاع التحكيم للإجراءات التي ينص عليها أي قانون إجرائي أو أي نظام إجرائي لمركز من مراكز التحكيم ، حسبما يرونه مناسباً لهم وللنزاع بينهم ، فالمحكم لا يلتزم

---

[1] محمود السيد التحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ١٦ وما بعدها ، فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ١٤ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٩ .

[2] أحمد السيد صاوي / التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولي ٢٠٠٢ ، بدون دار نشر ، آمال الفزايري ، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، المكتب المصري الحديث بالقاهرة ١٩٩٢ .

[3] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ١٣ .

كالقاضي بتطبيق القانون الإجرائي الساري في دولته [1] مما يحقق لنظام التحكيم ميزة المرونة والبساطة في الإجراءات .

رابعاً : إذا كانت العلانية تعد من أهم الضمانات الجوهرية التي ينفرد بها القضاء العادي حيث يوجب القانون أن تتم إجراءات التقاضي في المحاكم علناً ويوجب تلاوة الحكم علناً ويجيز نشره إلا إذا تعلق الأمر بالحفاظ على الآداب العامة أو أمن الدولة وفق تقديم المحكمة المنظور أمامها النزاع ، وهو أمر قد لا يفضله أطراف النزاع ، لما تؤدي تلك العلانية من كشف لأسرارهم المهنية أو لمراكزهم الاقتصادية ، الأمر الذي يلحق بهم ضرراً قد يفوق جسامته خسرانهم للدعوى [2] .

فالأمر على العكس تماماً بالنسبة للتحكيم حيث تعتبر السرية من أهم المزايا ، فتتم جلسات التحكيم بصورة سرية بحيث لا يحضرها إلا أطراف النزاع وممثليهم ، بل تتجاوز السرية أكثر من هذا لتشمل حكم التحكيم أيضاً فلا يجوز نشره إلا بموافقة كتابية من الأطراف ، وهذا ما اشترطه قانون التحكيم اليمني بنص المادة (٤٩) والتي نصت على أنه (لا يجوز بأي حال من الأحوال نشر الحكم أو جزء منه إلا بموافقة كتابية في أطراف التحكيم).

خامساً : نظام التحكيم يعد الوسيلة المثلى للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد والجماعات في العلاقات الدولية ، خصوصاً مع نمو العلاقات التجارية ، وزيادة عدد المشروعات والشركات الدولية ، لأنه يعرضها على هيئة التحكيم خاصة محايدة ، لا تنتمي بوجه خاص لجنسيته معينة للفصل فيه ، يبعث على الثقة فيها ، وفي أحكام التحكيم التي تصدرها [3] وتدل التجربة على قبول ، وتنفيذ أحكام التحكيم من جانب الخصوم أيسر من قبولهم وتنفيذهم لأحكام القضاء ، نظراً لما تتمتع به أحكام المحكمين من ثقة [4] .

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ١٤ وما بعدها ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ١٠ وما بعدها ، محمود السيد التحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٤ وما بعدها .

[2] عاشور مبروك / النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ط ٢ ١٩٩٨م ص ١٢ .

[3] محمود السيد التحيوي / الطبيعة ا لقانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ١٢ .

[4] أحمد مليجي / تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس ١٩٧٩ ص ٢٠٩ وما بعدها .

سادساً : ونظام التحكيم وإن كان يستهدف بالدرجة الأولى المصلحة الخاصة للأفراد والجماعات ، وذلك عن طريق حل منازعاتهم بأيسر الطرق وأسهلها .

إلا أن فائدته تبد واضحة بالنسبة للمصلحة العامة حيث أنه يؤدي إلى قطع الخصومات وإزالة المثالب التي تترتب على قيامها مما ينعكس أثره على سيادة الطمأنينة وإشاعة روح الود والوئام والتماسك بين أفراد المجتمع [1] ومن جهة أخرى فإن اتجاه الأفراد لحسم منازعاتهم عن طريق التحكيم كوسيلة بديلة للقضاء من شأنه تخفيف العبء على قضاء الدولة وتمكينهم من التفرغ للفصل في بقية المنازعات الأخرى .

المطلب الثاني

مساوئ نظام التحكيم

على الرغم لما لهذا النظام من مزايا إلا أنه لا يخلو من المساوئ أو المثالب التي قد تلحق به ، وأهمها :

١- في التحكيم ، يتحمل الأطراف مصاريف التحكيم وكذا أتعاب المحكمين لا سيما في المنازعات التجارية الدولية التي تتطلب في أغلب الحالات تنقلهم من دولة إلى أخرى وغيره من النفقات فيتكبد الأطراف مبالغ طائلة .

وفي أغلب الأحوال تتجاوز هذه المصاريف مصاريف التقاضي حيث لا يدفع الأطراف أتعاباً للقاضي ، فالدولة تدفع مرتبات للقضاة - لا يتحمل المدعي ابتداء إلا الرسوم المقررة قانوناً - ولا يحكم بالمصاريف إلا على من يخسر الدعوى بعد انتهاء الخصومة بحكم نهائي [2] .

٢- قد تطول الإجراءات في التحكيم عن الإجراءات أمام المحاكم ، بسب عدم قيام أحد الطرفين بتعيين المحكم الذي له اختياره ، أو عدم اتفاق الطرفين على المحكم الوحيد ، أو عدم الاتفاق على رئيس الهيئة أو بسبب التمسك ببطلان الاتفاق ، أو عدم شموله لما يثار

---

[1] تفصيلاً راجع : عاشور مبروك / النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، مرجع سابق ص ١٤ وما بعدها .

[2] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ١٦ ، أحمد مليجي / تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي / مرجع سابق ص ٢١٠ ، عاشور مبروك / النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٥ ، محمود السيد التحيوي / الصلح والتحكيم ، مرجع سابق ص ٢٦ .

في التحكيم من منازعات [1] ، وحتى وإن تمت إجراءات التحكيم في الميعاد المحدد في الاتفاق وصدر حكم التحكيم ، فإذا لم يتم تنفيذه طواعية من قبل أطرافه ، فإن ذلك يؤدي إلى ظهور مشكلة اصطدام هذا الحكم بعدم تنفيذه ، وتعد هذه المشكلة من أكثر المشاكل التي تواجه حكم التحكيم من الناحية العملية ، فالطرف الذي كسب الدعوى لا يعنيه كسبها لمجرد الكسب ، بقدر ما يعنيه الحصول على حقه أي بما حكمت به هيئة التحكيم لصالحه ، وهذا يعني عودة أطراف النزاع إلى القضاء لوضع الصيغة التنفيذي والتي تتطلب شروطاً للتنفيذ فيكون الأطراف أمام إجراءات قضائية حاولوا الهروب منها بداية وفرضت عليهم نهاية ، ومن ناحية أخرى إذا لم تتوافر الشروط التي اشترطها القانون للأجر بتنفيذ أحكام المحكمين فإن ذلك سيؤدي - بداهة - إلى عودة الأطراف إلى نقطة البداية واعتبار التحكيم كأن لم يكن [2] وهذا من شأنه إطالة أمد النزاع وإهدار الوقت والجهد والنفقات ، كما قد يواجه الأطراف مشكلة أخرى ، إذ غالباً ما يلجأ الأطراف بعد التحكيم إلى المحاكم منازعين في صحة التحكيم أو طاعنين في عمل المحكمين لتجاوز حدود ولايتهم أو غير ذلك من الأسباب التي يجيز القانون بناء عليها حقهم في الإبقاء إلى القضاء [3] مما يؤدي بدوره إلى إطالة أمد النزاع.

٣- لا يتسع نطاق خصومة التحكيم سواء من حيث موضوعها أو أشخاصها ، فلا يجوز للطرفين تقديم طلبات مرتبطة إلا في حدود ما اتفقا عليه مسبقاً في اتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم) ، وإن كان هذا النطاق يبدو واسعاً في شرط التحكيم أكثر منه في مشارطة التحكيم ، ورغم ذلك فإنه لا يجوز للأطراف توسيع نطاق سلطتهم في تقديم تلك الطلبات المرتبطة إلا بقيود [4] .

ولأن نطاق خصومة التحكيم يتحدد بأطراف الاتفاق على التحكيم ، فلا يجوز لأي من الخصوم أن يختصم أمام هيئة التحكيم من ليس طرفاً في الاتفاق سواءً كان هذا الاختصام ابتداء أو بإدخاله في الخصومة .

---

[1] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[2] حيث نصت المادة (٦٠) من قانون التحكيم اليمني على أنه (لا يجب الأمر بتنفيذ حكم المحكمين إلا بعد التحقق مما يأتي : (أ) أن يكون نهائياً وقابلاً للتنفيذ ، (ب) أن لا يتعارض مع حكم نهائي في سبق صدوره من المحاكم ، (ج) أن يكون صادراً وفقاً لأحكام هذا القانون.

[3] أحمد مليجي / تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي ، مرجع سابق ص ٢١١ .

[4] تفضيلاً راجع : فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٤٥ .

أما نطاق الخصومة أمام القضاء يمكن أن يتسع سواء من الناحية الموضوعية (الطلبات المرتبطة) أو من ناحية الأشخاص (تدخل الغير واختصاصه) دون رضاهم جميعاً [1] .

٤- في التحكيم قد يتولى الفصل في النزاع شخص أو أشخاص تنقصهم الخبرة أو الكفاءة ، نظراً لأن المحكم غالباً ما يكون من رجال الأعمال أو المتخصصين في موضوع معين ، وبالتالي تكون خبرته القانونية ضئيلة للغاية لدرجة أنها لا تسعفه في بعض الحالات للوصول على العدالة الحقة والمبتغاة [2] بينما أمام قضاء الدولة فالأمر يختلف حيث يتولى الفصل في النزاع قاضي مؤهل قانونياً ومحترف وأكثر قدرة على الفصل فيه .

٥- يتميز حكم التحكيم بعدم قابليته للطعن بأي طريق من طرق الطعن التي ينص عليها قانون المرافعات إلا بدعوى البطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر ، وهذا هو الحاصل في معظم التشريعات ومنها القانون اليمني والمصري .

مما يعني مصادرة حق الخصوم في تقويم مسار العدالة أخفقت لسبب أو لآخر في حين أن حكم القاضي يكون غالباً قابلاً للطعن فيه ، فيمكن إعادة طرح موضوع النزاع أمام محكمة الاستئناف ثم الطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر مما يتيح الفرصة للخصوم للوصول إلى حل عادل [3] .

---

[1] فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ٢٠٠٨م .

[2] أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٢١٠ ، عاشور مبروك / النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٤ .

[3] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ١٧ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٧ .

الباب الأول

ماهية حكم التحكيم

وإصداره وآثاره

الباب الأول

ماهية حكم التحكيم وإصداره وآثاره

تمهيد وتقسيم :

تنتهي خصومة التحكيم بصدور حكم في الموضوع منهي للخصومة ، وقد تنتهي بحكم إجرائي غير منهي للخصومة ، كما قد تنتهي بدون صدور حكم في موضوعها وذلك بانتهاء مدة التحكيم ، ويعتبر حكم التحكيم المنهي للخصومة هو ثمرة هذه الخصومة التي يتوق إليها أطراف النزاع ، وبصدور هذا الحكم نكون قد وصلنا إلى نهاية الخصومة وما قصده الأطراف ، وبالتالي يترتب عليه آثار هامة شأنه شأن الأحكام القضائية تتمثل بحجية الأمر المقضي والاستنفاد وبذلك تستقر الحقوق المتنازع عليها بموجبه .

وعلى ذلك سنتكلم في هذا الباب عن حكم التحكيم من حيث ماهيته وإصداره وآثاره من خلال ثلاثة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول : ماهية حكم التحكيم

الفصل الثاني : إصدار حكم التحكيم

الفصل الثالث : آثار حكم التحكيم

الفصل الأول

ماهية حكم التحكيم

الفصل الأول
ماهية حكم التحكيم

يقتضي لمعرفة أي موضوع التعرف على مفهومه وأنواعه وطبيعته لذلك نتكلم في هذا الفصل عن تعريف حكم التحكيم وأنواعه وطبيعته القانونية في ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول : تعريف حكم التحكيم.

المبحث الثاني : أنواع حكم التحكيم .

المبحث الثالث : الطبيعة القانونية لحكم التحكيم .

المبحث الأول
تعريف حكم التحكيم

استقرت اتجاهات الفقه عند دراستهم لأي تعريف إلى استعراض التعريف اللغوي ثم الاصطلاحي ولن نخرج على ذلك ، ولهذا سنحاول تعريف الحكم ، عند علماء اللغة ثم في الاصطلاح الشرعي ثم في بعض التشريعات على التوالي :

يعرف الحكم في اللغة : الحكم بضم الحاء يطلق في اللغة على القضاء ، وبالفتح يطلق على المنح ، وقد سمي القاضي حاكماً لأنه يمنع الظالم عن ظلمه [1] .

أما في الاصطلاح الشرعي : نلاحظ أن معظم كتب الفقه الإسلامي تطلق مصطلح حكم على القضاء ، ولهذا يمكن تعريف الحكم عند جمهور الفقه الإسلامي بما يلي (الحكم هو فصل خصومة قضائية بقول أو فعل يصدر عن قاضي أو من في حكمه في حدود ولايته على سبيل الإلزام بحكم الشرع) [2] .

---

[1] الفيروز أبادي / القاموس المحيط ، باب الميم فصل الحاء .

[2] سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني ، مركز الصادق صنعاء اليمن ط ٣ ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ ص ٥٢٤ وما أشار إليها من مراجع شرعية .

ويعرف في الفقه القانوني حكم التحكيم : من استقراء بعض التشريعات المنظمة للتحكيم، نلاحظ أن معظم التشريعات والمعاهدات الدولية مثل معاهدة نيويورك ١٩٥٨ ، وقواعد (اليونسترال) لم تضع تعريفاً لحكم المحكم [١] ولم يتضمن قانون التحكيم اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م وتعديلاته ، وقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م وتعديلاته تعريفاً لحكم المحكمين ، والحال كذلك في معظم قوانين المرافعات ومن استقراء قانون المرافعات المصري نلاحظ أنه قد خلا من نص خاص يعرف الحكم بصفة عامة [٢] أما قانون المرافعات اليمني فقد عرف الحكم بالمادة (٢٢٧) مرافعات بأنه (قرار مكتوب صادر في خصومة معينة من ذي ولاية قضائية شرعية أو قانونية) .

ويلاحظ أن القانون اليمني أخذ بالاتجاه الموسع لتعريف الحكم ، وهذا التعريف محل نظر كونه لم يحدد بوضوح الأركان التي يرتب على تخلفها انعدام الحكم القضائي ، كما أن الخصومة التي وردت في المادة (٢٢٧) قد تكون خصومة ولائية ولا تعتبر حكماً قضائياً بالمعنى الدقيق ، وبأنها وصفت الحكم بأنه قرار مكتوب ولكنها لم تقيد الكتابة بالتوقيع أو باكتمال التوقيع ، فقد يكون قراراً مكتوباً ولكنه غير مكتمل التوقيع بسبب رفض أحد أعضاء هيئة الحكم التوقيع عليه ، ويضاف إلى ذلك أن التعريف لم يقيد الحكم بصورة بالطريقة التي يصدر بها الأحكام ليميز بينه وبين الأوامر الولائية التي يصدرها القاضي [٣] .

ولهذا نرى أنه ما كان ينبغي على المشرع إقحام نفسه في أمور فقهية ، باعتبار أن التعريفات من مهمات الفقه ، وعليه نستحسن القانون المصري الذي لم يقحم نفسه في التعريفات .

وقد خصصت معظم التشريعات حكم التحكيم باصطلاح خاص به بأن عرفت المجرد (حكم) بأن أضافت غليه حكم التحكيم ، فصار من مجرد إلى معرف ، لا نفياً لصفته

---

[١] راجع في هذا التعريف : حفيظة الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة والدولية ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ، ١٩٩٧م ص ١٨ .

[٢] ويعرف الحكم بصفة عامة (كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية ، وذلك أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم) .

[٣] سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني ، مرجع سابق الحاشية ص ٥١٤ .

كحكم ، وإنما تمييزاً له عن أعمال القضاء ، سواءً كانت أحكاماً أو أوامر قضائية ، وبالأخص عن الأحكام القضائية بمسمياتها المختلفة .

وتبدو أهمية تعريف حكم المحكم بالنسبة للآثار المترتبة على وصف القرار الصادر عن المحكم كون هذا الحكم وحده الذي يولد آثار محددة في القانون ويطعن عليه بطرق الطعن التي يحددها المشرع [١] .

وقد أورد الفقه تعريفات عديدة للأحكام بصفة عامة ولأحكام التحكيم بصفة خاصة ، ولهذا يذهب البعض للأخذ بتعريف موسع للأحكام القضائية بحيث تشمل القرارات الولائية التي تصدرها المحاكم والقرارات المتعلقة بتنظيم الخصومة ، كقرارات التأجيل أو تشكيل الدوائر وتحديد الجلسات [٢] ، والبعض الآخر يعرف الحكم مستبعداً من مفهومه القرارات التنظيمية والإدارية والأعمال الولائية التي تصدرها المحاكم [٣] .

وانطلاقاً من التعريف الموسع للأحكام القضائية ، ذهب الفقه إلى وضع تعريف موسع لحكم المحكمين بأنه (القرار الصادر من المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي ، في المنازعة المعروضة عليه) سواءً تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسالة تتصل بالإجراءات ، أدت بالحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة [٤] .

وانتقد هذا التعريف على أساس أن هذا الاتجاه من شأنه التوسيع من نطاق حكم التحكيم على نحو يجعله يشمل ليس فقط الأحكام التي تفصل في المنازعة على نحو ك لي بل أيضاً تلك التي تفصل في أحد عناصر المنازعة بشكل جزئي [٥] .

وإلى جانب التعريف الموسع السابق ذهب اتجاه إلى تعريف حكم المحكم بشكل ضيق بأنه هو (القرار الصادر من المحكم والذي يفصل في طلب محدد وتنتهي به الخصومة بشكل

---

[١] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ص ٢٨٢ ، حفيظة الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ١٩ .

[٢] في التعريف الموسع للحكم القضائي راجع : أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٣٧ .

[٣] تعريف الحكم القضائي بالتعرف المضيق راجع : نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٨٢ ، حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٠ ، ٢٢ .

[٤] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ١٦ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم مرجع سابق ص ٢٨١ وما بعدها .

[٥] حفيظة الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ١٩ ، وفي المعنى ذاته : نبيل إسماعيل عمر / التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ص ٢٨١ .

كلي أو جزئي منازعة التحكيم) وطبقاً لهذا الاتجاه فكل ما يصدر من المحكم في غير خصومة لا يعد حكم محكم مثال ذلك قرارات تحديد زمان ومكان جلسات التحكيم أو التأجيل ، كذلك قرارات إعداد القضية للفصل فيها لا تعد أحكاماً مثل قرارات ندب خبير أو قرار يتضمن معانيه بضائع أو سماع شاهد [1] .

وهناك اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين يعرف حكم المحكم بأنه (القرار الذي يحسم المنازعة المعروضة أمامه بعد التحقق من الادعاءات والمستندات والدفوع التي يبديها الخصوم وفقاً لقواعد قانون التحكيم واتفاق الخصوم) [2] .

وهذا التعريف يذهب إلى أن للمحكم الحق في إصدار أحكام موضوعية وإجرائية طبقاً لقواعد القانون ونحن نعرف حكم المحكم بأنه (قرار مكتوب يصدر من محكم وبناء على اتفاق تحكيم لحسم نزاع بالشكل المقرر في القانون ، وقابلاً لأن يرتب آثاره مماثلة لتلك الخاصة بالأحكام القضائية كالحجية والقوة التنفيذية) .

ومن خلال التعريف السابق يتضح لنا أن حكم المحكم ثلاثة أركان أساسية :

١- أن يصدر حكم التحكيم كتابة وفقاً لقانون التحكيم .

٢- أن يصدر حكم التحكيم من ذي ولاية على اتفاق التحكيم

٣- أن يصدر حكم التحكيم في خصومة (مبدأ المواجهة) .

وهذه الأركان هي مكونات حكم المحكم اللازمة لأداء المحكم لوظيفته القانونية حيث إذا فقد الحكم ركناً من هذه الأركان فقد هذه الطبيعة القانونية فيكون منعدماً [3] أما إذا فقد شرطاً من شروط صحته فإن الحكم يكون له وجود قانوني ، لكنه وجود معيب يترتب

---

[1] نبيل إسماعيل عمر / الإشارة السابقة ، أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ط ١٩٩٨م ص ٤٢ وما بعدها .

[2] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٣٧٩ .

[3] أحمد أبو الوفاء / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٢٣١ حيث يقول سيادته رحمة الله عليه (الحكم المعدوم هو والعدم سواء لا يترتب أي أثر قانوني ، ولا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه ، وإنما يكفي انكساره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء ، ويجوز رفع دعوى مبتدئة بطلب انعدامه ولا تزول حالة الانعدام بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحاً أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك وعلى ذلك : فالحكم المنعدم هو الذي فقد ركناً من أركانه فإنه لا يترتب لعيه أي أثر قانوني ولا يتحصن بمرور مدة الطعن ، راجع تفصيلاً في فكرة الانعدام : نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ص وما بعدها .

عليه البطلان الذي قد يتحصن بمرور مدة الطعن [1] بمعنى آخر يخضع للجزاءات المقررة في قانون التحكيم ، وفي حالة خلوه يطبق عليه القواعد المقررة في قانون المرافعات التي تتمشى مع نظام التحكيم ، مثل جزاء الانعدام المقرر بالمواد (٥٥ على ٥٨) من قانون المرافعات اليمني [2] .

وإذا كان الانعدام المقرر أصلاً بقانون المرافعات اليمني طبقاً للمواد (٥٥ - ٥٨) مرافعات ، إلا أنه يمكن إعماله وتطبيقه على حكم التحكيم باعتبار أن التقارب بين جزء الانعدام والبطلان يكمن في إلغاء الحكم سواء كان عن طريق أسباب الانعدام أو البطلان وبالتالي يمكن إرجاع جميع أسباب الانعدام إلى أسباب البطلان مع ملاحظة أنه في حالة انعدام حكم التحكيم لا يتحصن وبالتالي يمكن رفع دعوى ببطلانه لسبب الانعدام في أي وقت .

مما سبق يتضح من تعريفنا للحكم التحكيمي ضرورة توازنيه أركانه وشروطه ، بحيث تؤدي تخلف أحد أركانه إلى الانعدام ، كما يؤدي تخلف بعض شروطه المحددة على سبيل الحصر إلى بطلانه ، ويمكن دمج أسباب انعدامه في أسباب دعوى البطلان كما سيأتي .

غير أنه في حالة طلب الانعدام فلا يتحصن الحكم بالحجية طبقاً للمواد (٥٦ ، ٥٨) من قانون المرافعات ، وبالتالي يجوز رفع دعوى البطلان في أي وقت ، وإلى اعتبار الحكم تصرف إرادي من المحكم ينبغي توافر صفة القائم بالعمل والمتمثلة بولايته المستمدة من اتفاق الأطراف ، وتخلف أو تعيب إرادة المحكم يؤدي إلى انعدام الحكم التحكيمي أو بطلانه .

---

[1] سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٥١٥ .

[2] مع ملاحظة أن القانون المصري لم يقر جزاء الانعدام رغم استقرار القضاء المصري على الأخذ به راجع في ذلك : نقض مصري في ١٩٦٦/٢/٢٤م - ٧ - ٤١٢ ، في ١٩٦٧/٥/٢م - ١٨ - ٩٣١ ، استئناف المنصورة ٣ يناير ١٩٦٢م المجموعة الرسمية ص ٦٠ ٥٩٠ مشار إلى هذه الأحكام لدى أحمد أبو الوفا نظرية الأحكام مرجع سابق ص ٣٣٩ الحاشية رقم (٣) نقض ١٩٧٦/١٠/٢٦م المجموعة ٢٧- ١٤٨٤ نقض ١٩٧٩/٢/١٤ ٣٠ - ٥٢٠ ، نقض ١٩٧٧/٤/١٣ المجموعة ٢٨ - ٩٦٢ مشار إليهم فتحي والي / نظرية البطلان ، مرجع سابق ص ٥٢١ الحاشية رقم (٢ ، ٣) - نقض ١٩٧٩/٢/١٤م ، نقض ١٩٨٢/٣/٢ مشار إليهم نفس المؤلف ص ٥٢٢ الحاشية رقم (٤ ، ٥) نقض ١٩٧٣/١١/١٧ - المجموعة - ٢٤ - ١٠٦٠ ، نقض ١٩٦٥/٣/٢٥ - المجموعة ٤١٣/١٦ ، ١٩٧٠/١/٢٢ - المجموعة ٢١ - ١٦٧ ، ١٩٧٥/١٢/٣م - المجموعة ٢٦ - ١٥٢٧ مشار إليهم نفس المؤلف ٥٢٣ ، نقض ١٩٧٢/٣/٧ - المجموعة ٢٣ - ٣١١ ، ١٩٧٧/٤/١٣ ، المجموعة ٢٨ ، ٩٦٢ ، ١٩٧٧/٤/٢٧ - المجموعة ٢٨ - ١٠٦٠ مشار إليهم نفس المؤلف من ذات الصفحة الحاشية رقم (٣) .

المبحث الثاني

أنواع حكم التحكيم

يملك الحكم إصدار أحكام مختلفة [١] فله إصدار أحكام قطعية وغير قطعية ، ويملك إصدار أحكام موضوعية وأحكام إجرائية صادرة قبل الفصل في الموضوع ، كما يملك إصدار أحكام تتعلق بسير الإجراءات أمامه أو تتعلق بإثبات الدعوى ، أي أن للحكم وهو في سبيل حسم خلافات الخصوم سلطة إصدار أي حكم يتفق مع حقيقة مطلوبهم ويتمشى مع أسس المرافعات [٢] .

وهناك تقسيم للأحكام على أساس حضوري وغيابي في التشريعات التي تجيز الطعن من خارج الخصومة للأحكام الغيابية ، ورغم ذلك ليس لهذا التقسيم معنى خاص بصدد أحكام المحكمين ، حيث لا يشترط حضور الخصوم في جلسات التحكيم ، كما أنه لا يشكل خصوصية معينة بصد الطعن فيه بطريق خاص [٣] ذلك أن اللجوء إلى التحكيم يتم باتفاق الخصوم فلا يتصور أن يدعي أحد الخصوم عدم علمه بقيام خصومة التحكيم ولا يحق تبعاً لذلك الحديث عن هذا النوع من الأحكام .

أولاً : الأحكام القطعية والأحكام غير القطعية :

هناك رأي مهجور يجري تقسيمات الأحكام غير القطعية إلى أحكام تمهيدية وأحكام تحضيرية ، غير أن الفقه السائد الآن لا يعتد بهذا التقسيم .

والحكم القطعي هو الحكم الذي فصل في مسألة فصلاً لا يجوز الرجوع فيه [٤] سواءً كانت متعلقة بموضوع الدعوى أو جزء منه ، أو متعلقة بمسألة متفرعة عنها ، فقطعية الحكم ليست سوى صفة ، أو حالة قانونية له تعني عدم جواز المساس به بعد إصداره من المحكمة أو هيئة التحكيم التي أصدرته [٥] .

---

[١] أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٤٩٥ .

[٢] أحمد أبو الوفا / عقد التحكيم وإجراءاته ، مرجع سابق ص ٢٧٢ .

[٣] نبيل إسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ص ٢٨٦ ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ١١٧ .

[٤] استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٢٣م غير منشور .

[٥] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٥٠٧ ، راجع تفصيلاً في الحكم القطعي ، أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام ، المرجع السابق ص ٥٣١ ، فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ص ٥٤٥ ، نبيل

أما الحكم غير القطعي : فهو الذي لا يحسم موضوع القضية ولا جزء منه ولا مسألة متفرعة عنه وإنما تقتصر وظيفته على تنظيم الخصومة وإجراءات الإثبات [1] ولا تستنفذ المحكمة أو هيئة التحكيم ولايتها بصورة [2] وقد يشتمل الحكم الواحد على قرارين أحدهما قطعي والآخر غير قطعي .

وتبدو أهمية التمييز بين الحكم القطعي وغير القطعي من ناحيتين :

أولهما : أن الحكم القطعي لا يستطيع القاضي أو المحكم العدول عن حكمه لأنه يستنفذ ولايته فيه ، ولا يتم الطعن فيه إلا بالطرق المقررة قانوناً ، ويجوز حجية الأمر المقضي إذا كان فاصلاً في الموضوع م (٢٣٣) مرافعات ، وإذا كان فاصلاً في الإجراءات فإنه لا يجوز الحجية [3] ولكن يرتب أثراً إجرائياً وهو استنفاد المحكمة أو هيئة التحكيم لولايتها ، فال تستطيع أن تعدل عنه ولا أن تنظر النزاع مرة أخرى ، أما الأحكام غير القطعية فلا يترتب لها أي حجية ولا الاستنفاد وبالتالي يجوز العدول عنها أو تغييرها .

ثانيهما : لا تسقط الأحكام القطعية بسقوط الخصومة ، أو بانقضاء الخصومة ، أو باعتبارها كأن لم تكن في معظم التشريعات كالتشريع المصري م ( ) مرافعات ، ولم يرد مثل هذا النص في القانون اليمني ، ولكن ينبغي الأخذ به بدون نص باعتبار أن الأحكام القطعية لها قوة إجرائية ، ولذلك نوصي المشرع بضرورة النص على ذلك حينما يتسنى له أي تعديل أو تغيير في قانون المرافعات ، وذلك على عكس الأحكام غير القطعية (التمهيدية أو التحضيرية) فهي تسقط بسقوط الخصومة ، وتزول بزوالها .

ثانياً : الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية :

الأحكام الموضوعية : هي الأحكام الفاصلة في الموضوع ، أي الأحكام التي تفصل في الطلبات والدفوع الموضوعية المثارة في خصومة التحكيم ، وسواء كانت صادرة برفض

إسماعيل عمر ، التحكيم ، مرجع سابق ص ٣١٥ ، سعيد خالد الشرعبي ، أصول قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ص ٥١٩ وما بعدها .

[1] أحمد أبو الوفاء / المرجع السابق ص ٥٥٧ .

[2] راجع تفصيلاً في ذلك / أحمد أبو الوفا .

[3] تفصيلاً راجع : أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٤٩٨ ، نبيل إسماعيل عمر ، التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٣٥ ، راجع : نص المادة (٥٦) تحكيم يمني ، نص المادة (٥٥) تحكيم مصري .

الطلبات أو رفض الدفع الموضوعي أو إجابة المدعي إلى طلباته كلها أو بعضها [1] وسواءً كانت بشأن حماية موضوعية أو بشأن حماية وقتية ، في التشريعات التي تجيز للمحكم الفصل في الطلبات الوقتية ، كالتشريع المصري م (٤٢) وفي الأولى تكون إما أحكاماً مقررة أو منشأة أو بإلزام ، مع الإشارة أن المحكم يفقد سلطة الأمر وإصداره لأحكام مستعجلة أو باتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية تبنى على هذه السلطة فيكون ممنوعاً فيه كقاعدة عامة [2] وهذا هو عين ما قرره المشرع اليمني ، فقد منع المحكمين من إصدار الأحكام الوقتية .

أما الأحكام الإجرائية : فهي الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، وهي الأحكام التي تفصل في مسائل أثيرت أثناء سير الخصومة ، أي أنها تفصل في مسألة إجرائية ، ومن أمثلتها الأحكام الصادرة بالاختصاص ، أو بطلان إجراءات الخصومة ، أو بإجراءات الإثبات لإعداد الخصومة للحكم فيها ، أو انتداب خبير [3] والحكم بعدم القبول ، فمثلاً يمكن الحكم بعدم قبول طلب لا يدخل في نطاق ولايته واختصاصه ، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بالإحالة إلى جهة قضائية أو إلى هيئة تحكيم أخرى ولا يدفع أمامه وإذا قدم كان غير مقبول الخصوصية نظام التحكيم [4] ولهذا نصت المادة (٢٨) تحكيم يمني على أنه (تختص لجنة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها بما فيها الدفع المقدم بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله موضوع النزاع ، وإذا فصلت لجنة التحكيم في الدفع برفضه جاز الطعن في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف خلال الأسبوع التالي لإخطار الطاعن بالحكم) [5] .

وتبدو أهمية التفرقة بين الأحكام الصادرة في الموضوع والأحكام الإجرائية من ناحيتين :

---

[1] محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ١١٨ ، راجع : نص المادة (٤٢) تحكيم مصري حيث نصت على أنه (يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للحكومة كلها).

[2] نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٨٤ ، عكس ذلك : فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٩٩ وما بعدها .

[3] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٥٠٦ ، سعيد خالد الشرعبي ، أصول قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ص ٥١٩ .

[4] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٨٤ .

[5] راجع نص المادة (٢٢) تحكيم مصري.

أولهما : أن الأحكام الأولى تعتبر قضاءً موضوعياً ، وترتب حجية الأمر المقضي ، أما الأحكام الإجرائية فلا ترتب حجية الأمر المقضي ، وإنما تنحصر قوتها وأثرها داخل الإجراءات التي صدرت خلالها ، أي تستنفد هيئة التحكيم ولايتها بصدورها [١] .

ثانيهما : أن الأحكام الموضوعية المنهية للخصومة يطعن فيها على استقلال ، أما الأحكام الإجرائية لا يطعن فيها إلا مع الحكم المنهي للخصومة ما لم تكن منهية للخصومة ، أو كان القانون أجاز الطعن فيها قبل صدور الحكم المنهي للخصومة [٢] .

ثالثاً : الأحكام المنهية للخصومة والأحكام غير المنهية للخصومة :

تنقسم الأحكام من حيث قابليتها للطعن المباشر إلى أحكام منهية للخصومة وأحكام غير منهية للخصومة م (٢٧٤) مرافعات يمني .

والحكم المنهي للخصومة : هو الحكم الذي يؤدي إلى انقضاء الخصومة وزوالها ، سواء كان حكماً فاصلاً في الموضوع ، أو كان حكماً إجرائياً في الخصومة ، فهو الحكم الذي ينتهي به موضوع الخصومة الأصلية برمته بالنسبة لجميع الأطراف ، وليس الحكم الذي يصدر في شق منها أو مسألة عارضة عليها أو فرعية متعلقة بالإثبات ، أي هو الحكم الذي ينهي الخصومة كلها [٣] .

وعلى ذلك فللمحكم سلطة إصدار أحكام موضوعية وإجرائية كما سبق ، بمعنى آخر للمحكم سلطة الفصل في موضوع النزاع والمتعلقة بإجراءات ، وهو ما نصت عليه المادة (٢٨) تحكيم يمني للمحكمين سلطة إصدار أحكام إجرائية دون الفصل في موضوعها ، ولها في سبيل ذلك أن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص ، أو الدفع ببطلان اتفاق التحكيم ، وقد ترى ضم هذه الدفوع إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً بحكم منهي للخصومة كلها.

أما الحكم غير المنهي : فهو الذي يصدر خلال الخصومة دون أن يؤدي إلى انقضائها سواءً كان حكماً موضوعياً كالحكم بمبدأ التعويض مع إرجاء تحديد مقداره بمعرفة الخبير أو كان الحكم في دفع موضوعي أو بصحة العقد ، أو الحكم في بعض الطلبات مع

---

[١] أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٤٦١ ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ١١٨.

[٢] أحمد أبو الوفا / الإشارة السابقة .

[٣] راجع : أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٦٤٣ ، فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ص ٦٠٠ ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٥١٠ .

تأخير الفصل في بعضها الآخر ، أو كان حكماً إجرائياً كالحكم بوقف الخصومة أو رفض الدفع بسقوط الخصومة [1] .

وتتضح أهمية التمييز بين الأحكام المنهية للخصومة والأحكام غير المنهية للخصومة :

من خلال أن الأحكام المنهية تقبل الطعن فيها مباشرة بمجرد صدورها ، أما الأحكام غير المنهية كأصل فلا تقبل الطعن الفوري المباشر ، وإنما يتم الطعن فيها كقاعدة عامة مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة م (٢٧٤) مرافعات يمني [2] ، مع ملاحظة أن بعض الأحكام غير المنهية للخصومة تقبل الطعن استقلالاً طبقاً لنص المادة السابقة وكذا نص المادة (٢٨) تحكيم يمني ، وهذا ما سنتكلم عنه لاحقاً .

رابعاً : أحكام التحكيم الاتفاقية :

وهي الأحكام الصادرة بناءً على اتفاق الخصوم في وثيقة التحكيم أو غيرها وأثناء سير الخصومة والإجراءات على تسوية النزاع وإثبات ذلك أمام هيئة التحكيم التي تصدر قراراً بتنظيم التسوية المتفق عليها وتنهي بها الإجراءات ويكون لهذا الحكم ما للأحكام من قوة [3] ، والميزة التي يستهدف هذا الإجراء تحقيقها هي تمتع الاتفاق الذي تم بين الأطراف بالحجية والآثار المترتبة على الحكم التحكيمي [4] ويعتبر هذا القرار حكماً اتفاقياً ، تمييزاً له عن حكم التحكيم الذي تصوره الهيئة بناء على تداول أعضائها ، ويلاحظ أن الأطراف ليسوا مجبرين على طلب إثبات تسوية الاتفاق حسب اتفاقهم على ذلك ، وصدور قرار بها من الهيئة ، فلهم الاكتفاء بما تم الاتفاق عليه وطلب إنهاء الإجراءات ، عن طريق حكم يصدره المحكمون استناداً إلى قناتهم وتداولهم وليس إلى اتفاقهم على التسوية الودية ، غير أنه إذا تمت التسوية الودية خارج إجراءات التحكيم ودون تدخل المحكمين في هذه الحالة لا يتمتع الاتفاق الذي تم التوصل إليه بصفة (حكم) التحكيم ، ولا يصح كسند تنفيذي إلا إذا استوفى الشروط اللازم توافرها في هذه السندات وفقاً لقواعد قانون المرافعات [5] .

---

[1] سعيد خال الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني / مرجع سابق ص ٥٢٢ .

[2] يفهم من نص المادة (٢٧٤) : أن الأحكام غير المنهية للخصومة لا يجوز الطعن فيها فور صدورها ما عدى الأحكام المستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والقابلة للتنفيذ الجبري والصادرة في الاختصاص يجوز الطعن فيها فور صدورها ، راجع في ذلك : نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٥١١ ، سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٥٢٢ .

[3] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ص ٢٨٦ .

[4] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٦ .

[5] محمود مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص ١٧٣ وما بعدها .

ولهذا يذهب الفقه إلى أن سند هذا النوع من الأحكام هو نص المادة (٤١) من قانون التحكيم المصري والتي تنص على أنه (إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن يطلب إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم الذي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر قراراً يتضمن شروط التسوية ونية الإجراءات ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة تنفيذية) .

ويقابل هذا النص المادة (٤٦) من قانون التحكيم اليمني ، إلا أن النص في القانون اليمني ورد على أنه (إذا اتفق طرفا التحكيم على تسوية النزاع خلال سير إجراءات التحكيم فعلى لجنة التحكيم إنهاء الإجراءات وإثبات اتفاق التسوية في صورة وثيقة منهية للخلاف) والمصطلح الوارد في النص (وثيقة منهية للخلاف) لا يستقيم مع مفهوم حكم التحكيم الاتفاقي لأنه يفهم من النص الخلط بين التصرف أو إرادة المحكم لإصدار قرار أو حكم منهي للنزاع استناداً إلى اتفاق الخصوم سواءً بوثيقة التحكيم أو باتفاق لاحق .

أداة إثباته أو الورقة التي يثبت فيها الحكم ، لأن معنى وثيقة هنا يقصد بها حكم المحكم المستند إلى اتفاق الأطراف بالتسوية ، وكان ينبغي على المشرع النص على أن الحكم يصدر قراراً أو حكماً تحكيمياً يستند إلى اتفاق الأطراف ، وعلى ذلك نوصي المشرع بتعديل هذا النص لكي يستقيم مع المنطق القانوني السليم والمصطلحات الإجرائية الخاصة بالتحكيم.

خامساً : أحكام التحكيم الإضافية :

الأحكام الإضافية : هي الأحكام التي يصدرها المحكم بعد إصداره للحكم المنهي للخصومة ، أي بعد انتهاء ولايته ، وهي استثناء من مبدأ استنفاد المحكم لسلطته ومنها أحكام التصحيح والتفسير [١] ويذهب الفقه إلى أن سند هذا النوع من الأحكام هو نص المادة (٥١) من قانون التحكيم المصري والتي تنص على أنه (يجوز لكل من طرفي التحكيم ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسليمه

---

[١] تفصيلاً في أحكام التحكيم الإضافية راجع : فتحي والي قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٧٥ وما بعدها ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٨٤ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٢٩ وما بعدها ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤٤٣ وما بعدها ، أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٩٩ وما بعدها ، محمود السيد تحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٩٥ وما بعدها ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٢٠٤ .

حكم التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم ...).

وقد أغفل قانون التحكيم اليمني النص عن منح الحكم سلطة إصدار أحكام تتعلق بما أغفل الفصل فيها من طلبات ، ولكن نرى جواز ذلك طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات ، باعتبار أن حكم التحكيم كما سبق يطبق عليه القواعد القانونية الخاصة به الواردة بقانون التحكيم ، وفي حالة خلوه يطبق عليه القواعد المقررة في قانون المرافعات بشرط عدم تعارضها مع نظام التحكيم ، وبالتالي يجوز للمحكم إصدار أحكام إضافية تتعلق بما أغفل به من طلبات طبقاً للقواعد العامة لقانون المرافعات اليمني ، مع ملاحظة أن القانون اليمني منح المحكم سلطة إصدار أحكام إضافية تتعلق بالتصحيح والتفسير طبقاً لنص المادة (٥٢) تحكيم يمني ، وسنتناول ذلك بمناسبة الحديث لاحقاً عن آثار حكم المحكمين .

المبحث الثالث

الطبيعة القانونية لحكم التحكيم [1]

تمهيد وتقسيم :

يقصد بالطبيعة القانونية تكييف نظام التحكيم وما ينتج عنه وهو الحكم ووضعه تحت وصف قانوني منضبط .

وقد أثارت النشأة الاتفاقية للتحكيم جدلاً حول طبيعة المهمة الموكلة إلى المحكم ، الأمر الذي دعا جانباً من الفقه إلى النظر في التحكيم من هذه الزاوية ، ورتب على ذلك

---

[1] في استعراض آراء ومناقشات الفقه بشأن هذه الطبيعة انظر : أحمد مليجي تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي ، مرجع سابق ص ٢٢٩ وما بعدها ومؤلفه محاضرات في رقابة القضاء على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ١٧٨ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ١٧ وما بعدها ومؤلفه عقد التحكيم وإجراءاته ، مرجع سابق ص ٢١٥ وما بعدها ، محمود السيد التحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٤ وما بعدها ، نجيب الجبلي ، التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤١ وما بعدها ، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، مرجع سابق ص ٣٦ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ص ٢٨٧ وما بعها ، آمال الفزايري / دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ص ٧٧ وما بعدها ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٢٥ وما بعدها ، محمد علي عويضة / حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٨ ص ٣٨ وما بعدها ، أحمد بن أنعم ناجي الصلاحي / النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع صنعاء ، بدون سنة النشر ص ١٨ وما بعدها ، علاء محيي الدين مصطفى / التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية ، مرجع سابق ص ٣٢ وما بعدها ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٢١ وما بعدها ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ٣٢ وما بعدها ، أنور علي أحمد الطشي / مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٦ وما بعدها ، سامي محسن حسين السري / القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٦٦ وما بعدها ، علي سالم إبراهيم / ولاية القضاء على التحكيم ، مرجع سابق ص ٨٦ وما بعدها ، حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي / دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٦ ص ١١ وما بعداه ، عبدالحميد الشواربي / التحكيم والصلح ، مرجع سابق ص ٧٩ وما بعدها ، محمد سعيد خليفة ، محمد حسين عبدالعال وشحاتة غريب شلقامي / اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ص ١٨ وما بعدها ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٧ وما بعدها ، حسن محمد هند / التحكيم في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ص ٤٦ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ص ٤٠ وما بعدها ، و مؤلفه قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ص ٤٩ وما بعدها ، إسماعيل إبراهيم الزيادي / التحكيم واجتهاد القضاء ، مطابع أمون القاهرة ٢٠٠٧ ص ٢٣ وما بعدها ، أحمد إبراهيم عبدالتواب / اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به ، مرجع سابق ص ١٣٧ وما بعدها .

حيازة التحكيم والحكم الصادر عنه الطبيعة العقدية [١] في حين رفض آخرون هذا النظر وذهبوا إلى التفرقة بين اتفاقية التحكيم وحكم التحكيم [٢] فالأولى ما هي إلا إفصاح عن الإرادة في إخضاع المنازعة للمحكمين ، أما الحكم فهو عمل مماثل لأحكام القضاء يجوز الحجية ويقبل الطعن ، وبالتالي الاعتراف للتحكيم بالطبيعة القضائية ، واتجه رأي ثالث إلى القول بالطبيعة المختلطة لحكم التحكيم موازناً بين النشأة الاتفاقية للتحكيم وقضائية حكمه [٣] .

والسؤال الذي يطرح نفسه بصدد ذلك هل يعتبر حكم المحكمين ذو طبيعة عقدية أم عملاً قضائياً أم له طبيعة مختلطة؟

وللإجابة على هذا السؤال ينبغي توضيح رأي الفقه والقضاء في ذلك وترجيح أحد الآراء ، ويظهر أهمية ذلك في النواحي العملية من حيث تحديد أحكام البطلان الذي يمكن أن يشوب إجراءات التحكيم أو حكم المحكم ، وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح على المحكم في العلاقات الدولية ، ومن ذلك أيضاً القوة الملزمة لحكم المحكم [٤] .

وعليه وردت ثلاثة اتجاهات في هذا الصدد سنعرض لها في لمحة سريعة على التوالي مبينين ما قد ينجم عنها من آثار خاصة :

الاتجاه الأول : حكم المحكمين لا يعد عملاً قضائياً .

الاتجاه الثاني : حكم المحكمين يعد عملاً قضائياً بعد صدور الأمر بتنفيذه .

الاتجاه الثالث : حكم المحكمين يعد عملاً قضائياً .

الاتجاه الأول : حكم المحكمين لا يعد عملاً قضائياً :

يؤكد أنصار هذا الاتجاه على أن حكم المحكمين لا يعد عملاً قضائياً حتى بعد صدور أمر في قضاء الدولة بتنفيذه [٥] فهم يرون أن مركز الثقل في نظام التحكيم بكل تركيباته

---

[١] أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، المرجع السابق ص ١٥ .

[٢] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٣٣ ، أحمد بن ناجي أنعم الصلاحي / النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ١٩ .

[٣] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٢٥ .

[٤] تفصيلاً راجع : مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، مرجع سابق ص ٣٧ وما بعدها .

[٥] راجع عرض هذا الرأي : آمال الفزايري / دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ص ٧٧ وما بعدها ، محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٨ ، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في

المعقدة هو اتفاق أطراف الخصومة سواء كان هذا الاتفاق بنداً من بنود هذا العقد ، أم مشارطة مستقلة ، ولهذا فإن طبيعة النشأة الاتفاقية (التعاقدية) للتحكيم تنسحب على القرارات الصادرة عنه وتكون واتفاق التحكيم كلاً لا يتجزأ [١] لذلك فإن القرار الذي يصل إليه المحكم في النهاية يكون مجرد محصلة لتطبيق شروط التحكيم التي اتفق عليها طرفا النزاع ، وهكذا يدخل التحكيم برمته في إطار العقد [٢] ومن هنا فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أن قرار التحكيم يظهر مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة باتفاق التحكيم ، ويكون المحكم ذاته أقرب إلى الوكيل المشترك علن الطرفين منه إلى القاضي [٣] .

ويتضح لنا من هذا الرأي أن الجانب الإداري يلقي بظلاله على كافة عناصر وجوانب التحكيم فيندمج حكم المحكمين في الاتفاق عليه ويكونان معاً مجموعاً واحداً ومشتركاً لا يتجزأ .

فإذا كان اتفاق التحكيم هو بمثابة القاعدة من الهرم فإن حكم المحكمين بمثابة قمته ، ولهذا يكون عنصراً تبعياً في عملية التحكيم أو مجرد تحديد لمحتوى العقد بمعرفة الغير ، ولا شك أن قرار المحكم يتقيد بإرادة الخصوم ويتأثر بالعيوب التي تشوبها [٤] .

وقد سعى أنصار هذا الاتجاه إلى إجراء مقارنة بين مركز القاضي ، ومركز المحكم ، فالمحكم طبقاً لهذا الاتجاه ليس من قضاة الدولة ولا يعدو أن يكون شخصاً عادياً وذلك لأن حكم المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم وهو عقد ومن ثم يكون لحكم المحكم خصائص الاتفاق [٥] .

العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، مرجع سابق ص ٣٨ ، محمود السيد التحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٦٥ نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤٢ ، ٤٦ ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ١٧ ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٣٠ .

[١] محمد علي عويضة / الإشارة السابقة ، محمود السيد التحيوي / الإشارة السابقة ، علي سالم إبراهيم ، حسن مهند / التحكيم في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ص ٤٦ وما بعدها .

[٢] مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / الإشارة السابقة .

[٣] نجيب الجبلي / الإشارة السابقة .

[٤] علاء محيي الدين / التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية ، مرجع سابق ص ٣٣ ، حسن محمد هند / الإشارة السابقة .

[٥] بليغ حمدي حمود / الإشارة السابقة .

فالإرادة هي التي تمنح الحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة بنظر النزاع [١] .

والمحكم يمكن أن يكون وطنياً أو أجنبياً عكس القاضي الذي لا بد أن يكون وطنياً ، كما أن المحكم لا يلتزم بمباشرة التحكيم ولا بقبوله له ويستطيع رفضه إذا أعفاه الخصوم منها ، وإذا أخطأ فلا يخضع لقواعد المخاصمة ، ولا يلزم أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في القاضي فيمكن أن يكون جاهلاً للقراءة والكتابة على عكس القاضي الذي يكون مؤهلاً تأهيلاً عملياً لذلك [٢] ، لهذا فعمل المحكم لا يمكن اعتباره عملاً قضائياً سواءً من الناحية الشكلية أو المادية ، فمن الناحية الشكلية لا يلزم المحكمون باتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون الوضعي ، فالإجراءات المتبعة أمام المحكم ليست إجراءات قضائية بالمعنى الحقيقي ، لأن الإجراء حتى وتعتبر قضائياً يجب أن تتصل بخصومة قائمة أمام المحكمة تتبع جهة قضائية [٣] ، ومن الناحية المادية ليس للمحكم سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي ، فهو لا يستطيع مثلاً إلزام شاهد بالحضور أمامه ولا يملك توقيع الجزاءات على الخصوم أو الشهود التي يملكها القضاة ، كما لا يستطيع إلزام الغير بتقديم مستند يكون منتجاً في الدعوى [٤] .

ويفسر أنصار هذه النظرية ما تتمتع به أحكام المحكمين من حجية ملزمة بأن أحكامهم إنما تستمد آثارها من إرادة الخصوم الذين حكموهم واتفقوا على الخضوع لإرادتهم [٥] وأن حكمهم مجرد من سلطة الجبر ويحتاج إلى تدخل القضاء لتنفيذه [٦] فضلاً عن إمكانية

---

[١] أحمد أبو الوفا / الإشارة السابقة .

[٢] عبدالحميد الشواربي / التحكيم والصلح ، مرجع سابق ص ٢٩ ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٣٠ ، علاء محيي الدين / التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية ، مرجع سابق ص ٣٣ ، أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ١٨ وما بعدها .

[٣] نجيب الجبلي ، الإشارة السابقة .

[٤] نجيب الجبلي / الإشارة السابقة .

[٥] محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٤١ .

[٦] بليغ حمدي محمود / المرجع السابق ص ٣٠ .

رفع دعوى أصلية ببطلانه شأنه شأن سائر العقود وذلك على خلاف أحكام المحاكم العادية والتي تخضع لطرق الطعن المقررة قانوناً [١] .

وخلاصة هذا الاتجاه أن التحكيم يجد أساسه في اتفاق التحكيم ، وتستمد قرارات المحكمين قوتها التنفيذية من هذا الاتفاق ، وظهر هذا الاتجاه واضحاً بقانون الإثبات اليمني المنظم لقواعد التحكيم رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦م لأنه اشترط موافقة الأطراف على حكم التحكيم [٢] .

الآثار المترتبة على الأخذ بهذا الاتجاه التعاقدي :

يترتب على الأخذ بالنظرية التعاقدية نتيجة منطقية مؤداها أن التحكيم في ذاته عقد مسمى ، وبالتالي يخضع للقانون الخاص [٣] ويترتب على ذلك ما يلي :

١- أن ما يصدره المحكم قرار وليس حكماً ، وإذا كان هناك تشابه بين قرار المحكم والحكم القضائي فإنه يعود إلى تقارب الإثنين من حيث الإجراءات القضائية [٤] .

٢- أن بطلان اتفاق التحكيم يؤدي بالضرورة إلى بطلان حكم المحكمين ، كما أن مخالفة المحكم لاتفاق التحكيم أو خروجه عن حدوده يؤدي إلى بطلان حكمه [٥] .

٣- لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم جبراً بل اختياراً ، ودون للقضاء للحصول على الأمر بتنفيذه ، حتى ولو تم اللجوء للقضاء ، فإن الأمر لا يعدو أن يكون مشابهاً لعقود الصلح التي تخضع لتصديق القضاء .

٤- استبعاد التحكيم الإجباري ، لأنه غير مستند على إرادة الأفراد [٦] .

وانتقد هذا الاتجاه من عدة أوجه أهمها :

---

[١] علاء محيي الدين / المرجع السابق ص ٣٥ .

[٢] كانت أحكام قانون الإثبات اليمني رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦م هي المرجع الأول لتنظيم التحكيم في اليمن فلم يكن حينها قانوناً مستقلاً يعالج موضوع التحكيم ، ثم صدر قانون المرافعات اليمني رقم (٢٢) الصادر في ١٩٨١/١٢/٢٩م وتضمن أحكاماً تتعلق بالتحكيم وإجراءاته حتى صدر قانون التحكيم رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م كقانون مستقل ينظم التحكيم.

[٣] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤٧ .

[٤] علاء محيي الدين / التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية مرجع سابق ص ٣٦ .

[٥] محمود السيد التحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ١٩٨ .

[٦] علاء محيي الدين / المرجع السابق ص ٣٧ .

١- بالغ هذا الاتجاه في دور الخصوم وإرادة الأطراف ، فمهمة التحكيم ليست الكشف عن إرادة الخصوم ، وإنما هي حل النزاع [١] .

٢- وإذا كان التحكيم أساسه الإرادة كما ذهب إلى ذلك هذا الاتجاه ، فإن لإرادة الخصوم دور أيضاً في رفع الدعوى أمام القضاء ، فأحد أطراف الخصوم هو الذي يقيمها ولا يحكم إلا بناء على طلب الخصوم وفي حدود طلباتهم ، وقد يتفقان على إقامة النزاع أمام محكمة ما دون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، أو يتفقان على النزول عن الخصومة أو إيقافها ، لأن التحكيم يقوم على إرادة الأطراف فإنه يقوم أيضاً على إقرار المشرع لها [٢] .

٣- لا يعتبر العقد جوهر التحكيم كما يرى أنصار هذه الطريقة ، بدليل أنه لا يوجد في حالات التحكيم الإجباري ، كما أن المحكمين لا يعينون دائماً باتفاق الأطراف أو بواسطتهم ، إذ يتم ذلك عن طريق المحكمة أو عن طريق مركز التحكيم الذي يلجئون إليه [٣] .

٤- وأنه مع التسليم بوجود اتفاق بين الأطراف على نزاعهم على التحكيم فإنه يجب عدم الخلط بين هذا الاتفاق وبين التحكيم ككل ، فهذا العقد في حد ذاته لا يحل النزاع ولذا فإنه لا يمكن مد الطبيعة العقدية إلى حكم التحكيم [٤] .

٥- تبنت هذه النظرية معياراً شكلياً [٥] في تمييز نظام التحكيم فإنها أغفلت المعيار الموضوعي في هذا الشأن [٦] فالتعرف على طبيعة التحكيم يجب أن يكون بتغليب المعايير الموضوعية أو المادية [٧] .

٦- انقسم أنصار هذا الاتجاه على أنفسهم عند تحديدهم لطبيعة هذا العقد وهل هو من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام ، والذين قالوا أنه عقد من

---

[١] فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ص ٤٠ .

[٢] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ، ص ١٨ .

[٣] نجيب الجبلي ، التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤٧ .

[٤] محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٤٥ .

[٥] أحمد مليجي / أعمال القضاة ، دار الفكر العربي بالقاهرة ط ٢ بدون سنة طبع ، ص ٤٧ وما بعدها ، محمود عمر التحيوي / أركان الاتفاق على التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية بدون سنة طبع ص ١٨٩ وما بعدها .

[٦] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٣٧ .

[٧] عزمي عبدالفتاح / التحكيم في القانون الكويتي ، مرجع سابق ص ٢٨ .

عقود القانون الخاص لم يتفقوا على تحديده وهل هو عقد وكالة أم مقاولة أم عقد عمل[1].

الاتجاه الثاني : حكم المحكمين يعد عملاً قضائياً بعد صدور الأمر بتنفيذه :

ذهب إلى هذا الاتجاه بعض فقهاء القانون ومعظمهم من الفقه الإيطالي ، إلى أن قرارات التحكيم لا تعتبر حكماً قضائياً إلا بعد وضع الأمر بالتنفيذ والصيغة التنفيذية .

ويبرر أنصار هذا الاتجاه ما ذهبوا إليه في الربط بين حجية أحكام المحكمين وقوتها التنفيذية بأن للتحكيم طبيعة مزدوجة ، حيث يبدأ باتفاق الخصوم وينتهي بحكم قضائي يجوز حجية الأمر المقضي بعد صدور الأمر بالتنفيذ من قضاء الدولة ، لذلك تنطبق عليه قواعد العقد وقواعد القضاء كل في مجاله ، فلا يجوز إسباغ الحجية لعمل محكم لا يتقيد باتخاذ الإجراءات التي تصغي عليه إجبار التنفيذ [2] .

ووفقاً لرأي البعض من أنصار هذا الاتجاه يعتبر التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة ، يلبس كلا منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً ، فهو أوله اتفاق ، ووسطه إجراء ، وآخره حكم ، فالحكم الصادر من المحكمين والاتفاق عليه يمثلان وجهين لعملة واحدة [3] .

وقد أخذت بهذا الاتجاه بعض أنظمة التحكيم ، كالتحكيم السعودي م (٢١) والتي نصت على أن (حكم المحكم يعتبر بعد إصدار الأمر بتنفيذه في قوة الحكم الصادر من الجهة التي أصدرت الأمر بتنفيذه) كما أخذ به أيضاً المشرع الإيطالي .

وهذه الطبيعة المختلطة هي التي تفسر لنا الأحكام التي تبدو متعارضة والتي تنطبق على نظام التحكيم ، فاحترام المحكم لمبدأ المواجهة ، والتزامه بتسبيب أحكامه وإمكان رده وسلطاته في إدارة الخصومة ، والبحث عن أدلة الإثبات لا يفسرها إلا التأثير القضائي على طبيعة التحكيم ، أما جواز الطعن في حكم المحكمين ، وقدرة الخصوم على تحديد إجراءات التحكيم ، واختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، وجواز التنازل عن الطعن -

---

[1] نجيب الجبلي / الإشارة السابقة ، محمد علي عويضة / الإشارة السابقة .

[2] آمال الفزايري / دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ص ٨٠ .

[3] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٣١ ، نجيب الجبلي / التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٥٥ .

استئنافاً أو بدعوى البطلان - فلا يفسره سواء التأثير التعاقدي على طبيعة هذا النظام [1] .

وقد أراد من قال بهذا الاتجاه أن يخضع حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم لرقابة وإشراف السلطة العامة في الدولة للتحقق من أنه قد صدر بالفعل بناء على اتفاق تحكيم حقيقة ، والتحقق بالدرجة الأولى من أن هيئة التحكيم قد راعت الإجراءات والشكل الذي يتطلبه القانون ، ويبدو أن أصحاب هذا الاتجاه كان لهم ما يبرر اتجاههم ، وهو يحقق المقتضيات التجارية والتي تقتضي إطلاق العنان لحرية الاتفاق على التحكيم في مراحله الأولى ثم تحويله بعد ذلك في مرحلته الأخيرة إلى قضاء يكتسب فيها القرار الذي يصدر منه حجية الأحكام القضائية .

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه :

أن قرارات التحكيم تعتبر عقداً قبل صدور الأمر بتنفيذها ، وبالتالي تخضع للقواعد العامة للعقود ، وتعتبر بمثابة الحكم القضائي بعد صدور الأمر بتنفيذها ، وبالتالي تخضع لقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية [2] .

وانتقد هذا الاتجاه بالآتي :

إن القول بأن حكم التحكيم قبل الأمر بتنفيذه لا يعد حكماً قضائياً من شأنه إهدار كل قيمة للتحكيم وتنظيمه وهذا ما يتنافى مع مقصود المشرع ، إذ أن المشرع شاء أن يراقب عمله ، لأن عمله لا يستمد إلا من اتفاق التحكيم ذاته ، فأوجب قبل تنفيذ حكمه وقبل وضع الصيغة التنفيذية عليه أن يخضع لرقابة وإشراف السلطة العامة في الدولة [3] ، والربط بين أمر التنفيذ من حصة ، وحيازة حكم المحكمين لحجية الأمر المقضي وإمكان الطعن فيه بوصفه عملاً قضائياً من جهة أخرى ، فإن مثل هذا القول كفيل بإهدار كل قيمة لنظام التحكيم والغرض منه على النحو الذي قصده المشرع [4] .

---

[1] محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٦٢ .

[2] علاء محيي الدين / التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية ، مرجع سابق ص ٤٤ .

[3] محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٦٥ .

[4] فتح والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٥٥ .

الاتجاه الثالث : حكم المحكمين يعد عملاً قضائياً :

ذهب إلى هذا الاتجاه الرأي السائد في الفقه الفرنسي ، والرأي الغالب في الفقه العربي [١] ، ومعظم التشريعات الحديثة ، كالتشريع اليمني م (٥٨) تحكيم يمني ، والمصري م (٥٥) تحكيم مصري والفرنسي ووفقاً لهذا الاتجاه فإن التحكيم يعد قضاء يستجمع عناصر العمل القضائي الثلاثة [٢] وهي الادعاء والمنازعة والقرار (الحكم) .

ويسلم أنصار هذا الاتجاه بالنشأة الاتفاقية للتحكيم ، وأن كل حكم تحكيمي يفترض لزوماً سبق إبرام اتفاقية للتحكيم تعتبر عن إرادة الأطراف في إخضاع نزاعهم للمحكمين دون المحكمة المختصة ، وبموجبها يتولى المحكمون تسوية النزاع باستقلالية تامة وبدون تدخل من الأطراف [٣] ، ولم تكن هذه الإرادة قادرة على خلق التحكيم لولا المشرع الذي منحها هذه الصفة [٤] ولهذا يرون أن الحكم الحاسم للنزاع يمثل مركز الثقل أو الجاذبية في عملية التحكيم فهو أساس الوقوف على مركز المحكم ، وبيان طبيعته ومهمته .

فجوهر عمل المحكم ومهمته تكمن في الفصل في النزاع ، وهو بهذه المثابة يعد المعيار الحاسم لتمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة له [٥] ومراحل التحكيم تدل على أنه ذو طبيعة قضائية - فوظيفة المحكم كوظيفة القاضي ، وهو يطبق القانون أو العدالة ، وما يصدر عنه يكون حكماً كحكم القاضي ، ومهمة الحكم كمهمة القاضي ، هي الفصل في النزاع ، والمحكمون قضاة بالمعنى الفني للكلمة في المنازعات المنظورة أمامهم وفي حدود ولايتهم[٦] .

والأعمال الصادرة عنهم في هذا الصدد تعتبر أعمالاً قضائية بالمعنى الفني الدقيق ، وذلك بمجرد صدورها سواء صدر الأمر بتنفيذها أو لم يصدر ، فالأحكام الصادرة عن المحكمين تستند على اتفاق التحكيم ، ولكن المشرع هو الذي يعترف بها ، موضحاً ما يجب

---

[١] عرض هذه الآراء : نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٥٠ .

[٢] عرض ذلك : علي سالم إبراهيم / ولاية القضاء على التحكيم ، مرجع سابق ص ٧٣ ، عزمي عبدالفتاح ، قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٢٣ .

[٣] آمال الفزايري / دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ص ٨٢ ، عزمي عبدالفتاح / الإشارة السابقة.

[٤] فتحي والي / الوسيط ص ٤١ مرجع سابق ص ٤٤ .

[٥] نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٥١ .

[٦] محمود السيد التحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٠٧ وما بعدها .

على المحكم مراعاته ، وإرادة الأطراف غير قادرة على خلق التحكيم لولا المشرع الذي منحها هذه الصفة ، وما التحكيم إلا نوع من القضاء ، شأنه شأن القضاء الأجنبي الذي تعترف القوانين الوطنية بأحكامه [١] .

ويصدر حكم المحكمين مكتوباً ومسبباً وموقعاً عليه من المحكمين ، ويشتمل على بيانات تكاد تنطبق مع أحكام القضاء ، ويمكن استئنافه في بعض التشريعات ، والحكم يرتب آثاره من تاريخ إصداره ، والأمر الصادر بتنفيذه لا يتدخل في مضمونه ، وإنما هو مجرد إجراء شكلي لاحق لصدوره الغرض منه التأكد من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه .

واختلاف التسمية بين حكم المحكم وحكم المحكمة لا يؤثر في ذلك ، ولا يعتبر دليلاً على اختلاف الطبيعة القضائية لكل منهما ، وإذا كان التحكيم يبدأ بعقد ، فإن ذلك لا يؤثر في الصفة الإلزامية للحكم الصادر من المحكم .

وعلى ذلك ولو لم يقر التحكيم من المشرع ولم ينظمه ، لما أخذ الصفة القضائية الإلزامية ، نتيجة لما يتمتع به اتفاق التحكيم من استقلال عن العقد الأصلي ، وأن حكمه يجوز حجية الأمر المقضي فيه ، وأنه يرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي [٢] ويستنفذ ولايته بمجرد إصداره للحكم ، ويملك سلطة تصحيح وتفسير ما شاب حكمه من قصور .

ومن حيث الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم ، فالإجراءات تعتبر إجراءات قضائية ، فالمرافعة أمام المحكم ، وإبراز المستندات ، وسماع أقوال الخصوم ، وسرية المداولة بين المحكمين ، وصدور حكم التحكيم مجرد التوقيع عليه من المحكمين كلهم أو أغلبهم ، وكذا حالة امتناع أحد المحكمين عن التوقيع وجب ذكر ذلك [٣] .

فهذه الأمور الإجرائية تقودنا إلى إسباغ الصفة القضائية على التحكيم وعلى الحكم الذي يصدره المحكم في نهاية هذا الإجراء .

وإذا لم يتفق الخصوم على الإجراءات التي يتبعها المحكم فإنه يطبق الإجراءات التي تطبقها محاكم الدولة ، وهو ملزم في كافة الأموال باتباع الضمانات الأساسية للتقاضي .

وإذا كان المشرع قد أجاز للأطراف الاتفاق على هذه الإجراءات ، فذلك لأن طبيعة التحكيم تقتضيه ، لأنه لو نص المشرع على الإجراءات بصفة آمرة لما كان هناك نظام

---

[١] فتحي والي / الوسيط ، الإشارة السابقة .

[٢] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٣٠ .

[٣] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٦٧ ، ٢٦٦ .

تحكيم من أصله ، لأن التحكيم يقتضي المرونة ، وأن ما قيل عن دور الإرادة في هذه الإجراءات هو ذات الدور الذي تلعبه الإدارة أمام القضاء [١] .

فالمحكم قاضي للخصوم بدليل أنه يملك صلاحية الفصل في اختصاصه [٢] .

كما ذهب إلى هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية بأن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية ، ولئن كان في الأصل أن التحكيم وليد إرادة الخصوم إلا أن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به لمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً ولو كان قابلاً للطعن وتزول بزواله[٣].

وعلى ذلك كثيراً ما يفرض التحكيم جبراً على أطراف التجارة الدولية بما ينفي عنه الطبيعة العقدية ، فقد تقلص دور الإرادة لحد كبير بسبب انتشار العقود النموذجية وبسبب انتشار هيئات التحكيم الدائمة بلوائحها المنظمة ومحكميها ، فضلاً عن أن حكم التحكيم يجوز حجية الأمر المقضي ولو قبل صدور الأمر بالتنفيذ ونتيجة لذلك فلا يجوز المساس به إلا بالطرق التي تحددها الأنظمة المختلفة بهذا الشأن .

رأي الباحث :

تظهر أهمية تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم وحكم التحكيم من حيث تنفيذ الحكم ، على اعتبار أنه حكم تنطبق عليه من القواعد ما تنطبق على أحكام القضاء ، لأن القول أو الرأي أنه ذو طبيعة عقدية شأنه شأن أي عقد لا ينفذ جبراً ، هذا يعني أنه لا ينفذ ولا يكون له حجية الأمر المقضي به ، ولا يمكن تنفيذه إلا بعد صدور حكم من القضاء ، كذلك من حيث آثار الحكم ومنها استنفاذ المحكم السلطة وحيازة حكمه للحجية ، فهذه الأخيرة هي مناط الطعن في الحكم بدعوى البطلان الأصلية .

وعلى الرغم من الخلاف والاختلاف حول طبيعة نظام التحكيم إلا أن الفقه السائد يذهب إلى أن حكم التحكيم ذو طبيعة قضائية ، وهو موقف معظم التشريعات الحديثة كاليمني والمصري .

---

[١] أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ١٨ .

[٢] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٢٦ .

[٣] نقض مصري - الطعن ٥٢١ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ س ٢٩ ص ٤٧٢ .

فقرار المحكمين هو حكم بكل ما تعنيه الكلمة ليس فقط نزولاً على إرادة المشرع - الذي وصف عمل المحكم بأنه حكم - وإنما أيضاً لاتساق هذا الوصف مع المعايير الموضوعوية المحددة لطبيعة العمل .

وإذا كان المشرع قد وضع تنظيماً لنظام التحكيم فإنه لا يتماثل مع تنظيمه المرفق القضاء ، إذ لو ساوى المشرع بينهما في كل شيء لما كانت هناك حاجة إلى طرح قضاء الدولة وتفضيل نظام التحكيم .

ويمكن أن نستشف هذه الطبيعة القضائية لحكم المحكمين في ثنايا نصوص قانون التحكيم اليمني حيث نصت المادة (٤٧) على أنه (تصدر لجنة التحكيم حكمها بعد المداولة ...) ، وكذلك نص المادة (٤٠) من قانون التحكيم المصري ، والتي نصت على أنه (يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد المداولة ...) ، وعليه نجد أن المشرع اليمني والمصري يتفقان في إسباغ صفة الحكم على القرار الذي يصدره المحكم سواء عند تحريره أو إصداره أو في صدد آثاره فهما يعتدان به كحكم لا كاتفاق ، ولهذا نذهب ونرجح هذا الاتجاه القائل بأن لحكم التحكيم الطبيعة القضائية ، وبالتالي يرتب نفس الآثار المقررة للأحكام القضائية كما سيأتي لاحقاً ، ونضيف إلى ذلك ضرورة إخضاعه لذات الجزاءات المقررة في قانون التحكيم ، وقانون المرافعات التي تتمشى مع نظام التحكيم .

الفصل الثاني

إصدار حكم التحكيم

الفصل الثاني
إصدار حكم التحكيم

إذا ما استوفت خصومة التحكيم مقوماتها ، أبدى كل طرف دفاعه أمام هيئة التحكيم ، تهيأت الدعوى للفصل فيها بصدور حكم المحكمين ، فيلتزم المحكم بإصدار الحكم وفقاً للقواعد الشكلية والإجرائية التي ينص عليها قانون التحكيم كما ينبغي الالتزام بالقواعد الأساسية المقررة في قانون المرافعات سواءً كان المحكم مقيداً أو طليقاً ، وعلى ذلك سنتكلم في هذا الفصل عن إجراءات إصدار الحكم ثم شكل الحكم والبيانات التي يجب أن يشتمل عليها ثم عن الإجراءات التالية لإصدار الحكم ، وهذه الإجراءات تخرج عن تركيبة الحكم إلا أنها ضرورية وهي إعلان الحكم وإيداع حكم المحكمين وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : إجراءات إصدار الحكم

المبحث الثاني : شكل الحكم

المبحث الثالث : الإجراءات التالية لإصدار الحكم

المبحث الأول
إجراءات إصدار الحكم

سنتكلم في هذا المبحث عن إجراءات إصدار الحكم والتي تتمثل في حجز الدعوى للحكم والمداولة لإصدار الحكم ، ووجوب صدور الحكم من الهيئة بكامل تشكيلها وصدور الحكم بالأغلبية وإلى ذلك .

١- حجز الدعوى للحكم :

بعد انتهاء تبادل المذكرات والمستندات وتحقيق الدعوى وسماع المرافعات ، تأمر الهيئة بحجز الدعوى للحكم صراحة أو ضمناً بتحديد جلسة للنطق بالحكم على أنه لا يلزم قرار صريح بقفل باب المرافعة أو بتحديد ميعاد للنطق بالحكم فيمكن لهيئة التحكيم إصدار حكمها دون هذا القرار ، ما دام الحكم قد صدر بعد أن فرغ الطرفان من إبداء دفاعهما

الختامي ، ولم يثبت أن هناك أوجه دفاع أو طلبات كان لأي طرف حق في تقديمها قبل إصدار الحكم ولم تقدم [1] .

وبحجز الدعوى للحكم ، يتم قفل باب المرافعة ، فتنقطع صلة الخصوم بالقضية ، ولا يكون لهم اتصال بها إلا بالقدر الذي تصرح به الهيئة ، ولهذا ليس لأي منهم - بعد حجز الدعوى للحكم - تقديم مذكرات أو إيداع مستندات ، فإذا قدم الخصم مذكرة تحتوي على دفاع أو قدم مستنداً ، فإن على الهيئة تجاهله ولا تلتزم بالرد عليه ، وليس لها أن تستند إليه في حكمها وإلا كان الحكم باطلاً [2] .

وعلى الهيئة أن تسأل الأطراف عندما تأمر بحجز الدعوى للحكم عما إذا كانوا قد اكتفوا أم لا وما إذا كان لديهم ما يريدون إضافته بتقديم مذكرات أو بإيداع مستندات أو لهما معاً وتصرح لهم بذلك في ميعاد تحدده ، وعندئذ لا يقفل باب المرافعة إلا بعد انقضاء هذا الميعاد ، ولا يكون للأطراف أن يقدموا خلال هذا الميعاد إلا ما صرحت به الهيئة من مذكرات فقط أو مستندات فقط فإن قدمت خلاف ما صرحت الهيئة به كان للهيئة استبعادها [3] .

ويجوز للهيئة بعد حجز الدعوى للحكم لأجل معين ، إن تقرر بعد مد أجل النطق بالحكم أو إن تقرر فتح باب للمرافعة وذلك سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أي من الأطراف ، وكما هو الحال أمام القضاء ، فليس للهيئة أن تأمر بفتح باب المرافعة إلا لأسباب جدية وذلك إذا رغب أي من الأطراف تعديل طلباته أو تظهر واقعة جديدة يريد ضمها للوقائع المطروحة أو لإبداع دفاع جدي أو مستند هام بشرط أن يتم ذلك في مواجهة خصمه لاحترام حقوق الدفاع ، وفتح باب المرافعة متروك للسلطة التقديرية للهيئة سواء كان الفتح بناء على رغبة الهيئة أو بناء على طلب الخصوم ، فإذا تم فتح باب المرافعة بناءً

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٢٦ ، نقض يمني - الدائرة التجارية (ب) - الطعن رقم (١٥٧٩) - ١٤٢٦/٨/١٢هـ الموافق ٢٠٠٥/٩/١٥م غير منشور حيث جاء في حيثياته (أن مخالفة ميعاد النطق بالحكم لا يبطله ولا يوجد في القانون نص يسعف الطاعن للقول بذلك) استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - الطعن رقم (٤٦) لسنة ١٤٢٧هـ بتاريخ ١٤٢٧/٤/٢هـ الموافق ٢٠٠٦/٤/٣٠م غير منشور جاء في مفهوم حيثياته أن عدم وجود مرافعة أو إغلاق .

[2] فتحي والي / ألإشارة السابقة .

[3] أحمد هندي / قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ص ٤٨٢ ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٢٦ وما بعدها .

على طلب أحد الأطراف كان على الهيئة أن تكلفه بإعلان خصمه وإلا ترتب البطلان بالنسبة للإجراءات التالية على فتح باب المرافعة [1] .

ومن الجدير بالإشارة أن المحكم أو هيئة التحكيم ليست ملزمة بحجز الدعوى للحكم متى استوفى الطرفان دفاعهما وتقديم مستنداتهما وأتيحت لهما الفرصة للرد فلا يمنع من النطق بالحكم دون حجز للدعوى كما لو تمت المداولة بين هيئة التحكيم همساً في الجلسة وتم النطق بالحكم وإصداره بنفس الجلسة أو كان الحكم فرداً أو تكونت قناعته في موضوع النزاع فيستطيع أن يصدر الحكم آخر جلسة دون حجزها للحكم باعتبار أن هيئة التحكيم أو المحكم غير مقيد بقواعد المرافعات ولا يوجد نص في قانون التحكيم يلزمه بحجز القضية للحكم وتحديد جلسة للنطق به كما هو الحال في القضاء باعتبار أن حكم التحكيم يجوز إصداره بجلسة علنية أو بدون جلسة علنية .

٢ـ المداولة لإصدار الحكم :

قبل التعريف الاصطلاحي للمداولة نحاول تعريفها لغة .

المداولة لغة : من الفعل دال أو داول فيقال : دال الدهر أي انتقل من حال إلى حال ، ويقال : دوال كذا بينه أي جعله متداولاً تارة لهؤلاء [2] .

أما المعنى الاصطلاحي للمداولة فلا يختلف كثيراً عن المعنى اللغوي .

وتعني المداولة : أن يتبادل المحكمون الرأي فيما بينهم بالنسبة للوقائع ، والقواعد واجبة التطبيق ، والقرار الذي ينتهي إليه كل منهم بالنسبة لتطبيق القانون على تلك الوقائع ، والنتيجة التي يخلصون إليها حسماً للنزاع [3] .

---

[1] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤٨٣ .

[2] محمد علي معوضة / حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٥٨ .

[3] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٢٨ ، كما عرفت المداولة بأنها : التشاور وتبادل الرأي بين أعضاء هيئة التحكيم في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به بقصد تكوين الرأي القانوني الذي ينهي الخصومة ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٥٣١ هامش رقم ( ) ومؤلفه قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٥١٢ ، أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٧٦ ، غرمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٢٩٩ ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ٧٧ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ص ٥٣١ ، أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٧١ ، عبدالله عيسى الرمح / حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ١١٤ .

والقاعدة أن المداولة واجبة على المحكمين كوجوبها أمام القضاء على اعتبار أن التحكيم والقضاء يسعيان لتحقيق هدف واحد هو إعمال حكم القانون أو تحقيق العدالة ، فهي قاعدة يقتضي العمل بها في أي تشريع لاعتبارها من النظام العام ومخالفتها يؤدي إلى إهدار حقوق الدفاع [١] .

ويجب أن تتم المداولة بين جميع المحكمين ، فإذا تمت المداولة بين رئيس هيئة التحكيم وكل من العضوين منفصلاً عن الآخر وخلا الحكم مما يدل على أن الهيئة قد تداولت فيه فإن حكم التحكيم يكون باطلاً ، ويجب ألا يشترك في المداولة أشخاص غير المحكمين الذين أنيط بهم التحكيم [٢] .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المداولة شرطها أن تتم بين القضاة الذين سمعوا المرافعة ومخالفة ذلك البطلان المتعلق بالنظام العام [٣] .

والمداولة مقررة وضرورية بمعظم التشريعات [٤] ، وقد نص القانون اليمني على ضرورة حصول المداولة بين المحكمين م (٤٧) تحكيم يمني ، وهو عين ما نصت عليه م (٤٠) تحكيم مصري ، وباستقراء نص المادتين نجد أنهما لم ينص صراحة على إجراء المداولة ، وإنما كان ذلك مفهوماً من سياق النصين كما لم يحددا طريقة لإجراء المداولة ، غير أن المشرع المصري ترك ذلك لما يتفق عليه الخصوم ولما تراه هيئة التحكيم مناسباً فنص على صدور

---

[١] آمال الفزايري / دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٨٣ .

[٢] فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٢٩ ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٦٢ ، والطعن رقم ٩١٩ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٧م .

[٣] نقض مصري في الطعن رقم (٥١٤٦) لسنة ٧١ ق ، جلسة ٢٠٠٣/٤/١م والطعن رقم ١٩١ لسنة ٧٢ جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٧م مشار إليهما لدى معوض عبدالتواب الموسوعة الشاملة في التحكيم ، المجلد الثاني ، دار شادي للإصدارات القانونية ، القاهرة ط ٢٠٠٩ ، ص ٦٢ وما بعدها ، كما قررت القاعدة (لا يجوز للقاضي الذي لم يسمع المرافعة أن يشترك في المداولة وإصدار الحكم) نقض مدني في الطعن رقم ١٠٥٦٨ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢٠٠٣/٩/٤ القواعد القضائية المستخلصة من بعض أحكام المحكمة العليا - العدد الثالث ج (١) مدني ٢٠٠٥ ص ٧٧ ، نقض مصري في الطعن رقم ١٦٣ س ٥٩ ق ١٩٩٢/٥/١٩ ، الطعن رقم ٨١٣ س ٥٥ ق ١٩٨٨/١٢/١٤ ، ونقض ١٩٨٨/٢/٢٥ الطعن رقم ٤٥٨ س ٥٢ ق ، ونقض ١٩٨٥/٤/١٨ الطعن رقم ١٧٦٢ س ٥١ ق ، نقض ١٩٨٢/١٠/١ س ٤ ق ، نقض ١٩٧٦/١٢/٨ الطعن رقم ٣١ س ٤٤ ق مشار إليهم لدى فرج علواني هليل / البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠٠٨ ، ص ٥٦٩ وما بعدها .

[٤] راجع م(٤٠) من قانون التحكيم العماني ، م (٣٠) من قانون التحكيم التونسي ، م (٢٧٠) من قانون التحكيم العراقي ، م (٧٦٠) تحكيم ليبي ، م (٧) تحكيم كويتي ، م (٤٧) من النظام السعودي .

الحكم بعد المداولة وأن يتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم ، إذا لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك .

وهذا النص محل نظر ، لأن المداولة تعتبر من القواعد الأساسية في التقاضي وتتعلق بالنظام العام ومخالفة ذلك يؤدي إلى بطلان الحكم لمخالفته المبادئ الأساسية وحقوق الدفاع ، ويترتب على ذلك فتح الباب لولوج أبواب القضاء من خلال رفع دعوى البطلان ، وقد أحسن المشرع اليمني حين لم يعط هذا الحق لهيئة التحكيم فوضع القاعدة بأنهم على ضرورة المداولة ولم يحدد كيفية ذلك .

كما أنه من الملاحظ أن عبارة (ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ...) الواردة في المادتين تعني في ظاهرها جواز الاتفاق على صدور الحكم بغير مداولة فلا يتصور أن يكون للأطراف القدرة على الاستغناء عن المداولة ولا يكون ذلك وإنما القصد هو اتفاق الأطراف على وجه معين تجري به المداولة كما لو اتفق الطرفان على ضرورة الحكم بالإجماع .

وبما أن قانون التحكيم لم ينص على طريقة معينة لإجراء ، فلا يلتزم المحكمون عند المداولة بما ينص عليه قانون المرافعات من قواعد في هذا الشأن ، ولهذا يمكن أن تتم المداولة بين أعضاء الهيئة بواسطة التلفون أو الفاكس أو البريد الإلكتروني ، أو البريد العادي دون اجتماعهم في مكان واحد ، كما يمكن أن تتم شفوياً أو كتابة عند اجتماعهم [1] .

وقد أجمع الفقه [2] والقضاء [3] على سرية المداولة ويقصد بالسرية ألا يشترك فيها غير المحكمين المعينين في اتفاق التحكيم ولو كان هذا الغير رئيس الهيئة المنظمة للتحكيم المؤسسي وكان كاتباً حضر جلسات التحكيم لتدوين محاضرها أو خبيراً انتدبته الهيئة ، فإذا اشترك المحكم غيره معه في المداولة أو أخذ الرأي يبطل الحكم لأن من شأنه المساس بحقوق الدفاع وهي قاعدة أساسية من النظام العام ومتبعة أمام القضاء [4] .

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٢٩ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ص ٣٠١ .

[2] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٠٠ ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ٨٣ ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٦٢ ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٣٩١ ، فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٢٩ .

[3] راجع حكم محكمة النقض المصرية - الطعن ٥١٤٦ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٠٠٣/٤/١م لم ينشر بعد ، الطعن ٩١٩ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٧ لم ينشر بعد ، أشار إليهما معوض عبدالتواب ، الموسوعة ، مرجع سابق ص ٦٣ .

[4] عكس ذلك : نص المادة (٣٧) من نظام التحكيم السعودي حيث صرحت بسرية المداولة على خلاف معظم التشريعات .

ورغم عدم وجود نص يقضي بسرية المداولة صراحة في قانون التحكيم اليمني وكذا نظيره المصري إلا أنه يقتضي العمل بهذه القاعدة في أي تشريع لاعتبارات المبادئ الأساسية للتقاضي حتى تتصل بالنظام العام م (٢٢٢) مرافعات يمني [١] .

ولعله من الملائم أن نعطي لخصومة التحكيم ولحكمه قدر من الضمانات الأساسية مثل سرية المداولة ، ومن غير المقبول أن يعطي أحد المحكمين رأيه ويناقشه مع أشخاص آخرين من أصحاب المصالح قبل صدور الحكم ، كما أنه من غير المقبول أن يعطي المحكم إلى أحد الأطراف رأياً مسبقاً ، قائلاً أن الحكم سيكون لصالحك ، لأن ذلك يعتبر من النظم الإجرائية سبب من أسباب الرد [٢] .

ويعتبر توقيع جميع أعضاء الهيئة التحكيم على الحكم دليلاً قاطعاً على حصول المداولة واشتراكهم جميعاً فيها [٣] كما يعتبر إثبات امتناع المحكم عن التوقيع لمخالفته لرأي الأغلبية ، أو إثبات سبب الامتناع أو تقديم المحكم الممتنع عن التوقيع مذكرة برأيه المخالف لإلحاقها بالحكم دليلاً على حصول المداولة [٤] .

ولان ورقة حكم التحكيم تعتبر ورقة رسمية ، فإنها إذا تضمنت بياناً بأن الحكم قد صدر بعد المداولة ، فإنه لا يجوز إثبات عدم إجراء مداولة إلا بطريق الطعن على الحكم بالتزوير ، ذلك لأن الأصل في الإجراءات أنها صحيحة وعلى من يدعي عكس ذلك عليه الإثبات ، وإثبات ذلك من الأمور الصعبة في الواقع نظراً لسريتها [٥] .

---

[١] تقابلها نص المادة (١٦٦) مرافعات مصري .

[٢] نجيب الجبلي / الإشارة السابقة .

[٣] فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٣٠ ، وحكم استئناف القاهرة (٩١ تجاري) ٢٠٠٣/١١/٢٢م في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٢٠ ق تحكيم مشار غليه في الحاشية رقم (٢) من ذات الصفحة .

[٤] عزمي عبدالفتاح / المرجع السابق ص ٣٠٨ ، محمد نور شحاتة / المرجع السابق ص ١٠١ ، وحكم التمييز الكويتية ، ١٩٨٤/٢/٢٢م في الطعن ٤٦ لسنة ١٩٨٣ تجاري ، مجلة القانون والقضاء عدد مارس ١٩٨٧ س ١٢ - ١ - ١٣٣ مشار إليه في الهامش رقم (٨٤٦) من ذات الصفحة .

[٥] فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٣١ ، والأحكام المشار إليها في الهامش رقم (٢) من ذات الصفحة ، عزمي عبدالفتاح / المرجع السابق ص ٣٠١ ، نقض مصري في الطعن ٢٤٣٩ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٧ س ٤٧ ص ١٢٦٦ ، مشار غليه لدى معوض عبدالتواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم ، مرجع سابق ص ٦١ .

٣ـ وجوب صدور الحكم من الهيئة بكامل تشكيلها :

يعتبر الحكم قد صدر من تاريخ التوقيع عليه ، فالمشرع يقصد بصدور ا لحكم كتابته والتوقيع عليه من المحكمين [١] ويجب أن يصدر الحكم من هيئة التحكيم بكامل تشكيلها ، فإن كانت قد تم تشكيلها من خمسة فلا يجوز صدور الحكم من هيئة مشكلة من ثلاثة أو من محكم واحد ، ولهذا فإنه إذا تعدد أعضاء الهيئة ، فلا يجوز لكل عضو أن يصدر حكماً مستقلاً ، إذ مثل هذا الحكم يكون صادراً ممن ليس له سلطة إصداره ويعتبر حكماً منعدماً [٢] .

ولا يجوز أن يصدر الحكم إلا باشتراك جميع المحكمين ، فليس للأغلبية إصدار الحكم في غيبة الأقلية وإلا كان الحكم باطلاً [٣] .

وإذا كان من المقرر كما سبق أن المداولة لإصدار الحكم لا تتطلب اجتماع المحكمين في مكان واحد ، إذ يمكن أن تتم عن بعد بوسائل الاتصال الحديثة ، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لإصدار الحكم إذ يجب لإصدار الحكم أن يجتمع المحكمون في مكان واحد لإصداره .

فلا يجوز أن يتم إصداره عن طريق توقيع كل محكم في مكان مختلف ، ذلك أن مكان صدور الحكم ضروري لمعرفة ما إذا كان وطنياً أو أجنبي ، وهو أمر هام بالنسبة لتنفيذ الحكم[٤].

٤ـ صدور الحكم بالأغلبية :

تكاد تجمع معظم التشريعات المقارنة [٥] وأنظمة ا لمؤسسات الدائمة [٦] على أن صدور الحكم يكون بأغلبية المحكمين ، وقد نص قانون التحكيم اليمني على ضرورة صدور الحكم

---

[١] نجيب الجبلي / قانون التحكيم اليمني ، مرجع سابق ص ٣٩٥ ، فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣١ .

[٢] راجع في ذلك ص من هذه الرسالة ، نقض يمني - د تجاري والهيئة أ - ١٠ رجب ١٤٢٥هـ الموافق ٢٠٠٤/٨/٢٥م غير منشور .

[٣] راجع حكم استئناف القاهرة - د ٩١ تجاري - دعوى رقم ٣٤ / ١١٩ ق في جلسة ٢٠٠٣/١/٢٩ مشار إليه لدى أحمد محمد عبدالصادق ، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي بدون دار نشر ، ط ١ ٢٠٠٨ ص ١٢٦ .

[٤] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[٥] راجع نصوص قانون التحكيم لبعض الدول العربية / وائل أنور بندق ، موسوعة التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ٢٠٠٥ .

[٦] راجع نص م (٢٩) من القانون النموذجي (اليونسترال) م (٢٥) من قواعد غرفة التجارة الدولية م (١/٣١) من قواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار حسب القواعد التي وضعها مركز القاهرة ، م (٣/١٦) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي السارية من أول يناير ١٩٨٨م ، م (٤٨) من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن

بالأغلبية م (٤٨) تحكيم يمني ، وتتحقق الأغلبية دائماً في حالة تشكيل لجنة التحكيم من عدد وتري ، أما في حالة تشكيلها من عدد زوجي فيرجح الرأي الذي فيه رئيس لجنة التحكيم م(٤٧) تحكيم يمني.

واشترط القانون اليمني توقيع الحكم من الأغلبية مع ذكر الرأي المخالف ، وعليه لا يترتب في اعتقادنا البطلان في حالة تخلف توقيع الأقلية في الحكم ، إلا أننا نرى مع غيرنا [١] تناقض المادة السابقة ،ومع نص المادة (٥٩) تحكيم يمني التي تعين إيداع الحكم ومرفقاته ، إذ أنها تشترط إيداع التحكيم الموقع من جميع المحكمين وليس من الأغلبية فقط ، غير أننا نلاحظ أن أحكام المحكمة العليا اليمنية قد فسرت هذا التناقض فلم تعول على نص المادة (٥٩) تحكيم يمني ، وبالتالي أقرت بنص المادة (٤٨) تحكيم يمني التي تشترط توقيع الأغلبية وليس الإجماع [٢] .

وتعني الأغلبية أن الحكم الصادر بواسطة الأغلبية يفرض على الأقلية وإذا كانت لجنة التحكيم مشكلة من عدد زوجي وهذا جائز في القانون اليمني وبعض التشريعات رجح الرأي الذي فيه رئيس لجنة التحكيم [٣] ومن الملاحظ أن غالبية التشريعات لم تتضمن نصوصاً لمواجهة هذه الحالة والتي ينقسم فيها الرأي إلى أكثر من رأيين ولم يصلوا إلى الأغلبية ، لذلك نص القانون اليمني لمواجهة هذه الصعوبة بترجيح الرأي الذي فيه رئيس لجنة التحكيم.

ويتم الحصول على الأغلبية دون شكل معين فلا يلتزم المحكمون بالتقيد بإجراءات المرافعات عند تكوين الأغلبية اللازمة لصدور الحكم كون هذه الإجراءات لا تتمشى مع طبيعة التحكيم [٤] ولا شك أن الاكتفاء بأغلبية آراء المحكمين لصدور الحكم من شأنه أن

الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، م (٣٦) من نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية ٢٠٠٤ .

[١] راجع : نجيب الجبلي ، تأملات في تناقضات قانون التحكيم اليمني ، بحث منشور في مجلة جامعة صنعاء للعلوم الاجتماعية والإنسانية ، مجلة علمية محكمة ، العدد (٢) ، ٢٠٠٧م ، ص ٣٩٣ وما بعدها .

[٢] نقضي يمني - الدائرة التجارية (أ) بتاريخ ١٤٢٥/٨/٧هـ الموافق ٢٠٠٤/٩/٢١م غير منشور ، استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ١٤٢٧/٣/١٩هـ الموافق ٢٠٠٦/٤/١٧ غير منشور .

[٣] راجع نص المادة (٤٠) تحكيم مصري ، نص المادة (٤٧) تحكيم يمني ، استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ١٤٢٥/١١/٢٨هـ الموافق ٢٠٠٥/١/٩م غير منشور .

[٤] تفصيلاً راجع : آمال الفرايزي / دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ص ٩٢ .

يجعل الاتفاق على إصدار الحكم بسهولة وأفضل من اشتراط المشرع أن يصدر الحكم بإجماع الآراء ويزيد من هذه السهولة ، واشترطه المشرع من ضرورة أن يكون عددهم وتراً في حالة تعددهم وإلا كان التحكيم باطلاً [1] .

ويذهب بعض الفقه [2] إلى أنه إذا حدث وانقسم المحكمين إلى أكثر من رأيين دون أن يمثل أحدهم الأغلبية اللازمة لصدور الحكم ، كما لو كانت الهيئة من خمسة وكان هناك رأي لاثنين ورأي لاثنين ورأي لواحد ، أو كانت الهيئة من ثلاثة وكان لكل واحد رأي ، عندئذ يجب أن تستمر المداولة حتى تتكون الأغلبية ، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى إنهاء الحكم دون تحقيق هدفه ، فإذا لم تتكون الأغلبية وجب على الهيئة إصدار قرار ولو من تلقاء نفسها بإنهاء إجراءات التحكيم وفقاً للمادة ٤٨/ج تحكيم مصري ، والمادة ٥١ / ج تحكيم يمني [3] .

المبحث الثاني

شكل الحكم

سنتكلم في هذا المبحث عن شكل حكم التحكيم من حيث النطق به ومسودته وكتابته ولغته وما يلزم أن يتضمن هذا الحكم من بيانات معنية تكفي لكي يحقق حكم التحكيم وظيفته ، وإلى ذلك .

---

[1] راجع نص المادة (٢/١٥) تحكيم مصري .

[2] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ص ٢٦٤ ، فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٢ ، محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٦٥ وما بعدها .

[3] راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن ٧٣٠٣ لسنة ٧٦ ق - جلسة ٢٠٠٧/٢/٨ مشار إليه لدى معوض عبدالتواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم ص ١٣٢ وما بعدها ، حيث جاء فيه أن قواعد غرفة التجارة بباريس لم تتضمن نصوصاً خاصة تتعلق بشكل حكم التحكيم وبياناته ، وكل ما اشترطته المادة (٢٥) منها أنه (في حالة تعدد المحكمين يصدر حكم التحكيم بالأغلبية وإذا لم تتوافر الأغلبية يصدر رئيس محكمة التحكيم حكم التحكيم منفرداً ، ويجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً) .

١ـ النطق بالحكم :

القاعدة العامة أمام القضاء وجوب النطق بالحكم في جلسة علنية إلا كان الحكم باطلاً [١] والأمر مختلف أمام المحكمين فلم يوجب قانون التحكيم النطق بحكم المحكمين في جلسة علنية ولا يترتب أي بطلان ، ذلك أن الحكم يعتبر أنه صدر بالتوقيع عليه كما أسلفنا ، ولهذا فليس من الضروري النطق بالحكم في جلسة علنية أو في حضور الخصوم ، ما لم يتفق الأطراف على وجوب النطق به في حضورهم جميعاً أو بجلسة علنية .

ذلك أن النطق بالحكم في جلسة علنية لا يعتبر ضمانة للمحتكمين ، وهذا الاختلاف بين حكم المحكمين وحكم القضاء فيما يتعلق بكيفية إصدار كل منهما يرجع إلى أن عدم العلنية قد تكون دافعاً للخصوم إلى الالتجاء إلى التحكيم بدلاً من الالتجاء إلى القضاء [٢] أي أن الاختلاف يرجع إلى طبيعة نظام التحكيم وسريته .

غير أنه إذا وجد نص في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق يقبله المحكم [٣] بضرورة النطق بالحكم بجلسته علنية ، فيلزم على المحكم الالتزام بذلك وضرورة النطق به بجلسة علنية استناداً إلى اتفاق الأطراف .

وعلى ذلك فإن المحكم لا يعتبر أنه قد صدر إلا من تاريخ النطق به ، ولهذا يشترط لصحة الحكم حضور المحكمين ، وإن تبقى صفتهم حتى النطق به ، ولا يكفي اشتراكهم في المداولة وتوقيعهم عليه ، فإذا توفي أحدهم أو فقد أهليته قبل النطق بالحكم وجب وقف الإجراءات حتى يتم تعيين محكم بدلاً منه وإعادة المرافعة أمام الهيئة بتشكيلها الجديد [٤] .

٢ـ مسودة الحكم :

لم يوجب القانون كتابة مسودة من حكم المحكمين ، ولا يصح القول بوجوب كتابة مسودة لحكم التحكيم قياساً على نصوص قانون المرافعات [٥] إذ نظم قانون التحكيم

---

[١] تفصيلاً راجع سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء اليمني ، مرجع سابق ص ٥٣٤ وما بعدها ، نجب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ، مرجع سابق ص ٥١٣ ، فرج علواني هليل / البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ص ٦٣٥ .

[٢] أحمد أبو الوفا/ التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٩٤ ، عزمي عبدالفتاح / التحكيم في القانون الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٠١ .

[٣] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٣ .

[٤] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[٥] نقض يمني - الدائرة التجارية - الهيئة (ب) - رقم (١٥٧٩) بتاريخ ١٤٢٦/٨/١٢هـ الموافق ٢٠٠٥/٩/١٥ غير منشور .

شروط إصدار الحكم وبياناته تنظيماً خاصاً يختلف عن تنظيم إصدار حكام المحاكم [1] وهذا منطقي ذلك أن مسودة حكم المحكمة إنما يلزم إعدادها لتكون جاهزة لتودع ملف القضية عند النطق بالحكم ، وما دام النطق بحكم المحكمين ليس لازماً فلا مبرر لإعداد مسودة له ، ويلاحظ أن المسودة غير لازمة ولو كان الأطراف قد اتفقوا على النطق بحكم المحكمين ، فعندئذ يتم النطق بمنطوق حكم المحكمين دون سبق إيداع مسودة في ملف القضية .

ومن ناحية أخرى ، فإنه إذا كتبت مسودة الحكم ، دون كتابة نسخة حكم التحكيم الأصلية فإن المسودة لا تكفي [2] .

٣ـ كتابة الحكم :

من الأعمال الإجرائية الضرورية لحكم التحكيم كتابة الحكم ، وإلا ترتب على ذلك انعدام الحكم ، حتى يتمكن من إيداعه لمحكمته الخاصة ، باعتبار الإيداع الرقابة القضائية الأولى على حكم المحكمين وتهيئ طلب التنفيذ ، وبالتالي يسهل إصدار أمر التنفيذ طبقاً للقانون ، ويقترن بالصيغة التنفيذية كل ذلك لا يتصور إلا إذا كان على ورقة مكتوبة .

وإذا كان للأطراف الاتفاق على الإجراءات المتبعة دون التقيد بما ينص عليه قانون التحكيم فإن هذه السلطة لا تشمل الاتفاق على عدم صدورا لحكم كتابة ذلك أن الكتابة شرط لوجود الحكم لا لإثباته فصدوره شفاهة لا يتحقق به وصف (حكم التحكيم) وما يتضمنه من آثار ، ولا يكتسب هذا الحكم (حجية الأمر المقضي) ولا يكون واجب النفاذ [3] .

فالكتابة ليست شرطاً للإثبات وإنما كجزء من الأجزاء ، يترتب على تخلفها (الانعدام أو البطلان) [4] أي توثيق لعمل المحكم بكافة أركانه ، وإثبات كتابي للعمل ذاته ، وليس

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٣ ، والأحكام المشار إلهيا في الحاشية رقم (١) من ذات الصفحة .

[2] فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٣٤ ، والأحكام المشار إليها في الحاشية رقم (١) من ذات الصفحة .

[3] محمود مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ١٨٢ .

[4] نقض يمني + الدائرة التجارية (ب) ١٤٢٦/٣/٢هـ الموافق ٢٠٠٥/٤/١٢ غير منشور ، نقض يمني - الدائرة التجارية (أ) - ١٤٢٥/٢/٩هـ الموافق ٢٠٠٤/٣/٣٠م غير منشور ، نقض يمني - الدائرة التجارية (ب) ١٠ رجب ١٤٢٥هـ الموافق ٢٠٠٤/٨/٢٥م غير منشور.

فحسب بل هي عنصر من عناصر العمل ، ولذلك فإنه وفقاً للفقه الإجرائي يستكمل الحكم بذاته شروط صحته [١] .

وعلى ذلك تكاد تجمع التشريعات [٢] ومنظمات التحكيم المؤسسية [٣] على كتابة حكم التحكيم باعتبارها شرطاً أو ركناً أساسياً ، في حين يذهب جانب من الفقه [٤] أن حكم التحكيم يمكن أن يصدر شفوياً ، ولكن هذا الأمر نادر الحدوث في الواقع العملي ، حيث أن القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم ، تقف لهذه الأحكام بالمرصاد عند طلب تنفيذها من المحاكم الوطنية حيث تقتضي من طالب التنفيذ أن يقدم ضمن مستنداته أصل الحكم التحكيمي أو صورة رسمية منه ولن يتأتى له تقديم هذا المستند إلا إذا كان الحكم قد صدر مكتوباً .

ويكتب الحكم عادة بيد المحكم وأحد أعضاء هيئة التحكيم ، ولا يوجد ما يمنع المحكم من تكليف شخص آخر بكتابة المحكم بشرط أن يطلع عليه المحكم نفسه ويوقعه على مسئوليته[٥] .

---

[١] محمد نور شحاته / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ١٠٤ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٩٠ وما بعدها .

[٢] انظر : نص المادة (٤٨) تحكيم يمني ، المادة (١/٤٣) تحكيم مصري ، تفصيلاً راجع : محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٢٨٦ .

[٣] انظر : م (٢/٣٢) من قواعد اليونسترال ، م (٣١) من القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة ، م (٢/٧) من ذات القانون .

[٤] تفصيلاً راجع : علاء محيي الدين مصطفى / التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية ، مرجع سابق ص ٣٨٧ وما بعدها .

[٥] نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٢٧٥٣٩) - ٢٠ شوال ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/١١/١١ غير منشور ، جاء في وقائع وإجراءات الحكم ، أن مدعي البطلان أمام الشعبة التجارية قد أورد عدة أسباب بدعوى البطلان تعريفها على حكم التحكيم لمخالفته النظام العام منها أن المحكم استعان في كتابه حكم التحكيم بـ .... في حين أن المذكور قد عمل محامياً في القضية للمطعون ضده ... ولم تلتفت الشعبة إلى بحث هذا السبب برغم أهميته لتعلقه بمدى الثقة بالمحكم) بمعنى أن المحكم استعان بكتابة حكم التحكيم بشخص غير اعتيادي ثم جاء في حيثيات الحكم (... بشأن الطعن بأن الشعبة التجارية بنت حكمها على الشك والتخمين فيما يختص باستعانة المحكم بالمحامي ... في كتابة حكم التحكيم كونه ليس بوكيل في النزاع فالأصل أن لمحكمة الموضوع مطلق السلطة في تقدير ما اطمأنت إليه من الأدلة المطروحة وعلى واقع النزاع متى كان استخلاصها للدليل شائعاً يؤدي إلى سلامة النتيجة وموافقاً للقانون) وعلى ذلك فمحكمة النقض لم تبطل الحكم لهذا السبب ولكن تسبيبها للحكم لم يؤدي إلى النتيجة التي توصلت إليها ونعتقد أنه كان ينبغي تسبيب هذا الحكم تسبيباً حقيقياً باعتبار أن هذا الشخص الذي كتب الحكم وإن كان ليس في هيئة التحكيم إلا أنه لم يشترك في المداولة ذلك أن اشتراكه في المداولة هو الذي يؤدي إلى

ويكتب حكم التحكيم من نسخة واحدة أو عدة نسخ حسب الاتفاق أو حسب الحالة أو كما يراه المحكم مناسباً [1] كما يمكن أن تتم كتابة الحكم بخط اليد أو بآلة طابعة.

٤ـ لغة الحكم :

يجب أن تصدر أحكام القضاء باللغة العربية بوصفها اللغة الرسمية [2] أما في التحكيم فلم ينص القانون المصري أو اليمني على كتابة الحكم بلغة معينة ، غير أنه يلزم أن تصدر أحكام التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ، وبالتالي أجاز المشرع اتفاق الأطراف على كتابة الحكم بلغة معينة وقد يكون هذا الاتفاق صراحة أو ضمناً مع ملاحظة أن قانون التحكيم المصري نص على أن يكتب الحكم باللغة التي جرى بها التحكيم سواءً كانت اللغة العربية أو أي لغة أخرى حددها اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم م(٢٩) تحكيم مصري ، ولا يوجد مثل هذا النص في القانون اليمني ، إلا أننا نعتقد أن هذا النص لا لزوم له باعتبار أن كتابة الحكم والبيانات والمذكرات والمرافعات ستكون باللغة التي اتفق عليها الأطراف باتفاق التحكيم أو حسب قرار هيئة التحكيم ، وإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فمن الطبيعي أن يكون باللغة العربية ،ونعتقد أن النص المصري السابق يعتبر تزيد لا معنى له باعتبار القانون لم ينص على جزاء البطلان لمخالفة كتابة الحكم بلغة أخرى غير العربية في حالة عدم وجود اتفاق أو قرار من هيئة التحكيم بذلك .

وقد اشترط المشرع اليمني والمصري أن ترفق عند إيداع الحكم ترجمة رسمية باللغة العربية وفقاً لنص المادة (٥٩) تحكيم يمني ، المادة (٤٧) تحكيم مصري ، فإذا حدث خلاف بين النسختين تكون النسخة الأصلية المكتوبة بهذه اللغة هي التي يعتد بها [3] وبكلمة واحدة يمكن كتابة حكم التحكيم بأي لغة يتفق عليها الأطراف ، وهذا أكثر اتساقاً مع طبيعة التحكيم ونشأته الاتفاقية .

البطلان باعتبار أن ذلك مخالفة للنظام العام وحقوق الدفع ، فطالما لم يشترك في المداولة وكتب الحكم بعد أن تمت مداولته وصدر الحكم بالأغلبية طبقاً للمادة (٤٧) تحكيم يمني بعد ذلك فإذا ما تمت الكتابة من غير هيئة التحكيم وتم التوقيع على الحكم من هيئة التحكيم فلا بطلان .

[1] نجيب الجبلي / قانون التحكيم اليمني ، مرجع سابق ص ٤٠٠ .

[2] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٧٠ ، محمد نور شحاتة / الرقابة ، مرجع سابق ص١٠٤ .

[3] محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ١٠٥ ، عزمي عبدالفتاح / التحكيم في القانون الكويتي ، مرجع سابق ص ٣١٠ .

٥ـ بيانات الحكم :

التحكيم نظام إجرائي يجب اشتماله على ضمانات هذا النظام شأنه في ذلك شأن حكم القضاء ، إلا أن المشرع لم يوجب ضرورة اشتمال حكم التحكيم جميع البيانات التي ينص عليها القانون بالنسبة لأحكام المحكم ، وإنما نص على بيانات محددة على سبيل الحصر م (٤٨) تحكيم يمني م (٤٣) تحكيم مصري والتي تتمشى مع الطبيعة الخاصة للتحكيم ، ويترتب البطلان على تخلف بيان جوهري مثل تسبيب الحكم وتوقيع المحكمين [١] ولهذا لا يبطل الحكم إذا أغفل ذكر بيان لم يحدده القانون .

وتطبيقاً لما تقدم ، فإنه لا يلزم أن يبين حكم التحكيم أنه صدر باسم الشعب ، إذ لم يتطلب القانون ذكر هذا البيان في ورقة الحكم [٢] .

وقد نصت المادة (٤٨) تحكيم يمني على البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم وهي كالتالي:

١ـ أسماء أطراف التحكيم وعناوينهم وصفاتهم وجنسياتهم :

يجب أن يتضمن حكم المحكمين البيانات التي من شأنها التعريف بالخصوم كالاسم والموطن والمهنة أو الوظيفة [٣] وبناء على ذلك يذكر في نسخة الحكم أسماء الخصوم والمحامين أو الممثلين عنهم وأسماء شهرتهم وجنسياتهم [٤] .

والقاعدة أمام القضاء أنه ترتب على النقض أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم بطلان الحكم ، والمقصود بالنقص أو الخطأ الجسيم ، ذلك الذي من شأنه التشكيك في حقيقة الخصم واتصاله بالخصومة [٥] ، أما بالنسبة لأحكام المحكمين فهي لا

---

[١] نقض يمني - د مدني - طعن رقم (٢٥٩١٦) لسنة١٤٢٦هـ - جلسة ٢٠٠٦/١١/٦م القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية ، المكتب الفني بالمحكمة العليا ، العدد ا لعاشر ، مرجع سابق ص ١٦ ، نقض مدني ، د مدني - طعن رقم ٢٦٢٦٥ لسنة ١٤٢٧هـ - جلسة ٢٠٠٦/١٢/٦م ، نقض يمني - الدائرة التجارية (أ) - بتاريخ ١٤٢٥/٨/١٧هـ الموافق ٢٠٠٤/٩/٢١م غير منشور .

[٢] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٥ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٠٩ .

[٣] عزمي عبدالفتاح / التحكيم في القانون الكويتي ، مرجع سابق ص ٣١٢ .

[٤] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤٠٧ .

[٥] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٦٠ ، نقض يمني رقم ٢٧٧٧٨٣ لسنة ١٤٢٧ جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٦ المبادئ القضائية المدنية ، مرجع سابق ص ٣٥٧ نقض مصري رقم ٩٥٦ ، ١١٥٣ ، ١٤٥١ لسنة ٥٩ ق ١٩٩٤/٥/٢٦ أشار إليه معوض عبدالتواب / الموسوعة الشاملة في التحكيم ، المجلد الثاني ، دار شادي للإصدارات القانونية ، القاهرة ط ١ ، ٢٠٠٩ ص ٤٢ وما بعدها .

تبطل نتيجة لإغفال أسماء الخصوم لأنها توجد في اتفاق التحكيم [1] غير أن بعض الفقه يذهب إلى أن النقض في أسماء الخصوم يرتب البطلان عملاً بالقواعد العامة [2] وهذا التشديد لا يجب إعماله في إجراءات إصدار حكم المحكمين وكتابته ، وعلى ذلك فإن النقض أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم إنما القصد النقص والخطأ اللذين يترتب عليهما التحصيل بالخصم واللبس في التعريف بشخصه مما يؤدي إلى عدم التعرف على حقيقة شخصه أو إلى تغيير شخص الخصم بآخر لا شأن له بالخصومة في الدعوى ، فمتى كان النقض أو الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم ليس من شأنه التشكيك في حقيقة شخصية الخصم واتصاله بالخصومة المردودة في الدعوى فإنه لا يعتبر نقصاً أو خطأً جسيماً مما يترتب عليه البطلان [3] .

كما يجب بيان عنوان الخصم لمعرفة العنوان الذي يمكن إعلانه فيه بصحيفة دعوى بطلان حكم التحكيم ولا يؤدي إغفال الحكم بيان عنوان الطرفين إلى بطلانه ما دام لم يؤد إلى التجهيل بأي منهما أو التشكيك في اتصاله بالحكم ، ولم يحل دون قيام المحكوم ضده بإعلان دعوى البطلان إلى المحكوم له [4] .

٢ـ أسماء المحكمين وصفاتهم وعناوينهم وجنسياتهم :

القعدة العامة تقرر أنه يجب أن يبين في الحكم أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا النطق به ، وعدم بيان أسماء القضاة الذين أصدوا الحكم يترتب عليه البطلان في الحكم [5] وهذا ما نصت عليه م(٢٢٩) مرافعات يمني م(١٧٨) مرافعات مصري ، وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على ذلك .

---

[1] عزمي عبدالفتاح ، المرجع السابق ص ٣١٤ محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحامين ، مرجع سابق ص ١٠٩ .

[2] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٦٦ .

[3] فتحي والي / الإشارة السابقة ، نقض مصري رقم ٣٠٢٥ لسنة ٥٩ ق ١٩٩٤/٣/٢٧م منشور لدى معوض عبدالتواب ، الإشارة السابقة .

[4] استئناف القاهرة - دائرة ٩١ تجاري ٢٠٠٣/١/٢٩م في الدعوى ٣٧ لسنة ١١٩ ق و ٢٠٠٢/١/٢٧ق الدعويين ١١ و ١٤ لسنة ١١٩ ق ، مشار غليهما لدى فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٦ .

[5] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٥٨ ، نقض مصري - الطعن رقم ٢٣٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/١٢ ، الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤م ، الطعن ٥١٤٦ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/٤/١ لم ينشر بعد ، الطعن رقم ٩١٩ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٧ لم ينشر بعد ، الطعن ٧٥٣ لسنة ٦٩ ق أحوال شخصية ، جلسة ٢٠٠٥/٥/١٦م لم ينشر بعد ، الطعن رقم ٢٧٦٤ لسنة ٦٧ ق - جلسة ٢٠٠٧/٦/٦م لم ينشر بعد ، مشار إليهم لدى معوض عبدالتواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم .

بيد أن الأمر لا يختلف كثيراً في نظام التحكيم ، فقد نصت معظم التشريعات [1] وكذا القانون اليمني م(٤٨) تحكيم يمني ، والقانون المصري م (٣/٤٣) تحكيم مصري ، ومعظم لوائح المؤسسات الدائمة للتحكيم [2] على ضرورة تحديد البيانات الشخصية للمحكمين .

وهذا البيان ضروري للتأكد من صحة تشكيل الهيئة التي أصدرت الحكم ، فالمقصود من صفاتهم هو بيان ما إذا كان محكماً مختاراً من أحد الخصوم أو هو رئيس الهيئة ، وأنهم ما زالوا متمتعين بهذه الصفة حتى صدور الحكم ، أما المقصود من بيان الجنسية فهو التحقق من مراعاة ما قد ينص عليه الاتفاق على التحكيم من شرط خاص بجنسية المحكمين [3] .

ويترتب البطلان على إغفال بيان أسماء المحكمين باعتباره بيان جوهري ، غير أنه لا يترتب البطلان على إغفال بيان جنسيتهم وعلى ذلك فإن عدم اشتمال حكم المحكمين على بيان جنسية المحكمين لا يبطل شرط أن لا يكون هناك اتفاق على تحديد جنسية معينة لهم أو اقتضى القانون رغبة من المشرع في احترام إرادة طرفي التحكيم بإفساح الحرية لهما لتنظيمه بالكيفية التي تناسبهما [4] .

٣ـ صورة من اتفاق التحكيم :

بدون اتفاق التحكيم لا يكون لهذا التحكيم وجود ، فضلاً عن أن هذا الاتفاق مرجع لأمور كثيرة منها الميعاد الذي يجب أن يصدر الحكم فيه ، والإجراءات التي يجب اتباعها والقانون الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع إلى غير ذلك مما تم لأطراف التحكيم

---

[1] انظر م(٤١/أ) من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م ، م (٢/١٦ ، ٥٣/هـ) من قانون التحكيم المصري .

[2] انظر م(١/٣٢) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ، عكس ذلك م ( ) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس .

[3] محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٨٧ ، فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٣٦ .

[4] نقض مصري - الطعن رقم ٢٠٥٠ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٠٠٧/٦/١٢م لم ينشر بعد ، مشار إليه لدى معوض عبدالتواب ، الموسوعة ، مرجع سابق ص ١٣٤ وما بعدها ، عكس ذلك : حكم استئناف القاهرة د ٧ تجاري دعوى رقم ١١٠ لسنة ١٢١ ق تحكيم تجاري جلسة ٢٠٠٥/٦/٧ حيث جاء في منطوق الحكم (وحيث أن حكم التحكيم المطعون عليه قد خلا من بيان جنسية المحكم ، واكتفاء بالإشارة إليه في المحكم ومن ثم يتعين القضاء ببطلان حكم التحكيم دون حاجة لبحث أسباب البطلان ،استئناف القاهرة د ٧ تجاري - دعوى رقم ١٠٠ لسنة ١٢٠ ق تحكيم - جلسة ٢٠٠٤/١٢/٧ الدعوى رقم ١٢٥ لسنة ١٢١ ق تحكيم - جلسة ٢٠٠٦/٧/٢م التي أثارها المدعون ، مشار إليهم لدى أحمد عبدالصادق ، المرجع العام في التحكيم ، مرجع سابق ص ١٣٨ وما بعدها .

الاتفاق عليه ومن ثم فوظيفة هذا البيان هي رقابة مدى تجاوز المحكم لحدود المهمة المعهود بها إليه [1] إذ هو يستمد سلطته من هذا الاتفاق .

وعلى ذلك فإنه يجب أن تتضمن ورقة الحكم البند من العقد الذي يحتوي شرط التحكيم أو أن يتضمن نص مشارطة التحكيم أو أن ترفق المشارطة بورقة الحكم مع الإشارة في ورقة الحكم إلى هذا الإرفاق [2] وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بضرورة بيان اتفاق التحكيم في حكم التحكيم ، ذلك أن مؤدى نص الفقرة الثالثة من م (٤٣) أن المشرع قد هدف من وجوب إثبات هذا البيان - صورة اتفاق التحكيم - في الحكم هو التحقق من صدور حكم المحكمين في حدود سلطتهم المستمدة من اتفاق التحكيم ، ورعاية لمصالح الخصوم فهو بذلك بيان جوهري لازم لصحة الحكم ، يترتب على تخلفه عدم تحقق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع إثباته بالحكم بما يؤدي إلى البطلان ، ولا يغير من ذلك أن يكون الحكم بذاته دالاً على استكمال شروط صحته ، وفقاً لمبدأ الكفاية الذاتية للأحكام ، بحيث لا يقبل تكملة ما نقص منها من البيانات الجوهرية بأي طريق آخر [3] .

غير أن بعض الفقه [4] يذهب إلى تطبيق القواعد العامة في البطلان من خلال تحقق الغاية من الشكل ، ولهذا يذهب هذا الرأي إلى أن الغاية من الإجراء قد تحققت من خلال بيانات الدعوى التحكيمية باعتبار أن هذه البيانات ستوضح سلطة المحكم وحدودها التي يتضمنها الاتفاق ، وستند هذا الرأي أيضاً إلى أن شروط التحكيم عائقاً لا يتحقق فيه تحديد موضوع النزاع وإنما يعتبر شرط أساسي في اللجوء للتحكيم باعتبار أن النزاع في شرط التحكيم قد يحدث أو لا يحدث مستقبلاً وتحديده غير وارد في الاتفاق ويمكن

---

[1] محمد علي عويضة ، حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٨٨ ، محمد نور شحاتة / الرقابة ، مرجع سابق ص ١٠٩ .

[2] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٣٦ .

[3] نقض مصري - الطعن رقم (١٠٦٣٥) لسنة ٧٦ ق - جلسة ٢٠٠٧/٢/٢٧م لم ينشر بعد ، مشار إليه لدى معوض عبدالتواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم ، مرجع سابق ص ١٣٤ وما بعدها ، كما قضت ببطلان حكم التحكيم نتيجة خلو المحكم من صورة اتفاق التحكيم ، استئناف القاهرة - د ٧ تجاري - في دعوى رقم ٤٤ لسنة ١٢١ ق تحكيم تجاري جلسة ٢٠٠٥/٥/١٠ ، وفي الدعوى رقم ١٠٠ لسنة ١٢٠ ق تحكيم - جلسة ٢٠٠٤/١٢/٧ .

[4] تفصيلاً في هذا الرأي راجع : فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٧ وما بعدها ، كما يضيف جانب من الفقه في هذا الصدد (بأن العبرة في هذا الشأن تضمين الحكم البيانات الجوهرية التي في الاتفاق والتي يمكن معها تحقق الغاية من الإجراء ، فإذا تضمن حكم المحكم أهم بنود الاتفاق كتاريخه وأشخاصه وموضوعه وأسماء المحكمين ومهلة التحكيم وموقف الطرفين بالنسبة للطعن وأتعاب المحامين فإن ذلك يحقق قصد المشرع وتنتفي معه شائبة البطلان ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣١٤ .

توضيحه من خلال الادعاءات المتقابلة وبيانات الدعوى التحكيمية ، كما يستند إلى أنه يمكن تكملة بيانات الحكم من ورقة أخرى سابقة له أو معاصرة له أشار إليها الحكم ، على أساس أن هذه الورقة توضح النص في الحكم .

وإذا كنا نميل إلى ترجيح هذا الرأي باعتبار أن الحكم قد يحمل في طياته بيانات الاتفاق سواء فيما يتعلق بموضوع النزاع وهذا يمكن تحديده من خلال الاتفاق وكتابته فيه ، أو في بيان الدعوى أو فيما يتعلق بالأشخاص ، إلا أنه ينبغي على المحكم في جميع الأحوال كتابة وتوضيح خلاصة الاتفاق التحكيم لأن اتفاق ا لتحكيم يتضمن مجموعة من بيانات كثيرة منها موضوع النزاع وسلطة المحكم هل هو محكم مقيد أم محكم طليق ، وكذا بعض الأمور التي تم الاتفاق عليها كما هو الحال في مدة التحكيم وغيرها من الأمور التي يتفق عليها الأطراف فعندما يكتب المحكم خلاصة الاتفاق التحكيم فإنه يبين بوضوح كل النقاط والبيانات التي وجدت في اتفاق التحكيم ، وبالتالي يحصن حكمه من أي بطلان ، ولهذا نرى تفادياً لهذه الإشكالات التي قد تؤدي إلى إهدار الحكم وإبطاله أن ينص المشرع اليمني عندما تتأتى له الفرصة لتغيير القانون أو تعديله على إلزام المحكم بكتابة خلاصة لاتفاق التحكيم .

٤ـ ملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم :

الهدف من بيان ملخص طلبات الخصوم هو معرفة نطاق النزاع وبالتالي تحديد نطاق سلطة المحكمين ، أما بيان ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم ، فالغرض منه توفير الرقابة على عمل المحكمين ، والتحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع ودفاع طرفيه والوقوف على أسباب الحكم الصادر فيه ، وذلك رعاية لصالح الخصوم [1] وليس المقصود ببيان ملخص أقوال الخصوم بيان ملخص لكل ما أدلوا به من أقوال في مرافعتهم أو مذكراتهم ، وإنما المقصود به هو ملخص لدفع الخصوم ودفاعهم الجوهري ، ويجب بيان جميع دفوع الخصوم ، أما دفاعهم فيكفي بيان دفاعهم الجوهري أي الدفاع الذي يؤثر في النتيجة التي انتهى إليها الحكم بحيث أن هيئة التحكيم لو كانت بحثته لجاز أن تتغير به هذه النتيجة ،

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٩ وما بعدها ، نجيب الجبلي التحكيم في القانون اليمني ، محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٨٨ ، جلسة ٢٠٠٦/٢/١٤ لم ينشر بعد ، مشار إليهما لدى معوض عبدالتواب ، الموسوعة ، مرجع سابق ص ٤١٦ نقض مصري – الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١١/١٧ الطعن رقم (١٤٢٤) لسنة ٦٥ ق .

إذ يعتبر ذلك قصوراً في أسباب الحكم الواقعية ، فضلاً عما ينطوي عليه من إخلال بحق الدفاع مما يترتب عليه البطلان [١] .

وهذه القاعدة معمول بها في قانون المرافعات اليمني ، وإغفال هذا البيان يؤدي إلى بطلان حكم المحكمة م (٢٣٠) مرافعات يمني [٢] أما في نظام التحكيم فنرى أن حكم المحكم إذا لم يشتمل على عرض مجمل لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم وخلاصة دفاعهم ودفوعهم لا يعتبر باطلاً طالما أن الحكم قد ناقش في حكمه تلك الطلبات أو الدفوع وأجاب عليها بوضوح ، وهذه القاعدة تتفق مع قصد المشرع من كون الإجراء وسيلة لتحقيق غاية معينة ، فإذا تخلف الإجراء وتحققت الغاية فلا بطلان ، وعلى ذلك إذا لم يذكر في الحكم الوقائع ورغم ذلك تناول الحكم طلبات الخصوم وحججهم ودفاعهم ودفوعهم بالبحث والرد عليها في ثنايا الحكم ، فإن الغاية من الإجراء - ذكر الوقائع - تكون قد تحقق وهي ضمانة الفصل بشكل صحيح في ادعاءات الخصوم ، وبالأحرى ضمانة جدية للحكم [٣] ، وبالتالي فإن إغفال حكم التحكيم لبيان ملخص بأقوال الخصوم لا يترتب عليه بطلان الحكم إلا إذا ثبت أنها كانت تتضمن دفاعاً جوهرياً مؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها حكم المحكمين [٤] .

ومن الطبيعي أن بيان ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم غير لازم إلا إذا كان الحكم فاصلاً في الدعوى ، أما إذا كان حكماً بعدم الاختصاص أو بعدم القبول أو برفض دفع من الدفوع فلا يعيب إغفال بيان دفوع الخصوم أو دفاعهم الجوهري أو مستنداتهم غير المتعلقة بمضمون الحكم [٥] .

---

[١] فتحي والي / ألإشارة السابقة ، نجيب الجبلي ، الإشارة السابقة ، أحمد السيد صاوي ، التحكيم ، مرجع سابق ص ١٨٢ .

[٢] راجع نقض يمني الدائرة المدنية طعن رقم ٢٣٠٩٨ السنة ١٤٢٦هـ جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٠ طعن رقم ٢٧١٩٢ لسنة ١٤٢٧هـ جلسة ٢٠٠٧/٢/٢٠ منشور في مجموعة المكتب الفني بالمحكمة ا لعليا ، العدد الثامن ص ٧٨ وما بعدها ، ص ١٨١ .

[٣] ذهب إلى ذلك نجب الجبلي / الإشارة السابقة .

[٤] أحمد السيد صاوي / الإشارة السابقة .

[٥] فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٤٠ .

٥ـ منطوق الحكم :

يعرف جانب من الفقه [١] منطوق الحكم بأنه خلاصة الحكم الذي يصدر من هيئة التحكيم في أي من المنازعات التي تطرح عليها للفصل فيها على أن تكون هذه الخلاصة مع ما يسبقها من أسباب أو حيثيات .

ويطلق منطوق الحكم على القرار الذي تصدره هيئة التحكيم أياً كان مضمونه سواء كان حكماً قبل الفصل في الموضوع أو فاصلاً فيه ، وسواءً فصل في جزء من الطلبات أو في كل ما قدم من طلبات ، وسواء كان حكم إلزام أو حكماً تقريرياً أو منشئاً [٢] .

ولا بد أن يكون منطوق الحكم واضحاً ومحدداً فاصلاً في حدود الاتفاق ، ولا يقضي المحكم بأكثر مما طلبه الخصوم ، ولا يكون قد خرج عن حدود الاتفاق ، فإذا حكم المحكم بما لم يطلبه الخصوم أو خارج اتفاق التحكيم كان الحكم قابلاً للإبطال عملاً بالمادة (٥٣/د) تحكيم يمني [٣] كما يجب ألا يكون متناقضاً بين أجزائه وإلا كان باطلاً .

ويمكن أن يرد القرار في أسباب الحكم المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً فيعتبر منطوقاً وإن جاء ضمن الأسباب ، كما يمكن أن يتضمن منطوق الحكم فصلاً ضمنياً في بعض الطلبات ، ويجوز أن يتضمن فصلاً في بعض الطلبات دون البعض الآخر ، وعندئذ يعتبر حكماً جزئياً ، وإذا تعددت المسائل المتنازع فيها فإن الحكم يجب أن يتضمن في منطوقه قضاء يفصل في كل منازعة على حده ، وإذا بطل جزء من أجزاء المنطوق فإن ذلك لا يؤثر على قضاء المحكم في المسائل الأخرى إلا إذا كان لا يمكن فصله فيبطل الحكم برمته [٤] .

٦ـ تاريخ إصدار الحكم :

القاعدة العامة بالنسبة لأحكام المحاكم ، أن إغفال تاريخ الحكم يؤدي إلى بطلان الحكم ، باعتبار أنه من البيانات الجوهرية م (٢٣٠) مرافعات يمني [٥] ويذكر التاريخ في صدر الحكم أو في الديباجة ولا يوجد ما يمنع من ذكره في نهاية الحكم [٦].

---

[١] محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٨٢ .

[٢] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٤٠ وما بعدها .

[٣] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ص ٣١٩ .

[٤] عزمي عبدالفتاح / الإشارة السابقة ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٦٨ ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤١٧ ، محمد علي عويضة / الإشارة السابقة .

[٥] تقابلها المادة (١٧٨) مرافعات مصري.

[٦] نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٤١٠ .

والأمر لا يختلف بالنسبة لنظام التحكيم فقد نص المشرع اليمني على ضرورة كتابة تاريخ حكم المحكم م (٤٨) تحكيم يمني وكذلك المصري م (٣/٤٣) تحكيم مصري .

تبدو أهمية هذا البيان في أنه يحدد أموراً كثيرة ، فبالرجوع إلى هذا البيان يتبين ما إذا كان الحكم قد صدر في خلال المدة التي اتفق عليها الخصوم ، أو نص المشرع على ضرورة صدوره خلالها كمهلة للتحكيم ، ومعرفة بدء ميعاد الطعن في التشريعات التي تجيز ذلك ، كذلك تحديد الوقت الذي تسري فيه آثار الحكم وأهمها حجية الأمر المقضي ، كما أن هذا التاريخ هو الذي يعتد به لبدء حساب مدة الإيداع [١] .

كذلك يرجع إلى هذا التاريخ للتحقق من صحة اشتراك جميع المحكمين الذين أصدروا الحكم ، فمن المعلوم أنه يجب أن يكون كل محكم اشترك في إصدار الحكم معيناً بالطريقة التي حددها المشرع ، وأن يظل متمتعاً بصفته حتى إصدار الحكم ، ويحدد تاريخ الحكم المدة التي يحق لذوي الشأن أو هيئة التحكيم خلالها تصحيح ما وقع في حكمها من أخطاء مادية[٢].

وبناء على ذلك يعتبر التاريخ من البيانات الأساسية التي يترتب عليها بطلان الحكم في حالة إغفاله .

والتمسك ببطلان الحكم لعدم بيان تاريخ صدوره والمسك ببطلانه لصدوره بعد الميعاد المقرر للتحكيم ليس في النظام العام ، إذا كان هناك تاريخ ثابت يقطع أن المحكمين قد أصدروا حكمهم خلال الميعاد المقرر لإصدار الحكم ، فيمكن أن يستدل على هذا التاريخ من محضر الجلسة الذي صدر فيها الحكم ، إذ الأصل في ثبوت تاريخ إصدار الحكم هو محضر الجلسة الذي أعد لإثبات ما يجري منها [٣] كما أنه يمكن التأكد من صدور الحكم في ميعاد التحكيم إذا كان الحكم قد أودع قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء هذا الميعاد ، أو كان أحد المحكمين الموقعين على التحكيم قد توفي قبل انقضائه [٤] .

---

[١] محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٩ ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤١٠ ، محمد نور شحاتة ، الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ١١٢ ، فتحي والي ، الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٥٧ .

[٢] محمد علي عويضة ، الإشارة السابقة .

[٣] نجيب الجبلي / الإشارة السابقة ، فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٤١ .

[٤] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٦٩ .

ولعله من نافلة القول أن التاريخ الذي يثبته المحكم لحكمه يعتبر حجة على الخصوم ، ولا يستطيع حجه إلا باتخاذ طرق الطعن بالتزوير في الحكم ، لأن حكم المحكم كما أكدته محكمة النقض المصرية ورقة رسمية شأنه في ذلك شأن أحكام القضاء [١] .

٧ـ مكان إصدار الحكم :

نظمت معظم التشريعات [٢] وبعض التشريعات والاتفاقيات الدولية [٣] مكان صدور الحكم ، وقد اشترط المشرع اليمني في المادة (٤٨) تحكيم يمني وكذا المصري في المادة (٣/٤٣) تحكيم مصري أن يذكر في الحكم مكان صدور الحكم لكنه لم يحدد مكان معين لصدوره فهل العبرة في تحديده بمكان المداولة أم مكان التوقيع والكتابة؟

والحقيقة أن أهمية تحديد مكان صدور الحكم تكمن في مراقبة احترام هيئة التحكيم إذا ما كان الأطراف قد اتفقوا على مكان معين لصدور الحكم .

كذلك تحديد جنسية الحكم التحكيمي إذا كان حكماً وطنياً أم حكماً أجنبياً ، فإذا كان أجنبياً طبقت عليه الأحكام والقواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي [٤] وبالتالي فتحديد مكان صدور الحكم يفيد في معرفة القواعد القانونية التي تطبق على التحكيم لا سيما التحكيم الدولي ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك [٥] كما يفيد

---

[١] أحمد السيد الصاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٨٤ ، نقض مصري - الطعن رقم (٥٨٦) لسنة٢٥ ق تحكيم مشار إليه لدى معوض عبدالتواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم ، مرجع سابق ص ٧٨ .

[٢] راجع م(٤٠) من نظام التحكيم السعودي ، م (٣/٤٣) من قانون التحكيم العماني ، م (٧) من قانون التحكيم الكويتي .

[٣] راجع م (٣/٣١) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بصيغته التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢١ حزيران ، يونيه ، ١٩٨٥م م (١/٣٢) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي أقرها مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة بقرار رقم ٨٠ / د ٥ - ١٤٠٧/٨/١٦هـ - ١٩٨٧/٤/١٤م ، م (٤/٣٢) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالقرار ٩٨/٣١ الذي اتخذته الجمعية العامة ١٩٧٦/١٢/١٥م.

[٤] فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٣٤٦ .

[٥] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣١٠ ، ويتفق ذلك مع نص م (١/٢٠) من القانون النموذجي لليونسترال ، والتي تنص على أنه (للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم فإن لم يتفقا على ذلك تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان على أن تأخذ في الاعتبار ظروف القضية بما في ذلك راحة الطرفين.

في تحديد المحكمة المختصة بإيداع الحكم والمحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ وكذا المحكمة المختصة بنظر البطلان [١] .

على أنه يعتبر المكان الذي يتم فيه النطق بالحكم التحكيمي بجلسة علنية هو مكان صدوره [٢] باعتبار أن القانون اليمني والمصري يضعان معيار مكان صدور الحكم في خارج الإقليم اليمني أو المصري ليكتسب الحكم صفة الحكم الأجنبي طبقاً للمادة (٤٩٥) مرافعات يمني ، والمقابلة للمادة (٢٩٦) مرافعات مصري ، ورغم أن الفقه الحديث يذهب إلى وضع معايير أخرى لترتيب وصف الدولية أو الوطنية على الحكم [٣] .

ورغم أهمية هذا البيان فإن تخلف ذكره أو إغفاله لا يؤدي إلى البطلان وإنما يجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات فيمكن معرفة مكان صدور الحكم من محضر الجلسة أو من اتفاق التحكيم [٤] ومع ذلك تثور مشكلة تحديد المكان في الحالات التي يتم فيها التوقيع على الحكم بالمراسلة أو التمرير إذا وجد ثلاثة محكمين أو أكثر يقيمون في دول مختلفة ، لهذا في هذه الحالات فإن مكان النطق بالحكم هو مكان صدوره ، وإذا ذكر الموقع أو المكان الذي صدر فيه الحكم فلا يجوز إثبات عكسه إلا بالطعن بالتزوير [٥] .

٨ـ أسباب الحكم :

بالإضافة إلى البيانات السابقة يجب أن يشتمل حكم المحكم على الأسباب التي بني عليها ، وهي عبارة عن الحيثيات والأسانيد القانونية وهو ما نتناوله لأهميته مستقلاً بعد البيان الآتي.

---

[١] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٨٤ ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ١١١ .

[٢] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٣٩٨ .

[٣] راجع في هذه المعايير : بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ١١٤ وما بعدها ، حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٤ وما بعدها ، محمود مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٣٣ وما بعدها ، راجع نص م (١)تحكيم يمني ، نص م (٣) تحكيم مصري .

[٤] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٤٢ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣١٠ ، نجيب الجبلي / الإشارة السابقة .

[٥] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٠٣ ، محمد نور شحاتة / الرقابة ، مرجع سابق ص ١١٢ .

٩ـ توقيع المحكمين على الحكم:

يجب أن يوقع المحكمون على الحكم التحكيمي ، سواء كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد أو محكمين متعددين ، وحكم التحكيم إما أن يصدر بالإجماع وهذا يعني موافقة جميعهم على الحكم ، وبالتالي توقيعهم جميعاً عليه ، وإما أن يصدر بالأغلبية وهنا من المتوقع أن يمتنع الأقلية عن التوقيع على الحكم ، فإن الحكم يكون صحيحاً رغم ذلك إذا وقعته أغلبية المحكمين ، وكأنه صادر في جميع المحكمين ، وعندئذ يجب أن يثبت في ورقة الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية م (٤٨) تحكيم يمني ، م (١/٤٣) تحكيم مصري ، وقد يثبت المحكم الممتنع عن التوقيع أسباب امتناعه ، سواء في نفس ورقة ا لمحكم أو في ورقة مستقلة ترفق بالحكم ، فلا يشترط إفراد محرر مستقل بتوقيع المحكم الممتنع يتضمن أسباب امتناعه عن التوقيع [١] كما قد يكون التوقيع بخط اليد أو بالإمضاء أو بالبصمة في حالة ما إذا كان المحكم أمياً في التشريعات التي تجيز ذلك .

وتبدو أهمية هذا البيان - أي بيان أسباب رفض الأقلية للتوقيع - في كونها قد تتضمن ما يساند طلب بطلان الحكم ، كما لو اتضح من خلالها وقوع إخلال بحقوق الدفاع أو تطبيق الأغلبية [٢] ، وعلى الرغم من أهمية هذا البيان إلا أنه لا يترتب البطلان على عدم توقيع الأقلية وذكر أسباب امتناعها ، فإذا امتنع المحكم عن التوقيع وامتنع عن ذكر أسباب امتناعه عن التوقيع على المحكم ، تولى رئيس لجنة التحكيم إثبات كتابة الأسباب التي أدت إلى الامتناع عن التوقيع إذا كانت هذه الأسباب ظاهرة ، وإذا لم تكن ظاهرة تولي رئيس اللجنة ذكر أن المحكم الممتنع لم يوقع على الحكم باعتباره معترض على الحكم حتى ولو لم يذكر الأسباب طالما كان ذلك يرجع إلى العضو الممتنع ، والحكمة من ذلك لكي لا تتعرقل الإجراءات وتنتهي دون صدور الحكم رغم توافر الأغلبية [٣] .

---

[١] استئناف القاهرة - د (٦١) تجاري - الدعوى رقم ٧٠ لسنة ١١٩ ق تحكيم - جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٧ أشار إليه معوض عبدالتواب ، الموسوعة الشاملة في التحكيم ، مرجع سابق ص ١٤٠ .

[٢] مختار بريري / المرجع السابق ص ١٨٤ ، نقض يمني الطعن رقم ٢٥٩١٦ لسنة ١١٦ ، جلسة ٢٠٠٦/١١/٦م القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية ، مرجع سابق ص ١٦ .

[٣] تفصيلاً في ذلك راجع : فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٤٢ وما بعدها ، والأحكام المشار إليها في الحاشية من ١ - ٤ في الصفحة ذاتها .

خلاصة ذلك إذ لا يترتب البطلان على امتناع الأقلية من التوقيع أو ذكر أسباب الامتناع طالما أثبت ذلك بواسطة رئيس لجنة التحكيم .

١٠ـ تسبيب الحكم :

يقصد بالتسبيب [١] سبب الحكم ، المصدر المنشئ له ، أي إيراد أسباب الحكم الواقعية والقانونية ، أي أن يحتوي على الأسباب .

ويعتبر تسبيب أحكام المحكمين من أهم ضمانات التقاضي ، إذ هو يضمن حسن أدائهم لمهمتهم وعدم تحكمهم وحكمهم بالهوى ، ويدفعهم إلى الحرص والفطنة والتروي والتفكير في الحكم قبل إصداره ، كما أنه ضمانة لاحترام حقوق الدفاع فوجود التسبيب هو الذي يسمح للأفراد بالتأكد من أن الإجراء الذي اتخذه المحكم لم يتضمن مخالفة لحق الدفاع ، وبالتالي يسهم في قناعة المحكوم عليه وكل من يطلع على الحكم بعدالته ، كما يسهل مأمورية القاضي الآمر بالتنفيذ من أداء مهمته ، ومعرفة الأسباب التي بني عليها الحكم تمكن من إبراز وجه الخطأ فيه [٢] وبالتالي تمكن جهات الرقابة والطعن من ممارسة هذه الرقابة بطريقة سليمة ، ولهذا نصت المادة (٢/٤٣) تحكيم مصري والمادة (٤٨) تحكيم يمني على ضرورة أن يكون حكم التحكيم مسبباً .

---

[١] تفصيلاً في المقصود بالتسبيب راجع : أحمد أبو الوفا / التعليق على نصوص قانون المرافعات ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠٠٧ ص ٦٨٤ وما بعدها ، ومؤلفه نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠٠٧ ص ١٨١ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ٢٠٠٨ ص ٥٦٦ وما بعدها ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مركز الصادق صنعاء اليمن ط ١ ٢٠٠٨ ص ٥١٨ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني ، مركز الصادق صنعاء اليمن ط ٣ ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ ، ص ٥٤١ وما بعدها ، ومؤلفه حق الدفاع أمام القضاء المدني دراسة فقهية مقارنة في القانون المصري واليمني والفقه الإسلامي رسالة مطبوعة لنيل درجة الدكتوراه .

[٢] راجع في ذلك : طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩ ، ص ١٢٩ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / عقد التحكيم وإجراءاته ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠٠٧ ص ٢٨٠ وما بعدها ، فوزي محمد سامي / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٣٣٠ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٢١ وما بعدها نقض يمني - الدائرة التجارية (أ) بتاريخ ١٤٢٥/٤/٢٢هـ الموافق ٢٠٠٤/٦/١٠ غير منشور حيث جاء في حيثياته (... ومن المعلوم أن القانون حينما أوجب أن تكون الأحكام مسببة وإلا كانت باطلة م (٢٣١/أ) مرافعات لم يكن ذلك ترفاً تشريعياً وإنما اقتضت ذلك ضرورات قصوى تتجلى في ضمان صدور الحكم القضائي وفقاً للقانون وليس بناءً على هوى أو ميل ولإعلام الخصوم لما صدر الحكم على ذلك النحو وتمكين المحكمة الأعلى درجة من الرقابة على الحكم موضوع الطعن أمامها وكل ذلك يؤدي في النتيجة إلى تحقيق العدالة في المجتمع وهو الهدف الأهم من اللجوء إلى القضاء).

والتسبيب يعني أراد الحجج الواقعية والقانونية التي أدت إلى صدور الحكم ويقصد بالأسباب الواقعية بيان الوقائع والأدلة التي يستند إليها الحكم في تقرير وجود أو عدم وجود الوقائع الأساسية ، ويقصد بالأسباب القانونية بالمبدأ القانوني الذي يطبقه المحكم من خلال توصله إلى حل النزاع بعد تكييف الوقائع ويشتمل على الحجج القانونية التي يستند إليها الحكم ، وهاتان المجموعتان من أسباب وأسانيد وأدلة تساعد المحكم إلى الوصول إلى رأي قانوني في الوقائع على التوالي ، وتكشف بذلك عن الطريق المنطقي الذي اتبعه المحكم في تكوين هذه الآراء والأعمال التي يقوم بها بصفة عامة [١] .

وتكاد تجمع التشريعات على ضرورة تسبيب الحكم القضائي [٢] وتبيان الاتجاهات حول تسبيب الحكم التحكيمي فذهب الرأي الراجح بالفقه وبعض التشريعات إلى ضرورة تسبيب الحكم التحكيمي وإلا كان باطلاً [٣] مستنداً هذا الرأي إلى مجموعة من الأسباب منها أن التسبيب حق من حقوق الدفاع ، وذهب رأي إلى جواز إصدار الحكم التحكيمي بدون تسبيب في التحكيم التجاري الدولي ، وهو موقف التشريعات الأنجلوسكسونية [٤] وذهب رأي وسط بين الاتجاهين السابقين خلاصته أنه يجب أن يكون حكم المحكم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا

---

[١] نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٥٢٠ ، ومؤلفه التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤١٠ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم مرجع سابق ص ٢٩٨ وما بعدها .

[٢] انظر في ذلك م (٣/٣٢) من قانون الأونسترال ، م (٢/٣١) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، م (٣/٤٨) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ، م (٨) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي العام ، م (١/٣٢) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري العام ١٩٨٧م من قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية ، م (١/١٤٧١) من القانون الفرنسي .

[٣] راجع في هذا الاتجاه أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٨٦ وما بعدها ، محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٧٩ وما بعدها ، طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ، مرجع سابق ص ١٢٩ وما بعدها ص ١٧٣ انظر م (٢/٣٣) و (٤/٤٣) من قانون التحكيم المغربي م (٥/٨٠٠) من قانون التحكيم اللبناني المستخرج من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد ، وقانون الإجراءات المدنية الجزائري بموجب الرسوم التشريعي رقم ٩/٩٣ لسنة ١٩٩٣ بشأن التحكيم الدولي حيث أوجبت م (٤٥٨) مكرر ١٣ أن يكون القرار التحكيمي مسبباً وإلا كان قابلاً للطعن فيه بالاستئناف بموجب م (٤٥٨) مكرر (٢٣/ز) .

[٤] انظر عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣١٥ .

التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا تشترط ذكر أسباب الحكم وقد أخذ القانون اليمني والمصري بهذا الاتجاه [1] .

فقد نصت المادة (٤٨) تحكيم يمني على أنه (... يجب أن يصدر الحكم مسبباً وإلا اعتبر ناقصاً إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك ...) كما نصت المادة (٢/٤٣) تحكيم مصري على أنه (يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك ، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم ...) ، وعلى ذلك يلزم تسبيب حكم المحكم وإلا كان باطلاً ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، بمعنى أنه على هيئة التحكيم تسبيب حكمها إلا إذا كانت أطرافه قد أعفت المحكم من ذلك ، معنى ذلك أن التسبيب لا يتعلق بالنظام العام لا سيما في التحكيم الدولي ، والنص على إعفاء المحكم من التسبيب يعتبر من وجهة نظرنا محل نظر ، ويعتبر غير دستوري باعتبار أن التسبيب حق من حقوق الدفاع في الدساتير المختلفة ومنها الدستور اليمني م (٤٩) وبالتالي يكون حكم المحكم بلا تسبيب عدالة تحكيمية أو مزاجية بدون أساس علاوة لما يشكله الإعفاء من خطورة خاصة في مجال التحكيم .

أضف إلى ذلك أن تنفيذ مثل هذا الحكم غير المسبب يؤدي إلى عدم القدرة على تنفيذه في بلد يعتبر التسبيب من النظام العام .

لذلك نرى أن النصان السابقان غير دستوريين باعتبار التسبيب من حقوق الدفاع كما يذهب الفقه [2] لذلك نوصي المشرع اليمني والمصري بإلغاء هذا النص ليكون التسبيب إلزامياً مع ملاحظة أن نص القانون المصري السابق لم يتضمن الإشارة إلى الجزاء الواجب [3] إعماله عند تخلف التسبيب ، أما القانون اليمني يبطل الحكم المعيب طبقاً لنص

---

[1] ومن التشريعات التي حذت حذو القانون اليمني والمصري قانون التحكيم الأردني م (٤١/ب) ،قانون التحكيم البحريني م (٢/٣١) ، قانون التحكيم التونسي م (٢/٧٥) بشان التحكيم الدولي ، وقد أغفل ذلك في شأن التحكيم الداخلي ، وقانون التحكيم م (٢/٤٣) .

[2] راجع في ذلك : طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ص ١٢٩ وما بعدها ، أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٨٦ وما بعدها ، محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٧٩ وما بعدها ، عكس ذلك :مختار بريري / التحكيم التجاري ، مرجع سابق ص ١٩٦ حيث يرى أن عدم التسبيب لا يشكل انتهاكاً لحقوق الدفاع .

[3] حيث يضيف جانب من الفقه في هذا الصدد : يؤدي عدم تسبيب الحكم في حالة عدم اتفاق الأطراف على عدم التسبيب أو في حالة اختيارهم للقانون المصري كقانون واجب التطبيق على الإجراءات أو لائحة تحكم يقتضي التسبيب إلى إمكانية الطعن على الحكم بالبطلان المساس بأحد القواعد الأساسية التي تتعلق بمصلحة الأطراف

م(٥٣/و) تحكيم يمني ، إلا أن نص المادة (٤٨) تحكيم يمني السابقة تتناقض مع نص م (٥٣/و) من ذات القانون [١] فقد نصت المادة على أنه : (... ويجب أن يصدر الحكم مسبباً وإلا اعتبر ناقصاً ...) ومعلوم أن النقص لا يعتبر جزاء ، إذ يجوز إصلاحه دون حاجة إلى إبطاله ، وبالتالي فالتساؤل الذي يطرح نفسه هو من يقوم بإكمال النقص وتسبيب الحكم هل المحكم ؟ أم محكمة الاستئناف ؟

وهي محكمة الطعن بالبطلان في القانون اليمني ، فإذا قلنا المحكم فهو غير جائز لاستنفاد المحكم لولايته بصدور الحكم ، وإذا قلنا محكمة الاستئناف هي التي تكمل النقص وإصلاح التسبيب معنى ذلك أن المحكمة أضحت بهذا القول محكمة موضوع - أي محكمة الاستئناف - وليست محكمة طعن بالبطلان .

وبناءً على ذلك فإننا نرى أنه ينبغي تعديل هذا النص أو إلغائه إضافة للسبب السابق ، وبالرجوع إلى أحكام القضاء اليمني نلاحظ أن المحكمة العليا قد أوضحت هذا التناقض في عدة أحكام رغم غموض النص ذاهبة إلى تفسير هذا النص من خلال إبطال الأحكام غير المسببة والتي لا تتضمن التسبيب [٢] .

ومع ذلك فقد استقر الفقه على أن صحة أحكام المحكمين من حيث أسبابها لا تقاس بذات المعايير التي تقاس بها أحكام المحاكم وإنما تخضع أسباب حكم التحكيم إلى معايير خاصة [٣] .

فيجب أن توجد أسباب بالنسبة لكل طلب على حده ، فلا يكفي اشتمال الحكم على أسباب بالنسبة لبعض الطلبات التي تم الفصل فيها دون البعض الآخر فالأسباب العامة أو

بالدعوى بشكل مباشر ، وبعد بهذه المثابة داخلاً في إطار المادة (٥٣- ١- ز) تحكيم مصري ، حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٠٣ ، وهذا ما ذهب إليه البعض الآخر ، أحمد السيد صاوي / الإشارة السابقة .

[١] راجع في نقد ذلك : نجيب الجبلي / تناقضات قانون التحكيم اليمني ، البحث السابق ص ٣٧٤ وما بعدها .

[٢] نقض يمني د ( ) ١٨ محرم ١٤٢٦هـ الموافق ٢٠٠٥/٢/٢٧م غير منشور ، نقض يمني د ( ) ذي القعدة ١٤٢٥هـ الموافق ٢٠٠٤/٢/٦م غير منشور ، نقض يمني د ( ) ٢٨ ذو القعدة ١٤٢٤هـ الموافق ٢٠٠٤/١/٢٠م غير منشور ، استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ١٤٢٧/٨/١٠هـ الموافق ٢٠٠٦/٩/٣م غير منشور ، نقض مدني يمني - طعن رقم ٢٧٨٣٥ لسنة ١٤٢٧هـ جلسة ٢٠٠٧/٤/١٠م القواعد القانونية المكتب الفني للمحكمة العليا العدد العاشر ص ٣٣٨ .

[٣] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣١٧ ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ٩٣ .

المجملة أو المبهمة أو الغامضة تؤدي إلى تغيب الحكم وبالتالي تؤدي إلى قصور في التسبيب فيكون الحكم باطلاً [1] ويجب أن يرد بالأسباب ملخص لوقائع الدعوى التي لها علاقة قوية بالحكم كما استخلصها من أوراق الدعوى وبيان ما قدمه الطرفان من مستندات ودفاع جوهري ودفوع ، وأن تتضمن مناقشة دلالة الدعوى وماهية المستندات التي استند إليها الحكم ، ورد يواجه به ما قدم من دفوع أو دفاع جوهري وأن تكون الأسباب متعلقة بموضوع النزاع وكافية لحمل منطوقه بأن تتوافر صلة منطقية بينهما وبين منطوق الحكم [2] ولأن الحكمة من التسبيب هي مراقبة عمل المحكم لذا فتسبيب نظام التحكيم لا يتطلب منه إلا ما يحقق هذه الغاية ويكفي أن تكون الأسباب مقنعة وملائمة ، وغير متناقضة فيما بينهما بما تتماشى به الأسباب بحيث تتساوى مع خلو الحكم من الأسباب ، وأن تكون غير متناقضة مع المنطوق ويؤدي تناقض أسباب الحكم أو تعارضها مع المنطوق إلى بطلان الحكم ، وأن يكون بالقدر الكافي للمراقبة وهي مراقبة وجود وليست مراقبة صحة في حالة التحكيم بالصلح [3] .

ولا يلتزم المحكم بتعقيب جميع الأقوال والمستندات والحجج التي يقدمها الخصوم والرد عليها تفصيلاً .

---

[1] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣١٧ والأحكام المشار إليها فيه ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ٩٣ ، استئناف القاهرة - د ٦٣ تجاري - الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١١٤ ق تحكيم - جلسة ١٩٩٨/٢/١٨ مشار إليه لدى أحمد محمد عبدالصادق / المرجع العام في التحكيم ، مرجع سابق ص ١٣٧ ، نقض يمني - الدائرة الجزائية - طعن رقم (٢٨٨٧٨) لسنة ٩ صفر ١٤٢٨هـ الموافق ٢٠٠٧/٢/٢٧ غير منشور .

[2] استئناف القاهرة - د ٦٣ تجاري - الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١١٤ ق تحكيم جلسة ١٩٩٨/٢/١٨م مشار على هذه الجزئية من منطوقه لدى فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٤٧ .

[3] عزمي عبدالفتاح / المرجع السابق ص ٣١٦ وما بعدها محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٨٠ ، فتحي والي /المرجع السابق ص ٤٤٩ ، أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٨٦ ، عكس ذلك : حكم استئناف القاهرة - د ٩١ تجاري - دعوى رقم ٦٩ لسنة١١٩ ق . تحكيم - جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٩ حيث جاء فيه (التناقض في أسباب حكم التحكيم لا يعتبر من أحوال البطلان المنصوص عليها في المادة (٥٣) من قانون التحكيم على سبيل الحصر) .

المبحث الثالث

الإجراءات التالية لإصدار الحكم

أولاً : إعلان الحكم :

تنص المادة (٤٨) تحكيم يمني بأن (... على لجنة التحكيم أن تقوم بإرسال صورة من الحكم موقعة من المحكمين إلى أطراف التحكيم) ، كما نصت المادة (١/٤٤) تحكيم مصري على أنه (تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره) [١].

ويتبين من خلال النصين السابقين أن من حق كل طرف من أطراف خصومة التحكيم سواء كان محكوماً له أو محكوماً عليه ، أن يحصل من هيئة التحكيم على صورة من حكم التحكيم ، إلا أن المشرع اليمني لم يحدد المدة التي يجب أن تلتزم خلالها هيئة التحكيم بالتسليم كما فعل المشرع المصري ، وكان ينبغي على المشرع اليمني النص على مدة محددة للإعلان يترتب على مخالفتها المسئولية المدنية على هيئة التحكيم لعدم إعلان الحكم ، وحتى لا تبقى مسالة الإعلان مسألة تحكيمية بيد هيئة التحكيم .

وقد سبق أن حدد قانون التحكيم المصري في المادة (١/٧) قواعد إعلان أوراق التحكيم ، حيث نصت المادة المذكورة على أنه (ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم ، يتم تسليم أي رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه شخصياً أو في مقر عمله أو في محل إقامته المعتاد أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في مشارطة التحكيم أو الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم) .

ولهذا ذهب بعض الفقه إلى لزوم التقيد بهذه الطرق [٢] باعتبار أن مفهوم النص واضح يوحي بوجوب اتباع الطرق ا لمحددة فيه ، والبعض الآخر يفرق بين أوراق التحكيم الأخرى وورقة الحكم كإجراء فيذهب هذا الاتجاه فيما يخص إعلان الأوراق الأخرى غير الحكم إلى اتباع الطرق المحددة بالمادة السابقة ، أما الحكم باعتباره إجراء مهم يترتب عليه آثار بالنسبة

---

[١] استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٢٣م ، غير منشور ، وبتاريخ ١٤٢٨/٣/٧هـ الموافق ٢٠٠٧/٣/٢٦ غير منشور .

[٢] أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٨٠ .

للمحكوم عليه فيشترط اتباع القواعد العامة لإعلانه طبقاً لقانون المرافعات ويتشدد هذا الرأي في اتباع القواعد العامة لتسليم ورقة الحكم ، لكي يضمن وصوله على المعلن إليه [1] .

وفي جميع الأحوال في اعتقادنا لا يوجد مبرر لهذه التفرقة طبقاً للقانون المصري ، ولا يوحي النص بالتفرقة بين المحكم كورقة من أوراق خصومة التحكيم وغيرها من الأوراق فيما يتعلق بإعلانه كما أن الرأي السابق في اعتقادنا يتنافى مع طبيعة نظام التحكيم وما يتميز به من حيث السرعة والسهولة وقلة النفقات .

ومن خلال ذلك نلاحظ أن القانون المصري منح الخصوم حرية تنظيم قواعد تسليم الحكم إلا أنه عاد وقيد الأطراف بمجموعة من الطرق كما هو واضح في النص ، وفي اعتقادنا أن هذا التقييد لا يتمشى مع نظام التحكيم وسرعته وقد أحسن المشرع اليمني عندما لم يحدد طريقة محددة لإعلان المحكم ، ويترتب على ذلك أنه يجوز الإعلان بأي وسيلة مناسبة توصل الحكم إلى المعلن إليه سواءً كانت بواسطة البريد مع علم الوصول أو بواسطة الإدارة أو بأي طريقة مناسبة تراها لجنة التحكيم باعتبار أن ذلك يتمشى مع سرعة ومزايا نظام التحكيم .

هناك إجراءات تالية للحكم ، هذه الإجراءات لا تعتبر من طلب الحكم أو بياناته ، وإنما تخرج عن تركيبته ، ولا تؤثر على صحته باعتبارها إجراءات تالية على صدوره ، وتتمثل في إعلان الحكم وإيداعه ، وإن كان يترتب على هذه الإجراءات آثار أخرى تتعلق ببدء احتساب ميعاد الطعن وتنفيذ الحكم جبراً فيما يتعلق بالإيداع باعتبار الإيداع شرطاً من شروط التنفيذ الجبري .

لذلك سنتكلم في هذا المبحث عن هذين الإجراءين على التوالي :

ثانياً : إيداع حكم المحكمين :

يعد الإيداع مرحلة تالية بعد إصدار الحكم ، يقصد به إيداع الورقة التي تتضمن حكم المحكمين لدى الجهة القضائية حتى تتمكن المحكمة المختصة من ممارسة رقابتها عند الأمر بتنفيذ حكم المحكم ، وكذا عند نظر الطعن فيه بالبطلان أو بطريق الطعن الجائز [2]

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٥٦ .

[2] آمال الفزايري / دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، مرجع سابق ص ١٠١ .

وبالتالي وضع حكم التحكيم تحت تصرف الخصوم ، وتمكين المحكوم لصالحه من الحصول على الأمر بتنفيذه ، كما يستطيع المحكوم عليه رفع الدعوى ببطلانه [1] .

وتختلف التشريعات حول تحديد المحكمة التي يودع فيها أصل الحكم ووثيقة التحكيم [2] فقد نصت المادة (٥٠) من قانون التحكيم اليمني أن (على لجنة التحكيم إيداع أصل الحكم والقرارات التي يصدرها في موضوع النزاع مع اتفاق التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة خلال الثلاثين يوماً التالية لإصدار الحكم ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع ويحق لأطراف التحكيم الحصول على نسخ فيه).

ويبدو من ظاهر النص السابق أن حكم التحكيم يتم إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر النزاع إلا أن الحكم يودع قلم كتاب محكمة التنفيذ وهي محكمة الاستئناف طبقاً لنص المادة (٥٨) من ذات القانون وأكد على ذلك نص المادة (٨) من ذات القانون أيضاً والتي تسند جميع الاختصاصات التي يحيلها إليها قانون التحكيم إلى القضاء للمحكمة المذكورة (محكمة الاستئناف) ما لم يتفق الأطراف على جعل الاختصاص لمحكمة أخرى ، وهذه القواعد تتناقض مع صريح المادة (٥٠) السابقة والتي تحدد المحكمة التي يودع فيها أصل الحكم ووثيقة التحكيم بالمحكمة المختصة ، وليست محكمة الاستئناف ، إلا أننا نذهب إلى ما ذهب إليه جانب من الفقه [3] إلى تفسير ذلك بأن المقصود بالمحكمة المختصة محكمة الاستئناف المختصة أصلاً بتنفيذ أحكام المحكمين وبنظر دعوى البطلان م (٥٤) تحكيم يمني.

أما قانون التحكيم المصري فهو يفرق بين حكم التحكيم الوطني وحكم التحكيم التجاري الدولي ، فإذا كان التحكيم تجارياً دولياً يجب أن يتم إيداع الحكم في قلم كتاب

---

[1] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٩١ الحاشية ، أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٩٤ ، علي سالم إبراهيم / ولاية القضاء على التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٩٦ ، عبدالله عيسى علي الرمح ، حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ١٦٨

[2] راجع : م (٥٢٨) من قانون التحكيم السوري ، م (٣٣) من قانون التحكيم الفرنسي ، م (٧) من قانون التحكيم الكويتي ، م (٢٠٣) من قانون التحكيم المصري ، م (٧٦٢) من قانون التحكيم الليبي ، م (٢١٣) من قانون التحكيم الإماراتي ، م (١٨) من نظام التحكيم السعودي ، م (٤٧) من قانون التحكيم العماني ، ويودع الحكم في بعض المؤسسات الدائمة أمانة المؤسسة ويقوم المحكم وأمانة المؤسسة بمساعدة الأطراف على إتمام جميع إجراءات الإيداع لم نظر على سبيل المثال : م (٢٥ / ١ ، ٢) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية .

[3] راجع في هذا الرأي : نجيب الجبلي / تناقضات قانون التحكيم اليمني ، البحث السابق ص ٣٨٩ ومؤلفه : التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤١٨ الحاشية رقم (٢) .

المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة تحكيم (٤٧) تحكيم مصري ، أي قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة ، ما لم يتفق الأطراف على محكمة استئناف أخرى تختص بمسائل التحكيم ، أما إذا كان التحكيم ليس تجارياً دولياً ، فيجب إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع م (٩) تحكيم مصري ، أي محكمة الدرجة الأولى (المحكمة الابتدائية) إذ هي المختصة أصلاً بنظر النزاع ، ولو كان التحكيم يرد على قضية استئناف [١] ويؤكد ذلك أن محكمة أول درجة هي التي يختص رئيسها وفقاً للمادة (٥٦) تحكيم مصري بإصدار أمر التنفيذ في هذا التحكيم [٢] .

وتحدد معظم التشريعات ميعاداً معيناً يتم خلاله إيداع حكم المحكم [٣] والقانون اليمني يحددها بثلاثين يوماً م (٥٠) تحكيم يمني ، على خلاف قانون التحكيم المصري الذي يم يحدد ميعاداً للإيداع ، وترك ذلك لمن صدر الحكم لصالحه مقدراً أن مصلحته ستدفعه إلى سرعة إيداع أصل الحكم تمهيداً للحصول على الأمر بتنفيذه [٤] معنى ذلك أنه يمكن أن يتم إيداع حكم التحكيم في أي وقت بعد صدوره وقبل طلب الأمر بتنفيذه ذلك أنه إجراء لازم للحصول على أمر بالتنفيذ في المادة (٥٦) تحكيم م صري تتطلب أن يرفق بطلب الأمر بالتنفيذ (صورة على إيداع الحكم) [٥] .

ومن المتفق عليه أن هذا الميعاد تنظيمي لا يترتب على مخالفته البطلان ، لأن الأمر يتعلق بإجراء لا يدخل في تركيبة الحكم كما قلنا سابقاً وإنما يتعلق بإجراء لاحق

---

[١] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٥٦ ، ويضيف جانب من الفقه ، بأن المادة (٢/٥٠٨) من قانون كانت المرافعات تنص على أنه : إذا كان التحكيم تنظره محكمة استئناف فإنه يتم الإيداع في قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر الاستئناف ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٨٩ ويقول في ذلك : فتحي والي / الإشارة السابقة (ولم يرد في قانون التحكيم نص مقابل للمادة (٢/٥٠٨) مرافعات لذلك نرى أن تطبيق م (٤٧) تحكيم يؤدي إلى القول بوجوب الإيداع في قلم كتاب محكمة الدرجة الأولى المختصة أصلاً بنظر النزاع) .

[٢] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٢٦ .

[٣] ينظر على سبيل المثال م (١٨٤) من قانون التحكيم الكويتي (عشرة أيام) ، م (١٨) من نظام التحكيم السعودي و م (٧٦٢) من قانون التحكيم الليبي (خمسة أيام) ، م (٢٤٠) من قانون التحكيم البحريني (ثلاثة أيام).

[٤] أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٩٥ ، وقد أخذ المشرع العماني حرفياً في المادة (٤٧) تحكيم عماني نص المادة (٤٧) تحكيم مصري .

[٥] فتحي والي / الإشارة السابقة .

لصدور الحكم ، وبالتالي يجوز الإيداع بعد انقضائه كما أن عدم الإيداع لا يؤثر على صحته ، إنما يمنع فقط تنفيذه عن طريق السلطة العامة [١] .

ومما لا شك فيه أن توحيد المحكمة المختصة بالإيداع والتنفيذ وكذا الطعن يوفر الكثير من الوقت والجهد ويساعد على تجاوز الكثير من الصعوبات ، فيجوز للأطراف الاتفاق على تحديد محكمة معينة يتم فيها الإيداع ، وكذا في حالة عدم معرفة مكان صدور الحكم [٢] .

فإذا لم يوجد اتفاق وتم الإيداع إلى محكمة غير مختصة بالإيداع فلا يترتب البطلان وإنما يمكن تصحيح ذلك بواسطة الأطراف وسحب الحكم وإيداعه المحكمة المختصة [٣] .

ويوجب قانون التحكيم اليمني على لجنة التحكيم أو أحد المحكمين إيداع حكم المحكم م (٥٠) تحكيم يمني وذلك على خلاف قانون التحكيم المصري حيث يتم الإيداع من المحكوم له أي (من صدر حكم التحكيم لصالحه) وذلك بصريح نص المادة (١/٤٧) تحكيم مصري ، فكان ينبغي على المشرعين اليمني والمصري بأن يكون الإيداع من حق المحكمين أو الأطراف دون قصر هذا الحق بأحدهما دون الآخر ، لذلك ينبغي تعديل مثل هذه النصوص بما يتلاءم مع هدف التحكيم كوسيلة سريعة وسهلة لحل المنازعات ، مما يحقق العدل [٤] ولكن لا يوجد ما يمنع الطرفين من الاتفاق على كيفية الإيداع ، وذلك بالاتفاق على إلقاء

---

[١] تفصيلاً في ذلك راجع : أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٢٩٠ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٩٢٥ وما بعدها ، عزمي عبدالفتاح / الإشارة السابقة ، نجيب الجبلي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤١٩ ، أحمد هندي / تنفيذ أحكام المحكمين ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٩ ص ٧٦ ، نقض مصري مدني في ١٩٧٨/٢/١٥ في الطعن ٥٢١ لسنة ٤٤ ق أشار إليه محمدي فتح الله حسين ، شرح قانون التحكيم ، دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٥ ص ٢٠٧ ، حيث جاء فيه (عدم إيداع حكم المحكمين مع مشارطة التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة لا يؤدي إلى بطلان) ، نقض مدني يمني - الطعن رقم (٢٦٩٧٠) لسنة ١٤٢٧هـ - جلسة ٢٠٠٧/٣/٤م - القواعد القانونية - المكتب الفني للمحكمة العليا العدد العاشر ص ٢٠٧ .

[٢] راجع نص المادة (٨) تحكيم يمني التي تنص على أنه (تختص المحاكم الاستئنافية بنظر القضايا التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء ما لم يتفق طرفا التحكيم على جعل الاختصاص لمحكمة أخرى) ، نص المادة (٩) تحكيم مصري حيث تنص على أنه (يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر) .

[٣] نجيب الجبلي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٧٢ .

[٤] وهذا ما قرره المشرع الفرنسي في المادة (٤/١٤٧٧) التي نصت على أنه (تودع مسودة الحكم عن طريق أحد المحكمين أو الخصم الأكثر نشاطاً) .

واجب الإيداع على عاتق هيئة التحكيم أو على عاتق رئيسها أو كاتب هيئة التحكيم ، كما يمكنهم إعفاء الهيئة من الإيداع فالأمر ليس متعلقاً بالنظام العام [1] ولكن إذا لم يلتزم المحكم بإيداع الحكم متى طلب منه ذلك جاز الحكم عليه بجزاء معين [2] ووفقاً للمادة (٥٠) تحكيم يمني ، يرد الإيداع على النسخة الأصلية لحكم التحكيم الذي أنهى الخصومة وأصل اتفاق التحكيم شرط أو مشارطة ، وبناءً على ذلك لا يجوز إيداع صورة من حكم المحكمين أو اتفاق التحكيم ، وذلك لأن الملتزم بالإيداع طبقاً لنص المادة ذاتها هم المحكمون .

إلا أن إيداع صورة من اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلان حكم المحكمين ذاته ، لأن الإيداع إجراء لاحق لصدور الحكم فيجوز إلى جانب إيداع أصل الحكم واتفاق التحكيم القرارات التي يصدرها في موضوع النزاع كما أضاف المشرع اليمني إيداع جميع أحكام المحكمين ولو كانت صادرة قبل الفصل في الموضوع ، كالأحكام الصادرة بإجراء من إجراءات التحقيق أو كانت متعلقة بموضوع النزاع ومنهية للخصومة ، ويجب إيداع جميع الأحكام الصادرة في اليمن ، أما إذا كان حكم المحكم قد صدر في الخارج وجب مراعاة القواعد المقررة في البلد الذي صدر فيه ، وتتبع في شأنه القواعد المقررة عند تنفيذ الأحكام الصادرة في بلد أجنبي [3] .

أما قانون التحكيم المصري فقد فرق بين فرضين ووفقاً لنص المادة (٤٧) تحكيم مصري وهما حالة ما إذا كان الحكم قد صدر باللغة العربية فعندئذ يتم إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها ، وذلك كون الملتزم بالإيداع هو الطرف المحكوم له ، أما إذا كان الحكم صادراً بلغة أجنبية ، فلا يلزم إيداع (أصل الحكم أو صورة موقعة منه) وإنما يكفي إيداع ترجمة باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة ، وذلك نظراً لاحتمال صدور الحكم بغير اللغة العربية سواء لكونه تحكيماً دولياً أو داخلياً واتفق

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٥٧ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٢٥ .

[2] قارن : عزمي عبدالفتاح ، الإشارة السابقة ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٩١ .

[3] راجع في ذلك : حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٤٦٠ ، نجيب الجبلي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٢١.

الأطراف على استخدام لغة أجنبية ، والمقصود من ذلك التيسير على قلم كتاب المحكمة أن يحرر محضر إيداع الحكم [1] .

أما القانون اليمني فلم ينص في القواعد المتعلقة بالإيداع على مثل هذه الحالة وهي إذا صدر الحكم بغير اللغة العربية فيلزم ت قديم ترجمة باللغة العربية مصدقاً عليها من إحدى الجهات المعتمدة لكنه نص على وجوب ترجمة الحكم في حالة التقديم بطلب تنفيذ الحكم م (٥٩/ج) حيث نصت على أنه (يقدم طلب تنفيذ الحكم إلى المحكمة ويرفق به الوثائق التالية : ... ج- صورة محضر إيداع الحكم ، وإذا كان التحكيم قد تم بلغة غير العربية يتم تقديم ترجمة عربية معتمدة لحكم التحكيم وللوثائق الأخرى) ونعتقد أن هذا النص يكفي .

ومن الملاحظ أن المشرع المصري وفقاً للنص السابق لم يشترط إيداع أصل الحكم وإنما يمكن الاكتفاء بإيداع صورة منه ، إلا أنه لم يحدد المقصود بالصورة - هل هي صورة فوتوغرافية عادية أم صورة طبق الأصل أم صورة معتمدة من هيئة [2] غير أن جانب من الفقه يرى أن الصورة الموقعة ليست إلا نسخة أصلية من الحكم وليست صورة بالمعنى الصحيح وهي الصورة التي تشير إليها المادة (١/٤٤) تحكيم مصري [3] .

كما يلاحظ أن القانون لم يشترط أيضاً إيداع ترجمة للحكم إذا كان صادراً بلغة أجنبية وإنما اكتفى بالترجمة بديلاً عن أصل الحكم أو صورته ، فالاقتصار على إيداع الترجمة يعني أن إيداع حكم التحكيم الصادر باللغة الأجنبية غير لازم وهو مسلك من المشرع لا مبرر له ، خاصة أن المادة (٥٦) تحكيم مصري لم تكتف بالترجمة وإنما تعدد مرفقات طلب التنفيذ فتتطلب إرفاق أصل الحكم أو صورة موقعة منه أياً كانت لغة الحكم ، كما تتطلب إرفاق ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها ، ولذلك يرى بعض الفقه المصري ، أن المشرع المصري لم يقصد بنص المادة (٤٧) ما يبدو ظاهره ، فهو قد صدر بصيغة الوجوب وهو ما يعني أنه يجب

---

[1] تفصيلاً في ذلك راجع : فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٥٧ وما بعدها ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ١٩٩ .

[2] أحمد هندي / تنفيذ أحكام المحكمين ، مرجع سابق ص ٧٧ .

[3] فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٥٨ .

إيداع أصل الحكم أو صورته الموقعة في جميع الأحوال سواء كان الحكم صادراً باللغة العربية أم باللغة الأجنبية [1] .

كما أن المشرع المصري لم يشترط إيداع أصل أو صورة اتفاق التحكيم ، وإنما اكتفى بتقديم صورة منه عند تقديم طلب الأمر بتنفيذ الحكم م (٢/٥٦) تحكيم مصري ، وكان ينبغي على المشرع إيداع الاتفاق باعتبار أن اتفاق التحكيم مكمل للحكم وأساسه .

كما يلاحظ أن المشرع اليمني والمصري لم يضيفا في المادة (٥٠) تحكيم يمني والمادة (١/٤٧) تحكيم مصري أوراقاً أخرى يجب إيداعها مع الحكم الذي أنهى خصومة التحكيم كما فعل المشرع المصري أو الحكم المنهي للخصومة والقرارات التي يصدرها في موضوع النزاع مع اتفاق التحكيم كما فعل المشرع اليمني .

إذا كان من الأفضل إيداع الأوراق التي تتضمن طلبات الخصوم الختامية ومذكرات الدفاع والمستند الذي يثبت اتفاق الخصوم على مد مهلة التحكيم حتى تتمكن المحكمة من القيام بمهمتها على الوجه الأكمل [2] .

ومع ذلك فإننا نرى بأن ليس هناك ما يمنع من إيداع ملف القضية كاملاً ، لا سيما وإن وجدت أوراق ذات أهمية ومنها محاضر الجلسات بدلاً من بقائها مع هيئة التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة وتظل هناك كملفات الدعاوى المرفوعة إلى القضاء ، لذلك نوصي المشرع اليمني والمصري بأن ينصا على ذلك لتكون هذه الملفات مرجع للحكم .

وبعد أن يتم تسليم محل الإيداع طبقاً لما يتطلبه القانون يحرر كاتب المحكمة محضراً لهذا الإيداع ويجوز لأطراف التحكيم الحصول على نسخة منه .

ولما كان الإيداع ضرورياً لتنفيذ حكم المحكمين ، ولهذا يؤدي دلالة استنفاذ سلطة المحكم في النزاع ، ويقطع ويؤكد صدور الحكم بالحالة التي أودع فيها [3] فإنه يترتب على إيداع الحكم أن يبدأ ميعاد الاستئناف في تلك التشريعات التي تجيز ذلك ، أو اتفق الخصوم عليه في القانون وبالتالي يبدأ ميعاد سقوط الحق بالاستئناف من هذا التاريخ ، ومع ذلك يجوز الطعن في الحكم متى كان جائزاً أو كان بيد الطاعن عن صورة من الحكم ، فإذا لم يوجد بيده صورة من الحكم فإنه يكلف المحكم بالإيداع بإنذار أو بموجب أمر

---

[1] راجع في ذلك : أحمد هندي / الإشارة السابقة ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٥٨ .

[2] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٢٥ ، ٣٢٦ .

[3] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٩٢ .

على عريضة تصدر من قاضي الأمور الوقتية بناءً على طلب حتى يحصل على صورة من المحكم ويمكنه أن يطعن في الحكم بناءً عليها [1] .

نخلص من ذلك حسب إطلاعنا لم نجد أي تشريع من التشريعات اشترط لرفع دعوى البطلان ضرورة الإيداع وترتيباً على ذلك ووفقاً للقانون اليمني والمصري ، لا يترتب على إيداع حكم التحكيم أي أثر بشأن دعوى البطلان ، وينبني على ذلك جواز رفع الدعوى قبل الإيداع أو بعده طالما توافرت بقية الشروط الأخرى .

[1] عزمي عبدالفتاح / المرجع السابق ص ٣٢٧ .

الفصل الثالث

آثار حكم التحكيم

الفصل الثالث
آثار حكم التحكيم

تمهيد وتقسيم :

يذهب الفقه السائد والتشريعات الحديثة إلى ترتيب آثار على حكم التحكيم شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي ، ومعلوم أن الحكم القضائي يرتب آثاراً هامة تتمثل في حجية الأمر المقضي ومضمونها عدم جواز الفصل في مسألة حكم فيها ، وبالتالي تمتنع أي جهة قضائية من نظر منازعة تم الفصل فيها بحكم قطعي ، وكذا استنفاذ الولاية ، ومضمونها عدم جواز الفصل في منازعة حسمت بحكم قطعي سواء كان هذا الحسم بطلبات موضوعية أو إجرائية متفرعة عنها ، لذلك سنتكلم في هذا الفصل عن هذه الآثار وهي حجية الأمر المقضي واستنفاد الولاية في المبحثين التاليين .

إلا أن بعض الفقه يضيف إلى هذه الآثار بعض الأمور باعتبار الحكم ورقة رسمية وكذلك استقرار الحقوق ، ولكن طبيعة بحثنا تستدعي فقط توضيح الآثار الهامة التي تتمثل في حجية الأمر المقضي باعتبارها أثر محل إجماع فقهي وتشريعي ، وكذلك الاستنفاد لما لهما من أهمية كبيرة ، أما فيما يتعلق باعتبار الحكم ورقة رسمية فنذهب إلى ما ذهب إليه البعض [1] إلى عدم اعتباره من آثار حكم التحكيم باعتبار أن الأوراق الرسمية محددة بقانون الإثبات على سبيل الحصر فإذا توافرت في هذه الورقة (المحرر) شروط محددة ومنها كتابة بواسطة موثق أو كاتب رسمي اعتبرت ورقة رسمية كما هو الحال في حكم التحكيم ، بمعنى آخر أن حجية الورقة الرسمية لا تكون للأحكام القضائية فحسب وإنما لأي ورقة توافرت فيها شروط تحريرها ولهذا لا تعتبر أثراً من آثار الحكم [2] .

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٦٠ ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، م رجع سابق ص ٤٨ ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤٣٠ وما بعدها .

[2] راجع في شروط المحررات الرسمية : أحمد أبو الوفا / التعليق على قانون الإثبات ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٧ ص ١٥ وما بعدها ، محمود هاشم / القضاء ونظام الإثبات ، السعودية ١٩٨٨ ص ٢٢٧ ، علي القعيطي / الإثبات بالكتابة ، صنعاء ٢٠٠٣ ص ٩٢ ، سليمان مرقس / أصول الإثبات ، دار الكتب بالقاهرة ، ١٩٨٧ ص ١٥١ ، عبدالكريم الطير / الإثبات بالكتابة ، رسالة حقوق القاهرة ٢٠٠٠ ص ٣٦٢ وما بعدها .

وبالتالي من هذه الدراسة ذلك ولن نتكلم عن اعتبار الحكم ورقة رسمية للأسباب السالفة مع العلم بأننا تكلمنا عن ذلك سابقاً بمناسبة الحديث عن شكل الحكم [1] .

المبحث الأول

حيازة حكم التحكيم حجية الأمر المقضي

يقصد بالحجية بصفة عامة تلك الحرمة التي يتمتع به المحكم والتي بمقتضاها يعتبر الحكم متضمناً قرينة لا تقبل الدليل العكسي على أنه صدر صحيحاً من حيث إجراءاته وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع [2] .

فالحجية إذن هي وصف يلحق بمضمون الحكم [3] تقتضي احترامه أمام المحكمة التي أصدرته أو أي محكمة أخرى ، بحيث إذا دفع أحد الخصوم نفس الدعوى التي تم الفصل فيها مرة أخرى تعين عدم قبولها ، وإذا أثير ما قضى به - أمام القضاء - وجب التسليم به دون بحث مجدد [4] .

على أنه يجب التمييز في هذا الصدد بين حجية الأمر المقضي وبين قوة الأمر المقضي ، فحجية الأمر المقضي تعني أن الحكم حجة فيما بين الخصوم بالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً ، فيكون الحكم حجة في هذه الحدود لا تقبل الدحض ولا تتزحزح إلا بطريق من طرف الطعن في الحكم ، وهذه الحجية تثبت لكل حكم قطعي ، بينما قوة الأمر المقضي هي

---

[1] راجع : ورقة حكم التحكيم ورقة رسمية ص من هذه الرسالة .

[2] راجع في مدلول الحجية : فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ١٣٥ ، محمد نور شحاتة / الرقابة ، مرجع سابق ص ١٢٨ ، أحمد هندي / قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ص ٥٠٤ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٥٥١ ، نص المادة (١٥٩) من قانون الإثبات اليمني ، م (١٠١) من قانون الإثبات المصري ، نقض يمني د (مدني) الطعن رقم ٢٦٧١١ لسنة ١٤٢٧هـ جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٩م ، القواعد القانونية والمبادئ القضائية ، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية ، أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٥٥ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٢٥٥ ، محمود السيد التحويي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٢٦ .

[3] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٩٧ .

[4] فتحي والي / المرجع السابق ص ١٣٦ .

مرتبة يصل إليها الحكم متى صار نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية وإن ظل قابلاً للطعن فيه بطريق غير اعتيادي [١] .

وقد منح قانون التحكيم اليمني صراحة حكم التحكيم حجية الأمر المقضي م (٥٦) تحكيم يمني والتي تنص على أنه (تحوز أحكام التحكيم الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي ، وتكون واجبة النفاذ مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا الفصل) وكذلك قانون التحكيم المصري م (٥٥) تحكيم مصري والتي تنص على أنه (تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون) .

وحجية الحكم المقضي به في بعض التشريعات تعتبر من النظام العام [٢] كالتشريع اليمني والمصري ، معنى ذلك أن الخصوم لا يستطيعون مخالفة حجية الأمر المقضي به ، فالأمر يتعلق بالنظام العام م (٦/١٨٦) مرافعات يمني ، م (١/٦) مرافعات مصري [٣] .

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للأحكام القضائية ، فحكم المحكمين شأنه شأن الأحكام العادية الصادرة من القضاء ، يتمتع بالخصائص الأساسية للأحكام ، وحكم المحكم يعد عملاً قضائياً بالمعنى الفني ، ولذلك فإنه يكتسب أهم خصائص هذا العمل وهي تمتعه بحجية الشيء المحكوم فيه ، فإذا كانت حجية الأحكام القضائية تمثل الحل الإجرائي ، فحجية حجم المحكم هي النتيجة المنطقية للتحكيم باعتباره بديلاً للقضاء [٤] ويجوز هذه الحجية بمجرد صدوره وتبقى هذه الحجية ما بقي الحكم قائماً ،ولو كان يقبل الطعن بدعوى البطلان الأصلية أو كانت هذه الدعوى قد رفعت بالفعل أو كان لم يصدر أمر بتنفيذه [٥] .

---

[١] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٦٢ ومؤلفه الوسيط ، مرجع سابق ص ١٤٧ وما بعدها ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٣٠ ، محمود السيد التحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٤١ وما بعدها ، نقض مصري - الطعن رقم ١٩٨٠ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٦/١/١٩ أشار إليه معوض عبدالتواب / الموسوعة ٦ مرجع سابق ص ١٦١ .

[٢] أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٧٢٥.

[٣] استئناف تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ١٤٢٦/١٢/٢هـ الموافق ٢٠٠٦/١/١٢م غير منشور .

[٤] نجيب الجبلي / قانون التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤٣٢ .

[٥] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٨١ ، وقد اختلف الفقه حول مدى حيازة أحكام المحكمين لهذه الحجية ، فمنهم من يرى أن حكم التحكيم لا يعتبر عملاً قضائياً حتى بعد صدور الأمر بتنفيذه فهو يصدر مستنداً إلى إرادة الخصوم وليس عن الولاية القضائية للدولة ، ومنهم من اتجه إلى أن حكم التحكيم لا يكون

ويشترط لتمتع حكم المحكمين بالحجية أن يكون الحكم صادراً من محكم له سلطة الفصل في النزاع المحدد في اتفاق التحكيم ، وأن يراعى في ذلك الأحكام الواردة في قانون التحكيم ، وكل ما هو متعلق بالنظام العام ، فالعبرة في هذا الصدد بصدور الحكم من محكم له ولاية إصدار الحكم شأنه كشأن المحكمة المختصة طبقاً للقانون فالتحكيم جهة قضائية نظمها القانون [١] .

ولا يجوز حكم التحكيم حجية الأمر المقضي إلا إذا اتحد الموضوع والسبب والخصوم في الدعوى التي سبق الفصل فيها وفي الدعوى المطروحة ، فإذا تخلفت إحدى هذه العناصر فلا حجية للحكم السابق ، ولا يجوز الدفع في الدعوى الجديدة بسبق الفصل في الدعوى كما يشترط للدفع بالحجية أن يكون الحكم السابق لا يزال قائماً [٢] .

وليس كل ما يصدر عن المحكم يعد حكماً حائزاً للحجية ، بل يقتصر هذا الموضوع على تلك الأحكام القطعية الصادرة حسماً لموضوع النزاع سواءً كانت صادرة على نحو حاسم للمسائل المتنازع عليها كلها أو بعضها ، كما يشد هذا الوصف ليشمل الأحكام الإضافية [٣] ولا حجية للحكم إلا فيما يكون قد فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو ضمنية حتمية سواء في المنطوق أو في الأسباب التي لا يقوم المنطوق بدونها [٤] .

عملاً قضائياً إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه في جانب القضاء مستنداً إلى الرابطة بين الأمر بالتنفيذ وبين حيازة الحكم لحجيته ، ونحن نرجح الرأي القائل أن حكم المحكم يحوز حجية الأمر المقضي به من تاريخ صدوره ، شأنه شأن الأحكام القضائية ، بمعنى أن الآثار التي تترتب على أحكام المحكمين هي نفس الآثار للأحكام القضائية ، فحكم المحكمين يتمتع بحجية الشيء المقضي من لحظة صدوره ، وقبل الأمر بتنفيذه راجع في هذه الآراء : نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٤٣٣ وما بعدها ، محمد نور شحاته / الرقابة / مرجع سابق ص ١٢٩ وما بعدها .

[١] نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٤٣٥ ، أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٧٥٥ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ١٣٩ في المعنى ذاته : محمود السيد التحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٢ وما بعدها .

[٢] نقضي مدني - الدائرة التجارية (ب) - الطعن رقم (١٥٧٩) ١٤٢٦/٨/١٢هـ الموافق ٢٠٠٥/٩/٥ غير منشور .

[٣] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٣٠ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ١٩١ ، محمد نور شحاتة / الرقابة ، مرجع سابق ص ١٢٨ وما بعدها ، حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٠ ، راجع في الأحكام القطعية والأحكام الإضافية ص في هذه الرسالة .

[٤] راجع في ذلك : أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٧٥٥ ، فتحي والي / الوسيط ص ١٤٣ وما بعدها ، محمود السيد التحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٨ ، نقض مصري - الطعن رقم

إذن فالحكم التحكيمي الحائز للحجية هو المنهي للخصومة كلها أو بعضها ، وبمجرد صدوره تستنفذ هيئة التحكيم سلطتها في الفصل في النزاع ويمتنع عليها العودة لموضوع النزاع مرة أخرى لمناقشته أو تعديل الحكم الصادر بشأنه [١] وهو وحده الذي يصلح لأن يكون محلاً للطعن عليه بالبطلان [٢] وتقتصر حجية التحكيم على ما فصل فيه من موضوع النزاع ، وبين الخصوم - أطراف دعوى التحكيم - فالحجية ليست مطلقة بل هي مقيدة من حيث الموضوع ، ومن حيث الأشخاص الجائز الاحتجاج عليهم بالحكم .

فمحكم التحكيم يكتسب حجية الأمر المقضي في حدود ما فصل فيه في نزاع على النحو الوارد بشرط التحكيم أو مشارطته [٣] ويترتب على ذلك عدم جواز التعرض لموضوع الدعوى التي صدر فيها الحكم مرة أخرى [٤] والعبرة في هذا الشأن هي بطلبات الخصوم التي تم الفصل فيها ، أما تلك التي يتم التعرض لها للفصل فيها فيجوز بشأنها المطالبة من جديد [٥] .

وحجية الحكم قاصرة على منطوقه وأسبابه بالقدر الكافي لحمل هذه الأسباب على المنطوق ، بحيث يظل كل ما لا يدخل في هذا النطاق أمراً من الممكن طرحه أمام القضاء دون إمكان التمسك بحجية الحكم [٦] .

وترتيباً على ما تقدم لا يجوز حكم الحجية بشأن ما قضى به في مسألة لم يتطلب من المحكم حسمها [٧] ويعد هذا الأخير متجاوزاً لحدود مهمته إذا قام بذلك بما يبرر طلب

(٩٨٢٩) لسنة ٧٥ ق - جلسة ٢٠٠٧/٧/٣ لم ينشر بعد أشار إليه معوض عبدالتواب / الموسوعة ، مرجع سابق ص ١٧٠ وما بعدها .

[١] محمد نور شحاته / المرجع السابق ص ١٣٢ .

[٢] راجع في الأحكام المنهية للخصومة ومدى قابليتها للطعن ص من هذه الرسالة استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - جلسة ١٤٢٨/٢/٢٠هـ الموافق ٢٠٠٧/٣/١٠م غير منشور - حيث يفهم من أسباب الحكم الاستئنافي أن تفسير إجراءات حكم التحكيم غير حجية .

[٣] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٢٧٩ عزمي عبدالفتاح / الإشارة السابقة .

[٤] علي سالم إبراهيم / ولاية القضاء على التحكيم ، مرجع سابق ص ١٣٢ ، نجيب الجبلي / التحكيم ، مرجع سابق ص٤٣٧.

[٥] مختار بريري / المرجع السابق ص ٢٨٠ ، فتحي والي/ الوسيط ، مرجع سابق ص ١٤٨ وما بعدها .

[٦] مختار بريري / المرجع السابق ص ٢٦١ ، فتحي والي / المرجع السابق ص ١٤٦ وما بعدها .

[٧] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٢٨١ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ١٤٨ .

البطلان [1] وقد يمتد البطلان للحكم كله إذا ثبت أن ما فصل فيه المحكم - خارج نطاق النزاع الوارد بالاتفاق - لا يمكن فصله مما قضى به الحكم [2] كذلك فإن هذا الحكم لا يكتسب الحجية بشأن ما أغفل الفصل فيه من طلبات موضوعية كانت مطروحة على هيئة التحكيم [3] ومن ثم يجوز للخصوم اللجوء لهيئة التحكيم حكم تحكيم إضافي للفصل فيما أغفل الحكم وفي هذه الحالة تمتد الحجية لهذا الحكم الإضافي [4] .

والأصل أن نطاق حجية الأحكام نسبية ، بمعنى أن الحكم لا يجوز حجية الشيء المقضي إلا في مواجهة أطراف الدعوى [5] ، وليس لها ثمة أثر بالنسبة لغير من صدر الحكم في مواجهتهم ،ونسبية أثر حجية التحكيم تبدو واضحة بالنظر إلى نسبية أثر اتفاق التحكيم ، فأطراف خصومة التحكيم هم أطراف اتفاق التحكيم ، ومن ثم فإن الحكم الصادر فيها لا يفيد ولا يضر إلا هؤلاء الأطراف وتقتصر حجيته عليهم [6] .

وعلى ذلك فحجية حكم التحكيم قاصرة على أشخاص الخصومة الذين سبق لهم الاتفاق على التحكيم ، ولا يحتج بالحكم على الغير كالخلف الذي تلقى الحق قبل صدور الحكم ، ولا يعتد بحجية حكم التحكيم إلا شريك لم يكن موافقاً على إجراءات التحكيم ولم يكن ممثلاً فيها ، وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية أن اتفاق التحكيم الصادر من مدير الشركة باسمه الشخصي لا يعتد به ولا أثر له بالنسبة لبقية الشركاء [7] .

---

[1] نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (١٣٣٩) - ١٤٢٨/٧/١٢هـ الموافق ٢٠٠٧/٨/٤ غير منشور ، الطعن رقم (٨٤٩) ١٤٢٨/٥/٦هـ الموافق ٢٠٠٧/٥/٢٣م غير منشور.

[2] مختار بريري / الإشارة السابقة .

[3] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[4] مختار بريري / ألإشارة السابقة .

[5] تفصيلاً راجع في ذلك فتحي والي / المرجع السابق ص ١٤٩ وما بعدها ، محمد نور شحاته ، الرقابة ، مرجع سابق ص ١٣٣ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٣٠ مختار بريري / المرجع السابق ص ٢٨٢ ، نقض يمني د مدني الطعن رقم ٢٦٣٢٦ لسنة ١٤٢٧هـ جلسة ٢٠٠٧/١/٢٤م نقض يمني - د مدني - الطعن رقم ٢٧٤٢٣ لسنة ١٤٢٧هـ - جلسة ٢٠٠٧/٣/١٣م نقض يمني د مدني - الطعن رقم (٢٤٧٠٤٤) لسنة ١٤٢٧هـ - جلسة ٢٠٠٧/٢/١٤م ، نقض يمني - (د) مدني - الطعن رقم (٢٦٠٠٩) لسنة ١٤٢٧هـ - جلسة ٢٠٠٦/١١/١م القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية المستخلصة من بعض أحكام المحكمة العليا اليمنية المكتب الفني بالمحكمة العليا ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (١٤٩) - جلسة ١٤٢٨/٥/٦هـ الموافق ٢٠٠٧/٥/٢٣ غير منشور .

[6] محمد نور شحاته ، الإشارة السابقة .

[7] عزمي عبدالفتاح / الإشارة السابقة ، محمد نور شحاته ، الإشارة السابقة ، نجيب الجبلي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٨ وتبدو أهمية تحديد نطاق الحجية التي يتمتع بها الحكم بالنسبة للأشخاص في الوقوف على الخصم الذي

وإذا كان نظام التحكيم نظاماً قضائياً فهو يتمتع بآثار هذا العمل ومنها حجية الأمر المقضي ، وإذا كان نظام التحكيم نظاماً استثنائياً نظم للفصل في بعض المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والأصل هو للقضاء وإذا كان نظام التحكيم في الحقيقة أساسه الإرادة فللأطراف حرية سير الخصومة طبقاً لإرادتهم ولاتفاقهم طبقاً لقانون التحكيم والإجراءات المتعلقة بالنظام العام من قانون المرافعات [1] على ذلك فإننا نرى مع غيرنا من الفقه والقضاء [2] تمتع حكم المحكم بحجية الأمر المقضي وما يترتب على هذه الحجية من آثار ، وبالتالي فلا يجوز إعادة الفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم أمام أي جهة قضائية أخرى ؛ لأن هذا الحكم القطعي يحمل في ذاته قرينة الصحة والحقيقة القانونية [3] ويستنفذ المحكم ولايته فيما فصل فيه إلا ما يستثنى من ذلك [4] بمجرد صدور الحكم ، كما أن ليس لأطراف خصومة التحكيم إثارة موضوع النزاع الذي تم حسمه بحكم التحكيم مرة أخرى .

وإذا كنا نسلم بتمتع حكم المحكم بحجية الأمر المقضي لكننا لا نسلم بأن هذه الحجية تتعلق بالنظام العام [5] ونرى أن حجية أحكام التحكيم على عكس أحكام القضاء لا تتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز للمحكمة أو الهيئة أن تعمل حجية حكم المحكمين من تلقاء نفسها ، بل يتعين أن يتمسك بها أحد الخصوم أياً ما كان وصف التحكيم الصادر بشأنه

يحق له مباشرة الطعن في الحكم بالبطلان ، ونتساءل في هذا الصدد هل حق مباشرة الطعن قاصر على أطراف الخصومة أم أنه يجوز للغير أيضاً مباشرة هذا الطعن ؟ وللإجابة على هذا التساؤل راجع تفصيلاً : ص من الباب الرابع من هذه الرسالة .

[1] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤٣٨ ، نقض يمني - د تجاري - في الطعن الصادر بتاريخ ١٤٢٧/٦/٨هـ الموافق ٢٠٠٦/٧/٤م غير منشور ، حكم الشعبة التجارية بمحكمة استئناف تعز بتاريخ ١٤٢٦/١٢/٢هـ الموافق ٢٠٠٦/١/٢ غير منشور .

[2] فتحي والي / ألوسيط ، مرجع سابق ص ١٤٢ ، راجع أحكام .

[3] محمد نور شحاته / الرقابة ، مرجع سابق ص ١٣٢ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، ص ٣٣٠ .

[4] ويستثنى من ذلك صلاحيته لإصدار أحكام إضافية أو تفسيرية أو تصحيح ما شاب حكمه من أخطاء ، راجع تفصيلاً في ذلك ما سيتم تناوله فيما بعد ص من هذه الرسالة .

[5] حيث ذهب جانب من الفقه أن حجية أحكام المحكمين حجية تتعلق بالنظام العام شأنها شأن الأحكام القضائية ، راجع في ذلك : فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٦٠ وما بعدها ، عزمي عبدالفتاح ، المرجع السابق ص ٣٣١ .

الحكم داخلياً أو دولياً [1] للأطراف الالتجاء إلى نفس هيئة التحكيم أو إلى هيئة تحكيم أخرى أو إلى القضاء العادي للفصل في نزاعهم الذي سبق الفصل فيه بالتحكيم [2] .

ويظل حكم التحكيم متمتعاً بحجيته فلا يتجرد منها إلا إذا ألغى نتيجة الطعن فيه بدعوى البطلان ، ولا يترتب على هذا البطلان انقضاء الحق في التحكيم طالما أن سبب البطلان لم ينل من اتفاق التحكيم ذاته .

المبحث الثاني

استنفاد ولاية حكم التحكيم

أولاً : مبدأ الاستنفاد :

سنتكلم في هذا المبحث عن قاعدة عامة وهي الاستنفاد ومفهومها ونطاقها وموقف التشريع اليمني والمصري منها والاستثناءات الواردة على هذا المبدأ .

يعني لفظ استنفد (انفده) بمعنى نفد أي فنى وذهب [3] ولا يختلف المعنى الاصطلاحي عن هذا المعنى ، فهو يعني تلاشي أو زوال سلطة المحكم بمجرد إصداره لحكمه ، ويؤدي إلى عزله - أي المحكم - عن الحكم الذي أصدره ، فلا تكون له صفة في التغير أو التبديل فيه أياً كان وجه هذا التغيير أو مداه [4] .

ويجب التميز بين فكرة الحجية في أن استنفاد الولاية ، فإذا فصلت هيئة التحكيم فيما قدم لها من طلبات أو دفوع فإنها تستنفد سلطتها بشأنها ، فلا يكون لها ولاية نظرها أو الفصل فيها ،وبالتالي ليس لها العدول عن قرارها فيها أو تعديله ، وليس للخصوم إثارة

---

[1] ذهب إلى هذا الرأي : أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٥٨ وما بعدها ، محمود السيد التحيوي الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٤٧ وما بعدها ، سيد أحمد محمود / نظام التحكيم ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي ط ٢٠٠٥ بدون دار نشر ص ٣٧ ، نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٤٣٩ ، محمد نور شحاتة / المرجع السابق ١٣٥ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٢٨٧ .

[2] تفصيلاً في ذلك راجع : أحمد السيد صاوي / المرجع السابق ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ .

[3] راجع في المعنى اللغوي للاستنفاد : نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٥٣٨ ومؤلفه التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤٣٩ .

[4] راجع في المعنى الاصطلاحي للاستنفاد : بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٧٧ ، محمد نور شحاتة / الرقابة ، مرجع سابق ص ١١٦ ، أحمد أبو الوفا /نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٧٢٦ .

نفس المسألة التي فصل فيها من جديد في نفس الخصومة ولو باتفاقهم ، إذ أن استنفاد الولاية يتعلق بالنظام العام [١] .

وتتميز هذه الفكرة عن فكرة الحجية في أن استنفاد الولاية يحدث بالنسبة لكل مسألة فصلت فيها هيئة التحكيم أثناء نظرها للدعوى وحتى انتهاء الخصومة ، وذلك سواء كانت هذه المسألة إجرائية أو موضوعية ، ويكون أثرها داخل الخصومة التي صدر فيها ، أما الحجية فإنها تكون فقط للأحكام القطعية ويكون أثرها خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم [٢] .

ويستند المحكمون سلطتهم كالقضاة بمجرد صدور حكمهم ، ذلك أنه بمجرد صدور الحكم ينتج آثاره وبالتالي يمتنع على المحكم نظر النزاع من جديد [٣] .

وإذا كانت أغلب التشريعات العربية ومنها التشريع اليمني والمصري لم تنص على هذا المبدأ صراحة كما فعل المشرع الفرنسي إذ نص على هذا المبدأ صراحة في المادة (١٤٧٥) من قانون الإجراءات المدنية الجديد على أن صدور الحكم التحكيمي من شأنه رفع يد المحكمين عن النزاع الذي فصلوه [٤] ، فإن هذا لا يعني أن تلك القوانين لا تعرف هذا المبدأ ، فهو أصل عام من أصول التنظيم القضائي ، يجب إعماله حتى مع عدم النص عليه [٥] .

ثانياً : الاستثناءات الواردة على المبدأ :

استثناء من مبدأ استنفاد المحكم لولايته ، يجيز القانون للمحكم بعد إصدار الحكم المنهي للخصومة تفسير ما شاب حكمه من غموض ، أو تصحيح ما اعترى حكمه من أخطاء مادية أو إكمال حكمه عما أغفل الفصل فيه .

---

[١] راجع في فكرة استناد المحكم لسلطته : فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٦٢ وما بعدها ، نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٤٣٩ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٢٧٨ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٣١ وما بعدها ، محمد نور شحاتة / الإشارة السابقة ١١٦ وما بعدها .

[٢] راجع التمييز بين فكرة الحجية وفكرة استنفاد الولاية : فتحي والي / الإشارة السابقة ومؤلفه الوسيط ، مرجع سابق ص ١٣٧ ، أحمد هندي / قانون المرافعات ، مرجع سابق ص ٥١٣ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / الإشارة السابقة ، محمود السيد التحيوي / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٣٠ وما بعدها .

[٣] عزمي عبدالفتاح / المرجع السابق ص٣٣٣ ، نجيب الجبلي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٤٣ .

[٤] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٢٠٥ .

[٥] محمد نور شحاته / الرقابة ، مرجع سابق ص ١١٥ ، أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٧٢٧ وما بعدها ، عبدالحميد الشواربي / التحكيم والتصالح ، مرجع سابق ص ٤٥ .

الباب الثاني
دعوى بطلان حكم التحكيم

الباب الثاني
دعوى بطلان حكم التحكيم

مبحث تمهيدي
طرق الطعن في حكم المحكمين

يخضع حكم المحكمين بعد صدوره لرقابة القضاء ومنها تتفاوت مواقف التشريعات للدول المختلفة حول التظلم من حكم المحكم بين موسع ومضيق ، ويكون هذا التظلم لكل صاحب مصلحة ، وأياً كان الشكل الذي يتم فيه التظلم يرفع إلى قضاء الدولة الذي يمارس سلطته الرقابية على حكم المحكم المطروح عليه نتيجة هذا التظلم والتي يختلف مضمونها من قانون إلى آخر ، على هذا الحكم المطروح عليه نتيجة التظلم [1] .

غير أنه لا يخرج الأمر في ذلك عن الآتي :

١- تذهب بعض التشريعات مذهباً متشدداً في وسائل الرقابة على التحكيم فتمنع الطعن بحكم المحكم بأي طريق من الطرق بما فيها دعوى البطلان مثل القانون الإنجليزي واتفاقية نيويورك غير أن هذه التشريعات تجيز للأطراف التمسك بعدم جواز تنفيذه في مرحلة التنفيذ لأسباب قد تكون هي ذاتها أسباب البطلان المقررة في معظم التشريعات [2] ويستند هذا الاتجاه إلى مميزات نظام التحكيم من سرعة وسرية وغيرها .

٢- وتذهب بعض التشريعات الأخرى إلى التوسع في طرق الطعن المقررة بحكم المحكم فتقرر الطعن بالبطلان لأسباب محددة على سبيل الحصر وتمنح الخصوم حرية

---

[1] تفصيلاً راجع : نبيل إسماعيل عمر / مرجع سابق ص ٣٨٩ ، أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٢١٨ .

[2] أحمد هندي / تنفيذ أحكام المحكمين ، مرجع سابق ص ٢٥ ، نبيل إسماعيل عمر / مرجع سابق ص ٤٩٤ .

تنظيم الطعن بالاستئناف مثل القانون الفرنسي م (١٤٨٢) والكويتي م (١٨٦) واللبناني م (٨٠٢) ويستند هذا الاتجاه إلى الطبيعة القضائية لحكم التحكيم [١] .

٣- وهناك تشريعات أخرى تذهب إلى اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين فتمنع الطعن في كم المحكم بأي طريق من طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات وتقرر الطعن بالبطلان لأسباب محددة على سبيل الحصر كالقانون اليمني والمصري[٢] .

٤- تكاد تجمع التشريعات المختلفة على عدم جواز الطعن في حكم المحكم بطرق الطعن غير العادية كالتماس إعادة النظر والنقض ، غير أن البعض منها وهو ما نؤيده تدمج أسباب الالتماس ضمن أسباب دعوى البطلان وهذا ما نوصي به المشرع اليمني والمصري ، أي دمج أسباب الالتماس ضمن أسباب دعوى البطلان لا سيما حالة الحكم المبني على غش أو أوراق مزورة أو يمين كاذبة أو شهادة زور [٣] كما سيأتي :

ولأهمية الطعن بالاستئناف في حكم المحكم سنحاول الكلام عن موقف القانون المقارن ، وموقف القانون اليمني والمصري في ذلك ثم نوضح رأينا الخاص في هذه المسائل على التوالي.

أولاً : الطعن بالاستئناف في حكم المحكم في القانون المقارن :

قلنا أن بعض التشريعات تجيز استئناف حكم التحكيم ، وطبقاً لهذه التشريعات لا يختلف الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم كثيراً من حيث إجراءاته على استئناف الحكم القضائي، بل إنه يخضع في إجراءاته وأهدافه لنفس القواعد التي يخضع لها الحكم القضائي ، غير أن بعض إجراءات وقواعد استئناف حكم التحكيم يمكن للخصوم تنظيمها لا سيما غير المتعلقة بالنظام العام ، بخلاف الطعن في الحكم القضائي الذي رسمت حدوده القواعد القانونية الإجرائية العامة ، بمعنى آخر فإن نطاق الطعن باستئناف الحكم التحكيمي يمكن تحديده في اتفاق التحكيم الذي يبرمه أطراف التحكيم ، فإذا اتفق الطرفان على عدم جواز الاستئناف مطلقاً في التشريعات التي تجيز ذلك فإنه لا يحق لأي

---

[١] محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ٢٧٥ ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ١٢١ ، علي سالم إبراهيم ، أحمد السيد صاوي / التحكيم ، المرجع السابق ص ٢٢٢ / أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / قواعد التحكيم في القانون الكويتي / مرجع سابق ص ٢٢٧ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٩١ ..

[٢] راجع أحمد هندي / المرجع السابق ص ١٢١ .

[٣] راجع م (٤٨) من قانون التحكيم الأردني ، م (٧٨) من قانون التحكيم الفرنسي ، م (٥٢) من قانون التحكيم العماني.

منهما استئناف ذلك الحكم ، ومن ذلك كما لو اتفق الأطراف على تفويض الحكم بالصلح وهذا يعني في جميع التشريعات التي تجيز استئناف حكم المحكم أنه لا يحق لأي من طرفي التحكيم استئناف الحكم التحكيمي لأن المصالح لا يتقيد في قضائه بقواعد قانون الموضوع ، فضلاً عن أنه لا يتقيد بقواعد المرافعات غير المتعلقة بالنظام العام ، غير أنه يتقيد بقواعد قانون التحكيم فيلزم صدور حكمه بالشكل الوارد في قانون التحكيم ويكون حكمه غير قابل لأي طريق من طرق الطعن ، غير أنه يجوز الطعن في حكمه دعوى البطلان[1] .

ولا تختلف شروط الطعن باستئناف الحكم التحكيمي في التشريعات التي تجيز ذلك عن شروط الطعن باستئناف الحكم القضائي المنصوص عليها في القواعد القانونية الإجرائية العادية من حيث شروط النصاب ، أي أن يكون قد صدر في حدود النصاب الانتهائي للمحاكم الابتدائي ، كما يشترط أن يكون حكماً بالمعنى الفني للأحكام وأن يرفع الطعن بالاستئناف خلال المدة المحددة في القانون [2] ، وعلى ذلك نحيل في تفاصيل شروط وإجراءات استئناف حكم التحكيم إلى الكتب العامة في قانون المرافعات [3] .

مع ملاحظة أنه لم تحدد معظم قوانين المرافعات للدول المختلفة أسباباً معينة لاستئناف الأحكام القضائية ، وإنما أقرت بأحقية الأطراف وتحديد الأسباب للخصم المستأنف نفسه ، والحال كذلك أسباب الطعن باستئناف حكم التحكيم في التشريعات التي تجيز ذلك فيحق للمستأنف في تأسيس طعنه على ما يشاء من الأسباب سواء كانت أسباب موضوعية أو متعلقة بالإجراءات ، وسواءً كانت مبنية على خطأ في تطبيق القانون أو خطأ في تقدير الواقع وبشرط أن لا يكون الطاعن بالحكم التحكيمي قد قبل ذلك الحكم صراحة أو ضمناً أو تنازل عن حقه في الاستئناف وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القواعد

---

[1] راجع أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ٣٧٥ وما بعدها .

[2] راجع تفصيلاً : نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٤٨٨ وما بعدها .

[3] راجع في ذلك : فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٦٤٣ وما بعدها ، نبيل عمر إسماعيل / قانون المرافعات المدنية والتجارية / مرجع سابق ص ٧٧٣ وما بعدها ، إبراهيم محمد الشريف / المرافعات / مرجع سابق ص ٣٢٦ وما بعدها ، أحمد هندي / قانون المرافعات المدنية والتجارية / مرجع سابق ص ٥٥٧ وما بعدها ، مطهر عبده محمد الشميري / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٢٢٦ وما بعدها ، سعيد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني / مرجع سابق ص ٦٠٢ .

الإجرائية العامة ، ومع ذلك يتحدد أهداف استئناف الحكم التحكيمي في التشريعات التي تجيز ذلك بذات الأهداف المحددة لاستئناف أحكام القضاء .

أهمها : علاجي وهو ضمان تصحيح الخطأ أو القصور أو عدم عدالة الحكم المطعون فيه.

ثانيهما : وقائي ، ومضمونه يتمثل في الحرص الذي سيبذله المحكم باعتباره قاضياً للدرجة الأولى للوصول إلى العدالة خشية تعرض حكمه للإلغاء [١] .

ويترتب على جواز الطعن في حكم المحكم بالاستئناف في التشريعات التي تجيز ذلك وقف تنفيذ الحكم التحكيمي ، وهذه القاعدة معمول بها في الأحكام القضائية [٢] .

وعلى ذلك نصت بعض التشريعات التي تجيز الاستئناف على وقف تنفيذ حكم المحكم نتيجة لرفع الطعن بالاستئناف كما هو في بعض الأنظمة المقارنة التي تجيز استئناف حكم المحكمين كالتشريع الفرنسي الجديد (٣/١٤٨٦) والتشريع الكويتي م (١٨٥) .

ولئن كان الطعن بالاستئناف جائزاً فإنه يمنع قبول طرق الطعن الأخرى ويكون للاستئناف أثر ناقل طبقاً للقواعد العامة [٣] في الأحكام التي فصلت في شق من الموضوع أو في الطلبات وبالتالي يجوز للمحكم أن يستمر في نظر الطلبات التي لم يفصل فيها ، فالأثر الواقف لحكم المحكمين لا يمتد إلى بقية الأحكام التي صدرت ولم يطعن فيها ، وسير الإجراءات فيما يتعلق ببقية الطلبات لا يشكل في الواقع تنفيذاً لحكم المحكمين المطعون فيه ، وخلاصة ذلك أن الأثر الواقف المترتب أو المرتبط بالطعن ليس له أدنى أثر [٤] .

وخصومة الاستئناف مستقلة تماماً عن الإجراءات التي ينتج عنها حكم المحكم ، فإذا حكم ببطلان خصومة الاستئناف لأي سبب لا يؤثر ذلك ولا يمتد إلى حكم المحكم [٥] .

ولئن كانت الأهلية اللازمة لمباشرة خصومة التحكيم هي أهلية التصرف فإن الأهلية اللازمة لمباشرة خصومة الاستئناف هي الأهلية الإجرائية وهي لا تعدو أن تكون أهلية الوجوب [١] .

---

[١] راجع في إجراءات الطعن بالاستئناف تفصيلاً : سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٥٩٣ ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٦٥٦ ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٧٥٦ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٣٩٣ / وكتابه الوسيط / مرجع سابق ص ٦٤٧.

[٢] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٣٤١ .

[٣] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٣٥٨ .

[٤] محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ٢٣٠ .

[٥] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٤٩٣ .

وسلطة المحكمة المختصة بنظر الطعن باستئناف حكم التحكيم في التشريعات التي تجيز ذلك تكون هي نفس السلطة التي تتمتع بها محكمة الاستئناف المختصة بنظر الطعن باستئناف الأحكام القضائية ، فمحكمة الطعن في هذه الحالة لن تعيد النظر في القضية والطعن وما رفع أمامها من دفوع وأوجه دفاع جديدة ، ولمحكمة الطعن بعد ذلك أن تحكم بتأييد الحكم المستأنف أو بإلغائه أو بتعديله ، وإذا كان الحكم مشمولاً بالتنفيذ المعجل في التشريعات التي تقرر هذه السلطة للمحكم فيكون للمحكمة التي تنظر استئناف حكم التحكيم أن تحكم في التظلم من وصف الحكم بالنفاذ أو رفضه على وجه الاستعجال دون انتظار للفصل في الموضوع [٢] ، كما لا يجوز للمحكمة الطعن بالاستئناف النظر في أسباب البطلان المنصوص عليها في نظام التحكيم ولو لم يطلب منها ذلك ، م (١٤٨٣) مرافعات فرنسي ، ويجب الأخذ بهذا الحكم في ظل التشريعات التي تجيز الطعن بالاستئناف بغير نص وذلك لإصلاح الحكم على ذلك تخفيفاً لفاعلية الإجراءات ، ولأن القول بغير ذلك يعني تعدد طرق الطعن في وقت واحد وهو ما يمكن الخصم سيء النية من تعطيل الحكم وتجريد التحكيم من أهم مزاياه وهي ميزة السرعة .

وتوجد بكل محافظة في الجمهورية اليمنية محكمة استئناف مقرها عاصمة المحافظة ، واختصاص محكمة استئناف المحافظة بنظر ذلك يتفق مع فكرة المشرع اليمني الذي أناط بمحكمة الاستئناف كل ما يتعلق بنظام التحكيم ، الطعن بالاستئناف (الطعن بالبطلان ، تنفيذ الحكم) [٣] .

ثانياً : موقف القانون اليمني من الطعن بالاستئناف بحكم التحكيم :

للتحكيم خصوصياته ودقائقه ، التي من أبرزها أنه يستنكف الخضوع لقضاء الدولة ، ذلك أن مجرد الاتفاق على التحكيم يعني رغبة الأطراف في استبعاد قانون الدولة أو قضائها ، وغالباً ما تكون الرغبة في استبعاد الأمرين معاً ، ولأن حكم التحكيم لا يصدر من محكمة بل من هيئة تحكيم ، ولا يصدر في دعوى قضائية بل في قضية تحكيمية [٤] ، فالمشرع

---

[١] فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٢٥٣ وما بعدها ، نظرية البطلان / مرجع سابق ص ٥٤٣ .

[٢] عزمي عبدالفتاح / الإشارة السابقة .

[٣] راجع المادة (٣٧) ، المادة (٤٢) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩١م المعدل بالقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٦م ، راجع المادة (٤٢) من نفس القانون والتي تنص على أنه (تختص محكمة الاستئناف بالفصل في ١- القضايا التي أجاز القانون الطعن فيها بالاستئناف ، ٢- القضايا الأخرى التي هي من اختصاصها بمقتضى أي قانون آخر) .

[٤] إسماعيل إبراهيم الزيادي / التحكيم واجتهاد القضاء / مرجع سابق ص ٥٨ .

اليمني كما هو الحال في التشريعات الحديثة لم يخضع أحكام التحكيم لنفس طرق الطعن الخاصة في الأحكام القضائية ويبدو ذلك واضحاً من خلال الأحكام الخاصة بطرق الطعن في حكم التحكيم فهي لم تتضمن أي حكم بإجازة الطعن في حكم التحكيم بأي طرق من طرق الطعن سواء العادية أو غير العادية ، أي الاستئناف أو الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر ، وإنما وضع نظاماً مستقلاً للطعن في حكم التحكيم وهو طلب إبطال حكم التحكيم لأسباب أو حالات ناتجة عن عيوب جسيمة في الحكم وواردة على سبيل الحصر بحيث لا يجوز القياس عليها ، غير أنه من استقراء بعض نصوص قانون التحكيم مثل ما نصت عليه المادة (٥٣/و) من قانون التحكيم على أنه لا يجوز طلب إبطال حكم التحكيم إلا في الأحوال المحددة بنص هذه المادة ذاتها ، ثم عددت المادة تلك الأحوال أو العيوب ، وبالرغم من صراحة نص المادة السابقة التي تقرر عدم إجازتها للطعن في حكم التحكيم بأية طريق من طرق الطعن عدا طريق دعوى البطلان الأصلية ، إلا أن بعض الفقه له وجهة نظر مخالفة مضمونها أن قانون التحكيم اليمني يجيز الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم [1] .

ويستند هذا الرأي إلى تفسير بعض نصوص قانون التحكيم أهمها المواد (٤٨ ، ٥٧ ، ٦٠) من قانون التحكيم ذاته ، فيذهب هذا الرأي إلى تفسير مفهوم المادة (٤٨ / الفقرة الأخيرة) والتي تنص على أنه (... ويكون الحكم نهائياً وباتاً في حالة اتفاق أطراف التحكيم عليه وكذلك في حالة التحكيم بالصلح وفي الحالات التي ينص عليها القانون) وكذا في تفسير نص المادة (٥٧) التي تنص على أنه (يصبح حكم التحكيم نهائياً وقابلاً للتنفيذ بعد انقضاء ميعاد الطعن أو بعد انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان) .

والمادة (٦٠) من ذات القانون والتي تنص على أنه (يشترط لتنفيذ حكم التحكيم أن يكون نهائياً وقابلاً للتنفيذ) ، وخلاصة هذا الرأي أنه يذهب إلى أن مفهوم النصوص السابقة توحي أن الأصل في القانون اليمني هو جواز الطعن في حكم المحكم بالاستئناف ، فالمادة (٤٨) تحكيم يمني تحدد متى يكون الحكم نهائياً وذلك في حالة اتفاق الأطراف على ذلك ، وفي حالة التحكيم بالصلح ، بمعنى أن الأصل عدم اعتبار الحكم التحكيمي نهائياً ، وبالتالي جواز الطعن فيه بالاستئناف باستثناء حالتين هما أن يتفق طرفا التحكيم على اعتباره

---

[1] نجيب الجبلي / تناقضات ، البحث السابق ص ٣٧٨ وما بعدها ، وكتابه التحكيم في القانون اليمني ص ٤٨٢ ، محمد أحمد علي مرغم / أحكام التنفيذ في اليمن وفقه الشريعة الإسلامية - دار الحكمة اليمانية للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٥ ص ١٠١ .

نهائياً وغير قابل للاستئناف أو أن يكون التحكيم بالصلح وليس بالقضاء ، ففي هاتين الحالتين يعتبر الحكم التحكيمي الصادر بناء على التحكيم نهائياً وغير قابل للاستئناف .

ويدعم هذا الرأي هذا المفهوم من خلال تفسير نص المادة (٥٧) تحكيم التي تشترط نهائية حكم التحكيم لتنفيذه وتقرر أنه يصبح كذلك بفوات ميعاد الطعن أو دعوى البطلان ، أي أن الاستئناف جائز ؛ لأن النص يعني أن الحكم سيكون حائزاً لقوة تنفيذية بفوات ميعاد الطعن (الاستئناف) أو الطعن بالبطلان ، باعتبار أن هذه المادة فرقت بين الطعن بالاستئناف والبطلان بحرف العطف (أو) وبالتالي يفهم منها جواز الطعن بحكم المحكم بالاستئناف ، إلا إذا كان هناك مانع من هذا القبول كما لو كان الحكم صالحاً .

كما يستند هذا الرأي السابق لهذا الفهم إلى تفسير لنصوص في قوانين أخرى تؤكد وتقرر جواز استئناف حكم التحكيم ومنها المادة (٣٢٩) من قانون المرافعات اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م التي تنص على أنه (... وإذا كان حكم المحكم قد صدر نهائياً فعلى المحكمة المختصة بتنفيذه وضع الصيغة التنفيذية) فهذه المادة تقرر حكماً عاماً مفاده عدم جواز تذييل حكم المحكم بالصيغة التنفيذية إلا إذا صدر نهائياً باعتبار أن قانون المرافعات صدر بعد صدور قانون التحكيم ، وما جاء بنص المادة (١٣٥) من قانون العمل رقم (٥) لسنة ١٩٩٥م والتي تنص على أنه (مع مراعاة قانون التحكيم تكون قرارات اللجان التحكيمية نهائية وغير قابلة للطعن وفي الدعاوى الآتية : أ- التي لا تتجاوز ٦٠ ألف ريال) .

وهذه المادة تقرر أنه يلزم مراعاة قانون التحكيم بخصوص استئناف أحكام اللجان العمالية ولكن في جميع الأحوال تكون نهائية وغير قابلة للطعن بالاستئناف في الدعاوى التي لا تتجاوز ستون ألف ريال ، أي النصاب النهائي لهذه اللجان وهو ستون ألف ريال.

ثالثاً : رأي الباحث في موقف القانون اليمني :

وضحنا فيما سبق اتجاه بعض الفقه الذي يذهب إلى تفسير بعض النصوص التي توحي بجواز استئناف حكم التحكيم في ظل القانون اليمني - كأصل - إلا أن جميع المواد السابقة تتناقض مع صريح نص المادة (٥٣/ز) السابق الإشارة إليها والتي أقرت بقاعدة صريحة عدم جواز الطعن بالاستئناف بحكم المحكم .

ومع تقدير الباحث للرأي السابق وأسانيده القوية ؛ إلا أننا نذهب إلى ما ذهب إليه القضاء اليمني والذي فسر النصوص السابقة بعدم جواز الطعن باستئناف حكم التحكيم في ظل القانون اليمني نظراً لطبيعة نظام التحكيم ، وفي هذا قيل - بحق - بأنه من

اللازم إعمال نص المادة (٥٣) من القانون لأن منطوقها أوضح في الدلالة على منع الطعن في الحكم التحكيمي بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية أما منطوق النصوص السابقة فإنه لا يؤكد صراحة على جواز الطعن في الحكم التحكيمي عن طريق الاستئناف ، وإن كان ذلك يؤخذ من مفهومها فقط ، ومعلوم أن القاعدة الأصولية تقول (إذا تعارضت دلالة المنطوق مع دلالة المفهوم قدمت دلالة المنطوق لأنها أقوى في الدلالة) [١] .

ومع ذلك استقرت الأحكام القضائية اليمنية على عدم جواز الطعن بالاستئناف [٢] ، مفسرة بذلك التناقض في نصوص قانون التحكيم ، وذلك بأن محكمة الاستئناف لا تعتبر درجة ثانية من درجات التقاضي بالنسبة لأحكام التحكيم ذلك أن مهمتها تقتصر على نظر توافر أحد أسباب دعوى البطلان وفقاً للحالات المذكورة على سبيل الحصر ومن ثم بيان صحة الحكم التحكيمي أو بطلانه كلياً أو جزئياً دون التصدي لموضوع النزاع أو إعادة الفصل فيه أو تصحيح الحكم التحكيمي .

فقد قضت الدائرة التجارية (بالمحكمة العليا) بأن الشعبة عند نظرها دعوى البطلان تعتبر بمثابة محكمة قانون إما تقبل الدعوى أو ترفضها فليس لها حق التصدي للحكم في موضوع التحكيم إذا ما قررت قبول دعوى البطلان وإلغاء حكم المحكم [٣] .

وإذا كنا قد ذهبنا إلى تفسير القانون وترجيح النص المقرر لعدم جواز الطعن بحكم التحكيم بأي طريق من الطرق المقررة في قانون المرافعات إلا أننا نوصي المشرع اليمني بتعديل نصوص القانون المتناقضة لأن النص القانوني يحل كثيراً من الصعوبات .

وعلى ذلك وبما أن المشرع اليمني وكذلك المصري لم يقر أية طريقة من طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات ، وأقرا الطعن بالبطلان لأسباب محددة على سبيل الحصر م (٥٣) من قانون التحكيم اليمني ، م (١/٥٢ ، ٢/٥٣) من قانون التحكيم المصري ، فيكون المشرع

---

[١] سلطان عمر محمد الشجيفي / الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي / رسالة كلية الحقوق جامعة عدن ٢٠٠٣ ط ٢٠٠٩ ، ص ٥٥ .

[٢] نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٢٧٥٣٩) لسنة ٢٠٠٦ غير منشور .

[٣] نقض يمني - الدائرة التجارية - بتاريخ ١٤٢٧/٦/١٨هـ الموافق ٢٠٠٦/٧/٤ غير منشور ، نقض يمني - الدائرة التجارية (أ) - الطعن رقم (١٤١) - بتاريخ ١٤٢٤هـ الموافق ٢٠٠٤/٥/١٨م غير منشور والذي جاء في أسبابه (١- ... مع أنه من المعلوم بأن دور محكمة الاستئناف وهي بصدد نظر دعوى البطلان يقتصر على الرقابة القانونية وفقاً للمادة (٥٣) تحكيم ، إما أن تقبل دعوى البطلان باعتبار الحكم كأن لم يكن أو ترفض دعوى البطلان واعتبار حكم التحكيم واجب النفاذ ...) .

اليمني والمصري بهذا المسلك قد ميز أحكام التحكيم عن أحكام القضاء ، وذلك لأنها أغلقا باب الطعن بالطرق العادية وغير العادية ، وهذا يجعل لحكم التحكيم حصانة متميزة عن أحكام القضاء ، فهي لا تقبل التماس إعادة النظر ولو تحققت حالة من حالاته كما لو صدر بعد حكم التحكيم إقرار بتزوير الأوراق التي انبنى عليها الحكم أو قضى بتزويرها ، كما لا يقبل الطعن بالنقض مهما شابه من عيوب ، كما لو صدر على خلاق حكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي ومع ذلك يظل الحكم مرتباً لآثاره ، ولا يجوز مراجعته لانسداد طريق الطعن في وجه لمحكوم عليه [1] .

وهذا المسلك وإن كان يميله حرص المشرع على سرعة تحقيق التحكيم للحماية القضائية المطلوبة إلا أن إلغاء طريق الطعن بالتماس إعادة النظر في جميع حالاته يؤدي إلى صدور أحكام مبنية على غش وتدليس ، كما لو بني الحكم على مستندات مزورة أو وقائع غير سليمة ، لا سبيل إلى الطعن فيها وهو لا يتفق مع أبسط قواعد العدالة [2] ، ولذا قلنا ينبغي دمج هذه الأسباب ضمن أسباب الطعن بالبطلان .

ومن ناحية أخرى فإن الحرص على سرعة الفصل في النزاع يجب أن لا تكون على حساب التطبيق الصحيح للقانون ، ولهذا فإنه إذا كان مفهوماً - لتحقيق هذه السرعة - النص على عدم قابلية حكم التحكيم للاستئناف ، فقد كان يجب على المشرع أن ينظم طريقاً للطعن فيه لمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه فالمحكم قد يخالف القواعد القانونية واجبة التطبيق أو يخطئ في تأويلها أو تطبيقها ، هذا فضلاً عن أن المحكم قد لا يكون من رجال القانون مما يجعله غير قادر على معرفة حكم القانون أو التوصل إلى تأويله أو تطبيقه تطبيقاً سليماً وهو وضع تأباه العدالة [3] .

---

[1] مختار بربري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٢١١ وما بعدها .

[2] محمد علي عويضة / حق الدفاع / مرجع سابق ص ٥٠١ ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٤٢ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٤٢ .

[3] فتحي والي / الإشارة السابقة ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٣٨٥ .

الفصل الأول

ماهية دعوى البطلان

وطبيعتها وهدفها

الفصل الأول
ماهية دعوى البطلان وطبيعتها وهدفها

يقصد بماهية دعوى البطلان حقيقتها ، ولا يمكن إدراك هذه الحقيقة إلا بمعرفة تعريفها وطبيعتها وهدفها ، لذلك سنتكلم في هذا الفصل عن تعريف دعوى البطلان وطبيعتها وهدفها ، وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : تعريف دعوى البطلان .

المبحث الثاني : طبيعة دعوى البطلان .

المبحث الثالث : هدف دعوى البطلان .

المبحث الأول
تعريف دعوى البطلان

لا تختلف دعوى بطلان حكم التحكيم عن أي دعوى ، ولهذا عرف قانون المرافعات اليمني الدعوى بالمادة (٧٠) والتي تنص على أنه (الدعوى هي الوسيلة الشرعية أو القانونية لكل ذي ادعاء أو دفاع يرفعه إلى القاضي للفصل فيه وفقاً للقواعد الشرعية) [١] .

وبالتالي تكون دعوى البطلان مصطلحاً مركباً من جزأين : دعوى ؛ ويعرفها الفقه الإجرائي السائد بأنها حق ذاتي إجرائي لكل صاحب حق ادعاء طرفه على القضاء ، ومعنى إجرائي أنه إجرائي منظم في قانون المرافعات وبطلان أي أن الدعوى تهدف إلى إبطال حكم التحكيم ، ولهذا يتجه الفقه الراجح إلى تعريف البطلان بأنه (تكييف قانوني لعمل يخالف

---

[١] راجع تفصيلاً في تعريف الدعوى : فتحي والي / نظرية البطلان في قانون المرافعات ، رسالة مطبوعة ، تقديم وتحديث أحمد ماهر زغلول لسنة ١٩٩٧ ، ص ٧٢ وما بعدها ، وكتابه الوسيط / مرجع سابق ص ٢٤٦ ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني /مرجع سابق ص ٢٠٠ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني /مرجع سابق ص ٢٩٧ ، إبراهيم محمد الشريف / شرح قانون المرافعات ط ٢ مكتبة الصدق صنعاء ٢٠٠٨ ص ٩٤.

نموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً) [1] .

ويعرف البعض الآخر البطلان كجزاء إجرائي بأنه : (وصف يلحق بالعمل الإجرائي الذي تخلف فيه أحد عناصره أو أحد شرائط صحته ويمنعه من ترتيب آثاره القانونية لو كان العمل صحيحاً) [2] .

ويرى الباحث أنه لا يوجد فرق بين التعريفين فيمكننا تعريف دعوى بطلان حكم التحكيم بأنها (دعوى موضوعية تقريرية [3] تهدف إلى إزالة الشك أو التجهيل القانوني في حكم التحكيم ، ويرفعها من توافرت فيه شروط حق الدعوى وشروط قبولها العامة والخاصة والمقررة في المواد (٧٥) (٧٦) (٧٧) من قانون المرافعات اليمني .

وتختلف التشريعات حول المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان فهي في القانون اليمني محكمة الاستئناف الداخلة في نطاق حكم التحكيم [4] وترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام محكمة الاستئناف [5] إذا توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة (٥٣) من قانون التحكيم اليمني لأنه حكم مقرر وليس حكم إلزام [6] .

---

[1] راجع تفصيلاً في تعريف البطلان : فتحي والي / نظرية البطلان / المرجع السابق ص ٨ ، فتحي والي / الوسيط / المرجع السابق ص ٤٠٠ ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط / مرجع سابق ص ٦٥٨ ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / المرجع السابق ص ٤١٩ ، فرج علواني هليل / البطلان في قانون المرافعات / دار المطبوعات الجامعية / الإسكندرية / ٢٠٠٨ / ص ٩ .

[2] سيد أحمد محمود / دعوى بطلان حكم التحكيم / ص ٢٧ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / الجزء الأول / ص ٣٦٨ ، كما عرفه البعض بأنه (وصف قانوني يلحق العمل الإجرائي المعيب أو الذي لا تتوافر فيه عناصر وجوده القانوني فيجرده من جميع الآثار القانونية للعمل الموجود أو الصحيح / سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٢٩٤ .

[3] راجع تفصيلاً في تعريف الدعوى التقريرية : فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق / ص ١١٦ وما بعدها ، ويرى البعض بأن الدعوى التقريرية دعوى موضوعية بحتة غايتها الحصول على حكم موضوعي يحقق اليقين القانوني للحق أو المركز القانوني المدعي كما أنها دعوى وقائية يكفي لقبولها أن يكون المدعي في حالة خشية من ضرر محدق ، سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق / ص ١٦٠ .

[4] توجد في اليمن محكمة استئناف في كل محافظة عدا المحافظات النائية مثل محافظة صنعاء والجوف فمحكمة الاستئناف هي محكمة استئناف محافظة صنعاء .

[5] سنتكلم عن إجراءات الطعن في الفصل الثاني من الباب الرابع راجع ص وما بعدها من هذا البحث .

[6] راجع تفصيلاً في الحكم التقريري : سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني / مرجع سابق / ص ٣٩ وما بعدها .

المبحث الثاني
طبيعة دعوى البطلان

يقصد بالطبيعة القانونية لنظام معين وضع الوصف القانوني له من خلال الطوائف المعروفة ، بمعنى تكييفه ووضع وصف قانوني محدد ، وبالتالي نقصد هنا بطبيعة دعوى بطلان حكم التحكيم الإجابة على السؤال التالي :

هل تعد دعوى بطلان حكم المحكم طريقةً من طرق الطعن المعروفة أم لها ذاتية واستقلال خاص؟

وللإجابة على هذا السؤال سنحاول عرض موقف الفقه :

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لدعوى البطلان ؟ فذهب جانب من الفقه الفرنسي متأثراً بالطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم [١] إلى القول بأن الدعوى ببطلان حكم المحكم تتميز عن طرق الطعن المقررة في الأحكام القضائية والتي ينظمها قانون المرافعات ، وهذا يؤدي إلى إنكار كل سلطة للمحكمين في نظر النزاع عند الطعن في حكم المحكم بالبطلان ، وإذا كان الأمر كذلك فإن الخصم الذي يريد إنكار سلطة المحكم فيما فصل فيه ، عليه أن يرفع دعوى بطلان ولا يلجأ إلى الطعن بالاستئناف ، فهي ليست طريقاً من طرق الطعن المقرة للأعمال القضائية [٢] ، وإنما هي الطريق الطبيعية للطعن في الأعمال الأخرى كالعقود والتصرفات القانونية [٣] ، وتتميز دعوى البطلان في أنها توجه إلى الحكم

---

[١] راجع في عرض ذلك : أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ٣١٧ ، فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني / مرجع سابق ص ٩١٤ ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني /مرجع سابق ص ٤٩٦ .

[٢] من المقرر بالنسبة للأحكام القضائية أنه لا دعوى بطلان ضده الأخيرة ، والمبرر الوحيد لرفع هذه الدعوى هو بطلان في الإجراءات والحالات محصورة ، راجع : فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني / مرجع سابق ص ٥٩٢ ،أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٦ ص ١٠٤ ، عبدالحكم فودة /البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية / دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٧ ص ٨٠ وما بعدها ..

[٣] راجع في ذلك تفصيلاً : فتحي والي / المرجع السابق / الإشارة نفسها وما يليها ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٤٣ ، عكس ذلك : علي سالم إبراهيم / ولاية القضاء على التحكيم / مرجع سابق ص ٣٦٢ ، لكن هناك حالات لا تتعلق باتفاق التحكيم بل تتعلق بخصومة التحكيم بحكم المحكم كآخر إجراء فيها وبالتالي فإن

التحكيمي كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطأ في التقدير ، ولهذا فإن العيوب التي يجوز التمسك بها في دعوى البطلان يجب أن تكون خطأ في الإجراء ، أي عيوب إجرائية ، أما الخطأ في التقدير أي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله فإنه مهما كانت جسامته لا يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم ولا يجوز رفع دعوى ببطلانه[1].

ويتجه البعض الآخر من الفقه متأثراً بالطبيعة القضائية لنظام التحكيم إلى أن دعوى البطلان هي طريق غير عادي من طرق الطعن شأنها في ذلك شأن الطعن بالنقض الوارد أسبابه على سبيل الحصر أيضاً ، لأن الطعن في حكم التحكيم بالبطلان يهدف إلى إبطاله ، وليس التثبت من بطلانه أو انعدامه [2] .

ونظراً لاستقرار الطبيعة القضائية لحكم المحكم يذهب الفقه السائد وهو ما نرجحه إلى إخضاع التحكيم للنظام الإجرائي ، وبالتالي أضحى نظام التحكيم نظاماً قضائياً استثنائياً، أي نظاماً محدداً وله قواعده الخاصة ، وهذا ما يميزه عن الأحكام الصادرة من المحاكم غير أن حكم المحكم يرتب نفس الآثار التي ترتبها تلك الأحكام [3] .

فدعوى البطلان في أسبابها لا تختلف كثيراً عن أسباب الطعن بالتماس إعادة النظر الذي يقدم إلى المحكمة المختصة التي أصدرت الحكم لصدور الحكم متضمناً عيباً في الوقائع.

كما أن القانون اليمني وغيره من التشريعات الحديثة والتشريع المصري في التحكيم التجاري الدولي تجعل الاختصاص بدعوى البطلان لمحكمة الاستئناف وبذلك لا مجال للقول أن حكم المحكم يخضع لما يخضع له أي عقد في إمكان رفع دعوى أصلية ببطلانه [4] .

هذه الدعوى تختلف عن دعوى بطلان التصرفات القانونية ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / قواعد التحكيم في القانون الكويتي / مرجع سابق ص ٢٤١ .

[1] فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني / مرجع سابق / الإشارة السابقة ، لا يجوز الطعن على أحكام التحكيم بالبطلان للخطأ في تفسير القانون أو في فهم الواقع في الدعوى أو تقدير المستندات أو القصور في أسباب حكم التحكيم إذ أن ذلك مما لا تتبع لنظره هذه الدعوى ولا يعتبر مجالاً من حالات البطلان التي حددتها المادة (٥٣) من قانون التحكيم ، انظر حكم محكمة استئناف القاهرة (٩٣) تجاري دعوى بطلان رقم(٩٣) لسنة ١٢٠٠ ق جلسة ٢٠٠٦/١/٢٩م منشور لدى أحمد محمد عبده الصادق / المرجع العام في التحكيم / مرجع سابق ص ٢١٧ .

[2] محمد نور شحاته / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٣٠٢ ، علي سالم إبراهيم / ولاية القضاء على التحكيم / مرجع سابق ص ٥٦٦ .

[3] راجع نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٤٩٩ ، ص ١ من هذه الرسالة .

[4] محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٣٠٢ .

أن سلطة محكمة الطعن بالبطلان في بعض التشريعات كالتشريع التونسي والفرنسي م (١٤٨٥) لا يختلف كثيراً عن الطعن بالاستئناف فيجوز لمحكمة الطعن نظر النزاع وحسمه إلا إذا اتفق الخصوم على غير ذلك ، كما أنه بمجرد رفع دعوى البطلان تقرر معظم التشريعات وقف تنفيذ حكم المحكمين ما لم تقض المحكمة باستمراره وهذه القاعدة مقررة في قانون المرافعات شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية [١] ، وعلى الرغم من الشبه بين دعوى البطلان وبعض طرق الطعن في الأحكام فإن ذلك لا يغير من القول بأن دعوى البطلان طريق خاص للطعن للمساس بأحكام المحكمين تتفق تماماً مع النشأة الاتفاقية للتحكيم ، ولا يعني إدراجها ضمن طرق الطعن تأسيساً على هذا الشبه ، وبالتالي يصبح القول بأن دعوى البطلان درب من دروب النقض بحجة أن حالات هذه الدعوى ترقى إلى الإبطال لا إلى الإصلاح أو التعديل في حكم المحكمين ، هذا القول غير دقيق [٢] .

وتميز دعوى البطلان بأنها دعوى مبتدأة [٣] لها نظام إجرائي خاص بها من حيث تحديد حالاتها على سبيل الحصر ولا يجوز الخروج على هذه الحالات أو القياس عليها [٤] ، كما أن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان هي محكمة الاستئناف مثل القانون اليمني والمصري في الحكم التحكيمي الدولي وليس أمام المحكمة الابتدائية على الرغم من أنه كقاعدة عامة أن الدعوى لا ترفع إلا ابتداءً إلى محكمة أول درجة على خلاف الطعن فهو لا يكون إلا أمام محكمة أعلى وبصدور حكم تم صدوره في محكمة أدنى .

ومن الملاحظ في الواقع العملي أن مسألة تكييف الدعوى ترجع إلى القاضي فهو صاحب السلطة في تكييفها التكييف القانوني الصحيح ، دون التقيد بما يصفه بها الخصوم ؛ فالعبرة هي بحقيقة المقصود من المدعي وليس بالألفاظ التي صيغت بها صحيفة الدعوى ،ولهذا فإن الدعوى المرفوعة إلى المحكمة بطلب إبطال حكم التحكيم تعتبر في تكييفها

---

[١] نجيب الجبلي / نفس الإشارة السابقة .

[٢] محمد علي عويضة / حق الدفاع / مرجع سابق / ص ١٥١ .

[٣] وبالنظر إلى أحكام القضاء اليمني والمصري نجد أنه يأخذ وجهة النظر التي تعتبر دعوى البطلان دعوى مبتدأة وطريق من طرق الطعن في الأحكام كما أنها لا تعتبر جزءاً من خصومة التحكيم ولا مرحلة من مراحلها ،انظر أحكام يمنية / حكم استئناف القاهرة د ٩١ تجاري - دعوى رقم (١٢٨) لسنة ١١٨ ق تحكيم تجاري - جلسة ٢٠٠٢/٧/٧م مشار إليه لدى أحمد محمد عبدالصادق / المرجع العام في التحكيم المصري العربي والدولي ، ط ٢٠٠٨ بدون دار نشر ، ص ١٢٧.

[٤] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٦٠ وما بعدها .

الصحيح دعوى بطلان ولو كانت قد وصفت بأنها استئناف وطلب المدعي الحكم محدداً في الموضوع الذي فيه حكم التحكيم .

ويكاد يتفق الفقهاء [١] على أنه لا يجوز التنازل مقدماً على دعوى البطلان قبل صدور حكم المحكمين عن التمسك ببطلان الحكم ، حيث أن هذا التنازل لا يمنع من قبول دعوى البطلان إن توافرت شروطها إنما ينتج التنازل أثره إذا حدث بعد صدور الحكم ، حيث يمنع من تنازل عن حقه في رفع دعوى البطلان ، وإذا رفعها محكم بعدم قبولها حتى ولو صدر هذا التنازل من خصم لا يعلم بالعيب للحكم وذلك بالنظر إلى خطورة النتائج التي تترتب على هذا التنازل وأهمها صدور حكم التحكيم تتخذ فيه عيوب جسيمة كإخلال بحقوق الدفاع أو مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام [٢] .

وقد يتخذ هذا التنازل صورة صلح أو إبرام صفقة يبررها الخصوم يحصل في إطارها تنفيذ اختياري لحكم التحكيم [٣] فضلاً عن أنه لا أثر للتنازل اللاحق لدعوى البطلان في حالتي الغش والتدليس .

زيادة على أن التنازل لا يلزم غير الطرف الصادر عنه ولا يلزم غيره من أطراف عقد التحكيم في حالة ما إذا كان لهذا الطرف الآخر الحق في التمسك ببطلان حكم التحكيم[٤].

كما تجدر الإشارة إلى أن تنازل الخصوم مقدماً عن الطعن في التحكيم في الأنظمة التي تتيح ذلك سواء أكان هذا الطعن من الطعون العادية أم غير العادية فإن التنازل لا يشمل دعوة البطلان لأنه كما ذكرنا سالفاً لا تعتبر هذه الدعوى طريقاً من طرق الطعن بالمعنى الصحيح .

---

[١] فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ، ص ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٢٦١ ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ٣٢٠ وما بعدها ، إسماعيل إبراهيم الزيادي / التحكيم واقتصاد القضاء / مرجع سابق ص ٦٢ ، عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري / دار النهضة العربية / القاهرة / بدون سنة نشر / ص ١١٠ وما بعدها .

[٢] إسماعيل إبراهيم الزيادي / نفس الإشارة ، حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٤٨٥ .

[٣] آمال الفزايري / دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم / مرجع سابق ص ٢٣٤ .

[٤] آمال الفزايري / نفس الإشارة .

المبحث الثالث
هدف دعوى بطلان حكم التحكيم

تمهيد وتقسيم :

نقصد بهدف دعوى بطلان حكم التحكيم النتيجة التي يتوصل إليها الحكم في دعوى البطلان وهي إلغاء حكم المحكم نتيجة لعيب فيه ورد في القانون كسبب من أسباب إبطاله.

وقد سبق القول أن دعوى البطلان تعد دعوى تقريرية لإزالة الشك وتحقيق اليقين القانوني ، ذلك لإعمال الجزاء الإجرائي على (حكم المحكمين) لمخالفة مقتضيات موضوعية أو شكلية مقررة في قانون التحكيم .

وقد تؤدي مخالفته تلك المقتضيات إلى وجود عيب في العمل الإجرائي يؤدي إلى بطلان ، وعندئذ يكون الجزاء هو الحكم ببطلان العمل الإجرائي ، وإما أن تكون المخالفة مؤدية إلى عدم الوجود القانوني للعمل الإجرائي وإن وجد من الناحية الشكلية فيكون الجزاء عندئذ الانعدام[1] .

فإذا فقد الإجراء ركناً من أركان وجوده يصبح معدوما ، بينما إذا فقد شرطاً من شروط صحته فإنه يكون باطلاً ، وحالات الانعدام هي أعنق من حالات البطلان ، وأمعن في الخروج على القانون [2] ، ورغم وجود الاختلاف والفوارق بين الجزاءين إلا أن هناك تقارباً بينهما لا سيما عند تقرير البطلان والانعدام فكلاهما يؤديان إلى إلغاء الحكم .

وقد سبق أن أوردنا تعريفاً للبطلان بمناسبة الحديث في موضوع ماهية دعوى بطلان حكم التحكيم لكن حديثنا هنا سيكون أكثر اتساعاً وتفصيلاً حتى نستطيع تمييزه كجزاء قانوني عن جزاء آخر وهو الانعدام ، سيما أن القانون اليمني قد نظم الانعدام خلافاً لمعظم التشريعات والتي لم تنظم الانعدام لنصل من ذلك إلى الإجابة على التساؤل الآتي : هل أسباب الانعدام تعد من أسباب دعوى بطلان التحكيم ؟ أو بمعنى آخر : هل جزاء الانعدام المقرر في قانون المرافعات ينطبق على حكم التحكيم؟

---

[1] سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني / مرجع سابق ص ٢٩٤.

[2] أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٣٦٨ ، أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام / مرجع سابق ص ٣٢٠ .

مع ملاحظة أن البطلان المتعلق بالنظام العام لا يعدم الإجراء ولا يفقده كيانه ، إذاً لا يعد ضابطاً للتفرقة بين حالة الانعدام وحالة البطلان الذي يشوب الإجراء متعلقاً بالنظام العام أو غير متعلق به [1] .

بالإجابة على هذه التساؤلات نكون قد وصلنا إلى منتهى هذا المطلب وتحديد هدف الدعوى ، لذلك سنحاول التحدث عن البطلان أولاً ثم الانعدام ثانياً وأخيراً أوجه الشبه والاختلاف بين البطلان والانعدام على النحو التالي :

أولاً : البطلان .

ثانياً : الانعدام .

ثالثاً : أوجه الشبه والاختلاف بين البطلان والانعدام .

أولاً : البطلان :

نتكلم عن البطلان من خلال تعريفه وأساسه أو حالاته ، وأحكامه ، تقريره وآثاره وتصحيحه وإلى ذلك .

أ) تعريف البطلان :

لقد تعددت آراء الفقهاء في تعريف البطلان إلا أننا نتفق مع جانب من الفقه الذي يعرفه على أنه يمكن تعريفه بأنه (وصف يلحق بالأعمال والتصرفات القانونية لمخالفتها القانون مما يؤدي إلى عدم إلحاق الآثار التي يجب أن تترتب عليها لو كانت صحيحة) [2] .

إذ يضع القانون نموذجاً للعمل الإجرائي ينبغي اتباعه حتى يرتب هذا العمل آثاره فإذا تمت مخالفة هذا النموذج فإن العمل يصبح معيباً ويوصف بأنه باطل ولا ينتج عنه آثاره التي يرتبها القانون على العمل الصحيح المطابق للنموذج القانوني [3] .

---

[1] راجع في تعريف البطلان : فتحي والي / نظرية البطلان / مرجع سابق ص ٨ وما بعدها ، فتحي والي / ألوسيط / مرجع سابق ص ٤٠٠ ، أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٣٦٨ ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط / دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٦ ص ٥٦٧ ، نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل وأحمد هندي / قانون المرافعات المدنية والتجارية / دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ، ٢٠٠٤ ص ٦٦٠ وما بعدها ، فرح علواني هليل / البطلان / مرجع سابق ص ٩ ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٤١٩ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني / مرجع سابق ص ٢٩٤ .

[2] محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٥٠٨ .

[3] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / الإشارة السابقة ، فتحي والي / نظرية البطلان / المرجع السابق ص ٩ .

وعلى ذلك فالمشرع يحدد العناصر الواجب توفرها في العمل الإجرائي وقد يلحق تلك العناصر عيب كعيب الإرادة أو المحل أو السبب ، كما أن المشرع يشترط أن يتم الإجراء بالشكل المحدد فإذا تعيبت تلك العناصر أو خالف الإجراء الشكل الذي رسمه القانون فإن المنطق القانوني يقتضي بأن ذلك العمل لا يرتب آثاره القانونية التي قررها القانون للعمل الإجرائي الصحيح [1] .

والبطلان جزاء إجرائي خطير لأنه يؤدي إلى الهدر الإجرائي فإذا كان حسن سير القضاء واحترام حق الدفاع يقتضيان التقيد بما نص عليه المشرع من إجراءات لأن المغالاة في الشكلية باعتبار أن المشرع يقرر البطلان على أي مخالفة شكلية ولو كانت يسيرة الأمر الذي يترتب عليه ضياع الحقوق [2] ، لذلك خفف القانون من البطلان فقرر مجموعة وسائل لتحقيقه منها أن لا يحكم بالبطلان إذا تحققت الغاية من الشكل ، وأقر جواز التنازل عن البطلان الخاص وغير ذلك .

وتختلف التشريعات حول تحديد معيار أو أساس للبطلان عند مخالفة قواعد قانون المرافعات [3] .

بـ الأسس العامة لتحديد البطلان :

ولهذا ظهرت مجموعة من المعايير كأساس للبطلان ، سنتكلم عن أهم هذه المعايير في القانون المقارن ثم نوضح موقف القانون اليمني .

أولاً : حالات البطلان في القانون المقارن :

ظهرت مجموعة من النظريات تحدد أساساً للبطلان في القانون المقارن [4] أهمها :

١- الأساس التشريعي : ومضمونه أن ينفرد القانون بتحديد حالات البطلان ، فلا يقع البطلان إلا بنص يقرره ، ويجب الحكم بالبطلان كلما خالف نصاً قرر له القانون

---

[1] سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٢٩٤ .

[2] أحمد السيد صاوي / الوسيط / مرجع سابق ص ٣٨٥ .

[3] راجع تفصيلاً في هذه المعايير : فتحي والي / المرجع السابق ص ٢١٤ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٢٩٥ وما بعدها .

[4] تفصيلاً في هذه النظريات راجع أستاذنا الدكتور / أحمد مليجي ، التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٣٦٩ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٤٠٠ وما بعدها ، فتحي والي / نظرية البطلان / مرجع سابق ص ٢١٤ وما بعدها /نجيب الجبلي / قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٤٢٠ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، المرجع السابق ص ٢٩٥ وما بعدها .

جزاء البطلان ، وبهذا المعيار أخذ القانون الفرنسي [1] القديم ، وقد انتقد هذا المعيار بأنه يؤدي إلى الإسراف في التقيد بالشكل مما يؤدي إلى تقرير البطلان في حالات قد لا تدعو الحاجة أو المصلحة إلى تقريره ، ولا يلاءم هذا المعيار التشريعات الإجرائية فهو معيار يتصف بالجمود .

٢- الأساس القضائي : ومضمون هذا المعيار تقرير البطلان بحكم قضائي ، ووفقاً لهذا المعيار يمنح القاضي سلطة تقديرية للحكم بالبطلان من عدمه ، ويعيب هذه النظرية أنها تحكمية .

٣- معيار الشكل الجوهري : ومضمونه بطلان العمل الإجرائي إذا خالف شكلاً جوهرياً ، ولو لم ينص القانون على البطلان لهذه المخالفة ، وقد أخذ بهذا المعيار بعض القوانين الحديثة كالقانون الفرنسي م (١/١١٤) .

وقد اختلف حول تحديد معيار للشكل الجوهري ، لذلك يذهب البعض بأنه الشكل اللازم لوجود العمل أو لتمييزه عن غيره من الأعمال ، كما قيل بأنه الشكل اللازم لتحقيق الغاية التي قصدها المشرع منه ، كما قيل أيضاً أنه الشكل المتعلق بالنظام العام [2] ، وانتقد هذا المعيار لصعوبة تحديد ما يعد شكلاً جوهرياً وما لا يعد كذلك .

٤- معيار الضرر : ومضمونه ألا يحكم بالبطلان إذا لم يترتب عليه ضرر بالخصم وهو ما يسمى (لا بطلان بغير ضرر) [3] ويقصد بالضرر هنا الضرر الإجرائي [4] ، أي فوات المصلحة التي يقصد القانون تحقيقها بالشكل المقرر وتمت مخالفته وإهدار الضمانة التي يحققها الشكل للخصم ، وقد أخذ بهذا المعيار القانون الفرنسي م (٢/١٤٤) ويعيب هذه النظرية صعوبة إثبات الضرر.

٥- معيار الغاية : وهذا المعيار أخذت به بعض التشريعات مثل القانون الإيطالي [5] م (١٥٦) مرافعات ، والمصري م (٢٠) مرافعات وقانون المرافعات اليمني م (٤٩)

---

[1] راجع في عرض هذه النظرية : فتحي والي / المرجع السابق ص ٢١٥ وما بعدها ، أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٣٦٩ وما بعدها .

[2] تفصيلاً راجع : نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ص ٤٢٠ ، أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٣٧٢ وما بعدها .

[3] تفصيلاً : فتحي والي / المرجع السابق ص ٢١٨ ، وكتابه الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٠١ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٢٩٧ وما بعدها .

[4] سعيد خالد الشرعبي / الإشارة السابقة .

[5] تفصيلاً : أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٣٧٤ وما بعدها .

ومضمونه أنه لا يحكم ببطلان الإجراء لعيب شكلي إذا تحققت الغاية من الإجراء، ولو كان البطلان قد نص عليه القانون صراحة ، ويقصد بالغاية من الشكل الإجرائي وليس الغاية من العمل الإجرائي ، فالغاية المقصودة من الإجراء تقتضي تحقيق الغاية من الشكل أو البيان ، ومقتضى ذلك أنه إذا شاب بياناً معيناً خطأ أو نقص في بعض أجزائه ، ولكن إذا تحققت الغاية من البيان فلا يحكم البطلان ، فالإعلان القضائي كإجراء مثلاً غايته تمكين المعلن إليه من العلم بأمر معين وقد تتحقق هذه الغاية ،ومع ذلك يكون باطلاً وصوله إلى المعلن إليه ، في حالة إعلانه في وقت غير مسموح به ، لأن الغاية من منح إيصال الإعلان في إجازة ، أو قبل أو بعد الساعة السادسة مساءً ، هو عدم تكدير مزاج المعلن إليه ، وبالتالي رغم وصول الإعلان فإن الغاية من شكل الإجراء لم تحقق .

وتقدير تحقق الغاية أو عدم تحققها تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع من خلال البحث عن المصلحة الذي يقصد المشرع حمايتها من هذا الشكل ، ولا رقابة على قاضي الموضوع فيها من محكمة النقض .

ثانياً : حالات البطلان في القانون اليمني :

نظم قانون المرافعات اليمني البطلان في المواد من (٤٧- ٥٤) وأقر ثلاثة معايير لحالات البطلان ، وهي حالة تقرير البطلان بنص م(٤٧) من قانون المرافعات أي المعيار التشريعي ، والثاني في حالة إغفال شكل جوهري م (٤٨) أي معيار الشكل الجوهري ، والثالث في حالة عدم تحقق الغاية منه م (٤٩) ، أي معيار الغاية [١] وذلك على غرار قانون المرافعات المصري الذي أقر ثلاثة معايير أيضاً لحالات البطلان ورد مجموعة بنص المادة (٢٠) مرافعات مصري سنحاول توضيحها تباعاً .

أ ـ حالة النص الصريح على البطلان م (٤٧) مرافعات :

في حالة النص الصريح على البطلان في القانون لا يكلف الخصم بإثبات وجود عيب شكلي في الإجراء ، لأن القانون قد افترض أن الغاية لم تتحقق فيكفي للتمسك بالبطلان

---

[١] كما حرص المشرع المصري على تنظيم البطلان وخصص له المواد من (٢٠- ٢٤) من قانون المرافعات ، وتناولت المادة (٢٠) تنظيم حالات البطلان بسبب العيوب الشكلية التي تصيب الإجراءات فنصت على أنه (يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء) .

أن يثبت وجود العيب ، أو المخالفة ومتى ما أثبت وجود العيب في العمل الإجرائي حكم ببطلانه [1] ومن ذلك الحكم الذي خلا من التسبيب م (٢٣٠)، وفي حالة الحكم بصحة دعوى المخاصمة يبطل الحكم محل المخاصمة م (١٥٣) في بعض الحالات وينعدم في البعض الآخر ، وفي حالة سماع أحد الخصوم أو قبول أوراق في الخصومة دون إطلاع الخصم الآخر عليها فالحكم يكون باطلاً لمخالفته حقوق الدفاع [2] م (٢٢٣) مرافعات وعدم توقيع القضاة المشتركين في الحكم على مسودة الحكم م (٢٣٥) مرافعات [3] .

ب- حالة عدم النص على البطلان :

إذا لم ينص القانون على جزاء البطلان صراحة [4] ، فعلى من يتمسك بالبطلان أن يثبت العيب الجوهري ، أو عدم تحقق الغاية من الإجراء بسبب العيب في الإجراء [5] على النحو التالي :

١- إثبات وجود عيب جوهري م (٤٨) :

إذا لم يوجد نص يقرر البطلان فعلى المتمسك بالبطلان أن يثبت إغفال الشكل الجوهري ، والشكل الجوهري في الفقه السائد [6] هو الشكل اللازم لوجود العمل أو لتمييزه عن غيره من الأعمال ، أو هو الشكل اللازم لتحقيق الغاية التي قصدها المشرع منه .

وسواء كان الشكل الجوهري متعلقاً بالمصلحة العامة أم بالمصلحة الخاصة فانعقاد الجلسة علناً شكل جوهري يتعلق بالمصلحة العامة ، وهو بث الطمأنينة في نفوس الخصوم

---

[1] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٠٢ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٢٩٩ .

[2] راجع في بطلان الحكم لمخالفة حقوق الدفاع : بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٤٠٥ وما بعدها ، محمد نور شحاتة / الرقابة ، مرجع سابق ص ٣٢٩ وما بعدها ، وراجع ص من هذه الرسالة.

[3] راجع في ذلك : فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٥٦ ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤٨٧ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٥٣٦ وما بعدها ، نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٥٢٣ .

[4] يقصد بالنص على البطلان : النص الصريح بلفظ البطلان أو أي لفظ من الألفاظ التي تعينه فإذا نص القانون على أنه (لا يجوز أو لا يجب أو لا يقبل أو نص على أي عبارة ناهية أو نافية فإنه بهذا لم يصرح بالبطلان ، فلا يكفي النص الضمني إلا إذا وجد عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٣١٨ ، فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٤٠٢ .

[5] فتحي والي / نظرية البطلان ، مرجع سابق ص ٣٩٦ .

[6] راجع تعريف الشكل الجوهري : فتحي والي / المرجع السابق ص ٢٣٧ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول / مرجع سابق ص ٢٩٩.

ورقابة الرأي العام على العدالة ، أما تحديد شخصية الخصم المحكوم له أو عليه فهو شكل جوهري متعلق بالمصلحة الخاصة للخصم ، وفي هذه الحالة يجب على من يتمسك بالبطلان إثبات تخلف البيان أو العيب الجوهري [1] ويرجع تحديد البيان أو العيب الجوهري من عدمه إلى السلطة التقديرية للمحكمة [2] .

٢ـ إثبات عدم تحقق الغاية من الإجراء م (٤٩) :

والمقصود هنا بالغاية هي الغاية الموضوعية من الشكل أو البيان المطلوب كمقتضى من مقتضيات العمل الإجرائي ، وليس المقصود بها الغاية من العمل الإجرائي ذاته [3] ، وفي هذه الحالة يجب على من يتمسك بالبطلان للحكم به إثبات عدم تحقق الغاية من الإجراء بسبب مخالفته للشكل المقرر في قانون المرافعات ، غير أن نطاق تطبيق هذه القاعدة ينحصر في العيوب الشكلية فقط دون العيوب الموضوعية التي يمكن أن تقترن بالعمل الإجرائي ، لأن تخلف أحد الأركان أو أحد شروط الصحة ينبغي تحقق الغاية من العمل الإجرائي ، وعليه فلا يحكم بالبطلان إذا تحققت الغاية من شكل الإجراء في حالات البطلان الخاص والعام وعلى ذلك لا يجوز التمسك لتحقيق الغاية من الشكل إذا نص القانون صراحة على البطلان .

كما يبطل الإعلان إذا تم في يوم عطلة رسمية دون إذن من المحكمة ؛ لأن الغاية من الشكل هي تعكير صفو هدوء المعلن إليه في أيام الأعياد لا تتحقق بينما لا يبطل الإعلان إذا لم يذكر اسم المحضر في صلب الإعلان ولكنه وقع عليه فإن إمضائه يغني عن ذكر اسمه ، لأن الغاية من الشكل هي التحقق من أن الإعلان قد قام به موظف مختص بإجرائه تحققت ، ويقع عبء إثبات عدم تحقق الغاية من الإجراء على من يتمسك بالبطلان لهذا السبب ، وعلى ذلك فعلى القاضي أن يبحث في كل حالة على حده عما إذا كانت الغاية التي أرادها القانون منه قد تحققت أم لا ؟ كونها مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع ،

---

[1] سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٣٠٠ .

[2] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٣٧٧ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٠٤ .

[3] راجع في المقصود من الغاية من الإجراء : أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٣٧٤ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٤٠٣ ، أحمد هندي / قانون المرافعات المدنية والتجارية / مرجع سابق ص ٤٥٤ وما بعدها ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٣٩٧ وما بعدها .

دون رقابة من محكمة النقض ، فلا يلتزم إلا بتسبيب حكمه تسبيباً كافياً بأن يبين بطريقة واضحة لماذا يرى أنه لم تتحقق الغاية أو لماذا يرى أنها قد تحققت رغم المخالفة [١] .

ج- أحكام البطلان :

ينقسم البطلان في قانون المرافعات إلى بطلان خاص وبطلان عام ، وذلك وفقاً للمصلحة التي يحميها الإجراء وجسامة المخالفة [٢] ، فإن كان العمل الإجرائي مقصوداً به تحقيق مصلحة عامة فإن البطلان الذي يترتب على مخالفة أوضاعه يعتبر متعلقاً بالنظام العام ، أما إذا كان المقصود به تحقيق المصلحة الخاصة فإن البطلان الذي يترتب على مخالفة أوضاعه يعتبر متعلقاً بالمصلحة الخاصة (بطلان خاص) .

ويختلف الفقه في تحديد معيار محدد للنظام العام لأنها فكرة مرنة لتغييرها من حيث الزمان والمكان ، لذلك لم يتدخل المشرع لتحديد أنواع البطلان تاركاً ذلك للفقه والقضاء [٣] ، غير أنه قد ينص القانون في حالات معينة على تعلق البطلان بالنظام العام أو عدم تعلقه ، عندما يوجب أو يلزم القاضي بالحكم به من تلقاء نفسه ، أو يمنعه من ذلك عندما يلزم الخصم التمسك به م (٥٣) مرافعات يمني في زمن أو ترتيب محدد وإلا سقط الحق في التمسك به ، أو جواز التنازل عنه ، والأصل في البطلان أنه متعلق بالمصلحة الخاصة للخصوم أي بطلان خاص [٤] ؛ لأن القواعد الموضوعية أو الشكلية الواجب مراعاتها لكي ينتج الإجراء أثره مقررة لمصلحة الخصوم والاستثناء هو البطلان العام [٥] .

وهي التي تتعلق كما سبق بالنظام العام والتي وجدت من أجل المصلحة العامة ، أي سير العدالة سيراً حسناً ، أو تنظيم عمل القضاء أو القواعد المتعلقة بتمثيل الخصوم [٦] ويترتب على التفرقة السابقة الآتي :

---

[١] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ، مرجع سابق ص ٣٧٦ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص٤٠٤ .

[٢] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٤٢٤ .

[٣] فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٤٠٨ وما بعدها ، وكتابه نظرية البطلان / مرجع سابق ص ٥٤٠ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٣٩٧ وما بعدها ، أحمد هندي / المرافعات ، مرجع سابق ص ٤٥٦ وما بعدها .

[٤] أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٥٠ .

[٥] نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٤٢٤ .

[٦] فتحي والي / الوسيط ، المرجع السابق ص ٤٠٨ وما بعدها .

١- إذا تعلق البطلان بمصلحة الخصوم ، فلا يجوز أن يتمسك به إلا الخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته م (٥٣) مرافعات يمني ، فللمعلن إليه وحده التمسك ببطلان الإعلان بسبب عيب فيه أو خطواته ولا يجوز أن يتمسك به إذا كان قد تسبب فيه كما لو كان المعلن إليه قد ذكر موطناً غير صحيح ، فلا يجوز له التمسك ببطلان الإعلان لكونه قد حصل في غير موطنه ، فإذا تعدد المدعى عليهم وكان الإعلان لأحدهما معيباً كان لمن إعلان معيباً أن يتمسك بهذا البطلان [١] كما أنه لا يجوز للنيابة العامة ولو كانت طرفاً منظماً أن تتمسك بالبطلان الخاص .

أما إذا تعلق البطلان بالنظام العام فيجوز لكل طرف من أطراف الخصومة التمسك به وللنيابة العامة في أي مرحلة من مراحل الخصومة ، ولو كان الخصم الذي تسبب فيه يجب على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها [٢] م (١٢) مرافعات يمني .

٢- إذا كان البطلان خاصاً أي متعلقاً بمصلحة الخصوم ، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ، بل يجب على القاضي أن يحكم بالبطلان المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك أحد الخصوم [٣] .

٣- يجوز التنازل عن البطلان (الخاص) صراحة أو ضمنا م (٥٤) مرافعات ، والتنازل الصريح يكون بإعلان الإرادة شفاهة في الجلسة أو بمذكرة بالتنازل عن الدفع بالبطلان ، أما الضمني يكون بأي سلوك من الخصم يدل دلالة قاطعة على إرادته كالكلام في الموضوع قبل تمسكه بالبطلان الخاص أما العام فلا يجوز التنازل عنه[٤] .

٤- يسقط الحق في التمسك بالبطلان الخاص ، إذا لم يتم التمسك به قبل الكلام في الموضوع وقبل إبداء الدفع بعدم القبول (١٨١) مرافعات يمني ، أما العام فيجوز

---

[١] فتحي والي / المرجع السابق ص ٤١٠ .

[٢] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ، مرجع سابق ص ٤٠٢ وما بعدها .

[٣] فتحي والي / الإشارة السابقة ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٣٩٩ .

[٤] فتحي والي / الإشارة السابقة ، أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٤١١ وما بعدها ، لأن وسيلة التمسك هو الدفع بالبطلان ، وهو دفع إجرائي (شكلي) يجب إبداؤه قبل الكلام في الموضوع أو إبداء دفع بعدم القبول .

التمسك به في أي وقت ، فيجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات ، وفي أي درجة من درجات التقاضي [1] م (١٨٥) مرافعات .

٥- تقرير البطلان : يعتبر العمل الإجرائي المعيب منتجاً لآثاره القانونية حتى يحكم ببطلانه م(٥٠) مرافعات يمني ، فالبطلان لا يقع بقوة القانون وإنما يتقرر بحكم قضائي ولو كان متعلقاً بالنظام العام ومن ذلك يقتضي التمسك بالبطلان والحكم به إذا كان خاصاً أو متعلقاً بالنظام العام ، غير أنه في الحالة الأخيرة يجوز للمحكم أن يحكم به من تلقاء نفسه ، وسواءً كان منصوصاً عليه أو غير منصوص عليه وسواءً كان العيب وارداً على العمل الإجرائي أم مستمداً من بطلان عمل آخر ، بمعنى أن وقوع الجزاء بقوة القانون لا يعني سواء حتمية الجزاء[2] .

٦- طرق التمسك بالبطلان [3] : نظم القانون مجموعة من الوسائل لتمسك بالبطلان أهمها :

١- الدفع بالبطلان : وهو دفع شكلي (إجرائي) يقدم إلى المحكمة التي يتخذ العمل الإجرائي أمامها أثناء سير الخصومة ، وقبل الحكم في موضوعها ، ما لم يتعلق بالنظام العام ، ويقدم بالإجراءات والقواعد الخاصة للدفوع الإجرائية .

٢- الطعن في الحكم : وهو طريق للتمسك ببطلان الحكم سواء كان بسبب البطلان سابقاً لصدور الحكم أو لاحقاً فإذا صار الحكم غير قابل للطعن باستنفاذ طرق الطعن أو بمضي مدة الطعن ترتب على ذلك تصحيح الحكم والإجراءات السابقة عليه ، وذلك إذا ورد البطلان على حكم من الأحكام .

---

[1] نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٤٢٦ .

[2] أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٣١٠ ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٢٦ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٣٠٣ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ، مرجع سابق ص٤٢٦.

[3] تفصيلاً راجع في طرق التمسك بالبطلان : أحمد أبو الوفا / الإشارة السابقة ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٤٠٥ ، في التعريف بمنازعة التنفيذ راجع نجيب الجبلي / قانون التنفيذ الجبري ص ٥١٣ .

٣- منازعة في التنفيذ : وهو دعوى موضوعية ترفع إلى قاضي التنفيذ لطلب الحكم ببطلان إجراء التنفيذ الباطل وذلك إذا كان البطلان وارداً على إجراء من الإجراءات .

أما إذا تعلق البطلان بالنظام العام فيجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات وفي أي درجة من درجات التقاضي م (١٨٥) .

والحكم بالبطلان : القاعدة العامة أن الحكم بالبطلان وجوبي متى توافرت شروطه [١] ، فيجب الحكم به من قبل المحكمة بناءً على طلب أو من تلقاء نفسها، فالعمل يظل صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية رغم العيب المبطل الذي لحقه إلى أن يحكم ببطلانه م(٥٠) مرافعات[٢] كما سبق .

٤- رفع دعوى مبتدئة لطلب إبطال حكم التحكيم ، كما هو الحال في طلب إبطال حكم التحكيم .

د- آثار البطلان :

يترتب على البطلان مجموعة من الآثار أهمها :

١- اعتبار العمل الإجرائي الباطل كأن لم يكن ، أي زاوله وزاول ما ترتب عليه من آثار قانونية م(٥١) مرافعات ، فإذا حكم ببطلان المطالبة القضائية ، فإن ذلك يؤدي إلى زوالها باعتبارها عملاً إجرائياً مفتتحاً للخصومة ، وتزول بالتالي آثارها الإجرائية والموضوعية ، غير أن هذا البطلان لا يؤثر في الحق الموضوعي ، أو على حق الدعوى ، ولذا يجوز تجديد الإجراء على نحو صحيح أي استكمال عناصر صحته ، ما لم يكن الحق الموضوعي قد انقضى بسبب آخر كالتقادم [٣] .

٢- بطلان الإجراءات اللاحقة المبنية على الإجراء الباطل [٤] : وهو ما لم يفهم من نص المادة (٥١) مرافعات التي تنص على أنه : (لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان

---

[١] نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٤٢٧ .

[٢] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٤٠٤ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / الإشارة السابقة .

[٣] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ، مرجع سابق ص ٤٢٦ ، أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص٦٤٢ .

[٤] تفصيلاً : أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ص ٤٣٠ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص٤١٩.

الإجراءات السابقة عليه ، ولا الإجراءات اللاحقة عليه التي لا تكون مبنية عليه ، أما الإجراءات المترتبة عليه فتبطل تبعاً لبطلانه) .

ويدل هذا على أن بطلان عمل إجرائي معين يؤدي إلى بطلان الإجراءات اللاحقة عليه إن كانت مبنية عليه ، ويعتبر هذا مظهراً من مظاهر وحدة الخصومة التي هي مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تتخذ بقصد الحصول على حكم ، ولذلك يؤدي العمل الباطل إلى بطلان الأعمال التالية له ما دامت مبنية عليه ، فما بني على باطل باطل مثله[1] ولذلك يشترط لبطلان الإجراء اللاحق للإجراء الباطل شرطان هما :

أ- أن يكون الإجراء لاحقاً : فالإجراءات السابقة على الإجراء الباطل لا تتأثر بالبطلان فبطلان الحكم لا يؤثر في صحة المطالبة القضائية ، وبطلان إعلان الحكم لا يؤثر على صحة الحكم ذاته [2] ، ويستثنى من ذلك حالات البطلان لسبب يتعلق بسقوط أو انقضاء الخصومة بمضي المدة أو اعتبارها كأن لم تكن ففي هذه الحالات يحصل ارتداد للعمل الإجرائي الباطل.

ب- أن يكون الإجراء مبنياً على الإجراء الباطل : ويقصد بذلك وجود ارتباط قانوني بين الإجراءين بحيث يعتبر الإجراء السابق من مقترحات الإجراء اللاحق .

و- تصحيح الإجراء الباطل [3] :

بعض البطلان يقبل التصحيح والبعض الآخر غير قابل للتصحيح ، ويقسم الفقه التصحيح إلى نوعين [4] : تصحيح بتكملة العمل الإجرائي ، أي بنزول العيب ، وتصحيح مع بقاء العيب على النحو التالي :

النوع الأول : تصحيح البطلان بالتكملة أو بالتبعيض ، أي بزوال العيب وفقاً للمادة (٧١) مرافعات يمني ، فالإجراء قد يكون باطلاً لوجود نقص في أحد مقتضياته فيمكن أن

---

[1] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٢٨ .

[2] فتحي والي / الوسيط ، مرع سابق ص ٤١٨ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٢٠٧ .

[3] يقصد بتصحيح البطلان : زواله ، أي أن الإجراء المعيب القابل للإبطال يصير غير قابل له ويعمد المشرع إلى الإكثار من حالات التصحيح حتى تستكمل الخصومة وتحقق غايتها بغير العقبات التي يرتبط بطلان العمل ، راجع أستاذنا الدكتور أحمد مليجي ، التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٤١٦ .

[4] تفصيلاً في أنواع التصحيح : أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ص ٤١٦ وما بعدها ، فتحي والي / ألوسيط ، مرجع سابق ص ٤١٣ وما بعدها .

نأخذ به باعتباره إجراء آخر أي أن التحول جائز إذا كان العناصر الباقية غير المعيبة يتوافر بموجبها إجراء آخر صحيح يعترف به القانون [1] .

كما يجوز التصحيح بتبعيض البطلان ، أي ببطلان شق من الإجراءات ، أي جواز التصحيح بالتحول ولكن يشترط أن يكون التصحيح ممكناً وأن يكون في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء ويجوز ولو بعد أن يتمسك الخصم الآخر بالبطلان طالما كان في الميعاد [2] .

النوع الثاني : تصحيح البطلان مع بقاء العيب : هذا النوع من التصحيح يختلف عن النوع الأول في أن التصحيح يتم رغم بقاء العيب الذي من شأنه أن يبطل العمل الإجرائي ويتم بوسيلتين :

أ - الوسيلة الأولى : التصحيح بالنزول عن البطلان ، وقد سبق لنا توضيح ذلك عند شرحنا التنازل عن البطلان [3] .

ب- الوسيلة الثانية [4] : تصحيح البطلان بوقائع قانونية لاحقة ، قد يزول البطلان بحدوث وقائع حددها الشرع ويعتبر حدوثها قرينة على تنازل الخصم عن البطلان ، مثال ذلك التصحيح عن طريق الحضور مادة (١٨٢) مرافعات ، وهو البطلان المتعلق ببطلان إعلان عريضة الدعوى إذا حصل خطأ في الخطوات أو البيانات التي تهدف إلى حضور المعلن إليه مثل تاريخ الجلسة أو بيان المحكمة فحضور المعلن إليه أو ممثلة بشرط أن يكون تمثيله صحيحاً يصحح البطلان ويقوم مقام الحضور تقديم المعلن إليه مذكرة بدفاعه في قلم كتاب قبل الجلسة لتحقيق الغاية المقصودة من الحضور كما يصحح البطلان باستنفاذ طرق الطعن المحدودة بالقانون أو عن طريق فوات الميعاد فإن فات ميعاد الطعن فإن الحكم يتحصن من تقرير البطلان ، وعليه فالأحكام المعيبة تضحى صحيحة بتفويت ميعاد الطعن

---

[1] فلو كان بيان عريضة الدعوى ناقصاً فإن تصحيحه يتم بإضافة البيان الناقص ، وكذلك إذا رفعت الدعوى من ناقص الأهلية أو عليه فإن تدخل الولي أو الوصي يصحح البطلان ، كذلك إذا رفع الاستئناف وحكم ببطلان العريضة فإنه يمكن التصحيح برفع عريضة أخرى إلا أنه يجب أن يكون ذلك في ميعاد الاستئناف ، راجع / فتحي والي / الوسيط مرجع سابق ص ٤١٣ .

[2] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٦٨ وما بعدها .

[3] راجع ص من هذه الرسالة .

[4] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٤٢١ وما بعدها .

وتحوز حجية الأمر المقضي وتعتبر عنواناً للحقيقة [1] ، وكذلك ما تنص عليه المادة (١٨١) مرافعات والتي نصت على أنه (يسقط الحق في الدفع بعدم الاختصاص المكاني وفي الدفع ببطلان الإعلان أو الاستدعاء وفي الدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام نفس ذات النزاع أمامها أو لارتباطها بدعوى أخرى مرفوعة أمامها وكذلك سائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات إذا لم تبد جميعها أو ما يراد إبداؤه منها دفعة واحدة قبل الدخول في موضوع النزاع ويجب إبداء جميع الوجوب التي بني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ويحكم في كل دفع منها استقلالاً بقرار مسبب ما لم تقرر المحكمة في الجلسة ضمه للموضوع وعليها حينئذ أن تبين ما حكمت به في كل منهما على حده) .

أما البطلان غير القابل للتصحيح فيكون عندما يفقد العمل الإجرائي وجوده القانوني مثل عدم توقيع الحكم من القضاة أو المحضر على الإعلان أو محضر الحجز من معاون قاضي التنفيذ [2] .

ثانياً : الانعدام :

سنتكلم عن تعريف الانعدام وتقريره على التوالي :

١- تعريفه : عرفت المادة (٥٥) مرافعات يمني الانعدام بأنه : وصف قانوني يلحق العمل القضائي ويجعله مجرداً من جميع آثاره الشرعية والقانونية .

وقد قرر القانون اليمني الحالي فكرة الانعدام ونظمها لأول مرة ونص على كثير من تطبيقاتها ، ومنها انتفاء الولاية أي في حالة صدور الحكم وكان القاضي غير صالح أو ليس له ولاية أي تشكلت المحكمة تشكيلاً خاطئاً ، أي إذا فقد العمل القضائي أحد أركانه م(٥٦) مرافعات [3] ، والانعدام فكرة حديثة في التشريعات ، ونعتقد أن القانون اليمني بتقريره للانعدام كان موفقاً ويفضل معظم التشريعات العربية والتي لم تنظم الانعدام ، ومنها القانون المصري الذي لم ينظم الانعدام رغم استقرار القضاء المصري على تطبيقه نظراً

---

[1] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٢٩ .

[2] نظرية الأحكام / مرجع سابق ص ٣١٣ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام / مرجع سابق ص ٣١٣ وما بعدها ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ، مرجع سابق ص ٣٦٨ وما بعدها .

[3] نصت م(٥٦) على أنه (إذا تعلق الانعدام بحكم قضائي أياً كانت المحكمة أو الهيئة التي أصدرته فلا يكون لهذا الحكم أي أثر شرعي وقانوني ، ويعتبر منعدماً إذا فقد أحد أركانه المنصوص عليها في المادة ٢١٧) .

لأهميته [1] ، كما أن الفقه السائد يذهب إلى إقراره واعتباره جزاءاً إجرائياً للعمل الإجرائي الذي تجرد من أركان وجوده القانونية كما لو كان الحكم خالياً من توقيع القاضي [2] .

٢- تقرير الانعدام : يبدو أن تقرير الانعدام مهم بالنسبة للأحكام القضائية المنعدمة لأن وجودها المادي يؤدي إلى التستر على الحقيقة وقد يجعلها هذا الوضع مرتبة لآثارها من المصلحة إزالة هذا المظهر المادي [3] وقد نظم القانون اليمني وسيلتين لمواجهة الحكم المنعدم بموجب دعوى مبتدئة أو دفع ، وذلك وفقاً لنص م(٥٧) من قانون المرافعات والتي تنص على أنه (تتم مواجهة الحكم المنعدم أياً كانت المحكمة التي أصدرت بدفع أمام قاضي الموضوع أو التنفيذ بدعوى مبتدأة ترفع أمام المحكمة التي أصدرته أياً كانت درجتها ، وإذا كانت المحكمة الابتدائية مشكلة من قاضي فرد وكان الحكم صادراً منه فلذي الشأن رفع الطلب إلى رئيس محكمة الاستئناف المختصة لتكليف قاضي آخر لنظر الدعوى والفصل فيها ، وتتم مواجهة الحكم المنعدم استئنافياً كان أو حكم محكمة عليا بدفع يقدم إلى رئيس المحكمة ليتولى إحالته إلى هيئة أخرى للنظر فيه ، فإذا ثبت لديها صحة الدفع بالانعدام فعليها نظر الطعن فيها من جديد) وعلى ذلك يتم تقرير الانعدام بدعوى أو بدفع .

أ - رفع دعوى مبتدأة لتقرير الانعدام : ترفع هذه الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المنعدم سواء كانت ابتدائية أو محكمة استئنافية أو نقض ، يطلب فيها تقرير انعدام الحكم لفقدانه أحد أركانه الأساسية [4] وترفع دعوى الانعدام دون التقيد بالمواعيد م(٥٨/أ) مرافعات ، فيمكن رفعها في أي وقت ، وعلى ذلك إذا كان الحكم المنعدم صادراً من المحكمة الابتدائية ترفع دعوى الانعدام أمامها ، ويجوز رفعها في أي وقت ، ويفصل فيها قاضي آخر غير القاضي الذي أصدر الحكم ، أما إذا كان الحكم المنعدم صادراً من محكمة الاستئناف فترفع دعوى الانعدام إلى رئيس المحكمة الاستئنافية الذي يحيلها إلى شعبة أخرى غير الشعبة التي أصدرته ، أما إذا كان الحكم المنعدم صادراً من المحكمة العليا فترفع دعوى الانعدام إلى

---

[1] الأحكام المصرية التي أيدت استقرار القضاء المصري على الأخذ بجزاء الانعدام بالرغم أن القانون المصري لم يقره ، ص من هذه الرسالة .

[2] أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام / الإشارة السابقة للمادة ٣١٣ وما بعدها ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٣٦٨وما بعدها .

[3] سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٣١٢ وما بعدها .

[4] ومن المؤيدين لهذه النظرية أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٣٥١ وما بعدها .

رئيس المحكمة وفيها سحب الحكم وأحالته إلى دائرة أخرى للفصل فيه من جديد[1].

ب- الدفع بالانعدام أمام قاضي الموضوع أو في مرحلة التنفيذ [2] : يواجه الإجراء المنعدم أثناء قيام الخصومة أو إجراءات التفسير بموجب دفع أي رفع الدفع بالانعدام أمام قاضي الموضوع [3] باعتباره دفعاً إجرائياً متعلقاً بالنظام العام شأنه في ذلك شأن أي دفع إجرائي يتعلق بالنظام العام ، وذلك في حالة تعلق الانعدام بإجراء من إجراءات الخصومة أو متعلقاً بالبند التنفيذي أمام قاضي التنفيذ ، أي طبقاً لقواعد الدفوع المتعلقة الحكم المنعدم قد وصل إلى مرحلة التنفيذ فلصاحب الصفة أن يقدم دفعاً بصورة منازعة تنفيذ موضوعية يطلب فيها الحكم بإحالة الحكم المنعدم إلى المحكمة التي أصدرته [4] لتقرير انعدامه ، أي يدفع بانعدام الحكم أمام قاضي التنفيذ ويجب على قاضي التنفيذ أن يحيل الدفع إلى المحكمة المختصة أياً كانت درجتها م(٥٨/ب) من القانون ، ويترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ [5] .

ويجب على المحكمة التي تنظر الدعوى أو الدفع بالانعدام أن تفصل فيها على وجه السرعة، وإذا رأت أن الدفع بالانعدام قائم على أساس فعليها أن تأمر بوقف إجراءات التنفيذ ، والحكم الصادر بالدعوى بالانعدام غير قابل للطعن بأي طريقة من طرق الطعن [6] أياً كانت المحكمة التي أصدرته م(٥٨/أ) .

---

[1] راجع نص المادة (٥٧) مرافعات يمني ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٣١٢ .

[2] راجع نص المادة (٥٨) والتي تنص على أنه (أ- يتم تقديم الدفع بالانعدام أو رفع الدعوى به دون التقيد بمواعيد الطعون أو الدعاوى المنصوص عليها في هذا القانون أو غيره من القوانين الأخرى ويعتبر الحكم الصادر في الدفع أو الدعوى بالانعدام غير قابلة الطعن فيه بأي طريق أياً كانت من المحكمة التي أصدرته ، ب- إذا قدم الدفع بالانعدام أمام قاضي التنفيذ فعليه إحالته إلى المحكمة المختصة أياً كانت درجتها وعلى المحكمة التي تنظر الدعوى أو الدفع بالانعدام أن تفصل فيه على وجه السرعة ، وإذا رأت أن الدفع بالانعدام أن تفصل فيه على وجه السرعة وإذا رأت أن الدفع بالانعدام قائم على أساس فعليها أن تأمر بوقف إجراءات التنفيذ إن كانت قد بدأت) .

[3] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٣٢ .

[4] نجيب الجبلي / الإشارة السابقة .

[5] نصت المادة (٥٨/ب) على أنه (... وإذا رأت المحكمة أن الدفع قائم على أساس فعليها أن تأمر بوقف إجراءات التنفيذ إن كانت قد بدأت) .

[6] قارن / سعيد خالد الشرعبي ، المرجع السابق ص ٣١٣ .

ثالثاً : أوجه الشبه والاختلاف بين البطلان والانعدام :

١) أوجه الشبه :

يتشابه البطلان مع الانعدام ، من حيث المحل فينصب البطلان والانعدام كجزأين إجرائيين على العمل الإجرائي [١] ، فجميعها ينصب على أركان وشروط العمل الإجرائي ، كما يتشابه البطلان العام مع الانعدام من حيث التمسك به فالانعدام والبطلان يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به سواء كان المدعي أو المدعى عليه أو النيابة العامة التمسك به في أي مرحلة من مراحل التقاضي ولو أمام محكمة النقض ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، كما أنه لا يصح بالنزول عنه ولا يقبل التصحيح ببعض الوقائع القانونية المصححة مثل التكلم في الموضوع .

والانعدام يشبه البطلان باعتبارهما يترتبان على تخلف مفترضات في الإجراء أي يترتبان على العيوب الإجرائية والشكلية التي تلحق بالعمل القضائي ، فالبطلان يلحق بالعيوب الجسيمة كالإخلال بحقوق الدفاع أو مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام وإن كانت العيوب التي يترتب عليها الانعدام أكثر جسامة كونها تمس كيان العمل الإجرائي ووجوده ، والحال كذلك في حكم التحكيم الباطل يواجه بدعوى مبتدأة أصلية وبالتالي يتشابهان من حيث الوسيلة المؤدية إلى إلغائهما ، نعتقد أن الخطاب في هذا النص هو لقاضي التنفيذ وليس إلى المحكمة المحال إليها الدفع بالانعدام ، ذلك أن قاضي التنفيذ أو محكمة التنفيذ هو المختص بنظر جميع المسائل التي تثار بشأن إجراءات التنفيذ ومنها منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية فضلاً عن أن الجزاءين يهدفان إلى تحقيق غاية واحدة تكمن في إلغاء الحكم سواء عن طريق أسباب البطلان أو الدعم .

٢) أوجه الاختلاف :

يختلف الانعدام عن البطلان من حيث الآثار ، فالانعدام وصف قانوني يلحق العمل الإجرائي ويجرده من جميع آثاره الشرعية والقانونية ولا يحتاج عند جمهور الفقهاء إلى حكم يقرره لأنه لا حاجة إلى إعدام المعدوم ، أما البطلان لا يقع بقوة القانون وإنما يحتاج

---

[١] راجع في تعريف العمل الإجرائي : فتحي والي / نظرية البطلان / مرجع سابق ص ٧٩ وما بعدها ، الوسيط / مرجع سابق ص ٣٥٠ ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤١٨ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني / مرجع سابق ص ٢٦٨ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٣٧٨ وما بعدها .

إلى حكم لإقراره كما يختلف الانعدام عن البطلان من حيث التصحيح [1] ، فالإجراء الباطل يتصحح أما الانعدام فغير قابل للتصحيح [2] فالحكم الباطل يتصحح بفوات ميعاد الطعن أو استنفاد طرق الطعن ،أما الحكم المنعدم فلا يتصحح ولا يحوز حجية الأمر المقضي بمرور الوقت ، كما يختلفان من حيث التمسك به وحق المحكمة في الحكم به ، تحكم المحكمة بالانعدام من تلقاء نفسها أما البطلان فلا تحكم به من تلقاء نفسها إلا إذا كان متعلقاً بالنظام العام كما سبق [3] ، فيعترف معظم الفقه والقضاء [4] بالانعدام بدون نص تشريعي يقرره وينظمه لأنه يكون في حالة تجرد الحكم من أركانه الأساسية (الأشخاص والموضوع والسبب) أو أحدهم التي تؤدي إلى تخلف ركن من أركان العمل الإجرائي كتخلف ركن الخصوم أو الولاية م (٢١٧) مرافعات يمني ، ونرى أن الحكم التحكيمي يكون منعدماً إذا صدر من شخص ليس له ولاية التحكيم أو ضد شخص متوفى أو في مسألة لا يجوز التحكيم فيها أو بدون اتفاق تحكيم أو غيرها من الحالات التي يمكن تكييفها ووضعها كسبب من أسباب البطلان المحددة في قانون التحكيم أي دمجها ضمن حالات البطلان المحددة في القانون فضلاً عن أن العمل المنعدم لا يحتاج إلى نص تشريعي حتى يحكم به القاضي ؛ لأن المشرع ينظم الأعمال الموجودة لا الأعمال المنعدمة إلا أن المشرع أحياناً قد ينص على حالات يكون الجزاء فيها هو الانعدام لشيوعها ولخطورتها ، وهذا ما فعله المشرع اليمني في قانون المرافعات الجديد ، كما طبقه المشرع المصري على أحكام محكمة النقض المصرية التي تصدر من دائرة أحد أعضائها غير صالح لنظر القضية [5] .

وعلى ذلك الحكم المنعدم لا يجوز حجية الأمر المقضي ولا يتمتع بقوة الأمر المقضي ولا بالقوة التنفيذية لأنه غير موجود وبالتالي يترتب عليه إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل رفع الدعوى الموضوعية أو المستعجلة وإلغاء كافة إجراءات التنفيذ التي تمت بناءً على

---

[1] راجع في ذلك : أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٣٤٦ وما بعدها ، فتحي والي / نظرية البطلان ، مرجع سابق ص ٥١٥ ، ٥٢١ وما بعدها ، كتابه الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٠٧ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٣١٠ .

[2] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ، مرجع سابق ص ٣٦٩ ، فتحي والي / الإشارة السابقة ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٣٠ ، سعيد خالد الشرعبي / الإشارة السابقة .

[3] أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٣٤٧ ، فتحي والي / نظرية البطلان ، المرجع السابق ص ٥٢١ وما بعدها .

[4] أحمد أبو الوفا / الإشارة السابقة ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٣٦٨ ، راجع الأحكام المصرية التي قررت الانعدام ص من هذه الرسالة .

[5] سعيد خالد الشرعبي / الإشارة السابقة ، قريباً في المعنى : فتحي والي / الوسيط ، المرجع السابق ص ٤٠٨ .

الحكم المعدوم مع حق صاحب الشأن في طلب التعويض إذا لحقه ضرر من جراء ذلك ، كما أنه لا حاجة للطعن في الحكم المنعدم للتوصل إلى إلغائه وإنما يمكن إنكار وجوده عند التمسك به ، ويمكن رفع دعوى جديدة بموضوع الحكم المنعدم فهو لا يتحصن بمضي مدة الطعن فمن الجائز الطعن فيه ولو بعد فوات الميعاد ، وإذا كان من الجائز التمسك بالانعدام بدعوى مبتدأة فيكون من الجائز من باب أولى الطعن فيه ولو بعد فوات الميعاد ولذلك ترتفع دعوى الانعدام في أي وقت ، أما الحكم الباطل فهو يجوز حجية الأمر المقضي ويمضي بمضي مدة الطعن ولذلك ترفع دعوى البطلان في الميعاد المقرر [1] .

استنتاج الباحث من التفرقة بين البطلان والانعدام :

نخلص من أوجه التقارب بين البطلان والانعدام إلى الآتي :

إن حكم المحكمين الذي يفقد ركناً أساسياً من أركانه يعتبر منعدماً وبالتالي لا يجوز حجية الأمر المقضي ولا يتحصن بمضي المدة ، لذا نرى جواز رفع دعوى أصلية بطلب بطلانه لهذا السبب ولو بعد فوات الميعاد المقرر للطعن بالبطلان وسندنا في ذلك هو نص المادة (٥٨/أ) من قانون المرافعات اليمني والتي تنص على أنه : (يتم تقديم الدفع بالانعدام أو رفع دعوى به دون التقيد بمواعيد الطعون ، أو الدعاوى المنصوص عليها في هذا القانون أو غيره من القوانين الأخرى ، ويعتبر الحكم الصادر في الدفع أو الدعوى بالانعدام غير قابل للطعن فيه بأي طريق أياً كانت المحكمة التي أصدرته) [2] .

باعتبار أن الحكم التحكيمي المنعدم لم يتحصن وليس له حجية ، وهذا يختلف عن الميعاد المقرر لرفع دعوى البطلان لعيوب أصابت الحكم وأدت إلى بطلانه لأنه ينبغي رفع دعوى البطلان في المدة المقررة .

وكما ذكرنا سابقاً بأن جزاء البطلان والانعدام يهدفان إلى تحقيق غاية واحدة تكمن في إلغاء الحكم سواء عن طريق أسباب الانعدام والبطلان ، وعلى ذلك نرى أنه يمكن دمج

---

[1] أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع / مرجع سابق ص ٣١١ .

[2] نقضي يمني - الدائرة التجارية (ب) - الطعن (بدون) بتاريخ ٨ ربيع الثاني ١٤٢٦هـ الموافق ٢٠٠٥/٥/١٦م غير منشور ، حيث جاء في حيثياته ... وبناءً على ما تقدم ولما كان البين من الاطلاع على الأوراق المرفقة بملف القضية أنه لا وجود لاتفاق تحكيم مكتوب فيما بين الطاعن والمطعون ضده بما يترتب على ذلك أنه ليس ثمة ولاية للمدعو / .... لإصدار حكم التحكيم فيما نشأ بينهما من نزاع ومن ثم فإن الحكم الصادر عنه يعد حكماً منعدماً تبعاً لانعدام ولايته في إصداره ، ولما كان الحكم المعدوم يتجرد من جميع آثاره القانونية إذ أنه ليس له وجود قانوني كما أنه لا يتحصن بمضي ميعاد الطعن فلا يجوز حجية الأمر المقضي كما لا ترد عليه إجازة فلا يصححه قبوله ...) .

معظم أسباب الانعدام في أسباب البطلان المقررة لحكم التحكيم بنص المادة (٥٣) تحكيم وسندنا في ذلك هو أن هناك حالات منصوص عليها في قانون المرافعات تعتبر تطبيقاً خاصاً لنظرية الانعدام كما في المادة (٣/٥٣) مرافعات يمني المتعلقة ببطلان عمل القاضي نتيجة ثبوت دعوى المخاصمة ، وذلك البطلان هو مرادف الانعدام ؛ لأن دعوى المخاصمة لا ترفع في ميعاد الطعن في الأحكام ، كما أن هناك تطبيقين خاصين هما أقرب لنظرية الانعدام وقد نص عليهما المشرع في المادة (٨/٧/٣٠٤) مرافعات يمني في باب التماس إعادة النظر ، وهما حالة ما إذا كان القاضي قد حكم بما لا يطلبه الخصوم ، ولم يتبين ذلك إلا عند التنفيذ ، وحالة ما إذا ظهر عند التنفيذ أن أجزاء الحكم يناقض بعضها بعضاً ، فتلك الحالتين ما هما إلا تطبيق من تطبيقات نظرية الانعدام ؛ لأن الحكم الأول يكون قد صدر بدون خصومة ، ووجود الخصومة يعتبر ركناً في الحكم القضائي ، كما أن الحكم الثاني يعتبر خالياً من المنطوق ويعتبر نقضاً في ركن شكلي من أركان الحكم القضائي كما أن الطعن فيهما بالالتماس غير مقيد بمدة محددة .

الفصل الثاني
أركان دعوى البطلان

الفصل الثاني
أركان دعوى البطلان

الركن هو : الشيء الذي لا يقوم الحق إلا به [١] .

ولهذا تتجسد أركان دعوى البطلان في ثلاثة أركان : الأول الركن الشخصي ، والثاني الركن الموضوعي (محل الدعوى) والثالث الركن السببي.

وسنتكلم عن هذه الأركان وفقاً للتقسيم الآتي :

المبحث الأول : الركن الشخصي في دعوى البطلان .

المبحث الثاني : الركن الموضوعي في دعوى البطلان (محل الدعوى) .

المبحث الثالث : الركن السببي في دعوى البطلان .

المبحث الأول
الركن الشخصي في دعوى البطلان الأصلية

لم يحدد المشرع اليمني صفة من له حق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم [٢] وكذا المشرع المصري ، لذا ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة لتحديد من هم أشخاص دعوى البطلان ، وبالعودة إلى تلك القواعد نجد أن أشخاص الدعوى هم أطراف الادعاء وهم المدعي والمدعى عليه ، من الأول يصدر الادعاء في صورة طلب قضائي مفتتح لخصومة يقدم لأول مرة أمام المحكمة التي تنظر البطلان ، وإلى الثاني يوجه الطلب بما يحمله من ادعاء ، هؤلاء الأطراف بهذه التسمية يشغلون مراكز قانونية إجرائية هي مركز المدعي ومركز المدعى عليه [٣] ، ومركز المدعي والمدعى عليه لا يستقر في حق الدعوى على حالة واحدة وإنما يحصل تبادل في المراكز القانونية [٤] ، والعبرة بتحديد أشخاص هذا الحق هو بصفتهم في الدعوى لا بمباشرتهم فعالاً لإجراءاتها ، فالمحامي أو

---

[١] راجع في هذا التعريف لدى : نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٢٠٦ .

[٢] كذلك لم يحدد المشرع اليمني من هم أشخاص الدعوى كركن من أركان الدعوى ، واكتفى بتحديد الصفة والدعوى أو الركن الموضوعي (محل الدعوى) والركن السببي ، راجع نص المادة (٧٧) من قانون المرافعات اليمني .

[٣] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط / دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٦ ص ٢٣٦ .

[٤] سعيد خالد الشرعبي / قانون القضاء المدني / مرجع سابق ص ١١٧ .

النائب القانوني يمارسان الدعوى وليس لهم صفة في الدعوى ، ولذلك لا يعد أي منهما من أطراف الدعوى ، وقد يكون المدعي والمدعى عليه ممثلاً في الإجراءات بواسطة شخص آخر كما لو كان قاصراً ومثل الولي أو الوصي ، أو كان شخصاً اعتبارياً كشركة يمثلها ولا يراها ، ففي هذه الحالات يظل المدعي والمدعى عليه هو الأصيل الذي ينسب له الحق الإجرائي [1] .

وحق الدعوى لا يكون إلا لصاحب الصفة [2] وعلى ذلك يستطيع صاحب هذا الحق ممارسة سلطة هذا الحق إذا كان له أهلية الوجوب ، ويقصد بأهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات ، فالشخص قد يكون أهلاً لوجوب الحق أو عليه، ولكنه قد يكون عاجزاً عن التعبير عن إرادته تعبيراً يحدث أثراً قانونياً ، وفي هذه الحالة تباشر بواسطة ممثلة [3] ، وإذا كان الأصل أن الدعوى حق ذاتي ذو مضمون إيجابي تتمثل في مكنات أو سلطات أو ميزات تخول للمتقاضي ذاته أن يقوم بأعمال إجرائية بصرف النظر عما إذا كان محقاً أو غير محق ؛ لذلك قيل أن للمتقاضي كل حق الدعوى مكنات (الطلب والدفع) بأن يستعملها بحرية في سبيل مصلحته الذاتية المتمثلة في تقرير من القضاء [4] ، وتحديد أشخاص الدعوى من الأمور المهمة سيما أن هناك آثاراً لا يعمل بها إلا في مواجهة هؤلاء مثال ذلك قاعدة نسبية آثار حجية الشيء المقضي به وجزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلان صحيفتها يعمل به في مواجهة المدعي ، وكذا الوقف الجزائي يعمل به في مواجهة المدعي وإسقاط الخصومة يقوم به المدعى عليه في مواجهة المدعي [5] .

---

[1] أحمد هندي / مرافعات ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٧ ص ١٤١ ، إبراهيم محمد الشريف / المرافعات ٢٠٠٨ ص ١٠٣ .

[2] أستاذنا الدكتور / أحمد مليجي ، التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٨٤ ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ١٥٧ وما بعدها ، فينبغي أن ترفع الدعوى من ذي صفة ضد ذي صفة ، أي يجب توافر شرط الصفة بالنسبة لطرفي الدعوى المدعي والمدعى عليه .

[3] فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٣٠١ وما بعدها .

[4] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٢١٢ .

[5] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط / مرجع سابق ص ٢٣٧ .

المبحث الثاني
الركن الموضوعي في دعوى البطلان الأصلية (محل الدعوى)

تكون قرارات هيئة التحكيم التي تصدر وفقاً لقانون التحكيم هي محل دعوى البطلان الأصلية ، ولذلك لا تقبل دعوى البطلان بالنسبة للقرارات التي تصدر من غير هيئة التحكيم أو تلك التي تصدر من الجهات المشرفة على التحكيم عندما يكون التحكيم تحكيماً مؤسسياً فما يصدر من قرارات من مركز التحكيم الذي يجري التحكيم وفقاً لنظامه أو تحت إشرافه لا يعتبر حكم تحكيم ولا يجوز مهاجمته بواسطة رفع دعوى بطلان حكم التحكيم التي ينظمها قانون التحكيم [١] .

لذلك لا تسري دعوى البطلان التي ينظمها قانون التحكيم إلى على أحكام التحكيم بالمعنى الصحيح [٢] ، وهو القرار الصادر من هيئة التحكيم والذي يفصل بصفة قطعية كلياً أو جزئياً في نزاع معروض على التحكيم سواء تعلق بالموضوع أو بالاختصاص أو بوسيلة إجرائية ، إذا كان هذا الفصل يقود إلى وضع حد للخصومة [٣] .

وعلى ذلك فيمكن إجمال شروط الحكم التحكيمي محل دعوى البطلان بما يأتي :

١- يجب أن يكون حكماً وليس قراراً أو أمراً على عريضة أو أمراً وقتياً وتخفيظياً وعلى ذلك فموضوع دعوى البطلان الأصلية هو الحكم وليس الحق أو المركز موضوع النزاع الذي يكون محلاً للحكم [٤] .

---

[١] وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض بأنه إذا شكلت لجنة مهمتها مواصلة دراسة الأسس الشرعية والودية لتسوية الخلاف بين المصرف وأحد العملاء وخلصت اللجنة إلى اقتراح تسوية معينة بين الطرفين تسدد المديونية بموجبها ، فإن هذه اللجنة تكون لجنة ودية ينتفي عن قرارها طابع الإلزام ولا يعد قرارها حكم تحكيم صادر عن هيئة تحكيم بما لا يجوز طلب بطلانه استناداً إلى المادة (٥١٢) مرافعات مصري (ملغي) نقض تجاري مصري في ٢٠٠٣/١١/٢٨ في الطعن رقم ٨٠١٢ لسنة ٦٣ ق مشار إليه لدى فتحي والي / قانون التحكيم / منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧ ص ٥٤٤ ، نقض تجاري في ٢٠٠٣/٦/١٠ في الطعنين ٧٤٣٥ لسنة ٦٣ ق ، ٩٦٧٨ لسنة ٦٥ ق ، مشار إليهما لدى معوض عبدالتواب / الموسوعة الشاملة في التحكيم / المجلد الثاني مرجع سابق ص ١٢٥ .

[٢] راجع في تعريف حكم التحكيم ص من هذا البحث .

[٣] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم في المواد المدنية والتجارية / مرجع سابق ص ٤٤٠ .

[٤] سيد أحمد محمود / دعوى بطلان حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ١٩ .

٢- كما يجب أن يكون حكماً تحكيمياً وليس حكماً قضائياً صادراً من المحاكم لأن الأخيرة تخضع لقاعدة (لا بطلان لحكم المحاكم بدعوى أصلية) وإنما بطرق الطعن المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية [١] .

٣- كما يلزم أن تكون حكماً تحكيمياً صادراً من هيئة تحكيم خاضعة لقانون التحكيم سواءً كان تحكيمياً داخلياً أو تحكيمياً تجارياً أو دولياً يجري في الداخل أو الخارج ، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون م(٣) من قانون التحكيم اليمني ، وبالتالي لو كان الحكم تجارياً دولياً يجري في الخارج ولم يتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون التحكيم فلا يخضع لدعوى البطلان الأصلية المقررة في قانون التحكيم باعتباره تحكيمياً أجنبياً فتكون دعوى بطلانه وفقاً للقانون الأجنبي الذي يصدر في ظله حكم التحكيم الأجنبي [٢] .

٤- كما يجب أن تكون له صفة القطعية [٣] : أي فاصل في مسألة معينة بصفة قاطعة تفصح عن عدم عودته لبحثها من جديد وخروجها من ولاية الهيئة التي أصدرت القرار واستنفاد ولاية هيئة التحكيم بشأنها سواء كان القرار صادراً في أصل النزاع أو في مسألة متفرعة عنه أو متعلق به أو كان صادراً في مسألة إجرائية [٤] ، وعلى ذلك لا يعتبر حكم التحكيم القرارات التي يصدرها المحكمون متعلقة بإجراءات الإثبات أو بسير الخصومة ، كما هو الحال بالنسبة لقرار الإحالة إلى خبير أو قرار سماع شهود أو قرار إجراء معاينة أو القرار الصادر بوقف الخصومة أو برفض طلب وقفها أو القرار الصادر بانقطاع الخصومة أو باستئناف سير الخصومة أو برفض طلب وقفها أو القرارات الصادرة بتحديد ميعاد للجلسة أو بتنظيم تبادل المذكرات أو تقديم المستندات أو الاطلاع عليها ، فكل هذه القرارات والأحكام لا تكون محلاً لدعوى بطلان أحكام التحكيم لأنها ليست أحكاماً قطعية[٥] .

---

[١] سيد أحمد محمود / دعوى بطلان حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ١٩ .

[٢] أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٢٠٩ ، نقض يمني - الدائرة التجارية (أ) - الطعن رقم (٢٠٧٩٢) بتاريخ ٢٦ صفر ١٤٢٦هـ الموافق ٢٠٠٥/٤/٦ غير منشور .

[٣] راجع في تعريف الحكم القطعي ص من هذا البحث .

[٤] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤٤٠ .

[٥] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٤٦ .

٥- أن يكون الحكم منهياً للخصومة [١] أمام هيئة التحكيم ، سواءً كان صادراً في الموضوع أو صادراً قبل الفصل في الموضوع ، فهيئة التحكيم قد تصدر أثناء سير الخصومة أحكاماً متعلقة بالإثبات كالحكم بتعيين خبير أو أكثر م(٤٢) تحكيم يمني ، وأحكاماً متعلقة بالإجراءات لا تنهي الخصومة كالحكم بوقف الخصومة م(٤٣) تحكيم يمني ، أو بانقطاعها م(٤٤) تحكيم يمني والأحكام الوقتية كالحكم بنفقة وقتية ، أو الحكم بفرض الحراسة على المال محل النزاع وتعيين أحد الطرفين حارساً عليه م(٤٢) تحكيم مصري ، كما قد تصر أحكاماً قطعية تحسم بعض أوجه النزاع بين الطرفين ، أو تفصل في بعض الطلبات المقدمة إليها مع إرجاء البعض الآخر من الطلبات م(٤٢) تحكيم مصري [٢] .

وباستقراء نصوص قانون التحكيم اليمني والمصري نجد أنهما لم يعالجا كافة حالات الأحكام لنص م (٢٧٤) مرافعات يمني [٣] ، والذي يقرر قاعدة عامة مفادها عدم جواز الطعن بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة إلا مع الطعن المنهي للخصومة كلها كقاعدة عامة ، التي أوردت بعض الاستثناءات على ذلك حيث نصت على بعض الأحكام التي تصدر أثناء سير الخصومة يجوز فيها الطعن المباشر فور صدورها دون انتظار للحكم المنهي للخصومة كلها ، وذلك من خلال الفقرتين (أ ، ب) كاستثناء من القاعدة المقررة في صدر المادة لذا سنبين هذه الحالات الاستثنائية لمعرفة مدى جواز تطبيقها على أحكام التحكيم .

---

[١] راجع تفصيلاً في الحكم المنهي للخصومة ص من هذا البحث .

[٢] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٥٥ .

[٣] يقابل نص المادة (٢٧٤) مرافعات يمني نص المادة (٢١٢) مرافعات مصري .

أولاً : التحكيم الصادر بالدفع بعدم الاختصاص [١] :

يذهب الفقه الراجح [٢] إلى أن قرار المحكم الصادر في مسألة اختصاصه يكتسب كل مقومات حكم المحكمين ، فهو يصدر قطعياً مستنفداً لسلطة المحكم [٣] ، كما أنه يجوز حجية الشيء المقضي فيه [٤] .

وإذا كان الأمر كذلك فيبقى لنا التساؤل عن كيفية الطعن في قرار المحكم الصادر بشأن اختصاصه ؟

وللإجابة على هذا السؤال ومن خلال نص المادة (٢٢) تحكيم مصري [٥] يتعين التفرقة بين فرضين ، الأول يتعلق بالحالة التي يقرر فيها المحكم أنه غير مختص ، والثاني يتعلق بالحالة التي يقرر فيها المحكم أنه مختص وإلى ذلك .

---

[١] راجع تفصيلاً في ذلك / محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٢١٢ وما بعدها ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٦٨ وما بعدها ، أحمد إبراهيم عبدالتواب / اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به / مرجع سابق ص ٤٠٦ وما بعدها ، أنور علي أحمد الطشي / مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم / مرجع سابق ص ٢٣٨ وما بعدها ، أحمد هندي / المشكلات العلمية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي / دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٨ ص ١٣٧ وما بعدها ، سامي محسن حسين السري / القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي / رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ٢٠٠٤ ص ٢٦٥ وما بعدها .

[٢] راجع في ذلك : عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ١٥٨ ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٢٠٨ .

[٣] في مفهوم الاستنفاد راجع ص من هذه الرسالة .

[٤] في مفهوم الحجية راجع ص من هذه الرسالة .

[٥] والتي تنص على أنه (١- 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 ... ٣- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة (٥٣) من هذا القانون) ، يقابلها نص المادة (٢٨) تحكيم يمني ، والتي تنص على أنه (تختص لجنة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها بما فيها الدفع المقدم بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله موضوع النزاع ، وإذا فصلت لجنة التحكيم في الدفع ببعضه جاز الطعن في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف خلال الأسبوع التالي لإخطار الطاعن بالحكم) وهذا النص محل نظر ويمكننا التعليق عليه بالآتي :

أولاً : كما قلنا في مكان آخر أن القانون اليمني كان متناقضاً من حيث مدى جواز الطعن بالاستئناف ورجحنا النص العام الذي يمنع الاستئناف كما أشرنا إلى الأحكام ، ولكن يبدو من المادة (٢٨) تحكيم يمني السابقة أن

الفرض الأول : إذا قرر المحكم أنه غير مختص : وأعلن عن عدم اختصاصه - أو عدم ولايته - بنظر النزاع ومن خلال نص المادة المتقدمة نلاحظ أن المشرع المصري واجه الفرض العكسي - وهي حالة صدور قرار برفض الدفع - مقرراً إمكانية الطعن في هذا القرار تبعاً للطعن في الحكم التحكيمي ، وأغفل تماماً الحالة التي نحن بصددها وهي الحالة التي يصدر فيها المحكم قراراً بعدم اختصاصه .

الفرض الثاني : إذا قرر المحكم أنه مختص : ورفض الدفع بعدم اختصاصه ، فإنه إما أن يقضي في هذا الدفع قبل الفصل في الموضوع ، وبالتالي فإن حكمه الصادر في هذا الشأن يعد قطعياً ، حائزاً للحجية منهياً لتلك الخصومة المثارة بشأنه اختصاصه [1] إلا أنه وفقاً لنص المادة السابقة (٣/٢٢) تحكيم مصري فلا يجوز الطعن في هذا الحكم استقلالاً ويجوز الطعن فيه تبعاً للطعن في الحكم المنهي للخصومة كلها .

على الرغم من أن قرار المحكم في مسألة اختصاصه يحسم هذا الشق من النزاع بصفة نهائية ويستنفذ ولاية المحكم بشأنه الأمر الذي يسوغ الطعن فيه فوراً وعلى استقلال .

أما إذا قضى المحكم في مسألة الاختصاص وفي الموضوع بحكم واحد فإن سبيل النعي على قرار المحكم الصادر يرفض الدفع بعدم الاختصاص هو الطعن بالبطلان [2] وهذا ما قرره المشرع المصري بوضوح من خلال نص م(٣/٢٢) تحكيم مصري .

والأصل أن هيئة التحكيم تتمتع بسلطة تقديرية في إصدار أحكام جزئية متعلقة باختصاصها سواء بصورة مستقلة أو بضمها إلى الموضوع ، ومع ذلك يجوز باتفاق الأطراف تقييد سلطة المحكم وإلزامه بإصدار أحكام مستقلة بشأن مسألة اختصاصه [3] ، فإذا أغفل

المشرع اليمني نص صراحة على جواز الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة من المحكم والتي تقضي برفع الدفوع المتعلقة باختصاصه.

وهذا النص بمفهومه الواضح محل نظرياً باعتباره أجاز الاستئناف خلافاً للقاعدة العامة وكان ينبغي توحيد طرق الطعن بأحكام المحكمين وإخضاع مثل هذا الحكم للطعن بالبطلان هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن القانون قرر أن هذا الحكم رغم أنه يقبل الاستئناف ورغم أنه حكم غير منهي للخصومة ولا يقبل التنفيذ في حد ذاته باعتباره يتعلق بدفع إجرائي يتعلق باختصاص المحكم فإنه كما ينبغي على المقنن اليمني النص على أن هذا الحكم لا يقبل الطعن بالبطلان مع الحكم المنهي للخصومة شأنه شأن القانون المصري .

[1] عزمي عبدالفتاح / الإشارة السابقة ، محمد نور شحاتة / الإشارة السابقة .

[2] محمد نور شحاتة / الإشارة السابقة .

[3] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٠ ، محمد نور شحاتة / المرجع السابق ص ٢١٨.

المحكم هذا الشرط وفصل في هذا النزاع وفي الموضوع بحكم واحد ، فإنه يجوز للأطراف الطعن في هذا الحكم بالبطلان على أساس تجاوز الحكم حدود المهمة الموكولة إليه عملاً بنص المادة (١/٥٣- و) تحكيم مصري [١] .

نخلص مما تقدم وطبقاً لقانون التحكيم المصري أن السلطة الممنوحة للمحكم بالبت في مسألة اختصاصه تعد أثراً للطبيعة القضائية للمهمة الموكولة إليه ، وأن قراره سواء بقبول الدفع بعدم الاختصاص ، أو برفضه يعد حكماً منهياً للخصومة ، حائزاً للحجية ، يخضع لرقابة القضاء من خلال الطعن فيه بالبطلان على نحو ما قدمناه .

رأي الباحث في جواز الطعن بالأحكام غير المنهية للخصومة :

وإزاء القصور التشريعي وما تبعه من خلاف فقهي حول هذه المسألة فإننا نوصي المشرع اليمني والمصري بأن يقننا مادة مماثلة للمادة (٢٧٤) مرافعات يمني والمادة (٢١٢) مرافعات مصري مضمونها عدم جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم صدر أثناء سير خصومة التحكيم إلا مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة [٢] تطبيقاً للقواعد العامة التي يقررها معظم قوانين المرافعات وحسماً لأي خلاف فقهي قد يحدث ، وذلك للاعتبارات التالية [٣] :

١- أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست جزءاً من الدعوى أمام هيئة التحكيم ، وإجراءاتها ليست جزءاً من خصومة التحكيم ، فالدعوى تنشأ بعد صدور حكم التحكيم ضد أحد الطرفين ، وهي تتضمن طلباً يختلف عن الطلبات التي أنيطت بالمحكمين - ووفقاً لاتفاق التحكيم - النظر فيها .

وهي بهذا لا تدخل في ولاية هيئة التحكيم ، وإنما في اختصاص محاكم الدولة ، كما أن خصومة التحكيم تخضع لإجراءات وقواعد إجرائية تختلف عن تلك التي تحكم

---

[١] حفيظة السيد الحداد / المرجع السابق ص ٣١ ، محمد نور شحاتة / الإشارة السابقة .

[٢] انظر أحكام محكمة النقض المصرية / نقض تجاري في ٢٠٠٥/١٢/١٣ في الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٧٣ ق نقض تجاري في ٢٠٠٧/٢/٢٨م في الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٦٨ ق منشورة لدى معوض عبدالتواب الموسوعة الشاملة في التحكيم / المجلد الثاني / مرجع سابق ص ١٢٥ - ١٢٨ ، ص ١٣١ وما بعدها ، راجع تفصيلاً حفيظة الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٣٢ حيث تقرر ذات الرأي بقولها : من الأفضل أن يتم إصدار حكم من مسالة الاختصاص وموضوع النزاع .

[٣] راجع تفصيلاً في هذه الاعتبارات : فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٥٨ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم في المواد المدنية والتجارية / مرجع سابق ص ٤٤٣ وما بعدها .

الخصومة أمام المحاكم ، فالخصومة الأخيرة ينظمها قانون المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المكملة ، أما خصومة التحكيم فينظمها قانون التحكيم .

٢- عدم جواز الطعن في الأحكام التي تنتهي بها كل خصومة التحكيم فوراً وضرورة الانتظار إلى حين صدور الحكم المنهي لكل الخصومة لأن الطعن ضد الأحكام غير المنهية للخصومة يؤدي إلى تقطيع أوصال القضية وهذا يضعف أهداف ومميزات نظام التحكيم وهو سرعة الفصل في المنازعات ولا شك أن تحقيق هذا الهدف يقتضي عدم تقطيع أوصال القضية بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة وهو ما يحدث عند إجازة الطعن الفوري في أي حكم صادر غير منهي لكل الخصومة ، وبالتالي تتجمع خصومة الطعن في جميع الأحكام بإجراءات واحدة اختصاراً للوقت والنفقات .

لأن رفع دعوى فورية ببطلان أي حكم يصدر قبل الحكم المنهي للخصومة كلها يؤدي إلى مشاكل عملية ناشئة عن تفتيت القضية بين هيئة التحكيم والمحكمة التي تنظر دعوى البطلان وذلك يثير مشاكل تتعلق بملف التحكيم وهل يتم ضمه إلى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ، وما إذا كان يتعين على هيئة التحكيم وقف الفصل فيما بقي من أوجه النزاع حتى يفصل في دعوى البطلان أم عليها الاستمرار في نظرها ، وما إذا كان استمرارها في نظر النزاع من شأنه أن يؤدي إلى إبطال الحكم الذي تصدره فيه تبعاً لإبطال الحكم المرفوعة به الدعوى أم لا يتأثر بهذا البطلان ، وهي مشكلة يحسن تفاديها بقدر الإمكان حتى يحقق نظام التحكيم هدفه دون معوقات .

٣- ضرورة تجنب دعاوى بطلان لا حاجة إليها : إن الحكم الصادر أثناء سير الخصومة قد يصدر لصالح أي من الطرفين ، فيبادر الطرف المحكوم عليه برفع دعوى ببطلانه دون انتظار الحكم المنهي للخصومة في حين أن هذا الحكم الأخير قد يصدر لصالحه ، ولو كان قد انتظر صدور الحكم المنهي للخصومة لما توافرت له أي مصلحة في رفع دعوى بطلان الحكم السابق عليه ، لذلك أو أجير الطعن المباشر في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قد يؤدي إلى رفع دعاوى بطلان لا حاجة لها مما يشغل المحاكم دون جدوى .

ثانياً : الأحكام الصادرة بإجراء وقتي :

تنص المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات على جواز الطعن ببعض الأحكام التي تصدر أثناء سير الخصومة ، وتجيز - استثناء - الطعن فيها مباشرة فور صدورها دون انتظار إلى صدور الحكم المنهي للخصومة كلها ، ومن هذه الاستثناءات الأحكام الوقتية أو المستعجلة.

فهل يجوز رفع دعوى بطلان ضد الحكم الوقتي فور صدوره من هيئة التحكيم؟

قبل الإجابة على ذلك يلزم الإشارة إلى أن القانون اليمني لم يخول هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية أثناء سير الخصومة ، ولهذا فلا مجال للبحث في هذه المسألة ، وإنما يدقق النظر في مثل تلك مسالة وفقاً لقانون التحكيم المصري وبقية التشريعات التي تخول هيئة التحكيم السلطة في أن تصدر أثناء سير الخصومة (أحكاماً وقتية وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها) م(٤٢) تحكيم مصري .

مثال ذلك الحكم بفرض الحراسة على المال محل النزاع ، أو بإلزام المحتكم ضده بدفع نفقة وقتية للمحتكم حتى يفصل في النزاع [١] .

وقد اختلف الفقه حول إجازة رفع دعوى بطلان فوراً ضد الحكم الوقتي الصادر من هيئة التحكيم فيرى اتجاه في الفقه أن الحكم الوقتي لا يعتبر حكماً تحكيمياً بالمعنى الصحيح ، فهو لا يعتبر حكماً قطعياً وهو ما يدعو إلى القول وفقاً لهذا الاتجاه عدم جواز رفع دعوى بطلان فوراً عنه إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها [٢] ، بينما يرى بعض الفقه وهو ما نؤيده إلى أنه إذا صدرت هيئة التحكيم حكماً بإجراء وقتي فإن هذا الحكم يقبل رفع دعوى فورية ببطلانه دون انتظار صدور الحكم لمنهي للخصومة كلها ، وعلة ذلك هو أن الحكم الوقتي لا أثر له بالنسبة للفصل في الدعوى الموضوعية ، فلا مبرر لتأجيل رفع دعوى البطلان حتى يصدر الحكم المنهي لخصومة التحكيم كلها ، فضلاً عن أن تأخير رفع الدعوى ببطلان هذا الحكم إلى حين صدور الحكم المنهي للخصومة كلها قد يضر المحكوم عليه ضرراً جسيماً إذ يجري تنفيذ الحكم ضده بعد الحصول على أمر بتنفيذه دون أن يتمكن من التمسك ببطلان الحكم في وقت مناسب .

---

[١] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم في المواد المدنية والتجارية / مرجع سابق ص ٤٤٥ ، راجع تفصيلاً في ذلك / محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٢٢١ وما بعدها ، أحمد هندي / المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي / دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٨ ص ١٤٥ وما بعدها .

[٢] راجع عرض هذا الاتجاه : فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٦٢ وما بعدها .

كما أن جواز رفع دعوى بطلان فورية في الحكم الوقتي يتسق مع ما هو مقرر من جواز التظلم من الأمر الوقتي الصادر من المحكمة إضافة إلى أن الحكم الوقتي أياً كان مضمونه لا يؤثر في أي حكم يصدر بعد ذلك في موضوع النزاع ، ولهذا فإن إبطاله - إن تم - لن يؤدي إلى إبطال الحكم الصادر في الموضوع فلا مبرر لوقف خصومة التحكيم إلى حين الفصل في دعوى البطلان [1] .

ثالثاً : الأحكام الصادرة بوقف الخصومة :

تنص المادة (٢٧٦٤) مرافعات يمني على استثناء الأحكام الصادرة بوقف الخصومة وتجيز فيها الطعن المباشر قبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها .

فهل ينطبق هذا الاستثناء على خصومة التحكيم [2] ؟

من المعلوم أن الوقف إما أن يكون مصدره القانون أو الاتفاق أو المحكم وعلى هذا الأساس نص قانون التحكيم اليمني م (١٠) والتي تقضي بأنه : (يجوز لطرفي التحكيم أن يتفقوا على وقف السير في الخصومة أمام المحكم أو لجنة التحكيم المدة التي يرونها ، وعلى المحكم أو لجنة التحكيم إقرار هذا الاتفاق وتستأنف الخصومة سيرها بعد انقضاء مدة الوقف بطلب يقدم إلى المحكم أو لجنة التحكيم من الطرفين أو أحدهما).

ومن استقراء النص السابق نلاحظ أن القانون اليمني لم يقرر الوقف بواسطة المحكم أو لجنة التحكيم إذا ظهرت مسألة أولية تخرج عن اختصاصه ورغم ذلك نرى أنه يجوز للمحكم الحكم بالوقف التعليقي ولو لم يوجد نص تطبيقاً للقواعد العامة التي أجازت لهيئة التحكيم الاستعانة بالقضاء أو بالخبراء ، إذا ما عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة أولية تخرج من اختصاصها ، كما هو في حالة الطعن بالتزوير (دعوى التزوير الفرعية) [3] وذلك بخلاف قانون التحكيم المصري الذي أجاز لهيئة التحكيم الحكم بالوقف التعليقي ووقف السير في الخصومة طبقاً لنص المادة (٤٦) إذا ما عرضت التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزويرها الورقة ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع ، أما لو ترتب على الفصل في المسألة الأولية الفصل في الخصومة

---

[1] فتحي والي / الإشارة السابقة ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤٤٥ .

[2] تفصيلاً راجع : فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٦٣ .

[3] راجع تفصيلاً في دعوى التزوير الفرعية : نجيب الجبلي ، ولم يترتب القانون المصري وقف السير في الخصومة ، وإنما أجاز لهيئة التحكيم في حالة ..... بجهة قضائية للفصل في المسألة الأولية الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا كان يترتب على الفصل في المسألة الأولية الفصل في خصومة التحكيم الأصلية .

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

وعلى ذلك قلنا أنه يجوز للمحكم إصدار أحكام بالوقف التعليقي سواء في القانون اليمني طبقاً للقواعد العامة أو صراحة النص المصري إذا ما عرضت عليها أثناء الإجراءات مسألة أولية تخرج عن اختصاصها ، إلا أن الحكم بالوقف في هذه الحالة لا يعتبر حكماً تحكيمياً بالمعنى الصحيح ، وبالتالي فإنه - لهذا السبب - لا يجوز أن يكون محلاً لدعوى بطلان أحكام المحكمين على استقلال وقبل الحكم المنهي للخصومة [1] .

رابعاً : الأحكام الجزئية القابلة للتنفيذ الجبري :

تنص المادة (٢٧٤) مرافعات يمني على جواز الطعن على استقلال استثناء عام استثناءً للأحكام القابلة للتنفيذ الجبري وقبل الحكم المنهي كما سبق أن ذكرنا .

والواقع أن قانون التحكيم اليمني لم ينص صراحة على منح هيئة المحكمة سلطة إصدار أحكام جزئية قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها كما هو في قانون التحكيم المصري الذي أجاز ذلك بالمادة (٤٢) التي تنص على أنه (لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها) ، غير أننا نذهب إلى أنه يجوز للجنة التحكيم طبقاً للقانون اليمني إصدار أحكام جزئية في بعض الطلبات قبل إصدار الحكم المنهي لخصومة رغم عدم وجود نص صريح في القانون اليمني يجيز ذلك ، ونستند في ذلك إلى القواعد العامة في القانون ومنها القاعدة القانونية (من يملك الكل يملك الجزء) وعلى هذا الأساس هل يمكن رفع دعوى بطلان مباشرة في أحكام المحكمين الجزئية دون انتظار صدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم كلها [2] ؟

وللإجابة على ذلك نلاحظ أنه من المقرر أن هذا الاستثناء لا يمكن إعماله بالنسبة لأحكام المحاكم إلا إذا توفر الشروط الآتية :

١- أن يكون الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري ، ٢- أن يكون الحكم حكم إلزام وحائزاً لقوة الأمر المقضي أو نافذاً نفاذاً معجلاً ، ومن المقرر أيضاً أن حكم المحكمين لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف وفقاً لنص المادة (٥٢) تحكيم مصري ، والمادة (٥٣) تحكيم يمني ، لهذا فهو يصدر حائزاً لقوة الأمر المقضي به.

---

[1] راجع تفصيلاً في ذلك فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٦٤.

[2] راجع تفصيلاً في التحليل الذي اتبعناه للإجابة على التساؤل : فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٦٤ وما بعدها .

نعود للإجابة على السؤال السابق ، بتطبيق الشروط السابقة على حكم التحكيم نلاحظ عدم توافقهما لأن حكم التحكيم لا يقبل التنفيذ الجبري لمجرد أنه حكم إلزام حائز لقوة الأمر المقضي ، وإنما يجب فضلاً عن ذلك أن يصدر أمر بتنفيذه م(٥٦) تحكيم مصري ، م(٥٨ ، ٥٩) تحكيم يمني ، وعلى ذلك ووفقاً لنص المادة (١/٥٨) تحكيم مصري لا يقبل طلب الحصول على أمر بتنفيذ حكم التحكيم (إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى) ، كما أن نص المادة (١/٦٠) تحكيم يمني تقضي بأنه لا يجب الأمر بتنفيذ حكم المحكمين إلا بعد التحقق من أن يكون الحكم نهائياً وقابلاً للتنفيذ الجبري ، كما تنص المادة (٥٤) تحكيم يمني على وقف تنفيذ الحكم التحكيمي بمجرد رفع دعوى البطلان ، أي أنه يشترط للحصول على أمر التنفيذ أن يكون ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى طبقاً لنص المادة (٥٧) يمني يكون الحكم نهائياً وقابلاً للتنفيذ بانقضاء مدة الطعن وهي ستون يوماً عملاً بالمادة (٥٤) تحكيم يمني .

المبحث الثالث
الركن السببي في دعوى البطلان الأصلي

السبب في اللغة : اسم لما يتوصل به إلى المقصود ، وفي الاصطلاح : عبارة عما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه ، ولدى فقه النظرية العامة : يقصد به المصدر المنشئ للحق بصفة عامة ، أي الواقعة القانونية ، أو التصرف أو القانون [١] .

وقد تعددت الآراء حول تحديد سبب الدعوى [٢] ، وفيما يلي عرض لأهم الاتجاهات التي قيلت في سبب الدعوى :

١- ذهب اتجاه إلى عدم الاعتداد بسبب الدعوى منفصلاً عن المحل ؛ لأن الدعوى تتكون من عنصر الاعتداء فضلاً عن مصدر الحق المدعى به ، ولأن الحق يعتبر

---

[١] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٢١٣ وما أشار إليها من مراجع .

[٢] راجع في الاتجاهات التي قيلت في سبب الدعوى : نبيل إسماعيل عمر / الوسيط / مرجع سابق ص ٢٧٠ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٧٨ وما بعدها ، أحمد هندي / مرافعات / مرجع سابق ص ١٤٢ ، نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٢١٤ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني / مرجع سابق ص ١٢٠ وما بعدها ، إبراهيم محمد الشريف / المرافعات / ٢٠٠٨ ص ١٠٥ .

أحد العناصر المكونة لمحل الدعوى [١] ، وبالتالي يعتبر السبب مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى به فضلاً عن عنصر الاعتداء [٢] .

٢- وذهب البعض إلى أن السبب هو المبدأ القانوني أو القاعدة القانونية المرتبة للحق المدعى به ، وانتقد هذا الاتجاه باعتبار أن فكرة المبدأ القانوني فكرة غامضة ، كما أنه يعطي الخصوم سلطات واسعة في إدارة الدعوى [٣] .

٣- كما ذهب الاتجاه الثالث إلى أن الواقعة القانونية المولدة للحق المدعى به [٤] ، أي أن سبب الدعوى إنما هو المصدر القانوني للحق سواء كان الواقعة أم التصرف القانوني أم نص القانون ، وهو ما أخذ به القانون اليمني م (٧٧) مرافعات ، حيث عرفت سبب الدعوى بأنه (العمل الذي يستند إليه في المطالبة بالحق) ، وعلى ذلك طبقاً لهذا الاتجاه يكون الادعاء بتسليم المبيع سببه عقد البيع ، والمطالبة بالأجرة سببها عقد الإجارة ، والمطالبة بالنفقة سببها نص القانون ، وهكذا [٥] .

وقد انتقد هذا الاتجاه بالقول أن يخلط بين سبب الحق الموضوعي وسبب حق الدعوى على الرغم أن الفقه الحديث يرى أن الدعوى مستقلة موضوعاً وسبباً ومحلاً عن الحق الموضوعي [٦].

٤- وأمام الانتقادات الموجهة للاتجاهات السابقة وفشلها في تحديد السبب وإضفائها غموضاً واضطراباً على فكرة السبب ظهر اتجاه حديث في الفقه الإجرائي [٧] وهو ما نؤيده يذهب إلى أن سبب الدعوى يتكون من (مجموعة الوقائع المولدة للحق الشخصي الذي يتمسك به الخصوم) ويتكون من الظروف الواقعية التي أثيرت باعتبارها عناصر منشأة للحق أي مجموعة الوقائع المولدة للحق المدعى به ، والتي يقدمها المدعي لتأييد دعواه ، والتي بناءً على تقديمه لها يقع على عاتقه عبء

---

[١] فتحي والي / المرجع السابق ص ٧٨ .

[٢] المكان السابق ص ٩٥ وما بعدها .

[٣] راجع تفصيلاً نبيل إسماعيل عمر / الإشارة السابقة .

[٤] راجع عرض هذا الاتجاه لدى سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ١٢١ وما بعدها .

[٥] سعيد خالد الشرعبي / الإشارة السابقة .

[٦] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٢١٤ .

[٧] راجع في ذلك : فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٧٨ ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٢٧١ ، أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٢٢٤ ، نجيب الجبلي / الإشارة السابقة ص ٢١٤ وما بعدها .

إثباتها ، فما يعجز عن إثباتها لا يصلح أن يكون أساساً لدعواه ، دون الاعتداد بتكييفه لهذه الوقائع ، وإنما يتولى القاضي تكييفها ، ويعد هذا التكيف تعديلاً للوسائل دون السبب ما دام لم يغير في مجموعة الوقائع المعروضة عليه ، ولا يمكنه ذلك من تلقاء نفسه [1] .

ولهذا نذهب إلى ما ذهب إليه الاتجاه الأول الذي يذهب إلى أن سبب دعوى البطلان يكمن في مجموعة الوقائع المعروضة على القضاء من نزاع وحصول خسارة أو ضرر حاق بالمحكوم عليه نتيجة الحكم التحكيمي الصادر ضده مشوب بعيب من العيوب المحددة على سبيل الحصر المقررة في قانون التحكيم م(٥٣) يمني ، م(٥٣) مصري ، وبالتالي ينبغي وجود رابطة سببية بين الضرر الذي أصاب المحكوم عليه والحكم الصادر ، بأن يكون هذا الأخير هو سبب الضرر مباشرة ، وأن يكون الضرر متولداً عن الحكم المراد إبطاله أو إلغاؤه .

ومن الناحية العملية فقد تثور صعوبة إثبات سبب البطلان كما إذا أخلت هيئة التحكيم بحق الدفاع أو خالفت إجراءً من الإجراءات التي تؤثر في سلامة الحكم ؛ لذا حرص المشرع اليمني على النص في المادة (٤٨) من قانون التحكيم وكذا المصري في المادة (١/٤٣) على أن يكتفي بتوقيع أغلبية المحكمين على الحكم بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية حتى على ضوء هذه الأسباب الكشف عن العوار الذي لحق بالحكم ويمكن أن يستند إليها طالب البطلان [2] .

---

[1] نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٢١٥ .

[2] سيد أحمد محمود / دعوى بطلان حكم التحكيم / مرجع سابق ص ٢١ .

الفصل الثالث

شروط دعوى البطلان

الفصل الثالث

شروط دعوى البطلان

تمهيد وتقسيم:

يقصد بشروط الدعوى ما يتطلبه القانون من مقتضيات لوجود حق الدعوى ، فإن توافرت المقتضيات قام حق الدعوى المتمثل في الحصول على حكم في موضوعها ، وهذه الشروط هي ما يطلق عليها اصطلاحاً شروط قبول الدعوى [١] وقد اختلف الفقه الإجرائي حول شروط حق الدعوى أو شروط قبول الطلب والدفع ، (فالدعوى تمارس عن طريق الطلب والدفع) ، ولذلك ذهب بعض الفقه إلى اشتراط أربعة شروط هي وجود الحق والمصلحة والصفة [٢] ، بينما يذهب البعض إلى حصر شروط استعمال الدعوى بثلاثة شروط وهي الأهلية والصفة والمصلحة [٣] ، ويرى فريق ثالث أن شروط الدعوى هي المصلحة والصفة والميعاد القانوني ، وعدم وجود مانع قانوني [٤] ويرى فريق رابع أن الشرط الوحيد للدعوى هو شرط المصلحة [٥] ، أما القانون اليمني فقد حدد شروط الدعوى بالمواد (٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧) مرافعات بثلاثة شروط هي المصلحة والصفة وعدم وجود مانع قانوني ، لذلك سنتكلم عن هذه الشروط طبقاً للقانون اليمني وذلك في مبحثين ، في المبحث الأول سنتحدث فيه عن الشروط العامة لقبول الدعوى (المصلحة والصفة) ثم الشروط الخاصة لقبول الدعوى (عدم وجود مانع قانوني) مبحث ثاني، وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول : الشروط العامة لقبول الدعوى .

المبحث الثاني : الشروط الخاصة لقبول الدعوى (عدم وجود مانع قانوني) .

---

[١] فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٥٦ .

[٢] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٧ وما بعدها .

[٣] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٦٦ وما بعدها .

[٤] أحمد هندي / مرافعات / مرجع سابق ص ١٤٥ .

[٥] فتحي والي / المرجع السابق ص ٦٧ ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ٢٠٤ .

المبحث الأول
الشروط العامة لقبول الدعوى

أجمل القانون اليمني في المادتين (٧٥ ، ٧٦) مرافعات شرط قبول الدعوى ، بالمصلحة والصفة في رفع الدعوى ، وعلى ذلك نبين الشروط العامة المتمثلة بشرط المصلحة والصفة على التوالي .

أولاً : المصلحة :

اتفق الفقه الإجرائي على اعتباره المصلحة بمثابة شرط من شروط قبول واستعمال حق الدعوى وهي الفائدة العملية المشروعة المراد تحقيقها من القضاء [١] نص القانون اليمني على ذلك في م(٧٥) مرافعات ، والتي تنص على أنه (لا تقبل دعوى ولا طلب دفع لا تكون لصاحبها مصلحة ...) .

وشرط المصلحة لقبول الدعوى يتعلق بالنظام العام ، كون ذلك يتعلق بوظيفة القضاء بمنح الحماية القضائية ، فللمحكمة أن تثير تخلف المصلحة من تلقاء نفسها في صورة الحكم بعدم قبول الطلب لانتفاء المصلحة ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يقصد من هذا الشرط ضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون والحد من استعمالها دون مقتضى من أجل تخفيف العبء عن القضاء مما يؤدي إلى سير القضاء سيراً حسناً ، وهذا يحقق المصلحة العامة في المجتمع [٢] وليس شرط المصلحة شرطاً لازماً لقبول ما يتمسك به المدعي فقط دائماً يجب توافرها في جانب المدعى عليه ، بمعنى ينبغي أن يتوافر شرط المصلحة في كل ما يتمسك به المدعى عليه من دفوع أو طلبات عارضة ، وتتمثل مصلحته في هذه الحالة فيما يبديه من دفوع هي لتفادي الحكم عليه بطلبات

---

[١] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٦٧ ، أحمد هندي / مرافعات / مرجع سابق ص ١٤٥ .

[٢] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٦١٩ ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط / مرجع سابق ص ٢٣٨ ، أحمد هندي / الإشارة السابقة ، إبراهيم محمد الشريف / مرافعات / مرجع سابق ص ١٠٩ .

المدعي كلها أو بعضها ، كما أن المصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى فحسب ، إنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم [1] .

ويلاحظ أنه لا يكفي توافر المصلحة فقط لخطة رفع الدعوى بل يتعين استمرارها أثناء نظر الطلب القضائي حتى الفصل فيه ، فإذا زالت أثناء سير الإجراءات فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة ، وإذا رفعت الدعوى دون أن تكون المصلحة محققة لحظة رفعها ثم تحققت المصلحة قبل الحكم بعدم القبول فإنه لا يحكم بعدم القبول لأنه لا يجوز الحكم بذلك في دعوى إن أعيد رفعها فوراً لكانت مقبولة [2] .

ولا يكفي عند البعض أن يكون لرافع الدعوى مصلحة من رفعها فحسب بل لا بد من أن تتوافر في هذه المصلحة أوصاف معينة تجعلها جدية بالاعتبار فيجب أن يتوافر فيها الآتي :

١- أن تكون المصلحة قانونية [3] وهو موقف القانون اليمني م(٧٥) مرافعات ، والمقصود بالمصلحة القانونية بالمنفعة التي يقرها القانون أي أن تستند إلى حق أو مركز قانوني بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني بتقريره إذا نوزع فيه أو لدفع العدوان عليه أو التعويض نتيجة ما لحق به من ضرر بسبب ذلك [4] أما إذا كانت المصلحة لا تستند إلى حق أو مركز يقرره القانون فهناك تطبيقات عديدة لدعاوٍ غير قانونية ومنها الدعاوى غير المشروعة والدعاوى الملوثة والمصلحة الاقتصادية أو الأدبية البحتة والمصلحة النظرية والمصلحة التافهة كذلك الدعاوى الاستفهامية [5] .

٢- أن تكون المصلحة قائمة وحالة ،ويقصد بكون المصلحة قائمة وحالة واقعية المصلحة ، فيجب أن يكون هناك مبرر واقعي يعبر عن الحاجة الفعلية للحماية

---

[1] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٦٩ ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٢٣٨ وما بعدها ، إبراهيم محمد الشريف / الإشارة السابقة .

[2] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط / مرجع سابق ص ٥٩٨ ، أحمد هندي / مرافعات / مرجع سابق ص ١٤٥ .

[3] راجع تفصيلاً أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٧٠ وما بعدها ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ١٣٦ ، نبيل إسماعيل / المرجع السابق ص ٢٣٩ ، فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٥٦ ، إبراهيم محمد الشريف / المرافعات / مرجع سابق ص ١١٠ .

[4] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / الإشارة السابقة ، نبيل إسماعيل / المرجع السابق ص ٢٣٨ .

[5] فتحي والي / الوسيط / المرجع السابق ص ٥٧ ، سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ١٣٧ وما بعدها ، إبراهيم محمد الشرخي / المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها ، نبيل إسماعيل / المرجع السابق ص ٢٤٢ .

القضائية [1] ، بمعنى أن يكون حق رافع الدعوى أو مركزه القانوني الذي يقصد حمايته برفع الدعوى قد وقع عليه اعتداء بالفعل وأن يكون الضرر الذي يسعى لدفعه أو إصلاحه قد وقع بالفعل [2] ، غير أن الفقه السائد [3] وهو موقف القانون اليمني م(٧٥) مرافعات يذهب إلى عدم حصر وظيفة القضاء في هذه الوظيفة العلاجية وإنما تتعدى ذلك إلى الوقاية من الأضرار التي يمكن أن تلحق بالنظام القانوني ، فتدخل القضاء قبل الاعتداء على الحق للوقاية من الأضرار المحدقة أولى من تدخله لإصلاحها وعلاجها ، لا سيما في الضرر المحتمل ولهذا ظهرت الدعاوى الوقاية حيث تكفي المصلحة المحتملة لاستعمال حق الدعوى مثل دعوى قطع النزاع (دعوى التحدي) ، ودعاوى وقف الأعمال الجديدة ، الدعاوى المستعجلة ، والدعاوى التقريرية ، ودعوى الإلزام في المستقبل .

٣- أن تكون شخصية مباشرة : اشترط البعض أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة ، أي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه ، كما يقصد أن ترفع على الطرف السلبي في هذا الحق [4] ، وانتقد شرط المصلحة الشخصية المباشرة لأنها قد تختلط بالصفة عندما يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه ، أما عندما يكون رافع الدعوى شخصاً خوله القانون رفع الدعوى نيابة عن صاحب الحق ، فهنا تكون الصفة مختلفة عن المصلحة [5] ، ولهذا يذهب البعض الآخر إلى أن وصف المصلحة بالشخصية المباشرة شرط مستقل عن المصلحة .

---

[1] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٦ وما بعدها ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ١٤٨ وما بعدها .

[2] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق على قانون المرافعات / مرجع سابق ص ٧٦ ، فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٥٨ .

[3] أحمد هندي / المرجع السابق ص ١٤٩ ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٢٤٢ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / ألإشارة السابقة ص ٧٦ وما بعدها .

[4] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٧١ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط / مرجع سابق ص ٢٤٣ وما بعدها .

[5] راجع تفصيلاً في ذلك نبيل إسماعيل عمر / ألوسيط / المرجع السابق ص ٢٤٢ وما بعدها ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / المرجع السابق ص ٧٢ ، سعيد الشرعبي / أصول / مرجع سابق ص ٣٨٦ ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٢٤٢ .

وعلى ذلك يقصد بالمصلحة كشرط في الطعن [1] أن تكون هناك خسارة أو ضرر حاق بالطاعن نتيجة الحكم الصادر ويهدف في الطعن إلى تحقيق مصلحة في الحصول على حكم أفضل من محكمة الطعن ، وعلى هذا الأساس ينبغي لقبول دعوى البطلان توافر شرط المصلحة بالمعنى الوارد في نظرية الدعوى كما يجب أن يتوافر فيها شرط المصلحة بالمعنى الوارد في أي طعن من الطعون المقررة في القانون .

وعلى ذلك تعد هذه المصلحة شرطاً لقبول الطعن وليست شرطاً لنشأة الحق في الطعن ، فالحق في الطعن ينشأ بتوافر صفة الخصم وشرط الخسارة ، ولكن لا يقبل الطعن كعمل إجرائي ما لم تكن لمقدمه مصلحة في صدور الحكم في الطعن ، أي أن لا يؤدي إلغاء الحكم إلى تحقيق حماية قضائية له أو يساعد على تحقيق هذه الحماية [2] ، وتطبيقاً لذلك يتحقق شرط المصلحة في الطعن في الشخص الذي أصابه ضرر من الحكم الصادر ، كأن يكون محكوماً عليه بشيء لخصمه ، أو رفضت بعض طلباته ، أما إذا قضى له بكل طلباته انعدمت مصلحته في الطعن ، وبالتالي يجب لقيام المصلحة وجود رابطة سببية بين الضرر الذي أصابه الخصم ، والحكم الصادر ، بأن يكون هذا الأخير هو سبب هذا الضرر مباشرة أو أن يكون الضرر متولداً عن الحكم المراد الطعن فيه [3] بمعنى آخر أنه لا يتوافر شرط المصلحة في دعوى البطلان إلا لمن كان طرفاً في الخصومة التي فصل فيها حكم التحكيم وكان محكوماً عليه .

والعبرة بتوافر المصلحة في الطعن وقت صدور الحكم المراد الطعن فيه ؛ أي وقت تولده ، ولا يعتد بزوالها بعد ذلك [4] بخلاف الوقت الذي يعتد به بتوافر المصلحة كشرط لقبول الدعوى وهو وقت نظر الدعوى أي وقت استعمال هذا الحق والفصل فيه دون الاعتداد بتاريخ رفعه وترجع التفرقة إلى أن حق الدعوى ينشأ عند استعماله أي عند النظر فيه

---

[1] حيث قررت محكمة النقض المصرية صراحة أن (المصلحة في الطعن وهو إجراء - غير المصلحة في الدعوى التي تتصل دائماً بموضوعها نقض في ٢٠٠٢/١١/٢٥ في الطعن ٦٢/٧ لسنة ٦٥ لدى فتحي والي / الوسيط ص ٦١٨ الحاشية رقم (٦).

[2] فتحي والي / المرجع السابق ص ٦١٩ .

[3] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط / مرجع سابق ص ٥٩٩ .

[4] نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٥٩٨ .

والفصل فيه ، أما الحق بالطعن يتولد أمام القضاء وينشأ بصدور الحكم ويكون جاهزاً للاستعمال بصدوره [1] .

ثانياً : الصفة :

اشترط القانون اليمني م (٧٦) مرافعات الصفة في رفع الدعوى ، وهي عبارة عن السلطة أو الولاية في مباشرة الدعوى ويستمدها المدعي من كونه صاحب الحق المدعى به أو نائباً عن صاحب الحق وأما الصفة في المدعى عليه فتتمثل في كونه الذي ترفع الدعوى في مواجهته أو هو المسئول عن تجهيله [2] فإذا كانت المصلحة شرط موضوعي للدعوى فإن الصفة شرط لتمييز الجانب الشخص للحق في الدعوى [3] فتنسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق في الدعوى وسلباً لمن يوجه الحق في الدعوى في مواجهته [4] ، أي ينبغي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته أو من ينوب عنه ، وأن توجه الدعوى إلى من اعتدى على هذا الحق بمعنى أن يوجد تطابق بين المركز القانوني لصاحب الحق المدعي والمدعى به .

والأصل أن صاحب الحق هو صاحب الصفة في رفع الدعوى للدفاع عنه ، غير أن القانون استثناء من القاعدة العامة قد يعترف بالصفة لشخص آخر غير صاحب الحق وتسمى الصفة غير العادية ، ويطلق الفقه القانوني على الصفة إذا كانت متعلقة بشخص الخصم الصفة العادية وإذا كانت الدعوى لا تتعلق بالخصم مباشرة يطلق عليه الصفة غير العادية [5] .

ويجب أن تستمر صفة المدعي والمدعى عليه معاً طوال مراحل الدعوى ، فإذا تخلفت الصفة في الدعوى أو زالت أثناء نظر الدعوى ، كانت الدعوى غير مقبولة ، وتولد عن ذلك دفعاً بعدم القبول وأضحى في القانون اليمني من النظام العام تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها م(٧٦) مرافعات يمني ، أي أن شرط الصفة يتعلق بالنظام العام ويرجع ذلك إلى

---

[1] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٢٢٤ .

[2] أحمد السيد صاوي / الوسيط ، مرجع سابق ص ١٦٨ وما بعدها ، أحمد هندي / المرافعات / مرجع سابق ص ١٥٨ ، سعيد الشرعبي / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٣٢٦ .

[3] فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٥٨ .

[4] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[5] راجع في ذلك : أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ١٥٧ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ١٥٠ .

وجوب قصر سلطة الالتجاء إلى القضاء على أصحاب الحقوق في الحماية القانونية المطلوبة ، ومنح هذه الحماية لهم وحدهم مما يؤدي إلى تخفيف أعباء المحاكم ويحسن أداء القضاء لوظيفته [١] ، وشرط الصفة هو ما يعبر عنه بعض الفقه بالمصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن الصفة وصف من أوصاف المصلحة وليست شرطاً مستقلاً ، وقد انتقد هذا الرأي لأن وصف المصلحة الشخصية المباشرة قد لا يختلط بالصفة عندما يكون رافع الدعوى شخصاً خوله القانون رفع الدعوى نيابة عن صاحب الحق ، فهنا تكون الصفة مختلفة عن المصلحة [٢] وعلى ذلك يقصد بشرط الصفة بالنسبة لقبول الطعن به أن الطعن لا يكون مقبولاً إلا إذا رفع ممن كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه وأن يتم اختصامه بنفس الصفة التي اعتد بها قبل صدور الحكم [٣] .

وعلى هذا الأساس لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم ، إلا ممن كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها حكم التحكيم ، فإذا رفعت من شخص لم يكن طرفاً في حكم التحكيم كانت غير مقبولة لرفعها من غير ذي صفة ولا تقبل دعوى البطلان إلا من المحكوم عليه وإذا تعدد المحكوم عليه كان لكل منهم أن يرفع الدعوى ببطلان الحكم بالنظر إلى السبب المتعلق به دون غيره من أسباب البطلان المتعلقة بغيره من الخصوم ، ولهذا فإنه إذا كان البطلان مبنياً على بطلان اتفاق التحكيم بسبب أن أحد أطرافه كان قاصراً عند إبرامه للاتفاق أو إبرامه عنه الوصي عليه دون الحصول على إذن من القضاء ، فإن الحق في التمسك بالبطلان لهذا السبب يكون مقصوراً على ناقص الأهلية عند بلوغه سن الرشد ، دون غيره من المحكوم عليهم [٤] وإذا صدر حكم ضد شركة تضامن فإن للشريك المتضامن رفع دعوى بطلان الحكم .

---

[١] أحمد أبو الوفا / التعليق على المادة ١١٥ ص ٥٣٩ وما بعدها .

[٢] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ، مرجع سابق ص ٧٢ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٢٤٣ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / الرسالة ، مرجع سابق ص ٣٨٦ .

[٣] تفصيلاً راجع فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٦١٢ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٢٥٤.

[٤] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦١٨ والأحكام المشار إليها في الحاشية ، استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ١٤٢٤/١١/٤هـ الموافق ٢٠٠٣/١٢/٢٨ غير منشور حيث قضى بقبول دعوى البطلان والحكم ببطلان وإلغاء الحكم التحكيمي المدعى ببطلانه وذلك لتوافر شروط قبولها ، والحكم الصادر من ذات الشعبة ذات المحكمة بتاريخ ١٤٢٥/٥/١٧هـ الموافق ٢٠٠٤/٧/٥ غير منشور حيث ورد بأسباب الطعن (... لا يجوز أن يطعن في الحكم إلا من المحكوم عليه ... وعلى ذلك أصدرت هيئة الحكم حكمها بقبول دعوى البطلان وإلغاء حكم التحكيم لمخالفته النظام العام .

وتنتقل الصفة في الدعوى تبعاً لانتقال الحق الموضوعي فإذا صدر حكم ضد شخص فلخلفه العام أن يطعن في هذا الحكم وتطبيقاً لذلك إذا رفعت دعوى تحكيمية ضد شركة مندمجة في أخرى ، وبالتالي انقضت شخصيتها الاعتبارية قبل رفع الدعوى ، فإن للشركة الدامجة باعتبارها خلفاً عاماً صفة في أن ترفع الدعوى ببطلان حكم التحكيم الذي صدر في تلك الخصومة [1] .

وفي حالة تعدد أطراف خصومة التحكيم وتعدد المحكوم لهم أو عليهم فالقاعدة أنه يمكن رفع الدعوى من بعض المحكوم عليهم أو ضد بعض المحكوم لهم ، دون حاجة لإدخال الآخرين ولا يفيد من هذه الدعوى أو الحكم فيها إلا من رفعها ولا يحتج بها أو بالحكم فيها إلا من رفعت ضده فتطبق قاعدة نسبية الطعن (٢٨٣) مرافعات يمني فدعوى البطلان شأنها شأن الطعن في الأحكام لها أثر نسبي ، على أنه يستثنى من ذلك الحالات التي ينص عليها قانون المرافعات اليمني في المادة (٢٨٣) مرافعات من استثناءات ، وأهمها حالة ما إذا كان موضوع الدعوى التحكيمية غير قابل للتجزئة [2] .

المبحث الثاني
الشروط الخاصة لقبول الدعوى (المانع القانوني)

بالإضافة إلى الشروط العامة السابقة لقبول الدعوى هناك شروط خاصة ينبغي توفرها لقبولها ويسمى بعض الفقه هذه الشروط بالموانع القانونية لقبول الدعوى وهو موقف القانون اليمني م(٧٧) مرافعات ويقصد بالمانع القانوني أي شرط نص عليه القانون يكون بمقتضاه منع وجود حق الدعوى ، أي يمنع الشخص قانوناً من الالتجاء إلى لامحاكم ، ويعبر فريق ثالث عن هذه الشروط بالشروط السلبية لوجود الحق في الدعوى ، والمقصود بها عدم تحقق سبب من الأسباب التي يرتب القانون على تحققها عدم قبول الدعوى [3] .

---

[1] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[2] راجع تفصيلاً فتحي والي / ألوسيط ، مرجع سابق ص ٦٣٩ وما بعدها .

[3] راجع تفصيلاً في هذا الشرط : نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٢٢٧ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني / مرجع سابق ص ١٥٧ وما بعدها ، إبراهيم محمد الشريف / قانون المرافعات / مرجع سابق ص ١٢٦ وما بعدها ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ١٤٤ .

والموانع القانونية كثيرة قد يكون منصوصاً عليها في القانون الإجرائي (قانون مرافعات) أو القوانين الموضوعية (مدني - تجاري - إداري ... الخ) ومثل ذلك مواعيد الطعن في المرافعات والتقادم المنصوص عليها في القانون الموضوعي .

وعلى ذلك نص قانون المرافعات اليمني م(٧٧) على أنه : (لا تقبل دعوى صدر فيها حكم قائم ، وتعتبر هي نفس الدعوى التي سبق الحكم فيها إذا اتحد الخصوم بصفاتهم القانونية واتخذ الموضوع وهو الحق المطالب به واتحد السبب وهو العمل القانوني الذي يستند إليه للمطالبة بالحق ذاته كما لا تقبل الدعوى إذا وجد أي مانع قانوني آخر منصوص عليه في القوانين النافذة) .

فالمادة تنص على أن الموانع المقررة في القانون تؤدي إلى عدم قبول الدعوى سواء كانت هذه الموانع في الإجراءات والموضوع ومن ذلك أحد الموانع الموضوعية لقبول الدعوى ، وعليه لا تقبل دعوى قد سبق الفصل فيها بحكم حائز لحجية الأمر المقضي ، ودعوى البطلان شأنها شأن أي دعوى يشترط لقبولها ألا يكون قد سبق الفصل فيها بحكم قضائي (بالبطلان أو بالصحة) يكون بين ذات الخصوم وصفاتهم ولنفس المحل والسبب وذلك احتراماً لحجية الأمر المقضي ؛ لأن حجية الأمر المقضي في معظم التشريعات من النظام العام كالتشريع المصري واليمني وبالتالي يجوز الدفع بعدم جواز نظر الدعوى التي سبق الفصل فيها في أية حالة تكون عندها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها م(١١٦) مرافعات مصري ، م(٢٢٣) مرافعات يمني ، ومن الموانع الإجرائية لقبول الدعوى ما يشترطه القانون في ميعاد معين لقبول دعوى البطلان وهو أن ترفع خلال مدد يختلف من تشريع لآخر .

وعلى ذلك فإن الميعاد المحدد لقبول دعوى البطلان أياً كان يعتبر ميعاداً ناقصاً يجب أن يتم رفع الدعوى خلاله ، فإذا رفعت الدعوى بعد انقضاء الميعاد كانت غير مقبولة كما يسقط الحق في رفع الدعوى بانقضاء الميعاد [1] وتحكم المحكمة بهذا السقوط من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام .

ومن الموانع القانونية لقبول دعوى البطلان كذلك التنازل عن التمسك بالبطلان بعد صدور حكم التحكيم أو أثناء رفع دعوى البطلان ، ويعتبر هذا التنازل من التصرفات

---

[1] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤١٧ وما بعدها ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في إجراءات التحكيم ألقاها على طلبة دبلوم التحكيم خلال العام الجامعي ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ ، ص ١١١ .

المسقطة للحق في الطعن وبالتالي مانعاً من قبول دعوى البطلان ويعتد بالتنازل سواءً صدر بشكل صريح أو ضمني ، وبالتالي يعد مانعاً من قبول دعوى البطلان .

وعلى هذا الأساس إذا نزل المحكوم عليه عن التمسك بالبطلان بعد صدور الحكم وأثناء سير دعوى البطلان صراحة أو ضمناً وكان صحيحاً كأن قام بتنفيذ الحكم تنفيذاً اختيارياً فلا تقبل دعوى البطلان بعد ذلك ، ويسقط الحق في رفعها ويكون ذلك مانعاً من قبول الدعوى ما لم يتعلق البطلان بالنظام العام إعمالاً لنص المادة (٢٢) مرافعات مصري ، والمادة (٥٤) مرافعات يمني [١] .

كذلك يعتبر مانعاً من قبول الدعاوى ما نص عليه القانون من ضرورة التمسك بالدفع بترتيب معين ، فمخالفة ذلك يؤدي إلى دعم قبول هذا الدفع ، فمثل هذا الدفع يجب على صاحب الحق فيه أن يتمسك به في الميعاد المقرر بالقانون ، والمتفق عليه فيه ، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق ففي الميعاد المعقول الذي يقدر المحكم .

---

[١] أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٢٥٠ ، أحمد شرف الدين / الإشارة السابقة ، نقض يمني - الدائرة الجزائية - الطعن رقم (٨٧١) - بتاريخ ١٤٢٩/٤/٢٠هـ الموافق ٢٠٠٨/٤/٢٤م غير منشور .

الباب الثالث

حالات دعوى البطلان

الباب الثالث
حالات دعوى البطلان

تنقسم حالات البطلان التي وردت في قانون التحكيم إلى ثلاث مجموعات نخصص لكل مجموعاً فصلاً مستقلاً نبين فيه هذه الأسباب وموقف القانون اليمني والمصري ، وقبل ذلك نتكلم في مبحث تمهيدي حول موقف الفقه في تفسير أسباب بطلان حكم التحكيم ،وعلى ذلك سنقسم هذا الباب إلى مبحث تمهيدي وثلاثة فصول على النحو التالي :

مبحث تمهيدي : موقف التشريعات من تفسير أسباب بطلان حكم التحكيم .

الفصل الأول : حالات بطلان حددها المشرع .

الفصل الثاني : حالات بطلان لم يحددها المشرع .

الفصل الثالث : حالات بطلان لمخالفة النظام العام .

مبحث تمهيدي
موقف التشريعات من تفسير أسباب بطلان حكم التحكيم

الأصل أن القانون - سواءً في القانون المدني أو في قانون المرافعات - لا ينص على أسباب البطلان على سبيل الحصر وإنما يرد القاعدة العامة في ذلك بحيث ينظم المشرع الأعمال القانونية - تصرفاً قانونياً أو عملاً إجرائياً - ويضع لها شروطاً وأركاناً ، ويترتب على مخالفة أي من هذه الشروط حالة البطلان .

ويتحدد نوع البطلان بحسب القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها ، وهل قصد بها المشرع حماية المصلحة العامة أم المصلحة الخاصة لأحد الخصوم [1] .

أما في قواعد التحكيم حرص المشرع على إيراد أسباب محددة على سبيل الحصر يترتب على تحققها بطلان حكم التحكيم وهنا تبدو خصوصية التحكيم كنظام مستقل في تلك الأسباب أو الحالات التي وردت تعداداً على سبيل الحصر والتي يجوز فيها إبطال حكم التحكيم وهذا موقف معظم التشريعات ومنها القانون اليمني أو المصري .

إلا أن هذه التشريعات تباينت في تحديدها لأسباب بطلان حكم التحكيم بين التوسيع والتضييق وفقاً للاتجاهين التاليين :

أولاً : الاتجاه الموسع :

يذهب هذا الاتجاه إلى التوسع في تفسير حالات البطلان بحيث يمكن إبطال حكم التحكيم لأي مخالفة أو عيب مهما كان نوعه وحالاته كالتشريع الإنجليزي ، الذي لم يحدد أسباباً محددة للطعن بالبطلان في حكم المحكم ، وهذا النظام يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقرير قيام أو عدم قيام البطلان وعلى ذلك وفقاً لهذا النظام يمكن بناء البطلان على اعتبارات شخصية مستمدة من السلوك المشين من جانب المحكم أو الخصوم أو من مخالفة نص قانوني ، ويفسر ذلك في ظل النظام الإنجليزي الذي يقوم على اعتبارات النزاهة الشخصية للقائمين على العدالة بالإضافة للقواعد القانونية والموضوعية [2] .

---

[1] عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم / مرجع سابق ص ٢٤ .

[2] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٣٩٤ .

وسند هذا الاتجاه أن المشرع أوصد كل أبواب الطعن في أحكام التحكيم وجعل لها شأناً لا تبلغه أحكام القضاء ، ولم يسمع إلا بطريق واحد لتصحيح أخطاء المحكمين وهو رفع دعوى بطلان حكم التحكيم [1] ، وتطبيقاً لهذا الاتجاه فإن الحصر التشريعي الوارد في قانون التحكيم لحالات رفع دعوى البطلان في حكم التحكيم ، هو حصر يخضع للتفسير المرن الواسع حتى يستوعب كافة حالات البطلان وكافة العيوب التي يمكن أن تشوب حكم المحكمين [2] .

إذن من غير المستساغ في نظر هذا الاتجاه أن يكون الطعن بالبطلان في حكم التحكيم قاصراً على الأسباب التي أوردها قانون التحكيم فحسب ، وإغفال أسباب البطلان الهامة والأكثر خطورة والمتعارف عليها في القواعد العامة في قانون المرافعات بمقولة أن المشرع لم يدرج هذه الأسباب في قانون التحكيم وهو ما لا يستقيم مع طبيعة الأمور [3] .

ثانياً : الاتجاه المضيق :

يذهب هذا الاتجاه إلى التفسير الضيق لحالات البطلان بحيث لا يلجأ إلى القضاء إلا في الحالات التي وردت على سبيل الحصر كالتشريع اليمني والمصري وغيرهما من التشريعات التي حددت وحصرت أسباب البطلان [4] .

وسند هذا الاتجاه هو أن دعوى البطلان ترد استثناء على قاعدة عدم قابلية حكم التحكيم للطعن فيه بأية طريقة من الطرق ، كما أن المشرع قد نص صراحة على هذا الاستثناء بنص المادة (٥٣) من قانون التحكيم اليمني التي تنص على أنه : (مع مراعاة أحكام هذا القانون لا يجوز طلب إبطال حكم التحكيم إلا في الأحوال التالية ...) ثم بدأ

---

[1] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٢١١ ، نقض يمني - الدائرة التجارية ، الطعن رقم (٣٠٨٣٤) بتاريخ ٤ محرم ١٤٢٩هـ الموافق ٢٠٠٨/١/١٢م غير منشور .

[2] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٣٢ ، في المعنى ذاته راجع : محمد علي عويضة / حق الدفاع / مرجع سابق ص ٥١٤ .

[3] راجع في هذا المعنى حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٢٩ .

[4] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٣٦٠ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤٤٩ ، علي سالم إبراهيم / ولاية القضاء على التحكيم / رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ١٩٩٥ ، ط ١٩٩٧ ، ص ٣٥٩ ، أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٠٩ .

بسرد هذه الحالات ، وكذلك نص المادة (١/٥٣) من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه : (لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال التالية ...) ثم عدد هذه الحالات .

مؤدى ذلك وفقاً للاتجاه الضيق أن حالات دعوى بطلان حكم التحكيم واردة في القانون على سبيل الحصر ، فلا يجوز رفع دعوى البطلان للتمسك بحالة بطلان لم ترد ضمن الحالات المنصوص عليها [١] .

رأي الباحث في تفسير حالات البطلان :

وفي تقديرنا أن الاتجاه الموسع لتفسير حالات البطلان هو الأولى بالاعتبار [٢] وتبرير ذلك أن التفسير الموسع لحالات البطلان يؤدي إلى نتائج عملية جيدة بحيث يبطل الحكم المخالف لمقتضيات ومفترضات العمل الإجرائي طبقاً للقواعد العامة للبطلان وبالتالي يترتب البطلان في الحالات المحددة في كل حالة يكون فيها حكم التحكيم - باعتباره عملاً إجرائياً - باطلاً وسندنا في ذلك ما ذهب إليه بعض الفقه في تفسير نص المادة (٥٣) تحكيم مصري التي أضافت حالة عامة تشمل كل أسباب البطلان وهي (إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم) م(١/٥٣/ز) من ذات القانون .

ووفقاً لهذا التبرير يمكن طلب إبطال حكم التحكيم طالما كان البطلان مؤثراً في الحكم ولو كان هذا العيب غير وارد ضمن الحالات التي أوردتها المادة (٥٣) تحكيم مصري.

كما أنه يمكن تبرير التفسير الموسع في القانون اليمني من خلال تفسير حالات البطلان المقررة في قانون التحكيم تفسيراً واسعاً ، من خلال القواعد المقررة للانعدام المنصوص عليها في قانون المرافعات المواد (٥٥- ٥٨) منه باعتبار الحكم عملاً إجرائياً كما سبق أن ذكرنا فإنه يطبق عليه جزاء البطلان والانعدام ، وأكد على انعدام العمل القضائي ولو كان صادراً من محكم طبقاً للمادة (١٢) مرافعات يمني والتي تنص على أنه

---

[١] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٧٢ ، استئناف القاهرة - دائرة ٨ تجاري في ١٩٩٩/٧/٢٠ رقم ٧ ق لسنة ١١٦ ق مشار إليه لدى أحمد محمد عبدالصادق / المرجع العام في التحكيم / مرجع سابق ص ١٢٦ ، وحكم النقض الفرنسي ١٩٨٧/١/٦ المشار إليه لدى عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ص ٣٦٠ ، استئناف القاهرة - دائرة ٩١ تجاري - دعوى رقم ٤٢ لسنة ١٢٠ ق تحكيم في ٢٠٠٥/٣/٣٠ مشار إليه لدى أحمد محمد عبدالصادق / المرجع السابق ص ١٩٧ ، نقض مصري في ٢٠٠٠/١/١٢ في الطعنين رقم ٦٥٢٩ / ٦٥٣٠ لسنة ٦٢ ق ، مشار إليه لدى محمدي فتح الله حسين ، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري / دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٠٢ .

[٢] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٧٢ .

(لا يجوز للقاضي أن يفتح نزاعاً حسم بحكم قائم صدر من ذي ولاية قضائية أو من حكم ...) والمادة (١٥) من ذات القانون التي تنص على أنه يترتب على مخالفة ذلك الانعدام بمعنى أن العمل القضائي يعتبر منعدماً خالف حجية الأمر المقضي به قاضياً أم محكماً وبالتالي فإن مخالفة الحجية في هذه المادة يعتبر عيباً جسيماً يوجب انعدام العمل القضائي سواء كان صادراً من محكمة أو محكم ؛ لأن اللفظ في هذه المادة ورد على سبيل العام ، ومن ثم يفهم منها تطبيق جزء الانعدام على الحكم القضائي أو حكم التحكيم .

ولذلك إذا فقد حكم المحكم ركناً من أركانه الأساسية كما لو كان صادراً بدون اتفقا تحكيم أو صادراً من شخص ليس له سلطة في إصداره أو كان الحكم غير مكتوب أو غير موقع عليه من هيئة التحكيم فإنه يكون منعدماً ، فلا يتحصن بمضي مدة الطعن ولا يجوز حجية الأمر المقضي ، وهنا يظهر الفرق بين بطلان الحكم وانعدامه ، فانعدام حكم التحكيم باعتبار أنه فقد ركناً من أركانه يجعله لا يتحصن بمضي المدة ولا يجوز الحجية.

ولذلك فإننا نرى جواز بطلان الحكم التحكيمي المنعدم وإلغائه في أي وقت ولو بعد مضي مدة الطعن طبقاً للمادة (٥٦) مرافعات يمني التي تنص على أنه : (إذا تعلق الانعدام بحكم قضائي أياً كانت المحكمة أو الهيئة التي أصدرته فلا يكون لهذا الحكم أي أثر شرعي وقانوني ، ويعتبر منعدماً إذا فقد أحد أركانه المنصوص عليها في المادة (٢١٧)) .

أما لو كان العيب يؤدي إلى إبطال حكم التحكيم فإنه يتحصن بمضي المدة وينبغي رفع الدعوى ببطلانه في الميعاد المقرر قانوناً [١] .

وإذا كان الأمر كذلك ينبغي طبقاً للقانون اليمني تفسير أسباب البطلان تفسيراً واسعاً ليستوعب الأسباب أو الحالات التي تؤدي إلى انعدام المحكم ، وكذلك حالة ما إذا كان الحكم مبنياً على الغش أو ورقة مزورة أو شهادة زور ، فيعتبر الحكم منعدماً أيضاً باعتبار أن الغش يفسد كل شيء ، وبالتالي يمكن إدخال هذه الحالة ضمن حالات البطلان.

وعلى ذلك نرى أن يتبنى المشرع اليمني نصوصاً قانونية صريحة تقرر جزاء الانعدام للأحكام التحكيمية التي فقدت أحد أركانها للأسانيد التي ذكرناها سابقاً عند تعريف حكم التحكيم وعند تحديد هدف دعوى البطلان [٢] .

---

[١] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٣٣ .

[٢] راجع ص من هذا البحث .

الفصل الأول
حالات بطلان حددها المشرع

الفصل الأول
حالات البطلان التي حددها المشرع

يعد تعيب اتفاق التحكيم من أهم أسباب إبطال حكم التحكيم التي نصت عليها معظم التشريعات التي نظمت التحكيم ، ذلك أن اتفاق الطرفين هو مصدر التحكيم ذاته وجوهره ، كما أنه أساس حكم التحكيم ، فيجب أن يكون هذا الأساس صحيحاً وخالياً من العيوب حتى صدور الحكم ، والاتفاق أيضاً هو مصدر سلطات المحكمين ، فالمحكم يستمد سلطته القضائية من هذا الاتفاق ، وقضاؤه خارج حدوده يعد مخالفة لمصدر سلطته ، ولا يكفي ذلك بل لا بد من أن تكون هناك خصومة سليمة تسير سيراً حسناً حتى صدور الحكم طبقاً للمفترضات والشروط القانونية التي رسمها قانون التحكيم بالإضافة للمبادئ الأساسية للقضاء والتقاضي المنصوص عليها في القانون الإجرائي المتعلقة بمبدأ المواجهة وحقوق الدفاع ، ولهذا نص القانون على بطلان الحكم نتيجة لعيوب لحقت الخصومة ، لذلك نبين العيوب المنصوص عليها في القانون والتي تتعلق بالخصومة ، بدءاً بالخصومة وانتهاءً بصدور الحكم في مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : حالات البطلان التي تتعلق باتفاق التحكيم .

المبحث الثاني : حالات البطلان التي تتعلق بخصومة التحكيم .

المبحث الأول
حالات البطلان التي تتعلق باتفاق التحكيم

نص قانون التحكيم اليمني والمصري على مجموعة من الحالات التي تؤدي إلى إبطال حكم التحكيم تتعلق باتفاق التحكيم ومن ثم إلى قبول دعوى بطلان حكم التحكيم نتكلم عنها تباعاً .

الحالة الأولى : إذا لم يوجد اتفاق على التحكيم (مادة ٥٣/١/أ) تحكيم مصري ، تقابل (مادة ٥٣/أ) تحكيم يمني :

سواءً اتخذ شرطاً أو مشارطة لأن الاتفاق يمثل الركيزة الأساسية لشرعية عملية التحكيم [١] ، وتتوافر هذه الحالة إذا لم يوجد اتفقا تحكيم أو وجد ولكنه فسخ أو انتهى قضاءً أو اتفاقاً قبل صدور حكم التحكيم [٢] .

وإذا كانت أغلبية قوانين التحكيم الوطنية [٣] والاتفاقيات الدولية [٤] ، أوردت من بين حالات الطعن بالبطلان هذه الحالة ، إلا أنه من الناحية العملية يصعب تصور اللجوء إلى التحكيم دون سبق الاتفاق عليه [٥] ، ومع ذلك إذا ادعى أحد الأطراف أمام القضاء بعدم وجود اتفاق التحكيم لعدم اتفاق التحكيم أصلاً أو لعدم إبرامه مثل هذا الاتفاق ، فإن على القاضي البحث عن الوجود القانوني بمعناه الواسع ، وليس فقط في الوجود المادي له بوجود أصله ، أو صورة رسمية منه ضمن مستندات الدعوى ، فإذا استوثق من وجوده قضى

---

[١] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري م مرجع سابق ص ٢٣ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٩٣ ، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية / مرجع سابق ص ٢٩٨ .

[٢] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٧٣ .

[٣] راجع في ذلك نص المادة (١٨٦/أ) من قانون التحكيم الكويتي ، م (٢٥/أولاً) من تشريعات التحكيم بالمملكة العربية السعودية ، م(٢٧٣) من قانون التحكيم العراقي ، م(٢٤٣) من قانون التحكيم البحريني ، م(١/٤٩) من قانون التحكيم الأردني ، م (٥٣/١/أ) من قانون التحكيم العماني ، م(٤٥٨/١) من قانون التحكيم الجزائري .

[٤] راجع في ذلك نص م(٥/١/أ) من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م ، نص م(٣٤/٢/١/أ) من القانون النموذجي ١٩٨٥م .

[٥] أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء حكم التحكيم / مرجع سابق ص ٥٠ ، أحمد هندي / تنفيذ أحكام المحكمين / مرجع سابق ص ٣١ .

بصحته[1] ، ومن تطبيقات هذه الحالة تقديم المحتكم لهيئة التحكيم أوراق كمستندات التفاوض ، أو خطاب نوايا ، أو مراسلات يستخلص منها أركان اتفاق التحكيم ، ويزعم الطرف الآخر المدعى عليه بأنه يعتبر هذه الورقة أو المستند متعلقاً بمرحلة مفاوضات سابقة لم تصل إلى اتفاق تحكيم ملزم [2] وكذلك الحال إذا ما وجد هذا الاتفاق في عقد ضمن مجموعة عقود متشابهة ، ونشأ خلاف ما إذا كان هذا الاتفاق يسري على غير العقد الذي يتضمنه [3] وإذا تم تجديد العقد الذي يتضمن شرط التحكيم ، أو إذا تم التصالح بشأن النزاع الناشئ عن هذا العقد ، وادعى أحد الأطراف أن شرط التحكيم أصبح بعد التجديد أو التصالح غير موجود [4] وإذا وجدت حوالة للحق محل العقد الأصل ، ونازع المحال إليه حول انتقال شرط التحكيم إليه ، وإذا تعدد أطراف العقد الأصلي وادعى أحدهم أنه أجبر على الدخول في تحكيم أبرمه أو اتفق عليه طرف آخر [5] .

وقد يثور خلاف حول طبيعة الاتفاق ، كأن يدعي أحد الأطراف أن الاتفاق المبرم بينه وبين الطرف الآخر لا يعد اتفاقاً على التحكيم ، وإنما كان الاتفاق على الالتجاء إلى الخبرة الفنية أو إلى وسيط وليس محكم ، أي الاتفاق إلى اللجوء إلى غير التحكيم [6] ، وقد تحدث هذه الحالة أيضاً إذا وجد شرط التحكيم في عقد نازع أحد الأطراف في سريانه عليه كمتعاقد عن طريق وكيل أو سمسار حين لا يوجد توكيل خاص بشأن التحكيم [7] .

ويدخل في إطار هذه الحالة التي يخلو فيها العقد المبرم بين الأطراف في اتفاق التحكيم في الوقت الذي ارتضى فيه هؤلاء الخضوع لشروط أحد العقود النموذجية - باعتبارها جزءاً مكملاً للعقد - التي تنطوي بدورها على هذا الشرط وهو ما يسمى (اتفاق التحكيم بالإحالة) فيدفع الخصم بعدم رضائه بهذا الاتفاق بزعم جهله بانطواء العقد النموذجي على ذلك الشرط [8] .

---

[1] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٣١٩ .

[2] حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٤٨٦ .

[3] حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٤٨٦ .

[4] مختار بريري / التحكيم / مرجع سابق ص ٥٢ .

[5] عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم / مرجع سابق ص ٤٢ .

[6] محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٣٠٦ .

[7] راجع في ذلك أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٥٠ هامش رقم (٣) .

[8] راجع في ذلك حازم كمال وسعيد مصطفى عفيفي / الموسوعة الشاملة في التحكيم ص ٤٦٥ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٣٦٢ .

وعلى ذلك الادعاء بأن حكم التحكيم قد فصل في مسألة لا يشعلها اتفاق التحكيم أو بالنسبة لشخص ليس طرفاً في هذا الاتفاق ففي مثل هذه الحالات يكون حكم التحكيم كأنه قد صدر بدون اتفاق تحكيم ، بشأن هذه المسألة وبالنسبة لهذا الشخص [1] .

وقد أفرد قانون التحكيم المصري لهذه الحالة نصاً خاصاً ضمنه في الفقرة (و) من المادة (٥٣) تحكيم ، وكذلك الفقرة (د) من المادة (٥٣) من قانون التحكيم اليمني .

إذا بدأت إجراءات الخصومة أمام هيئة التحكيم دون اتفاق تحكيم فإن هذا العيب يزول إذا حضر الطرفان أمام هيئة التحكيم دون تحفظ ، وبالتالي فإن عدم وجود اتفاق تحكيم لا يصلح سبباً للبطلان إلا إذا كان أحد الطرفين لم يحضر أمام الهيئة أو حضر مع التحفظ ، ومع ذلك لا يمكن القول بوجود اتفاق تحكيم ضمني بين الطرفين ، ذلك أن الحضور ومباشرة الإجراءات أمام الهيئة يجب أن يثبت في محضر الجلسة أو في مذكرات متبادلة ، إذ اتفاق التحكيم ولو كان ضمنياً فإنه يجب أن يكون كتابة [2] .

ويبقى التساؤل حول أثر صدور الحكم دون استناده لاتفاق التحكيم ؟

وتطبيقاً لذلك إذا صدر الحكم التحكيمي بدون اتفاق التحكيم فنرى وبوضوح أن هذا الحكم قد فقد ركناً من أركانه وبالتالي يكون منعدماً ، فلا يتحصن هذا الحكم بفوات الميعاد ولا يجوز حجية الأمر المقضي كما ذكرنا سابقاً باعتباره منعدماً طبقاً للمادة (٥٦) مرافعات يمني .

وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجوز رفع دعوى البطلان في أي وقت دون التقيد بالمواعيد المقررة قانوناً لرفعها ، كما يجوز للمحكوم عليه الدفع بالانعدام أمام قاضي التنفيذ وعدم الاحتجاج به باعتبار أنه لا حجية له طبقاً للمادة (٥٨) مرافعات يمني [3] وبناءً على ذلك

---

[1] أحمد شرف الدين / الإشارة السابقة .

[2] تفصيلاً راجع عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٣٦٢ ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٥٠٠ ، راجع م (١٢) تحكيم مصري والتي تنص على أنه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة) ، ويقابل هذه المادة نص المادة (١٥) من قانون التحكيم اليمني : نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٣٩٦ .

[3] ذلك أن المشرع يشترط لتنفيذ حكم التحكيم في المادة (٥٩) (... ب- صورة من اتفاق التحكيم ، ج- صورة من محضر إيداع الحكم ...) فإذا كان اتفاق التحكيم غير موجود فلن يكون هناك إيداع وبالتالي لا يمكن تنفيذه وعلى ذلك فإذا صدر أمر بتنفيذه عن طريق الخطأ وهذا قد يحدث نادراً في الواقع العملي فإن للمنفذ ضده أو المحكوم عليه الدفع بالانعدام أمام قاضي التنفيذ طبقاً للمادة (٥٨) مرافعات يمني .

قضت محكمة استئناف القاهرة بأن عدم وجود اتفاق على التحكيم يبطل الحكم إلى درجة الانعدام لصدوره ممن ليست له ولاية بإصداره - وهو بطلان يتعلق بالنظام العام وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها [1] .

الحالة الثانية : إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال (مادة ٥٣/١/أ) تحكيم مصري ، تقابل مادة (٥٣/أ) تحكيم يمني :

يخضع اتفاق التحكيم سواءً اتخذ صورة شرط أو مشاركة لما تخضع له التصرفات القانونية من أحكام تتعلق بأركانه الموضوعية أو أركانه الشكلية ، فيسري على اتفاق التحكيم ما يسري على العقود ، وإلى جانب القواعد العامة في العقود يجب أن تتوافر في هذا الاتفاق الشروط الخاصة التي وضعها قانون التحكيم باعتباره اتفاقاً خاصاً .

وقانون التحكيم سواءً المصري أو اليمني لم يحدد سبباً معيناً لبطلان الاتفاق أو لقابليته للإبطال ، وعلى هذا الأساس يكون اتفاق التحكيم في الحالات الآتية :

أولاً : تخلف الشروط العامة لاتفاق التحكيم باعتباره تصرفاً قانونياً :

يبطل اتفاق التحكيم إذا تخلف أحد الشروط العامة اللازمة لوجود الاتفاق أو لصحته باعتباره عقداً وهي الرضا ، والمحل ، والسبب [2] ، وعلى ذلك يبطل الاتفاق إذا وجد فيه عيب من (عيوب الإرادة) كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو كما في حالة نقص الأهلية أو انعدامها، أو إذا كان فيه عيب يتعلق بمحله أو سببه كأن يكون محله غير موجود أو غير ممكن أو غير معين أو قابلاً للتعيين أو يكون سببه غير مشروع ، أو إذا كان معيباً في شكله كما لو تطلب القانون إخراج الإرادة في شكل محدد للتعبير عن الإرادة .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه : (من المقرر أنه لكي يكون اتفاق التحكيم صحيحاً منتجاً لآثاره أن يقوم على التراضي بين طرفيه بمعنى تطابق إرادتهما أو اتجاهها إلى ترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون ما اتفق عليه ، وأن يرد ذلك التراضي على

---

[1] حكم محكمة استئناف القاهرة في ٢٠٠٢/١٢/٣٠ - طعن رقم ١٢ لسنة ١٩ ق مشار إليه لدى أحمد محمد عبدالصادق ، المرجع العام في التحكيم / مرجع سابق ص ١٣١ .

[2] راجع في ذلك حفيظة الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٢٨ ، راجع تفصيلاً أحمد شوقي محمد عبدالرحمن / مصادر الالتزام الإدارية وغير الإدارية / منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢ ص ٥٨ وما بعدها ، راجع في الاتفاق الإجرائي أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام / مرجع سابق ص ٨١٣ وما بعدها .

محل ممكن ومشروع أن يستند إلى سبب مشروع وإلا طبق على هذا الاتفاق ما يطبق على العقود من القواعد العامة بشأن بطلانها وقابليتها للإبطال) [1] .

وتدخل في هذه الحالة ما تقرره المادة (٥٣/ب) تحكيم مصري والمادة (٥٣/ب) تحكيم يمني ، ومضمونها أن فقد أهلية أحد الأطراف يؤدي إلى بطلان الاتفاق غير أن النص في القانون على ذلك كان قادراً لأن الفقرة الأولى من المادة السابقة من قانون التحكيم تستوجب الحالتين الحالة الأولى وهي حالة بطلان اتفاق التحكيم والثانية حالة بطلان الاتفاق لنقص الأهلية ، لذلك نذهب مع ما ذهب إليه جانب من الفقه [2] الذي يرى أن هذه الحالة تعتبر تزايداً وتكراراً لا معنى له بعد نص الفقرة (أ) ، ومن الملاحظ أن الفقرة (ب) من المادة (٥٣) تحكيم يمني لم تقرر بطلان الحكم لنقص الأهلية ، وإنما تقرر جواز إبطاله لفقد الأهلية على اعتبار عيب فقد الأهلية يتضمن فاقد الأهلية وناقصها ، بينما تضمنت الفقرة (ب) من المادة (٥٣) تحكيم مصري ذلك .

كما يلاحظ على قانون التحكيم اليمني أنه لم يتضمن القيد الوارد الذي تضمنه القانون المصري بالفقرة (ب) من المادة (٥٣) تحكيم مصري ، والتي تنص على أنه إذا كان بطلان الاتفاق مبنياً على فقد الأهلية أو نقصها ، فلا يكون سبباً للبطلان إلا إذا كان الطرف فاقد الأهلية أو ناقصها طبقاً للقانون الذي يحكم أهليته ، وليس لقانون القاضي الذي ينظر دعوى البطلان [3] ، فقد يكون الطرف فاقد الأهلية أو ناقصها طبقاً للقانون المصري في حين يعتبره القانون الذي يحكم أهليته كامل الأهلية والعكس [4] ، لذا نوصي المشرع اليمني بتبني مثل هذه الإضافة للفقرة (ب) من المادة (٥٣) تحكيم يمني حتى يمكن تلافي ما قد يحدث من خلاف بسبب تحديد القانون الذي يحكم أهلية الأطراف طبقاً

---

[1] حكم محكمة استئناف القاهرة في دعوى بطلان حكم التحكيم رقم (٢) لسنة ١١٨ ق م الصادر في ٢٠٠١/٥/٢٢م مشار إليه لدى أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٣٥ وما بعدها ، هامش رقم (١) .

[2] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٢٢٠ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ١٠٢٠ ، سلطان الشجيفي / الرسالة / مرجع سابق ص ٤٣ ، نجيب الجبلي / تناقضات / البحث السابق ص ٣٨٣ وكتابه قانون التحكيم اليمني / مرجع سابق ص ٥٠٣ وما بعدها .

[3] راجع في قواعد الإسناد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص : بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص .

[4] عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم / مرجع سابق ص ٤٧ .

لقواعد القانون المدني التي تخول القاضي بتطبيق قانون جنسيته على الشخص م(...) مدني يمني .

ثانياً : مخالفة اتفاق التحكيم الشروط الخاصة المنظمة في قانون التحكيم :

يبطل اتفاق التحكيم لمخالفته شرطاً أو أكثر من الشروط الخاصة الموضوعية منها أو الشكلية التي فرضها ونص عليها قانون التحكيم ومنها :

١- توافر أهلية التصرف في الحق محل النزاع :

ينص قانون التحكيم على ضرورة توافر أهلية خاصة لاتفاق التحكيم يترتب بطلان الحكم لمخالفتها بمعنى أنه من يملك الحق في اللجوء إلى التحكيم كل شخص كامل الأهلية يملك التصرف في الحق محل النزاع ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٦) تحكيم يمني والتي نصت على أنه (يشترط لصحة التحكيم ما يأتي :

أولاً : أن يكون المحتكم أهلاً للتصرف في الحق موضوع التحكيم على أن لا يقبل التحكيم من الولي أو الوصي إلى المصلحة أو من المنصوب إلا بإذن المحكمة ...) المادة (١١) تحكيم مصري والتي تنص على أنه (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه) .

معنى ذلك أنه نظراً لما لاتفاق التحكيم من أهمية وخطورة في الوقت ذاته فيشترط في الأطراف التي تبرمه أن تكون أهلاً للتصرف بالحق محل التحكيم ، أي يشترط في أطراف اتفاق التحكيم أن يتوافر لديهم أهلية التصرف وهي تقابل أهلية الأداء والتي يكتسبها الشخص ببلوغه سن الرشد بشرط أن يكون رشيداً ، أي متمتعاً بكامل قواه العقلية وغير محجوز عليه عن إجراء أي تصرف من التصرفات القانونية [١] .

وقد حدد الأهلية التجارية في القانون اليمني م(٥٠) مدني يمني بخمس عشرة سنة ، وهذا في حالة إذا كان النزاع مدنياً أما إذا تعلق النزاع بمعاملة تجارية فالأمر مختلف حيث حدد القانون التجاري اليمني سن الرشد بثماني عشرة سنة [٢] بينما حددت المادة (٤) مدني مصري في الفقرة الأولى (سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة) .

---

[١] راجع في ذلك : عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ١٠٠ ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ١٥٩ .

[٢] نصت المادة (٢٣) تجاري يمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١ ، والمعدل بالقانون رقم (١٩٩٨/٦م) على أن (كل يمني بلغ الثامنة عشر ولم يقم به مانع شرعي أو قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون أهلاً للتجارة) .

أما فيما يتعلق بأهلية الأشخاص الاعتبارية يلاحظ أن المادة (٦) تحكيم يمني أنها لم تشر إلى أهلية الأشخاص الاعتبارية لإبرام اتفاق التحكيم ، بينما أشارت المادة (١١) تحكيم مصري إلى ذلك ، والتي تنص على أنه (...لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) .

لكن بالرجوع إلى القانون نلاحظ أنه نص على الأشخاص الاعتبارية في المواد (٨٧ - ١١١) وحدد الحقوق التي يتمتع بها الشخص الاعتباري ومن ضمنها الأهلية في م(٩١) ومن هذه الحقوق صلاحية الشخص لأن يكون خصماً أمام القضاء .

وينبني على ذلك أنه من تتوافر فيه الشروط اللازمة ليكون شخصاً اعتبارياً كان له أهلية التقاضي وإذا كانت أهلية إبرام اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف وكان لمن يملك التصرف بالحق محل التحكيم جاز له إبرام اتفاق التحكيم بهذا الحق ، ولا تثور المشكلة بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة باعتبار أ، من يمثله وكان له حق التصرف بالحكم محل التحكيم وفقاً لأنظمة الأساس كان له الحق في إبرام اتفاق التحكيم ؛ أما الأشخاص الاعتبارية العامة نلاحظ أن قانون التحكيم المصري م(١) لسنة ١٩٩٧م أجاز لها إبرام اتفاق التحكيم بشرط موافقة الوزير المختص أي الأشخاص

وقد حسم المشرع المصري هذا الخلاف وهو بصدد خلاف الفقه بشأن مدى جواز اتفاق أشخاص القانون العام على التحكيم بخصوص العقود الإدارية بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م الذي أضاف إلى المادة الأولى فقرة ثانية مفادها أن اتفاق التحكيم لا يكون صحيحاً ما لم يكن مسبوقاً بموافقة من الوزير المختص .

القانون العام الحق في إبرام اتفاقات التحكيم ولا يوجد في قانون التحكيم اليمني نص مماثل لهذا النص كما لا يوجد نص يمنع الدولة وأشخاص القانون العام من إبرام اتفاقيات التحكيم ، وعلى ذلك طبقاً للقانون المصري إذا لم يوقع اتفاق التحكيم من رئيس الجهة المعنية دور الرئيس المختص يكون التحكيم باطلاً[١] .

لأن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق التحكيم بل يجب أن يقرر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول أن لولا إجازة المشرع الالتجاء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام

---

[١] كما هو الحال في قضية الهرم ، انظر تفصيلاً في هذه القضية : حفيظة السيد الحداد / الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ٢٠٠١ ص ١٥٠ وما بعدها .

المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها كافية [1] ولذلك تكون أهلية الأشخاص القانونية العامة في التصرف والقيام بالأعمال اللازمة لتحقيق الأهداف المنوط بها تحقيقها إنما هي أهلية محددة تنظمها القوانين والقرارات المنشأة لها [2] .

وعلى ذلك تلاحظ الأهلية التي ينبغي توافرها في أشخاص القانون العام هي أهلية التصرف المتمثلة بقرار اختصاصها المنظمة في مجال القانون العام لهيئة ، أو فرد وهو تفويض يستمد من الجهات المختصة هيئة كانت أو فرداً صلاحيتها في إصدار العمل العام أو التصرف في أي شأن عام .

وبالتالي يجوز رفع دعوى البطلان إذا أبرم اتفاق التحكيم شخص ناقص الأهلية أو فاقدها طبقاً للمادة (٥٣/ب) تحكيم يمني ، المادة (٥٣/أ/ب) تحكيم مصري ، إلا أن هناك اختلافاً فقهياً بالنسبة لنوع البطلان المترتب على هذه الحالة ، فذهب البعض إلى أن هذا الاتفاق يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلق بالنظام العام [3] ، أي أن المحكمة تملك أن تقضي به من تلقاء نفسها ، كما يملك أي طرف التمسك بهذا البطلان ، ولا يصح هذا البطلان بتنازل الأطراف عنه.

وانتقد هذا الرأي بالقول أن هذا البطلان خاص فلا يكون لغير ناقص الأهلية التمسك ببطلان اتفاق التحكيم ، ولا تمسك المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها [4] .

ونحن نؤيد الاتجاه الأول باعتبار أن البطلان يتعلق بالنظام العام نظراً لأهمية اتفاق التحكيم ورعاية لناقص الأهلية ولأن مسائل الأهلية تتعلق بالنظام العام ، كما أن العقد لا تصححه الإجازة اللاحقة من الأطراف ، فيجب أن يحاط اتفاق التحكيم بضمانات أقسى وأشد من سائر العقود الأخرى ، لذلك فإن البطلان هنا بطلان عام يجوز أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، كما لا يجوز لأي خصم التمسك به .

---

[1] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملف ١٩٦٣/٦/٨٦ جلسة ١٩٧٠/١٠/٧ لدى حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٤ ص ٧٠ .

[2] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملف ١٢٢/١/٤٧ جلسة ١٩٨٨/٨/٣٠ لدى نفس المكان السابق .

[3] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ٥٢ وما بعدها .

[4] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٢١٧ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٣٩٩ ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٢٠٣ ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سباق ص ١٤٤ .

٢- مخالفة تحديد موضوع النزاع الذي يرد عليه التحكيم :

وهذا الشرط نص عليه قانون التحكيم ، ذلك أن حمل اتفاق التحكيم يكون موجوداً في حالة التحكيم بينما يوجد مستقبلاً في شرط التحكيم عند حدوث النزاع [١] ، وقد أخذ بها المبدأ قانون التحكيم المصري في نص المادة (٢/١٠) تحكيم مصري حيث نصت على أنه (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواءً قام مستقبلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون ، كما لا يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً .

كما تضمنت المادة (٥٣) تحكيم يمني المعدة بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م النص على تحديد النزاع في اتفاق التحكيم تحديداً عاماً دون تفصيل ، وذلك على عكس القانون المصري والذي اشترط تحديد النزاع في اتفاق التحكيم في حالة مشارطة التحكيم فقط ، ورتب على عدم تحديد النزاع في المشارطة البطلان غير أن البطلان في هذه الحالة هو بطلان خاص حيث يزول بتحديده في أثناء إجراءات التحكيم كما يجوز تعديله أيضاً باتفاق الأطراف .

٣- أن يكون محل أو موضوع اتفاق التحكيم مما يجوز فيه التحكيم :

نصت المادة (٥) تحكيم يمني على أنه (لا يجوز التحكيم فيما يلي :

أ - الحدود واللعان وفسخ عقود النكاح.

ب- رد القضاة ومخاصمتهم .

ج- المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ جبراً.

د- سائر المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

هـ- كل ما يتعلق بالنظام العام.

---

[١] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ١٠٤ .

فالقانون اليمني ضرب أمثلة للحالات التي لا يجوز فيها التحكيم ، وذلك خلافاً لما هو عليه في أغلب التشريعات العربية [1] والتي نصت على القاعدة العامة دون تعداد حالات مضمونه هذه القاعدة ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم والعكس صحيح ومنها القانون المصري في نص المادة (١١) تحكيم مصري [2] .

وعلى ذلك صدر الحكم في مسألة لا تقبل التحكيم فإنه يجب على القضاء أن يحكم ببطلان هذا الحكم وإن لم يطلب منه ذلك طبقاً لنص المادة (٥٥) تحكيم يمني والتي نصت على أنه (يجوز لمحكمة الاستئناف أن تحكم ببطلان حكم التحكيم حتى ولو لم يطلب منها ذلك في الأحوال التالية : (أ - إذا صدر الحكم في مسألة لا تقبل التحكيم ...)

٤- أن لا يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره م(١/١٦) تحكيم مصري :

ويقابل هذا النص المادة (٢٠) من قانون التحكيم اليمني والتي نصت على أنه (لا يجوز أن يكون المحكم فاقداً الأهلية أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية أو غير صالح للحكم فيما حكم فيه ، ويكون قبول المحكم لمهمته كتابياً) ومن الملاحظ أن هذه المادة تشترط شرطاً آخر إضافة للشرط السابق وهو قبول المحكم لمهمته كتابياً ، وهو ما نصت عليه م(٣/١٦) يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاليته أو حيدته.

٥- كما يلزم تعيين شخص المحكم أو المحكمين في اتفاق تحكيم (شرط مشارطة) :

نصت المادة (١٧) تحكيم يمني على أنه (يجب تعيين شخص المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم وفيما عدا التحكيم بين الزوجين ، أو الحالات التي يتفق فيها الأطراف على خلاف ذلك ، إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان باطلاً) .

---

[1] انظر المادة (٢) من قانون التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٦) والمادة (٩) من قانون التحكيم الأردني ، المادة (٧) من قانون التحكيم التونسي ، المادة (١١) من قانون التحكيم العماني ، المادة (٢٥٤) من قانون التحكيم العراقي .

[2] تنص المادة (١١) تحكيم مصري على أنه (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا لشخص طبيعي أو اعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) وقد تم الإشارة لهذه المادة في الشرط الأول من الشروط الخاصة باتفاق التحكيم .

يتضح هذا الشرط من خلال نص المادة (١٧) تحكيم يمني ، حيث أوجب المشرع اليمني التعيين واعتبره أمراً جوهرياً ولم يعتبره أمراً جوازياً ، ورتب على مخالفته البطلان ، وبالتالي يعد تعيين المحكم أو المحكمين ركناً أساسياً من أركان اتفاق التحكيم وليس شرطاً لصحة هذا الاتفاق [١] .

بينما لم ينص قانون التحكيم المصري على تعيين المحكم في وثيقة التحكيم كما كان في القانون السابق وإنما منح الخصوم حرية كبيرة في تحديد طريقة الاختيار م(١٧) تحكيم مصري.

٦- مخالفة الشكل المقرر لاتفاق التحكيم :

نصت المادة (١٥) من قانون التحكيم اليمني [٢] على أن (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ، سواء قبل قيام الخلاف أو النزاع أو بعده وحتى ولو كان طرفا التحكيم قد أقاما الدعوى أمام المحكمة ويكون الاتفاق باطلاً إذا لم يكن مكتوباً أو محدداً به موضوع التحكيم ، ويكون الاتفاق مكتوباً إذا تضمنته وثيقة تحكيم أو برقيات أو خطابات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة ذات الطابع التوثيقي) .

وقد رتبت المادة السابقة بطلان الاتفاق إذا لم يكن الاتفاق مكتوباً ولم تجز الاتفاق على التحكيم إلا باتخاذه شكلاً معيناً وهي الكتابة وإلا ترتب بطلان الحكم ، يعني ذلك أن الكتابة مطلوبة للانعقاد ولم تعد شرطاً للإثبات ، وذلك على خلاف ما جاء في المادة (٤) تحكيم يمني، والتي تقضي بأن الكتابة شرط للإثبات ، بمعنى أن اتفاق التحكيم اتفاق شكلي [٣] .

غير أن بعض التشريعات ومنها القانون اليمني تخلط بين الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم وبين الكتابة كوسيلة لإثبات اتفاق التحكيم ، والتمييز بين المعنيين في منتهى الأهمية إذ يترتب على اعتبار الكتابة من شروط صحة اتفاق التحكيم ، بالتالي يترتب على تخلفها بطلان شرط التحكيم وبالتالي بطلان الحكم وهو ما يجعل من اتفاق التحكيم من

---

[١] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ٤١ ، محمود السيد التحيوي / اتفاق التحكيم وقواعده / مرجع سابق ص ٦١٦ ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٢٨٢٤٣) - بتاريخ ٢٦ ذي القعدة ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/١٢/١٦م غير منشور .

[٢] يقابلها نص المادة (١٢) تحكيم مصري .

[٣] انظر فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٩٣٨ ، محمود السيد التحيوي / اتفاق التحكيم وقواعده / مرجع سابق ص ٤٢٤ وما بعدها .

نوع الاتفاقيات الشكلية ، أما إذا كانت الكتابة وسيلة إثبات اتفاق التحكيم فلا يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم [1] .

وعلى ذلك نوصي المشرع اليمني بضرورة رفع مثل هذا التناقض الموجود بنص المادة (١٥) تحكيم يمني ونص المادة (٤) تحكيم يمني ، واعتبر قانون التحكيم اليمني على أساس أن الاتفاق يعتبر مكتوباً إذا تضمنته رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة ذات الطابع التوثيقي ، عن طريق الفاكس أو الكمبيوتر (الإنترنت) بحيث يتم الاتفاق بين الأطراف على التحكيم من خلال المراسلة .

ويجوز أن يتم الاتفاق عن طريق الإحالة إلى عقد نموذجي يحتوي على شرط تحكيم ، سواء في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل ويشترط في الإحالة أن تكون واضحة وصريحة ومكتوبة ، ولم يشر قانون التحكيم اليمني إلى هذه الحالة بينما أشارت إليها المادة (٣/١٠) تحكيم مصري والتي تنص على أنه (ويعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة يتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإجابة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد).

الحالة الثالثة : إذا سقط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته (مادة (١/١/٥٣) تحكيم مصري ، مادة (٥٣/أ) تحكيم يمني :

ذكرنا سابقاً أن القانون اليمني لم ينص على مدة قانونية يتم خلالها صدور حكم التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد تلك المدة ، وقد أعطى الحق للخصوم بتنظيم ذلك ، غير أن عدم النص على ذلك يثير كثيراً من الصعوبات لتحديد هذه المهلة إذا لم يتفق الخصوم على ميعاد محدد فقد يطول أمد النزاع دون أن يتوصل الخصوم إلى حل سريع لمنازعاتهم ، وبالتالي قد يتأخر صدور الحكم إلى عدة سنوات وهذا هو الحاصل في الواقع العملي ، كما أن الحكم سلطة مؤقتة تنتهي بصدور الحكم ، لذلك فالتوقيت عنصر لازم في اتفاق التحكيم حتى لا يمتد اختصاص المحكم إلى ما لا نهاية مما يشل اختصاص محاكم الدولة [2] .

وقد نصت بعض التشريعات كالقانون المصري على مدة محددة يتم خلالها صدور الحكم حيث حدد ميعاد التحكيم باثني عشر شهراً من بدء إجراءات التحكيم م(١/٤٥)

---

[1] انظر أحمد إبراهيم عبدالتواب / اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به/ مرجع سابق ص ٢٩٦ وما بعدها .

[2] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني /مرجع سابق ص ٣٦٢ .

تحكيم مصري وعلى ذلك فقد يكون الميعاد قانونياً أو اتفاقياً تلتزم هيئة التحكيم بإصدار حكمها خلاله ، وقد أجازت التشريعات مد ميعاد التحكيم سواء باتفاق الأطراف - أثناء إجراءات التحكيم صراحة أو ضمناً [1] أو بقرار من هيئة التحكيم ، شريطة ألا تزيد فترة المد عن ستة أشهر ، وأن يتم المد قبل انقضاء الميعاد الأصلي ، لأنه بانقضاء هذا الأخير تنقضي سلطة هيئة التحكيم ولا يحق لها إصدار أي قرار في خصومة التحكيم حتى ولو بالمد [2] ، كما يجوز للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع تحديد ميعاد إضافي بناءً على طلب أحد الخصوم م(٢/٤٥) تحكيم مصري.

وقد كان المشرع المصري موفقاً بالنص على ذلك طبقاً للمادة (٤٥) ولكن لا يجوز العمل به في القانون اليمني إلا بنص خاص.

وبانتهاء الميعاد يسقط اتفاق التحكيم وبالتالي تنتهي سلطة التحكيم في نظر النزاع ويجوز لأي من طرفي التحكيم الدفع أمام هيئة التحكيم بانتهاء ميعاد التحكيم عملاً بالمادة (١/٢٢) تحكيم مصري والمادة (٢٨) تحكيم يمني .

فإذا رفضت هيئة التحكيم الدفع ، واستمرت في إجراءات التحكيم ، وأصدرت حكمها في الموضوع ، كان ذلك سبباً لإبطال حكم التحكيم م(٣/٢٢) تحكيم مصري ، م(٢٨) تحكيم يمني فترتفع دعوى البطلان إلى محكمة الاستئناف في القانون اليمني والمصري إذا كان تحكيماً تجارياً دولياً أو المحكمة المختصة إذا كان التحكيم وطنياً .

ويجب للتمسك بهذا السبب أن يثبت مدعي البطلان تجاوز هيئة التحكيم للمدة التي يجب أن تصدر فيها الحكم فإن خلت الأوراق مما يدل على هذا التجاوز فإن النعي يكون على غير أساس ، وإذا قبل أحد الخصوم الحكم رغم صدوره بعد الميعاد لا يجوز له أن يتمسك بعد ذلك بالبطلان [3] .

---

[1] راجع تفصيلاً في ذلك أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ١٩٠ ، فتحي والي / الوسيط ص ٩٩٥ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ١٦٢ وما بعدها ، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية / مرجع سابق ص ٦٧٦ وما بعدها .

[2] فتحي والي / المرجع السابق ص ٩٩٦ ، أحمد السيد صاوي / المرجع السابق ص ٩٩٢ .

[3] فتحي والي / قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق / مرجع سابق ص ٥٧٩ .

كما تجيز بعض التشريعات م(٢/٤٥) تحكيم مصري لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة [١] ، أصلاً بنظر النزاع إنهاء إجراءات التحكيم ، وعندئذ يحق له أن يرفع دعواه أمام هذه المحكمة .

غير أنه يذهب بعض الفقه إلى أن انقضاء أجل الاتفاق لا يعني بطلانه وإنما يجعله غير صالح لإصدار حكم التحكيم بناء عليه بعد زوال فاعليته ، وإذا كان حكم التحكيم المنهي للخصومة الذي يصدر بعد انقضاء أجل اتفاق التحكيم يقع باطلاً إلا أن هذا ليس من شأنه أن يمس ما يكون قد صدر من هيئة التحكيم من أحكام قطعية في فترة قيام الاتفاق[٢].

كما يلاحظ أنه إذا تعلق الأمر بشرط تحكيم وارد في عقد بين الطرفين يتعلق بالمنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد فإنه يجوز بعد انتهاء العقد استخدام شرط التحكيم الذي يتضمنه بالنسبة لآثار هذا العقد التي نشأت عن هذا العقد قبل انتهائه أو التي تمتد بعد انتهائه [٣] .

وعلى ذلك وبزوال ولاية المحكم بانقضاء ميعاد التحكيم لا يجوز له اتخاذ أي إجراء أو الصادر حكم تحكيم وإلا وقع باطلاً م(١/٥٣/أ) تحكيم مصري ، م(١/٥٣) تحكيم يمني ، وقد اختلف الفقه حول طبيعة هذا البطلان وما إذا كان من النظام العام أم مقرر لمصلحة من صدر ضده فقط .

ويذهب الاتجاه السائد وهو ما نرجحه إلى أن البطلان الناتج عن الحكم بعد الميعاد يتعلق بالخصوم ، أي بطلان مقرر لمصلحة الخصوم ، فإن شاءوا ورضوا بالحكم الصادر بعد الميعاد رضاءً صريحاً أو ضمنياً وعندئذ يكتسب الحكم حجية بشرط أن يثبت بصورة قطعية نزول الخصم عن التمسك بالبطلان [٤] وهذا الرأي أكثر اتفاقاً مع روح قانون التحكيم

---

[١] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٣٦٤ .

[٢] أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٥٤ ، ناصر ناجي محمد جمعان / شرطة التحكيم في العقود التجارية / رسالة ماجستير / كلية الحقوق / جامعة عدن ٢٠٠٦ ص ١٥٩ ، انظر نقض مصري في ١٩٥٨/٦/١٩ في الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٤ منشور لدى محمدي فتح الله حسين / شرح قانون التحكيم / دار الكتب القانونية / حصر المجلة الكبرى ٢٠٠٥ ص ٢٠٢ .

[٣] مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية / مرجع سابق ص ٦٨١ .

[٤] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ١٥٠ ، ناصر ناجي محمد جمعان / شرط التحكيم في العقود التجارية / رسالة ماجستير / كلية الحقوق ، جامعة عدن ٢٠٠٦ ، ص ١٥٩ .

وخصومة التحكيم ومن شأنه توفير ما قد يحدث من هدر إجرائي كبير ، بعد كل ما أنفق من وقت وجهد ونفقات .

غير أن ثمة رأي يذهب إلى أن بطلان الحكم الصادر بعد انقضاء ولاية المحكم الباطل لهذا السبب لا يحوز أي حجية ، ولكن اتفاق الطرفين على التنفيذ بمقتضى هذا الحكم الباطل يعتبر بمثابة صلح بينهما ، تكون له قوة الإلزام التي للصلح لا للتحكيم [١] .

ويذهب نفس الرأي إلى إمكانية اتفاق الخصوم صراحة أو ضمناً على الاستمرار في إجراءات التحكيم أمام نفس الهيئة حتى بعد انقضاء الميعاد دون أن يطلب أحدهما إنهاء الإجراءات أو ميعاداً إضافياً ، فيكون لهم مد الميعاد حتى بعد الانتهاء الولاية صراحة أو ضمناً لكن هذا الامتداد الضمني قد لا يتحقق نظراً لامتناع أحدهما من متابعة السير في الدعوى ، فإن لم يطلب هذا الظرف من المحكمة مد الميعاد ، كان لخصمه أن يتقدم بهذا الطلب فإن وقف هو الآخر موقفاً سلبياً انقضى اتفاق التحكيم ومن ثم زاول ولاية المحكم ، ما لم يكن اتفاق التحكيم مستنداً إلى عقد أصلي لا يزال قائماً بينهما فيفيد في تحكيم مستقبل بعد زوال ولاية هيئة التحكيم [٢] .

الحالة الرابعة : إذا استبعد حكم التحكيم لتطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع مادة (٥٣/١/د) تحكيم مصري :

تنص بعض التشريعات على بطلان الحكم في هذه الحالة كالقانون المصري م(٥٣/١/د) لأن التحكيم يختلف عن القضاء بأصله الاتفاقي ، فالمحكم خلافاً للقاضي يستمد اختصاصه في حسم النزاع من إرادة الأطراف [٣] ، وتلعب إرادة أطراف النزاع دوراً هاماً في نظام التحكيم بوجه عام ، وعلى دور المحكم في تقدير هذه الإرادة بوجه خاص ، ومن ثم يكون التحكيم باطلاً إذا استبعد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع ، ولذلك اهتم المشرع المصري باحترام إرادة الأطراف بتقرير بطلان حكم المحكمين الصادر خلافاً للقانون الذي اختاره الخصوم م(٥٣/١/د) تحكيم مصري [٤] ، فكما أن

---

[١] مصطفى الجمال ، عكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية / مرجع سابق ص ٥٦٨ .

[٢] مصطفى الجمال ، عكاشة عبدالعال / المرجع السابق ص ٦٨١ ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٤١٣ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ١٤٦ .

[٣] مصطفى الجمال ، عكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية / مرجع سابق ص ٢٤٨ .

[٤] راجع في ذلك : حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم في المنازعات الخاصة والدولية / مرجع سابق ص ١٦٩ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٤٣ .

للأطراف الاتفاق على تحديد موضوع النزاع الذي يعرض على المحكمين فقد خولهم القانون أيضاً الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع م(١/٣٩) تحكيم مصري ، و م(٤٥) تحكيم يمني.

ونعتقد أن حالة البطلان المنصوص عليها في المادة (١/٥٣/د) تحكيم مصري لا تعدو أن تكون تطبيقاً لمبدأ عدم جواز تجاوز المحكم لاتفاق التحكيم ؛ لأن هذا التجاوز يخرج الحكم عن حدود مهمته إذا تضمن اتفاق التحكيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع م(١/٥٣/جـ) تحكيم مصري ، م(٥٣/د) تحكيم يمني واللتان تجيزان رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إذا جاوز المحكم حدود هذا الاتفاق ، ولعل ذلك ما يفسر عدم ذكر الحالة المشار إليها ضمن حالات البطلان المنصوص عليها في المادة (٥٣) تحكيم يمني .

كما تعد هذه الإحالة تطبيقاً لنص المادة (٣٩) تحكيم مصري والمادة (٤٥) تحكيم يمني والمذكورتان سابقاً ، وهذا يقتضي أن نفرق بين فروض ثلاثة ، وذلك على ضوء فهم المادتين المشار إليهما في قانون التحكيم اليمني والمصري كما فعل بعض الفقه [1] .

الفرض الأول : وجود اتفاق صريح بين الأطراف على تطبيق قواعد معينة أو قانون دولة معينة على موضوع النزاع :

أشارت إلى هذا الفرض م(١/٣٩) تحكيم مصري حيث نصت على أنه (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان ، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك) .

كما نصت م(٤٥) تحكيم يمني مضمون الإشارة ذاتها في هذا الفرض حيث نصت (على لجنة التحكيم أن تفصل في النزاع استناداً إلى القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفق الطرفان على قانون الآخر غير قانون الجمهورية اليمنية فعليها أن تتبع القواعد الموضوعية فيه ...).

وعلى هذا الأساس فقد يتفق الطرفان على تطبيق قواعد معينة مثل لائحة مركز تحكيم معين أو قانون نموذجي أو اتفاقية دولية أو أعراف تجارية أو أحكام الشريعة الإسلامية أو غير ذلك من القواعد وهذا ما أشارت إليه م(٦) تحكيم مصري ، كما قد يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة لحكم النزاع كالقانون المصري أو اليمني أو

---

[1] عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري / ص ٥٠ وما بعدها .

السعودي أو الفرنسي أو الأمريكي أو غير ذلك من القوانين الوطنية التي يختارها الأطراف[1] .

وعلى ذلك نورد الملاحظة التالية :

١- أن سبب البطلان المقصود بصريح نص المادة (٥٣/ط/د) تحكيم مصري هو استبعاد هيئة التحكيم (القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع) وطبقاً لهذه الحالة فلا يعد سبباً لبطلان حكم التحكيم إذا خالف حكم التحكيم القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على إجراءات التحكيم [2] ، إلا أن مخالفة القانون الإجرائي الذي اتفق عليه الأطراف أو نص القانون على أن حكم التحكيم يدخل تحت نص البند (ز) من م(٥٣/أ) تحكيم مصري ، وتقابل البند (ج) من م(٥٣) تحكيم يمني [3] .

٢- عدم توافر هذه الحالة إذا طبق المحكم القانون المتفق على تطبيقه ، ولكنه خالف قاعدة قانونية في هذا القانون ، أو أخطأ في اختيار القاعدة لصالحه للتطبيق أو اختار القاعدة القانونية الصحيحة ولكنه أخطأ في تطبيقها أو تأويلها [4] فلا يعد ذلك استبعاداً للقانون المتفق على تطبيقه وبالتالي لا يكون سبباً لبطلان حكم التحكيم .

---

[1] عبدالتواب مبارك / الإشارة السابقة .

[2] أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٢٣٢ ، حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٤٩٤ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٤٦ ، انظر حكم محكمة استئناف القاهرة في ٢٠٠٢/١/١٨م الدعوى رقم ٧٢ لسنة ١١٧ ق لدى أحمد محمد عبدالصادق / المرجع العام في التحكيم ٢٠٠٨ ص ١٣٥ ، نقض مصري في ٢٠٠٢/١١/٢٦ طعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ ق لم ينشر بعد لدى معوض عبدالتواب / الموسوعة الشاملة في التحكيم / مرجع سابق ص ٩٠ وما بعدها .

[3] عكس ذلك : أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٧٧ ، أحمد السيد صاوي ، المرجع السابق ص ٢٣٣ .

[4] أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٧٨ ، انظر حكم محكمة استئناف القاهرة في ٢٠٠٦/١/٢٩ - دعوى بطلان رقم ٩٣ لسنة ١٢٠ ف والذي جاء فيه (لما أنه لا يجوز الطعن على أحكام التحكيم بالبطلان للخطأ في تفسير القانون أو في فهم الوقائع في الدعوى أو تقدير المستندات أو القصور في أسباب حكم التحكيم إذ أن ذلك مما يتيح لنظره هذه الدعوى ولا يعتبر بحال من حالات البطلان التي حددتها المادة (٥٣) من قانون التحكيم) أشار إليه أحمد محمد عبدالصادق / المرجع العام في التحكيم ./ مرجع سابق ص ١٩٧ ، حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٨٣ وما بعدها ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٣٣٥ ، مختار بريري / المرجع السابق ص ٢٤١ وما بعدها .

٣- عدم توافر هذه الحالة عند تطبيق فرع من فروع القانون المتفق على تطبيقه ، وذلك كما لو اتفق الأطراف على تطبيق القانون الكويتي ، فطبق المحكم القانون الإداري في حين كان يجب تطبيق القانون التجاري ، فالمحكم لا يكون بذلك قد استبعد القانون المتفق على تطبيقه إلا أن الأمر يختلف إذا اتفق الأطراف على تطبيق فرع معين من فروع القانون كالقانون المدني اليمني وطبق المحكم فرعاً آخر من فروع هذا القانون .

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة [١] بأن : النعي باستبعاد تطبيق حكم القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع ، إذا استبعد الحكم المطعون فيه أحكام القانون المدني المنطبقة وأعمل بدلاً منها أحكام قانون التجارة الجديدة ، هو غير سديد ، ذلك أن شرط التحكيم المبرم بين طرفي النزاع الماثل قد تضمن الاتفاق على تطبيق القوانين المصرية (The Egyptian Laws) دون تخصيص لأي فرع منها ، كما أن تقدير مدى صواب قضاء حكم التحكيم بالنسبة لتطبيق أحكام قانون معين من القوانين المصرية دون غيره لن يتأتى إلا بإعادة النظر في موضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم بما في ذلك إعادة تكييف العقد محل التداعي وتحديد طبيعته القانونية ، وكل ذلك يخرج عن نطاق دعوى البطلان وأسبابه كما حددتها المادتان (٥٢) (٥٣) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

٤- ومن الملاحظ أن الدور الإيجابي لإرادة الأطراف في هذا الصدد ليس قاطعاً في ترتيب أثره على نحو مطلق ، بمعنى أن مجرد اتفاق هؤلاء على قانون ما ، أو قواعد يلجأ إليها لفض نزاعهم لا يعني إلزام المحكم بإعمال كافة القواعد المختارة بصورة آلية وهو معصوب العينين[٢] ، فللمحكم سلطة تقديرية في مدى ملائمة هذا القانون لحكم العلاقة القانونية المثارة أمامه فعلى سبيل المثال لم يقم المحكمون في المنازعة الناشئة عن عقد بيع الكتب والتي كانت الأطراف قد اختارت القانون الروماني ليحكمها مفضلين أعمال القانون اليوناني عليها بحجة أن هذا القانون

---

[١] انظر حكم الدائرة (٩١) تجاري في الدعوى رقم (٣٧) لسنة ١١٩ ق تحكيم في ٢٠٠٣/١/٢٩ مشار إليه لدى عبدالتواب مبارك / مرجع سابق ص ٥٣ ، عكس ذلك / حكم الدائرة (٨) تجاري في ١٩٩٥/٢/٥م ونقده لدى أحمد شرف الدين / المرجع السابق ص ٧٩ هامش رقم (٥٨) ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٨٢ وما بعدها .

[٢] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٤٢٨ .

هو الأصلح للحكم في المنازعة [1] وبالتالي يكون استبعاد المحكم للقانون المتفق عليه من قبل الأطراف مرجعه عدم الملائمة كما قد يستبعد المحكم هذا القانون على اعتبار تعارضه مع مقتضيات النظام العام أو الآداب وفقاً للمادة (٢٨) مدني مصري تقابل م(....) مدني يمني ، بل إن تطبيق المحكم القانون الذي اختاره الأطراف رغم مخالفته للنظام العام يتيح للمحكمة المختصة طبقاً للمادة (٢/٥٣) تحكيم مصري تقابل المادة (١/٥٣) تحكيم يمني القضاء ببطلانه [2] ، بيد أنه لاستبعاد المحكم القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع يجب عليه مراعاة أن تكون هناك علاقة وثيقة وجدية بموضوع النزاع ولقاضي دعوى البطلان سلطة تقديرية في ذلك .

الفرض الثاني : إذا لم يتفق الأطراف على قواعد معينة أو قانون دولة معينة يطبق على موضوع النزاع :

ففي هذا الفرض على المحكم بداية التحقق من إرادة الأطراف نحو إخضاع موضوع المنازعة لقانون معين من خلال مؤشرات عديدة منها ما يطلق عليه بالمؤشرات العامة مثل قانون محل إبرام العقد وقانون بلد التنفيذ وأخرى يمكن اعتبارها مؤشرات خاصة مثل محل إقامة المتعاقدين أو جنسية الطرفين ومكان التحكيم ، فيمكن من خلال هذه المؤشرات استخلاص إرادة المتعاقدين الضمنية نحو اختيار قانون معين ليطبق بشأن موضوع النزاع ، فإذا تعذر على المحكم الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف فله إعمال القانون أو القواعد التي يراها مناسبة لحكم موضوع النزاع [3] ، فإذا ما قرر المحكم تطبيق قانون وطني معين على واقعة النزاع فله تحديده بطريق مباشر ، أو من خلال قاعدة التنازع التي يراها مناسبة[4] .

ووفقاً للطريقة الأولى - أي التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق - فإن المحكم يقوم بتحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية ويطبق القانون الأكثر صلة بالعقد آخذاً في اعتباره طبيعة هذا العقد ، شروطه ، والظروف المحيطة بإبرامه [5] ، وهذا ما أخذ به المشرع

---

[1] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٨٢ .

[2] أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٧٩ .

[3] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٣٣٤ وما بعدها .

[4] مصطفى الجمال ، وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية /مرجع سابق ص ٢٥٤ .

[5] بليغ حمدي محمود / المرجع السابق ص ٤٣٦ .

المصري من خلال نص المادة (٢/٣٩) تحكيم مصري حيث نصت على أنه : (وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع) .

فالمستفاد من هذا النص أن المشرع المصري أعطى للمحكمين صلاحية وسلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع دون أن يلزمهم باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين [1] كما فعل المشرع اليمني بنص المادة (٤٥) تحكيم يمني حيث نصت على أنه (... وإذا لم يتفقا على القانون الواجب التطبيق طبقت اللجنة القانون الذي تحدده قواعد تنازل القوانين في القانون اليمني...) وبالتالي طبقاً للقانون اليمني يكون المحكم مقيداً بقواعد الإسناد التي سترشده إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع شأنه شأن القاضي ، وبالرغم من إقرار القانون المصري بصلاحية المحكم في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق ، إلا أننا نرى أن ذلك لا يحول بينه وبين اللجوء لمنهج التنازع ، ومن ثم يستطيع تحديد هذا القانون على هدى قاعدة التنازع المناسبة .

ومع ذلك فيجب على هيئة التحكيم عند تطبيقها القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع أن تراعي شروط العقد محل النزاع والقانون الأكثر صلة بالأطراف أو بالاتفاق والأعراف الجارية في نوع المعاملة محل النزاع م(٣/٣٩) ، وقد أضافت المادة (٤٥) تحكيم يمني شرطاً آخر وهو عدم التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

ومن الملاحظ في هذا الفرض أنه لا يعد سبباً لإبطال حكم التحكيم إذا خالف المحكم القانون الذي رأى أنه أكثر صلة بالنزاع أو مخالفة قواعد تنازع القوانين كما لا يعد سبباً أيضاً للبطلان إذا لم يطبق الحكم شروط العقد الذي أبرمه الطرفان ، وبالتالي لا يعتبر ما سبق استبعاداً للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه ، وبالتالي فلا يدخل هذا الفرض في مضمون المادة (١/٥٣/د) تحكيم مصري .

الفرض الثالث : إذا اتفق الأطراف صراحة على تفويض المحكم بالصلح :

نصت على هذا الفرض الفقرة (٤) من المادة (٣٩) تحكيم مصري والتي نصت على أنه (يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن

---

[1] ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن تبني المشرع المصري لمنهج التنازع التقليدي لم يقف له عند الجمود المدعى من قبل البعض ضد هذا المنهج ، بل إنه تخير من هذا المنهج أكثر صورة مرونة وتطوراً ، حفيظة السيد الحداد / الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم / مرجع سابق ص ١٠٨ .

تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون).

وفي هذا الفرض يتضح لنا بأن المحكم قد تحرر من الالتزام من اتفاق الأطراف على قانون محدد يجب تطبيقه ومن التقيد بأحكام قانون وضعي معين ، وبالتالي يجوز له أن يفصل في موضوع النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن سلطة المحكم المفوض بالصلح في استبعاد قواعد القانون الوضعي ليست سوى رخصة ، ومن ثم يستطيع تطبيق قواعد القانون المنساب إذا وجد أن العدالة تقتضي ذلك [1] .

وترتيباً على ذلك لا يبطل الحكم إذا كان المحكم طليقاً وحكم بموجب قانون آخر غير العدالة والإنصاف أو في حالة تطبيقه لقواعد القانون ، بمعنى يصعب ممارسة دعوى البطلان في الفرض الذي يتم فيه حسم النزاع على مقتضى قواعد القانون التي يرى المحكم أنها عادلة ومنصفة ، ذلك أن المحكم المفوض بالصلح ليس مجبراً على استبعاد القانون ، لأن مهمته البحث عن العدالة أياً كان مصدرها [2] ، وبالتالي لا يدخل هذا الفرض في مضمون الحالة التي نحن بصددها .

الحالة الخامسة : إذا فصل المحكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق (مادة ٥٣/١/و) تحكيم مصري ، تقابل المادة (٥٣/د) تحكيم يمني :

إذا تم تحديد موضوع النزاع على نحو ما بيناه سابقاً ، والتزمت هيئة التحكيم نطاق هذا التحديد ، وفصلت بلا تجاوز ، فلا مجال للخصم للنعي على الحكم بالبطلان لهذا السبب ، وعلى العكس من ذلك سوف يكون للخصم الطعن بالبطلان إذا تجاوزت هيئة التحكيم حدود المهمة الموكولة إليها في هذا الصدد إحدى صورتين : الأولى : أن يغفل المحكم الفصل في بعض الطلبات ، والثانية : أن يتجاوز المحكم حدود الاتفاق ويفصل في مسائل لم يطلب منه الخصوم التعرض لها .

---

[1] فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٩٢٤ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٢٤٩ ، الرقابة على أعمال المحكمين ، مرجع سابق ص ٣٢٢ .

[2] قارب في المعنى : محمد نور شحاتة / المرجع السابق ص ٣٢٢ ، حفيظة الحداد / المرجع السابق ص ١٧٠ .

فالصورة الأولى لا تشكل إحدى حالات الطعن بالبطلان [1] وإنما تشكل الإغفال في الفصل وبالتالي يجوز للمحكم الفصل فيما أغفل فيه من طلبات بالشروط المقررة لذلك .

أما الصورة الثانية والتي يتجاوز فيها المحكم النطاق المحدد لموضوع المنازعة ويتعرض لما لم يطلبه الأطراف في هذه الحالة يجوز للخصوم طلب إبطال الحكم [2] .

وإزاء أهمية هذه الحالة عنيت معظم قوانين التحكيم الدول المختلفة [3] والاتفاقيات الدولية [4] بالنص على بطلان الحكم في هذه الحالة .

فاتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشارطة - يلزم تحديد موضوع النزاع الذي ينبغي على المحكم الحكم في نطاقه ، على المحكم التقيد بحدود هذا النزاع - كما حدده الاتفاق - لا يتجاوزه وإلا كان باطلاً .

وعليه ، إذا فصل المحكم في مسألة لم يشملها اتفقا التحكيم فإن ذلك يعد تجاوزاً لحدود النزاع الذي حدده اتفاق التحكيم ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية (أن التحكيم مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحكمين في عرضه على هيئة التحكيم فإن لازم ذلك ألا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد آخر لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فضه عن طريق التحكيم أو اتفاق لاحق ما لم يكن بينهما ارتباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل دون الجمع بينهما اتفاق أو بعض مع الفصل بينهما خلاف [5] كذلك إذا كان المعروض على هيئة التحكيم طلب الفصل في النزاع الناشئ عن تنفيذ عقد شركة وقضى حكم التحكيم ببطلان عقد الشركة ، فإنه يكون قد جاوز حدود مهمته) [6] .

---

[1] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٩٠ .

[2] أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء حكم التحكيم /مرجع سابق ص ٥٤ ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٣٢٥ .

[3] راجع : م(١/٥٣/و) في قانون التحكيم العماني ، م (٧٨/ف١/ج) من قانون التحكيم التونسي ، م(٦/١/٤٩) من قانون التحكيم الأردني .

[4] راجع م(٣/أ/٣٦) من القانون النموذجي ١٩٨٥ ، م(١/٩/ج) من اتفاقية جنيف ، م(١/٥/ج) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ، م(٣/أ/٢/٣٤) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي .

[5] راجع في ذلك حسني المصري / الإشارة السابقة ، نقض مدني مصري في ١٩٨٨/٢/١٤ في الطعن ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق منشور لدى عبدالتواب مبارك / المرجع السابق ص ٥٨ ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٨٧ مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٢٢٩ حاشية رقم (٢) .

[6] نقض مدني مصري في ١٩٥٢/٢/٢ منشور بمجلة المحاماة س٢٣ ع٨ ص ١٣٤٩ نقلاً عن عبدالتواب مبارك / الإشارة السابقة.

كما قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه : (إذا كان الاتفاق على التحكيم بالنسبة لإثبات الأضرار أو الخسائر عن الحادث وتقدير قيمتها في عقد التأمين لا يمتد إلى الحكم بالتعويض عن تلك الأضرار - تجاوز هيئة التحكيم نطاق النزاع المتفق على طرحه على التحكيم يبطل حكم المحكمين فيما قضى مجاوزاً لاتفاق التحكيم) [١] .

وعلى ذلك يبطل حكم التحكيم الذي يفصل في ملكية عقار في حين كان موضوع النزاع - كما تحدد في اتفاق التحكيم - هو تعيين حدود هذا العقار ، كذلك إذا قضى حكم التحكيم ببطلان عقد البيع رغم أن موضوع النزاع المحدد في مشارطة التحكيم هو تفسير شروط هذا العقد [٢] .

فإذا قضت هيئة التحكيم في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم فإن قضاءها بشأنها يضحى وارداً على غير محل من خصومة التحكيم وصادراً من جهة لا ولاية لها بالفصل فيها لدخولها في ولاية جهة القضاء صاحبة الولاية العامة ويكون حكم التحكيم باطلاً [٣] .

ويرى الفقه [٤] أن من صور هذا التجاوز أعمال المحكم أثر الاتفاق في مواجهة من ليس طرفاً فيه ، وتطبيقاً لذلك قضى أنه إذا رفعت الدعوى التحكيمية ضد شخصين لإلزامها بالتضامن، فإذا كان أحد المدنيين ليس طرفاً في التحكيم ، فإن حكم التحكيم الصادر ضده يكون باطلاً ، ويبقى الحكم بالنسبة للمدين الطرف في اتفاق التحكيم صحيحاً وذلك إعمالاً لنص المادة (١/٥٣) من قانون التحكيم المصري الذي يقرر أنه إذا فصل الحكم في مسائل خاضعة للتحكيم وأخرى غير خاضعة له فإن البطلان لا يرد إلا على أجزاء الحكم المتعلقة بالمسائل الأخيرة وحدها [٥] .

كذلك يعد تجاوزاً إذا فصل الحكم في مسألة أولية تخرج عن ولايته إذا كان الفصل فيها لازماً للفصل في موضوع النزاع ، وبالتالي يعتبر حكمه باطلاً في هذه الحالة ، ذلك أن

---

[١] حكم محكمة استئناف القاهرة في ٢٠٠٣/٢/٢٦ الدائرة (٩١) تجاري الدعوى رقم ٨٢ لسنة ١١٩ ق منشور لدى معوض عبدالتواب / الموسوعة الشاملة في التحكيم / مرجع سابق ص ١٣٩ .

[٢] عبدالتواب مبارك / الإشارة السابقة .

[٣] نقض تجاري مصري في ٢٠٠٢/١١/٢٦ في الطعن ٨٦ لسنة ٧٠ ق منشور لدى معوض عبدالتواب / الموسوعة الشاملة في التحكيم / مرجع سابق ص ١٢٥ .

[٤] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٨٦ وما بعدها ، أحمد هندي / تنفيذ أحكام المحكمين / مرجع سابق ص ٣٨ ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٨٧ .

[٥] نقض تجاري في ٢٠٠٤/٥/٢٢ في الطعنين ٤٧٢٦ و ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق أشار إليه فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٨٨ ، وعبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم / مرجع سابق ص ٥٩ وما بعدها .

المحكم ليس قاضياً ينطبق عليه ما ينطبق على القضاء من أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع [1] .

ومن الجدير بالملاحظة أن في التشريع المصري يجوز للأطراف الاتفاق على منح المحكم سلطة إصدار أحكام وقتية أو أوامر ولائية طبقاً للمادة (٢٤) تحكيم مصري على عكس القانون اليمني الذي لم يجز للمحكم سلطات إصدار أحكام وقتية أو أوامر ولائية ، وبالتالي طبقاً للمصري إذا أمرت هيئة التحكيم باتخاذ تدبير وقتي أو تحفظي دون أن يتفق طرفا اتفاق التحكيم على ذلك ، عندئذ تكون الهيئة قد تجاوزت حدود الاتفاق الذي لم يشتمل على تخويلها هذه السلطة .

وعلى ذلك فإذا ما أمرت هيئة التحكيم باتخاذ تدبير وقتي أو تحفظي ترتب على ذلك بطلان الحكم وجواز الطعن فيه سواء اتفق الأطراف أو لم يتفقوا على منحه هذه الصلاحية ، وذلك لخروج المحكم حدود هذا الاتفاق والحكم بأكثر مما طلبوه لأنه ممنوع بنص القانون.

كما يدخل في هذه الحالة حالة ما إذا طلب الخصم من هيئة التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي أو تفسيري أو تصحيح ما شاب حكمها من أخطاء مادية ، إذ تظل مهمة المحكم مقيدة في هذا الصدد بما هو مطلوب منه بشأن الحكم الإضافي ، ومن ذلك تضمن التفسير تعديلاً لحدود المهمة ، أو خروجاً على نطاقها ، وكذلك الحال إذا تجاوزت هيئة التحكيم صدور مهمتها بشأن ضوابط التصحيح المادي [2] .

ومن الملاحظ أنه إذا فصل المحكم في مسائل لا يشملها الاتفاق فإن الحكم لا يبطل إلا بالنسبة لهذه المسائل دون المسائل الأخرى التي قضى فيها والتي يشملها الاتفاق اللهم إذا كانت هذه المسائل ترتبط مع المسائل الأخرى ارتباطاً لا يقبل التجزئة وبالتالي إذا تعذر إجراء الفصل بين هذه المسائل فإن البطلان ينال الحكم برمته [3] ، وتكاد تجمع القوانين

---

[1] أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٥١ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٣٤٥ .

[2] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٣٩٣ .

[3] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٩١ .

الوطنية والاتفاقيات الدولية على إعمال هذه القاعدة [1] ، كما نص قانون التحكيم المصري صراحة على تصحيح البطلان بوسيلة الانتقاص الإجرائي طبقاً لنص المادة (٥٣/ط/و) ، ولم ينص قانون التحكيم اليمني صراحة على ذلك كما هو واضح في نص المادة (٥٣/د) إلا أنه يمكن الأخذ بهذه القاعدة من غير نص عملاً بالقواعد العامة المتضمنة تصحيح البطلان عن طريق انتقاص العقد أو تبعيضه م(٢٠٤) مدني يمني تقابل م(١٤٣) مدني مصري والمنقولة إلى القانون الإجرائي والمعروفة بالانتقاص الإجرائي [2] كذلك يمكن إعمال هذه القاعدة ليس فقط في حالة البطلان التي نحن بصددها وإنما في كل حالة بطلان يمكن أن يتجزأ فيها البطلان كقاعدة عامة .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن الاتفاق على التحكيم اشتمال على منازعات لا يجوز فيها التحكيم ، أثره ، بطلان هذا الشق وحده ما لم يثبت مدعي البطلان أن هذا الشق لا ينفصل عن جملة الاتفاق ، لئن كان من غير الجائز بصدد تحديد مسئولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلاً لمخالفته النظام العام ، إلا أنه اشتمل الاتفاق على التحكيم بالقضاء في منازعات لا يجوز فيها فإنه - شأنه في ذلك شأن سائر العقود - يصبح بالنسبة إلى ما يجوز فيه التحكيم ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده ما لم يقدم من يدعي البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد) [3] .

وعلى ذلك إذا كان القانون هو الذي يحدد اختصاص القاضي فإن اتفاق الأطراف هو الذي يرسم حدود اختصاص المحكم، وبالتالي فمسألة تجاوز المحكم لحدود اتفاق التحكيم هي مسألة واقع ، لذلك يرجع تقدير ما إذا كان المحكم قد فصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود مهمته التحكيمية إلى سلطة المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ، ولاتي لها تفسير اتفاق التحكيم ، واستظهار ما انصرفت إليه إرادة الأطراف ،

---

[1] راجع م(٤٩/أ/٦) من قانون التحكيم الأردني ، م(٧٨/ف١/ج) من قانون التحكيم التونسي ، م(٥٣/١١و) من قانون التحكيم العماني ، م(٣٦/أ/٣) من القانون النموذجي ١٩٨٥م ، م(١/٥/ج) من اتفاقية نيويورك ، م(١/٩/د/أ) من اتفاقية جنيف.

[2] قريباً من ذلك : نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤٠٤ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٥١ .

[3] نقض مصري في ١٩٨٧/١١/١٩م في الطعن ١٤٧٩ لسنة ٥٣ق ، راجع نقض مصري في ٢٠٠٧/١/٢٥م في الطعن ٨١٠ لسنة ٧١ق أشار إليهما معوض عبدالتواب / المرجع السابق ص ١١٩ ، ١٣١ .

للتحقق م حدود سلطة المحكم ومدى خروجه عن ذلك الاتفاق أو فصله في مسألة لا يشملها [1] إلا أنه يلزم لإصدار الحكم تأسيساً على هذا السبب تمسك ذي المصلحة به ، فإذا رفعت دعوى البطلان تأسيساً على مخالفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وتبين للمحكمة أن هيئة التحكيم فصلت فيما لم يكن مطروحاً عليها أو تجاوزت حدود الاتفاق ، فإن المحكمة لا تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ؛ لأن المسألة لا تتعلق بالنظام العام ، وإنما يجب أن يتمسك أحد الأطراف بطلب البطلان تأسيساً على تجاوز الهيئة الحدود الواردة في اتفاق التحكيم [2] .

وينبني على ذلك أن مجرد اعتماد المحكم في حكمه على وسائل وحجج لم يثرها الخصوم لا يشكل تجاوزاً منه لحدود مهمته فهو لا يتجاوز هذه المهمة إلا إذا حكم لأحد الأطراف بما لم يطلبه [3] .

والواقع أن إبطال الحكم لسبب تجاوز المحكم لسلطة حدوده في الحكم القضائي طبقاً لقانون المرافعات فيبطل الحكم الذي يحكم بأكثر مما طلبه الخصوم ، نتيجة لخروج قاضي المحكمة عن الطلبات المطروحة عليه لأنه ينبغي أن يتيقن من طلبات الخصوم ، وبالتالي فالحكم بأكثر مما طلبه الخصوم يؤدي إلى قابلية الحكم للطعن بالنقض ولذلك يكون الحكم القضائي الذي يحكم بأكثر مما طلبه الخصوم قابلاً للطعن عن طريق النقض م(٣/٢٩٢) مرافعات يمني تقابل م(٥/٢٤١) مرافعات مصري ، غير أن القانون اليمني أورد في هذه الحالة ضمن حالات الالتماس في المادة (٨/٣٠٤) مرافعات يمني ، وهذا محل نقد الفقه [4] الذي حاول الترجيح بين هاتين المادتين على أنه يجوز رفع الطعن بالالتماس في حالة ظهور هذا السبب عند تنفيذ الحكم ، طبقاً للمادة (٣٠٦/د) مرافعات يمني، أما إذا ظهر السبب قبل ذلك؛ أي في ميعاد النقض وليس الالتماس غير أنه ينبغي إزالة هذا التناقض أو التكرار بنص القانون.

---

[1] أحمد هندي / تنفيذ أحكام المحكمين / مرجع سابق ص ٣٩ ، أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٢١٠ .

[2] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٢٤٧ ، أحمد السيد صاوي / المرجع السابق ص ٢٤٣ .

[3] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٥٨٧ .

[4] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٥٧٣ وما بعدها .

المبحث الثاني
حالات بطلان تتعلق بخصومة التحكيم

سنتكلم في هذا المبحث عن العيوب التي ترد على خصومة التحكيم وتؤدي إلى إبطال لحكم، وهذه العيوب نتيجة لمخالفة مفترضات وشروط خصومة التحكيم ، ولهذا نص قانون التحكيم على بطلان الحكم لأسباب محددة على سبيل الحصر أو نتيجة لعيوب محددة في خصومة التحكيم ومنها : مخالفة تشكل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين ، والإخلال بمبدأ المواجهة أو بحق الدفاع ،وهي عيوب قد تتعلق بإجراءات الخصومة ذاتها أو قد تتعلق بأشخاص الخصومة (المحكم أو الأطراف) أو بالحكم الصادر فيها كعمل إجرائي .

والحالة الأولى التي تنص على بطلان الحكم لمخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين مادة (٥٣/١/هـ) تحكيم مصري يقابلها المادة (٥٣/هـ) تحكيم يمني .

ونلاحظ أن قانون المرافعات اليمني يرتب انعدام الحكم كجزاء إجرائي لمخالفة تشكيل المحكمة وانتفاء ولايتها طبقاً للمواد (٩ ، ١١ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ٥٦ ، ٢١٧) مرافعات يمني .

أما في نظام التحكيم فقد نصت معظم التشريعات المختلفة ومنها القانون اليمني م(٥٣/هـ) تحكيم يمني ، والقانون المصري م(٥٣/١/هـ) تحكيم مصري على بطلان حكم التحكيم لمخالفة تشكيل أو تعيين هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الأطراف ، وتشمل هذه الحالة عدم صلاحية المحكم لفقده شرطاً من شروط صلاحيته ، وسواءً كان ذلك في القانون اليمني أو المصري نتكلم عن هذه الحالات فيما يلي :

أولاً : مخالفة شروط التشكيل :

منح المشرع اليمني والمصري إرادة الأطراف سلطاناً واسعاً فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين ، ولعل ذلك ليس بالأمر المستغرب فنظام التحكيم يقوم في منشأه على الإرادة ، ومن ثم فليس من الغريب أن يكون للإرادة دور أساسي في جميع المراحل

التحكيمية ، فالأطراف هم الذين يشكلون هيئة التحكيم وينظمون ما تخضع له من أحكام[1].

وتبدو إرادة الأطراف واضحة بالنسبة للتحكيم الخاص (Adhac) إذ يختار الأطراف المحكم أو لجنة التحكيم فيه مباشرة أو بواسطة شخص طرف ثالث لنظر نزاع معين ، كما أن لإرادة الأطراف دور أساسي أيضاً في التحكيم المؤسسي إذ الأطراف عندما يختارون التحكيم وفقاً لنظام مركز تحكيم معين فإنهم يعبرون ضمناً عن إرادتهم في أن يتم اختيار المحكمين وفقاً لنظام المركز سواءً نص النظام على أن يتم الاختيار من الأطراف على نحو معين أو بواسطة المركز [2] .

وبالرغم من أن المشرع اليمني والمصري خولا الأطراف حرية الاتفاق على تعيين وتشكيل الهيئة التي تنظر النزاع وكيفية تشكيلها م(١٥) تحكيم مصري ، م(٢١) تحكيم يمني ، إلا أن المشرع المصري قيد ذلك بضرورة أن يكون موافقاً للقانون م(٥٣/١/هـ) ، أما المشرع اليمني لم ينص على هذا القيد لكن ينبغي إعمال هذا القيد بدون نص طبقاً للقانون العام ، ولذلك إذا وجد اتفاق بين الأطراف على هذا التعيين أو التشكيل ، أو إذا لم يوجد فإنه - في كل الأحوال - يجب أن يكون موافقاً للقانون وإلا كان باطلاً ،وبالتالي رفع دعوى حكم التحكيم على هذا الأساس .

وعلى ذلك فإذا اتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد فلا مشكلة ، على أن تراعي فيه شروط التعيين وشروط الصلاحية [3] ، وإذا اتفقوا على أن تشكل الهيئة من أكثر من محكم ، فيجب أن يكون العدد وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً م(١٥/٢) تحكيم مصري [4] ، فإذا ما صدر حكم من هيئة مكونة من عدد زوجي كان باطلاً ، ويختلف الأمر في

---

[1] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٤٩ ، نقض يمني - الدائرة التجارية (أ) بتاريخ ١٠ رجب ١٤٢٥هـ الموافق ٢٠٠٤/٨/٢٥م غير منشور ، جاء في أسبابه (... وبرجوع هذه الدائرة إلى أسباب دعوى البطلان نجد أن السبب الأول ينصب على تشكيل هيئة التحكيم بصورة مخالفة لاتفاق التحكيم ، وهو الأمر الذي كان يقتضي من الشعبة بحثه بحثاً كافياً لكونه يتعلق بولاية هيئة التحكيم مصدرة الحكم التحكيمي موضوع دعوى البطلان ،ومن المعلوم أن ولاية المحكم هي ولاية خاصة مستمدة من اتفاق التحكيم وبدون ذلك الاتفاق الصحيح المنتج لآثاره القانونية يكون المحكم غير صالح للفصل في النزاع المعروض عليه ...) .

[2] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ١٩٧ .

[3] عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم في القانون المصري / مرجع سابق ص ٦٦ .

[4] نقض مصري في ٢٠٠٠/١/١٢ في الطعنين رقم ٦٥٢٩ / ٣٥٣ لسنة ٦٢ ق ، مشار إليه لدى / محمدي فتح الله حسين / شرح قانون التحكيم / مرجع سابق ص ١٤٢ .

القانون اليمني لأن المادة (٢١) تحكيم يمني نصت على الوترية ، إلا أنها لم ترتب البطلان على مخالفة وترية المحكمين في حال اتفاق الأطراف على تشكيل اللجنة من عدد زوجي ، فكما ذكرنا سابقاً بأن ذلك يرجع إلى أن المشرع اليمني أجاز تكوين هيئة التحكيم من عدد زوجي وكان ذلك واضحاً من نص المادة (٤٧) تحكيم يمني ، والتي نصت على كيفية صدور الحكم في حالة التشكيل من عدد زوجي ، إذ نصت على أنه في حالة عدم توفر الأغلبية المطلوبة يرجح الرأي الذي فيه الرئيس [١] .

أما إذا لم يتفق الأطراف على العدد الذي تشكل منه هيئة التحكيم ، فإنه يجب أن تكون مشكلة من عدد وتري م(١/١٥) تحكيم مصري ، م(٢١) تحكيم يمني ، وفي هذه الحالة إذا كان العدد زوجياً كان التشكيل باطلاً طبقاً لنص المادة (٢/١٥) تحكيم مصري ، م(١٧) تحكيم يمني.

ثانياً : مخالفة شروط التعيين :

الأصل أن يقوم الأطراف مباشرة باختيار أعضاء هيئة التحكيم سواء عند إبرامهم اتفاقية التحكيم أو عند حدوث النزاع بيد أنهم قد يفضلون اختيار هؤلاء بطريق غير مباشر وذلك باتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم مع الإحالة لنصوص لائحة مركز معين للتحكيم أو لقانون وطني ليتم التشكيل وفقاً لمقتضى أي منهما ، كذلك من المتصور أن يثور خلاف بين الأطراف حول عملية الاختيار ويصعب وصولهم إلى اتفاق ، وحينئذ يكون اللجوء للقضاء واجباً ليتولى المهمة [٢] .

فإذا كان الأطراف قد اتفقوا على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد ولكنهم اختلفوا فيما بعد على كيفية اختياره جاز للأطراف طلب تعيينه من المحكمة المختصة طبقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى م(١/١٧/أ) تحكيم مصري ، تقابل م(٢٢/أ) تحكيم يمني ، وتطبيقاً لذلك إذا تم تعيين المحكم بأمر على عريضة وليس بحكم بناءً على دعوى ترفع بالإجراءات المعتادة كان الحكم باطلاً [٣] ، وعلى ذلك إذا تعدد المحكمون - سواء باتفاق

---

[١] تنص المادة (٤٧) تحكيم يمني على أنه (تصدر لجنة التحكيم حكمها بعد المداولة وإذا لم تتوفر الأغلبية يرجح الرأي الذي فيه الرئيس ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك) .

[٢] راجع في ذلك نص م(١٥) ، (١٧) تحكيم مصري ، م(٢١) ، (٢٢) تحكيم يمني .

[٣] حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجاري في ٢٠٠٤/٥/٢٦م في الدعوتين رقم ٨٤ ، ٨٥ لسنة ١٢٠ ق مشار إليه لدى فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٩٠ ، في الدائرة ٩١ تجاري في ٢٠٠٣/٢/٢٦ في الدعوى رقم ٨٢ لسنة ١١٩ ق مشار إليه لدى معوض عبدالتواب / الموسوعة الشاملة في التحكيم / مرجع سابق ص ١٣٩ .

الأطراف أو بنص القانون في حالة عدم الاتفاق - يختار كل طرف محكماً عنه ، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، وإذا لم يعين أحد الطرفين مُحكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتعيين آخرهما تولت المحكمة المختصة تعيينه بناءً على طلب أحد الطرفين ، يكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئيساً هيئة التحكيم م(٢٢/ب ، ج) تحكيم يمني ، تقابل م(١/١٧/ب) تحكيم مصري ، وحيث المادة الأخيرة من قانون التحكيم المصري أضافت بأنه تسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين أي ثلاثة أو خمسة ... الخ ، على أن تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان ، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ، ولا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن م(٣/١٧) تحكيم مصري .

ويجب أن يتم اختيار المحكم بطريقة واضحة ، والأصل أن يتم تحديده بالاسم والوظيفة أو المهنة على نحو لا يثير أي شك حول شخصيته ، ولكن لا يوجد ما يمنع من تحديده بصفته أو وظيفته أو بمهنته فقط ، كاختيار عميد كلية الحقوق جامعة تعز أو نقيب المحامين ، ويشترط عندئذ أن لا يثير هذا التحديد شكاً في تمييزه ، ولهذا فإنه لا يكفي اختيار شخص بوظيفته أو مهنته إذا كان يشاركه فيها أكثر من شخص ، فلا يعتبر تحديداً واضحاً اختيار أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة تعز [١] ، غير أنه إذا وفق أحد الطرفين على الحكم الصادر من محكم فرد ، كما لو اختار أحد الطرفين محكماً فرداً وباشر المحكم مهمته دون تحفظ ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه : (عدم الاعتراض على تعيين المحكم الفرد طوال مدة إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم فيه ، يعد نزولاً عن الحق في الاعتراض طبقاً لنص المادة الثامنة من قانون التحكيم) [٢] .

ويجب أن تكون موافقة المحكم على القيام بمهمته مكتوبة م(٣/١٦) تحكيم مصري ، م(٢٠) تحكيم يمني ، فقبول المحكم بمهمته شرط ضروري لالتزامه بها ذلك أن المحكم لا يقوم بوظيفة عامة قد يتصور أن يلتزم قانوناً بحكم وظيفته بالقيام بها بل هو يقوم بقضاء

---

[١] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٢٢٥ .

[٢] محكمة استئناف القاهرة الدائرة (٩١) تجاري ، في الدعوى رقم (٦٧) لسنة ١١٩ ق في ٢٠٠٣/١/٢٩ مشار إليه لدى معوض عبدالتواب / المرجع السابق ص ١٣٩ .

خاص لا يتصور أن يجبره أشخاص خاصون على القيام به رغماً عن إرادته [١] ، ويمكن أن يتم قبول المحكم صراحةً أو ضمناً ، ومن صور القبول الضمني قيام المحكم بمباشرة أعمال تدخل في مهمته كمحكم كدعوة الخصوم في تاريخ محدد لتقديم ما لديهم من طلبات أو دفاع [٢] ، ويعتبر قبول المحكم الخطوة الأخيرة من تكوين هيئة التحكيم ونقطة البداية مباشرة المحكم لمهمته [٣] .

وإذا قبل المحكم القيام بالتحكيم فإنه يلتزم ببوله فليس له أن يعدل عن هذا القبول إلا إذا كان هناك سبب جدي يبرر هذا العدول [٤] .

كما يجب عليه أن يفصح عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته م(٣/١٦) تحكيم مصري ، م(٢٣) تحكيم يمني وذلك عند قبوله مهمة التحكيم ، وإلا كان التحكيم باطلاً لمخالفته ذلك .

ووفقاً لهاتين المادتين لا يفصح المحكم فقط عن ظروف تؤثر فعلاً في حياده أو استقلاله وتؤدي إلى عدم صلاحيته ، وإنما أيضاً عن ظروف قد تكون من شأنها من الناحية المجردة أن تؤثر في حياد واستقلال الشخص المعتاد .

فيجب على المحكم أن يفصح عن أي علاقة مباشرة له بأي من طرفي النزاع ووكلائهما أو العاملين لديهما أو أقاربهما أو أصدقائهما سواء كانت هذه العلاقة مادية أو مهنية أو اجتماعية وسواءً كانت علاقة سابقة أو علاقة حالية ، ويجب أن يتم الإفصاح كتابة عند قبول المحكم لمهمته ،ويظل هذا الواجب القانوني بالإفصاح قائماً طوال إجراءات التحكيم ، ولهذا فإنه إذا حدثت ظروف من شأنها التأثير في حيدة المحكم أو استقلاله لم تكن قائمة عند قبوله التحكيم أو لم يكن يعلمها عند هذا القبول فإن على المحكم الإفصاح عنها فوراً بأن يخطر بها الأطراف أو يثبتها في بداية جلسات التحكيم في مواجهتهم [٥] .

---

[١] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ، ص .

[٢] مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة / مرجع سابق ص ٥٩٤ ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ١٧٣ ، حيث يضيف (لا يترتب أي بطلان إذا لم تتوافر الكتابة المتقدمة ، لأنها شرط لإثبات قبول المحكم وليس شرطاً لصحة التحكيم أو صحة الإجراءات ، وإذا كان القانون يوجب أن يكون قبول المحكم صريحاً وأن يثبت بالكتابة حتى يتفادى كل نزاع قد ينشأ في المستقبل بعد حصول القبول أو عدم حصوله) .

[٣] فتحي والي / المرجع السابق ص ٢٢٦ .

[٤] مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / المرجع السابق ص ٥٩٥ .

[٥] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٢٢٧ وما بعدها .

ومن الجدير بالذكر أن عدم إفصاح المحكم على النحو السابق بما قد يؤثر على استقلاله أو حياده من شأنه أن يكون سبباً للرد فيما بعد أو رفع دعوى ببطلان الحكم إلا أن الالتزام بالإفصاح أوسع مدلولاً وأوسع نطاقاً في الرد ، فهو يشمل كل ما من شأنه أن يخل بحياد المحكم واستقلاله ولو لم يرق إلى أن يكون سبباً للرد طبقاً للحالات التي تحددها قوانين المرافعات على سبيل الحصر [1] .

وإذا انتهت مهمة المحكم بالوفاة أو العزل أو التنحي أو الرد أو بأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات المتبعة في اختيار الحكم الذي انتهت مهمته م(٢١) تحكيم مصري ، م(٢٦) تحكيم يمني [2] .

ثالثاً : مخالفة شروط الصلاحية :

يشترط قانون التحكيم بعض الشروط التي يلزم توافرها في المحكم ، وأساس هذه الشروط أن المحكم يقوم بعمل قضائي رغم أنه قضاء خاص ، فيجب أن لا تعطى مهمة المحكم لأي شخص ، على أنه يلاحظ أن عدم توافر أي شرط من الشروط اللازم توافرها في المحكم ويؤدي إلى بطلان حكم التحكيم فإنه لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم فهيئة التحكيم ليست طرفاً في اتفاق التحكيم وسلامة تكوينها ليست شرطاً لصحة هذا الاتفاق ، كما أن هناك من الشروط ترك القانون تقديرها للأطراف .

١ـ مخالفة شرط الأهلية لتولي التحكيم :

يعتبر هذا الشرط شرطاً بديهياً ولازماً يلزم توافرها في المحكم حتى يكون أهلاً لممارسة التحكيمية ، وهو شرط ابتداء وبقاء ، بمعنى وجوب تمتع المحكم بالأهلية في بداية الخصومة وحتى صدور الحكم فيها وإلا تعرض الحكم للبطلان .

والمقصود بذلك أن تتوافر في المحكم أهلية الأداء ، وتتحدد أهلية المحكم وفقاً للقانون الذي يحكم حالته الشخصية [3] وتجمع الأنظمة القانونية بصفة عامة على اشتراط أن يكون المحكم كامل الأهلية المدنية ، فلا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو منعاً ما لم يرد إليه اعتباره ، وقد نصت م(١/١٦)

---

[1] أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٩٦ وما بعدها .

[2] حكم محكمة استئناف القاهرة في الدائرة (٩١) تجاري ٢٠٠٢/٦/١٦ في طلب الرد رقم ١٢٠ لسنة ١١٩ ق مشار إليه الدعوى معوض عبدالتواب / المرجع السابق ص ١٣٩ ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٢٦٠ .

[3] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٤٥ وما بعدها .

تحكيم مصري على هذا الشرط بقولها (لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلفة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره) ، وهذا النص منتقد من جانب الفقه إذ يرى أن يحرم من ارتكب جناية أو جنحة مخلة بالشرف من تولي التحكيم ولو كان قد رد اعتباره وذلك أسوة بما تنص عليه المادة (٤/٣٨) من قانون السلطة القضائية بالنسبة للقضاة ولا يترتب على مخالفة ذلك البطلان .

ورغم نص قانون التحكيم اليمني في م(٢٠) على أن شرط الأمانة والاستقامة من شروط الصلاحية هذا الشطر إلا أنه لم يقرر صلاحية المحكم الذي ارتكب جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة إذا رد إليه اعتباره ، بمعنى أن المشرع اليمني يكون بعدم نصه على الفقرة الأخيرة المقررة بنص القانون المصري (ما لم يرد إليه اعتباره) قد حرم من ارتكب جناية أو جنحة مخلة بالشرف من تولي التحكيم ولو كان قد رد إليه اعتباره ونحن نستحسن موقف القانون الذي ذهب إلى ذلك نظراً لخطورة التحكيم وما يترتب عليه من آثار ، حيث يقتضي أن يكون المحكم أميناً وصادقاً ومنزهاً عن جميع الشبهات .

كما لا يصح أن يكون الصبي أو المجنون محكمين وكذلك كل مريض بمرض عقلي ، وهذا أمر طبيعي إذ لا يعقل أن يجعل أطراف عاقلون - حريصون على أموالهم وحقوقهم - خلافاتهم للفصل فيها لصبي أو مجنون ، ويأخذ نفس الحكم المعتوه والسفيه والمحجور عليه ؛ لأن التحكيم نظام يحتاج إلى فطنة وكمال رأي وتمام عقل ، فشرط البلوغ وكمال الأهلية من الشروط المتفق عليها [١] .

وإذا ما توافرت الأهلية في المحكم لأداء مهمته التحكيمية فلا يشترط بعد ذلك سناً معيناً ما دام قد توافرت فيه الأهلية المدنية طبقاً للقانون الذي ينظم أهليته كما لا يشترط أن يكون المحكم من جنس معين (رجلاً أو امرأة) فلا يوجد ما يمنع لدى معظم التشريعات والرأي الراجح من أن يكون المحكم امرأة ، فالأطراف أحرار في أن يختارون من يشاءون محكماً [٢] ، فالمرأة قد تكون صالحة للتحكيم في أمور خاصة ، حيث أن المرأة في هذا

---

[١] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٢٥٣ .

[٢] راجع نص المادة (٢/١٦) تحكيم مصري .

الزمان قد أخذت قسطها من التعليم وفتح لها أبواب العلم والمعرفة ، وعلى ذلك لا يوجد ما يمنع أن تكون المرأة محكمة [١] .

كما لا يشترط أيضاً جنسية معينة في المحكم (وطنياً أو أجنبياً) إذ تكفي الأهلية المدنية دون اشتراط التمتع بالحقوق السياسية [٢] ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (مفاد نصوص البند الثاني من المادة (١٦) البند الثالث من المادة (٤٣) والمادة (١/٥٣هـ) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أن المشرع رغبة منه في احترام إرادة طرفي التحكيم بإفساح الحرية لها لتنظيمه بالكيفية التي تناسبها لم يرتب البطلان عند عدم اشتمال حكم التحكيم على بيان جنسية المحكمين إلا إذا كان قد اتفق على تحديد جنسية معينة لهم ، واقتضى القانون ذلك [٣] .

٢ـ أن يكون المحكم صالحاً لما حكم فيه ، ملماً بأمور القضاء والتقاضي :

من الشروط التي نص عليها القانون اليمني في المادة (٦) من قانون التحكيم اليمني أن يكون المحكم صالحاً لما حكم فيه ، ويعني ذلك ضرورة المعرفة الكاملة بالمبادئ الأساسية في التقاضي والقواعد الموضوعية الآمرة في القانون ، وقواعد النظام العام التي لا يجوز مخالفتها ، وأن يكون للمحكم معرفة بالقواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية [٤] غير أن فقهاء القانون اختلفوا حول هذه المسألة وتعددت الآراء حولها ، وذهب البعض إلى جواز تحكيم الأمي ومن كان جاهلاً بالقانون ، ولو كانت المسألة المطروحة عليه قانونية ، لأن القانون لا يتطلب ذلك [٥] ، وإن كان من الناحية العملية يصعب على الأمي كتابة الحكم ، ولهذا فإن عليه أن يستعين بكاتب يملي عليه الحكم - في حضور الطرفين - ويقوم المحكم بالتوقيع عليه سواء بخاتمه أو ببصمة إصبعه كما يوقع عليه الكاتب [٦] .

---

[١] عزمي عبدالفتاح / التحكيم في القانون الكويتي / مرجع سابق ص ١٧٧ .

[٢] مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية / مرجع سابق ص ٦١٢ .

[٣] نقض مصري في ٢٠٠٧/٦/١٢م رقم ٢٠٥٠ لسنة ٧٥ ق / مشار إليه لدى معوض عبدالتواب / الموسوعة الشاملة في التحكيم / مرجع سابق ص ١٣٥ .

[٤] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٢٥٧ ، وقد انتقد الشرط الوارد بنص المادة (٦) سالفة الذكر بأنه غامض ولا يمكن تحديده ، ونعتقد بأن المقصود بهذا الشرط أن يكون المحكم لديه خبرة بموضوع النزاع ، كما يعني أيضاً أن يكون ملماً بالمبادئ الأساسية في التقاضي / نجيب الجبلي / تناقضات / ص ٤١٠ .

[٥] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ١٥٥ ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص .

[٦] فتحي والي / الإشارة السابقة ، أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٩٢ .

والحقيقة أن هذا الاتجاه محل نقد نظراً لخطورة التحكيم ودور المحكم ، فكيف يستطيع الحكم بخصومة وهو جاهل للقانون ، وكيف يراعي الإجراءات والقواعد المنصوص عليها في قانون التحكيم وهو لا يقرأ ولا يكتب ، وكيف يسبب الحكم وهو لا يعمل قواعد التسبيب [1] .

وذهب اتجاه آخر إلى أنه يشترط في المحكم أن يكون ذا خبرة في مجال المنازعات المعروضة على التحكيم ، ووفقاً لهذا الاتجاه فإنه يجب أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في مجال النزاع أو من ذوي الخبرة القانونية على نحو يغني عن الاستعانة بالخبراء ، ويؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع [2] .

أما القانون اليمني اشترط أن يكون المحكم صالحاً لما حكم فيه ، وطبقاً لهذا الشرط الذي يمكن تفسيره تفسيراً واسعاً من حيث الإلمام بأمور القضاء ، والجزاء ، وألا يكون جاهلاً ، وينبني على ذلك نرى أنه يجوز أن يكون المحكم جاهلاً بالقانون ونحن من جانبنا نرى هذا الشرط ونستحسنه لما فيه مصلحة الأطراف [3] .

٣ـ توافر الحيدة والاستقلال في المحكم :

المحكم شأنه شأن القاضي يلزم أن يكون محايداً ومستقلاً ، حيث تعتبر حيدة المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي ، حتى يطمئن المتقاضي إلى قاضيه وإلى أن قضاءه لا يصدر إلى عن الحق وحده دون تحيز أو هدى ، هما شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية أياً كان القائم بها قاضياً أو محكماً [4] .

وقد نص قانون التحكيم المصري على هذين الشرطين حين نص على أنه يجب على المحكم أن يفصح مقدماً عن أية ظروف من شأنها (إثارة الشكوك حول استقلاله وحيدته) م(٣/١٦) تحكيم مصري تقابل م(٢٣) تحكيم يمني ، وبالتالي أجاز المشرع رد المحكم شأنه شأن القاضي .

---

[1] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ١٧٨ .

[2] تنص المادة الرابعة من نظام التحكيم السعودي على سبيل المثال على أنه (يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة حسن السيرة والسلوك) ، مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية / مرجع سابق ص ٦١٣ .

[3] عزمي عبدالفتاح / الإشارة السابقة .

[4] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٢٤٤ ، نفس المعنى عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ١٧٩ ، إسماعيل إبراهيم الزيادي / التحكيم واجتهاد القضاء / مرجع سابق ص ٧٨ .

ويقصد بالحيدة عدم انحياز المحكم ضد طرف إلى جانب طرف ، بأن لا توجد للمحكم صلة أو مصلحة سواء بموضوع النزاع أو بأحد الأطراف ، أو ممثليهم بما ينأى به عن التأثر أو الميل مع وجهة نظر أحدهم وبحيث يجلس إلى مائدة التشاور وليس في ذهنه سواء حسن أداء وظيفته القضائية [١] .

أما الاستقلال فيعني حرية المحكم في اتخاذ قراره وتكوين عقيدته بعيداً عن أية مؤشرات ، أي استقلال المحكم الكامل فيما ينتهي إليه من رأي غير متأثر فيه بعلاقة مرتبطة بأحد الطرفين سواء كانت علاقة مالية أو اجتماعية أو مهنية سابقة أو حالية [٢] .

واشتراط الحيدة والاستقلال يفترض أن يكون المحكم شخصاً من غير أطراف النزاع ، فإذا كان طرفاً فيه فإنه لا يصلح محكماً ، دون بحث في الحيدة أو الاستقلال ذلك أنه ليس لشخص أن يكون طرفاً ومحكماً في نفس الوقت [٣] .

غير أنه يلاحظ من خلال القواعد المتعلقة بشرط الحياد والاستقلال سواء في القانون المصري أو اليمني أن صلة المحكم بأحد الخصوم أو بهما معاً أو معرفته السابقة بالنزاع ليس لها في ذاتها أثر على اختياره ، طالما كان الطرف الآخر على علم بها وقت الاختيار ، حتى يكون على بينة من الأمر عند الموافقة على المحكم المختار [٤] .

٤ـ ألا يكون القاضي محكماً في قضية منظورة أمام المحكمة التي يعمل فيها :

حرصت بعض التشريعات على البعد بالقضاة عن موطن الشبهات حرصاً على كرامتهم واستقلالهم ، ولهذا منعت القاضي - كأصل عام - من تولي التحكيم في أي نزاع من طرفين حتى يتفرغوا لواجبهم الأساسي ومهمتهم السامية وهي إقامة العدل بين المواطنين الذين يؤرقهم بطء التقاضي وتراكم قضاياهم أمام المحاكم أمداً طويلاً بغير حسم ، وعدم إغراء القضاء بميدان التحكيم ومغرياته المادية [٥] ، هذا فضلاً عن أن حكم التحكيم - ولو صدر من قاضي - ليس له قوة تنفيذية إلا بأمر تنفيذ يصدر من قاضي

---

[١] أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٦٥ ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ١٤٤.

[٢] بليغ حمدي محمود / الإشارة السابقة ، إسماعيل إبراهيم الزيادي / المرجع السابق ص ٨٧ وما بعدها .

[٣] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ١٥٨ .

[٤] مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية / مرجع سابق ص ٦٠٩ ، أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ١٦٢ .

[٥] أحمد السيد صاوي / المرجع السابق ص ٩١ .

قد يكون في مرتبة أقل من مرتبة القاضي الذي أصدر الحكم ، كما أن التحكيم قد يصدر في قاضٍ فترفع بشأنه دعوى بطلان أمام قضاة أقل مرتبة فيه فيقضون بإبطاله أو يتحرجون عن القضاء بهذا البطلان [1] ، وبالتالي فإنه يجب منع القاضي من تولي التحكيم - إلا في نطاق ضيق - بعداً به عن الشبهات وصوناً لمظهر الحيدة التي يجب أن يتحلى بها ، وصيانة للسلطة القضائية برمتها [2] ولهذا كله منع القانون اليمني من أن يكون القاضي محكماً في قضية منظورة أمامه طبقاً للمادة (١١) تحكيم يمني ، حيث نصت على أنه (لا يجوز للقاضي أن يكون محكماً في قضية منظورة أمامه حتى ولو طلب منه الخصوم أنفسهم ذلك ، ولا يحق للقضاة أن يتفقوا على إحالة القضايا إلى بعضهم البعض للتحكيم فيها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة) كما أكدت ذلك نص المادة (١٤) مرافعات يمني .

وبناءً على ذلك إذا كانت القضية منظورة أمام القاضي في المحكمة التي يعمل فيها وأصدر فيها حكماً بصفته محكماً ، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان الحكم باعتباره مخالفاً لشرط من شروط صلاحية المحكم طبقاً للنص القانوني السابق وبالتالي يجوز رفع دعوى ببطلان هذا الحكم استناداً لهذا السبب طبقاً للمادة (٥٣/هـ) تحكيم يمني ، أما القانون المصري فله موقف مغاير فهو يشترط موافقة مجلس القضاء الأعلى لكي يكون القاضي محكماً وذلك طبقاً لنص المادة (٦٣) من قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ ، حيث نصت على أنه (لا يجوز للقاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية أن يكون محكماً ولو بغير أجر ولو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة) .

وعليه فإن تخلف الإذن للقاضي بممارسة التحكيم يؤدي إلى تخلف شرط من شروط الصلاحية ، وبالتالي مخالفة النص القانوني لتعيين هيئة التحكيم ، ويترتب على ذلك أن القاضي المحكم إذا أصدر حكماً في النزاع بدون موافقة مجلس القضاء الأعلى ، فإن حكمه يكون باطلاً ، إذ الحكم عندئذ يصدر من شخص غير صالح قانوناً لتولي مهمة التحكيم ،

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٢٣٨ .

[2] أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ١٥٧ .

ويجوز التمسك بهذا البطلان فيرفع دعوى بطلان حكم التحكيم طبقاً للمادة (٥٣/١/هـ) تحكيم مصري [١] .

فإذا كان العيب المنسوب إلى حكم التحكيم من تلك التي كان مدعي البطلان يمكنه التمسك بها أمام هيئة التحكيم نفسها ، فإن عدم تمسكه به أمامها يعتبر نزولاً ضمنياً عن حقه في التمسك بهذا العيب بطريق دعوى البطلان ، كما هو الحال بالنسبة لعدم صحة تشكيل الهيئة أو العيب المبني على قبول مستند من الخصم بالمخالفة لمبدأ المواجهة إذا كان في إمكانه طلب آجل للاطلاع والرد عليه من هيئة التحكيم ، ونفس الأمر بالنسبة للعيب الذي كان يمكن التمسك به بطريق رد المحكم ، فلا يجوز عند عدم الرد [٢] .

ويستثنى من ذلك العيوب المتعلقة بالنظام العام أو إذا كان العيب قد تم اكتشافه بعد صدور حكم التحكيم .

أما إذا تمسك الخصم بالعيب المبطل للحكم أثناء إجراءات التحكيم - في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق على هذا الميعاد - وقضت هيئة التحكيم برفض الدفع ، فإنه يستطيع أن يتمسك به في دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها عملاً بنص المادة (٢٢/٣) من قانون التحكيم المصري ، وذلك بخلاف نص المادة (٢٨) من قانون التحكيم اليمني [٣] فيما تقرره هذه الحالة حيث تنص على أنه (... وإذا فصلت لجنة التحكيم في الدفع برفضه جاز الطعن في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف خلال الأسبوع التالي لإخطار الطاعن بالحكم) فالمادة تقرر حكماً آخر في هذه المسألة وهو أن حكم هيئة التحكيم الصادر برفض الدفع يستطيع الخصم الطعن فيه بالاستئناف خلال الأسبوع التالي لإخطاره بالحكم .

---

[١] وطبقاً للقانون الفرنسي يجوز اختيار القاضي الذي ينظر النزاع بالمحكمة أن يكون محكماً ويكون حكمه غير قابل للطعن طبقاً لإجراءات محددة ويسمى هذا النوع من التحكيم بالتحكيم القضائي بموافقة الخصوم ، راجع نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٢٦١ ، الحاشية رقم (٢) ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ١٥٦ ، أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٩١ ، ونعتقد بأن القانون الفرنسي أجاز للقاضي أن يكون محكماً بدون إذن وبدون تحفظ نتيجة إلى ما توصل إليه هذا النظام من رقي وعدالة على عكس نظم الدول الأخرى التي لازال نظامها القضائي في المراحل الأولى كما هو الحال في القانون المصري الذي يشترط موافقة المجلس الأعلى للقضاء لكي يكون القاضي محكماً ، والقانون اليمني الذي يمنع مطلقاً بأن يكون القاضي محكماً .

[٢] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص .

[٣] أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ١٥٢ .

خلاصة ذلك فإننا نرى مضمون هذا الشرط أي إذا تحقق سبب من أسباب البطلان أثناء سير الخصومة ولم يتمسك مدعي البطلان بهذا السبب أمام هيئة التحكيم في الميعاد المقرر بالقانون وكانت غير المتعلقة بالنظام أي بالمصلحة الخاصة ولم يتمسك أو يثيرها مدة البطلان في الوقت المناسب المقرر بالمادة (٩) تحكيم يمني المقابلة للمادة (٨) تحكيم مصري ، أوفي الميعاد المقرر بنص خاص ويتراخى في إبدائها أمام هيئة التحكيم ، فلا تقبل دعوى البطلان بعد ذلك لذات السبب إلا أن إطلاق هذا الشرط بدون قيود لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم إذا ورد على إطلاقه دون قيد .

وعلى ذلك فإنه يمكن تطبيق هذا الشرط فيما يتعلق بالعيوب الخاصة التي لا تتعلق بالنظام العام فلا يتمشى هذا الشرط مع العيوب المتعلقة بالنظام العام وكذلك العيوب التي تنشأ بعد صدور الحكم أو أثناء صدور الحكم أو العيوب التي تنشأ بعد قفل باب المرافعة ، وبالتالي فإن شرط سبق تمسك مدعي البطلان بالسبب المبطل أثناء الخصومة لا يمكن إعماله إلا بالنسبة للعيوب المحددة والواردة على سبيل الحصر طبقاً للمادة (٥٣) من قانون التحكيم اليمني والمصري .

الحالة الثانية : الإخلال بحقوق الدفاع :

تتفق جميع التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم على أن عدم احترام المحكم لمبدأ حق الدفاع من الأسباب الرئيسية التي تجيز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ، وذلك إدراكاً منها لأهمية مبدأ حقوق الدفاع كفكرة محورية تهيمن على جميع إجراءات خصومة التحكيم ، وتكشف عن احترام المحكم لهذا المبدأ ومراعاته للمساواة بين الخصوم ، والخصومة التي يغيب عنها أو يختفي فيها أي مظهر من مظاهر حقوق الدفاع في أي عمل أو إجراء يتخذ فيها يضحى الحكم الصادر فيها غير جدير بالبقاء بل يكون جديراً بالإلغاء ، ولا بد من العمل على الحيلولة دون ترتيب آثاره سواءً كان هذا العمل أو ذاك الإجراء يتعلق بالجانب الخاص بالخصوم ، والمتعلق بتبادل العلم بينهما بشأن أي مستند يودع في ملف القضية أو من الواجب أن يودع بحيث يكون له أثر تغير وجه الرأي في الدعوى [١] .

وإن كان التحكيم كطريق لفض المنازعات يتحرر من بعض الأشكال الإجرائية التي يتقيد بها القاضي في نظر الدعوى التحكيمية وتحقيقها وإبلاغها للأطراف والفصل فيها ،

---

[١] محمد علي عويضة / حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٥١٣ .

وذلك حتى يمكن حسم النزاع بسرعة ، إلا أنه في كل الأحوال يجب مراعاة المبادئ الإجرائية الأساسية ، أي ضرورة مراعاة الحد الأدنى الإجرائي الذي لا يخلو منه أي نظام قانوني في العالم وهو احترام المبادئ الأساسية للتقاضي كاحترام حق الدفاع والمساواة بين الطرفين واحترام مبدأ المواجهة [١] .

وإذا كان المحكم شخص خاص يستمد سلطانه من إرادة الأطراف واتفاقهم على منحه الاختصاص بالفصل في المنازعات المعروضة عليه إلا أنه عند ممارسته لمهمته بالفصل في المنازعات يعد بمثابة قاضي يؤدي ذات الوظيفة ويقوم بنفس الدور الذي يقوم به هذا الأخير ، ويتقيد ببعض القواعد والمبادئ الأساسية التي تنظم الخصومة بين الأطراف وفي مقدمتها احترام حقوق الدفاع [٢] .

مفهوم حقوق الدفاع : المفهوم التقليدي لهذه الفكرة ينصرف إلى حق الخصم في أن يسمع القاضي وجهة نظره ، بحيث إذا صدر الحكم دون سماع كان الحكم مشوباً بالإخلال بحق الدفاع [٣] ، وقد تطور هذا المفهوم وصار يعني حق الخصم في مناقشة خصمه فيما يقدمه من وسائل دفاع وأدلة أثناء سير الخصومة تمهيداً لدحضها [٤] ، ويصعب من الناحية العملية حصر كافة حقوق الدفاع ، إلا أنه يمكن تقسيمها إلى حقوق دفاع أساسية وأخرى مساعدة ، وتتمثل حقوق الدفاع الأساسية في حق الخصم في الدفاع والإثبات والمرافعة [٥] ، أما حقوق الدفاع المساعدة والتي تهدف إلى حسن إعداد الخصم لدفاعه تتمثل في حقه في العلم بالإجراءات وحقه في طلب أجل للاستعداد بنفسه أو بواسطة محامي [٦] وقد أصبح

---

[١] راجع تفصيلاً في ذلك : أحمد هندي / المشكلات العملية في نظام المرافعات / مرجع سابق ص ١٠٠ ، طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ١٦٥ .

[٢] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٩٣ ، بصدد ذلك يقول بعض الفقه (كفالة حقوق الدفاع تمثل أحد الأسس الجوهرية للتقاضي بوجه عام ، فإن أثره يمتد بالتبعية إلى نظام التحكيم بوصفه قضاء خاصاً أياً كان نوعه وأياً كان القانون الإجرائي المطبق على الخصومة) عزمي عبدالفتاح / التحكيم في القانون الكويتي ، مرجع سابق ص ٢٥٨ .

[٣] عزمي عبدالفتاح / المرجع السابق ص ٢٦٠ .

[٤] فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٤٧١ ، عزمي عبدالفتاح / الإشارة السابقة ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٢٨٢٤٣) بتاريخ ١٤٢٧/٨/٥هـ الموافق ٢٠٠٦/٨/٢٩ غير منشور .

[٥] طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ١٦٩ .

[٦] فتحي والي / ألوسيط / مرجع سابق ص ٥٢٥ .

هذا المبدأ من المبادئ العامة التي تعترف بها جميع الدول المتمدنة [1] لذلك حرصت التشريعات الوطنية والدولية وأنظمة المؤسسات الدائمة للتحكيم على النص على وجوب احترام هذا المبدأ [2] .

ومن ثم يجب على المحكم احترام هذا المبدأ وإتاحة فرصة الدفاع كاملة أمام الأطراف ، أما استخدام الأطراف لهذه الوسائل فأمر رهين بإرادتهم ، ومن ناحية أخرى يتعين عليه الامتناع عن توجيه الخصوم للدفاع السليم وإلا عد تصرفه مخالفاً لمبدأ الحياد [3] .

وبالتالي يجب على المحكم تمكين كل طرف من إبداء دفاعه والرد على دفاع خصمه ومن تقديم مستنداته ، والاطلاع على ما قدمه خصمه من مذكرات أو مستندات ، وكذا منحه الميعاد الذي يكفيه للرد على هذه المذكرات أو المستندات ، وعلى الهيئة مراعاة قاعدة أن المدعى عليه هو آخر من يتكلم ، فلا تقبل مستندات أو دفاع من المدعي دون منح المدعى عليه فرصة لإبداء دفاعه بشأنه ، وإذا قدم المدعى عليه دفعاً من الدفوع أو طلباً مقابلاً ، فيجب أن يمكن المدعي من إبداء دفاعه بشأنه ، وأن يراعى أن يكون آخر من يتكلم بالنسبة لهذا الدفع أو الطلب المقابل [4] .

وكما ذكرنا آنفاً بأن حق الدفاع ليس المبدأ الوحيد الواجب مراعاته في خصومة التحكيم وإنما توجد إلى جانبه العديد من المبادئ الأخرى والمتفرعة عنه والتي يجب أيضاً مراعاتها ، وفي مقدمتها مبدأي المساواة والمواجهة .

وقد نص قانون المرافعات اليمني على وجوب احترام هذا المبدأ وغيرها من المبادئ الأساسية تحت عنوان (المبادئ الحاكمة للقضاء والتقاضي) ، وميزة هذه المبادئ أنها ذات

---

[1] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٣٠٩ .

[2] انظر في ذلك نص م ٢/٣٣/٣٢/٢٦ تحكيم مصري ، م٣٣ ، ٣٦ ، ٣٩ تحكيم يمني ، م(١/٥/ب) من اتفاقية نيويورك ، م(١/٥) من قواعد اليونسترال ، م(١٨) من القانون النموذجي ، م(٤/٢٤) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة وبين مواطني الدول العربية .

[3] عزمي عبدالفتاح / واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع / دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٣ ، ص ١١ ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ٢٤٥ ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (١٤٨٤) - بتاريخ ١٤٢٨/١٠/١٦هـ الموافق ٢٠٠٧/١٠/٢٧م غير منشور ، الطعن رقم (٢٠٧٩٢) - بتاريخ ١٤٢٥/٨/٧هـ الموافق ٢٠٠٤/٩/٢١م غير منشور .

[4] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٢٠٦ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٢٤٦ .

مدلول عام تطبق أمام جميع الهيئات التي تقوم بفصل المنازعات أياً كانت [1] ومن أهم تطبيقات خصومة الدفاع ما يلي :

١ـ مبدأ المساواة بين الخصوم :

يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ الأساسية في التقاضي ؛ لأنه يتصل بأساس آخر من أسس التقاضي وهو مبدأ الحيدة باعتبار أنه ينتمي إلى القانون الطبيعي فيرتبط برابطة وثيقة بوظيفة القاضي [2] ، ويقصد به منح الخصوم فرصاً متساوية لإبداع دفاعهم وطلباتهم ، وقد حرص المشرع المصري النص على احترام ومراعاة هذا المبدأ (٢٦) تحكيم مصري والتي نصت على أنه : (يعامل طرفان التحكيم على قدم المساواة ، وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه) .

ولم يكن المشرع اليمني أقل شأناً من قرينه المصري حيث نص على هذا المبدأ في م(٣٣) تحكيم يمني والتي نصت على أنه : (يتعين على لجنة التحكيم معاملة طرفي التحكيم على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما فرصاً متكافئة لعرض قضيته والدفاع عنها) .

وبالتالي فلا يمنح أحد الخصوم حقاً دون منح الآخر نفس الحق ولا يمنع عن أحدهما ميزة إلا وتمنع عن الآخر ، ولا ينحاز في إدارة سير الإجراءات وأن يتم الاستماع لكل طرف بشكل واف [3] .

---

[1] سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء اليمني / مرجع سابق ص ٢١٠ وما بعدها ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٦٤ .

[2] طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ١٦٥ وما بعدها ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٦٤ ، وقد نص قانون المرافعات على هذا المبدأ بنص المادة (١٦) مرافعات ضمن المبادئ الحاكمة والتي جاء في تلك المادة (المتقاضون متساوون في ممارسة حق التقاضي ويلتزم القاضي بأعمال مبدأ المساواة بين الخصوم في هذا لاحق متقيداً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين النافذة) وفي هذا الصدد يقول بعض الفقه : (يعتبر مبدأ المساواة أمام القضاء جزءاً من مبدأ أشمل هو مبدأ المساواة أمام الشرع والقانون ، وحسبنا أن نشير أن أول مرة يقرر فيها هذا المبدأ بصورة رسمية في الديمقراطيات الغربية الحديثة كان في وثيقة إعلان حقوق الإنسان لسنة ١٧٨٩م في بداية عصر الثورة الفرنسية ، فقد ورد في تلك الوثيقة أن الحقوق الفردية - الحقوق الطبيعية - للإنسان هي الحرية والمساواة ... الخ ، وسنلاحظ أن هذا المبدأ قد قرر في الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً من الزمان قبل إقراره في التشريعات الوضعية المعاصرة) راجع في ذلك : نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٦١ .

[3] طلعت دويدار / المرجع السابق ص ١٦٦ ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٤٠٣ ، أحمد هندي / المشكلات العملية في نظام المرافعات / مرجع سابق ص ٩٩ .

وتطبيقاً لذلك فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تمنح أحد الطرفين ميعاداً لتقديم مذكرة بدفاعه ، وتمنح الطرف الآخر ميعاداً أطول أو أقصر ، ولا أن تسمح لمثل أحد الطرفين بالمرافعة الشفوية أمامها وتمنع هذا الحق عن الطرف الآخر مكتفية بما قدمه من مذكرة مكتوبة ، ولا أن تخول أحد الطرفين دون الآخر الحق في الاطلاع على تقرير الخبير أو على المستندات ولا أن تتصل بأحد الطرفين أو تقابله في غيبة الطرف الآخر ، ولا أن تأذن لأحد الطرفين بتوكيل محامٍ عنه أو بحضور شخص ذي خبرة فنية لمساعدته أمامها ولا تسمح بهذا للطرف الآخر [1] .

فحقوق الدفاع ليست حقوقاً لصالح خصم في مواجهة الخصم الآخر فقط ولكنها التزام على المحكم في مواجهة الطرفين على قدم المساواة [2] ، ولا يقتضي مبدأ المساواة ، وما يرتكز عليه من حقوق دفاع أن يباشر الخصم حقوقه في الدفاع فعلاً ، بل يكفي أن تتاح له الفرصة الكافية لذلك وإلا كان ذلك إخلالاً بحقه في الدفاع [3] ، وعلى ذلك يرى بعض الفقه [4] أن مبدأ المساواة يكون متحققاً إذا تم مراعاة أمرين : الأول : إتاحة الفرصة كاملة أمام كل طرف لتقديم دعواه في الجلسات التحكيمية ، الثاني : معاملة كلا الطرفين أثناء الجلسات التحكيمية على قدم المساواة .

ونظراً لما لهذا المبدأ من أهمية في تحقيق العدالة بين الخصوم ، فقد حرصت عليه كافة التشريعات الدولية وأنظمة التحكيم الإقليمية والتشريعات الوطنية المختلفة [5] .

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٣٠٣ نقلاً عن محسن شفيق ، بند ١٩٦ ص ٢٤٨ ، أحمد هندي / المشكلات العملية في نظام المرافعات / المرجع السابق ص ٩٩ وما بعدها ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ١١٢ .

[2] طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ١٦٦ .

[3] فتحي والي / المرجع السابق ص ٣٠٧ ، عاشور مبروك / النظام الإجرائي لخصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٦٥ ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن (٣٠٨٣٤) بتاريخ ٢٠ ربيع الثاني ١٤٢٩هـ الموافق ٢٠٠٨/٤/٢٦ غير منشور.

[4] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٣١٨ .

[5] انظر م(١/٥/ب) من اتفاقية نيويورك ، م(١/١٥) من قواعد اليونسترال ، م(١٨) من القانون النموذجي ، م(٤/٢٤) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمارات بين الدول المضيفة وبين مواطني الدول العربية ، م(٢/١٥) من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ، م(٢٥) من قانون التحكيم الأردني ، م(١٨) من قانون التحكيم البحريني ، م(٦٣) من مجلة التحكيم التونسية ، والمادة (٢٦) من قانون التحكيم العماني ، م(٢١) من مشروع قانون التحكيم السوري ، م(٢٢) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي .

٢ـ مبدأ المواجهة :

يقصد به حق كل خصم في أن يعلم أو يمكن من العلم بما لدى الخصم الآخر من وسائل ودفاع وحجج ، وأن يكون هذا العلم أو إمكانية العلم به في وقت مناسب يمكنه من الرد على ما قدمه خصمه [١] ويستمد من مبدأ أساسي يحكم الدعوى القضائية وهو مبدأ احترام حقوق الدفاع [٢] وقد قيل بحق [٣] أنه إذا كانت حقوق الدفاع تنتمي إلى القانون الطبيعي الذي يحكم حيدة كل من القاضي والمحكم ، وقد وصفت بأنها حقوق مقدسة فيعتبر حق العلم أو مبدأ المواجهة قدس الأقداس فيها ، لأن الخصم الذي يعلم بما اتخذ في مواجهته من خصمه أو في حكمه - قاضياً كان أو محكماً - يكون بين ثلاثة مواقف : موقف القصور ، وموقف التقصير ، وموقف القدرة على المواجهة .

فأما القصور ، فهو عجز حقيقي عن الدفاع ، فلا يحزن إن هو خسر دعواه ، لأنه لم تكن لديه بينة على حقه الذي ادعاه ، أو رد على ما ادعى به في مواجهته لأنه لا ينفع تلكم بحق لا نفاد له ، كما قال الفاروق رضي الله عنه في دستوره القضائي لقضاء الأمة .

أما التقصير فهو قدرة مكبوتة ، واحترام حقوق الدفاع - كما قدمنا - يعني مجرد تمكين الخصم منها ، فإن استعملها فبها ونعمت ، وإن لم يستعملها عن إهمال فلا يلومن إلا نفسه .

أما القدرة على المواجهة فإن أحسن الخصم استخدامها بالتمسك بوسائل دفاعه فهنياً له بحقه الذي ظفر به سواء في خصومة قضائية أو في خصومة التحكيم .

أما الخصم الذي جهل بما اتخذ في مواجهته ، فهو لم ير أياً من هذه المواقف ، لأن الجهل ظلمة ، ولا أحد يرى في الظلام ، ولذلك فقد ظلم ، فالتجهيل من طبيعة الظلم وإن

---

[١] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٢٦٢ ، مؤلفه واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع / مرجع سابق ص ٢٠ وما بعدها .

[٢] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٩٢ ، وبصدد ذلك يقول بعض الفقه (كما أن مبدأ المواجهة هو بدون شك الأكثر شيوعاً في المنازعات اللاحقة على التحكيم ، وهو إفصاح عن مبدأ أساسي لحقوق مبدأ المواجهة هو بدون شك الأكثر شيوعاً في المنازعات اللاحقة على التحكيم ، وهو إفصاح عن مبدأ أساسي لحقوق الدفاع) محمد نور شحاتة / ألرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٣٢٩ .

[٣] راجع في ذلك طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ١٨٩ وما بعدها .

اختلف عنه في الدرجة ، فهذا المبدأ ضمانه لصالح الخصوم والعدالة باعتباره وسيلة فعالة يمكن في ظلها الوصول إلى الحقيقة الموضوعية [1] .

وانطلاقاً من هذه الأهمية أفرد المشرع المصري نصاً مستقلاً لهذه الحالة ، والتي تعد من أهم تطبيقات حقوق الدفاع ، والإخلال به يعد إخلالاً بمبدأ من المبادئ الأساسية في التقاضي سواءً أمام المحاكم أو أمام المحكمين [2] ، وذلك من خلال نص المادة (٥٣/١/ج) تحكيم مصري ، حيث نصت على أنه (إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته) .

وقد انتقد بعض الفقه [3] هذا النص بقوله أن حالات البطلان الواردة فيه والتي تمثل في تعذر تقديم دفاع أحد الطرفين بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً سواءً بتعيين محكم أو بأي إجراء من إجراءات التحكيم لا يعدو أن يكون تركيزاً من المشرع على بيان بعض تطبيقات عدم احترام مبدأ المواجهة بالنسبة لمدعي البطلان ، الأمر الذي يؤكد عجز المادة المذكورة فيما اختتمت به عبارتها من قولها (... ولأي سبب آخر خارج عن إرادته باعتبارها حالة غير دقيقة ويمكن تفسيرها تفسيراً واسعاً قد يؤدي إلى إهدار مميزات التحكيم من سرعة وبساطة لبعده عن تطبيق قواعد المرافعات عن القضاء المعقد بإجراءاته ، ولأنه يمكن تفسير هذه الحالة بحيث تدخل ضمنها أسباب كثيرة تتعلق بحق الدفاع باعتبار أن هذا المصطلح مصطلح واسع ومحل اجتهاد ، ولذلك ولذات الأسباب نستحسن القانون اليمني ، ونرى تعديل النص وإلغاء الفقرة السابقة ، ونظراً لأهمية حقوق الدفاع وضرورة الالتزام به كونه مبدأ دستوري وتجمع عليه جميع التشريعات ، وباعتباره ضمانة من ضمانات التقاضي ينبغي على المشرع اليمني والمصري حصر الحالات المتعلقة بحقوق الدفاع التي يترتب على مخالفتها بطلان الحكم وجواز رفع دعوى بإبطاله على أن تكون هذه الحالات من الجسامة باعتبارها عيوباً جسيمة وذلك مثل عدم تحقق مبدأ المواجهة والمساواة .

---

[1] عزمي عبدالفتاح / المرجع السابق ص ٢٨٣ .

[2] راجع في ذلك أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٢٣٠ ، عاشور مبروك / النظام الإجرائي لخصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٥٦ ، عزمي عبدالفتاح / احترام القاضي لمبدأ المواجهة كأهم تطبيقات حقوق الدفاع / مرجع سابق ص ٢٠ .

[3] راجع في ذلك النقد حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٤٩٢ .

وقد ذهب بعض الفقه [1] إلى تفسير العبارة الواردة بنص المادة (١/٥٣) الفقرة (ج) تحكيم مصري (... أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته) تفسيراً واسعاً وذهب إلى أن المقصود بالسبب الآخر الخارج عن إرادة الخصم إذا تعذر على الخصم تقديم دفاعه يرجع إلى سبب غيابه عن الجلسات لمرض أو سفر ، أو بسبب تنصل أو تنحي وكيله فجأة عن الخصومة ورفضت هيئة التحكيم طلبه التأجيل ، لأن هذه عوائق تحول دون تقديم دوافعه في الوقت المناسب ، ونحن لا نسلم بهذا التفسير لأنه لا يتفق مع القواعد القانونية المتعلقة بأهلية التقاضي والترافع ففي هذه الحالات يمكن أن ينيب الخصم غيره للدفاع عن حقوقه من المحامين أو غيرهم ، أما فيما يتعلق بما ذهب إليه هذا الرأي بخصوص حالة ما إذا رفضت هيئة التحكيم طلب التأجيل لتقديم دفاعه ، فإذا كان هذا الرفض له ما يبرره كما لو كانت الدعوى التحكيمية صالحة للفصل فيها فلا يوجد سبب لإبطال الحكم في هذه الحالة ، أما لو كان الرفض بدون مبرر وكان طلب الخصم التأجيل لمدة معقولة ففي هذه الحالة قد يؤدي هذا الرفض إلى حرمان الخصم طالب التأجيل عن تقديم دفاعه في الوقت المناسب وبالتالي نرى إدخال هذه الحالة ضمن الحالات التي تؤدي إلى إبطال الحكم لإغفاله حقاً من حقوق الدفاع باعتباره هذه الحالة تدخل ضمن الحالات الخارجة عن إرادة الأطراف وتتحمل هيئة التحكيم مسئولية ذلك .

وذهب البعض الآخر [2] إلى تفسير ذلك من خلال تقسيم هذه الحالة إلى عوارض عن إرادة الخصم وتؤدي إلى الحيلولة دون تقديم دفاعه ومنها وقوع غش من الخصم كان من شأنه التأثير على الحكم ، أو إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها أو قضى بتزويرها ، أو بنى الحكم على شهادة شاهد قضى بعد صدور الحكم بأنها مزورة ، وإذا حصل الخصم بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها باعتبار أن هذه الأسباب خارجة عن إرادة هذا الشخص وتحول دون تقديم دفاعه ولا يستطيع تفاديها لا بتوكيل ولا بغيره .

---

[1] عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم / مرجع سابق ص ٧١ وما بعدها .

[2] أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٢٣١ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٤٢ ، قارن : محمد علي عويضة / حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٥١٤ .

غير أننا نضيف إلى ذلك أنه يجوز طلب إبطال الحكم طبقاً لهذه الحالة ولهذا التفسير ، إذا كان الخصم لم يستطع تقديم دفاعه في الوقت المناسب وكان ذلك راجعاً إلى قوة قاهرة طبقاً لشروط ذلك باعتبارها تؤدي إلى الإعفاء من المسئولية وإلى وقف المواعيد [١] .

ومع ذلك نرى أن النص في القانون المصري يحتمل أكثر من تفسير نتيجة لعمومه ذلك أنه لم يرد بصيغة الخاص وورد بصيغة العام ، وكما هو معلوم أن النص الوارد بصيغة العموم يبقى على عمومه ما لم يخصص [٢] ،وهذا العموم يؤدي إلى تفسيره من قبل المحاكم بطرق مختلفة ، وبالتالي يؤدي إلى إصدار أحكام متناقضة بين محاكم الدرجة الواحدة ، ولهذا نرى صياغة النصوص بأكثر دقة من أجل توحيد الحلول القانونية على مستوى المحاكم المختلفة ، ونوصي المشرع المصري بتغيير هذه الفقرة أو تعديلها وتحديدها بدقة أكثر .

وعلى ذلك نلاحظ من خلال استقراء كافة التشريعات وأنظمة التحكيم الإقليمية هذا المبدأ واعتبرت الإخلال به سبباً مستقلاً لبطلان حكم التحكيم وكذلك مانعاً من موانع تنفيذه ، ومنها اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية حيث نصت في المادة (١/٥) على أنه (لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءً على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في الدولة المطلوب الاعتراف والتنفيذ فيها الدليل على : (ب) أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه) .

والحكمة من تنظيم هذا المبدأ هي الالتزام بالحد الأدنى من الأمانة ، ومراعاة القاضي عدم مفاجأة الخصوم في كافة التصرفات والأعمال التي تتم في إطار القضية ، بحيث لا يجوز للقاضي أن يباغت الخصوم بتكييف جديد للوقائع ، وإلا تعين عليه إعادة فتح باب المرافعة من جديد ووضع هذا التكييف تحت نظر الخصوم [٣] .

---

[١] راجع في شروط القوة القاهرة التي تؤدي إلى الإعفاء من المسئولية : أحمد هندي / مرافعات ص ٣٥٥ ، نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف وإجراءاته ص ٣٠٠ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط ص ٦٣٠ .

[٢] راجع في قواعد تفسير القواعد القانونية / عبدالله محمد علي المخلافي / المدخل لدراسة القانون ، الأمين للنشر والتوزيع ٢٠٠٤ ص ١٥٩ وما بعدها .

[٣] أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٥٦ ، وفي المعنى محمد علي عويضة / حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٤٠٥ ، نقض مصري في الطعن رقم ٦٩٧٦ لسنة ٧٢ ق في جلسة ٢٠٠٥/٢/٣ ،

كما يجب مراعاة هذا المبدأ في جميع مراحل الخصومة أمام هيئة التحكيم بدءاً بدعوة الخصوم للتداعي وانتهاءً بصدور الحكم الفاصل في النزاع [1] ، وكل حكم يخل بهذا المبدأ يعتبر حكماً باطلاً يجوز طلب إبطاله .

أي أنه يجب أن تتم إجراءات التحكيم في مواجهة الخصوم ، فنظر المحكم للنزاع لا يكون إلا مواجهة بين الطرفين ، وذلك على النحو المسلم به أمام القضاء [2] .

فيجب إعلان الخصوم بحضور الجلسات والاجتماعات قبل انعقادها بفترة معقولة مع إعلامهم بميعاد ومكان الجلسة التي تعقدها الهيئة واتخاذ الإجراءات في مواجهة الطرفين ، وكذلك دعوتهم لحضور إجراءات الإثبات التي تقتضي ذلك كالخبرة والمعاينة ضماناً لحسن إعمال هذه الوسائل ، ولتقديم معلومات إلى الخبير أو المعاينة وإبداء الملاحظات [3] .

ومن تطبيقاته يجب تخويل كل طرف حق الاطلاع على كل ما يقدم في القضية من مذكرات وأوراق أو مستندات سواء المقدمة من طرف آخر أو من الخبراء وإعطاء الفرصة للقيام بالاطلاع والرد عليها ، وكذلك في حالة ما استعملت هيئة التحكيم إحدى الجهات المتصلة بالنزاع عن معلومات أو طلبت منها بيانات معينة فيجب أن ترسل الهيئة صوراً من كافة ما تحصل عليه إلى الأطراف حتى يكونوا على دراية بما تحت يدها من مستندات ، تستند إليها وتؤثر في اتخاذ قرارها [4] .

وكذا يجب على هيئة التحكيم أن ترفض أية مذكرات أو أوراق أو مستندات تسلم إليها خارج جلسة التحكيم دون أن يتم إعلانها أو تبادلها أو بالاطلاع عليها من قبل الخصم الآخر ، وألا تعول عليها أو تتأثر بها في حكمها [5] .

مشار إليه لدى فرج علواني هليل / البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية / دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٨٨١ .

[1] حفيظة السيد حداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٩٥ ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٤٠٦ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤٠٥ .

[2] فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٤٢٥ ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٢٨٢٤٣) بتاريخ ١٤٢٧/٨/٥هـ الموافق ٢٠٠٦/٨/٢٩م غير منشور .

[3] راجع تفصيلاً في الحضور : عاشور مبروك /النظام الإجرائي لخصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٢١٥ وما بعدها ، طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٢٢٢ وما بعدها .

[4] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٣٠٥ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص١١٢.

[5] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٧١ .

وينبني على ذلك أنه ليس للمحكم أن يجري اتصالاً مع أحد الطرفين دون علم الطرف الآخر ، ولهذا فإن خطاباته يجب أن توجه للطرفين ، ويجب أن يعمل على أن كل خطاب يرسل إليه من أحد الطرفين تسلم صورة منه للطرف الآخر ، كما لا يجوز للمحكم أن يجري اتصالاً تلفونياً مع أي منهما ، وإذا كان هناك أمر عاجل ، وأرسل المحكم فاكساً أو بريداً إلكترونياً E-mail إلى طرف فيجب عليه أن يرسل منه صورة للطرف الآخر ، ولا يجوز للمحكم أن يقابل أي طرف بدون حضور الطرف الآخر.

ولهذا لا يقتصر الالتزام بهذا المبدأ في جلسات المرافعات فحسب بل يجب مراعاته أيضاً في جلسات التحقيق ، وعند اتخاذ إجراءات الإثبات فيجب على المحكم أن يُمكن كل طرف من مناقشة مسائل الواقع والقانون التي جمعها ، كما يجب عليه طرح كل ما جمعه من أدلة أثناء النزاع وكل ما يستند إليه من نصوص قانونية حتى تكون محلاً للمناقشة بين الخصوم[1] .

وقد حرص المشرع المصري في قانون التحكيم على النص على أهم تطبيقات هذا المبدأ ومنها نص المادة (٣١) تحكيم مصري على أنه : (ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر وكذلك ترسل إلى كل الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة) .

ونص المادة (٢/٣٣) تحكيم مصري على أنه : (يجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك

---

[1] أحمد هندي / المشكلات العملية في نظام المرافعات / مرجع سابق ص ١٠١ ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٩٨١) - بتاريخ ١٤٢٨/٥/٢٤هـ الموافق ٢٠٠٧/٦/٩م غير منشور ، الطعن رقم (٢٨٤٢١) بتاريخ ١٤٢٧/٨/١٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٩/١٠م غير منشور ، حيث جاء في حيثياته (أن ما أثاره الطاعن يعد دفاعاً جوهرياً تضمنته أسباب دعوى ببطلان حكم التحكيم ويترتب عليه إن صح أن تغير الشعبة وجه الرأي فيما قضت به في حكمها إذ يكون حكم التحكيم قد أهمل مبدأ المواجهة ومن ثم حق الدفاع المكفول قانوناً للطاعن وبني على إجراءات غير صحيحة وهو ما تمسك به مدعي البطلان وتضمنته أسباب دعواه أمام الشعبة ، وإذا أهملت هذه الأخيرة بحث هذا الدفاع من الطاعن أمامها بخصوص عدم مواجهته بالأدلة فإن الشعبة بذلك تكون قد أغفلت بحث ومناقشة دفاع جوهري الأمر الذي يهم حكمها بالقصور في التسبيب) ، الحكم الصادر من ذات الشعبة ، الطعن رقم (بدون) - بتاريخ ٤ محرم ١٤٢٩هـ الموافق ٢٠٠٨/١/١٢م غير منشور ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (١٣٣٩) - بتاريخ ١٤٢٩/٥/٣٠هـ الموافق ٢٠٠٨/٦/٤م غير منشور ، حيث جاء في حيثياته (أن تسلم المحكم كشوفات من الأطراف يحقق مبدأ المواجهة) .

بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف) ، وكذلك نصت المادة (١/٣٣) من ذات القانون التي تنص على أنه : (تعقد هيئة جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك) .

ولم يكن المشرع اليمني أقل حرصاً من المشرع المصري فقد نص على هذا المبدأ بنص المادة (٣٧) تحكيم يمني التي تنص على أنه : (يتم تقديم المستندات والوثائق من الطرفين إلى لجنة التحكيم ، وكذا تقارير الخبراء وتقوم اللجنة بعرض ما يلزم عرضه على أي من طرفي النزاع) ونص المادة (٣٨) تحكيم يمني والتي تنص على أنه : (تعقد لجنة التحكيم جلسات للاستماع للمرافعة الشفوية وذلك لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى تكون تقديم الحجج والأدلة وتكوين الجلسات سرية ولا يجوز حضور أحد ممن ليس له علاقة بالمنازعة) وكذلك نصت المادة (٣٩) التي تنص : (على لجنة التحكيم إخطار الطرفين بمواعيد جلسات المرافعات الشفوية والاجتماعات قبل عقدها بوقت كافٍ) .

وترتيباً على كل ما تقدم لا يجوز رفع دعوى البطلان لهذا السبب في الحالات الآتية :

١- إذا كان الخصم قد طلب من هيئة التحكيم السماح له بتقديم مستندات لم يشر إليها الحكم فهذا الأمر لا يعد إخلالاً بحق الدفاع [١] .

ولهذا يرى البعض أنه ينبغي على المحاكم الوطنية عدم قبول هذا السبب لبطلان الحكم، إلا إذا تأكدت من أن هناك إخلالاً جدياً بالإجراءات الواجب مراعاتها [٢] ، وقضى تطبيقاً لذلك برفض طلب إبطال الحكم أو إصدار الأمر بتنفيذه - استناداً للإخلال بحق الدفاع - لعدم ترك المحكم مدة معقولة للخصم لإبداء دفاعه طالما لم يثبت أمام المحكمة أن المدة الممنوحة لم تكن كافية للسماح لهذا الخصم بأن يقدم دفاعه بشكل مفيد [٣] ، كما قضى بأن الحكم التحكيمي يكون عرضة للإبطال إذا استند المحكم في حكمه على مذكرات شارحة وتعليقات لم تكن محلاً لمجادلة وجاهية بين الخصوم [٤] .

---

[١] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٤٠٧ .

[٢] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٤٠٨ .

[٣] راجع الأحكام المشار إليها لدى حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٩٦.

[٤] راجع الأحكام المشار إليها لدى عزمي عبدالفتاح / التحكيم في القانون الكويتي / مرجع سابق ص ٢٦٦ وما بعدها ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٣٣١ وما بعدها .

خلاصة ذلك أنه لا يكفي للحكم بالبطلان - لمخالفة حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة - أن يدعي الخصم ذلك ، وإنما عليه أن يقيم الدليل الفعلي على المخالفة ، وأثرها على الحكم الذي انتهت إليه هيئة التحكيم ، وأن وجه الرأي كان يمكن أن يتغير لو أتيحت له فرصة عادلة وكاملة لتقديم دفاعه [1] وتلك مسألة من الصعوبة بمكان إثباتها .

وفي كل الأحوال يرجع إلى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان تقدير مدى مخالفة مبدأ المواجهة ،ومدى أثرها على حكم التحكيم ،ولها في سبيل ذلك البحث في مفردات قضية التحكيم للتأكد مما إذا كان مدعي البطلان قد أتيحت له الفرصة كاملة لعرض دفاعه بشأن المسألة التي يتمسك بحقه في الدفاع بشأنها ، فإذا تبين أنه قد عرض دفاعه كاملاً بشأن هذه المسألة فإن زعمه بعدم تمكنه من إبداء دفاعه ينتفي مما يتعين رفض الدعوى [2] .

---

[1] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ٢٤٦ ، أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ١١٤ .

[2] عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم / مرجع سابق ص ٧٣ ، انظر محكمة استئناف القاهرة - الدائرة (٩١) تجاري في الدعوى رقم (٥١) لسنة (١٢١) ق تحكيم في ٢٠٠٥/٢/٢٧م وحكم نفس الدائرة في الدعوى رقم (٥٠) لسنة (١٢٠) ق تحكيم في ٢٠٠٤/٤/٢٩ الحاشية رقم (١) من ذات المرجع .

الفصل الثاني
حالات بطلان لم يحددها المشرع

الفصل الثاني
حالات بطلان لم يحددها المشرع

تمهيد وتقسيم :

ينص القانون على حالات بموجبها يجوز طلب إبطال حكم التحكيم ، إلا أنه وردت بصيغة العموم دون تحديد ،ولهذا يطلق بعض الفقه [1] على هذه الحالات بالحالات غير المحددة من المشرع ، ولهذا سنتكلم عن هذه الحالات وفقاً للقانون اليمني والمصري ، وعلى ذلك تنص المادة (٥٣/ج) تحكيم يمني على قبول دعوى البطلان (إذا كانت الإجراءات غير صحيحة) وهذه الحالة وردت بصيغة العموم وقبل توضيحها نلاحظ على صياغة هذا النص ما يلي :

صياغة هذه الحالة غير سليمة لأن المشرع لم يحدد ما المقصود بـ (إذا كانت الإجراءات غير صحيحة) فهل تشمل البطلان المؤثر وغير المؤثر ، الجوهري وغير الجوهري ، ولذلك نرى أنها غير قابلة للتطبيق ، وبالتالي تكون هذه الحالة عامة غير قابلة للتطبيق ، والسبب في ذلك لورودها بلفظ العام (أي إجراء) وبالتالي إجراء يكون باطلاً يعرض الحكم للإبطال ولو كان غير متعلق بالنظام العام بمعنى إجراء باطل ولو كان هذا البطلان غير متعلق بالنظام العام أو يتعلق بالنظام الخاص ، معنى ذلك أنه (يمكن إبطال حكم التحكيم لأي إجراء باطل) حتى ولو سقط حق الخصوم بالتمسك بهذا البطلان لأي سبب من أسباب السقوط.

لذلك نرى بأنه كان ينبغي على المشرع اليمني اقتفاء أثر المشرع المصري وغيره من التشريعات ، بوضع معيار محدد وواضح للإجراءات غير الصحيحة والتي تؤدي مخالفتها إلى بطلان حكم التحكيم ، فالمشرع المصري ينص بنص المادة (٥٣/١/ز) تحكيم مصري على قبول دعوى البطلان (إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم) .

---

[1] راجع فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٥٩٢ .

وإذا كان هذا النص قد وضع معياراً محدداً للإجراءات الباطلة التي تؤدي إلى بطلان الحكم بأن تكون هذه الإجراءات مؤثرة في الحكم ، إلا أن النص من جهة أخرى يظل وارداً بصيغة العموم كونه لم يحدد العيوب التي تشوب حكم التحكيم كعمل إجرائي والتي تؤدي إلى بطلانه ، وبالتالي فإن هذه الحالة تشمل كل العيوب التي تشوب حكم التحكيم سواء طبقاً لحالات البطلان المنصوص عليها في قانون التحكيم ، أو طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات .

باعتبار أن هذه الحالات يترتب عليها ضرر وتمس بمصالحه بشكل مباشر [1] وأيضاً باعتبار أن قانون التحكيم المصري قد صدر دون أن يحصر أركان الحكم وبياناته التي يترتب على القصور فيها بطلانه [2] ، مما سبق سنتكلم عن هذه الحالة من خلال فرضين الأول بطلان حكم التحكيم لعيب في ذاته ، والثاني بطلان إجراءات التحكيم على نحو أثر في الحكم ذاته على التوالي :

الفرض الأول : بطلان حكم التحكيم لعيب في ذاته :

يلتزم المحكم بمراعاة مجموعة من القواعد حال إصدار الحكم كما يجب مراعاة العديد من البيانات الأساسية التي يتعين اشتمال الحكم عليها ، والتي يترتب على إغفالها إمكان ممارسة دعوى البطلان .

غير أنه لا يمكننا القول - كما سبق - أن إغفال أي من هذه القواعد أو تلك البيانات إبطال الحكم ، فطبقاً للقواعد العامة للبطلان يترتب على البيانات الجوهرية من التي تبرر إبطال الحكم وممارسة دعوى البطلان .

ولذلك كله نص قانون التحكيم على القواعد اللازمة لإصدار حكم التحكيم م(٤٠) تحكيم مصري ، تقابل م(٤٧) تحكيم يمني ، طبقاً لذلك يجب أن يصدر حكم التحكيم من هيئة التحكيم بكامل تشكيلها ، فإذا كان قد تم تشكيلها من عدد فردي ، ثلاثة مثلاً فلا يجوز أن يصدر الحكم من اثنين أو تم تشكيلها من خمسة محكمين فلا يجوز أن يصدر

---

[1] انظر حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٠٢ ، حيث تقول (ينبغي إجراء نوع من التفرقة بين القواعد والأحكام الواردة في نص المادتين (٤٠) (٤٣) تحكيم مصري على أساس مدى تعلق هذه الأحكام بمصلحة الأطراف في الدعوى شكل مباشر أو كونها مجرد قواعد وأحكام وضعت من أجل تسهيل عمل المحكم أو هيئة التحكيم أو لأسباب عملية محضة لتسهيل تنفيذ حكم التحكيم عند صدوره) .

[2] أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء التحكيم / مرجع سابق ص ٩٥ .

الحكم من أربعة ؛ لأن العدد لم يصبح فردياً وتبطل بالتالي كافة الإجراءات التي تتم في ظل هذا التشكيل الباطل [1] .

كما بينت م(٢١) تحكيم مصري والمادة (٢٦) تحكيم يمني الإجراءات التي تتبع في استكمال الهيئة لتعيين محكم بدلاً عن المحكم الذي قام به مانع من أدائه لمهمته برده أو عزله أو تنحيه أو بأي سبب آخر .

ولذلك يبطل حكم التحكيم إذا لم يصدر بالأغلبية أو صدر بدون مداولة قبل إصدار الحكم ، كما يترتب على مخالفة قواعد المداولة البطلان كما لو تتم المداولة من بعض المحكمين دون البعض الآخر ، بمعنى أنه يجب أن تتم المداولة بين جميع المحكمين ، فإذا تمت بين رئيس هيئة التحكيم وكل من العضوين منفصلاً عن الآخر ، وخلا الحكم مما يدل على أن الهيئة قد تداولت فيه فإن حكم التحكيم يكون باطلاً ، كما أنه يلزم أن تتم مداولة قبل إصدار الحكم فإن الحكم يكون باطلاً لمخالفته للقواعد الأساسية في إصدار الحكم [2] فالمداولة ركن من أركان الحكم يترتب على تخلفها بطلانه [3] .

كما نص قانون التحكيم على القواعد والأحكام المتعلقة بشكل الحكم م(٤٣) تحكيم مصري ، م(٤٨) تحكيم يمني ،ويترتب على ذلك بطلان حكم التحكيم إن لم يكن مكتوباً حتى ولو اتفق الأطراف على غير ذلك ، فشرط الكتابة جاء بصيغة الأمر لا يجوز مخالفته ، فالمشرع لا يعرف حكماً شفوياً لا في القضاء العام ولا في القضاء الخاص ، فبذلك يكون حكم التحكيم غير المكتوب باطلاً بطلاناً يتعلق بالنظام العام ، وتقضي به محكمة البطلان من تلقاء نفسها بل منعدماً لقانون المرافعات اليمني كما سبق [4] .

كما يبطل حكم التحكيم إذا لم يتم توقيع الحكم من المحكمين أو أغلبهم على أصل الحكم أو إذا لم تثبت به أسباب عدم توقع الأقلية ، وطبقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة في هذا أنه (إذا كان الثابت من الأوراق أن محكم المدعي قد رفض التوقيع على ورقة

---

[1] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٣٦٦ ، ولا يجوز لكل عضو أن يصدر حكماً مستقلاً إذ مثل هذا الحكم يكون صادراً ممن ليس له سلطة إصداره ويعتبر حكماً منعدماً ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٤٣١ ، انظر : حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجاري في الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١١٩ ق في جلسة ٢٠٠٣/١/٢٩ مشار إليه لدى أحمد محمد عبدالصادق / المرجع العام في التحكيم / مرجع سابق ص ١٣٦ .

[2] فتحي والي / المرجع السابق / ص ٤٢٩ وما بعدها .

[3] أحمد شرف الدين / المرجع السابق ص ٩٥ .

[4] عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم / مرجع سابق ص ١٠١ .

الجلسة المنطوية على الحكم المطعون فيه ، وبالتالي لم يوقع على مسودة هذا الحكم فضلاً عن أن أسباب الحكم المطعون فيه لم تبين سبب امتناع المحكم المذكور عن التوقيع على الحكم فإن المحكمة تستخلص من ذلك أنه لم يناقش رأيه ولم تجر مداولة على نحو قانوني سليم من كامل أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم ، ومن ثم يكون نعي المدعي ببطلان الحكم لهذا السبب في محله [1] .

ويذهب الفقه الإجرائي السائد [2] إلى تطبيق القواعد العامة المقررة للبطلان التي تنص على أن الإغفال الجوهري يؤدي إلى البطلان أي أن إغفال أو نقص بيان جوهري في الحكم يؤدي إلى بطلانه كما لو تم إغفال بيان أسماء المحكمين الذين أصدروه أو تاريخ ومكان إصداره ، أو إذا لم يشتمل على مخلص لأقوال الخصوم ومستنداتهم ، أو إذا خلا الحكم من أي منطوق أو كان المنطوق متناقضاً مع بعضه البعض ، أو متناقضاً مع الأسباب .

---

[1] حكم محكمة استئناف القاهرة ، دائرة ٩١ تجاري في جلسة ٢٠٠٣/١/٢٩ في الدعوى رقم (٣٤) لسنة ١١٩ ق تحكيم مشار إليه لدى فتحي والي / قانون التحكيم ص ٤٣٠ حاشية (١) ، استئناف القاهرة في ٢٠٠٢/١١/٢٧ في الدعوى رقم (٧٠) لسنة ١١٩ ق ، مشار إليه لدى مختار بريري ، ص ٢٣٠ حاشية .

[2] عزمي عبدالفتاح / قانون رقم (٢) التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٣٦٦ وما بعدها ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٩٢ ، أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٢٢٨ ، أحمد أبو الوفا / عقد التحكيم وإجراءاته / مرجع سابق ص ٢٧٨ وما بعدها ، حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي /مرجع سابق ص ٤٩ ، آمال الفزايري / دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم / مرجع سابق ص ٩٩ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٢٣٠ ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ٢٦٦ ، عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم / مرجع سابق ص ٩٦ وما بعدها ، محمد علي عويضة / حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٣٨٧ ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ١١٠ وما بعدها ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٤١٩ وما بعدها ، انظر نقض مصري مدني في ١٩٩٧/١٢/١٨ - طعن رقم ٤٦٢٣ لسنة ٦٦ ق مشار إليه لدى أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ١٨٢ ، نقض مدني في ١٩٩١/٣/٢٤ - طعن رقم ٩٠ لسنة ٥٨ ق ، نقض مدني في ١٩٩٧/١٢/١١ - طعن رقم ٤٦٢٣ لسنة ١٦ ، نقض مدني في ١٩٨٢/٥/٤ - طعن رقم ٧٣٦ لسنة ٤٩ ق نقض مدني في ١٩٩٣/٥/١٩ - طعن رقم ١٤٣٤ لسنة ٥٦ ق مشار إليهما لدى / عبدالتواب مبارك ص ٩٦ الهامش رقم (٣) ، استئناف القاهرة - نفس الدائرة - دعوى رقم ١٢٥ لسنة ١٢١ ق تحكيم تجاري جلسة ٢٠٠٦/٧/٢ ، استئناف القاهرة - دائرة ٧ تجاري - دعوى رقم ٤٤ لسنة ١٢١ ق تحكيم تجاري - جلسة ٢٠٠٥/٥/١٠ ، نفس الدائرة - دعوى رقم ١٠٠ لسنة ١٢٠ ق تحكيم - جلسة ٢٠٠٤/١٢/٧ مشار إليهم لدى أحمد محمد عبدالصادق / المرجع العام في التحكيم / مرجع سابق ص ١٣٧ وما بعدها ، مشار إليهما لدى طلعت دويدار ص ١٣٢ حاشية رقم (٢) .

إلا ن هناك جانباً من الفقه [1] يرى أن إغفال القواعد والأحكام بشكل الحكم يؤدي إلى عدم تطبيق القواعد العامة للبطلان على أحكام التحكيم ، وينبني على ذلك أن إغفال أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم ... الخ ، لا يؤدي إلى إمكانية الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الذي أهمل ذكر هذه البيانات .

ومع تقديرنا لأصحاب هذا الرأي إلا أننا لا يمكن التسليم به باعتباره لا يستقيم مع القواعد العامة في البطلان بصفة خاصة والجزاء الإجرائي بصفة عامة ، أليست هذه البيانات من شأنها الإضرار ، وبالتالي تحقق معيار الضرر .

باعتبار أن هذا الرأي لا يرتب البطلان على تخلف بعض بيانات الحكم الجوهرية ، لأن الأمثلة التي يستخدمها هذا الاتجاه مثل تخلف أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم ، فلا يمكن التسليم به ؛ لأن تخلف أسماء المحكمين من شأنه أن يؤدي إلى التجهيل، فهذا الإغفال يجعلها مصابة بعيب أساسي يؤدي إلى البطلان بل من وجهة نظرنا يصل هذا العوار إلى درجة الانعدام ، باعتبار أن أي حكم سواء كان صادراً من محكمة أو محكم لا يحمل أسماء القضاة أو المحكمين الذين أصدروه يكون بذلك قد فقد ركناً من أركانه وليس شرطاً من شروطه ، وبالتالي يترتب على ذلك البطلان بل الانعدام كما سبق [2] .

ومن العيوب التي تجعل الحكم باطلاً في ذاته حالة صدور الحكم خالياً من الأسباب في غير الأحوال التي يجوز فيها ذلك م(٢/٤٣) تحكيم مصري ، م(٤٨) تحكيم يمني .

فخلو الحكم من الأسباب يعتبر عيباً إجرائياً يؤدي إلى بطلانه كما يعتبر الحكم خالياً من الأسباب إذا كانت أسبابه مجملة أو مجهلة [3] .

---

[1] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٠٢ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤٠٩ .

[2] راجع ص من هذا البحث .

[3] راجع في ذلك : فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٩٣ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٣١٦ ، محمد علي عويضة / حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٣٧٢ وما بعدها ، استئناف القاهرة - دائرة ٨ تجاري - جلسة ١٩٩٨/٤/٢٢ في الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١١٣ ق القاهرة - دائرة ٩١ تجاري ٢٠٠٣/٦/٢٩ في الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١١٩ ق تحكيم ، استئناف القاهرة - دائرة ٩١ تجاري ٢٠٠٢/٧/٦ في الدعوى رقم ٧٣ لسنة ١١٩ تحكيم ، استئناف القاهرة - دائرة ٩١ تجاري ٢٠٠٣/٦/٢٩ في الدعوى ٦٢ لسنة ١١٩ ق تحكيم ، مشار إليهم لدى فتحي والي / الإشارة السابقة حاشية رقم (١ ، ٢ ، ٣) استئناف القاهرة - دائرة ٧ تجاري - دعوى رقم ١٢٥ لسنة ١٢١ ق تحكيم تجاري - جلسة ٢٠٠٦/٧/٢ مشار إليه لدى أحمد محمد

ويجب لسلامة الحكم أن تكون أسبابه غير متناقضة ، إذ عندئذ يعتبر الحكم خلواً من الأسباب وإن اشتمل عليها من الناحية الشكلية ، ولهذا فإن التناقض يؤدي إلى بطلان الحكم طبقاً للمادة (٥٣/١/ز) تحكيم مصري ، م(٥٣/و) تحكيم يمني .

ويعتبر الحكم متناقضاً إذا كان قد استند إلى أفكار قانونية مختلفة ومتناقضة وإذا كان قد استند إلى تفسير للمستندات استخلاص من الوقائع يختلف عن تفسير آخر أو استخلاص آخر انتهى إليه في موضوع آخر من الحكم كأحد أسبابه ، والعبرة بما يورده الحكم كأسباب له ، وليس بعبارات أوردها في سرد دفاع الخصوم ، دون أن يرد في الحكم ما يؤدي أنه قد أخذ بها[1] ، وعلة ذلك أن تناقض الأسباب يؤدي إلى تهاتره ولا يبق بعد ذلك ما يحمل الحكم فالأسباب المتناقضة هي والعدم سواء .

ويجب أن تكون الأسباب كافية لحمل حكم التحكيم ، وإلا كان الحكم باطلاً فلا يكفي في تسبيب أحكام المحكمين الوجود الشكلي بل يجب أن تكون متعلقة بموضوع النزاع ، وأن تتوافر صلة منطقية بينها وبين الحكم حتى تكتمل الشروط الثلاثة المطلوبة في التسبيب [2] ، وأن تكون مستندة إلى مأخذ صحيح من أوراق الخصومة فلا تستقي من مصدر وهمي أو مفترض أو من أدلة خارجة عن الخصومة ، إذ عندئذ يكون المحكم قد قضى بعلمه الشخصي ويكون الحكم باطلاً [3] .

عبدالصادق / المرجع العام في التحكيم / مرجع سابق ص ١٤١ ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٢٨٨٧١) - بتاريخ ١٤٢٧/١٠/٢٤هـ الموافق ٢٠٠٦/١١/١٥ غير منشور ، حيث جاء في حيثياته (... وحيث أن الشعبة التجارية أشارت في حكمها إلى العيوب الواردة في حكم التحكيم وخاصة عدم مراعاة أحكام إجراءات التحكيم ، وكذا عدم تسبيب حكم التحكيم تسبيباً كافياً يكون اقتناع الخصوم بعدالة ما توصله إليه المحكم من واقع الأدلة الواقعية المقدمة والحجج القانونية المبني عليها الحكم ، ومما يعيب التسبيب إيراده مجملاً عاماً ، نقض يمني - الدائرة التجارية (ب) - الطعن رقم (٢٧٧٤٠) بتاريخ ١٩ شعبان ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٩/٩ غير منشور ، جاء في حيثياته (يشترط في أسباب الحكم أن تكون كافية ومنطقية ، أي أن يشتمل الحكم على أسباب مقنعة ،فلا تكفي العبارات العامة والأقوال المرسلة .

[1] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٩٤ ، عزمي عبدالفتاح / المرجع السابق ص ٣٧٢ ، نقض يمني - الدائرة التجارية (ب) - الطعن رقم (٢٧٧٤٠) بتاريخ ١٩ شعبان ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٩/٩م غير منشور ، جاء في حيثياته (... ويبدو بوضوح أن الحكم المطعون فيه وإن كان قد اشتمل على أسباب إلا أنها ليست كافية ولا سائغة بل يخالطها التناقض) .

[2] عزمي عبدالفتاح / المرجع السابق ص ٣١٥ وما بعدها .

[3] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٩٦ ، في المعنى : أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ١٨٦ .

كما يجب لكفاية الأسباب ألا تكون غامضة أو عامة، أما إذا كانت الأسباب غير كافية لغموض أو إجمال أو عمومية شديدة فإن ذلك يؤدي إلى بطلان الحكم للقصور في التسبيب الذي يعادل في أثره عدم وجود الأسباب [1] .

والقصور في أسباب الحكم يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم ، ويعني ذلك أن العرض لوقائع الدعوى غير كامل على نحو يجعل الحكم غير متضمن للعناصر الواقعية الضرورية لتبرير القواعد القانونية التي طبقها الحكم ، ومن صور القصور عدم بحث أحد العناصر الواقعية الضرورية لتبرير ما انتهى إليه الحكم وعدم بيان مصدر الواقعة والدليل على ثبوتها [2] .

مع ملاحظة أن المشرع اليمني أفرد حالة مستقلة من حالات البطلان لخلو الحكم من التسبيب التي يجوز فيها إبطال حكم التحكيم ومن ثم رفع دعوى البطلان (إذا لم يكن حكم التحكيم مسبباً) م(٥٣/و) تحكيم يمني ، وذكرنا سابقاً بأن البطلان المقرر طبقاً لهذه المادة يتناقض ويخالف حكم المادة (٤٨) من ذات القانون والتي تنص على أنه (... ويجب أن يصدر الحكم مسبباً وإلا اعتبر ناقصاً إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك ...) [3] .

ونتيجة لهذا التناقض سنحاول تبيان موقف القانون اليمني من الجزاء المقرر لتخلف التسبيب وذلك لمقارنته مع القانون المصري .

قلنا أن التسبيب ضمانة لعدم تحكم القاضي والمحكم وحكمهما بالهوى وأنه ضمانة لاحترام حقوق الدفاع بشكل غير مباشر ، ولذا يرى بعض الفقه أن التسبيب يعد حقاً [4] من حقوق الدفاع وما دام أن هذه الحقوق لم تحصر طبقاً لنص المادة (٥٣/١/ج) تحكيم مصري فالتسبيب طبقاً للقانون المصري يدخل أو يمكن إدماجه ضمن الفقرة (١/ج) من المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري والمتضمنة إبطال الحكم لمخالفته حقوق الدفاع ، وقد قلنا فيما سبق أن القانون عندما نص على مخالفة حقوق الدفاع يؤدي إلى إبطال الحكم وفقاً للمادة

---

[1] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي / مرجع سابق ص ٣١٧ ، طعن كويتي بالتمييز في ١٩٩٦/٦/٢٥ - الطعن رقم ١٩٧ لسنة ١٩٩٥ تجاري ، مشار إليه لدى عبدالله عيسى علي الرمح / الرسالة ، حكم التحكيم / مرجع سابق ١٧٤ الحاشية رقم (٣) ، محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين / مرجع سابق ص ٩٠ .

[2] أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ١٨٦ .

[3] راجع في هذا النقد ص من هذه الرسالة .

[4] طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ١٢٩ .

المذكورة وأنه يمكن تفسير هذه الحالة تفسيراً واسعاً لذلك انتقد الفقه هذه الحالة لعموميته [1] .

وعلى ذلك كان قانون التحكيم المصري لم ينص صراحة على بطلان حكم التحكيم وجواز رفع الدعوى لإبطاله لتخلف التسبيب ، إلا أنه طبقاً للتفسير الواسع لحق الدفاع فإن التسبيب يعتبر حقاً من حقوق الدفاع ، ولذلك نرى أن تخلف تسبيب حكم المحكمين طبقاً للقانون المصري وحتى أي تشريع آخر ومنها اليمني يؤدي إلى إبطال الحكم وجواز رفع دعوى البطلان باعتباره حقاً من حقوق الدفاع وبذلك يتساوى القانون المصري والقانون اليمني.

وعلى ذلك سواء نص القانون صراحة على إبطال الحكم لتخلف التسبيب في حكم التحكيم ، أو بطلانه لمخالفته لحقوق الدفاع ومنها خلوه من التسبيب ، فإن الفقه يكاد يجمع على جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الخالي من التسبيب أو الذي لحقه عيب من عيوب التسبيب سواء كان خالياً أو ناقصاً أو متناقضاً أو متهاتراً [2] .

ومع ذلك لنا وجهة نظر مختلفة سواء في اليمني أو المصري ، مضمونها أن القواعد التي تقرر ضرورة التسبيب وترتبت على تخلفه بطلان الحكم لا تستقيم مع نصوص أو قواعد أخرى تعفي المحكم من التسبيب بالاتفاق م(٤٨) تحكيم يمني تقابل (٤٣) تحكيم مصري ، لأنه يفهم من القواعد المقررة ضرورة التسبيب محكم لم يعفه الخصوم من التسبيب يكون باطلاً أو معرضاً للبطلان ، أما الحكم الصادر دون تسبيب استناداً إلى رغبة الأطراف في ذلك يكون حكماً صحيحاً ،وهذا الفهم غير منطقي ولا يمكن تبريره ، وكان ينبغي على المشرع النص على تسبيب جميع الأحكام بدون استثناء وإلغاء النص المقرر لحق الخصوم بإعفاء المحكم من التسبيب ، ورأينا هذا ينسجم مع رأي الاتجاه السائد بالفقه الذي ينعت التسبيب بأنه حق من حقوق الدفاع وبالتالي يتعلق بالنظام العام .

---

[1] راجع ص من هذه الرسالة .

[2] راجع في ذلك : أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ١٨٦ ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٥٩٣ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / عقد التحكيم وإجراءاته / مرجع سابق ص ٢٨٠ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣١٥ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص ٢٦٧ ، حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي /مرجع سابق ص ٤٩٩ وما بعدها .

وينبني على ذلك إبطال الحكم المخالف لحق الدفاع ، فإذا كان التسبيب حقاً من حقوق الدفاع فيمكننا إبطال الحكم الخالي من التسبيب مهما كان السبب المؤدي إلى عدم تسبيبه[1].

وإذا كان الأمر كذلك أي أن التسبيب حق من حقوق الدفاع ويتعلق بالنظام العام [2] ، فإننا نصل إلى نتيجة مفادها أن النص الذي يقرر حق الخصوم بإعفاء المحكم من التسبيب يعد نصاً غير دستوري ، باعتبار أن حق الدفاع حق مكفول في جميع دساتير العالم [3] وباعتبار ضمانة من ضمانات التقاضي ، ويساهم في قناعة المحكوم عليه وكل من يطلع على الحكم بعدالته فيزيد من فاعليته على الأقل من الناحية النفسية ، ويدفع القاضي إلى الحرص والفطنة [4] .

ونضيف إلى ذلك أن التسبيب يوضح قناعة القاضي ويعد أساساً للحكم وبالتالي يعتبر ضابطاً من ضوابط العدالة التي ينطق بها الحكم ، وخلو حكم المحكم من التسبيب يعد عدالة تحكمية أو هوائية أو مزاجية وبالتالي لا يستقيم حكم المحكم الصادر بموجب عدالة تحكمية ويصير حكماً غير منطقي لا يتمشى مع المنطق أو القانون أو العقل ، كما أن الحكم غير المسبب لا يمكن تنفيذه في بدل آخر يعتبر التسبيب من النظام العام .

لذلك نرى إلغاء النص المقرر حق الخصوم بإعفاء المحكم من التسبيب باعتباره نصاً غير دستوري كما ذكرنا سواءً كان هذا النص في القانون اليمني أو القانون المصري أو في أي تشريع آخر وذلك للعلة التي أوردناها .

وكما قلنا سابقاً أن نص المادة (٤٨) تحكيم يمني يتناقض مع نص م(٥٣/و) من ذات القانون [5] فقد نصت المادة (٤٨) السابقة على أنه (... يجب أن يصدر الحكم مسبباً وإلا اعتبر ناقصاً ...) ومعلوم أن النقص لا يعتبر جزاءً إذ يجوز إصلاحه دون حاجة إلى إبطاله ،

---

[1] راجع في ذلك : طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ١٧٣ ، محمد علي عويضة / حق الدفاع / مرجع سابق ص ٣٧٠ وما بعدها ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٤٤٣ ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٤١١ .

[2] راجع في ذلك أحمد هندي / تنفيذ أحكام المحكمين / مرجع سابق ص ٦٥ .

[3] راجع في ذلك : محمد علي عويضة / حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٢١١ وما بعدها .

[4] طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم / مرجع سابق ص ١٢٩ .

[5] راجع في نقد ذلك / نجيب الجبلي / تناقضات قانون التحكيم اليمني / مرجع سابق ص ٣٧٤ .

وبالتالي فمن يقوم بإكمال النقص وتسبيب الحكم هل المحكم ؟ أم محكمة الاستئناف ؟ وهي محكمة الطعن بالبطلان في القانون اليمني .

فإذا قلنا المحكم فهو غير حائز لاستنفاد المحكم لولايته بصدور الحكم ، وإذا قلنا محكمة الاستئناف فمعنى ذلك أن المحكمة أضحت بهذا القول محكمة موضوع - أي محكمة استئناف - وليست محكمة طعن بالبطلان ، وبناءً على ذلك فإننا نرى بأنه ينبغي تعديل هذا النص أو إلغائه ، وبالرجوع إلى القضاء اليمني نلاحظ أن المحكمة العليا وضحت هذا التناقض في عدة أحكام لها رغم غموض النص ذاهبة إلى تفسير هذا النص من خلال إبطال الأحكام غير المسببة والتي لا تتضمن التسبيب [1] .

الفرض الثاني : بطلان إجراءات التحكيم ذاتها على نحو أثر في الحكم :

مقتضى هذا السبب من أسباب بطلان حكم المحكم الذي يجوز الاستناد إليه في رفع دعوى البطلان هو أن يكون هذا العيب قد أثر في الحكم بمعنى أن يوجد ارتباط وثيق بين حكم المحكم والإجراء الباطل بحيث لا يتصور للحكم كيان دون هذا الإجراء [2] .

وأمثلة هذه العيوب عديدة أهمها الإخلال بحقوق الدفاع عموماً أو المساس بمبدأ الواجهة بين الخصوم والمساواة فيما بينهم [3] .

وتطبيقاً لذلك يبطل حكم التحكيم إذا اتخذ أي إجراء في غيبة أحد الخصوم ولم يمكن من العلم به ، أو إذا لم يعلن أحد الخصوم بطلبات خصمه أو بمستنداته أو بإجراء من إجراءات الإثبات ، أو لم يعلن بتقرير الخبير ، أو لم يمكن من الدفاع وتقديم مستنداته ، أيضاً قبول مستندات أو دفاع من أحد الخصوم بعد قفل باب المرافعة دون علم باقي الخصوم أو تمكينهم من الدفاع المقابل وإصدار الحكم على أساس ذلك [4] .

---

[1] راجع أحكام المحكمة العليا ص من هذه الرسالة .

[2] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤٠٩ .

[3] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري /مرجع سابق ص ٢٤٥ ، حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي /مرجع سابق ص ٥٠٠ .

[4] عزمي عبدالفتاح /قانون التحكيم الكويتي /مرجع سابق ص ٣٦٥ وما بعدها ، حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٥٠٠ ، أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٢٤٠ .

كذلك إغفال الحكم الرد على دفاع جوهري للخصم لأن من شأن ذلك الإخلال بحق الدفاع فضلاً عن أن من شأن هذه المخالفة التأثير على ما انتهى إليه الحكم من أمر الذي يبطله [1] .

كما تشتمل هذه الحالة حالة ما إذا لحق بأحد أطراف خصومة التحكيم عارض يؤدي إلى انقطاع الخصومة ، ويستمر المحكمون في نظر الخصومة في غيبة الخصم الذي لحقه العارض وعدم حضور من يمثله وتصدر حكمها رغم ذلك .

أو أن يتقدم طلب برد أحد المحكمين وتستمر محكمة التحكيم في نظر القضية ولا توقف الخصومة لحين الفصل في طلب الرد ، وتصدر حكماً فيها رغم ذلك أو إذا قضى بوقف الخصومة إلى حين الفصل في مسألة أولية لا تدخل في ولاية هيئة التحكيم التي تنظر الدعوى فإذا تم إجراء من إجراءات الخصومة وهي موقوفة فإن ذلك يعد إخلالاً بحق الدفاع ويستتبع بالتالي بطلان حكم التحكيم [2] .

كذلك تشتمل هذه الحالة - حالة ما إذا قضى حكم التحكيم بما لم يطلبه أحد الخصوم - إذ في هذه الحالة يكون الحكم باطلاً إذ ينقصه مفترض ضروري لإصداره كما أنه مفترض لصحته ، وهو الطلب فضلاً عن أنه يعتبر انتهاكاً لمبدأ المواجهة وإخلالاً بالحق في الدفاع .

ولنفس السبب يبطل الحكم إذا قضى بأكثر مما طلب ، فمن المقرر أن المحكم شأنه شأن القاضي يتقيد بطلبات الخصوم ، فليس له أن يقضي في غير ما طلبه الخصوم إلا إذا تعلق

---

[1] أحمد السيد صاوي / الإشارة السابقة ، في المعنى : أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري / مرجع سابق ص٢٤٥ ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (١٨٥٦) - بتاريخ ١٤٢٧/٨/٢٥هـ الموافق ٢٠٠٦/٩/١٨ غير منشور ، حيث جاء في حيثياته (وبالاطلاع على الأوراق فقد وجدت هذه الدائرة أن ما أثاره الطاعن من دفاع جدير بالنقاش من قبل الشعبة في مجملها ، وحيث أن حكم الشعبة لم يتطرق إلى مناقشة الدفاع الجوهري الذي أثاره مدعي البطلان ... تستوجب الإعادة إلى الشعبة لمناقشتها ضمن دعوى البطلان والحكم بما يتقرر أمام الشعبة) .

[2] راجع تفصيلاً في عوارض الخصومة : مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية / مرجع سابق ص ٧٦١ و ما بعدها ، عاشور مبروك / النظام الإجرائي لخصومة التحكيم / مرجع سابق ص ٣٢٣ وما بعدها ، أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ١٥٤ وما بعدها ، فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٣٧٥ وما بعدها ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ١١٨ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري /مرجع سابق ص ٢٢٣ وما بعدها ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٣٤٩ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٢٢٦ وما بعدها.

الأمر بالنظام العام فيبطل الحكم بما يقضي به بغير طلب أو فيما يجاوز الطلب [1] ، فضلاً عن أن ذلك يعتبر خروجاً من المحكم عن المهمة التي أنيط بها [2] .

والواقع أن تأثير بطلان الإجراءات التحكيمية على صحة الحكم الصادر هي مسألة تخضع لتقدير المحكمة التي ترفع إليها دعوى البطلان فهي التي تقدر مدى الارتباط المؤثر بين الإجراء الباطل وإمكانية انعكاس بطلانه على بطلان الحكم الصادر من المحكم [3] .

فالعبرة في ذلك بمدى تحقيق الإجراءات لغايتها من عدمه ، وذلك وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات [4] ، ومثال ذلك إعلان أحد الأطراف أو إرسال تقارير قدمت للهيئة إلى غير العنوان المحدد في اتفاق التحكيم ، فإذا ترتب على ذلك عدم علم الطرف المعلن ، فإن هذا البطلان يعد مؤثراً في الحكم لأنه حرم هذا الطرف من إمكانية الحضور أو الرد على ما تضمنته هذه التقارير ، أما إذا ثبت علم الطرف رغم عدم صحة الإعلان ، فإن بطلان الإجراء لا يعد مؤثراً في الحكم [5] .

وتنطبق هنا القاعدة العامة في البطلان ، وهي أن الأصل في الإجراءات أنها قد روعت ، فيقع عبء إثبات تعيب الإجراءات على من يتمسك بالبطلان ، ويثير بطلان حكم التحكيم لعيب شكلي ذاتي أو لبطلان الإجراءات مشكلة خاصة ، ذلك أن البطلان مقرر كجزاء لمخالفة شكل قانوني أي شكل نص عليه القانون ، ولكن قد تكون الأعمال الإجرائية أو الشكل الذي تتم به في خصومة التحكيم ليس منصوصاً عليها في القانون وإنما اتفق عليها الأطراف أو قررتها هيئة التحكيم .

---

[1] فتحي والي / المرجع السابق ص ٦٠١ ، والأحكام الواردة في الحاشية ، استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ١٤٢٤/١١/٤هـ الموافق ٢٠٠٣/١٢/٢٨ غير منشور ، والحكم الصادر عن المحكمة ذاتها وذات الشعبة بتاريخ ١٤٢٦/١٢/٢هـ الموافق ٢٠٠٦/١/٢ غير منشور .

[2] ويضيف جانب من الفقه بقوله (تقترب هذه الحالة من حالة خروج المحكمين عن حدود الاتفاق على التحكيم ولكنهما يختلفان من حيث أن الحالة الأخيرة تتعلق بموضوع النزاع المحدد في اتفاق التحكيم وهو مجموع الادعاءات (الطلبات) التي يتقدم بها جميع الخصوم ، أما في حالة القضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه فإن الأمر يتعلق بتجاوز محل طلب خصم واحد) .

[3] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤١٠ .

[4] أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٥٦ .

[5] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سباق ص ٢٣١ .

وعلى ذلك فإن ما اتفق عليه الأطراف أو قررته هيئة التحكيم من إجراءات التحكيم يعتبر ملزماً للأطراف ولهيئة التحكيم - إذا لم يكن مخالفاً للمبادئ الأساسية في التقاضي .

وبالتالي تعتبر هذه الإجراءات أو الأشكال أو البيانات كما لو كان منصوصاً عليها في القانون ، فتعامل معاملة الأشكال القانونية التي لم ينص القانون صراحة على البطلان جزاء لها ، ولهذا يلزم للحكم بالبطلان جزاء لها أن يثبت المتمسك بالبطلان أن الغاية من الشكل أو البيان المتفق عليه لم تتحقق [1] .

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٦٠٠ وما بعدها ، استئناف القاهرة - ٩١ - تجاري ٢٠٠٣/١١/٢٢ في القضية رقم ٦٤ لسنة ١١٩ ق تحكيم ، استئناف القاهرة - ٧ تجاري ٢٠٠١/٣/١٢ في الدعوى ٤٦ لسنة ١١٧ ق تحكيم استئناف القاهرة - ٩١ - تجاري - ٢٠٠٤/٦/٢٩ في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٢٠ ق تحكيم ، حيثيات حكم استئناف القاهرة - ٩١ تجاري - ٢٠٠٤/٢/٢٨ في الدعوى ٨٩ لسنة ١٢٠ ق استئناف القاهرة - ٩١ تجاري - ٢٠٠٣/١١/٢٢م في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢٠ ق مشار إليهم في الحاشية ذات الصفحة والمرجع .

الفصل الثالث

حالات بطلان لمخالفة النظام العام

الفصل الثالث

حالات بطلان لمخالفة النظام العام [١]

تنص مختلف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم على إبطال حكم التحكيم حال تعارضه مع النظام العام [٢] ، وحتى التشريعات التي لم تنص على ذلك والتي لم تقرر دعوى البطلان في نظامها تقرر جواز المعارضة أثناء تنفيذ حكم التحكيم لمخالفة النظام العام وذلك من خلال رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم إذا كان مخالفاً للنظام العام في بلدها أو بلد التنفيذ [٣] .

والحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن أي نظام قانوني مهما كانت اتجاهاته ، وأياً ما كان شأنه يحوي العديد من القواعد تمثل الحد الأدنى للحفاظ على كيان الجماعة التي ينظمها، والتي لا يجوز بحال من الأحوال المسا بها ، أو الافتئات عليها أو تجاهلها ، تلك القواعد يطلق عليها اصطلاحاً النظام العام ، وعلى الرغم من الاهتمام المفرط بدراسة موضوع النظام العام والذي بلغ حداً ربما لا يمكن حصره بالنظر إلى المكانة التي يحتلها هذا الموضوع سواء من ناحية المعاملات الداخلية الخاصة الدولية ، وما زال يكتنف هذه الفكرة الكثير من الغموض ويصعب تحديدها على وجه دقيق [٤] .

فهي فكرة ذات مفهوم مرن تتغير باختلاف المكان والزمان فما يعتبر متعارضاً مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى ، وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة لا يعد أمراً منافياً لهذه الفكرة في وقت آخر [٥] .

---

[١] تفصيلاً في فكرة النظام العام راجع / سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، الإسكندرية بدون دار نشر أو رقم الطبعة ص ٨٩ وما بعدها .

[٢] راجع على سبيل المثال م(٢/٣٤/ب) من القانون النموذجي للتحكيم ، م(٤٩/ب) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة٢٠٠١ ، م(٢/٥٣) من قانون التحكيم العماني .

[٣] راجع على سبيل المثال م(٢/٥/ب) من اتفاقية نيويورك .

[٤] راجع في ذلك بليغ حمدي محمود ، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية / مرجع سابق ص ٤٦٥ .

[٥] بليغ حمدي محمود ، الإشارة السابقة ، في المعنى ذاته : مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٢٢٣ وما بعدها ، أحمد هندي / تنفيذ أحكام المحكمين ، مرجع سابق ص ٦٢ ،نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤١٢ ، ويضيف جانب من الفقه (أن مفهوم النظام العام الذي يتعين إخضاع حكم التحكيم له بوقت ممارسة

وإزاء ذلك يصعب الاعتراف بوجود قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديداً مطلقاً يتمشى مع كل زمان ومكان لأن النظام العام شيء نسبي [1] .

ولذلك يعرف الفقه النظام العام بأنه ما يرتبط بالنظام الأعلى للمجتمع ويمس نسيجه الاجتماعي والاقتصادي والسياسي ويخل بقيمه العقائدية والأخلاقية [2] ، فهو يمثل صمام الأمان لصيانة تلك الأسس والمبادئ العليا في المجتمع ، فغاية هذه الفكرة هو حماية الصالح العام الذي يصلح أن يكون معياراً للدلالة عليها [3] .

مع الأخذ في الاعتبار أن إعمال هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى [4] .

وتكاد تجمع التشريعات للدول المختلفة على ترتيب البطلان لمخالفة النظام العام ، ولذلك نجدها تنص بعبارات على القاعدة العامة مضمونها عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام [5] ، بطلان حكم التحكيم المخالف للنظام العام [6] ، والبعض الآخر منها كما هو في القانون اليمني نص على القاعدة العامة مضمونها عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والمسائل التي لا تقبل الصلح م(٥) تحكيم يمني، غير أنه بعد

الرقابة على الحكم ، والقاعدة المماثلة لهذا المبدأ والتي تطبق على الأحكام الأجنبية يطلق عليها مبدأ وقتية النظام العام ، ومن هنا قد يحدث أن يكون حكم التحكيم متوافقاً مع النظام العام لحظة صدوره بينما يعتبر ضد النظام العام لحظة إصدار الأمر بالتنفيذ) حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٠٨ .

[1] راجع في ذلك : السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني / المجلد الأول / دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، ص ٥٣٥ .

[2] أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤١ ، ويضيف جانب من الفقه بأن كل دولة تحاول أن تستخدم فكرة النظام العام ليس فقط للدفاع عن مصالحها العليا وإنما أيضاً لضمان أكبر حصة من القضايا لمحاكمها الوطنية ، وذلك بمنع التحكيم في بعض المنازعات بزعم أنها تتعلق بالنظام العام ، وأن العدالة لا تتحقق إلا إذا تمت عن طريق محاكم الدولة ، فتدخل الدولة في تحقيق العدالة ما زال قابعاً في أذهان العديد من المشرعين لدرجة أنه لا يمكن لديهم التفكير في فكرة القانون دون مساهمة السلطة العامة ، أحمد هندي / تنفيذ حكم المحكمين / مرجع سابق ص ٦٢ وما بعدها .

[3] بليغ حمدي محمود / المرجع السابق ص ٤٦٦ ، ويؤكد جانب من الفقه على فكرة الصالح العام كأساس أو معيار للقواعد المتعلقة بالنظام العام بقوله (إن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلوا على مصلحة الأفراد) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول / مرجع سابق ص ٥٣٤ .

[4] السنهوري / المرجع السابق ص ٥٣٥ .

[5] راجع في ذلك م(١١) تحكيم مصري ، م(٥) تحكيم يمني .

[6] راجع في ذلك م(٢/٥٣) تحكيم مصري ، م(٤/١٤٨٤) من قانون المرافعات الفرنسي .

أن أورد القاعدة العامة أورد أمثلة لبعض المسائل المتعلقة بالنظام العام فنص على عدم جواز التحكيم في الحدود واللعان وفسخ النكاح ، ورد القضاة ومخاصمتهم والمنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ جبراً .

ونعتقد أن هذه الأمثلة الواردة في المادة الخامسة لم ترد على سبيل الحصر ، لأن هناك مسائل تتعلق بالنظام العام ولم ترد في المادة المذكورة ، وبالتالي ينبغي أخذ الحيطة والحذر واعتبار أن هذه المسائل واردة على سبيل المثال ، لأنه نص على القاعدة العامة كما سبق وبالتالي يكون لقاضي الموضوع أو القاضي الذي ينظر البطلان أو محكمة البطلان سلطة تقديرية واسعة في تحديد معيار النظام العام .

وسندنا في ذلك هو نص المادة (٥٣/ز) تحكيم يمني والتي تنص على بطلان الحكم لمخالفته الشريعة الإسلامية ، غير أن هذه الفقرة وردت بصيغة العموم لأن معنى الشريعة الإسلامية يقصد منها الأمور المتعلقة بالدين سواء بالعقيدة أو العبادات ، أو المسائل المتعلقة بالمعاملات ، وكان ينبغي تحديد ذلك ببعض المسائل الشرعية التي لا يجوز مخالفتها والتي وردت بنص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة سواء ورد في الكتاب ، أو في السنة ، وكان ينبغي أيضاً على المشرع وضع معيار ؛ لأنه يمكننا ملاحظة أن جميع المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية المتعلقة بمال لا تتعلق بالنظام العام [١] باعتبار أنه يجوز التصرف فيها عن طريق الصلح أو الإبراء أو التنازل وينبني على ذلك أن الأصل هو عدم تعلقها بالنظام العام إلا ما ورد بنص خاص يتعلق ببعض العقود التي أوردها المشرع بالأموال العامة ، والعقود المالية ، والتي قيدها المشرع بقواعد آمرة من أجل المحافظة على السياسة النقدية والمصرفية الدولية لأنها قيدت بقيود لحماية المصلحة العامة .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في القانون اليمني إلا أنه كان ينبغي تقنين جواز التحكيم في المسائل المالية المتعلقة بمال [٢] مع مراعاة ما أورد المشرع من تقييد بعض التصرفات ببعض قيود تتعلق بالنظام العام مراعاة للمصلحة العامة كما هو الحال في المعاملات المصرفية ، وكان يجب على المشرع اليمني إيراد القاعدة العامة والاكتفاء بها ، وترك الأمثلة التي أوردها لأن تفسير القاعدة العامة تكفي لأن يقوم

---

[١] راجع في ذلك ..... .

[٢] راجع التحكيم في الشرعية وما يجوز به : نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني / مرجع سابق ص ٤٢ وما بعدها .

القاضي بتفسيرها طبقاً لسلطته التقديرية ، والحال كذلك عندما نص على أن الحكم يتعلق المخالف للشريعة الإسلامية يكون باطلاً ، وكان يكفي النص بالقاعدة بإبطال الحكم المخالف للنظام العام وإلغاء النص المتعلق بإبطال الحكم لمخالفة الشريعة الإسلامية الوارد في المادة (٥٣/ز) تحكيم يمني كما سبق ، ولكي يستقيم النص مع المادة الخامسة بحيث يكون كالآتي : لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، كما يترتب على مخالفة النظام العام بطلان الحكم ، وبذلك تتوحد المصطلحات ، ويمكن تفسيرها تفسيراً يتناسب مع المنطق القانوني ومع قصد وهدف المشرع [1]

ومن الملاحظ أن مفهوم النظام العام الذي يتعين على هيئة التحكيم أن تراعيه يشمل أبعاد هذا المفهوم الموضوعية والإجرائية ، فالنظام العام لا يقتصر فقط على الجوانب الموضوعية ، ولكنه يتناول الضمانات الإجرائية التي تعد مراعاتها من المسائل الجوهرية في

---

[1] والواقع أننا لم نستطع فهم هدف أو قصد المشرع اليمني في قانون التحكيم محل الدراسة لعدم وجود مذكرة تفسيرية للقانون أو أعمال تحضيرية ، أو لائحة تنفيذية ، غير أننا نستطيع فهم المشرع اليمني من خلال تاريخ صدور قانون التحكيم إذ أن هذا القانون صدر بعيد الوحدة اليمنية بين الشطر الشمالي والشطر الجنوبي مباشرة وكان يعتبر من تشريعات الضرورة وسد الفراغ ، لأنه صدر بقرار جمهوري بقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢ ، ونعتقد أن من قام بصياغته كان على عجل وسرعة ، ولذلك تم انتقاء بعض نصوصه من قواعد اليونسترال ، ومن بعض التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي ، وأراد أن يصبغه بصبغة إسلامية فقام بتطعيمه من بعض النصوص القانونية التي وردت بقانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٨١م كما هو الحال في المادة الخامسة إذ أنه بعد أن أورد القاعدة العامة في عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام واليت لا تقبل الصلح أورد أمثلة – عدم جواز التحكيم في الحدود واللعان وفسخ عقود النكاح ، ورد القضاة ومخاصمتهم ، والمنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ جبراً ، أو كما هو واضح في المادة (٥٣/ز) التي تنص على بطلان الحكم المخالف للشريعة الإسلامية .

والواقع أن هذا لا يخدم الشريعة الإسلامية ولا الفقه الإسلامي لأنه ينبغي تقنين الآراء الراجحة في الفقه الإسلامي استناداً إلى استنباط الأحكام العملية من الأدلة التفصيلية وليس بطريقة تحكيمية أو مزاجية ، ولذلك ينبغي إعادة النظر في هذه النصوص لتستقيم مع قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية .

ورغم تعديل قانون التحكيم بقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م ، إلا أن هذه التعديلات كانت غير مؤثرة وليس لها معنى وظل القانون بعيوبه ، ومع تقديرنا للوقت الذي صدر به القانون وبعد مرور أكثر من سبعة عشر سنة على صدوره ، نوصي المشرع بتعديله وإزالة التناقضات وإكمال النقص فيه ، أو تغييره ، بحيث تتلاءم قواعده مع ظروف اليمن والعالم ، باعتبار أن التحكيم يعد من التشريعات العالمية ، فلا يوجد دولة في العالم لا تعترف بوسيلة التحكيم لحل المنازعات سواء كان تحكيماً داخلياً أو يتعلق بالتجارة الدولية .

فالعملية التشريعية تحتاج إلى أدوات سواء كانت هذه الأدوات تتعلق بالصياغة أو المصطلحات أو بالتنظيم الدقيق لقواعده ابتداءً بالاتفاق وانتهاءً برقابة القضاء عليه ، ولذلك ينبغي وضع كل مصطلح في مكانه الصحيح ليستقيم المعنى والهدف .

أي نظام للتقاضي ، بحيث يكون إهدارها موجباً لبطلان الحكم [1] ، وعلى ذلك ففي جميع حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام حتى ولو كانت من الحالات السابقة كما هو الحال في حالة صدور حكم بدون اتفاق تحكيم أو بطلان الحكم لمخالفته حق الدفاع ، أو بقية الحالات المتعلقة بالنظام العام فعلى المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ، ودون حاجة لتمسك أحد أطراف الخصومة بالبطلان .

ولنص المادة (٢/٥٣) تحكيم مصري ، م(٥٥) تحكيم يمني ، فإن المحكمة تختص بالقضاء بالبطلان من تلقاء نفسها ، إلا أنه ليس لها ذلك إلا إذا كانت دعوى بطلان مرفوعة أمامها من أحد أطراف خصومة التحكيم فإذا قدرت المحكمة أنه يوجد سبب لبطلان الحكم متعلقاً بالنظام العام غير السبب الذي أسندت إليه الدعوى ، أو كان هو نفس السبب الذي استندت إليه الدعوى ، ولكن لم تتوافر الصفة أو المصلحة في المدعى بشأنه ، فإن المحكمة تقضي ببطلان حكم التحكيم بهذا السبب المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسها [2] .

كما أنه للمحكوم عليه في حكم التحكيم أن يرفع دعوى بطلان مستنداً إلى هذا السبب ولو لم تتوافر حالة من الحالات التي تنص عليها المادة (١/٥٣) تحكيم مصري ، المادة (٥٣) تحكيم يمني ، إذ من المقرر أنه إذا كان للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ، فإن لذي المصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، ومن ناحية أخرى فإنه إذا رفع الطرف دعوى بطلان استناداً إلى أحد الأسباب الواردة في المادتين المذكورتين ، فإن له أن يضيف إليها كسبب مستقل للبطلان مخالفة الحكم للنظام العام ، وعلى الخصم الذي يتمسك

---

[1] راجع في ذلك أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٩٩ ، أحمد هندي / تنفيذ أحكام المحكمين / مرجع سابق ص ٦٣ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٥٧ .

[2] راجع في ذلك : فتحي والي / قانون التحكيم / مرجع سابق ص ٦٠٨ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم / مرجع سابق ص ٤١٠ ، وحسني المصري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٥٠١ ، وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن مخالفة الحكم المعين للنظام العام - على هذا النحو - يستوجب القضاء ببطلانه برمته حتى وإن لم يدفع أحد الخصوم بذلك ، ودون حاجة لبحث أوجه البطلان الأخرى محل الدعوى ، حكم الدائرة ٩١ تجاري - في ٢٠٠٦/١/٢٩ في الدعوى رقم ٣٤ لسنة ٢٢٢ تحكيم ، مشار إليه لدى عبدالتواب مبارك ، بطلان حكم التحكيم / مرجع سابق ص ٩٩ الحاشية رقم (١) .

بالبطلان لمخالفة النظام العام أو القاضي الذي يثير البطلان من تلقاء نفسه المتعلق بالنظام العام أن يحدد هذا التعارض أو يبين وجه هذه المخالفة [1] .

كما يجب على الخصم أن يقيم الدليل على تحقق هذه المخالفة ، إذ أن المحكمة لا تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لمخالفة النظام العام إلا إذا وجدت في الأوراق التي قدمت أمام هيئة التحكيم أو أمامها ما ينهض دليلاً على تحقق المخالفة المتعلقة بالنظام العام [2] .

ويلاحظ أنه لا يكفي مجرد مخالفة قاعدة آمرة لاعتبار ذلك مخالفاً للنظام العام ، وإنما يلزم أن يكون العمل القانوني (اتفاقاً أو إجراءاً أو حكماً) متعارضاً مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة فيما يتعلق بالمصالح العليا للمجتمع [3] .

نخلص من ذلك إلى أن فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة حسب الزمان والمكان ، ولذلك لا يمكن وضع معيار منضبط أو مفهوم محدد لها نظراً لتطور المجتمع وازدياد حاجاته ومعاملاته ، فهناك مسائل تتعلق بالنظام العام في زمن محدد وتتلاشى تدريجياً ، ولذلك اختلف الفقه حول وضع معيار محدد لها ، فالبعض يتخذ من القواعد الآمرة معياراً لها ،والبعض الآخر يجعل مصلحة المجتمع هو المعيار [4] ، ومهما كان الأمر إلا أن ميزة فكرة النظام العام تكمن في غموضها ومرونتها من أجل ذلك يترك ذلك للقضاء بموجب سلطة التقدير في تحديدها ، غير أن التشريعات تنص على تعلق بعض المسائل

---

[1] فتحي والي / الإشارة السابقة ، أ؛مد شرف الدين ، سلطة القاضي المصري إزاء أحكام المحكمين / مرجع سابق ص ١٠٠ ، حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة ٩١ تجاري - في ٢٠٠٣/٣/٢٦ في القضية رقم ٣٩ لسنة ١١٩ ق تحكيم ، مشار إليه لدى مبارك عبدالتواب / المرجع السابق ص ١٠٠ الحاشية رقم (١) ، وفتحي والي / المرجع السابق ص ٦٠٩ حاشية رقم (٢) .

[2] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[3] أحمد السيد صاوي / التحكيم / مرجع سابق ص ٢٠٧ ، ٢٤١ ، في المعنى ذاته : حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢١٠ ، محمد نور شحاتة / الرقابة ، مرجع سابق ص ٢٢ ، مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي / مرجع سابق ص ٢٣٢ ، نقض مدني مصري - في ١٩٨٣/٦/١٣م مجموع النقض لسنة ٣٤ ص ١٤١٦ ، استئناف القاهرة - الدائرة ٩١ تجاري في ٢٠٠٥/٥/٣٠ في الدعويين رقم ١٠٨ ، ١١١ لسنة ١٢١ ق تحكيم ، مشار إليهما لدى فتحي والي ، المرجع السابق ص ٦١٠ حاشية رقم (١) ، عبدالتواب مبارك / المرجع السابق ص ٩٩ حاشية رقم (٢) .

[4] عرض ذلك سمير تناغو / مرجع سابق ص ٨٤ وما بعدها .

بالنظام العام ، ويترتب على ذلك أن القضاء لا يملك إزائها إلا تطبيق النص وليس له أي سلطة .

وهناك مسائل أخرى كثيرة تتعلق بالنظام العام بدون نص ، وهذه المسائل تخضع لسلطة القاضي التقديرية من خلال عرض النزاع عليه ، وبالتالي يتفحصها ليصل إلى نتيجة محددة أنها تتعلق بالنظام العام أو لا تتعلق به .

الباب الرابع

النظام الإجرائي لدعوى البطلان

الباب الرابع
النظام الإجرائي لدعوى البطلان

سنتكلم في هذا الباب عن النظام الإجرائي لدعوى البطلان المتمثل بإجراءات رفع الدعوى والقواعد المطبقة عليها ، وإذا كان القانون اليمني جعل الاختصاص بنظر هذه الدعوى إلى محكمة الاستئناف [1] ، غير أن القانون لم يضع قواعد خاصة تنطبق على إجراءات دعوى البطلان ، وفي ظل هذا الفرع التشريعي الموجود في القانون اليمني والمصري ، فإننا نذهب إلى ما يذهب إليه الفقه السائد [2] إلى أنه تنطبق على دعوى البطلان الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية ، ومع ذلك نوصي المشرع بتبني نص صريح يتضمن كيفية رفع الدعوى ونقترح أن يكون هذا النص على النحو الآتي :

ترفع دعوى البطلان بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، ويسري عليها القواعد الخاصة بالخصومة العادية أمام المحكمة الابتدائية .

ومن الملاحظ أنه لا يوجد فارق كبير بين خصومة الاستئناف وخصومة الحكم الابتدائي أمام محكمة الدرجة الأولى (الابتدائية) إلا في بعض القواعد [3] ولذلك سنبين الإجراءات الخاصة لرفع دعوى البطلان طبقاً لما هو مقرر لإجراءات رفع الدعوى المعتادة أمام المحكمة الابتدائية باعتبار أن دعوى البطلان هي دعوى أصلية مبتدأة ترفع ابتداء سوى

---

[1] توجد في كل محافظة محكمة استئنافية مقرها عواصم المحافظات ، وفي المحافظات الكبيرة كمحافظة حضرموت توجد محكمتين استئنافيتين في المكلا وسيئون ، وفي بعض المحافظات النائية توجد محكمة استئناف لمحافظتين أو أكثر كما هو الحال في محافظة صنعاء والجوف .

[2] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤١٩ ، فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦١٧ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ٢٥٩ ، أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم / مرجع سابق ص ١٠١ ، أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٣٢١ ، حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٥٠٤ ، عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ١٢١ ، محمد علي عويضة / حق الدفاع ، مرجع سابق ص ٥٢٠ ، انظر ما قررته محكمة النقض المصرية في حكمها في ٢٠٠٥/٨/١م في الطعنين رقمي ٦٦١ ، ٦٦٢ لسنة ٧٢ ق تجاري ، مشار إليه لدى عبدالتواب مبارك / المرجع السابق هامش رقم (١) .

[3] راجع تفصيلاً / نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف وإجراءاته ، منشأة دار المعارف بالإسكندرية ١٨١ ص ٣١٠ وما بعدها .

رفعت إلى المحكمة الابتدائية في تلك التشريعات التي تقرر ذلك كما هو الحال في القانون المصري إذا كان التحكيم وطني أو رفعت إلى محكمة الاستئناف في القانون اليمني والمصري إذا كان التحكيم تحكيماً تجارياً دولياً ، وبالتالي فإن محكمة الاستئناف في هذه الحالة تنظر دعوى البطلان شأنها شأن المحكمة الابتدائية ، ولذلك نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول : المحكمة المختصة بدعوى البطلان وميعاد رفع الدعوى .

الفصل الثاني : إجراءات رفع دعوى البطلان .

الفصل الثالث : أثر رفع دعوى البطلان والحكم فيها .

الفصل الأول

المحكمة المختصة بدعوى البطلان وميعاد رفع الدعوى

الفصل الأول
المحكمة المختصة بدعوى البطلان وميعاد رفع الدعوى

تمهيد وتقسيم:

يلزم لقبول دعوى البطلان الموجهة ضد حكم التحكيم رفعها أمام المحكمة المختصة كما يلزم رفعها خلال الميعاد المحدد قانوناً ، لذلك سنحاول فيما يلي بيان المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، وميعاد رفعها من خلال مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان

المبحث الثاني : ميعاد رفع الدعوى

المبحث الأول
المحكمة المختصة بدعوى البطلان

يتعين على المحكمة التي ترفع إليها دعوى البطلان أن تتأكد من اختصاصها بنظر الدعوى ، فإذا ما تحققت من ذلك وجب عليها الفصل فيما رفعت من أجله ، وعلى العكس من ذلك إذا رأت المحكمة عدم اختصاصها فإنها لا تحكم بعدم القبول وإنما بعدم الاختصاص ، والإحالة إلى المحكمة المختصة بما يترتب على ذلك من امتداد ميعاد الطعن[1].

وحددت المادة (٥٤) تحكيم يمني المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم ، فنصت على أنه : (ترفع دعوى البطلان إلى محكمة الاستئناف خلال مدة الاستئناف القانونية ...) والبين من خلال نص هذه المادة أن القانون اليمني جعل الاختصاص لنظر دعوى البطلان لمحكمة الاستئناف بغض النظر عن نوع التحكيم ، أي سواءً كان تحكيماً داخلياً أو تحكيماً تجارياً دولياً ، وذلك بخلاف القانون المصري الذي نص في المادة (٢/٥٤) تحكيم مصري ،

---

[1] أحمد شرف الدين / سلطة القاضي ، مرجع سابق ص ١٠٣ ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٦٩) لسنة ١٤٢٥هـ الموافق ٢٠٠٤/٩/٢٢ غير منشور ، استئناف محافظة تعز بتاريخ ٢٠٠١/١٠/١٨م ، نقض يمني - الدائرة التجارية (ب) الطعن رقم (٢٢٧٨٢) لسنة ١٤٢٦هـ الموافق ٢٠٠٥/٥/١٦م غير منشور .

على أنه (تختص بدعوى 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) .

وعلى ذلك وطبقاً لنص المادة السابقة يكون المشرع المصري قد فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري وبذلك تختلف المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان حسب نوع التحكيم ، فإذا كان التحكيم تجارياً دولياً بالمعنى الذي حددته المادتان (٢ ، ٣) تحكيم مصري كان الاختصاص بدعوى البطلان لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى ، أما إذا لم يكن التحكيم تجارياً دولياً ، فإن الاختصاص يكون لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

ومن الملاحظ من خلال النصين السابقين اليمني والمصري أن المشرعان قد منحا الاختصاص في جميع الأحوال لمحكمة الدرجة الثانية مباشرة وهما بذلك يكونا قد خالفا القاعدة العامة في الاختصاص باعتبار أن دعوى البطلان دعوى مبتدأة ترفع ابتداء ، وليست طعناً على الحكم ، كما خالفا مبدأ التقاضي على درجتين وذلك بتفويت درجة من درجات التقاضي باعتبار أن دعوى البطلان وما يترتب عنها من أحكام لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف باعتبار أنها لا تعتبر صادرة من محكمة درجة ثانية فلا استئناف على الاستئناف فهذا يعتبر تفويتاً لدرجة من درجات التقاضي وإضاعة فرصة أمام الخصوم للتظلم فيها وإصلاحها ، فلو فرضنا أن المحكمة المختصة هي محكمة الدرجة الأولى (الابتدائية) فإن كل ما ينتج عنها من أحكام سواء أحكام في دعوى البطلان أو أحكام متفرعة عنها فإنه يجوز الطعن فيها بالاستئناف حسب القواعد العامة ، وبالتالي تتمكن محكمة الدرجة الثانية من إصلاحها إذا حصل فيها خطأ وأراد صاحب الشأن أن يتظلم منها كما هو الحال في القانون المصري إذا كان النزاع محلياً ، أما في القانون اليمني فهذه الأحكام لا تقبل الطعن بالاستئناف باعتبار أن الاستئناف على الاستئناف غير جائز ، كما أن الاستئناف لا يجوز إلا مرة واحدة ، وإنما يقبل الطعن بالنقض لأسباب محددة على سبيل الحصر في القانون ، ولهذا نوصي المشرع بضرورة إعادة النظر في نص المادة (٥٤) تحكيم

يمني السابقة ، وجعل الاختصاص بدعوى البطلان فيما يتعلق بالتحكيم المحلي إلى المحكمة الابتدائية لتلافي العيوب عندما يتسنى له تعديله أو تغييره [1] .

ويجب أن يطبق في تحديد المحكمة المختصة قواعد الاختصاص سواء بالنسبة للاختصاص المحلي أو النوعي كالآتي :

أولاً : قواعد الاختصاص المحلي [2] : يقصد بهذه القواعد توزيع العمل بين المحاكم على أساس جغرافي أو مكاني ، بموجبه تختص كل محكمة بقضايا معينة داخل دائرتها مع مراعاة مصلحة الخصوم ، بأن يعقد الاختصاص لمحكمة قريبة منهم أو من محل النزاع [3] .

وكما سبق أن ذكرنا سابقاً بأنه يوجد في اليمن في كل محافظة محكمة استئناف مقرها عواصم المحافظات ، وفي المحافظات الكبيرة لا سيما المحافظات الشاسعة كمحافظة حضرموت توجد محكمتين استئنافيتين في المكلا وسيئون ، وفي بعض المحافظات النائية توجد محكمة استئناف لمحافظتين أو أكثر كما هو الحال في محافظة صنعاء والجوف ، وتعز وباب المندب ، وبالتالي يتضح لنا مدى الصعوبة التي يواجهها أطراف الخصومة في التنقل بين المديرية التي صدر فيها الحكم وبين عاصمة المحافظة التي يوجد بها مقر محكمة الاستئناف المختصة بنظر دعوى البطلان نظراً لبعد المسافة بين المديرية وعاصمة المحافظة ، فمثلاً تبعد مديرية ثمود عن محافظة المكلا ما يقارب ٥٠٠ كيلومتر ، وبالتالي فإن بعد محكمة الاستئناف التي مقرها عواصم المحافظات عن المديريات يعتبر سبباً آخر إضافة للسبب الأول لتبني المشرع إعادة النظر في المادة (٥٤) تحكيم يمني .

ثانياً : الاختصاص النوعي [4] : ويقصد بهذه القواعد توزيع العمل بين المحاكم المختلفة داخل الجهة القضائية الواحدة ، ومعيار هذا النوع من الاختصاص في النظام

---

[1] قارن في هذا الرأي : فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦١٤ ، سيد أحمد محمود / دعوى بطلان حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٠ ، عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ١١٢ ،.

[2] تفصيلاً في الاختصاص المحلي راجع أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ، مرجع سابق ص ٩٦٤ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥١ وما بعدها ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني / مرجع سابق ص ٣١٩ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٢٤٥ وما بعدها ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ١١٣ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ١٠٧ وما بعدها .

[3] راجع في ذلك : سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٢٤٥ .

[4] تفصيلاً في الاختصاص النوعي راجع : أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ، مرجع سابق ص ٧٩٥ وما بعدها ، أحمد هندي / مرافعات ص ٦٥ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٨٠ وما بعدها ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٣٠٨ وما بعدها .

القضائي اليمني هو موضوع القضية ونوع المحكمة ودرجتها ، ولا يتحدد هذا النوع من الاختصاص على أساس المعيار القيمي في اليمن ، كما هو الحال في مصر وفرنسا ولبنان [1] والقضاء اليمني مكون من ثلاث طبقات ، تبدأ بالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف والمحكمة العليا ، وقد حدد القانون اختصاص كل طبقة من هذه الطبقات ، ولاية النظر في منازعات بعينها [2] ، وعلى ذلك فلا توجد إشكالية فيما يتعلق بالتحكيم ، إنما الإشكالية فيما يتعلق بتوزيع العمل على دوائر المحاكم ، حيث توجد في كل محكمة دائرة تجارية - مدنية - أحوال شخصية ... الخ ، فهل يعتبر توزيع الاختصاص بين هذه الدوائر داخل المحكمة الواحدة اختصاصاً نوعياً أم اختصاصاً إدارياً غير متعلق بالنظام العام ، وإنما من قبيل ضم الدعاوى؟

وطبقاً لنص المادة (٩١) مرافعات يمني يعتبر هذا النوع من الاختصاص لا يعد من قبيل الاختصاص النوعي ، إلا أننا نرى أن هذه المسألة غير مبررة بالنسبة للتحكيم لا سيما فيما يتعلق بالمنازعات التجارية والمدنية والأحوال الشخصية ، وبالتالي ينبغي الاعتداد أو النص على هذا النوع من الاختصاص يتعلق الاختصاص النوعي حسب نوع المنازعة التي فصل فيها حكم التحكيم المطعون فيه ، أي محل دعوى البطلان ، وبالتالي ينبغي على الدوائر أن تحكم بعدم اختصاصها نوعياً من تلقاء نفسها ، وأن تقرر أو تحيل الدعوى إلى الدائرة المختصة ، إذا كانت المنازعة لا تدخل في نطاق اختصاصها ، باعتبار أن الاختصاص النوعي يتعلق بالنظام العام [3] مع الأخذ بالاعتبار بأننا قد أوصينا المشرع بأن ينيط بالبطلان إلى المحكمة المختصة بدعوى البطلان ، فإذا لم يتبن هذا الرأي فنوصي المشرع بأن يجعل هذا الاختصاص اختصاصاً نوعياً لدوائر الاستئناف .

---

[1] سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٢٤٣ وما بعدها .

[2] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٦٥ .

[3] تفصيلاً في النتائج المترتبة على تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام راجع : نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٣٣٢ وما بعدها .

المبحث الثاني

ميعاد رفع دعوى البطلان

أن قلنا أن الميعاد شرط من شروط الدعوى يترتب على مخالفته جزاء إجرائي وهو عدم القبول وهذا الجزاء يعتبر من النظام العام ينبغي عل المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

لذلك سنبين هنا بالتفصيل الميعاد من حيث ماهيته والأسباب المؤدية إلى انقطاعه وكذا موقف القانون اليمني والمصري من ذلك .

يقصد بميعاد رفع الدعوى الأجل الذي حدده المشرع لاتخاذ هذا الإجراء ، وهذه المواعيد هي مظهر في نطاق الشكلية هدفها سير الخصومة القضائية وضمان حق الدفاع ، وحسن سير القضاء يقتضي تقييد الخصوم بمواعيد معينة حتى لا تتراخى الخصومة ويتأخر الفصل فيها ، مما يؤدي إلى تأييد المنازعات ، كما أن ضمان حرية الدفاع للخصوم يقتضي حمايتهم من المفاجأة وتمكينهم من فرصة إعداد وسائل دفاعهم [1] .

وحدد المشرع اليمني ميعاد الطعن بالبطلان في المادة (٥٤) تحكيم يمني ، والتي نصت على أنه (يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ الحكم إلى أن تقضي المحكمة بالاستمرار فيه بناء على طلب الطرف المعني ويجوز للمحكمة أن تقبل رفع الدعوى بعد انقضاء الميعاد المحدد إن كان التأخير ناتجاً عن أسباب قهرية شريطة أن يقوم الطالب برفع الدعوى في أقرب وقت بعد زوال هذه الأسباب) .

وعيب هذه المادة في رأي الباحث ما يلي :

١) إن صياغة المادة غير واضحة وغير دقيقة فلم تحدد مدة الطعن بالبطلان على وجه الدقة ، وذلك بأن جعل المشرع ميعاد رفع دعوى البطلان هو نفسه مدة الاستئناف المحددة في قانون المرافعات - ستون يوماً - وهو بذلك يساوي بين مدة الطعن بالاستئناف وميعاد رفع دعوى البطلان ، وكان ينبغي على المشرع تحديد هذا الميعاد بالأيام أسوةً بغيره من التشريعات كي لا يفتح الباب للاجتهاد [2] .

---

[1] أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ١٥٨ وما بعدها ، أحمد السيد صاوي / الوسيط ص ٤٤٠ وما بعدها ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٨٨ .

[2] وقد استقر القضاء اليمني على اعتبار مدة الستين يوماً شأنها شأن الطعن بالاستئناف في قانون المرافعات ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٦٩) بتاريخ ١٤٢٥/٢/٢٤هـ الموافق ٢٠٠٤/٤/١٤ غير منشور ، والطعن رقم (٢٨٠٥٦) بتاريخ ١٤٢٧/٧/٢١هـ الموافق ٢٠٠٦/٨/١٥م غير منشور ، نقض يمني - الدائرة المدنية - الطعن رقم

٢) كذلك لم تحدد المادة بدء سريان ميعاد الطعن بالبطلان ، فهل يبدأ الميعاد من تاريخ صدور حكم التحكيم طبقاً للقواعد العامة بالنسبة لميعاد الطعن في أحكام المحاكم م(....) مرافعات يمني ، أم من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه [١] .

٣) أن المشرع بنص المادة أجاز رفع دعوى البطلان ولو بعد انقضاء ميعاد الطعن بالبطلان ، وذلك إذا كان التأخير (لأسباب قهرية) ، وهذه العبارة وردت بصيغة غير واضحة وغير دقيقة أيضاً ، لأنها تقبل أكثر من تفسير باعتبار أنه لم يحدد هذا العذر بالقوة القاهرة التي يجمع عليها الفقه والتي تقطع المواعيد [٢] ، وإنما يفهم منها بأن أي عذر يتقدم به الطاعن سواء كان لمرضه أو غيابه أو تراخيه يقبل طعنه ولو بعد مرور فترة طويلة تتجاوز مدة الطعن بالبطلان ، وبالتالي فإن هذا الفهم يؤدي إلى إشكالات وتراخي الطاعن عن تقديم الطعن بالبطلان ، وبالتالي يعطي فرصة كبيرة للأطراف في التسويق والمماطلة واختلاف الأعذار مما يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد والنفقات ، لا سيما أنه لا يجوز تنفيذ الحكم في القانون اليمني إلا بعد فوات ميعاد الطعن بالبطلان ، ولذلك نقترح تعديل هذه المادة تعديلاً جذرياً بحيث يوضح نصاً يحدد فيه مدة الطعن بالبطلان شأنها شأن المواد الإجرائية ، بحيث تخضع هذه المدة للأسباب القانونية التي تؤدي على قطعها كما هو محدد في قانون المرافعات وإن كان هذا هو الحال في قانون التحكيم اليمني فيما يخص ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إلا أن قانون التحكيم المصري يفصل القانون اليمني حيث كان أكثر وضوحاً فيما يتعلق بتحديد الميعاد وبدء سريانه ، وذلك بنص المادة (١/٥٤) تحكيم مصري والتي تنص على أنه : (ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال

(٢٧٧٨٨) لسنة ١٤٢٦هـ الموافق ٢٠٠٧/٤/٣م مشار إليه في القواعد والمبادئ القضائية المدنية - المكتب الفني بالمحكمة العليا - العدد العاشر ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧م ص ٣١٩ وما بعدها .

[١] وقد استقرت محاكم القضاء اليمني على أن الطعن بالبطلان يبدأ من تاريخ إعلان الأحكام ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٢٨٨٢٨) لسنة ١٤٢٧/١٠/٢٤هـ الموافق ٢٠٠٦/١١/١٥م غير منشور ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٢٧٧٤٠) - ١٦ شعبان ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٩/٩م غير منشور ، نقض يمني - الدائرة المدنية - الطعن رقم (٢٧٤٦٥) لسنة ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٧/٣/٢٠ مشار إليه في القواعد القضائية ، مرجع سابق ص ٢٧٢ وما بعدها .

[٢] تفصيلاً في تعريف القوة القاهرة وشروطها وآثارها راجع : نبيل إسماعيل عمر / الوسيط في الطعن بالاستئناف ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٠ ص ٣٠٠ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٦٣٠ ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٥٥ ، علاء محيي الدين مصطفى / التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية ، مرجع سابق ص ١٨٤ وما بعدها .

تسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه ،وعلى الرغم من أن النص أكثر وضوحاً إلا أننا نعتقد أن المدة طويلة لا سيما أن المشرع المصري اشترط لقبول طلب تنفيذ حكم التحكيم مضي مدة الطعن م(١/٥٨) تحكيم مصري [١] وعلى ذلك فأياً كانت مدة الطعن بالبطلان سواء المنصوص عليها في القانون اليمني أو المصري إلا أن هذا الميعاد يعد ميعاداً حتمياً لا يجوز مخالفته ، ولو باتفاق طرفي التحكيم [٢] لأن الميعاد يتعلق بالنظام العام [٣] .

كما يعتبر ميعاداً ناقصاً يتعين اتخاذ الإجراء خلاله وإلا سقط الحق في رفع الدعوى ، فإذا رفعت الدعوى بعد انقضاء الميعاد كانت غير مقبولة ، تحكم المحكمة بهذا السقوط من تلقاء نفسها ، ويبدأ سريان الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه وليس من تاريخ صدوره ، بصرف النظر عن حضور المحكوم عليه أو غيابه أو تقديمه مذكرة لدفاعه [٤] .

ويرى بعض الفقه [٥] أنه كان ينبغي على المشرع المصري أن يفرق بين الأحكام الحضورية والأحكام الغيابية ، وكان الأولى به أن يجعل ميعاد التسعين يوماً المقررة لرفع الدعوى خلالها تبدأ من تاريخ صدور الحكم إذا كان حضورياً ، ومن تاريخ إعلانه للمحكوم عليه إذا كان الحكم غيابياً .

إلا أننا نعتقد بأن صدور الحكم في جلسة علنية يعتبر إعلاناً عن الحكم في الجلسة لا سيما أن الأطراف لا بد لهم من انتظار صدور نسخة من الحكم موقعة من المحكم ، أي أن سريان الميعاد في جميع الأحوال يبدأ من تاريخ الإعلان .

---

[١] ويضيف جانب من الفقه بقوله : (أن هذا الميعاد يعد طويلاً نسبياً ، ولا يتلاءم وميزة السرعة التي ينشدها الأطراف التي ما لجأت للتحكيم إلا هروباً من إجراءات التقاضي أمام المحاكم والتي تستغرق عادة أوقاتاً طويلة) ، حفيظة الحداد / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٣٢ ، نفس الرأي أشار إليه نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤١٨ ، آمال الفزايري / دور قضاء الدولة ، مرجع سابق ص ٢٤٢ وما بعدها ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي ، محاضرات ، مرجع سابق ص ٢٦ .

[٢] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص .

[٣] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٣٧٧ ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٦١٦ والأحكام المشار إليها في ذات الصفحة .

[٤] فتحي والي / الإشارة السابقة ، استئناف محافظة تعز - بتاريخ ٢٠٠٣/٩/١٤م غير منشور حيث قضى برفض دعوى البطلان لفوات الميعاد ، نقض يمني - الدائرة التجارية (أ) - بتاريخ ١٤٢٥/٢/٢٤هـ الموافق ٢٠٠٤/٤/١٤م غير منشور.

[٥] مختار بريري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٢٥٥ ، بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص ٢٨٩ .

ويجوز مخالفة هذا الميعاد في حالة ما إذا بني حكم التحكيم على غش من أحد الخصوم، باعتبار أن الغش يفسد ويذهب بعض الفقه [1] إلى أنه يحتسب الميعاد في حالة الغش من تاريخ كشف الغش وليس من تاريخ صدور الحكم أو إعلانه ، ونحن نعتقد بأن الغش يفسد كل شيء وإذا كان الفقه المذكور يجعل من الحكم الصادر المبني على غش منعدماً ، لذلك نرى أن يرفع الدعوى بإبطاله في أي وقت باعتبار أن الحكم المنعدم غير موجود فهو والعدم سواء ، ذلك أن هذا الحكم لا يتحصن بمضي المدة أو الزمن ويظل باب القضاء مفتوحاً لإبطاله بدعوى البطلان لا سيما وأن القانون اليمني قد أقر ونظم الانعدام كما سبق القول [2] .

ويكون لمحكمة الاستئناف سلطة التحقق من توافر الغش ، فتقوم بتفهم الواقعة المطروحة عليها وما أحاطها من ظروف وملابسات ، وتقدر الأدلة المطروحة عليها وتفاضل بينها [3] .

ويسري على ميعاد رفع دعوى البطلان ذات القواعد العامة التي تسري على مواعيد المرافعات من ناحية بدايته ونهايته وامتداده وأسباب هذا الامتداد [4] ، فيضاف إلى ميعاد الطعن ميعاد المسافة الذي يحدد وفق القواعد العامة في هذا الصدد ، كما يتحدد إذا صادف اليوم الأخير يوم عطلة رسمية [5] ، وإذا قام سبب من الأسباب المقررة في المادة (٢١٦) مرافعات مصري ، المادة (٢٧٧) مرافعات يمني ، الوفاة وفقد الأهلية أو زوال الصفة بالمعلن أو المعلن إليه وقف ميعاد الطعن في حقه وحده - أو من يقوم مقامه - دون الآخر ، وإذا أعيد إعلان الورثة أو من يقوم مقامهم فلا يبدأ من جديد ميعاد الطعن في حق الآخر بطبيعة الحال بالبطلان [6] .

---

[1] تفصيلاً في هذا الرأي راجع : نبيل إسماعيل / الوسيط في الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٢٩١ ، كتابه التحكيم ، مرجع سابق ص ٤١٩ ، أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٨٩٢ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٦٥٤.

[2] راجع ص من هذه الرسالة .

[3] راجع في ذلك : فتحي والي / المرجع السابق ص ٦٢٩ ، نقض مدني مصري - الطعن رقم ١٤/٥٥٦٢ - ٢٠٠٥/١/١٠ مشار إليه في الحاشية رقم (٤) من ذات الصفحة .

[4] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤١٨ ، أحمد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٥٠ .

[5] أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٨٩٩ ، وكتابه التعليق ، مرجع سابق ص ٨٦١ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٦٣ .

[6] أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٩٠٠ ، وكتابه نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٩٠٥ .

ولم ينص المشرع اليمني والمصري على وقف الميعاد في حالة وفاة ولكن قياساً على النص الواردة في المادتين السابقتين والمتضمن وقف الميعاد في حالة وفاة أحد الخصوم في حالة الطعن بالأحكام ، ولذلك نرى أن يوقف أيضاً ميعاد الطعن ببطلان أحكام المحكمين لذات الأسباب ، ويمكن تبرير ذلك في القانون اليمني على الأقل بنص المادة (٥٤) الفقرة الأخيرة ، والتي تنص على امتداد الميعاد إذا كان هناك مبرر وبالتالي يكون وفاة أحد الخصوم مبرراً لوقف الميعاد أو امتداده .

وبناءً على ذلك ولكي لا يظل الأمر اجتهاداً للمحاكم ينبغي النص على ذلك صراحة عندما يتأتى للمشرع تعديل أو تغيير بأن ينص صراحة على وقف الميعاد مدة محددة في حالة وفاة أحد الخصوم .

أما بالنسبة لكيفية الإعلان الذي يبدأ به ميعاد رفع الدعوى ، فقد شدد جانب في الفقه [١] في طريقة تسليم إعلان حكم التحكيم وذهب إلى ضرورة أن يتم على يد محضر ، وفقاً للقواعد العامة في إعلان أوراق المحضرين ، ولا يغني عن هذا الإعلان الرسمي أي إجراء آخر حتى ولو كان تسليم صورة من حكم التحكيم إلى مدعي البطلان ، أو العلم اليقيني بصدور الحكم بأي طريق ، أن يسلم لشخص المحكوم عليه ، وفي موطنه الأصلي عملاً بالمادة (٢/٢١٣) مرافعات مصري .

ولم يسلم بعض الفقه [٢] بهذا الرأي فهو يرى عدم دقة القياس السابق لأن الأمر ما زال يتعلق بخصومة التحكيم ، وإعلان الحكم الصادر فيها ، وما يحكمها من قواعد خاصة نص عليها قانون التحكيم ، فالخصومة القضائية التي تنشأ عن رفع دعوى البطلان لم تبدأ بعد بحيث يطبق عليها القواعد العامة في الإعلان القضائي ، وبالتالي فإن إعلان حكم التحكيم يخضع لسبل الإعلان ووسائله الخاصة التي بينها نص المادة (٧) تحكيم مصري ، كما أن واقعة تسليم المحكوم عليه أو من يمثله أمام هيئة التحكيم ، صورة من حكم التحكيم وتوقيعه على أصل الحكم بالاستلام - عملاً بالمادة (١/٤٤) تحكيم مصري - تغني عن الإعلان الرسمي على يد محضر ، وفي هذا ما يتوافق مع خصوصية التحكيم ولا يجب أن

---

[١] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦١٥ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٤٥ وما بعدها .

[٢] راجع في هذا الرأي : السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٤٩ وما بعدها ، عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ١١٧ .

يكون عليه من سرعة وسرية تقتضي البعد عن القواعد العامة من الإعلان القضائي لا سيما وأن المحكوم عليه قد يرفع دعوى البطلان وقد لا يرفعها ، ونرى بأنه إن كان هذا الخلاف وارداً في القانون المصري ، فإن هذا الخلاف لا يوجد في القانون اليمني بالمواد (٣٩ - ١٠٤ - ٧) مرافعات يمني رغم انتقاد البعض لهذه الطريقة [1] ، وفي جميع الأحوال نرجح الاتجاه الثاني الذي يجيز الإعلان بأي وسيلة كانت بشرط أن يصل الإعلان ومضمونه إلى المعلن إليه ، وبهذا يتحقق مبدأ المواجهة فيتمكن المعلن إليه من الدفاع عن حقوقه في الوقت المناسب .

[1] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٣٨٨ وما بعدها .

الفصل الثاني

إجراءات رفع دعوى البطلان

الفصل الثاني
إجراءات رفع دعوى البطلان

سنبين هذه الإجراءات حسب مقتضيات بحثنا المتعلق بدعوى البطلان من حيث نشأتها، وسيرها وإجراءات موضوعها ، وعوارضها ، والطلبات العارضة ، وذلك في خمسة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : نشأة الخصومة .

المبحث الثاني : سير الخصومة .

المبحث الثالث : نظر الدعوى .

المبحث الرابع : عوارض سير الخصومة .

المبحث الخامس : الطلبات العارضة .

المبحث الأول
نشأة الخصومة

القاعدة هي أن القاضي لا يعمل من تلقاء نفسه ، وإنما بناءً على طلب صاحب المصلحة ، وهو يعبر عنه بمبدأ المطالبة القضائية ، فعمل القاضي إنما هو نشاط مطلوب وليس نشاطاً تلقائياً ، فالخصومة لا تنشأ إلا بناءً على طلب أو ما يسمى بالمطالبة القضائية ، التي هي عبارة عن إجراء يتضمن طلب أو إعلان رغبة شخص إلى محكمة معينة بالحكم لصالحه في ادعاء معين ، وتعد المطالبة القضائية الإجراء الافتتاحي للخصومة [1] ، وهي تتمثل في عمل موجه إلى المحكمة في مواجهة المدعى عليه [2] فهي تأخذ شكل صحيفة الدعوى وبياناتها ، وتخضع صحيفة الدعوى - باعتبارها ورقة من أوراق المحضرين -

---

[1] راجع في ذلك : أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٦٩ .

[2] راجع في ذلك : فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٢٨ .

للقواعد العامة التي تحكم أسلوب تحرير هذه الأوراق وما يجب أن تتضمنه من بيانات [1] وهي كالآتي :

أولاً : شكل العريضة وطريقة رفعها وبياناتها :

تنص المادة (١٠٣) مرافعات يمني على أنه يجب أن تكون مكتوبة ويقوم بتحرير العريضة المدعي أو من ينوبه من أصل وعدة صور ، بقدر عدد المدعى عليهم وصورة القلم الكتاب م(١٠٤) ، ويجوز تقديمها شفاهة وعلى الكاتب المختص إثبات البيانات حسب ما يمليها المدعي في عريضة تودع ملف الدعوى ، ويوقع عليها المدعي أو وكيله م(٣/١٠٤) مرافعات يمني [2] ، فترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة الاستئناف المختصة مشتملة على بيانات صحف الدعوى ، ومنها البيانات المتعلقة بالخصوم وأسمائهم وكذلك البيانات الخاصة بذات الصحيفة [3] ، فأما البيانات المتعلقة بالخصوم فهذه البيانات تتعلق بأسمائهم كاملة ، ومهنة أو وظيفة ومحل عمل الخصوم ومواطنهم ، وأسماء ممثليهم كاملة ومهنتهم أو وظيفتهم ومحل عملهم ومواطنهم .

أما البيانات الخاصة بذات صحيفة الدعوى ، فيجب أن يذكر فيها بيان حكم التحكيم الذي يطلب إبطاله على نحو ناف للجهالة [4] ويقصد بذلك بيان موضوع حكم التحكيم أو منطوقه وتاريخ هذا الحكم واسم المحكم أو هيئة التحكيم التي أصدرته ، كما يجب بيان أسباب البطلان التي يجب أن تكون من الأسباب المحددة في قانون التحكيم .

ومن البيانات الجوهرية التي يجب أن تشتمل عليها صحيفة الدعوى طلبات المدعي ، وبيان هذه الطلبات في طيات صحيفة الدعوى وهي موضوع الصحيفة وشرط جوهري لوجودهما ، وعلة هذا البيان هي تمكين المدعى عليه من الوقوف على ما يطلبه خصمه عند

---

[1] يطلق عليها القانون اليمني مصطلح (عريضة الدعوى) بدلاً عن (صحيفة الدعوى) م(١٠٤) من قانون المرافعات اليمني ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٥٠ ، نبيل عمر وأحمد هندي وأحمد خليل ، قانون المرافعات ، مرجع سابق ص ٣٣٨ .

[2] يقابل المادة (١٠٤) مرافعات يمني ، المادة (٦٣) مرافعات مصري .

[3] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط في الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٣١٨ .

[4] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦١٧ .

إعلانها إليه [1] ، فضلاً عما يحققه هذا البيان من جدية الدعوى ، وتفيد المحكمة فيجب أن تفصل فيها ولا تفصل فيما لم يطلبه الخصوم ، ولا بأكثر مما طلب الخصوم .

كما يجب بيان تاريخ تقديم الصحيفة ، وإيداعها قلم كتاب المحكمة ويحرر هذا البيان عند الإيداع وأهميته ترجع إلى أنه من هذا التاريخ تعتبر الدعوى مرفوعة وتنتج آثارها القانونية ، كما يمكن معرفة ما إذا كانت الدعوى رفعت في الميعاد أم بعد فواته ، فيجب تحديد اليوم والشهر والسنة والساعة التي تم إيداع الصحيفة فيها بدقة [2] ويبدو للتاريخ أهمية كذلك في لزومه لصحة صحيفة الدعوى كورقة رسمية ، فبغير هذا التاريخ تفقد الورقة رسميتها [3] .

وإضافة إلى هذه البيانات يجب بيان اسم المحكمة المرفوع أمامها الدعوى ، ويحدد المدعي أو من يمثله هذه المحكمة وفقاً لقواعد الاختصاص .

كما يجب توقيع محام مقبول أمام محكمة الاستئناف على صحيفة الدعوى ، وإلا كانت الصحيفة باطلة ، وهذا البطلان متعلق بالنظام العام ، وعلة ذلك ضمان حسن سير العدالة والعمل أمام القضاء حتى لا تضيع العدالة ، ويترك الأفراد - مع عدم خبرتهم - يحررون صحف دعاوى ما يستلزمه هذا التحرير من دقة ودراية [4] .

وعلى الرغم لما لهذا البيان من أهمية إلا أن القانون اليمني لم ينص عليه ويكتفي بتوقيع أي شخص على عريضة الدعوى باعتباره وكيلاً عن المدعي ، كما يجوز أن يوقع عليها المدعي ويقدمها بنفسه إلى المحكمة ، لذلك نوصي المشرع اليمني اقتفاء أثر المشرع المصري ، والنص على وجوب توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحاكم على صحيفة الدعوى .

---

[1] نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٣١٩ ، وكتابه الوسيط ص ٣١٤ ، أحمد السيد صاوي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٧٢ ، أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٣١٩ .

[2] فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٣٢ .

[3] أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٣٧٨ ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٧٣ .

[4] تفصيلاً راجع : نبيل إسماعيل عمر / الوسيط في الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٣٢١ .

ثانياً : جزاء تخلف بيانات عريضة الدعوى :

لم ينص القانون اليمني صراحة على جزاء معين لتخلف البيانات الواردة في المادة (١٠٤) مرافعات يمني ، وهذا يعني أنه يطبق بشأنها النظرية العامة للجزاء الإجرائي [١] فلا تبطل الصحيفة بسبب العيب الشكلي ، إلا إذا لم تتحقق الغاية منه [٢] .

ويلاحظ أن صحيفة الدعوى المودعة إذا كانت باطلة لنقض أي بيان من بياناتها يمكن تصحيح هذا البيان وإعلانها مصححة ، ولكن آثار رفع الدعوى لا تنشأ في هذه الأحوال إلا من تاريخ التصحيح [٣] ، وهذا ما نصت عليه م(٧٨) من قانون المحاماة المصري .

ثالثاً : إيداع عريضة الدعوى :

لا يكفي تحرير العريضة بالشكل المتقدم حتى تنشأ الخصومة ، وإنما لا بد من تقديمها بأصلها وصورها إلى قلم كتاب محكمة الاستئناف المختصة ، أي إيداعها هذا المكان بعد أداء الرسم المقرر كاملاً [٤] ، وأن يرفق بها جميع المستندات المؤيدة لها ، وكذلك مذكرة شارحة لطلبات المدعي ، كما يجب أن تقدم صورة رسمية من حكم التحكيم وأن يتم ضم ملف التحكيم المحتوي على حكم التحكيم ، وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى [٥] .

وعلى ذلك يقوم الكاتب المختص بمراجعة الأوراق للتأكد من استيفاءها للبيانات المطلوبة والعدد المطلوب ثم يضع لها رقماً بترتيب ورودها ، ثم يقوم بقيدها برقم معين في سجل المحكمة ، ويحدد لها جلسة بحسب ما يقرره رئيس المحكمة ، على أن يقيد تاريخ الجلسة على أصل عريضة الادعاء ، وظاهر الملف ثم يقدم أصل العريضة وصورها لمقدمها ، ويحتفظ بصورة منها في الملف بعد ختم جميع الأوراق بختم المحكمة م(٧/١٠٤) مرافعات يمني.

ويجب إيداع صحيفة الدعوى خلال ميعاد الطعن بالبطلان أياً كانت مدته ، أي خلال ٦٠ يوماً م(٥٤) تحكيم يمني أو ٩٠ يوماً م(٥٤) تحكيم مصري بإيداع العريضة قلم كتبا

---

[١] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٩٤ ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٥١ .

[٢] راجع في ذلك : نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٣٤٩ ، أستاذنا الدكتور أحمد مليجي / التعليق ، مرجع سابق ص ٣٦٩ وما بعدها .

[٣] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٣٢٦ .

[٤] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٧٥ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٣٢٥ .

[٥] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦١٧ .

المحكمة تعتبر الدعوى قد رفعت ، وبالتالي يرتب القانون على رفعها مجموعة من الآثار الإجرائية الموضوعية [١] .

رابعاً: إعلان العريضة :

بإيداع العريضة تنشأ الخصومة ، ولكنها لا تنعقد إلا باتخاذ إجراء آخر وهو إعلانها إلى المدعى عليه ، تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم [٢] أي اتصالها بالخصم الآخر ، فإذا لم تعلن أي إذا لم تتصل بالطرف الآخر فلا يمكن القول بأن هناك خصومة منعقدة [٣] .

فانعقاد الخصومة بمستلزم إيداع الصحيفة قلم الكتاب وإعلانها للمدعى عليه ، فإذا كان الإيداع مجرد إجراء مستقل له ذاتيته الخاصة وكيانه المتميز عن الإعلان إلا أن وجود الإجراءين معاً - الإيداع والإعلان - أمر لازم حتى تنظر المحكمة الدعوى وتصدر فيها حكمها ، فإذا فقد أي من هذين الإجراءين فإن الخصومة تكون منعقدة وبالتالي باطلة بطلاناً يخل بإجراءات التقاضي وبالنظام العام ، ولا تبقى بعد ذلك خصومة مطروحة على المحكمة ، إذن حيث لا يكون المعلن إليه قد تم إعلانه بصحيفة الدعوى ، ولم يحضر بالتالي الجلسات فإن الخصومة لا تكون قد انعقدت ويعتبر الحكم الصادر فيها معدوماً ، أما إذا أعلن وكان إعلانه باطلاً فإن ذلك لا يؤثر على قيام الدعوى وعلى صحة الصحيفة [٤] .

والقاعدة العامة في القانون اليمني إن الإعلان لا يقوم به المحضر إلا أن القانون سمح لصاحب الشأن القيام به مراعاة لظروف اليمن م(٣٩) مرافعات يمني [٥] .

ويقوم المحضر بالإعلان بناءً على طلب الخصم أو أمر المحكمة أو طلب قلم الكتاب فيها ، والمدعي بالخيار بإعلان العريضة بنفسه أو بواسطة قلم المحضرين ، إلا أننا نرى أن الإعلان بواسطة المحضر أفضل من إعلانها بواسطة المدعي لما يترتب على ذلك من ضمانات وآثار [٦]،

---

[١] تفصيلاً في الآثار القانونية لرفع الدعوى راجع : سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٦٨ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٢٧٤ وما بعدها .

[٢] راجع في ذلك أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٨٤ والأحكام المشار إليها في ذات الصفحة الحاشية رقم (٣)، فتحي والي / ألوسيط ، مرجع سابق ص ٤٥٣ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ص ٣٨١ .

[٣] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٥٢ .

[٤] راجع في ذلك نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / المرجع السابق ص ٣٨٣ ، والأحكام الواردة في ذات المعنى الحاشية رقم من (٢- ٥) .

[٥] راجع في ذلك : سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ، انظر الحاشية رقم (١) من ذات الصفحة .

[٦] راجع في نقد ذلك : نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٣٨٥ وما بعدها .

ويتم الإعلان إلى شخص المدعى عليه أو في موطنه الأصلي أو موطنه المختار المبين في ورقة إعلان الحكم أو الجهة الإدارية ، وذلك عملاً بالمادة (٢/٢١٤) مرافعات مصري والمادة (٥/١٠٤) مرافعات يمني ، إذا لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن كان له م(١٠/١٣) مصري ، م(٣/١٠٤) يمني ، أي في الأماكن التي يحددها القانون طبقاً للقواعد العامة في الإعلان القضائي [١] .

وترفع دعوى البطلان خلال ستين يوماً م(٥٤) تحكيم يمني ، أو تسعين يوماً م(٥٤) تحكيم مصري التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه ، وإذا تعدد المدعى عليهم بالبطلان وجب أن يعلنوا جميعاً بالبطلان المدة المحددة قانوناً ، كما أن تمام قيام مدعي البطلان بإعلان بعض المحكوم لهم لا يدل بذاته على تنازل مدعي البطلان عن حقه في إعلان الباقين ، بل يبقى حقه في إعلانهم قائماً إلى أن ينقضي الميعاد والواجب إجراء الإعلان خلاله ، فيسقط حقه في اختصامهم ، وفي حالة تعدد المدعى عليهم بالبطلان فإن الخصومة كقاعدة عامة تقبل التجزئة ، وتكون صحيحة وقائمة بالنسبة لمن أعلن في الميعاد، وتعتبر كأن لم تكن بالنسبة لمن يعلن منهم ، أما إذا كانت الخصومة لا تقبل التجزئة بنص القانون أو كان القانون يتطلب رفعها على أشخاص معنيين ، بحيث لا يعتبر الطعن بالبطلان قائماً إلا إذا رفع على كل من عينهم القانون ، فإن القاعدة أنه متى اختصم في الدعوى كل من يوجب القانون اختصامهم فالإجراءات تعتبر صحيحة ما لم يحكم بالبطلان ، أو باعتبار الحكومة كأن لم تكن [٢] .

المبحث الثاني
سير الخصومة

إن الخصومة القضائية ظاهرة ديناميكية تبدأ بالمطالبة وتنعقد بإعلان عريضتها حتى يستعد للدفاع [٣] فإذا تم إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى إعلاناً صحيحاً فيجب أن يحضر كل من الخصمين لإبداء أوجه دفاعه حتى تكتمل الصورة أمام القاضي وتنظر

---

[١] أحد السيد صاوي / التحكيم ، مرجع سابق ص ٢٥٠ ، ويقصد بجهة الإدارة أي القسم أو المركز الذي يتبعه الشخص المطلوب إعلانه ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤١٦ ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ٣٠١ .

[٢] راجع في ذلك : نبيل إسماعيل عمر / الوسيط في الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٣٤٨ .

[٣] سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٧٢ .

القضية بحضور جميع أطرافها [1] ، فإذا غاب أحدهم أثر غيابه في سير الخصومة ، وسنتناول ذلك بشكل موجز على النحو التالي :

أولاً : قواعد الحضور :

يهيمن على الخصومة القضائية في القانون الإجرائي مبدأ حاكم هو مبدأ المساواة بين المتقاضين , ولا يتحقق هذا المبدأ إلا بحضور الخصوم أمام المحكمة في الزمان والمكان المحددين ، لذلك فالأصل في الخصومة أنها حضورية ؛ لأن حضور الخصم أبلغ في امتناع المحكمة بأقواله وطلباته ، لأنه أقدر على الدفاع عن نفسه ، كما أن حضور الخصم يساعد على تنوير المحكمة في فهم الواقعات الغامضة ، كما يساعد الخصوم في إجراءات الإثبات حيث يمكن للخصم الحاضر مناقشة الشاهد ، أو تقرير الخبير ، كما يمكن المحكمة من استجواب الخصم ، وتلك أمور تساعد العدالة وتؤدي إلى الكشف عن الحقيقة [2] .

١- عبء الحضور : أوجب القانون أن تنظر الدعوى بحضور جميع أطرافها ، وذلك أن من مصلحة الخصوم الحضور بنفسه ، أو بواسطة من يمثله للدفاع عن وجهة نظره حتى يصدر الحكم لصالحه [3] وهو يقرر عبء الحضور في الجلسة المحددة لنظر الدعوى رعاية لمصلحة الخصوم ، وتمكينهم من ممارسة حق الدفاع [4] فقد يحضر نيابة عنه ممثله القانوني أو الاتفاقي أو وكيله بالخصومة (المحلي) كما يجوز للمحكمة أن تقبل النيابة عن الخصوم في الحضور من يوكلوهم من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الرابعة م(١١٧) مرافعات يمني ، وإلى الدرجة الثالثة م(٧٢) مرافعات مصري ، على أن الحضور وإن كان واجباً على الخصوم إلا أنهم لا يجبرون عليه ما لم تأمر المحكمة بحضور الخصم لاستجوابه سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصمه [5] ، وهذا الحضور ضروري في جميع أدوار المرافعة وجلسات المحاكمة حتى انتهاء الخصومة وصدور حكم فيها ، غير أن قانون المرافعات قد اعتد بالحضور الحكمي أو الاعتباري للمدعى عليه ولو لم يكن حاضراً ،

---

[1] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٥٧ .

[2] سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع ساق ص ٤٧٢ .

[3] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٧٢ .

[4] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٥٥ .

[5] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٥٨ .

وذلك في الحالات التي يكون المدعى عليه قد أودع مذكرة بدفاعه ، أو إذا كانت صحيفة الدعوى أعلنت لشخصه إعلاناً صحيحاً للمرة الثانية م(١١٦) مرافعات يمني [١] .

٢- إثبات الحضور : يثبت الحضور عند المناداة على الخصوم ، ومثولهم أمام المحكمة وإثبات حضورهم بمحضر الجلسة [٢] ، وتثبت الوكالة في التقاضي وفقاً لأحكام قانون المحاماة [٣] ، أي بمقتضى توكيل خاص أو عام ، وذلك في الجلسة الأولى لنظر الدعوى ، ويجوز للمحكمة عند الضرورة الترخيص بإثبات ذلك في جلسة المرافعة الثانية على الأكثر ، كما يجوز إثبات الوكالة عن طريق الخصم وإقراره بها شفوياً في الجلسة وبدون ذلك في المحضر م(١١٧) مرافعات يمني ، وإذا لم تثبت الوكالة كما تقدم فإن الخصم يعتبر غائباً [٤] .

أما المدعي فيعتبر حاضراً بصفة دائمة في الدعوى ، فهو الذي رفعها وأمامه تحدد الجلسة لنظر النزاع ، وبالتالي قام في جانبه العلم اليقيني بالنزاع وميعاده ، فعدم حضوره لا يؤثر في كون الخصومة حضورية بالنسبة له [٥] .

وكذلك المدعى عليه إذا كان قد أودع مذكرة بدفاعه قلم كتاب المحكمة ، فإن ذلك يقوم مقام الحضور في الجلسة ، وتعتبر الخصومة حضورية بالنسبة لمقدم المذكرة ، ولو لم يحضر بنفسه ، أو بوكيله عنه أية جلسة من جلسات المرافعة م(١٠٦) مرافعات يمني [٦] .

ثانياً : قواعد الغياب :

الأصل أن تنظر القضية بحضور جميع أطرافها ، تطبيقاً لمبدأ المواجهة ، تتحقق المحكمة من تمام المواجهة إما بحضور الخصم أو بإعلانه بصحيفة الدعوى إعلاناً صحيحاً [٧] .

---

[١] نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٤٥٦ .

[٢] راجع في ذلك : نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٨٨ .

[٣] راجع القانون (٣١) لسنة ١٩٩٩ بشأن تنظيم مهنة المحاماة .

[٤] راجع تفصيلاً في ذلك : أحمد هندي / المرجع السابق ص ٣٦٠ وما بعدها .

[٥] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٥٦ .

[٦] راجع : نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٥٦ ، يقابل المادة (١٠٦) مرافعات يمني المادة (١/٨٣) مرافعات مصري .

[٧] راجع في ذلك فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٠١ ، نقض مصري مدني في ٢٠٠٢/٣/٢٦م في الطعن ٨٩٩ لسنة ٧٠ الحاشية (١) من ذات الصفحة .

ونظم المشرع اليمني أثر الغياب على سير الخصومة في المواد (١١٢ - ١١٦) ، وعلى ذلك سنبين فيما يلي حالات غياب الخصوم وأثر هذا الغياب على نحو ما عالجه المشرع:

١- غياب الخصوم (المدعي والمدعى عليه) : إذا تخلف الخصوم عن الحضور في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى ، أو في أي جلسة أخرى نفرق بين الفرضين التاليين :

الفرض الأول : إذا كانت الدعوى صالحة للحكم فيها : وتخلف المدعي والمدعى عليه في أول جلسة أو في أية جلسة أخرى ، فإن للمحكمة أن تحكم في موضوع الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها [١] ، وقد تكون الدعوى صالحة للحكم فيها ، بمعنى أن يكون كل من الخصمين قد أبدى دفاعه فيهما ، وتكون كذلك إذا كان المدعى عليه قد أبدى دفاعه فيها عن طريق مذكرة أو مرافعة شفوية في جلسة سابقة م(٢/١٧٢) مرافعات يمني ، بينما يعتبر المدعي مبدياً دفاعه ولو لم يقدم مذكرة به ، إذ هو الذي رفع الدعوى وأبدى في صحيفتها أسانيد دعواه [٢] .

الفرض الثاني : إذا كانت الدعوى غير صالحة للحكم فيها : وتخلف المدعي أو المدعى عليه في الجلسة المحددة بعد النداء عليهما ، وإرجاء نظرها إلى آخر الجلسة ، تقرر المحكمة تأجيل نظرها لمدة ستين يوماً م(١١٢) مرافعات يمني ، فإذا لم يحضر المدعي وطلب تحريك دعواه خلال المدة المذكورة من خلال طلبه يعجلها بتحديد جلسة لنظرها أمام المحكمة وإعلان الخصم الآخر بالحضور إليها خلال ستين يوماً من تاريخ التأجيل ، فإذا لم يحصل هذا التعجيل من قبل المدعي قررت المحكمة شطب الدعوى واعتبارها كأن لم تكن ، م(١١٢) مرافعات يمني ، م(١/٨٢) من ذات القانون معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، وهذا يؤدي إلى زوال الآثار القانونية التي تترتب على قيامها ، ويتم ذلك بقوة القانون [٣] .

وعلى ذلك إذا استمر استبعاد الدعوى خلال الستين يوماً من تاريخ الاستعجال ولم يحضر المدعي أو المدعى عليه لطلب التعجيل ، فإن المحكمة تقرر شطب الدعوى واعتبارها كأن لم تكن ، ويشترط لشطب الدعوى أن يتمسك به أمامها المدعى عليه ، فرغم أنه يقع بقوة القانون إلا أنه ليس للمدعي التمسك به ، على أنه إذا تحقق موجب اعتبار الدعوى كأن لم تكن بسبب الشطب مرة ثانية ، وطلب المدعى عليه الحكم به فليس للمحكمة أن

---

[١] عكس ذلك : سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٧٥ .

[٢] راجع في ذلك : أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٦٩٤ .

[٣] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٠٥ .

تمتنع عن الحكم به وتمضي في نظر الدعوى [1] ، ويجب أن يكون التمسك بالشطب في الوقت المناسب باعتباره دفعاً إجرائياً يجب إبداؤه قبل الكلام في الموضوع ، وإلا سقط الحق فيه [2] ، أما إذا كان المدعى عليه هو الذي عجل بالدعوى فلا يكون له حق الدفاع باعتبار الخصومة كأن لم تكن لأن هذا التعجيل يعتبر تنازلاً عن هذا الجزاء ، وتسري القواعد المتقدمة في حالة تعدد المدعين أو المدعى عليهم إذا غابوا جميعاً ، فإذا تم التجديد أو طلب تعجيل الدعوى خلال فترة تأجيل الدعوى ، فإذا تم التجديد أو طلب التعجيل تعاود الخصومة سيرها ، يمحى قرار الاستبعاد بجميع مشتملاته ، وتسير الدعوى بذات الطلبات السابقة إبداؤها ، وإذا لم يحضر الخصم في أول جلسة لنظر الدعوى بعد الاستبعاد تقرر المحكمة شطبها واعتبارها كأن لم تكن [3] ، وتقرر المادة (١١٥) مرافعات يمني بأنه يجوز أن يقدم المدعي طلباً لتعجيل الدعوى خلال فترة تأجيل الدعوى - ستين يوماً - إلى القاضي المختص ، ليحدد جلسة وتقدير غرامة لا تزيد عن ثلاثة آلاف ريال تورد للخزانة العامة ، وللقاضي الإعفاء من الغرامة إن كان ذلك ما يبرره ، كما يجوز للمدعى عليه تحريك الدعوى خلال فترة الاستبعاد ، وللمحكمة الحكم عليه بغرامة لا تزيد عن عشرة آلاف ريال تورد للخزانة العامة ، ويجوز للقاضي الإعفاء منها .

٢- غياب المدعي : إذا تخلف مدعي البطلان عن الحضور ، وحضر المدعى عليه بالبطلان ، ولم يقدم طلبات جديدة ، فإنه يطبق ذات القواعد بشأن غياب مدعي البطلان والمدعى عليه بالبطلان ، فللمحكمة إما الفصل في الدعوى إن كانت صالحة ، أو استبعادها لمدة ستين يوماً ، فإذا لم تعجل خلال المدة المذكورة اعتبرت كأن لم تكن ، أما إذا قدم المدعى عليه بالبطلان طلبات في مواجهة مدعي البطلان الغائب أجلت المحكمة نظر الدعوى مع إعلان خصمه بطلباته وتحديد جلسة جديدة م(١١٣) مرافعات يمني ، لتعلق ذلك بحق الدفاع [4] .

٣- غياب المدعى عليه : إن مدعي البطلان هو الطرف الضعيف في دعوى البطلان لذلك أحاطه المشرع بضمانات عديدة تكفل مساواته بخصمه ، فألزم المحكمة بأن تتأكد

---

[1] راجع في ذلك فتحي والي / الإشارة السابقة ، الأحكام المشار إليها في الحاشية (١ ، ٢) من ذات الصفحة.

[2] راجع في ذلك : نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٠١ .

[3] راجع في ذلك : أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٦٥ ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٥٨ .

[4] راجع فتحي والي / الوسيط / مرجع سابق ص ٥٠٧ .

بنفسها من صحة إعلان مدعي البطلان أو المدعى عليهم بالبطلان وتكليفهم بالحضور، فإذا تحققت من ذلك وكان الإعلان لم يصل إليهم، فلها تأجيل نظر دعوى البطلان بدعوى بطلان بإعلان صحيح، والحكمة من إعادة الإعلان ترجع إلى تحقيق مبدأ المواجهة [1] وتمكينه من إبداء دفوعه ومذكراته، فإذا لم يحضر بعد إعادة إعلانه، أمرت المحكمة باستدعائه بواسطة الشرطة القضائية مع توقيع غرامة مناسبة عليه، فإذا ثبت غيابه أو فراره نصبت المحكمة منصوباً عنه من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الثالثة، وإلا من المحامين أو تنظر الدعوى في مواجهة المنصوب، أي إذا لم يحضر حكمت في غيابه بعد التنصيب عنه، وإذا حضر خلال القضية نحي المنصوب ونظرت القضية في حضوره، ويعتبر الحكم في حقه - في هذه الأحوال - حضورياً دائماً [2].

أما إذا تعدد المدعى عليهم بالبطلان في الموضوع الواحد وتخلف أحدهم أو بعضهم عن الحضور، فإذا كانوا قد أعلنوا لأشخاصهم أو قدموا مذكرة بدفاعهم، فإن المحكمة تستمر في نظر القضية بالرغم من غيابهم (ولا داعي لاستدعائهم عن طريق الشرطة القضائية إلا إذا رأت المحكمة ذلك)، أما إذا لم يعلنوا جميعاً أو أعلن بعضهم فإن المحكمة لا تستطيع السير في الخصومة لأن الخصومة بالنسبة للحضور تعد وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة وإنما لا بد من إعلان الغائب وإعادة الإعلان من كان الإعلان له باطلاً وإذا كان بعض المدعى عليهم في الخارج وبعضهم داخل الوطن، فلا تقضي المحكمة في القضية إلا بعد مرور ميعاد الحضور مع ميعاد المسافة لمن كان في الخارج وهذا أمر يقتضيه العقل والمنطق [3] وعلى ذلك فالقانون اليمني يشترط الحضور القانوني للخصوم مدعي البطلان والمدعى عليه بالبطلان ،ويعتد بالحضور الحكمي والاعتباري للمدعى عليه بالبطلان، وذلك إذا كان قد قدم مذكرة بدفاعه قبل الجلسة أو كان قد تم إعلانه للمرة الثانية أو لشخصه أو كانت الدعوى مستعجلة، فإنه في هذه الحالات يعتبر حاضراً [4].

---

[1] راجع : سعيد خالد الشرعبي / أصول، مرجع سابق ص ٤٧٦ هاشم رقم (٣)، ويضيف جانب من الفقه (أن المشرع قد قصد بإعادة الإعلان عند تخلف المدعى عليه من الحضور في الجلسة الأولى اعتبار الإعلانين كافيين لافتراض علم المدعى عليه بالدعوى، ولم يقصد منحه فرصتين للحضور)، أحمد أبو الوفا / التعليق، مرجع سابق ص ٤٠.

[2] نجيب الجبلي، قانون المرافعات اليمني، مرجع سابق ص ٤٥٩ وما بعدها .

[3] سعيد خالد الشرعبي / أصول، مرجع سابق ص ٤٧٧ .

[4] تفصيلاً راجع في ذلك : أحمد الصاوي / الوسيط، مرجع سابق ص ٥٢٠ .

المبحث الثالث

نظر الدعوى

يعتبر نظر المحكمة للدعوى ، أو الوصول إلى حكم في موضوعها هو الهدف الأساسي من الخصومة ، ويفترض لذلك أن يكون الخصوم أو من يمثلهم قد ترافعوا فيها ، بأن أبدوا كل ما لديهم من طلبات ودفوع طبقاً للقانون ، وأن تكون المحكمة في سبيل ذلك قد اطلعت على أوراقها وحققت ما جاء فيها ، وإذا ما كونت عقيدتها واستوفت النظر في الدعوى فإنها تأمر بقفل باب المرافعة وحجز القضية للحكم فيها [١] .

أولاً : نظام جلسة المرافعة وإدارتها :

يقصد بجلسة المرافعة الفترة الزمنية التي يجلس فيها القاضي أو القضاة ومن يعاونهم من الكتبة مع الخصوم في قاعة الجلسة بالمحكمة لسماع أقوالهم ودفاعهم في التاريخ المحدد لنظر الدعوى [٢] .

ومن المبادئ الأساسية لضمان حسن أداء العدالة ، علانية الجلسات ، فيكون للجمهور دخول قاعدة الجلسة لسماع المرافعة ، وعند النطق بالحكم [٣] إلا إذا قرر القانون أو المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أو أحدهم نظرها في جلسة سرية محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة م(١٦١) مرافعات يمني ، ويرأس الجلسة القاضي إذا كانت المحكمة مشكلة من قاضي فرد ، أو رئيس الهيئة عند التعدد [٤] وضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها ، وله في سبيل ذلك سلطات وصلاحيات عدة أهمها [٥] :

١- توجيه الأسئلة إلى الحضور أو الشهود ، وإذا رغب أحد الأعضاء عند التعدد في توجيه سؤال أو ملاحظة أن يطلب منه توجيه ذلك م(١٧٣) مرافعات كذلك الإذن لأحد الخصوم بتوجيه أسئلة للشهود .

---

[١] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٦٠ .

[٢] أحمد السيد صاوي / الإشارة السابقة ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٦٦ .

[٣] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٦٨ .

[٤] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٦١ .

[٥] تفصيلاً في سلطة القاضي في ضبط الجلسة راجع : أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٤٤٥ وما بعدها ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٦٩ وما بعدها ، إبراهيم محمد الشرفي / قانون المرافعات ، مرجع سابق ص ٢٥٥ وما بعدها ، نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٤٦١ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٧٨ وما بعدها .

٢- ويجوز لرئيس الجلسة أن يخرج من القاعة من يخل بنظام الجلسة فإن لم يمتثل وتمادى في إخلاله فللمحكمة أن تحكم عليه بغرامة مقدارها خمسمائة ريال أو بحبسه أربعاً وعشرين ساعة ويكون حكمها نهائياً ، وإذا كان الإخلال بنظام الجلسة قد وقع من أحد العاملين الذين يؤدون وظيفة بالمحكمة كان لرئيس المحكمة تقرير الجزاء التأديبي عليه ، وللمحكمة إلى ما قبل انتهاء الجلسة إذا قبلت عذر الموظف أو المحكوم عليه أن ترجع عن الحكم أو القرار الصادر منها م(١٧٤) مرافعات يمني [١] .

٣- وإذا وقعت جناية أو جنحة تعد على هيئة المحكمة أو على أحد أعضائها أو العاملين بها ، أثناء انعقاد الجلسة فللمحكمة سلطة الأمر بالقبض عليه والحكم عليه فوراً بالعقوبة المقررة قانوناً ، كما لها أن تحاكم شاهد الزور بالجلسة م(١٧٦) من القانون [٢] .

٤- وإذا وقعت في الجلسة أو في مبنى المحكمة أو ساحاتها جريمة غير مما ذكر أمرت المحكمة بتجريد محضر ضبط يكون حجة بما جاء فيه ، ولها اتخاذ الإجراءات التحفظية بالقبض على المتهم وحبسه احتياطياً ، ثم تخيل الواقعة إلى النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات القانونية فيها ، أو يأمر جهات الضبط القضائي بالقيام بما يلزم من الإجراءات لإحالتها إلى النيابة م(١٧٧) من القانون [٣] .

٥- وللمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بمحو العبارات الجارحة للنظام العام أو الآداب العامة من محضر الجلسة ومن أية ورقة أخرى م(١٧٥) من القانون [٤] .

ثانياً : التأجيل :

الأصل أن تجري المرافعة أول جلسة ، وهي الجلسة المحددة لنظر الدعوى حسب ترتيب ورودها في جدول القضايا ، ولكن يجوز أن تقرر المحكمة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة أخرى من تلقاء نفسها ، أو بناءً على طلب أحد الخصوم أو وكيله ، ولها سلطة تقديرية في إجابة طلبه ما لم يكن التأهيل واجباً ، وذلك في بعض الحالات التي يقرر القانون وجوب التأجيل مثل التأجيل لغياب المدعى عليه بالبطلان في الجلسة الأولى م(١١٦) مرافعات يمني كما سبق ، أو في حالة ما إذا طلب الخصم أجلاً لتقديم مستند له تأثير في الدعوى أو الرد على

---

[١] راجع نص المادة (١٠٤) مرافعات مصري المعدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٢ ، أو بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ وبالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٧ .

[٢] راجع نص المادة (١٠٧ / ١ ، ٢) مرافعات مصري .

[٣] راجع نص المادة (١٠٦) مرافعات مصري .

[٤] راجع نص المادة (١٠٥) مرافعات مصري .

مستند قدم في الجلسة أو لإعلان شهود لم يتمكن من إحضارهم م(١٦٨) من القانون ، ويقرر نص المادة م(١٦٣) من القانون على أنه لا يجوز تأجيل نظر الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم وللمحكمة سلطة تقديرية في تحديد فترة التأجيل على ألا تتجاوز مدة التأجيل ثلاثة أسابيع م(١٦٣) من القانون .

ثالثاً : المرافعة :

من مظاهر احترام المشرع لحق الدفاع الاستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة ، ويقصد بالمرافعة ما يبديه الخصوم أو وكلائهم أمام المحكمة من أقوال لتأكيد ما قدموه من طلبات ودفوع أو أدلة ، ولذلك فإن حق كل خصم في المرافعة يعتبر حقاً أساسياً من حقوق الدفاع يتعين على المحكمة احترامه وإلا كان حكمها باطلاً للإخلال بحق الدفاع [١] .

والأصل أن تتم المرافعة شفاهة في الجلسة م(٢٣/ب) من القانون ، إلا أنه يجوز تقديم المذكرات المكتوبة استثناء من المبدأ العام ، وهو شفوية المرافعة [٢] .

وتبدأ المرافعة بإعطاء الكلمة للخصوم فيترافع أولاً مدعي البطلان وعرضه ادعائه ، ثم يترافع بعد ذلك المدعى عليه بالبطلان ، ومناط ذلك هو تمكين المدعى عليه بالبطلان من الرد على الادعاء ، وذلك تطبيقاً لقاعدة أن المدعي آخر من يتكلم الواردة بنص المادة (١٦٤) من القانون [٣] ، وعلى المحكمة احترام حق الخصم في المرافعة الشفوية أو الكتابية ولا تحول بينه وبين ذلك ، كما يوجب القانون على المحكمة تبنيه الخصوم إلى حقهم في المرافعة ولا يفاجأ بها الخصوم في الحكم دون إتاحة الفرصة لهم للدفاع وتنوير المحكمة بشأنها ، كما يجب عليها أن تمكنه من الاطلاع على المذكرات التي يقدمها خصمه سواء في جلسة المرافعة أو خارج الجلسة إذ يطلع عليها [٤] .

---

[١] راجع ص من هذه الرسالة .

[٢] سعيد خالد الشرعبي / الإشارة السابقة .

[٣] راجع نص المادة (١٠٢) مرافعات مصري .

[٤] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٦٤ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٨١.

رابعاً : تحقيق الدعوى (١) :

يلزم لتحقيق الدعوى والفصل فيها أن تكون المحكمة رأياً في وقائعها ، وذلك عن طريق سماعها لأقوال الخصوم واطلاعها على مستنداتهم ومذكراتهم فيها ، والقيام بإجراءات الإثبات ، وذلك لتكون المحكمة رأياً في وقائعها على النحو التالي :

١ـ تقديم المستندات المؤيدة لها ،

وكذلك مذكرات شارحة لها ، كما توجب المادة (١٠٦) من القانون ،على المدعى عليه بالبطلان أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته ، أو شفاهة ولكن في الحالة الأخيرة يجب على الكاتب تثبيته في محضر يوقعه المدعى عليه وبالبطلان ، ويرفق بملف الدعوى ، ولا يترتب على مخالفة ذلك البطلان أو سقوط الحق في تقديم المستندات ، لذلك ينص القانون على أنه يجوز للخصوم تقديم مستندات جديدة أثناء سير الدعوى ، كما يجوز لأي من الخصوم أن يقدموا مستندات رداً على دفاع الخصم الآخر ، أو دفوعه أو طلبات عارضة ، غير أنه إذا قدم المدعى عليه بالبطلان بعدم الجلسة الثانية مستندات كان يمكن تقديمها في هذه الجلسة وترتب على ذلك تأجيل الجلسة ، دون أن يكون ثمة سبب آخر لتأجيلها ، حكمت المحكمة عليه بغرامة في حدود خمسمائة ريال للخزانة العامة جزاء على تعطيل المحكمة ، ويجوز أن تتكرر الغرامة كلما طلب التأجيل على أنه للمحكمة بعد التأجيل مرتين لنفس السبب ألا تستجيب لطلب المدعى عليه بالبطلان ، إذا استشعرت عدم جديته ، وطلب مدعي البطلان الاستمرار في نظر الدعوى م(١٦٩) مرافعات يمني .

ولذلك تنص م(٦٣) مرافعات على أن تقدم المستندات من الخصوم إلى الكاتب في حافظة تتضمن بيانات واضحة لمحتوياتها ، ويعطى صاحبها سنداً باستلامها ، يوقعه ويختمه بختم المحكمة ، وتحفظ المستندات ضمن ملف الدعوى لحين الفصل فيها ، ويكون للخصوم ووكلائهم حق الاطلاع على كافة محتويات ملف القضية والحصول على صورة منها عدا الوثائق المتعلقة بالتركات المقدمة من الخصوم فللقاضي المختص إذا رأى مصلحة للعدالة أن يأذن خطياً بتصويرها م(٦٤) مرافعات .

ويلتزم كافة العاملين بالمحاكم المحافظة على الأوراق والمستندات وملفات الدعاوى ويتم مسائلتهم مدنياً وجنائياً وتأديبياً ، حسب الأحوال عن أية مخالفة لأحكام قانون المرافعات م(٦٧) مرافعات يمني [١] .

---

[١] تفصيلاً في ذلك راجع : فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٧٣ وما بعدها .

٢ـ إجراءات الإثبات :

ينظم قانون الإثبات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م القواعد العامة في إجراءات الإثبات الموضوعية والإجرائية والغرض منها تحقيق الدعوى لتكوين رأي المحكمة ، من خلال وقائع الدعوى ، وما يقدمونه من طلبات ، وما يتقدمون به من دفوع أو دفاع [٢] ، وعلى ذلك يحدد قانون الإثبات وسائل الإثبات وحجيتها والإجراءات التي تتبع فيها [٣] ، وما يهمنا هو الجانب الإجرائي في الإثبات ، والذي يظهر فيه الدور الإيجابي للقاضي بموجبه يخول القانون للمحكمة أن تأمر باتخاذ إجراءات الإثبات ولو من تلقاء نفسها ، حتى تتمكن المحكمة من ملائمة الحقيقة وتحقيق العدالة في المجتمع ، لأنه من خلال إجراءات الإثبات يستطيع القاضي تكوين قناعته في الدعوى المنظورة غير أن القاضي مقيد في ذلك بطلب الخصوم في اتخاذ إجراءات الإثبات للحالات التي يستوجب فيها القانون ضرورة طلب الخصم ، مثل الادعاء بالتزوير أو اليمين الحاسمة [٤] .

ويلزم القانون اتخاذ إجراءات الإثبات ، بموجب أحكام تصدر من المحكمة بإجراء الإثبات لا يلزم تسبيبها ما لم تكن قد تضمنت قضاءً قطعياً على أن يتم إعلان منطوق الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات إلى من لم يحضر جلسة النطق بها ، كما يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات ، وإلا كان العمل باطلاً ، وعلى ذلك إذا كانت الأحكام بإجراءات الإثبات أحكاماً تحضيرية (تمهيدية) ، أي ليست قطعية ، وبالتالي فلا تتقيد المحكمة بها ، ويجوز العدول عنها بشرط أن تتبين أسباب العدول في المحضر ، وفي الحكم ما لم يكن حكم الإثبات قد تضمن قضاءً قطعياً في مسألة من المسائل كما لو كان فاصلاً في مسألة حيازة الإثبات بشهادة الشهود مثلاً [٥] .

والأصل أن تقوم المحكمة بكامل هيئاتها بمباشرة إجراءات الإثبات ، ولكن لا يمنعها ذلك من ندب أحد قضاتها لمباشرة إجراءات الإثبات ، في دائرته ، كما يجوز لها أن تنيب

---

[١] تفصيلاً في هذه المسألة : نجيب الجبلي / الإعلانات القضائية ، مرجع سابق ص .

[٢] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٦٦ .

[٣] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ، السنهوري / الوسيط ج٢ ص ١٩ ، سليمان مرقص / أصول الإثبات ، القاهرة ١٩٨١ ج٢ ص ١١ .

[٤] نجيب الجبلي / الإشارة السابقة ، سعيد خالد الشرعبي ، أصول ، مرجع سابق ص ٤٨٢ .

[٥] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٦٧ .

محكمة أخرى في الاستماع إلى الشهود أو الانتقال للمعاينة ، إلا أنه يتعين احترام حقوق الدفاع ومنها ميعاد اتخاذ الإجراء [1] .

خامساً : إقفال باب المرافعة (حجز القضية) :

إذا تحققت الدعوى كما سبق ، ورأت المحكمة أنها قد استوفت عناصر تكوين الرأي القضائي ، وأصبحت الدعوى صالحة للحكم فيها ، فإنها تأمر بحجز القضية للحكم م(١٧٢) مرافعات يمني ، أي قفل باب المرافعة ، وهذا القرار متروك لتقدير المحكمة وبها تنقطع صلة الخصوم بالقضية ، ولذا يترتب على ذلك عدم جواز تقديم طلبات عارضة أو التدخل ، أو الإدخال فيها ، ولا حتى تقديم مذكرات أو مستندات معينة [2] ، إلا أن ذلك لا يمنع المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم أو أحدهما ، من فتح المرافعة من جديد [3] على أن تعلن المحكمة ذلك في الجلسة المحددة للنطق بالحكم ، وأن تبني المحكمة قرارها بفتح باب المرافعة على أسباب جدية تبينها في محضر الجلسة م(٢٤٤) مرافعات يمني، وعليها إعلان الخصوم بالحضور ، كما أن القانون قد ينص على فتح باب المرافعة وجوباً في حالات معينة [4] كما لو تغير أحد قضاة المحكمة الذين اشتركوا في المرافعة ، إذ لا يجوز الاشتراك في المداولة إلا للقضاة الذين سمعوا المرافعة ، وإلا كان الحكم باطلاً م(٢٢٢) من القانون.

المبحث الرابع
عوارض سير الخصومة

خصومة دعوى البطلان شأنها شأن أي خصومة قضائية ، يعترضها أثناء سيرها مجموعة من العوامل تؤثر فيها فتؤدي إلى ركودها مؤقتاً ، أي تؤدي إلى عدم السير فيها مؤقتاً حتى يزول العارض الذي ألم بعنصر من عناصرها ، وهناك عوارض أشد جسامة من الأولى تؤدي ليس إلى مجرد وقف السير في الخصومة ، بل إلى انقضاء هذه الخصومة دون

---

[1] سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٨٢ .

[2] فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٧٧ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٦٣ .

[3] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٨٢ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٨٠ .

[4] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٨٠ ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٨٣ .

أن يصدر فيها حكم حاسم لموضوعها وهو ما يسمى بالانقضاء المبتر للخصومة [1] أو ما يسمى (بركود الخصومة) ، وعوارض تؤدي إلى إنهاء الخصومة دون الحكم في موضوعها ، وهذا ما سنبينه في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول

العوارض المانعة من السير في الخصومة (ركود الخصومة)

أولاً : شطب الخصومة :

يقصد بشطب دعوى البطلان استبعادها من جدول القضايا المتداولة في عدد من الجلسات ، فلا تنظر الدعوى في ذات الجلسة ولا تحدد لها جلسة تالية لنظرها ، ولا يعني هذا زوال الخصومة ، وإنما تظل قائمة أمام القضاء رغم الشطب [2] .

ونعتقد أن التشريع اليمني كان موفقاً أكثر من غيره من التشريعات في إطلاق مصطلح استبعاد الدعوى بدلاً من شطبها م(٢٠٤) التي تنص على أنه (يجوز للخصوم في أية حالة تكون عليها الخصومة أن يتصالحوا فيها ويقدموا ما اتفقوا عليه مكتوباً وموقعاً عليه منهم أو من وكلائهم المفوضين بالصلح ، وتقرر المحكمة إلحاقه بمحضر الجلسة للتصديق عليه واعتباره في قوة السند الواجب التنفيذ) ، ذلك أن هذا المصطلح يتناسب مع طبيعة هذا العارض كونه يؤدي فقط إلى منع الخصومة وليس إلى زوالها وحتى من حيث المعنى اللغوي فمصطلح الشطب أشد من الاستبعاد ، إلا أنه كان ينبغي على المشرع اليمني أن يوجد المصطلحات التي أوردها بخصوص هذا العارض ففي نص المادة (١١٢) من ذات القانون استخدم شطب الخصومة ومصطلح اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، لذلك نوصي المشرع اليمني بتوحيد مصطلحات هذا القانون وصولاً إلى وحدة العمل بمقتضاها .

وقد خول القانون المحكمة الحكم باستبعاد الخصومة من تلقاء نفسها في حالة ما إذا تغيب كل الخصوم في الجلسة الأولى ولم تكن صالحة للحكم فيها ، وقد سبق أن تكلمنا عن

---

[1] نبيل إسماعيل عمر /الطعن بالاستئناف وإجراءاته ، مرجع سابق ص ٤٠١ ، وكتابة قانون المرافعات ، مرجع سابق ص ٥٣٥ ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ٣٧١ .

[2] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٠٣ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص٤٩٢ .

هذه الأسباب التي تؤدي إلى شطب دعوى البطلان عند الكلام عن قواعد الحضور والغياب ، وعليه نحيل إلى ما سبق دراسته في ذلك [1] .

فإذا استبعدت الخصومة دون تعجيلها من أحد الخصوم وقررت المحكمة شطبها واعتبارها كأن لم تكن ، فإن مصير الخصومة بكل ما فيها من إجراءات ابتداءً من المطالبة القضائية تزول كما يعني ذلك زوال الآثار المترتبة عليها ويكون ذلك بقوة القانون ، أي أن الحكم بهذا الجزاء حتمي متى توافرت مقتضياته ولا تملك المحكمة سلطة تقديرية في ذلك ، ولذلك نجد في إعمال جزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن زوال إجراءات قد تكون صحيحة في ذاتها ومع ذلك تعد نتيجة للقضاء بهذا الجزاء [2] .

وطبقاً للمادة (١١٢) فإنه إذا قام المدعي بتحريك الخصومة بعد شطبها فلا يجوز للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها باعتبار الخصومة كأن لم تكن .

ذلك أن هذا الجزاء قرر لمصلحة المدعى عليه ولا يتعلق بالنظام العام ، لذلك يجب للحكم به أن يتمسك به صاحب المصلحة (المدعى عليه) ، ويكون التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن بموجب دفع شكلي يتم التمسك به قبل التعرض للموضوع وليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها قبل التعرض للموضوع [3] .

واعتبار الدعوى كأن لم تكن لا يحول دون تجديدها مرة أخرى للمطالبة بذات الحق وذلك لأنه جزاء إجرائي بحت قاصر على الخصومة دون أن يمس الحق المدعى به أو حق الدعوى وذلك ما لم يتبين عند تجديد المطالبة أن الحق قد انقضى بالتقادم ، وعلى ذلك وجب على الخصوم الحضور أمام المحكمة ليتوقوا الجزاء السابق [4] .

ثانياً : وقف الخصومة (٥) :

يقصد بوقف الخصومة عدم السير فيها أجلاً معيناً بناءً على اتفاق الخصوم ، أو حكم المحكمة أو نص في القانون [1] .

---

[1] راجع ص من هذه الرسالة .

[2] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٣٩٧ ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٦٩ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٩٣ .

[3] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٠٠ ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٦٦ ، أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٤٠٣ وما بعدها .

[4] نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٠١ .

[5] تفصيلاً في وقف الخصومة راجع أحمد هندي / المرجع السابق ص ٣٧٢ وما بعدها .

ومن خلال التعريف السابق يتبين أن أسباب وقف الخصومة ثلاثة وهي كالآتي :

١ـ الوقف الاتفاقي :

تنص المادة (٢٠٤) من قانون المرافعات اليمني على أنه : (يجوز وقف الخصومة بناءً على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاقهم ...) ، ومن خلال هذا النص يشترط للوقت الاتفاقي ، اتفاق أطراف الخصومة جميعاً سواء كانوا أصليين أو متدخلين أو مختصمين ، كذلك يشترط ألا تزيد مدة التوقف عن ستة أشهر [٢] ، ومن البديهي بأنه يجوز الاتفاق على الوقف مدة أقل من ذلك ، إلا أنه لا يجوز الاتفاق أكثر من ستة أشهر ، ويجوز الاتفاق على تجديد الوقف مدة أخرى لا تزيد عن ستة أشهر ، كما يجوز الاتفاق على الوقف مدة تزيد عن ستة أشهر إذا كان الوقف من أجل البحث عن دليل ، وبالتالي يلزم أن لا تزيد تلك المدة عن سنة م(١٧١) من القانون ، وتحسب مدة الوقف الاتفاقي من تاريخ إقرار المحكمة للاتفاق [٣] .

ولا يقبل قرار المحكمة بالوقف الطعن بأي من طرق الطعن إلا إذا أخطأت المحكمة في تطبيق القانون [٤] .

٢ـ الوقف القضائي :

هو الوقف الحاصل بحكم المحكمة ، في أحوال محددة نص عليها القانون ومنح المحكمة السلطة بأن تأمر بوقف السير في الخصومة .

وتعتبر الخصومة موقوفة من تاريخ صدور الحكم ، والحكم بوقف الخصومة يعتبر عقاباً يوقع على مدعي البطلان ، لأنه هو الذي يتعين عليه موالاة الخصومة ، فللمحكمة الحكم به من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه أحد الخصوم [٥] .

---

[١] سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٨٣ .

[٢] راجع نص المادة (١٢٨) مرافعات مصري المعدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م والتي تشترط بألا تزيد مدة الوقف المتفق عليه عن ثلاثة أشهر .

[٣] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٣٧٦ ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥١٣ .

[٤] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥١٤ ، عصام السماوي / وقف الخصومة ، رسالة حقوق عدن ٢٠٠٤ ، ص ١٠٩.

[٥] نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٥١٩ ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٨١ .

وحكم الوقف هو حكم قطعي فرعي صادر قبل الفصل في الموضوع يستنفد ولاية المحكمة، ولا تستطيع العودة فيه ، وليس له حجية الأمر المقضي به ، لأنه غير فاصل في الموضوع .

وهذا الحكم يقبل الطعن فيه على استقلال م(٢٧٤) مرافعات يمني [١] ، وبناءً على ذلك ، إذا صدر الحكم بوقف خصومة دعوى البطلان من محكمة الاستئناف ، فيجوز الطعن فيه مباشرة بالنقض [٢] ، والحكمة من ذلك أن الطعن في حكم الوقف وإلغائه ، من شأنه تعجيل الفصل في الخصومة أمام المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ، وهو هدف يسعى المشرع إلى تحقيقه ، ويجوز الطعن في هذا الحكم من مدعي البطلان والمدعى عليه بالبطلان ، فلمدعي البطلان مصلحة في هذا الطعن إذا لم تكن قد سمعت أقواله ،أو كانت قد سمعت أقواله ، ولم يوافق على الوقف لأنه إذا قبل الوقف عند سماع أقواله يكون حقه في الطعن بحكم الوقف قد سقط [٣] .

والوقف بالخصومة نوعان :

النوع الأول : الوقف الإجرائي :

حيث تجيز المادة (١٦٢) مرافعات يمني [٤] للمحكمة أن تحكم على من يتخلف من العاملين بها أو الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته له المحكمة بالغرامة ، ويجوز لها بدلاً من الحكم على المدعي بالغرامة أن تحكم بوقف الخصومة لمدة لا تتجاوز ستة أشهر ، وذلك بعد سماع أقوال المدعى عليه بالبطلان .

وإذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعي ما أمرت به المحكمة جاز لها استبعاد الدعوى من جدول الأعمال واعتبارها كأن لم تكن .

ومن الملاحظ أن جزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، الوارد في المادة السابقة جزاء وجوبي ، يقع بقوة القانون ، ولا تملك المحكمة سلطة تقديرية في شأنه ، ولذلك يتعين على

---

[١] نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٥٢٠ ، راجع نص المادة (٢١٢) مرافعات مصري .

[٢] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤١٥ .

[٣] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٢٠ .

[٤] راجع نص المادة (٩٩) مرافعات مصري المعدلة بالقانون رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٧ .

المحكمة الحكم به متى توافرت مقتضياته ، وتم التمسك به من صاحب المصلحة في ذلك بالأوضاع المحددة في القانون [١] .

ويشترط لتوقيع جزاء الوقف الإجرائي الشروط الآتية :

أ - أن يكون الوقف نتيجة إهمال المدعي أو رفضه القيام بتنفيذ أمر المحكمة [٢] .

ب- أن تستمع المحكمة إلى أقوال المدعى عليه بالبطلان فقد يكون له مصلحة في استمرار سير الخصومة [٣] غير أن الفقه الراجع لا يشترط موافقته [٤] .

جـ- ألا يزيد مدة الوقف عن ستة أشهر ، ومفهوم ذلك أنه من الجائز أن تكون أقل من ذلك ، وتبدأ حساب هذه المدة من تاريخ صدور الحكم بالوقف .

د- أن تحكم المحكمة بالوقف : ذلك أن الوقف الجزائي للخصومة هو رخصة مخولة للمحكمة فلها أن تستعملها ، كما أن لها ألا تستعملها وفقاً لسلطتها التقديرية ، وعن طريقها يمكن التغلب على عنت الخصوم ومشاكستهم ، فالحكم بالوقف جوازي للمحكمة فلها أن تستعملها بدلاً من إنزال جزاء الغرامة ، كما أن لها أن تقتصر على الغرامة فقط ، ولا يجوز لها أن تجمع بين جزاءين على ذات المخالفة [٥] .

النوع الثاني : الوقف التعليقي :

تجيز المادة (٢٠٥) مرافعات يمني [٦] للمحكمة أن تأمر بوقف الخصومة كلما رأت تعليق حكمها في موضوع الخصومة على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم ، ويشترط لتوقيع جزاء الوقف التعليقي الشروط الآتية :

أ - أن تثار مسألة أولية [٧] : يتوقف على حلها الدعوى الأصلية [٨] ، ومثال ذلك مسألة دستورية القانون ، فلو رأت محكمة الاستئناف أن القانون الذي يحكم موضوع النزاع غير

---

[١] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٢٢ وما بعدها .

[٢] تفصيلاً في هذا الشرط راجع عصام السماوي / وقف الخصومة ، مرجع سابق ص ١٤٦ وما بعدها .

[٣] تفصيلاً في هذا الشرط راجع عصام السماوي /أ لمرجع السابق ص ١٤٨ وما بعدها .

[٤] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤١٤ ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٨٠ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥١٤ .

[٥] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٣٨١ ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٩٤ .

[٦] يقابلها نص المادة (١٢٩) مرافعات مصري .

[٧] عصام السماوي / وقف الخصومة ، مرجع سابق ص ١٦٧ وما بعدها ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٨٣ .

[٨] أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٥٨٠ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥١٦ ، نبيل إسماعيل عمر/ الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤١٧ ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ٣٨٤ .

دستوري ، أو دفع أمامها بعدم دستورية القانون فعليها أن تحيل مسألة الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية (بحدود النص أو النصوص غير الدستورية) إلى المحكمة العليا ، وعليها أن توقف الخصومة حتى يتم الفصل في المسألة الدستورية ، ثم الحكم في الموضوع طبقاً للمادة (٧/١٨٦) مرافعات يمني [١] كذلك في حالة دعوى التزوير الفرعية فإن المحكمة توقف الخصومة وتأمر بالإحالة إلى التحقيق الجنائي في مسألة التزوير الفرعية أو التحقيق في يمين كاذبة ورأى القاضي إحالة الخصوم إلى محكمة جنائية أو النيابة .

ب- أن تخرج المسألة الأولية عن ولاية اختصاص المحكمة : فمسألة الوقف التعليقي لدعوى البطلان لا تثور إلا إذا كانت المسألة الأولية من اختصاص محكمة أخرى كالمحكمة العليا بالنسبة للدفع بعدم دستورية القانون ، أما إذا كانت المسألة الأولية من اختصاص المحكمة التي تنظر دعوى البطلان (محكمة الاستئناف) فإنها تفصل فيها أولاً قبل الفصل في الدعوى الأصلية وعندئذ لا حاجة إلى وقف الخصومة .

هـ- أن تقرر المحكمة وقف الخصومة لحين الفصل في المسألة الأولية من المحكمة المختصة : ولها سلطة تقديرية في تقرير ذلك [٢] ، وإذا ما أثيرت مسألة أولية تقتضي وقف دعوى البطلان ، فإن للمحكمة أن توقفها من تلقاء نفسها ، فإذا قررت وقف الخصومة فإن قرارها يعد حكماً قطعياً بعدم جواز الفصل في موضوع دعوى البطلان قبل الفصل في المسألة الأولية ، ولهذا ليس لها أن تعدل عن قرارها بالوقف وتفصل هي في المسألة الأولية أو تنظر موضوع دعوى البطلان قبل الفصل فيها [٣] .

وليس للوقف هنا مدة قصوى بل يمتد طالما لم يتم الفصل نهائياً في المسألة الأولية [٤] .

٣ـ الوقف بحكم القانون :

هو ذلك الوقف الذي يتم بحكم القانون في الحالات التي ينص عليها القانون دونما حاجة إلى صدور حكم بذلك ، ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه م(١٤٣) مرافعات [٥] من أنه

---

[١] سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٨٥ .

[٢] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥١٧ ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ٣٨٦ .

[٣] تفصيلاً راجع فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥١٧ وما بعدها ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٨٨ وما بعدها .

[٤] عصام السماوي / الرسالة السابقة ، مرجع سابق ص ١٧٤ .

[٥] يقابلها نص المادة (١٦٢) مرافعات مصري ، راجع فتحي والي / المرجع السابق ص ٥١٣ .

يترتب على تقديم طلب رد القاضي وقف الخصومة القائمة إلى أن يحكم بطلب الرد [1] ، وكذلك المادة (٧/١٨٦) مرافعات والتي تقرر وقف الخصومة إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم دستورية القانون قائم على أساس ، والمادة (٥٨) من ذات القانون ، والتي تقرر وقف إجراءات التنفيذ حتى الفصل في الدعوى أو الدفع بالانعدام [2] والمادة (٥٤) من قانون التحكيم اليمني والتي تقرر وقف إجراءات تنفيذ حكم المحكم بمجرد رفع دعوى البطلان ضد هذا الحكم .

ويكون الوقف القانوني بقوة القانون دون حاجة إلى قرار من المحكمة ، وحتى لو قضت به المحكمة فإن حكمها لا يعدو أن يكون كاشفاً مقرراً لواقع بحكم القانون ، ولا يكون لها سلطة تقديرية في الحكم أو عدم الحكم به [3] ، وإذا صدر حكم من المحكمة مقرراً لهذا الوقف فإنه يجوز الطعن فيه مباشرة إعمالاً للمادة (٢٧٤) مرافعات يمني [4] رغم أن مثل هذا الحكم لا يعتبر منهياً للخصومة [5] .

آثار الوقف :

تعد الخصومة قائمة ، فتظل المطالبة القضائية قائمة منتجة لكافة آثارها كما تظل جميع الإجراءات التي تمت قبل الوقف قائمة ، فإذا انتهت حالة الوقف ، فإنها تعود للسير من النقطة التي وقفت عندها مع الاعتداد بكل الإجراءات السابقة [6] كما يترتب على الوقف ركود الخصومة أثناء الوقف فلا يجوز اتخاذ أي إجراء في الخصومة خلال فترة الوقف ، وأي إجراء اتخذ خلالها يكون باطلاً ، كما توقف المواعيد الإجرائية طوال فترة الوقف ، ما عدى الوقف الاتفاقي فهو لا يؤثر في المواعيد [7] ، وإذا كانت هناك مواعيد لم

---

[1] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٢١ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٨٤.

[2] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٧٥ .

[3] نبيل إسماعيل عمر / الإشارة السابقة ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ٣٧٦.

[4] يقابلها نص المادة (٢١٢) مرافعات مصري .

[5] نبيل إسماعيل عمر / الإشارة السابقة .

[6] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٢٠ ، أحمد السيد صاوي / الوسيط مرجع سابق ص ٥٤ ، نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤١٩ .

[7] فتحي والي / الإشارة السابقة .

تبدأ فإنها لا تبدأ أثناء الوقف ، وإذا كان الميعاد قد بدأ قبل الوقف ولم ينته فإنه يقف ويستأنف سريانه بعد انتهاء الوقف [١] .

مصير الخصومة الموقوفة :

بانتهاء فترة الوقف يتحدد مصير الخصومة الموقوفة فأما السير فيها من جديد وذلك بتعجيلها وإما بانقضائها دون الحكم في موضوعها .

١- تعجيل الخصومة : ويكون بناءً على طلب أحد الخصوم بعد انتهاء سبب الوقف م(٢٠٤) مرافعات ، ولا يجوز تعجيل الدعوى قبل فوات ميعاد الوقف ، أما إذا انتهت مدة الوقف الجزائي ، أو سببه فإنه يجوز للمدعي والمدعى عليه تعجيل الدعوى ، وذلك بتحديد جلسة جديدة لنظرها وإعلان الخصم بهذه الجلسة وتكليفه بالحضور [٢] .

أما إذا كان اتفاقياً فإنه يجب تعجيلها خلال الثمانية الأيام التالية على انتهاء مدة الوقف ، وإلا اعتبر المدعي تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً استئنافه م(٢٠٤) مرافعات ، أما إذا كان الوقف تعليقياً أو جزئياً فإنه يجب تعجيلها بعد انتهاء سبب الوقف ، وذلك بتحديد جلسة لنظر الدعوى وتكليف الخصم بالحضور ولا يجوز التعجيل قبل ذلك [٣] .

٢- انقضاء الخصومة بدون حكم في موضوعها : يختلف الأمر في هذه الحالة فيتوقف حسب نوع الوقف :

أ - إذا كان الوقف اتفاقياً فيجب تقديم طلب التعجيل خلال الثمانية الأيام التالية على انتهاء الوقف م(٢٠٤) من القانون ، وإلا اعتبر المدعي تاركاً ، والمستأنف تاركاً استئنافه ، وإذا حدث تعجيل بعد انتهاء مدة الثمانية الأيام ، فإن للطرف الآخر الدفع بانتهاء الخصومة [٤] نتيجة هذا الترك ، إلا أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام ، فيلزم التمسك به قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق في التمسك به ، ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها [٥] .

---

[١] نجيب الجبلي / قانون المرافعات ، مرجع سابق ص ٤٧٦ .

[٢] سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٨٧ .

[٣] فتحي والي / الإشارة السابقة ص ٥٢٠ وما بعدها .

[٤] تفصيلاً: عصام السماوي - الرسالة السابقة ص وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / الدفوع ، مرجع سابق ص ٦٤١ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥١٩ .

[٥] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٢٢ .

ب- أما إذا كان الوقف تعليقياً (قضائياً) أو قانونياً : فلم يحدد القانون ميعاداً خاصاً لتعجيل الخصومة خلاله ، ولذا تخضع الخصومة في ذلك للقواعد العامة في سقوط الخصومة وانقضائها بمضي المدة ، فإذا لم يتم تعجيل الخصومة فور الفصل في المسألة الأولية أو في المسألة التي وقفت الدعوى بقوة القانون بسببها خلال سنة من هذا التاريخ فإن الخصومة تسقط طبقاً للمادة (٢١٥) مرافعات يمني ، أي أنه يبدأ ميعاد سقوط الخصومة من تاريخ زوال سبب الوقف [١] ، وفي جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي ثلاث سنوات من تاريخ زوال سبب الوقف طبقاً للمادة (٢١٦) مرافعات ، أما إذا كان الوقف جزئياً ومضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعي ما أمرت به المحكمة ، حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن م(١٦٢) من قانون المرافعات [٢] .

فإذا لم يتمسك المدعى عليه باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، جاز له التمسك بسقوط الخصومة ، إذا توافرت شروط السقوط على أن تحسب مدة السقوط في هذه الحالة من تاريخ انتهاء مدة الوقف الجزائي م(٢١٥) مرافعات ، غير أنه لا يجوز الحكم في حالة الوقف الجزائي للوقف ، إذا زال موجب قيام المدعي به ، كأن يكون وقف الدعوى بسبب عدم قيام المدعي أو تراخيه في تنفيذ أمر المحكمة بإدخال خصم معين في الدعوى فيعجل المدعي السير فيها دون إدخاله ، فيحضر هذا الشخص من تلقاء نفسه ويتدخل في الدعوى ، ففي مثل هذه الحالة يمتنع الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن سواءً من تلقاء نفس المحكمة أو استجابة لطلب الخصم [٣] .

ثالثاً : انقطاع الخصومة :

سنتكلم فيما يلي عن الانقطاع من حيث تعريفه وأسبابه وشروطه وآثاره ومصير الخصومة المنقطعة وإلى ذلك :

١ـ تعريفه :

انقطاع الخصومة هو عدم السير فيها بقوة القانون ، بسبب وفاة أحد الخصوم ، أو بفقده أهليته أو زوال صفة من يمثله تمثيلاً قانونياً ، أي عندما يحدث طارئ على حالة أو مركز

---

[١] عصام السماوي / الرسالة السابقة ص ١٧٥ .

[٢] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥١٥ .

[٣] فتحي والي / ألمرجع السابق ص ٥١٨ .

أطراف الخصومة يؤثر في صحة الإجراءات ، فإنه يؤدي إلى عدم السير فيها بقوة القانون [١] مراعاةً لعدم الإخلال بمبدأ المواجهة [٢] .

فالانقطاع ما هو إلا وقف للخصومة رغم قيامها ، بسبب يرجع إلى المركز القانوني لأحد أطرافها ، لكفالة حقوق الدفاع للخصوم ، وحماية من يقوم مقام الخصم المعيب - الذي قام في حقه سبب الانقطاع - فإنه يجب وقف الإجراءات إلى أن يشترك في الخصومة محل الطرف المعيب من يقوم مقامه فتعاود الخصومة سيرها مرة أخرى [٣] .

٢ـ أسباب الانقطاع :

حدد القانون أسباباً معينة على سبيل الحصر إذا حدث إحداها بعد انعقاد الخصومة انقطعت م(٢٠٧) مرافعات [٤] وهي كالآتي :

أ - زوال أهلية الاختصام لأحد أطرافها (وفاة أحد الخصوم) : حيث تؤدي وفاة أحد أطراف الخصومة إلى انقطاع الخصومة ، أياً كان المركز الإجرائي الذي يشغله هذا الطرف في الخصومة مدعياً أو مدعى عليه ، أصلياً أو متدخلاً أو مختصماً في الدعوى ، ويأخذ حكم الوفاة زوال الشخص الاعتباري الذي قد يكون طرفاً في الخصومة أثناء سيرها كما لو كان شركة وتم حلها أو اندماجها في غيرها [٥] .

ب- فقد أحد الخصوم أهلية التقاضي : بمعنى أن يحلق بأحد أطراف الخصومة إحدى عوارض الأهلية كالجنون ، أو السفه ، أو الإفلاس ، وهذه العوارض تجعل الشخص غير صالح لممارسة حق التقاضي ، ويؤدي ذلك إلى انقطاع الخصومة ولا تعود للسير إلا إذا وجد ممثل قانوني يحل محل الطرف المعيب ويقتصر هذا السبب على الشخص الطبيعي ، فالخصومة تنقطع في هذه الأحوال بقوة القانون حتى يعلم بها الممثل القانوني [٦] .

ج- زوال صفة النائب عن أحد الخصوم : فإذا كان الشخص قاصراً يمثله الولي أو الوصي عليه في الخصومة ، فإذا بلغ الخصم سن الرشد أثناء الخصومة ، فإن هذا التمثيل يزول ، ولهذا تنقطع الخصومة حتى يعلم الخصم بالخصومة ليتولى مباشرة إعمالها

---

[١] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٩٤ ، أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٥٨٥ .

[٢] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٢٢ .

[٣] نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٥٧٧ .

[٤] يقابلها نص المادة (١٣٠) مرافعات مصري .

[٥] تفصيلاً : نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ص ٤٢٣ وما بعدها .

[٦] تفصيلاً فتحي والي/ الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٢٢ وما بعدها .

بنفسه أو بوكيل عنه [1] فبلوغ القاصر سن الرشد ، أو بعزل الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب ، أو بوفاة أي منهم تنقطع الخصومة [2] .

ويلاحظ أن الخصومة لا تنقطع بتغيير ممثل الشخص الاعتباري ، مثل رئيس مجلس إدارة الشركة ، ويرجع ذلك إلى أنه لا يعتبر خصماً في الدعوى وإنما هو مجرد أداة للشخص الاعتباري الذي يعتبر وحده خصماً [3] .

ولا تنقطع الخصومة بوفاة وكيل التقاضي (الوكيل العادي) لدى الفقه الراجح ولا بوفاة الوكيل بالخصومة (المحامي) ولا بعزلهما ، وإنما على المحكمة أن تمنح الخصم أجلاً لذلك إذا كان على حق في طلبه م(٢/٢٠٧) مرافعات يمني [4] .

٣ـ شروط تحقق انقطاع الخصومة :

لا يكفي لانقطاع الخصومة توافر سبب من الأسباب المحددة قانوناً بل لا بد من توافر الشروط الآتية :

أ - أن يكون سبب الانقطاع قد تحقق بعد بدء الخصومة : يشترط لانقطاع الخصومة أن تكون وفاة الخصوم أو زوال صفة النائب في التقاضي بعد بدء الخصومة أي بعد المطالبة القضائية ، فإذا كانت الوفاة قبل المطالبة القضائية فتؤدي إلى انعدام المطالبة ، وبالتالي إلى انعدام الخصومة ، لفقدانها ركن من أركانها وهو الخصم ، أما إن كان فقد أهلية التقاضي أو زوال الصفة قبل بدء الخصومة ، فإن الجزاء هو البطلان ، أي أن المطالبة من خصم أو في مواجهة خصم فاقد الأهلية أو الصفة في التقاضي يؤدي إلى بطلانها ، وبه تزول الخصومة [5] إذن الانقطاع يفترض أن الخصومة قد نشأت صحيحة بين خصمين على قيد الحياة ثم توفي أحدهما أو كلاهما أو فقد أهلية التقاضي أو زالت صفة النائب [6] .

---

[1] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٢٣ .

[2] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٠١ .

[3] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٢٤ .

[4] يقابلها نص المادة (٣/١٣٠) مرافعات مصري ، راجع : نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٢٥ ، فتحي والي / الإشارة السابقة ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤٠٢ .

[5] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٢٥ وما بعدها .

[6] أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٢٤٢ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٩٠ .

ب- يلزم يكون سبب الانقطاع قد تحقق قبل أن تصبح الدعوى مهيأة للحكم في موضوعها : الخصومة لا تنقطع إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها م(٢٠٧) [١] من القانون ، وتعتبر الدعوى مهيأة للحكم في موضوعها متى كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل الوفاة أو فقد أهلية الخصم أو زالت صفته [٢] ، فالخصومة لا إذا قام السبب أو العارض بعد فراغ الخصوم من إبداء دفاعهم الختامي وقفل باب المرافعة ولكن تنقطع الخصومة إذا فتح باب المرافعة من جديد بناءً على طلب أحد الخصوم بعد تحقق سبب الانقطاع [٣] .

٤- آثار الانقطاع :

أ - بقاء الخصوم قائمة ونتيجة لجميع آثارها : وبذلك تكون جميع الإجراءات اللاحقة التي اتخذت في الخصومة قبل أن يتحقق سبب الانقطاع ، فإذا انتهت حالة الانقطاع ، بأنها تعاود سيرها من النقطة التي وقفت عندها مع الاعتداد بكل الإجراءات السابقة [٤] .

ب- عدم جواز اتخاذ أي إجراء في الخصومة أثناء الانقطاع : وإن اتخذ فيها إجراء ما فإنه يكون باطلاً ، ويقع هذا البطلان ولو لم يكن الخصم الذي اتخذه عالماً بسبب الانقطاع ، كما يبطل الحكم الصادر خلال الخصومة ، وهذا البطلان نسبي غير متعلق بالنظام العام وهو مقرر المصلحة من شرع الانقطاع لحمايته يتم التمسك به عن طريق دفع إجرائي قبل الكلام في الموضوع [٥] ، وإذا تعدد الخصوم وقام سبب أحدث انقطاع الخصومة بالنسبة لأحد الخصوم ، فإنها تستمر بالنسبة لغيره متى كان موضوع الدعوى قابلاً للتجزئة ، أما إذا كان موضوع الدعوى لا يقبل التجزئة فإن الخصومة تنقطع بالنسبة للجميع [٦] .

---

[١] يقابلها نص المادة (١/١٣٠) مرافعات مصري .

[٢] راجع نص المادة (١٣١) مرافعات مصري .

[٣] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٢٤ ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٠٣ .

[٤] نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٣١ .

[٥] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٢٥ ، سعيد خالد الشرعبي / ألإشارة السابقة ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٣٠ وما بعدها .

[٦] أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٥٨٧ ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٣١ .

جـ- وقف المواعيد الإجرائية : يؤدي الانقطاع إلى وقف جميع مواعيد المرافعات م(٢٠٨) مرافعات ، وذلك في حق الخصم الذي قام به سبب الانقطاع ، أما الخصوم الآخرون الذين يلحق بهم سبب الانقطاع فلا تقف سريان المواعيد في مواجهتهم ، وإنما تحسب وتستكمل [١].

٥ـ مصير الخصومة المنقطعة :

لا تظل الخصومة منقطعة إلى ما لا نهاية ، وإنما مصيرها إلى أحد أمرين ، أما السير فيها من جديد ، أو إلى انقضاها دون الحكم في الموضوع على النحو التالي :

- إعادة سير الخصومة : نصت م(٢٠٩) مرافعات يمني [٢] على طريقتين لإعادة السير في الخصومة المنقطعة [٣] أولهما : الحضور ، تستأنف الخصومة سيرها إذا حضر الجلسة التالية التي كانت محددة لنظرها وأرث المتوفى أو من يقوم مقام الخصم المعيب [٤] ، وعلى ذلك إذا حضر الوارث ومن يقوم مقام فاقد الأهلية أو الصفة الجلسة التالية مباشرة لتحقيق سبب الانقطاع فإن ذلك يؤدي إلى إعادة سير فيها ، كما لو لم يكن قد حدث سبب الانقطاع [٥] ، ثانيهما : تعجيل الخصومة [٦] : يتم التعجيل بأن يطلب الخصم تجديد جلسة لنظر الدعوى ، ويعلن من يقوم مقام الخصم المتوفى أو النائب من فقد أهليته ، أو زالت صفة نائبه للخصومة ، بالطرق المقررة للإعلانات القضائية م(٢٠٩) مرافعات .

انقضاء الخصومة انقضاء مبتسراً : إذا لم تعاود الخصومة سيرها عن طريق الحضور أو التعجيل فإنها تظل في حالة انقطاع ، وتطبق عليها قواعد سقط الخصومة وانقضائها بمضي المدة ، وهي تؤدي إلى انقضاء الخصومة دون الحكم في موضوعها ، متى تحققت شروط معينة ، فتسقط الخصومة إذا لم تعجل خلال سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح ، إلا

---

[١] أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٥٥٤ وما بعدها .

[٢] يقابلها نص المادة (٢/١/٣٣) مرافعات مصري .

[٣] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٠٨ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٣٢ .

[٤] فتحي والي / الوسيط ، مرع سابق ص ٥٢٦ .

[٥] أحمد السيد صادق / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٤٥ ، نقض يمني - الدائرة المدينة - بتاريخ ٢٠٠٠/٥/١٠ منشور بواسطة حسن مجلي ص ١١٤ رقم (٥٢) ، والذي يقضي (تستأنف الدعوى سيرها إذا حضر الجلسة التي كانت محددة لنظرها وارث المتوفى) .

[٦] تفصيلاً راجع : نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٣٢ وما بعدها .

أنها تنقضي بمضي مدة ثلاث سنوات من آخر إجراء صحيح م(٢١٦) مرافعات في جميع الأحوال [١] وهذا ما سنتناوله تباعاً .

المطلب الثاني

العوارض المنهية للخصومة (الانقضاء المبتسر)

تنهي الخصومة عادة بالحكم في موضوعها ، والحكم في الموضوع هو الغاية والنهاية والنتيجة الطبيعية لإجراءات الخصومة ، غير أن الخصومة قد لا تبلغ هذه الغاية ، وتنتهي قبل ذلك لأسباب مختلفة ، وهذا هو الانقضاء المبتسر للخصومة ، ويعني زوال الخصومة دون صدور حكم فاصل في موضوعها [٢] .

وتنحصر أسباب الانقضاء المبستر للخصومة في سقوط الخصومة ، وتقادمها ، وتركها ، واعتبارها كأن لم تكن ، ويمكن رد هذه الأسباب إلى فكرتين أساسيتين : الأولى ، سلطان الإرادة في مجال قيام الخصومة ، والثانية ، فكرة الجزاء الإجرائي في مجال تنظيم الخصومة [٣] .

وبناءً على ذلك نتكلم في هذا المطلب عن صور الانقضاء المبتسر للخصومة ، من حيث سقوطها ، وتقادمها ، وتركها ، أو التنازل عنها ، واعتبارها كأن لم تكن ، وذلك على النحو التالي :

أولاً : سقوط الخصومة :

سنتكلم عن سقوط الخصومة من حيث تعريفه ، وشروطه ، وآثاره كالآتي :

أ ـ تعريفه والحكمة من السقوط :

يعني سقوط الخصومة زوالها ، واعتبارها كأن لم تكن بسبب عدم قيام المدعي بالسير فيها ، أو امتناعه مدة سنة عن عمد أو إهمال [٤] ، وبذلك تزول الخصومة بآثارها زوالاً إجرائياً ، بسبب عدم السير فيها بفعل المدعي ، أو امتناعه عن متابعتها مدة سنة [١] .

---

[١] أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٥٥٥ .

[٢] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٥٩٧ .

[٣] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤١١ .

[٤] فتحي والي / الوسيط ، المرجع السابق ص ٥٢٧ ، نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل ، المرجع السابق ص ٦٠١ ، أحمد السيد صاوي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٣٤ ، نقض يمني - الدائرة التجارية (ب) بتاريخ ١٤٢٦/١١/١٩هـ الموافق

والحكمة من سقوط الخصومة ومناطه هو ردع المدعي المهمل ، أي كجزاء للمدعي [٢] ومن في حكمه ، أي عقاباً له لتعمده أو إهماله السير في الدعوى ، وغايته رعاية المدعى عليه حتى لا يظل مهدداً بدعوى قائمة أمام المحكمة نتيجة لآثارها رغم عدم موالاة إجراءاتها [٣] .

وينطبق نظام سقوط الخصومة على كل خصومة أمام أول درجة أو أمام الاستئناف [٤] ، ما عدا الخصومة أمام المحكمة العليا فإنه لا تسري عليها أحكام السقوط [٥] لأن سير الإجراءات في النقض لا يعتد على نشاط الخصوم م(٢/٣٠٣) مرافعات ، كما لا تخضع إجراءات التنفيذ الجبري لأحكام السقوط عدا منازعات التنفيذ [٦] .

بـ شروط سقوط الخصومة :

١- عدم السير في الخصومة : ويفترض هذا الشرط أن الخصومة قد بدأت ولم يصدر بعد حكم في موضوعها ، فإذا لم توجد خصومة فلا يتصور السقوط ، وتكون الخصومة بمنحى من السقوط بقفل باب المرافعة [٧] .

٢- إهمال مدعي البطلان [٨] : السقوط أساسه عدم السير في الخصومة بمعنى ألا يكون هناك نشاط ولكن يجب أن يكون هذا التوقف نتيجة إهمال مدعي البطلان أو امتناعه عن السير فيها ، إذا كان سبب عدم السير فيها أمام المحكمة في حالة الوقف التعليقي [٩] فلا تسقط الخصومة ، كذلك لا تسقط الخصومة إذا انقطعت بسبب وفاة مدعي البطلان أو فقده أهليته ، أو زوال صفة من يمثله ، ولم يبلغ الخصم الآخر من يقوم مقامه بوجود

٢٠٠٥/١٢/٢١م غير منشور ، حيث جاء في حيثياته تعريف للتقادم بأنه (توقف سير الخصومة لمدة ثلاث سنوات من تاريخ آخر إجراء صحيح تم فيها بدون سبب شرعي موجب دل على رغبة المدعي عن الخصومة) وجاء فيه بأن دعوى البطلان تتقادم طبقاً لقانون المرافعات .

[١] م(٢١٥) مرافعات يمني يقابلها م(١٣٤) مرافعات مصري معدلة بالقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م .

[٢] أحمد السيد صاوي / الإشارة السابقة .

[٣] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤١٤ ،والحكم المشار إليه في الحاشية رقم (٥) من ذات الصفحة .

[٤] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٢٧ .

[٥] سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٩٩ .

[٦] نبيل إسماعيل مر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٥٣٩ وما بعدها .

[٧] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤١٥ .

[٨] نقض مصري - الطعن رقم (٦٥٩٠) لسنة ٧٢ ق - ٢٠٠٤/٣/١٤ مشار إليه لدى معوض عبدالتواب ، الموسوعة ، جـ٢ ، ص ٣١ .

[٩] راجع فتحي والي / المرجع السابق ص ٢٢٨ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا/ نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٥٥٥ وما بعدها ، وكتابه التعليق ص ٦٠٠ ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٢٨ وما بعدها .

الخصومة ، إذ يعد من يقوم مقام المدعي في هذه الحالة معذوراً في عدم السير في إجراءات الخصومة [1] لذلك يوجب القانون على المدعى عليه بالبطلان إعلان من يقوم مقام مدعي البطلان بوجود الخصومة م(٢١٥) مرافعات يمني .

٣- انقضاء مدة سنة من آخر إجراء صحيح في الخصومة : يشترط للحكم بسقوط الخصومة أن يستمر عدم السير فيها مدة سنة تبدأ من اليوم التالي لتاريخ آخر إجراء صحيح وتنتهي في اليوم المماثل من العام التالي ، وسواءً قام بالإجراء الصحيح مدعي البدلان أو المدعى عليه بالبطلان [2] .

وبفوات مدة السنة مضافاً إليها ميعاد المسافة يحسب على أساس المسافة بين مقر المحكمة التي قدمت لها صحيفة التعجيل وبين موطن من يراد إعلانه ، فإن الخصومة تسقط بقوة القانون ، أي تزول وتلغي كافة إجراءاتها وتعتبر كأنها لم ترفع فتلغى بالتبعية كافة الآثار التي تولدت عنها [3] ، وتحتسب هذه المدة على النحو التالي :

١- في حالة الوقف الاتفاقي ، لا مجال للسقوط فيه ، لأن الخصومة إذا لم تعجل خلال الثمانية الأيام التالية لانتهاء مدة الوقف تعتبر متروكة م(٢٠٤) مرافعات ، أي يفترض أن مدعي البطلان قد تنازل عنها ، وهذا الميعاد أقرب من ميعاد السقوط [4] .

٢- في حالة الوقف الجزائي ، فإن احتساب مدة السنة لا تبدأ إلا من تاريخ انتهاء فترة الوقف الجزائي ، وليس من تاريخ صدور الحكم بوقف الدعوى ، وهذا ما قرره القانون اليمني م(٢١٥) مرافعات لأن المدعي لا يستطيع القيام بأي إجراء قبل انتهاء هذه المدة إلا أن الجزاء الذي يوقع على مدعي البطلان ، إذا لم ينفذ ما أمرت به المحكمة هو اعتبار الدعوى كأن لم تكن م(١٦٢) مرافعات ، وتحكم به المحكمة بصورة وجوبية متى طلبه المدعى عليه ، فإذا لم يتمسك المدعى عليه بالبطلان بهذا الجزاء ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وإنما تظل الخصومة في حالة ركود ، فإذا مضت مدة سنة سقطت الخصومة بقوة القانون [5] .

---

[1] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / المرجع السابق ص ٦٠٦ .

[2] سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٥٠٠ .

[3] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤١٩ ، أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٦١٢ .

[4] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٦١٠ وما بعدها .

[5] تفصيلاً : نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / المرجع السابق ص ٦١١ ، نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٣٧ .

٣- في حالة الوقف القضائي التعليقي أو بحكم القانون : تبدأ حساب مدة السقوط من تاريخ زوال سبب الوقف [١] ، وهو تاريخ الحكم النهائي في المسألة الأولية من المحكمة المختصة ، فلا ينسب إهمال للمدعي خلال الفترة التي يستغرقها الخصومة في المسألة الأولية ، أو من تاريخ انتهاء المسألة التي تسببت في الوقف القانوني للدعوى كالفصل في طلب الرد ، أو الفصل في دعوى الدستورية وغيرها [٢] .

٤- في حالة الانقطاع : حيث لا يكون لآخر عمل إجرائي صحيح في الخصومة تاريخ محدد ، فإنه ينبغي التمييز بين سبب الانقطاع الذي يرجع إلى مدعي البطلان أو المدعى عليه بالبطلان .

أ - فإذا كان سبب الانقطاع يرجع إلى المدعى عليه بالبطلان ، كأن يكون قد توفي أو فقد أهليته ، أو زالت صفة من يمثله ، فإنه يجب على مدعي البطلان القيام بتعجيل الخصومة ، بإعلان من يقوم مقامه ، وتسقط الخصومة خلال سنة من الحكم بانقطاعها ، باعتباره آخر إجراء صحيح في الخصومة وإلا من تاريخ الجلسة السابقة على تحقق سبب الانقطاع [٣] .

ب- أما إذا كان سبب الانقطاع يرجع إلى مدعي البطلان ، كأن يكون قد توفي أو فقد أهليته أو زالت صفة من يمثله ، فإنه يعتبر من يقوم مقامه معذوراً في عدم السير في الخصومة ، ولذلك يجب على المدعى عليه بالبطلان في هذه الحالة أن يعلنه بوجود الخصومة بينه وبين الخصم الأصلي ، وتبدأ مدة السقوط من تاريخ هذا الإعلان ، فمن تاريخ هذا الإعلان يتحقق علم الورثة أو من في حكمهم بوجود الدعوى فيمكن في هذه الحالة أن ينسب إليهم الإهمال إذا لم يقوموا بتحريكها ، فإذا لم يقم المدعى عليه بالبطلان بهذا الإعلان فإن الخصومة لا تسقط وإن تعرضت للانقضاء بمضي المدة [٤] .

---

[١] فتحي والي / ألوسيط ، مرجع سابق ص ٥٣١ ، والحكم المشار إليه في الحاشية رقم (٥) من ذات الصفحة .

[٢] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤٢٢ .

[٣] تفصيلاً : أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٦٠٦ وما بعدها ، أحمد السيد صاوي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٣٦ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٣٠ وما بعدها .

[٤] أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٥٦٠ ، نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٦١٠ .

٤- الإجراء الذي يقطع مدة السقوط : أي عمل إجرائي يتخذ في الخصومة من أحد الخصوم أو من القاضي يقطع مدة السقوط التي تكون قد بدأت [١] ، ويشترط في الإجراء الذي يقطع مدة السقوط عدة شروط [٢] هي :

- أن يكون إجراء صحيحاً أو أن يصبح صحيحاً لعدم التمسك ببطلانه ، فإذا كان باطلاً فإنه لا يحول دون سقوط الخصومة وذلك كالإعلان الباطل .

- أن يكون الإجراء صادر من أحد طرفي الخصومة في مواجهة الطرف الآخر ، لذلك لا يقطع مدة السقوط التعجيل الذي يعلنه قدم الكتاب من إخطار الخصوم بتاريخ الجلسة المحددة لنظر القضية .

أن يكون من الإجراءات التي تتخذ في الخصومة ، أي أن يكون متعلقاً بالخصومة ، لا من الإجراءات التي تتخذ خارج نطاق الخصومة وبعيداً عن ساحتها فلا تقطع المدة الأعمال غير القضائية كالإنذارات والتنبيهات ومفاوضات الصلح [٣] .

٥- التمسك بسقوط الخصومة والحكم به : بمجرد انتهاء مدة السقوط يجوز للمدعى عليه التمسك بسقوط الخصومة ، ويتم التمسك عن طريقين ، إما عن طريق الطلب الأصلي (دعوى تقديرية) يطلب من المحكمة أن تقضي بسقوط الخصومة ، ويقدم هذا الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، وإما عن طريق دفع إجرائي شكلي غير متعلق بالنظام العام ، قرره القانون لمصلحة المدعى عليه ، فعلى المحكمة أن تقبله وتقضي بالسقوط إذا توافرت مقتضياته ، كما يترتب على ذلك عدم جواز التمسك بسقوط الخصومة من المدعي ، وبالتالي إذا توافرت شروط السقوط سقطت الخصومة بقوة القانون ، والحكم به يكون حكماً تقريرياً ، ولأن سقوط الخصومة لا يتعلق بالنظام العام ، فإن المحكمة التحكم به من تلقاء نفسها ، ويجوز للمدعى عليه التنازل عنه صراحة أو ضمناً ، كان يقوم المدعي بتعجيل نظر الدعوى بعد فوات السنة دون أن يتمسك المدعى عليه بالسقوط ، أو تمسك بعد الكلام في الموضوع [٤] ، ولكن إذا تأكدت المحكمة من توافر

---

[١] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٢٩ وما بعدها .

[٢] تفصيلاً في هذه الشروط راجع : احمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٢٤ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا ، التعليق ، مرجع سابق ص ٦٠٢ وما بعدها .

[٣] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٨٩ ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٤٢.

[٤] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٣٤ ، أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٥٣٣ .

مقتضيات السقوط بعد التمسك به أصدرت حكماً تقريرياً كاشفاً بالسقوط وآثاره إلى لحظة وقوع الجزاء ، وليس إلى لحظة صدور الحكم [١] ، أي أن الحكم بالسقوط وجوبي على المحكمة ، بمعنى أنه يجب على المحكمة أن تقضي به متى تمسك به المدعى عليه وتوافرت شروطه فليس لها سلطة تقديرية في هذا الصدد [٢] .

جـ عدم قبول الخصومة للتجزئة فيما يتعلق بسقوطها :

أخذ القانون اليمني بمبدأ عدم قبول الخصومة للتجزئة فيما يتعلق بسقوطها بالنسبة للمدعين أو المستأنفين ، ولم يأخذ بهذا المبدأ في حالة تعدد المدعى عليهم م(٢١٥) مرافعات يمني ، وهذا هو موقف القانون المصري م(١٣٦) مرافعات مصري .

وعلى ذلك ينبغي التمييز بين فرضين:

الفرض الأول : حالة تعدد المدعون : فإنه يتعين أن يطلب المدعى عليه السقوط في مواجهتهم جميعاً ، فإذا طلب السقوط بالنسبة لبعض المدعين دون البعض الآخر ، فإن طلب السقوط أو الدفع به يكون غير مقبول - ويستوي أن يكون الموضوع قابلاً للتجزئة أو غير قابل له - كما أن الإجراء الذي يقوم به أحد المدعين بتعجيل الخصومة يفيد باقي المدعين وينقذ الخصومة من السقوط [٣] .

الفرض الثاني : في حالة تعدد المدعى عليهم : فإنه يجوز الحكم بسقوط الخصومة بالنسبة للمدعى عليه الذي تمسك به وبقاءها بالنسبة للآخرين [٤] متى ما كان الحكم يقبل التجزئة في ذاته كأن يطلب أحد المدعى عليهم بالبطلان إلغاء الحكم بينما يطلب الآخر إلغاء جزء منه أي أن الخصومة - عند تعدد المدعى عليهم - تقبل التجزئة من حيث سقوطها ، فإذا تمسك أحد المدعى عليهم بسقوط الخصومة حكم بسقوطها بالنسبة له دون غيره من المدعى عليهم الذين لم يتمسكوا بالسقوط [٥] .

وبناءً على ذلك فإذا عجل المدعي الخصومة بالنسبة لأحد المدعى عليهم عند تعددهم قبل انقضاء مدة السقوط ، فإن هذا لا ينقذ الخصومة كلها من السقوط في هذه الحالة ،

---

[١] نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٥٤٣ .

[٢] نبيل إسماعيل عمر / الإشارة السابقة .

[٣] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٣٨ ، نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٦٢٠ .

[٤] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / المرجع السابق ص ٦٢١.

[٥] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٣٣ .

وبالتالي يجوز للمدعى عليه الآخر الذي لم يتخذ التعجيل في مواجهته أن يتمسك بالسقوط ، وهنا تسقط الخصومة بالنسبة له فقط [1] .

د- آثار سقوط الخصومة :

نصت معظم التشريعات المختلفة على آثار السقوط والاستثناءات المقررة ومنها التشريع المصري م(١٣٧) مرافعات مصري ، أما القانون اليمني فلم ينص على ذلك ، ومع ذلك فإنه ينبغي تطبيق القواعد العامة بهذا الخصوص وهي كالآتي :

١- يترتب على سقوط الخصومة زوالها بأثر رجعي ، ويؤدي ذلك إلى زوال آثارها واعتبار إجراءاتها كأن لم تكن ، فتلغى جميع إجراءاتها بما في ذلك المطالبة القضائية ، وما تبعها من إجراءات قام بها الخصوم ، صدرت عن المحكمة في صورة أحكام تحضيرية أو تمهيدية .

ولا يؤثر سقوط الخصومة على الحق الموضوعي المدعى به ، فيجوز رفع دعوى جديدة للمطالبة به بإجراءات جديدة ما لم يكن الحق قد انقضى بالتقدم [2] .

٢- رغم سقوط الخصومة وزوال آثارها إلا أنه تبقى بعض الإجراءات الآتية :

- الأحكام القطعة الصادرة في الخصومة : وهي الأحكام التي تحسم بعض طلبات الخصومة وتجوز الحجية [3] كالحكم بوقف الدعوى لحين الفصل في مسألة أولية ، والحكم باختصاص المحكمة وبقبول الدعوى ، والأصل أن قوة الأحكام القطعية قاصرة على الخصومة التي صدرت فيها ، إلا أن المشرع يجعل منها قوة خارج هذه الخصومة خلافاً للقواعد العامة ، بحيث يمكن الاحتجاج بها إذا رفعت الدعوى من جديد أثر سقوطها [4] .

- تظل الإقرارات الصادرة من الخصوم والأيمان التي حلفوها رغم سقوط الخصومة ، لما لها من أثر حاسم بصدد الحقوق المتنازع عليها فتعدي أثرها نطاق الخصومة ، ويجوز

---

[1] نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٣٩ .

[2] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٣٤ ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٥٠ ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٢٧ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٥٩٨ ، كتابه التعليق ، مرجع سابق ص ٦١٢ وما بعدها .

[3] فتحي والي / ألوسيط ، مرجع سابق ص ٥٣٥ .

[4] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٦٢٤ .

للمحكمة أن تعقد عليها في خصومة جديدة رغم أنها صدرت في نطاق خصومة قضي بسقوطها [1] .

- تظل إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت رغم سقوط الخصومة ، فيجوز المسك في خصومة جديدة بشهادة الشهود وتقارير الخبراء التي تمت أمام المحكمة في الخصومة التي سقطت ، طالما كانت هذه الإجراءات صحيحة في ذاتها ، وعلة هذا تفادي ما قد يعود على الخصوم من ضرر ، فقد يستحيل إعادة التحقيق بسبب وفاة الشهود الذين سمعوا ، أو زوال المعالم التي أثبتها الخبراء ، على أنه يلاحظ أن تقدير شهادة الشهود أو رأي الخبراء يبقى من سلطة المحكمة التي تجري أمامها الخصومة الجديدة [2] .

ثانياً : انقضاء الخصومة بمضي المدة (تقادم الخصومة) :

سنتكلم عن انقضاء الخصومة بمضي المدة من حيث تعريفه ، وشروطه وآثاره على النحو التالي :

١- تعريفه : يقصد بانقضاء الخصومة بمضي المدة انقضاء الخصومة لمجرد انتهاء ثلاث سنوات دون السير فيها ، فالقانون يضع حداً أقصى لبقاء الخصومة في حالة عدم السير فيها ، بحيث إذا لم تتحقق شروط سقوط الخصومة مع ذلك ، فلا تبقى أكثر من ثلاث سنوات ، ويؤدي هذا إلى وضع حد لتراكم القضايا الراكدة أمام القضاء ، ويسري انقضاء الخصومة على جميع الخصومات ، أمام المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية ، غير أنه لا يسري على خصومة النقض م(٣٠٣) مرافعات ، كما يسري أيضاً على الخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض ، لأن نقض الحكم لا ينشئ خصومة جديدة أمام محكمة الإحالة ، لذا يلزم تعجيلها ممن يهمه الأمر من الخصوم بتحديد جلسة ، فإذا لم تعجل خلال سنة من تاريخ صدور حكم النقض فلصاحب المصلحة التمسك بسقوط الخصومة ، وإلا انقضت بعد ثلاث سنوات [3] .

---

[1] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٢٩ ، فتحي والي / الإشارة السابقة .

[2] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / المرجع السابق ص ٦٢٥ ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٣٦ .

[3] فتحي والي / الإشارة السابقة ، نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٥٦ ،أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٦٢٩ .

٢- شروطه : يشترط للحكم بانقضاء الخصومة الشروط الآتية :

أ - عدم السير فيها لأي سبب سواء كان بوقفها أو انقطاعها أو لأي سبب آخر [١] وأيا كان المتسبب في عدم السير فيها .

ب- انقضاء ثلاث سنوات من آخر إجراء صحيح في هذه الخصومة ، ويلزم في هذا الإجراء ما يلزم سابقاً من شروط في الإجراء الصحيح على نحو ما ذكرناه في سقوط الخصومة ، إلا أن الرأي الراجح لا يشترط أن يكون عدم السير في الخصومة راجعاً لإهمال المدعي كما هو الحال في سقوط الخصومة [٢] .

جـ- التمسك والتحكم بالتقادم : تنقضي الخصومة بالتقادم بقوة القانون ، أي إذا توافرت مقتضياته وجب على المحكمة الحكم به وليس لها سلطة تقديرية في ذلك ، فإذا حاول أحد الخصوم تعجيلها بعد ذلك يجوز للخصم الآخر أن يدفع بانقضاء الخصومة بمضي المدة ، فإذا كانت مدة تقادم الدعوى لم تكتمل رغم مرور ثلاث سنوات ، فإن الدفع بتقادم الخصومة يعتبر دفعاً شكلياً ، أما إذا اكتملت هذه المدة قبل التمسك بالدفع فإن هذا الدفع ينقلب إلى دفع موضوعي وتسري عليه أحكام الدفع الموضوعية [٣] كما يجوز أن يقدم طلباً أصلياً بذلك أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ، ويكاد يجمع الفقه الإجرائي على أنه يجوز للمدعي والمدعى عليه التمسك بانقضاء الخصومة [٤] وذلك لأنه ليس جزاء على إهمال المدعي يتمسك به المدعى عليه في مواجهته وإنما هو جزاء مطلق لعدم السير في الخصومة يجوز التمسك به من أي خصم ، كما يذهب الفقه السائد إلى أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام ، لأن المشرع يقصد من تنظيمه مصلحة الخصوم وليس المصلحة العامة [٥] .

---

[١] نقض مصري - الطعن رقم (١٢٢٦٣) لسنة ٧٥ق - بتاريخ ٢٠٠٧/٣/١ منشور لدى معوض عبدالتواب ، الموسوعة جـ٢ ص ٣١ وما بعدها .

[٢] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٥٦ ، أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٦٢٥ ، فتحي والي / ألوسيط ، مرجع سابق ص ٥٣٧ ، عكس ذلك : سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٥٠٤ .

[٣] تفصيلاً أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٦١٩ وما بعدها .

[٤] فتحي والي / الإشارة السابقة ، نبيل إسماعيل عمر ، الإشارة السابقة ، وكتابه الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٥١ ، أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٦١٨ .

[٥] أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٦٢٠ ، وكتابه نظرية الدفوع ص ٦٢٢ ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٣٦ والأحكام المشار إليه في الحاشية رقم (٣) من ذات الصفحة ، والحكم المشار إليه في الحاشية رقم (١) ص ٥٣٧ .

٣- آثاره : يترتب على انقضاء الخصومة لمضي المدة ذات الآثار التي تترتب على سقوطها فتزول بكل إجراءاتها وآثارها دون أن يؤثر ذلك في الحق الموضوعي ، أو في الحق في رفع مطالبة جديدة ، ولكن لا تسقط الأحكام القطعية الصادرة في الخصومة والإيمان التي حلفوها ، ويجوز للخصوم التمسك بإجراءات التحقيق بدعوى جديدة ، وأعمال الجنحة التي تمت فيها ما لم تكن باطلة بذاتها [١] مع ملاحظة أنه إذا حكم بانقضاء الخصومة في الاستئناف اعتبر الحكم المستأنف نهائياً في جميع الأحوال [٢] .

ثالثاً : اعتبار الخصومة كأن لم تكن :

سنتكلم عن تعريف اعتبار الخصومة كأن لم تكن وأحواله وآثاره .

١- تعريفه : هو جزاء يقرره القانون في حالات عدم تحريك الدعوى ، بعد سكونها فترة من الزمن ، وبمقتضاه تنتهي الخصومة في الدعوى أمام المحكمة بغير الفصل في الموضوع [٣] وقد يتحقق هذا الجزاء بقوة القانون أحياناً وبحكم المحكمة أحياناً أخرى [٤] .

والغرض من هذا الجزاء (اعتبار الدعوى كأن لم تكن) هو حث الخصوم على تحريك الدعوى القائمة الساكنة ليتم الفصل فيها ، والهدف هو حث الخصوم بالإسراع بمنحهم الحماية القانونية المطلوبة أي الفصل في المنازعات [٥] .

غير أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن بقوة القانون ، لدى الفقه السائد لا يعني أن المحكمة تقضي به من تلقاء نفسها ، وإنما يجب أن يتمسك به الخصم صاحب المصلحة إذا عجلت الدعوى لأنه جزاء مقرر لمصلحة الأشخاص وليس متعلقاً بالنظام العام [٦] فإذا توافرت شروط اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، وشروط دفعه باعتباره دفعاً شكلياً يجب إبداؤه قبل إبداء أي طلب أو دفع وإلا سقط الحق فيه [٧] .

---

[١] راجع في هذه الآثار : آثار سقوط الخصومة ص من هذه الرسالة .

[٢] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٤٦ .

[٣] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٤٤ .

[٤] أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٦٣١ .

[٥] أحمد هندي / الإشارة السابقة .

[٦] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٠٥ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٩٣ ، نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٠٠ .

[٧] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤٤٨ ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٠١ ، نقض مصري - الطعن رقم (٣١٥٨) لسنة ٩٦ق بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٣٠ مشار إليه لدى فرج علواني خليل / البطلان ، مرجع سابق ص ٣٢٤ .

ويترتب على الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن آثار سقوط الخصومة التي أوضحناها سابقاً [1] وزوال الخصومة وجميع آثارها ، ويمتنع على المحكمة النظر في موضوعها ، ولا يؤثر ذلك على الحق المدعى به (الموضوعي) ، أو الحق في رفع دعوى جديدة [2] ، ذلك أن بعض الفقه يرى أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن أنه في الحقيقة صورة خاصة من صور سقوط الخصومة [3] .

٢- حالات اعتبار الخصومة كأن لم تكن [4] :

من خلال استقرار نصوص قانون المرافعات تبين أن حالات اعتبار الدعوى كأن لم تكن مقررة في ثلاث حالات وهي كالآتي :

أ- حالة استمرار استبعاد الخصومة : إذا قررت المحكمة استبعاد الدعوى ستين يوماً دون أن يطلب أحد الخصوم السير فيها خلال هذه المدة م(١١٢) مرافعات يمني ، وذلك لتخلف مدعي البطلان أو لتخلف جميع الخصوم عن الحضور أمامها سواء في الجلسة الأولى ، أو أية جلسة تالية .

واعتبار الدعوى كأن لم تكن جزاء يقرره القانون أمام جميع المحاكم ، يكون بقوة القانون ، ولكنه ليس متعلقاً بالنظام العام ، وإنما مقرر لمصلحة الخصوم فيجب التمسك به ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها [5] .

ومعنى حدوث اعتبار الدعوى كأن لم تكن بقوة القانون هو أن هذا الأثر يحدث آثاره بمجرد تمام اليوم الستين يوماً المقررة في القانون مع عدم حدوث تعجيل لهذه الدعوى ، بحيث إذا حدث التمسك فيما بعد باعتبار الدعوى كأن لم تكن فإنه من الواجب النظر إلى آثار زوال الدعوى من تاريخ تمام المدة المحددة في القانون وليس من تاريخ التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن [6] ،وعلى ذلك يلزم على مدعي البطلان التمسك بالجزاء

---

[1] راجع ص من هذه الرسالة .

[2] فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٤٢ ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٠٢ .

[3] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤٤٤ ، سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٣٩٧ ، نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٦٤٧ .

[4] تفصيلاً في ذلك : أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٦٣٢ وما بعدها ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤٤٥ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / المرجع السابق ص ٦٤٩ وما بعدها .

[5] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٤٢ ، نقض مصري - الطعن رقم (٢٢٨٩) لسنة ٦٣ق - بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١٠ مشار إليه لدى فرج علواني خليل / البطلان ، مرجع سابق ص ٣٢١ .

[6] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٠٠ .

المقرر باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، لأن هذا الجزاء مقرر ، وذلك عن طريق دفع إجرائي (شكلي) ، يلزم التمسك به قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه ، أما إذا كان المدعى عليه بالبطلان هو الذي عجل الدعوى فلا يكون له حق في الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لأن هذا التعجيل يعتبر تنازلاً منه عن هذا الجزاء ، كما يمتنع بالتالي على مدعي البطلان التمسك به [١] .

ب- حالة عدم التكيف بالحضور : إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالبطلان بالحضور خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم عريضة الدعوى إلى قلم الكتاب جاز الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن ، بناءً على طلب المدعى عليه بالبطلان إذا كان التأخير راجعاً إلى فعل مدعي البطلان رغم عدم النص عليه في القانون اليمني م(٧/١٠٤) مرافعات يمني ، وهذا يعني أن يكون فعل مدعي البطلان هو السبب المباشر والوحيد لعدم الإعلان أو التأخير فيه كأن يكون سببه عملاً معيناً من مدعي البطلان مثل تقديم بيانات غير صحيحة أو غير واضحة في عريضة الدعوى ، أو الامتناع عن ذكر بيان لازم لإتمام الإعلان [٢] ، كما يعتبر عدم الإعلان راجعاً إلى فعل مدعي البطلان إذا كان مدعي البطلان قد بين موطناً للمدعى عليه بالبطلان الأخير موطنه الحقيقي ، أو قدم بيان غير واف عنه [٣] .

ولكن لا يتصور وقوع هذا الجزاء إذا كان التأخير راجعاً إلى قوة قاهرة ، أو الفعل المدعى عليه [٤] ، أو إذا كان التأخير يرجع إلى قلم الكتاب [٥] .

فبداهة لا يجوز الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن في هذه الحال ، كما يرجع الجزاء هنا جوازه يجوز للمحكمة أن تحكم به أو ترفضه حسب الأحوال [٦] .

جـ- حالة عدم الامتثال لأمر المحكمة : إذا تخلف أحد الخصوم عن القيام بإجراء كلفته به المحكمة ولم ينفذ ما أمرته به في تاريخ معين ، كأن للمحكمة أن تقضي بوقف الخصومة لمدة لا تتجاوز ستة أشهر بعد سماع أقوال المدعي ، فإذا انقضت هذه المدة ولم يكن المدعي قد امتثل لأمر المحكمة ولم ينفذ ما أمرته به ، كان لها أن تقضي باعتبار الدعوى

---

[١] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٤٧ وما بعدها والأحكام المشار إليها في الحاشية (١ ، ٢ ، ٣) ص ٤٤٨.

[٢] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٤٦ .

[٣] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٤٩ .

[٤] أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٦٤٦ .

[٥] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٤٩٨ .

[٦] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٦٥٢ .

كأن لم تكن م(١٦٢) مرافعات ، بناءً على طلب من الخصم الآخر ، والجزاء المذكور قضائي، وهو جوازي للمحكمة أن تحكم به أو ترفضه حسب الأحوال .

رابعاً : التنازل عن الخصومة :

سنتكلم عن تعريف التنازل وشروطه وكيفيته وآثاره ، ثم عن التنازل عن إجراء من إجراءات الخصومة .

١- تعريفه : التنازل عن الخصومة هو إعلان عن إرادة المدعي في إنهاء الخصومة دون الحكم في موضوعها ، وذلك بالشكل وبالشروط المنصوص عليها في القانون [١] وهو تعريف قانوني إجرائي يتم بالإرادة المنفردة للمدعي ويترتب عليه عودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها مثل رفع الدعوى [٢] ، والتنازل بهذا المعنى هو تنازل عن الخصومة القائمة ، لا تنازل عن الحق الموضوعي المطالب به أو حق الدعوى ، إذ يجوز للمتنازل الاحتفاظ بهما والمطالبة بإجراءات جديدة [٣] ، ولا يتصور التنازل إلا من المدعي ، وإن كان يجب موافقة المدعى عليه في بعض الحالات لأنه طرف في الخصومة [٤] ، ويجوز التنازل بالنسبة لكافة الدعاوى عدا تلك المتعلقة بالنظام العام [٥] ، ومنها خصومة دعوى البطلان ،إلا أنه يشترط ألا يكون الإجراء المراد التنازل عنه متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز التنازل عن تسبيب الحكم أو أمور تعلق بمبدأ المواجهة أو حق الدفاع أو علنية الجلسات .

٢- شروط التنازل وكيفيته : لكي يصح التنازل وينتج آثاره يجب توافر الشروط الآتية:

أ - أن يصدر التنازل من المدعي : فهو الذي بدأ الخصومة فله أن يتركها ، فإذا تعلق الترك بخصومة الطعن ، فإن للطعان وحده تركها ، ويجب أن تتوافر لدى التارك الأهلية

---

[١] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٣٨ ، نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٤٧ ، نجيب الجبلي / الإشارة السابقة .

[٢] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٥٣ ، تفصيلاً حول الخلاف على طبيعته راجع : سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٥٠٧ وما بعدها .

[٣] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٥٥ ، فتحي والي / الإشارة السابقة ، أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٦٥٢ وما بعدها .

[٤] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤٣٢ .

[٥] نبيل إسماعيل عمر / الإشارة السابقة ، أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٦٢٩ وأحكام النقض الواردة في ذات الصفحة ، عكس ذلك : نجيب الجبلي / مرافعات ، مرجع سابق ص٤٩٩ ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٣٢.

الإجرائية اللازمة ، على أن تكون الأهلية خالية من عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس والغلط ، وأن يكون سببه مشروعاً ، وإذا ترتب على ترك الخصومة سقوط الحق الذي رفعت به ، وجب في من يطلب الترك أن يكون ممن يملك التنازل عنه ، أي أهلية التصرف ، ولا صح التنازل من قبل الوكيل بالخصومة إلا بموجب توكيل خاص [١] .

ب- ألا يكون التنازل معلقاً على شروط أو متضمناً التحفظ : تهدف إلى تمسك التارك بصحة الخصومة ، أو بأي أثر من الآثار المترتبة على قيامها [٢] .

جـ- أن يكون التنازل بالشكل الذي نص عليه القانون [٣] : قيد القانون إرادة المتنازل في شكل معين م(٢١٠) مرافعات يمني [٤] ، وهو إما إعلان لخصمه على يد محضر ، أو بيان صريح في مذكرة موقعه من المتنازل ، أو من وكيله بوكالة خاصة ، أو بإبدائه في الجلسة في مواجهة خصمه وإثباته في محضرها ، ولا يترتب على ترك الخصومة أي أثر إذا لم يتم بطريقة من تلك الطرق ، غير أن البطلان الناشئ عن عدم التزام أي من الطرق المحددة قانوناً لإبداء الترك لا يتعلق بالنظام العام بل يقتصر التمسك به على الخصم صاحب المصلحة [٥] .

د- أن يكون التنازل قبل الحكم في موضوع الخصومة : فإذا صدر هذا الحكم فإن التنازل لا يتعلق بالخصومة ، أو بأي إجراء من إجراءاتها ، وإنما يتعلق بالحق المحكوم به م(٢١٣) من القانون ، لذلك يشترط أن يكون التنازل عن الخصومة في أي مرحلة من مراحلها ولو بعد إقفال باب المرافعة ، إلا أنه يشترط لهذه الحالة قبول المحكمة لفتح باب المرافعة لإثبات التنازل [٦] .

هـ- كما يشترط أن يتحدد نطاق التنازل بألا يتعلق الإجراء بالنظام العام ، وذلك على أساس أن يترك المسائل المتعلقة بالنظام العام يجب ألا تكون متوقفة على اتفاقيات أو

---

[١] تفصيلاً : أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٦٥٨ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٤٨ وما بعدها ، أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤٣٣ وما بعدها .

[٢] سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٥٠٧ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٣٩ ، أحمد هندي / ألإشارة السابقة ، نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٥٤ ، أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٦٦١ .

[٣] راجع : فتحي والي / الإشارة السابقة ، سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٥٠٨ ، أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٦٥٩ .

[٤] يقابلها نص المادة (١٤١) مرافعات مصري .

[٥] تفصيلاً : أحمد هندي / المرجع السابق ص ٤٣٤ وما بعدها .

[٦] نجيب الجبلي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٥٠٠ .

اتجاهات إرادة الخصوم ، مثال ذلك لا يجوز الترك في دعاوى الرد ،أو المخاصمة ، أو الإفلاس والدعاوى التي ترفعها النيابة في المواد المدنية والتجارية وموارد الأحوال الشخصية والدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم [١] .

و- قبول المدعى عليه التنازل : في أحوال معينة اشترط المشرع ضرورة توافر قبول المدعى عليه للترك ، وذلك متى يتمكن الإعلان الإرادي الصادر من المدعي من إحداث آثاره ، وقبول المدعى عليه للترك هو أيضاً تصرف قانوني يتضمن تنازله عن مركزه في الخصومة وعن حقه في التمسك بالسير فيها ، وبناءً على ذلك فإن هذا القبول يخضع هو أيضاً لنظام التصرف القانوني من حيث الأهلية [٢] ، والقانون لم يشترط شكلاً معيناً لهذا القبول، ولذلك ممكن أن يتم بالطريق المعتادة لرفع الدعاوى م(٢١٥) مرافعات يمني .

والحكمة من اشتراط قبول المدعى عليه للترك حتى يمكن حدوث آثارها ترجع إلى أن تقديم المطالبة القضائية ينشئ للمدعى عليه الحق في صدور حكم من المحكمة برفض الدعوى ولو كان المدعي على استعداد لترك الخصومة [٣] .

على أن الترك ممكن أن يتم دون الاعتداد بإرادة المدعى عليه أو اشتراط موافقته ، وذلك في الأحوال التي يكون المدعى عليه قد أعلن بصحيفة الدعوى ، أو لم يبد طلبات فيها ، أو تخلف عن الحضور [٤] أو إذا كان قد طلب من المحكمة ما يكون الغرض منه منعها من المضي في سماع الدعوى ، كأن يكون قد دفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى أو ببطلان صحيفة الدعوى ، أو أي دفع شكلي آخر يرمي إلى انقضاء الخصومة انقضاء مبتسراً ، كالدفع بسقوط الخصومة ، أو باعتبارها كأن لم تكن [٥] .

ولذلك يكون اعتراض المدعى عليه على التنازل عن الخصومة وتمسكه بالحكم فيها ضرباً من التعسف في الحق لأنه لا يقوم على مصلحة مشروعة فلا يلتفت إليه [٦] وأيضاً لا حاجة لقبول المستأنف ضده لتنازل المستأنف لخصومة الاستئناف ، وذلك إذا كان الحكم

---

[١] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٥٣ .

[٢] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٤٩ .

[٣] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٣٩ .

[٤] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[٥] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٥ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٥٧ ، والأحكام المشار إليها في الحاشية رقم (٢) من ذات الصفحة .

[٦] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٤٠ .

المطعون فيه قد صدر كلياً لمصلحته وكان ميعاد الطعن قد انقضى عند التنازل ، وذلك أياً كانت النقطة التي يبدأ فيها ميعاد هذا الطعن ، لأن الحكم يصبح بالتنازل عن الطعن حائزاً لقوة الأمر المقضي [1] .

وكذلك هو الحال في خصومة دعوى البطلان إذا لا حاجة لقبول المدعى عليه بالبطلان لتنازل مدعي البطلان لخصومة دعوى البطلان ، إذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر كلياً لمصلحته ، وكان ميعاد الطعن قد انقضى عند التنازل ، وأن يكون المدعى عليه بالبطلان محكوم له بكل الطلبات .

والخصومة بالنسبة للترك تقبل التجزئة ، فإذا تعدد المدعون فيها جاز لبعضهم تركها فتنتهي بالنسبة لهم ، وتظل قائمة بالنسبة للآخرين ، ويشترط لذلك أن يكون موضوع الخصومة قابلاً للتجزئة [2] .

وإذا حدث ترك أو تنازل من المدعي الأصلي وقبله المدعى عليه الأصلي ولم يقبله والمتدخل فإن الخصومة تستمر بالنسبة إليه أيضاً ، أما المتدخل انضمامياً فإن الخصومة إذا توافرت شروط تركها تنقضي بالنسبة إليه ولا حاجة لقبوله [3] .

وإذا كان ترك الخصومة غير متعلق على قبول المدعى عليه ، فلا يملك المدعي الرجوع فيه ، لأن هذا الترك يعد إسقاطاً أو تنازلاً عنا لدعوى تتحقق آثاره القانونية بمجرد التصريح به دون حاجة إلى قبول الخصم الآخر ، أما إذا كان الترك معلقاً على قبول الخصم الآخر ، فإنه يجوز للتارك الرجوع عن الترك صراحة أو ضمناً بشرط أن يتم ذلك قبول الخصم الآخر للترك ، أو حكم القاضي باعتماده [4] .

٣- آثار التنازل : بمجرد توافر الشروط السابقة ، فإن الترك يحدث أثره وتنتهي الخصومة بغير حكم في موضوعها ، ويترتب على الترك زوال الخصومة وإلغاء جميع

---

[1] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٥٠ ، نقض مصري تجاري - الطعن رق ٢٢٤ لسنة ٧٢ ق - بتاريخ ٢٠٠٤/٧/٦ مشار إليه لدى فتحي والي / ألوسيط ص ٥٤٠ الحاشية رقم (٣) من ذات الصفحة .

[2] راجع : نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٥٥ .

[3] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، المرجع السابق ص ٤٥١ .

[4] راجع : نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، المرجع السابق ص ٥٥٥ ، في المعنى ذاته أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٦٦٢ .

إجراءاتها وآثارها [1] ،وعلى ذلك فإذا حكمت المحكمة بإنهاء الخصومة فإن حكمها حكم مقرر لأمر حدث وأنتج آثاره من قبل [2] .

ومع ذلك فإن هذا الترك لا يمس الحق الموضوعي حيث يمكن رفع جديده به ما لم يكن الحق قد انقضى بالتقادم [3] ويستثنى من ذلك أثر مرور الزمن على سماع الدعوى م(٢١١) مرافعات ، ويحكم على المتنازل بالنفقات والتعويضات للمدعى عليه إذا طلبها م(٢١١) مرافعات [4] ، أما في يتعلق بآثار ترك خصومة دعوى البطلان أمام محكمة الاستئناف بأنه يترتب عليه ذات الآثار السابقة كما يترتب عليه الآثار الخاصة بالتنازل على الخصومة في الاستئناف [5] وبالتالي فإذا تنازل مدعي البطلان عن حقه في الطعن أمام محكمة الاستئناف فبهذا النزول ينقضي هذا الحق ، وبالتالي لا يستطيع مدعي البطلان أن يطعن في حكم التحكيم من جديد ولو كان ميعاد الطعن ما زال مفتوحاً ، ويشترط في هذه الحالة لصحة النزول أن تتوافر في المتنازل أهلية التصرف ، ولا يشترط قبول المدعى عليه بالبطلان ، فالنزول هنا لصالحه ،وإذا وقع التنازل بعد انقضاء ميعاد الطعن فإنه يفيد ضمناً التنازل عن الحق في رفع دعوى البطلان من جديد .

٤- النزول عن إجراء من إجراءات الخصومة : ويجوز التنازل الجزئي عن الخصومة ، أي التنازل عن إجراء من إجراءاتها من الخصم الذي قام به ، بإرادة صريحة أو ضمنية ، وبأي شكل من الأشكال ، فيجوز أن يكون التنازل عن إجراء من إجراءات الخصومة بموجب وكالة عامة ، وإذا تم التنازل الجزئي أي عن إجراء من إجراءات الخصومة فليس للمتنازل الرجوع عن ذلك م(٢١١) مرافعات ، ويترتب على التنازل عن إجراء من إجراءات الخصومة زوال الإجراء وحده دون الخصومة ، والإجراءات اللاحقة له المبنية عليه [6] مع ملاحظة أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت فيه [7] والتنازل عن الحق في الطعن بالاستئناف يجعل الحكم نهائياً م(٢١٣) مرافعات .

---

[1] راجع : نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٤٥٢ .

[2] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٤١ ، أحمد أبو الوفا / نظرية الدفوع ، مرجع سابق ص ٥٧٨ هامش رقم (٢).

[3] راجع : سعيد خالد الشرعبي / أصول ،مرجع سابق ص ٥٠٩ وما بعدها .

[4] يقابلها نص المادة (١/٧١) مرافعات مصري .

[5] تفصيلاً راجع : نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٤٥٣ .

[6] فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٤٣ .

[7] تفصيلاً راجع : أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٤٤٢ وما بعدها ، فتحي والي / ص ٥٤٤ .

المبحث الخامس

الطلبات العارضة

يقصد بالطلبات العارضة (تلك الطلبات التي تبدي أثناء نظر خصومة قائمة ، ويكون من شأنها تغيير نطاق الخصومة القائمة من حيث موضوعها أو أطرافها أو سببها) [١] ، وتقدم من المدعي أو المدعى عليه أو الغير ، وإذا قدمت تلك الطلبات من المدعي فإنها تسمى طلبات إضافية ، وإذا قدمت من المدعى عليه فتسمى طلبات مقابلة أو (دعاوى فرعية) أو (دعاوى المدعى عليه) ، وإذا قدمت من الغير سميت تدخلاً [٢] .

ورغم أن قانون المرافعات ينص في المادة (١٩٨ ، ١٩٩) على قاعدة عامة مضمونها جواز تقديم أي طلب عارض بشرط أن يكون مرتبطاً بالخصومة الأصلية وموافقة المحكمة على تقديمه ، إلا أنه يعدد على سبيل الحصر بعض الطلبات العارضة التي يقدمها المدعي م(١٩٨) وكذا المدعى عليه م(١٩٩) ، إلا أن لخصومة دعوى البطلان خصوصية تختلف عن بقية الدعاوى من حيث الأطراف ومحل الدعوى باعتبار أطراف دعوى البطلان ينبغي أن يكونوا أطرافاً في حكم التحكيم [٣] ، كما أن محلها ينصب على طلب إلغاء الحكم أو إبطاله، ومحلها يكون إبطال حكم التحكيم ، ولهذا نعتقد أن الطلبات العارضة المنصوص عليها في القانون لا تنطبق جميعها على هذه الدعوى ، كذلك سنحاول الكلام عن الطلبات العارضة الممكن تقديمها من مدعي البطلان والمدعى عليه بالبطلان ، وكذا الطلبات الممكن تقديرها من الغير سواء كان تدخلاً اختيارياً أو تدخلاً إجبارياً ، وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : الطلبات العارضة المقدمة من مدعي البطلان.

المطلب الثاني : الطلبات العارضة (المقابلة) المقدمة من المدعى عليه بالبطلان.

المطلب الثالث : الطلبات العارضة المقدمة من الغير .

---

[١] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٢٤٦ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٣٤٧ ، استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٢م غير منشور .

[٢] راجع في ذلك :نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٢٨٢ .

[٣] راجع في أطراف دعوى البطلان (الركن الشخصي) : ص من هذه الرسالة .

المطلب الأول

الطلبات العارضة المقدمة من مدعي البطلان

ينبغي على مدعي البطلان أن يتقدم بعريضة الطعن متضمنة الأسباب التي يتمسك بها لإبطال حكم التحكيم ، غير أنه إذا ظهرت له أسباب أخرى أو تبين له بطلان الحكم لسبب آخر غير السبب الذي تضمنته الصحيفة ، فالقانون يسمح بإبداء طلبات عارضة لتغيير أو تعديل طلباته وكذا الأسباب التي تمسك بها ، أو تقديم طلبات مرتبطة تهدف إلى إبطال الحكم طبقاً للمادة (١٩٨) مرافعات يمني ، وهذه الطلبات في مجملها تهدف إلى تدعيم موقفه للحكم لصالحه .

وكما سبق القول بأن دعوى البطلان لها خصوصية مختلفة عن غيرها من الدعاوى ، لذلك لا يمكن لمدعي البطلان تقديم كل الطلبات العارضة المنصوص عليها في القانون ، ولذلك سنتكلم عن الطلبات الممكن تقديمها من مدعي البطلان وهي كالآتي :

١- ما يتضمن تصحيح البطلان الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت ، أو تبين بعد رفع الدعوى م(١/١٩٨) مرافعات : فلمدعي البطلان تقديم طلب إضافي لتصحيح موضوع طلبه الأصلي أو تعديله إذا طرأت ظروف أو تبينت أمور أخرى بعد رفع الدعوى فإنه يستطيع تصحيح طلباته أو تعديل موضوع الدعوى ، فينزل به إلى طلب أقل أو يرتفع به إلى طلب أكبر ما دامت عناصر الطلبين متداخلة وما دام الطلبان يستندان إلى نفس السبب بين نفس الخصوم [١] دون تغيير في السبب وإلا احتاج المدعي لرفع دعوى جديدة [٢] .

٢- ما يكون مكملاً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة م(٢/١٩٨) مرافعات : لمدعي البطلان أن يعدل ليس فقط في موضوع دعواه كما رأينا ، وفي سبب الدعوى ، كما سنرى حالاً ، وإنما له أن يتقدم بأي طلب يعتبر مكملاً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة ، على أساس أن حق الدعوى ينمو أسوة بحق المدعى عليه ويلحقه [٣] ، ومثال ذلك طلب مدعي البطلان الحكم له بالتعويض أو المقاضاة الكيدية أي دفع أو أي طلب تقدم به المدعى عليه بالبطلان وكان

---

[١] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢١٠ .

[٢] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، ص ٢٨١ .

[٣] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٢١١ .

كيدياً طبقاً للمادة (١٧٠) مرافعات ، باعتبار أن التعويض يعتبر طلباً مرتبطاً بالطلب الأصلي المطروح أمام محكمة الاستئناف .

٣- ما يتضمن إضافة أو تغيير في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حالة م(٣/١٩٨) : يجوز للمدعي تقديم طلب إضافي بتعديل أو إضافة في سبب الدعوى بشرط ألا يترتب عليه تعديل في محل (موضوع) هذا الطلب [١] كما لو طلب مدعي بطلان حكم التحكيم على أساس عدم التسبيب ثم تقدم بطلب عارض على أساس سبب آخر باعتبار بطلان الحكم البطلان الاتفاق ، أو أضاف إلى عدم التسبيب بطلان الاتفاق ، أو أي سبب آخر يمكنه إضافته متى توافرت لديه شروطه .

ولا يفترض في هذه الصورة تعديل في موضوع الدعوى أو أطرافها ، وإنما ينصب التعديل على السبب الذي تقوم عليه الدعوى [٢] ، فتغيير سبب الطلب يعتبر بمثابة إبداء لطلب جديد ، لذلك إذا فشل مدع في الحصول على حكم بطلبه الذي يبنيه على سبب معين فليس ثمة ما يمنع من رفع دعوى جديدة بنفس الطلب بناء على سبب آخر ، فالمشرع أراد أن يوفر على المدعي تكرار رفع الدعوى بنفس الموضوع بين نفس الخصوم لمجرد اختلاف السبب فأباح للمدعي أن يقدم طلباً عارضاً يغير به سبب الدعوى ، أو يضيف إليه سبباً جديداً [٣] ، فكما سمح المشرع بتعديل موضوع الطلب مع ثبات السبب ، فإنه يسمح أيضاً بتعديل السبب مع بقاء الموضوع على حاله ، إذ أنه لن يتصور ارتباط بين الطلب الأصلي والإضافي إذا تناول التعديل كل ما يشكل مضمونه الادعاء ، أي الموضوع والسبب ، بينما صلة الارتباط تتوافر إذا ظل الموضوع على حاله وكل ما طرأ في تعديل كان في عنصر السبب تغييراً كان أم إضافة [٤] .

٤- طلب الأمر بإجراء وقتي أو تحفظي م(٤/١٩٨) مرافعات : لمدعي البطلان أن يتقدم بطلب إضافي بإجراء وقتي أو تحفظي ، كأن يطلب أثناء نظر الدعوى تعيين حارس قضائي أو طلب تنفيذ الحكم طبقاً للمادتين (٥٣ ، ٥٤) مرافعات ، غير أنه في هذه الحالة يشترط وجود ارتباط بين الطلب الإضافي والطلب الأصلي ، لأن اختصاص قاضي الموضوع بنظر

---

[١] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٢٨٦ .

[٢] أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٥٦٦ .

[٣] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢١٢ .

[٤] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٩٤ .

الطلب الوقتي مشروط بعرض النزاع الأصلي عليه ، وهذا هو المبرر لقبول الطلبين رغم اختلاف السبب والموضوع [١] .

وتقتضي الطبيعة الوقتية أو التحفظية لهذا الطلب ضرورة توافر شروط الطلبات المستعجلة ، أي بالإضافة إلى شروط قبول هذا الطلب باعتباره طلباً عارضاً يلزم توافر شرطي الاستعجال وعدم المساس بالموضوع [٢] هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن تفصل فيه المحكمة على وجه الاستعجال ومثل الفصل في الموضوع الحكم الصادر في هذا الطلب يقبل النقض بالمحكمة العليا ، كما أنه يقبل التنفيذ فور صدوره ، بموجب مسودته [٣] م(٢٤٤) مرافعات .

٥- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطا بالطلب الأصلي م(٥/١٩٨) مرافعات : إلى جانب الطلبات الإضافية السابقة ، وضع المشرع قاعدة عامة [٤] تسمح بقبول أي طلب إضافي يقدمه المدعي إذا توافر شرطان ، الأول أن يتوافر ارتباط بين هذا الطلب والطلب الأصلي ، والثاني أن تأذن المحكمة بتقديم هذا الطلب الإضافي المرتبط [٥] ، ومحكمة الموضوع التي تنظر الدعوى الأصلية والتي أبدى أمامها الطلب الإضافي ، هي التي تقدر مدى توافر الارتباط بين الطلب الأصلي والطلبات العارضة ، وهي تتمتع بسلطة تقديرية طالما أن ما خلصت إليه كان سائغاً ، ويرجع اشتراط المشرع إذن المحكمة في هذه المحكمة ، إلى أنه إذا كان المدعي يجوز له أن يجمع في صحيفة دعواه طلبات متعددة لا ترجع لسبب واحد اكتفاء بكونها مرتبطة بعضها البعض ، إلا أنه ينبغي ألا تتاح له إضافة مثل هذه الطلبات أثناء سير الدعوى إلا بإذن المحكمة ، وذلك حتى لا يتخذ ذلك وسيلة لإعنات خصمه أو لتعديل الحكم في الدعوى [٦] .

---

[١] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٢٥٥ .

[٢] راجع في شروط قبول الدعوى المستعجلة : عبدالغني بسيوني / وقف تنفيذ القرار الإداري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط٢ ٢٠٠٦ ص ١٥١ وما بعدها ، نجيب الجبلي / التنفيذ الجبري ، مرجع سابق ، ص ٢٠١ وما بعدها ، كتابة التنفيذ المعجل ، المكتب الجامعي الحديث ٢٠٠٩ ، ص ٥٠ وما بعدها .

[٣] تفصيلاً : نجيب الجبلي / قانون التنفيذ الجبري ص ١١٥ وما بعدها .

[٤] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٦١ .

[٥] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٩٥ ، تفصيلاً في الارتباط الإجرائي نبيل إسماعيل عمر / الارتباط الإجرائي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٤ ص ١١ وما بعدها .

[٦] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢١٣ .

المطلب الثاني

الطلبات العارضة (المقابلة) المقدمة من المدعى عليه بالبطلان

يقصد بالطلب العارض المقابل ، تلك الطلبات المتعلقة من المدعى عليه في مواجهة المدعي بهدف الحصول على ميزة أكثر من مجرد رفض الطلب الأصلي ، أو عدم الحكم فيه[1]، وبالتالي فإن المدعى عليه بالبطلان يرمي من وراء هذا الطلب بأن لا يحكم بموجبه ببطلان حكم التحكيم .

وعليه كان لهذا الطلب طبيعة مركبة ، كوسيلة دفاع ووسيلة هجوم في ذات الوقت [2] ، يتجاوز هذا الطلب طبيعته الأخيرة كونه مجرد دفاع موضوعي بتغييره للخصومة بإضافة طلبات جديدة [3] ، وكما يجوز للمدعى عليه أن يتقدم بهذا الطلب في مواجهة المدعي فإنه يجوز له أيضاً أن يتقدم به في مواجهة أي خصم حتى ولو كان مدعياً عليه في الدعوى الأصلية [4] ، كما يجوز أن يكون مقدم هذا الطلب المدعي نفسه لا باعتباره مدعي بل لأنه صار مدعى عليه في هذه الدعوى.

وعلى ذلك منح القانون المدعى عليه أن يقابل الدعوى بموقف هجومي ، فيوجه إلى المدعي ادعاء مضاد وهو ما قرره المشرع بالمادة (١٩٩) مرافعات ، وتسمى بالطلبات المقابلة أو الدعاوى الفرعية [5] .

وعلى ذلك نتكلم عن الطلبات العارضة التي يجوز تقديمها من المدعى عليه بالبطلان:

١- طلب الحكم له بالتعويضات عن الضرر الذي لحقه من الدعوى أو من إجراء فيها م(٢/١٩٩) : أجاز المشرع للمدعى عليه أن يتقدم بطلب عارض (مقابل) ، يطالب فيه المدعي

---

[1] راجع : نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٩٦ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٦٢ .

[2] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٢٨٨ .

[3] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٢٥٦ ، في المعنى ذاته : أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢١٤ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٣٤٧ وما بعدها .

[4] راجع : فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٦٤ وما بعدها .

[5] تفصيلاً في شروط وأنواع هذه الطلبات راجع : أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٤٦٧ وما بعدها ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٤٦٣ وما بعدها ، أحمد هندي / الإشارة السابقة ، سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٣٤٨ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٢٨٩ وما بعدها ، نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٢٥٧ وما بعدها .

بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب مخاصمته استناداً إلى المسئولية التقصيرية [1] أو طلب التعويض التعسفي في استعمال حقه الإجرائي [2] طبقاً للمادة (١٧٠) مرافعات يمني ، كما يجوز للمدعى عليه تقديم طلب التعويض بالرد على المدعي كما هن الحال في حالة الحجز التحفظي التعسفي طبقاً للمادة (٣٩١) مرافعات .

ورغم اختلاف سبب وموضوع طلب التعويضات عن الطلب الأصلي فإن صلة الارتباط متوفرة في السبب ، إذ أن مجموع الوقائع التي يستند إليها المدعى عليه تشمل على وقائع رفع الطلب الأصلي إلى المحكمة والإجراءات التي نشأت عن تقديمها [3] .

وتنظر الطلب العارض (المقابل) المقدم من المدعى عليه بطلب التعويض المحكمة المختصة التي تنظر الطلب الأصلي ، لأنها أقدر المحاكم على تقدير الضرر الذي أصاب المدعى عليه من دعوى رفعت أمامها أو إجراء اتخذ أمامها في الدعوى ، وللمحكمة العليا نظر ذلك على أساس المسئولية عن رفع الطعن [4] .

٢- أي طلب يترتب عليه ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها ، أو أن يحكم له بها مقيدة بقيد لمصلحة المدعى عليه م(٣/١٩٩) مرافعات :

أتاح القانون للمدعى عليه في الدعوى الأصلية أن يتقدم للمحكمة بأي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعي ببطلانه كلها أو بعضها ومؤدى ذلك حتى لا يحمل المدعى عليه على التزام موقف الدفاع في كل الأحوال مما قد يعرضه لضرر يلحقه أو منفعة تفوت عليه [5] ، فتلك الطلبات تعد من مقتضيات حق الدفاع لأنها تنطوي على وسائل دفاع تؤدي إلى إذا أجيبت إلى تجنب الحكم على المدعى عليه ، ولكنها أبعد من مجرد الدفع ، إذا أن المدعى عليه يرمي بها في الأصل إلى الحصول على مزية خاصة له [6] ومن أمثلة الطلبات المقابلة التي يمكن للمدعى عليه بالبطلان تقديمها وتؤدي إلى ألا تحكيم للمدعي بطلباته

---

[1] راجع تفصيلاً في المسئولية التقصيرية أحمد شوقي محمد عبدالرحمن / البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإدارية وغير الإدارية ، منشأة دار المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢ ، ١٨٠ وما بعدها .

[2] تفصيلاً راجع : نجيب الجبلي / التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، المكتب الجامعي الحديث ٢٠٠٦ ص ٨٧ وما بعدها .

[3] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢١٦ .

[4] أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٥٦٨ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٣٥٠ ، أحمد السيد صاوي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٢٢٥ .

[5] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٢١٧ ، نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٠٠ .

[6] أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٥٦٨ .

كلها أو بعضها هي دعوى التزوير الفرعية أو طلب يدعي فيه بتزوير مستند من مستندات مدعي البطلان ، أما مثال الطلب المقابل الذي يؤدي إلى أن يحكم لمدعي البطلان بطلباته مقيدة بقيد لمصلحة المدعى عليه هو طلب التعويض عن المقاضاة الكيدية .

٣- أي طلب يكون متصلاً بالدعوى اتصالاً لا يقبل التجزئة م(١٩٩/٤) :

أجاز القانون للمدعى عليه تقديم أي طلب يكون مرتبطاً بالدعوى الأصلية ، على أنه يجب عندئذ توافر الارتباط الذي يخضع لتقدير قاضي الموضوع [١] ومثال ذلك طلب إجراء وقتي أو تحفظي [٢] كذلك طلب تنفيذ الحكم باعتبار أن حكم التحكيم صادر لصالحه ، أو طلب بيع الأموال القابلة للتلف ، أو طلب الحراسة على المال المحل المحكوم به في حكم التحكيم .

وعلى ذلك تعتبر الطلبات المرتبطة المقابلة بمثابة طلبات أصلية يتقدم بها المدعى عليه بقصد تحسين مركزه القانوني والحصول على مزية مستقلة لنفسه ، والقصد من قبول هذه الطلبات بصورة عارضة تفادي تناقض الأحكام في المنازعات المرتبطة بعضها ببعض [٣] ، معنى ذلك أن موضوع الطلبين واحد وأن الطلبين بالتالي بينهما اتصال لا يقبل التجزئة ، إذ أن الفصل فيهما لا يحتمل غير حل واحد [٤] .

٤- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالدعوى م(١٩٩/٥) :

أجاز القانون للمدعى عليه إلى جانب الطلبات العارضة السابقة ، تقديم أي طلب عارض (مقابل) تأذن به المحكمة ، وبشرط أن تتوافر صلة الارتباط بينه وبين الطلب (الأصلي) والذي يخضع لتقدير محكمة الموضوع [٥] معنى ذلك أنه يمكن للمحكمة أن تقبل أي طلب مقابل إذا توافر في شأنه الارتباط ولو لم يكن منصوص عليه صراحة [٦] كما لها ولو توافر هذا الارتباط أن ترفض قبول الطلب العارض متى تبين لها أن المدعى عليه قصد به الكيد [٧] .

---

[١] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٦٤ .

[٢] نجيب الجبلي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٦١ ، قارن : نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٣٠١ .

[٣] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢١٨ .

[٤] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / مرافعات ، مرجع سابق ص ٣٠٠ .

[٥] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[٦] تفصيلاً في تحديد معيار الارتباط راجع نبيل إسماعيل عمر / الارتباط الإجرائي ، مرجع سابق ص ٣٦ وما بعدها .

[٧] نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / المرجع السابق ص ٣٠١ .

ومن أمثلة هذه الطلبات ما ذكر سابقاً من الطلبات التي تكون متصلة بالدعوى اتصالاً لا يقبل التجزئة ، وعلى ذلك قرر القانون اليمني قاعدة الارتباط لكافة الطلبات العارضة المقابلة ، لأن الارتباط هو المبرر للجمع بين الطلبات في خصومة واحدة ، والأخذ بهذه القاعدة يجعل الطلبات الأخرى المنصوص عليها في المادة (١٩٩) مرافعات واردة على سبيل المثال لا الحصر ، وهذا يعني قبول أي طلب من المدعى عليه ولو لم يكن من الطلبات الخاصة ، طالما أنه مرتبط بالطلب الأصلي [١] .

المطلب الثالث

الطلبات العارضة المقدمة من الغير

يقصد بطلبات الغير (تلك الطلبات التي تقدم من شخص ليس أطرافاً في الخصومة بهدف أن يصبح طرفاً في الدعوى القائمة بين خصوم أصليين) .

ويقصد بالغير (الشخص الذي لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم ، ولم يصدر الحكم المطعون فيه في مواجهته) [٢] .

وعلى الرغم من أن خصومة دعوى البطلان طبقاً للقواعد العامة تدور بين نفس الخصوم السابق ظهورهم أو تمثيلهم أمام هيئة التحكيم ، والذين سبق أن صدور الحكم المطعون فيه أمام محكمة الاستئناف فيما بينهم ، إلا أن القانون سمح للغير بتقديم طلبات من الخصومة القائمة غير أنه يشترط لهذه الطلبات شروط عامة وشروط خاصة شأنها شأن كل الطلبات لا سيما الطلبات العارضة وأهمها الارتباط والتدخل والاختصام يؤديان إلى اتساع نطاق الخصومة من حيث أشخاصها وموضوعها [٣] بدخول طرف ثالث فيها إما بإرادته وهو ما يسمى بالتدخل ، أو بإجباره بالتدخل وسمي الإدخال أو التدخل الإجباري [٤] ، أي باختصام الغير بطلب من أحد الخصوم ، أو بموجب أمر المحكمة ، فالتدخل والاختصام

---

[١] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٢١٨ .

[٢] تفصيلاً في فكرة الغير راجع : نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٣٧٥ وما بعدها ، سعيد مصطفى عفيفي ، الموسوعة الشاملة في التحكيم ، المركز القومي للإصدارات القانونية ٢٠٠٥ ص ٨٧ وما بعدها .

[٣] نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٢٦٢ .

[٤] نجيب الجبلي / الإشارة السابقة .

يرجع إلى فكرة توسيع نطاق الخصومة استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بنسبية أثر الدعوى ، بمعنى أنه لا يضار الغير منها ولا يستفيد .

وقد نظم قانون المرافعات اليمني التدخل في المادة (٢٠٠) مرافعات ، كما نظمت المادة (١٨٩) من ذات القانون اختصاص الغير ، كما نظمت المادة (١٩٠) من ذات القانون إدخاله بأمر المحكمة .

وعلى ذلك سنحاول الكلام عن أنواع التدخل والاختصام على التوالي :

أولاً : التدخل الاختياري (التعدد الاختياري) :

أجاز القانون طلب التدخل من الغير في الخصومة القائمة م(٢٠٠) مرافعات ، والتي تنص على أنه (يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الخصومة المنظورة أمام محكمة الدرجة الأولى منضماً إلى أحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بها) كما نصت المادة (٢٠١) من ذات القانون على أنه : (لا يجوز التدخل أما الاستئناف إلا لمن يطلب الانضمام إلى أحد الخصوم) ، وكما ذكرنا سابقاً بأن دعوى البطلان لها خصوصيتها فتنصب على محل وموضوع هو إبطال حكم التحكيم [1] ، فالتدخل الهجومي لا ينطبق على هذه الدعوى ، وأساس ذلك أنه لا يجوز لهذا الغير الطعن بالبطلان بصفة مستقلة ، ذلك أن المتدخل هجومياً يطلب حقاً ذاتياً له ، كما أن أطراف الطعن بالبطلان يتم تحديدهم بالنظر إلى الأطراف الحقيقيين في خصومة التحكيم ومن ثم تقتصر ممارسة دعوى البطلان على أولئك الذين مثلوا في تلك الخصومة تمثيلاً صحيحاً ، وتمكنوا من إبداء دفاعهم ودفوعهم ونتيجة لذلك لا يصح أن يكون طرفاً في خصومة الطعن من لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم ، وتبرير ذلك أن شرطي الصفة والمصلحة في دعوى البطلان يتسما بخصوصية متميزة ، فلا يكفي مبرراً لرفع تلك الدعوى من جانب أحد الأطراف مجرد أنه سيضار من الحكم ، وإنما يتعين علاوة على ذلك أن يستند في دعواه إلى أحد الأسباب الحصرية الواردة بالقانون .

وبإمعان النظر في هذه الأسباب نجدها تقطع بوجوب رفعها من جانب الطرف الحقيقي سواء في اتفاق التحكيم أو خصومة التحكيم ، فإذا ما تخلف عنه هذه الصفة أضحى عدم قبول طعنه أمر لا ثائبة فيه ، وبذلك لن يستطيع هذا النوع من الغير ممارسة تلك الدعوى .

---

[1] تفصيلاً في المصلحة المحتملة : نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٥٦٩ وما بعدها .

والتدخل الجائز في خصومة الطعن قاصر على من يتدخل منظماً إلى أحد الخصوم ، سواء كان مدعي البطلان أو المدعى عليه بالبطلان وهو ما يسمى بالتدخل الانضمامي أو التدخل التبعي أو التحفظي ، وبموجبه يتدخل شخص من الغير في خصومة قائمة كي يساعد أحد طرفي الخصومة ، دون أن يطالب بحق لنفسه في مواجهة الطرف الآخر فيها ، وإنما ينضم إلى أحدهما دفاعاً عن حق من انضم إليه ، فمصلحته هي الانضمام لأحد الخصوم لتأييد طلبات المدعي أو المدعى عليه ، وعليه تكفي للمتدخل انضمامياً المصلحة المحتملة الوقائية ، وتعني احتمال أن يصيبه ضرر من الحكم في الخصومة على من يطالب الانضمام إليه .

وقد عبر عن ذلك بعض الفقه بالقول أن التدخل الانضمامي يدور قبوله بصفة أساسية حول فكرة الارتباط بين طلب التدخل والدعوى القائمة.

ونظام التدخل انضمامياً ينهض على مفترض أساسي هو أن المتدخل يعمل لحساب من تدخل إلى جانبه ، وهو ما يعني وحده طلب الخصم الأصلي وطلب الخصم المتدخل انضمامياً ، أي أن الارتباط مفترض والمتدخل انضمامياً بعميل باسمه هو ، فهو لا يمثل الخصم الذي تدخل على جانبه ، ولا يحل محله ، فتدخله يفيد هذا الخصم ، ولا يجوز في أن توجه إلي طلبات أو دفوع من جانب الطرف الآخر في الخصومة ، ويجب أن يقدم طلب التدخل في هذه الأحوال قبل إقفال باب المرافعة وإلا كان غير مقبول [1] .

ويترقب على قبول التدخل انضمامياً ، اعتبار المتدخل طرفاً في الخصومة وبالتالي اكتسابه مركزاً قانونياً جديداً لم يكن له قبل ذلك ، غير أنه ليس فيه تقديم طلبات تتعارض أو تعدل من طلبات الخصم الذي انظم إليه ، كما أنه ليس من حقه التنازل عن طلبات الخصم الذي انضم إليه أو توجيه يمين حاسمة أو ردها أو حلفها ، وليس له التصرف في الخصومة كلها بالترك أو قبول الترك ، والحكم الصادر يرتب أثره بالنسبة له ، فله حق الطعن فيه .

كما أنه يترتب على زوال الخصومة الأصلية لأي سبب زوال طلب تدخله باعتباره مجرد تابع ، كما لو زالت الخصومة الأصلية بدون حكم في الموضوع فإن ذلك يستتبع حتماً سقوط أو زوال طلب المتدخل الانضمامي [2] غير أنه يجوز أن تحكم المحكمة على المتدخل

---

[1] نبيل إسماعيل عمر / الطعن بالاستئناف ، مرجع سابق ص ٥٩٩ .

[2] نبيل إسماعيل عمر / المرجع السابق ص ٥٩٨ .

انضمامياً بالمصاريف أياً كان في الدعوى الأصلية ، أي ولو صدر الحكم لصالح من تدخل انضمامياً إليه .

ويتم تقديم الطلبات العارضة بكل أنواعها بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى طبقاً للمادة (١٠٤) مرافعات ، أي بعريضة تقدم إلى المحكمة المختصة المرفوع أمامها الدعوى الأصلية قبل يوم الجلسة المحددة لنظر الدعوى الأصلية - المحددة لنظر الطلب الأصلي - يتم إعلانها إلى الخصم المطلوب في مواجهته الطلب ، أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها ، كما يجوز إبداؤه بمذكرة في الجلسة بشرط إثبات اطلاع الخصم عليها [١] .

وتنص المادة (٢٠٣) مرافعات ، على أن تفصل المحكمة على وجه السرعة في كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل ، وتحكم المحكمة في موضوع الطلبات العارضة مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه ، ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل إرجاء الحكم في الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها ،وعليه يلزم على المحكمة أن تحكم أولاً في مسألة قبول الطلب العارض ، أما في موضوعه فيجوز أن تفصل المحكمة في الطلب العارض أولاً ، ويجوز أن تنظر المحكمة الطلب العارض قبل الفصل في الطلب الأصلي ، إذا كانت طبيعته وظروفه تقتضي ذلك ، كما لو كان يطلب اتخاذ إجراء وقتي ، وتدبير تحفظي [٢] ، أو بموجب دعوى تزوير فرعية ، ثم تفصل في الدعوى الأصلية ، كما يجوز للمحكمة أن تفصل في الطلبين على استقلال إذا لم يتم يترتب على انفصالهما ضرر بسير العدالة ،أي أنه إذا ترتب على تقديم الطلب العارض تأخير الفصل في الطلب الأصلي ، فإن للمحكمة أن تفصل في الطلب العارض قبل الفصل في الطلب الأصلي ، كما يجوز للمحكمة أن تحكم في الطلب الأصلي إذا كان صالحاً للفصل فيه ، وتستبقي الطلب العارض للفصل فيه بعد ذلك [٣] .

وإذا انقضت الخصومة في الطلب الأصلي بدون حكم في الموضوع لأي سبب كان ، فإنها تزول وتزول معها خصومة الطلب العارض ، باعتبار الفرع يتبع الأصل ما لم يكن الطلب

---

[١] أحمد هندي /مرافعات ، مرجع سابق ص٢٠٧ وما بعدها ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٣٢٩ ، أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٥٦١ وما بعدها .

[٢] تفصيلاً في كيفية الفصل في الطلب راجع : سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٣٥٥ .

[٣] المكان السابق .

العارض كياناً مستقلاً عن الطلب الأصلي ، بمعنى أنه قدم طبقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، وكان مستوفياً لشروط قبوله ، وكانت المحكمة المرفوع إليها مختصة به [١] ، في هذه الحالة يظل هذا الطلب قائماً باعتباره طلباً أصلياً [٢] ، ولا شأن له بالطلب الأصلي ، ومثال ذلك دعوى التزوير الفرعية التي ينبغي رفعها بإجراءات رفع الدعوى العادية ، فإذا زالت خصومة الطلب الأصلي لأي سبب ، فلا تزول بذلك خصومة دعوى التزوير الفرعية وينظرها القاضي باعتبارها دعوى تزوير أصلية [٣] .

ثانياً : اختصام الغير (٤) :

يسمى هذا النوع بالإدخال أو التدخل الإجباري ، أي يلزم الغير بالتدخل في الخصومة دون أن تكون له إرادة في ذلك ، وقد يكون هذا الالتزام أو الإجبار من أحد الخصوم ، أو من المحكمة التي تنظر الخصومة القائمة أصلاً بين أطراف من غيره ، ويترتب على هذا الإدخال أن يصبح الغير طرفاً في الخصومة القائمة ، مكتسباً لمركز قانوني لم يكن له من قبل ، فله كافة حقوق الخصم وعليه كافة واجباته [٥] ، وله أن يطعن في الحكم متى كانت له مصلحة في ذلك .

ويعتبر الإدخال الإجباري من الطلبات العارضة ، بموجبها يؤدي إلى اتساع الخصومة من حيث أطرافها ، وعلى ذلك يصبح الغير طرفاً في الخصومة له كقاعدة - حقوق الخصم وتقع على عاتقه واجباته ويجوز له تقديم دفوع وطلبات جديدة ، ويصبح الحكم الصادر فيها حجة على الغير ، ولا يستطيع بعد ذلك إنكار حجيته طالما أدخل فيها ، ويجوز له الطعن فيه ويترتب هذه النتائج ولو وقف المختصم في الخصومة موقفاً سلبياً ، لذلك يشترط في طلب الإدخال ما يشترط في الطلبات العارضة ، لا سيما الارتباط ، أي يلزم في طلب الإدخال ما يشترط في الطلب الأصلي [٦] ، لذلك نعرض لاختصام الغير بناء على طلب أحد الخصوم ، ثم لاختصام الغير بناءً على أمر المحكمة .

---

[١] سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٣٥٦ .

[٢] أحمد أبو الوفا / التعليق م(١٢٣) ، مرجع سابق ص ٥٦٣ .

[٣] تفصيلاً نجيب الجبلي /إجراءات دعوى التزوير الفرعية ، مرجع سابق ص .

[٤] تفصيلاً في اختصام الغير راجع : أحمد هندي / سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ٢٠٠٦ ، ص ١٩وما بعدها .

[٥] نجيب الجبلي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٦٧ .

[٦] نبيل إسماعيل عمر / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٥٥.

أ - اختصام الغير بناء على طلب أحد الخصوم : نظم القانون بالمادة (١٨٩) مرافعات القاعدة العامة لاختصام الغير بناء على طلب الخصوم ، ثم أضاف أحكاماً خاصة لأهم صور اختصام الغير ، وهي اختصام الضامن في المواد من (١٩٣ إلى ١٩٦) من ذات القانون ، بينما نظم قانون الإثبات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦ في المادة (١١٢) صورة اختصام الغير بناء على طلب أحد الخصوم لتقديم محرر ينتج في الدعوى يكون تحت يده ، لذلك نتكلم عن القاعدة واختصام الضامن ، ثم عن اختصام الغير بناء على طلب أحد الخصوم لتقديم محرر ينتج في الدعوى يكون تحت يده .

١- القاعدة العامة في اختصام الغير بناءً على طلب أحد الخصوم : قلنا فيما سبق أن اختصام الغير بناء على طلب أحد الخصوم يعد طلباً عارضاً ، لذلك نصت المادة (١٨٩) مرافعات [١] على أنه من حق الخصم أن يدخل في الخصومة من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى مع مراعاة مواعيد الحضور [٢] ، وعلى ذلك خول القانون - لاعتبارات كثيرة - الخصوم في دعوى قائمة الحق في طلب إدخاله ، أي من الغير في الخصومة القائمة ليصبح طرفاً فيها ، أو لمجرد إلزامه بتقديم ورقة تكون تحت يده .

ولهذا يشترط لقبول طلب الإدخال الشروط المقررة للطلبات العارضة لا سيما الارتباط بين الطلب الأصلي ، والطلب الموجه إلى الغير ، فاختصام الغير يفترض وجود ارتباط بين القضية المعروضة وبين شخص من الغير ممن يجوز أن يكون مدعياً أو مدعى عليه في الخصومة منذ بدئها [٣] .

مثال ذلك إذا بادر الدائن إلى رفع دعوى على أحد المدنيين المتضامنين فيجوز اختصام غيره من المتضامنين بناء على طلب الدائن أو المدني ، كذلك لو رفع أحد الشركاء على الشيوع دعوى للمطالبة بملكية المال الشائع يجوز اختصام غيره من الشركاء ، ويجوز أيضاً لمن رفع دعوى ملكية على من ينازعه أن يدخل فيها من تلقى حقاً على العين المتنازع عليها من المدعى عليه ليكون الحكم حجة عليه [٤] ، ويجوز كذلك لمدين المدين الذي رفعت عليه

---

[١] تقابلها نص المادة (١١٧) مرافعات مصري .

[٢] راجع : أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٢٥ وما بعدها .

[٣] فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٣٣٠ .

[٤] نجيب الجبلي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٦٨ .

دعوى من دائن دائنه باسم مدينه أن يدخل دائنه المباشر ، ولصاحب الضمان أن يختصم الضامن للدفاع عنه إذا لم يتدخل الضامن من تلقاء نفسه [1] .

وعلى ذلك يجوز اختصام أي شخص من الغير إذا وجد ارتباط بين الطلب الأصلي والطلب الموجه إلى الغير [2] ،أي أن المادة (١٩٨) اشترطت توافر الارتباط بين الدعوى المرفوعة وبين شخص الغير ، وبالتالي لا يجوز اختصام من كان يجوز اختصامه في الدعوى عند رفعها إلا إذا توافرت حالة ارتباط بين الدعوى المعروضة والغير .

ويكون اختصام الغير بناءً على طلب طبقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة مواعيد الحضور م(١٨٩) مرافعات .

معنى ذلك أن الطريقة الوحيدة لاختصام الغير ، تكون بطلب اختصام ، من خلال تقديم عريضة أو صحيفة يودعها الخصم قلم كتاب المحكمة التي تنظر الدعوى ، ثم تعلن هذه الصحيفة إلى الشخص المطلوب إدخاله ، ولهذا ذهب البعض إلى أنه لا يصلح أن يطلب الخصم اختصام الغير شفاهة في الجلسة ،ويثبت ذلك في محضر الجلسة [3] إلا أنه ليس هناك ما يمنع من ذلك ، باعتبار القانون يجيز تقديم الطلبات العارضة شفاهة في الجلسة، ويثبت ذلك في محضرها م(٢/٢٠٢) مرافعات ، كما أن القانون يجيز رفع الدعاوى شفاهة وتحرر بعد ذلك من الكاتب م(٧/١٠٤) مرافعات [4] .

٢- دعوى الضمان الفرعية [5] (اختصام الضامن) : نظم القانون اليمني هذه الدعوى بالمواد (١٩٣ إلى ١٩٦) مرافعات ، وذلك لما لهذه الدعوى من أهمية ولكثرة شيوعها في الحياة العملية .

والضمان يعني التزام شخص (الضامن) بأن يحمي آخر (المضمون) من دعوى وجهت إليه من شخص ثالث (الغير) وأن يعوضه إذا فشل في ردها عنه ، والجزاء الذي يكفل حق الضمان أن للمضمون دعوى يوجهها ضد الضامن ، وتسمى دعوى الضمان [6] ، أي أن

---

[1] المكان السابق .

[2] فتحي والي / الإشارة السابقة .

[3] راجع في نقد هذه الطريقة : أحمد هندي / مرافعات ، مجرع سابق ص ٢٢٦ .

[4] راجع في هذا الرأي / نجيب الجبلي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٦٩ والحاشية رقم (٥) من ذات الصفحة .

[5] تفصيلاً فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٣٣١ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٥١ وما بعدها .

[6] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٢٢٧ .

مضمون دعوى الضمان الفرعية ، إدخال شخص من الغير يلتزم بالضمان في مواجهة من يختصمه [1] ومثاله قيام المشتري الذي رفعت عليه دعوى استحقاق المبيع بإدخال البائع وقيام الكفيل بإدخال المدين الأصلي (المكفول عنه) في الدعوى ، فإذا حكم على المشتري أو الكفيل كان لهما الرجوع على البائع أو المدين الأصلي المكفول عنه ، مع استفادة كل من المشتري أو الكفيل من دفاع البائع عن المشتري ، أو المدين عن الكفيل [2] .

ويجوز لمن له حق الضمان أن يوجه الدعوى بالضمان بطريقتين الأولى دعوى ضمان أصلية ، حيث ينتظر المضمون إلى أن يفصل في الدعوى المرفوعة عليه ، فإذا خسرها فإنه يستطيع الرجوع على الضامن بدعوى الضمان الأصلية يرفعها بالطرق المعتادة في رفع الدعاوى أمام المحكمة المختصة ، والثانية عن طريق رفع دعوى الضمان الفرعية ، حيث ترفع دعوى على المضمون تتناول المنازعة في الشيء محل الضمان ، فيقوم المضمون بإدخال الضامن في تلك الدعوى الأصلية ، لكي يقوم بالدفاع عنها ولكي يحكم عليه بالتعويض إذا خسر المضمون الدعوى [3] .

والأفضل أن يرفع المضمون دعوى الضمان بصورة عارضة أثناء نظر الدعوى الأصلية بدلاً من أن ينتظر حتى الفصل فيها ثم يرجع على الضامن ، وذلك لأن الضامن يقوم بالدفاع عن المضمون في الدعوى الأصلية ، مما يتفادى الحكم عليه في هذه الدعوى ، وإذا فرض أنه خسر الدعوى الأصلية فإنه يمكن للمضمون الحصول في نفس الوقت على حكم بالتعويض قبل الضامن ، مع الحكم الصادر ضد هذه الدعوى دون حاجة إلى خصومة جديدة [4] .

ويترتب على اختصام الضامن في الدعوى الأصلية وجود دعويين ، الدعوى الأصلية ودعوى الضمان ، كما تصبح الخصومة ثلاثية الأطراف مدعي الضمان والضامن والخصم الآخر .

وطالب الضمان : وهو المدعي في دعوى الضمان الفرعية ، والمدعى عليه أو المدعي حسب الأحوال في الدعوى الأصلية ، ويجوز له أن يطلب إخراجه من الدعوى الأصلية إذا لم يكن

---

[1] سعيد خالد الشرعبي / الإشارة السابقة ، فتحي والي / ألإشارة السابقة .

[2] سعيد خالد الشرعبي / الإشارة السابقة .

[3] نجيب الجبلي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٧٠ .

[4] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٢٧ .

مطالباً بالتزام شخصي منها [1] وبموافقة الخصم (١٩٥) مرافعات ، وسواء خرج طالب الضمان من الخصومة أو بقى فيها ، لأنه خصم ممثلاً في الدعوى بواسطة الضامن ، فإن الحكم الذي يصدر في الدعوى الأصلية يكون حجة في مواجهته ويمكن تنفيذه ضده ، كما يجوز له الطعن في الحكم [2] ويستفيد طالب الضمان من إخراجه من الدعوى الأصلية إعفاؤه من الواجبات الإجرائية كعبء الحضور وتفادي الحكم عليه بمصاريف الدعوى في حالة خسارتها ، وإذا كان من الجائز خروج طالب الضمان من الدعوى الأصلية ، إلا أنه يظل خصماً في دعوى الضمان الفرعية ، وطرفاً في خصومتها إلا إذا تنازل عنها ، أو قرر ترك الخصومة بالنسبة لها [3] .

أما الضامن : فهو المدعى عليه في دعوى الضمان ، وهذا ما يجعله طرفاً في الخصومة بالنسبة لهذه الدعوى ، ويستطيع أن يقدم كافة الدفوع الخاصة به والمتعلقة بالتزامه بالضمان ، وهذا يجعل الحكم الصادر في دعوى الضمان حجة عليه كما يجوز له الطعن فيه ، كما أن الضامن يستفيد من النوع الذي يتمسك بها طالب الضمان ، وله أن يتمسك بتلك الدفوع ولو لم يتمسك بها طالب الضمان ، وإذا حدث وخرج طالب الضمان حل الضامن محله [4] .

وترفع دعوى الضمان الفرعية بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، وما يلزم إعلانها قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى الأصلية ، ويجب على المحكمة تأجيل الجلسة ، إلا في حالات استثنائية طبقاً للمادة (١٩٣) مرافعات [5] .

٣- اختصام الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده : تجيز المادة (١١٢) من قانون الإثبات [6] رقم (٣١) لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته للخصم أن من المحكمة الإذن بإدخال الغير خلال سير الدعوى لإلزامه بتقديم محرر تحت يده ، ويكون ذلك في حالة ما إذا كان القانون يجيز

---

[1] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٢٢٨ .

[2] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٢٢٩ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٣٣٣ ، سعيد خالد الشرعبي / أصول ، مرجع سابق ص ٤٥٤ .

[3] أحمد هندي / المرجع السابق ص ٢٢٩ ، فتحي والي / المجرع السابق ص٣٣٤ .

[4] أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٢٩ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٣٣٤ ، سعيد خالد الشرعبي ، أصول ، مرجع سابق ص ٤٥٥ .

[5] تفصيلاً سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٥٤٣ وما بعدها .

[6] يقابلها نص المدة (٢٦) إثبات مصري .

تقديمه ، أو كان المحرر مشتركاً بين الخصم وحائزه ، وفي هذه الحالة لا يعتبر الغير خصماً بمعنى الكلمة ، وإنما هو أقرب إلى الشاهد منه إلى الخصم ، ويقتصر دوره على تقديم الدليل وفقاً للإجراءات التي يرسمها قانون الإثبات [1] .

ب- إدخال الغير بناءً على أمر المحكمة : منح القانون دوراً إيجابياً للقاضي في تسيير الخصومة بعد أن كانت ملكاً للخصوم ، معنى ذلك أن وظيفة القاضي لا تقتصر على حسم النزاع ، وإنما تمتد إلى تطبيق القانون على الخصوم ، مما يقتضي ألا يترك هذا الأمر للخصوم فقط [2] ويسمى ذلك الدور الإيجابي للقاضي .

وقد نصت المادة (١٩٠) مرافعات يمني على أنه : (للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة ومن ذلك :

١- من كان خصماً في الدعوى في مرحلة سابقة .

٢- من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة .

٣- الوارث مع المدعي أو المدعى عليه أو الشريك على الشيوع إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركة قبل قسمتها أو بعدها أو بالشيوع .

٤- شركة التأمين المسئولة عن الحق المدعى به إذا كان مصرحاً بها .

٥- من يحتمل أن يلحق به ضرر من قيام الدعوى أو من الحكم فيها إذا ظهرت للمحكمة دلائل على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب الخصوم وتعين المحكمة ميعاداً للخصوم لا يجاوز ثلاثة أسابيع) .

وعلى ذلك نتكلم عن حالات الإدخال بأمر المحكمة وإجراءات اختصام الغير بناءً على هذا الأمر على النحو التالي :

١- حالات الإدخال لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة :

القاعدة العامة : نصت المادة (١٩٠) مرافعات [3] على أنه للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال شخص من الغير في الدعوى لمصلحة العدالة [4] ليصبح الحكم الصادر في الدعوى حجة له أو عليه ، وبذلك تتفادى تناقض الأحكام في الدعوى الواحدة أو الدعاوى

---

[1] سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٤٥٥ ، وكتابه حق الدفاع ص ٤٢٤ .

[2] راجع في عرض ذلك : أحمد هندي / المرجع السابق ص ٢٢٩ وما بعدها .

[3] يقابلها نص المادة (١١٨) مرافعات مصري .

[4] راجع تفصيلاً في فكرة العدالة : سمير تناغو / النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون سنة نشر ص ١٥٢ .

المرتبطة ، خاصة المرتبطة منها برباط لا يقبل التجزئة [1] وبذلك أعطى المشرع للمحكمة سلطة تقديرية في الأمر باختصام الغير ، فإذا كان للغير أن يتدخل في الدعوى اختصامياً أو انضمامياً إذا كانت له مصلحة وكان يوجد ارتباط بين طلبه والطلب الأصلي ولم يتدخل من تلقاء نفسه لأي سبب كما لو أنه لم يعلم بالخصومة القائمة ، ولم يقدم أحد من الخصوم باختصامه تلقائياً ، فإن للمحكمة أن تأمر باختصامه لحماية مصلحة الغير ، منعاً من تعارض الأحكام [2] .

وقد يكون إدخال الغير بأمر المحكمة لإظهار الحقيقة ، وهو إذا ما ترجح للمحكمة أن هذا الإدخال من شأنه أن يؤدي إلى الوصول للحقيقة في القضية المعروضة ، وعلى ذلك فقد ترى المحكمة أن الفصل في النزاع المطروح أمامها تنقصه عناصر موضوعية ، لا تستطيع استخلاصها من مجموع ما قدمه الخصوم من وقائع ، وترى أن هذه العناصر توجد في حوزة أشخاص آخرين [3] كما لو أدخل الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، أو إدخاله لمساعدة أحد أطراف الخصومة في الدعوى ، إذا وجد القاضي حاجة أيها حتى تظهر الحقيقة ، ولا يقصد إدخال الغير لمجرد سماع شهادته في أمر ما ، فذلك أمر آخر نظمه قانون الإثبات ، ولكن يجوز للمحكمة إدخال الغير لمجرد سؤاله عن أمر ما ، أي أنه قد ينتهي الوضع بتوجيه طلب موضوعي للغير باستجوابه [4] .

٢ـ إجراءات اختصام الغير بأمر المحكمة :

إذا رأت المحكمة إدخال الغير ، فإنها تحدد ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله وتحدد من يقوم من الخصوم بإدخاله ، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى م(١٠٤) مرافعات ، وهذا ما يفهم من نص المادة (١٩٠) مرافعات ، والتي تنص على أنه للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة [5] .

---

[1] أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٥٥١ ، أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٣٠ .

[2] أحمد هندي / الإشارة السابقة ، فتحي والي / ألوسيط ، مرجع سابق ص ٣٣٥ .

[3] تفصيلاً : نبيل إسماعيل عمر / الارتباط الجزئي ، ص ١٥٨ وما بعدها .

[4] راجع : أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٣١ ، أحمد أبو الوفا / التعليق ، مرجع سابق ص ٥٥٤ .

[5] راجع في هذا الرأي : نجيب الجبلي / مرافعات ، مرجع سابق ص ٢٧٥ وما بعدها ، وقارن سعيد خالد الشرعبي / أصول، مرجع سابق ص ٤٥٧ .

الفصل الثالث

أثر رفع دعوى البطلان والحكم فيها

الفصل الثالث
أثر رفع دعوى البطلان والحكم فيها

إذا رفعت دعوى البطلان فإنه يترتب على رفعها الآثار العامة على رفع الدعوى شأنها شأن أي دعوى ، ولكن لن نتكلم هنا عن هذه الآثار فيمكن الرجوع إلى الكتب العامة التي توضح ذلك [1] ، ولكن المقصود بآثار الدعوى ، أي الآثار الخاصة التي تترتب على رفع دعوى البطلان ، وذلك من خلال نصوص التشريعات وآراء الفقه ، بمعنى هل يؤدي رفع الدعوى إلى وقف تنفيذ حكم المحكم في حالة رفع دعوى البطلان؟

وبالإجابة على هذا السؤال سنكون قد وصلنا إلى الآثار الخاصة التي تترتب على رفع دعوى البطلان ، كما أنه إذا طرحت الدعوى على المحكمة المختصة بدعوى البطلان ، ألزمت بالفصل في الدعوى وإلا اعتبر القاضي ممتنعاً عن الفصل في الدعوى ومرتبكاً لجريمة إنكار العدالة ، وبالتالي يجوز مخاصمته استناداً إلى هذا السبب ، وبصدور الحكم في الدعوى نكون قد وصلنا إلى هدفها وهو الغاية المرجوة من رفعها ، وهذا الحكم يخضع للقواعد العامة لإصدار الحكم ، ولن نتكلم هنا عن هذه القواعد فيمكن الرجوع إليها إلى الكتب العامة [2] من حيث إجراءات الإصدار أو التحرير ، ولكن سنوضح هنا القواعد والصفات الخاصة بالحكم الصادر في دعوى البطلان .

ومما سبق يتضح موضوع هذا الفصل ، وعلى ذلك نقسمه إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : أثر رفع دعوى البطلان .

المبحث الثاني : الحكم في دعوى البطلان

---

[1] راجع في ذلك : أحمد هندي / مرافعات ، مرجع سابق ص ١٩٩ ، وما بعدها ، نجيب الجبلي / قانون المرافعات اليمني ، مرجع سابق ص ٢٣٩ ، فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٤٣٣ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي ، أصول ، مرجع سابق ص ١٢٨ وما بعدها ، إبراهيم محمد شرف الدين / قانون المرافعات ، مرجع سابق ص ١٣٧ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ص ٢٨٠ وما بعدها .

[2] راجع في ذلك : أحمد هندي / المرجع السابق ص ٢٦٩ وما بعدها ، نجيب الجبلي / المرجع السابق ص ٥١٢ وما بعدها ، فتحي والي / المرجع السابق ص ٥٤٨ وما بعدها ، سعيد خالد الشرعبي / المرجع السابق ص ٥٢٩ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ص ٦٥٨ وما بعدها ، وكتابه نظرية إبراهيم محمد شرف الدين / المرجع السابق ص ٢٨٥ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل ، الأحكام ، ٦٧ ، المرجع السابق ص ٣٣٩ وما بعدها .

المبحث الأول

أثر رفع دعوى البطلان

اختلفت التشريعات في الأثر المترتب على رفع دعوى البطلان الموجه ضد حكم التحكيم ،فالبعض منها يرتب وقف تنفيذ حكم المحكمين بمجرد رفع دعوى البطلان ، ما لم تقضي المحكمة باستمرار هذا التنفيذ بناء على طلب صاحب الشأن ، وهو ما نرجحه وهو موقف قانون التحكيم اليمني ، والبعض الآخر لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف التنفيذ ، ولمحكمة الطعن أن تأمر بالتنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة دعواه ، وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية ومبررة ، وهو موقف قانون التحكيم المصري .

وعلى ذلك فالمشرع اليمني نص في المادة (٥٤) من قانون التحكيم على أنه (... يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ الحكم إلى أن تقضي المحكمة بالاستمرار فيه بناء على طلب الطرف المعني ...) .

ويتبين من النص السابق أن المشرع اليمني قد رتب وقف تنفيذ حكم المحكمين بمجرد رفع دعوى البطلان ما لم تقض المحكمة باستمرار هذا التنفيذ بناء على طلب صاحب الشأن، فإذا تضمن حكم المحكم عدة أمور ورفضت دعوى البطلان لشق من الحكم فإن هذا الشق وحده هو الذي يوقف تنفيذه بقوة القانون أو بحسب طبيعتها ، أو إذا كان المحكم مصالحاً فإن الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم في شق من الموضوع توقف تنفيذ الحكم كله ، ويراعى أن الحكم برفض الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم ، يعتبر حكماً بالاستمرار في تنفيذ هذا الحكم [1] .

نخلص من ذلك أن القانون اليمني قد جسد مبدأ وقف التنفيذ بمجرد رفع دعوى البطلان كأثر لرفع هذه الدعوى ، إلا أن هذا المبدأ محل نقد بعض الفقه ، ذلك بأنه يؤدي إلى إنكار كل سلطة للمحكم فيما فصل فيه ، وبذلك تكون هذه الدعوى وسيلة لتعطيل القوة التنفيذية للمحكم [2] ، وبأنه يؤدي إلى حث المحكوم عليه سيء النية إلى أن يظل ممتنعاً عن رفع دعوى البطلان حتى آخر لحظة في الميعاد المحدد لرفعها ثم يقوم برفعها فيؤدي ذلك إلى تعطيل تنفيذ الحكم بقوة القانون لمدة طويلة ، كما أن الأثر الموقف

---

[1] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٣٢٤ وما بعدها .

[2] أحمد أبو الوفا / التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ص ٣٢٢ .

للتنفيذ الذي يحدثه مجرد رفع دعوى البطلان يمتد أيضاً طوال الفترة التي تستغرقها خصومة دعوى البطلان [1] .

وإزاء هذه الانتقادات فإننا نرى خلاف ذلك ، فالمشرع اليمني قد أحسن بتأكيده على أن رفع دعوى البطلان يؤدي إلى وقف التنفيذ بقوة القانون لحكم المحكم ، وذلك نظراً لأن فاعلية التحكيم تقتضي التريث قبل التنفيذ ولا تعني السرعة إلى حد حصول الضرر [2] ، ولا يجوز القول أن هذا يؤدي إلى إنكار سلطة المحكم لأن دعوى البطلان أسبابها محددة وقد تكون عدم مراعاة القواعد الأساسية في التقاضي [3] ، والتريث في التنفيذ مطلوب خصوصاً عندما يكون حكم التحكيم أجنبياً أي صادراً في بلد أجنبي ، لكي يحقق قضاء الدولة دوراً مهماً في عملية الرقابة ، وعلى ذلك يجوز للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان أن تأمر باستمرار التنفيذ بناء على طلب صاحب الشأن [4] ، كما أننا لا نرى مبرراً للقول أن المدة القانونية لرفع دعوى البطلان تؤدي إلى الإضرار بالمحكوم له ، لأن هذه المدة هي مدة نص عليها المشرع من أجل أن يتريث المحكوم عليه ويستطيع أن يعد طعنه خلالها ، وبالتالي لا تؤدي بذاتها إلى الإضرار بالمحكوم له أو المدعي بالبطلان في هذه الحالة طالما رفعت الدعوى في الميعاد ، ولم يسقط الحق في رفعها لفوات الميعاد ، ولأن هذه المدة شأنها شأن المدد المقررة للطعن لا سيما مدة الاستئناف المقررة للأحكام القضائية في حالة توافر شروطها ، ولم يقل أحد أن رفع الطعن باستئناف الأحكام القضائية في نهاية الميعاد المقرر لذلك يؤدي إلى الإضرار بالمحكوم له .

وإذا كان هذا هو الحال في قانون التحكيم اليمني ، والذي قرر وقف تنفيذ حكم التحكيم بمجرد رفع دعوى البطلان ، وأجاز - استثناءً من الأصل - لمحكمة الطعن أن تأمر باستمرار التنفيذ بناءً على طلب صاحب الشأن ، فعلى العكس من ذلك كان لقانون التحكيم المصري موقعاً مخالفاً حيث نصت المادة (٥٧) تحكيم مصري على أنه : (لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب

---

[1] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٣٧ .

[2] عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٥٥ .

[3] أحمد أبو الوفا / الإشارة السابقة .

[4] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٥١٣ .

جدية ...) وبذلك يكون القانون المصري بصريح نص المادة السابقة الأصل العام في حكم التحكيم وهو قابليته للتنفيذ بمجرد صدوره ، بحيث لا يترتب على رفع الدعوى ببطلانه وقف التنفيذ ، وأجاز - استثناءً من هذا الأصل - لمحكمة الطعن أن تأمر به (التنفيذ) إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة دعواه ، وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية مبررة .

وبالتالي يفهم من نص المادة السابقة أن المشرع المصري يرى أن رفع دعوى البطلان لا يؤدي إلى وقت تنفيذ الحكم بقوة القانون ، وأن المحكوم عليه يمكنه رفع دعوى البطلان ، وفي ذات الوقت يكون في مكنة المحكوم له تنفيذ هذا الحكم سواء قبل رفع هذه الدعوى ، أو أثناء رفعها ، لأنه ببساطة ليس للطعن بالبطلان في حكم المحكم أثر موقف لتنفيذ هذا الحكم ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في الطعن غير العادي في الأحكام الحائزة للقوة التنفيذية وقوة الأمر المقضي به والصادرة من قضاء الدولة حينما يطعن فيها بطرق الطعن غير العادية [١] .

ويؤدي جانب من الفقه موقف المشرع المصري بأنه مواكب للتطور ، ويتفق مع الفلسفة التي تقوم عليها منظومة التحكيم ، والتي تستند إلى عاملي السرعة والعدالة في إصدار الأحكام وتنفيذها مقرراً منح الفاعلية الكاملة لحكم التحكيم بمجرد صدوره [٢] .

وإذا كان القانون المصري قد قرر أن رفع دعوى البطلان لا يرتب أثراً واقفاً لحكم التحكيم مما يؤدي إلى الإسراع بعملية التنفيذ تمشياً مع ما يهدف إليه نظام التحكيم من سرعة في التنفيذ احتراماً لحكم التحكيم [٣] إلا أن محكمة البطلان قد تحكم ببطلان الحكم وينتج عن ذلك ضرر جسيم بالمحكوم عليه نتيجة لصعوبة إعادة الحال إلى ما كان عليه ، وهذا ما سنبينه فيما بعد على التوالي .

وعلى ذلك فيرى جانب من الفقه [٤] بأن نص المادة (٥٧) تحكيم مصري السابقة غير واضح ويتضمن تناقض كبير ينبغي إصلاحه مع نص المادة (١/٥٨) من ذات القانون ، والتي

---

[١] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٢٣ .

[٢] بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، مرجع سابق ص٢٩٦ ، أقرب من ذلك : أحمد حشيش / القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٨ ص ١٣١ ، أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ١٠٤ .

[٣] حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم ، مرجع سابق ص ٣٣٦ .

[٤] تفصيلاً في هذا العقد راجع : نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٢٦ وما بعدها ، حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان ، مرجع سابق ص ٢٢٤ وما بعدها .

تنص على أنه (١- لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى...) ، فإذا كانت المادة (٥٧) السابقة تقرر بأنه لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم المحكم ، فإن معنى ذلك أن هذا الحكم رغم الاعتراف له بصفة الأحكام القضائية النهائية إلا أنه لا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بعد الحصول على أمر بتنفيذه من المحكمة المختصة ، وهذا الأمر بالتنفيذ لا يجوز التقدم بطلب الحصول عليه إلا بعد انقضاء ميعاد التسعين يوماً المحددة لرفع دعوى البطلان م(١/٥٤) من ذات القانون ، فقبل انقضاء هذا الميعاد لا يجوز التقدم بطلب الحصول على أمر التنفيذ وإلا صدر الأمر برفض أو بعدم قبول هذا الطلب لعدم احترام ميعاد التسعين يوماً وهذا الميعاد كامل بالنسبة لطلب التنفيذ أي يتعين انقضائه بالكامل قبل التقدم بهذا الطب .

وبناءً على ذلك فقبل فوات هذا الميعاد لا يتصور أن يكون حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ الجبري ، والمفروض أن دعوى البطلان ترفع قبل انقضاء اليوم الأخير من ميعاد رفعها وهو تسعين يوماً ، وبالتالي لا يتصور أن يرتب على رفعها وقف أو عدم وقف التنفيذ ، ولا يكون الحكم قابلاً له في الأصل .

رأي الباحث في أثر رفع دعوى البطلان :

قلنا فيما سبق بأننا نرجح موقف القانون اليمني ، وسبب تأييدنا لهذا الرأي الذي يهذب إلى إيقاف التنفيذ كأثر لرفع دعوى البطلان ، هو أنه أحياناً يصدر حكم المحكم وبه عوار أو عيوب كبيرة قد تصل إلى درجة الانعدام نتيجة للجهل بالقانون ، لا سيما وأن نظم التحكيم لم تفرض شروطاً محددة في المحكم كالعلم بالقانون ، والعلم بالمبادئ الأساسية في التقاضي ،وبالتالي يجوز أن يكون المحكم أمياً أو جاهلاً بالقانون ،وفي هذه الحالة قد يصدر المحكم حكماً به من العيوب السابقة فكيف ننفذ هذا الحكم قبل نظر دعوى البطلان ، لأنه إذا بطل هذا الحكم من المحكمة التي تنظر دعوى البطلان وحكم بتنفيذه فمن الصعب جداً إعادة الحال إلى ما كان عليه بالتنفيذ العكسي ، لا سيما في التنفيذ المباشر كما هو الحال في التنفيذ الجبري المتعلق بالإزالة والإخلاء وغيرها من صور التنفيذ المباشر ، وما ذهبنا إليه يتمشى مع ما نص عليه قانون المرافعات اليمني م(٢٩٤/أ) عندما قرر أن يكون لرفع الطعن بالنقض لبعض الأحكام أثر واقف لبعض الحالات ومنها الأحكام الصادرة في المسائل الإدارية والأحكام الصادرة في المسائل العقارية والإزالة ، والهدف الذي يبتغيه المشرع هو ما يتحقق في حالة التحكيم وهو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ أو صعوبة

التنفيذ العكسي ، ولذلك ولكي نتوقى هذه المشاكل يجب أن يكون لدعوى البطلان أثر واقف لرفعها ، وبالتالي يجوز لمحكمة البطلان أن تأمر باستمرار التنفيذ بناءً على طلب عارض من مدعي البطلان ، ولها أن تقرر حسب ما يترجح لها إلغاء الطعن من عدمه والحكم بالاستمرار بالتنفيذ بموجب كفالة أو بدونها .

المبحث الثاني

الحكم في دعوى البطلان

قلنا فيما سبق بأن الحكم الصادر في دعوى البطلان شأنه شأن سائر الأحكام الصادرة عن القضاء يخضع للقواعد العامة في إصدار هذه الأحكام من حيث لزوم صدوره بالشكل الذي حدده القانون لتمكين الخصوم وغيرهم من استخراج نسخة منه ، كما يجب أن يتضمن البيانات المحددة طبقاً لنص المادة (٢٢٩) مرافعات ، كما أن هذا الحكم لا يكتب من فراغ وإنما لا بد للوصول إليه من اتخاذ مجموعة من الإجراءات وهي المرحلة السابقة على إصداره وهي النطق به وإيداعه ثم تحريره ، كما يجب أن يكون مسبباً وغير متناقض بعضه مع بعض ، أو مع منطوقه وإلا كان باطلاً (٢٣١) مرافعات .

إلا أننا لن نتطرق لهذه القواعد المتعلقة بإجراءات إصدار الأحكام وتحريرها وتخيل في شأنها إلى الكتب العامة ، وسنتكلم في هذا المبحث عن الحكم في دعوى البطلان من حيث طبيعته وأثره والطعن فيه وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : طبيعة الحكم بالبطلان وسلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان.

المطلب الثاني : أثر الحكم بالبطلان .

المطلب الثالث : الطعن في الحكم في دعوى البطلان .

المطلب الأول

طبيعة الحكم بالبطلان وسلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان

أولاً : طبيعة الحكم بالبطلان :

يعد الحكم الصادر من محكمة الاستئناف في الطعن بالبطلان في حكم التحكيم حكماً قطعياً تقريرياً منهياً للخصومة .

ومن خلال ذلك يتبين لنا بان الحكم ببطلان حكم التحكيم يتميز بثلاثة خصائص هي:

١- حكماً قطعياً : ويقصد بالحكم القطعي أي الحكم الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى ، أو أحد أجزائه ، أو في مسألة متفرعة عنه ، سواء تعلقت هذه المسألة بالقانون أو بالوقائع [١] .

٢- حكماً تقريرياً : ويقصد بالحكم التقريري أي الحكم الذي يقضي بوجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني أو واقعة قانونية [٢] ، ولا يقع بموجبه التزام معين يجب أداؤه ، أي لا يجوز تنفيذه جبراً [٣] .

٣- حكماً منهياً للخصومة : ويقصد بالحكم المنهي للخصومة أي الحكم الذي تنتهي به الخصومة برمتها أمام ذات المحكمة التي تنظر الدعوى ، فيكون الحكم قابلاً للطعن المباشر أمام المحكمة العليا باعتبار أن الحكم في دعوى البطلان صادر من محكمة الاستئناف، وذلك للأسباب المقررة في القانون م(٣٩٢ ، ٣٩٣) مرافعات يمني ، وهذا ما سنتناوله في التفصيل في المطلب الثالث من هذا البحث .

ثانياً : سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان :

قلنا فيما سبق بأن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان هي دائماً محكمة الدرجة الثانية ، إلا أنها لا تنظر الدعوى باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي ، بل باعتبارها قضية جديدة غير القضية التي فصل فيها الحكم محل دعوى البطلان [٤] ، ودعوى البطلان تطرح على محكمة الدرجة الثانية أسباب البطلان التي يتمسك بها المدعي كسند لطلبه بإبطال حكم المحكم ، وهذه الأسباب هي التي تشكل موضوع الدعوى [٥] ، ويقتصر دور المحكمة على الحكم بأحد أمرين هما :

---

[١] تفصيلاً في الحكم القطعي راجع : فتحي والي / الوسيط ، مرجع سابق ص ٥٤٥ وما بعدها ، أحمد أبو الوفا / نظرية الأحكام ، مرجع سابق ص ٥٢٥ وما بعدها .

[٢] تفصيلاً في الحكم التقريري / فتحي والي ، المرجع السابق ص ١١٦ وما بعدها .

[٣] تفصيلاً في الحكم المنهي للخصومة راجع ص من هذه الرسالة .

[٤] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦٢٣.

[٥] نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٢٩ .

١- أما الحكم برفض الدعوى ، وذلك إذا تبين للمحكمة عدم صحة سبب البطلان الذي بني عليه مدعي البطلان طلبه ببطلان حكم التحكيم ، وبالتالي الحكم بصحة حكم التحكيم .

٢- أو الحكم بقبول الدعوى متى توافر سبب من أسباب البطلان المحددة على سبيل الحصر في المادة (٥٣) تحكيم يمني ، والمادة (١/٥٣) تحكيم مصري ، وبالتالي الحكم ببطلان حكم التحكيم .

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة الأخيرة ، هل دور محكمة البطلان سيقف عند حد الحكم بإبطال حكم التحكيم ، أما سيتجاوز ذلك إلى الفصل في موضوع النزاع ؟

الواقع أن محكمة البطلان لا تعتبر محكمة موضوع ، فهي لا تعيد نظر النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم ، أو تصلح ما به من خلل ، وهذا ما أكده القضاء اليمني في العديد من أحكامه ، فقد قضت المحكمة العليا بأن دور محكمة الاستئناف وهي بصدد نظر دعوى البطلان وتقضي باعتبار الحكم كأن لم يكن أو ترفض دعوى البطلان واعتبار حكم التحكيم واجب النفاذ [١] كما قضت في حكم لها بأنه من المعلوم بأن الشعبة عند نظرها دعوى البطلان تعتبر بمثابة محكمة قانون إما أن تقبل الدعوى أو ترفضها فليس لها حق التصدي للحكم في موضوع التحكيم إذا ما قررت قبول دعوى البطلان وإلغاء حكم المحكم [٢] وقضت في حكم آخر ، ويبين من الحكم المطعون فيه أن الشعبة قد انهمكت في ذكر التفاصيل الدقيقة كفواتير شراء السيارات وتواريخها وأشكالها وأنواعها ، التي لا صلاحية للشعبة في الخوض فيها كون أسباب دعوى البطلان أشبه ما تكون بأسباب الطعن بالنقض لتعلقها بأسباب محددة ومتصلة بالقوانين لا بالوقائع [٣] .

ومن المعلوم أن أسباب دعوى البطلان وردت في المادة (٥٣) تحكيم يمني على سبيل الحق فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها ، وعلى ذلك فإن رقابة محكمة الاستئناف تقتصر على البحث والتحقق من توافر إحدى حالات دعوى البطلان المحددة في المادة (٥٣) تحكيم يمني ولا تتعداها ، بمعنى أن سلطة محكمة الاستئناف ليست مطلقة فلا يجوز لها الخوض

---

[١] نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن (٢٧٥٣٩) - بتاريخ ١٤٢٧/٦/٨هـ الموافق ٢٠٠٦/٧/٤ غير منشور .

[٢] نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٢٧٥٣٩) - بتاريخ ١٤٢٧/٦/٨هـ الموافق ٢٠٠٦/٧/٤ غير منشور .

[٣] نقض يمني - الدائرة التجارية (ب) - الطعن رقم (٢٧٧٤٠) - بتاريخ ١٢ محرم ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٢/١١ غير منشور .

في غمار الخلاف وتتبع تفاصيله من حيث الموضوع إذ لا يحق لها مناقشة براهين وأدلة الإثبات وتقدير ملاءمتها في إثبات الوقائع كون هذه المسائل تخضع لتقدير المحكم ويقتصر دور المحكمة على التحقق من مدى صحة المحكم من الناحية القانونية ، أي بما يشابه اختصاص المحكمة العليا ، فقد أضفى القانون على أحكام المحكمين طبيعة خاصة تتفق والهدف من تنظيمها وهي الاختصار في الإجراءات والوقت ، ولذلك أناط القانون بمحاكم الاستئناف صلاحية مراقبة أحكام التحكيم من الواجهة القانونية فقط والفصل في دعوى البطلان إما بقبولها لثبوت مخالفة الحكم للقانون دون الخوض في تفاصيل الموضوع ، وإما برفضها لثبوت صحة الحكم من الناحية القانونية ، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في عدة سوابق قضائية كما سبق [1] .

كما يجوز لمحكمة الاستئناف أن تقوم بإبطال جزء من الحكم وذلك استثناء من الأصل إذا كان ممكناً ودون أن يؤثر على سلامة واستقامة بقية الحكم [2] .

ورغم أنه يمتنع على المحكمة التي تنظر دعوى البطلان نظر موضوع الدعوى التي صدر فيها حكم التحكيم ، إلا أنه لكي تتمكن المحكمة من التحقق من توافر بعض حالات البطلان التي يدعيها المدعي ، مثل صدور الحكم دون اتفاق تحكيم صحيح ، أو متجاوزاً نطاقه ، أو عدم قابلية النزاع لأن يكون محلاً للتحكيم ، أو الإخلال بحق الدفاع ، فإن لمحكمة البطلان السلطة الكاملة في بحث جميع عناصر النزاع في الواقع والقانون وتفسير اتفاق التحكيم ، أو بحث قد تم في الخصومة من مذكرات أو مستندات أمام هيئة ، مما يلزم للتأكد من توافر العيب المنسوب إلى حكم التحكيم [3] .

يتجه بعض الفقه [4] إلى أنه يجوز للأطراف أن يطلبوا من المحكمة التي تنظر دعوى البطلان أن تفصل في دعواهم الموضوعية بصفة تبعية أثناء نظر دعوى البطلان ، ويرون

---

[1] نقض يمني - الدائرة التجارية (ب) (٢٧٧٤٠) بتاريخ ١٢/محرم ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٢/١١ غير منشور .

[2] نقض يمني الدائرة التجارية (أ) - الطعن رقم (٤١) - بتاريخ ٢٩ ربيع أول ١٤٢٥هـ الموافق ٢٠٠٤/٥/١٨ غير منشور ، استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ١٤٢٤/٧/١١هـ الموافق ٢٠٣/٩/٨ غير منشور .

[3] نقض فرنسي في ٦ فبراير ١٩٨٧م مشار إليه لدى فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦٢٢ ، في المعنى ذاته : حفيظة السيد الحداد / الطعن بالبطلان ، مرجع سابق ص ٢٣٨ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ١٢٦ وما بعدها .

[4] حفيظة الحداد / المرجع السابق ص ٢٤١ ، عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق ص ٢٨٠ ، حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص ٥٠٧ ، آمال الفزايري / دور قضاء الدولة ، مرجع سابق ص ٢٤٠ ، نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٥١٤ .

العمل بهذا الرأي مع غياب النص التشريعي ، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه ما ذهبوا إليه أن هذا يحقق الفائدة العملية لنظام التحكيم ويؤدي إلى الحفاظ على الوقت والمال والجهد .

ويبقى التساؤل هل يجوز لأطراف خصومة الطعن في حكم التحكيم أن يطلبوا من المحكمة التي تنظر دعوى البطلان الفصل في دعواهم الموضوعية أثناء نظر دعوى البطلان؟

في حين يتجه البعض الآخر إلى أنه إذا ما قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم ، فإن الخصومة تنتهي أمامها ، وليس لها بعد أن تقضي بالبطلان سلطة نظر موضوع النزاع لكي تفصل فيه ، كما لا يستطيع الخصوم إثارة الموضوع أمامها ، ولا يمكن تقرير هذه السلطة للمحكمة دون نص تشريعي صريح ، وحجتهم في ذلك أن دعوى البطلان ليست استئنافاً للحكم ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى جعل الطعن بالبطلان وسيلة للتوصل إلى النهي عن الحكم بذات أوجه النعي التي تصلح سبباً للاستئناف ، وبالتالي تكون دعوى البطلان أداة في يد الخصوم للعودة إلى ساحة القضاء من باب خلفي ، فبدلاً من رفع النزاع بصفة ابتدائية بالطرق العادية ، يتم رفعه من الناحية الموضوعية عبر آلية دعوى البطلان ، وبأن ذلك يعد مخالفة لإرادة المشرع في منع الطعن على حكم المحكمين بأية طريق من طرق الطعن التي يعرفها قانون المرافعات [1] .

ونحن نرى أن الاتجاه الأول هو الأولى باعتبار ، كون الغاية من رقابة محكمة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم لا تكمن فقط في تقرير وسيلة معينة للطعن على أحكام التحكيم أو النيل منها وإنما يتعين علاوة على ذلك أن تحقق هذه الرقابة صداها بأن تحظى الأحكام القضائية الصادرة في دعوى البطلان الموجهة ضد أحكام التحكيم بالفاعلية ، ويمكن تحقيق هذه الفاعلية بمنح هذه المحكمة نظر النزاع بعد الحكم بالبطلان ، والقول بغير ذلك يجعل من الطعن بالبطلان وسيلة مهمشة .

---

[1] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦٢٥ ، علي سالم إبراهيم / ولاية القضاء على التحكيم مرجع سابق ص ٣٧٢ ، عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ١٤٣ ، أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري ، مرجع سابق ص ١٠٩ ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٤٧ .

المطلب الثاني

أثر الحكم بالبطلان

يترتب على الحكم ببطلان حكم التحكيم زوال هذا الحكم كله أو جزء منه حسب ما إذا كان البطلان كلياً أو جزئياً [1] ويزول كل ما ترتب عليه من آثار ، وإذا كان قد صدر حكم بتفسيره ، فإنه يزول تبعاً له إذ يعتبر حكم التفسير متمماً له م(٣/٤٩) تحكيم مصري ، أو جزء منه م(٥٢) تحكيم يمني ، فيزول بزواله [2] .

وإذا كنا قد خلصنا في المطلب الأول من هذا المبحث الذي نحن بصدده إلى أنه يجوز لمحكمة البطلان - أي محكمة الاستئناف الفصل في موضوع النزاع بعد حكمها ببطلان حكم التحكيم حالة ما إذا اتفق الأطراف على أن يعهدوا إليها بهذه المهمة أثناء نظرها لدعوى البطلان ، فما هو الحال إذا لم يطلب الأطراف من محكمة البطلان أن تفصل في دعواهم الموضوعية؟

فهل يجوز للأطراف اللجوء إلى هيئة التحكيم نفسها التي أصدرت الحكم بالباطل بناءً على نفس اتفاق التحكيم أم يلزم صياغة اتفاق جديد ، بمعنى آخر ما أثر الحكم ببطلان حكم التحكيم على اتفاق التحكيم ومدى بقاء هذا الاتفاق ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات ، يذهب بعض الفقه [3] إلى التفرقة بين بطلان الحكم بسبب بطلان الاتفاق ، ففي هذه الحالة يرتب هذا الرأي بطلان اتفاق التحكيم تبعاً لبطلان الحكم ، أما إذا كان سبب البطلان يرجع إلى أسباب أخرى غير بطلان اتفاق التحكيم ، فلا يترتب على بطلان الحكم إلغاء اتفاق التحكيم ، وإنما يظل الاتفاق قائماً ويرتب آثاره الإيجابية والسلبية ، ويقصد بها العودة إلى هيئة التحكيم السابقة للفصل بالنزاع ومنع محكمة البطلان من نظر النزاع لوجود اتفاق التحكيم ، وبالتالي على الأطراف العودة إلى المحكم أو هيئة التحكيم السابقة للنظر .

مع احترامنا وتقديرنا لوجهة النظر السابقة إلا أننا نرى أنه يترتب على إلغاء حكم التحكيم وإبطاله بموجب دعوى البطلان زواله وزوال جميع آثاره ، ونرى امتداد هذا البطلان

---

[1] نقض يمني - الدائرة التجارية (أ) - الطعن رقم (٤) - بتاريخ ٢٩ ربيع أول ١٤٢٥هـ الموافق ٢٠٠٤/٥/١٨ غير منشور ، استئناف محافظة تعز - الشعبة التجارية - بتاريخ ١٤٢٤/٧/١١هـ الموافق ٢٠٠٣/٩/٨ غير منشور .

[2] فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦٢٤ وما بعدها .

[3] فتحي والي / ألمرجع السابق ص ٦٢٥ وما بعدها ، نبيل إسماعيل عمر / التحكيم ، مرجع سابق ص ٤٥٨ وما بعدها .

إلى اتفاق التحكيم مهما كان سبب البطلان ، باعتبار أن التحكيم قضاء خاص واستثنائي ، والأصل هو لمحاكم الدولة والقضاء العادي بالإضافة إلى أن المحكم وهيئة التحكيم التي قصرت في واجبها عند الفصل بالنزاع وأدى هذا القصور إلى إبطال حكمها غير جديرة بنظر النزاع من جديد مهما كان سبب هذا القصور فالمحكم الذي يفصل في نزاع استناداً إلى اتفاق باطل ومنعدم دون أن يتأكد ويتحقق من ولايته المثبتة في اتفاق التحكيم يكون شأنه شأن المحكم الذي قصر في تسبيب الحكم أو خالف مبدأ المواجهة ، أو ليس له ولاية ، أو خرج عن موضوع النزاع فكل هذه الأسباب مجتمعة تكون من مسئولية المحكم ، ولهذا نقرر زوال اتفاق التحكيم وما يترتب عليه نتيجة لإبطال الحكم ، وهذا الرأي الذي توصلنا إليه ينسجم مع ما توصلنا إليه سابقاً من إجازة طلب الأطراف من المحكمة التعرض لموضوع النزاع ، غير أننا نرى جواز إبرام اتفاق تحكيم جديد بين الخصوم بالنسبة لنفس النزاع ، ويعد هذا الاتفاق نزولاً ضمنياً عن الحكم ببطلان حكم التحكيم .

المطلب الثالث

الطعن في الحكم في دعوى البطلان

قلنا فيما سبق أن الحكم الصادر في دعوى البطلان يعد حكماً قضائياً صادراً من محكمة قضائية يخضع لما تخضع له أحكام المحاكم من طرق الطعن التي نص عليها قانون المرافعات.

وعلى ذلك فإن الحكم في الدعوى الصادر من محكمة الاستئناف يقبل الطعن بالنقض م(٢٩٢ ، ٢٩٣) مرافعات يمني أو بالتماس إعادة النظر م(٣٠٤) إذا توافرت حالة من الحالات التي تحبذ الطعن في أيهما.

والحكمة من الطعن بالنقض هي مراقبة تطبيق القانون وسلامة تفسيره وتأويله ويسمى طريق طعن غير عادي ، لأنه لا يكون جائزاً إلا بالنسبة للحكم الانتهائي ولأسباب محددة على سبيل الحصر تلحق بالحكم المطعون فيه وتجعله مخالفاً للقانون وهو لا يطرح على المحكمة العليا القضية التي نظرت فيها محكمة الموضوع ، وإنما يطرح عليها مسألة البحث عن مخالفة الحكم للقانون فإن وجدت الحكم مخالفاً نقضته ، وإلا رفضت الطعن ،

نظراً لأن المحكمة العليا ليست درجة ثالثة من درجات التقاضي تفصل في خصومة الطعن من حيث الوقائع في القانون ، وإنما هي محكمة قانون [1] .

هذا بالنسبة للقانون اليمني والقانون المصري إذا كان حكم التحكيم يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ، أما في حالة التحكيم الوطني في مصر ، فكما عرفنا سابقاً فإن دعوى البطلان ترفع إلى المحكمة الابتدائية (دائرة استئنافية) فطبقاً للقانون المصري ، فإن الحكم الصادر منها لا يقبل الطعن إلا بالتماس إعادة النظر إذا توافرت إحدى حالاته ، ولا يقبل الطعن بالاستئناف إذ أن الاستئناف على الاستئناف غير جائز ، فالاستئناف لا يكون إلا مرة واحدة ، كما لا يقبل الطعن بالنقض إلا حيث يجيز القانون المصري ذلك بصفة استثنائية [2] .

والمقصود بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه هنا هو مدى مخالفة محكمة الاستئناف لقانون التحكيم ، وليس مخالفة حكم التحكيم للقانون الموضوعي الذي طبقه على موضوع النزاع ، إذ أن هذه المخالفة ليست من أسباب بطلان حكم التحكيم ، وبالتالي لا تعرض على محكمة الاستئناف ومن ثم لن تعرض على محكمة النقض التي ينحصر الطعن أمامها في حكم البطلان الصادر من محكمة الاستئناف [3] وبالتالي فلا يجوز إثارة أسباب بطلان حكم التحكيم لأول مرة أمام المحكمة العليا [4] ، كما لا يجوز إثارة أسباب طرحت أمام محكمة الاستئناف [5] .

وبالتالي إذا رفع الطعن إلى المحكمة العليا في حكم محكمة الاستئناف بدعوى بطلان حكم التحكيم ، فإن محكمة النقض تصدر حكمها إما بإلغاء حكم محكمة الاستئناف

---

[1] نجيب الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، مرجع سابق ص ٥١٧ ، الدائرة التجارية - الطعن رقم (١٣٣٩) - بتاريخ ١٤٢٨/٧/١٢هـ الموافق ٢٠٠٧/١٤ غير منشور ، نقض يمني - الدائرة التجارية - الطعن رقم (٣٩٦) بتاريخ ١٤٢٧/٢/٢١هـ الموافق ٢٠٠٦/٣/٢١ غير منشور .

[2] راجع في ذلك : فتحي والي / قانون التحكيم ، مرجع سابق ص ٦٢٦ وما بعدها ، عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ١٥١ وما بعدها .

[3] عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم ، مرجع سابق ص ١٥٣ .

[4] نقض يمني في الدائرة التجارية الطعن رقم (٣١٥٨٦) غير منشور في ١٤٢٩/٥/٣٠هـ الموافق ٢٠٠٨/٦/٤ ، حيث جاء في حيثياته (...أما من حيث ما ورد في السبب الأول والذي يفيد فيه الطاعن بأن تاريخ الحكم ٢٠٠٠/٨/٢٩م ليس صحيحاً ، فإن هذا السبب موجه إلى حكم التحكيم ، وكان على الطاعن إثارته أمام الشعبة وليس لأول مرة أمام المحكمة العليا الأمر الذي يتعين معه رفض هذا السبب ....

[5] نقض يمني - الدائرة التجارية (ب) - الطعن رقم (٢٦١٤٥) في ١٨ ربيع آخر ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٥/١٦ غير منشور.

المطعون فيه ، وقبول دعوى البطلان ، وتقرير بطلان حكم المحكم ، وإما بتأييد حكم محكمة الاستئناف ، ورفض دعوى البطلان ، وتقرير صحة حكم المحكم ، وعلى ذلك فعلى محكمة الائتمان الالتزام بحدود حكم المحكمة العليا ، والالتزام بتوجيهاتها ، ذلك أن تجاهل هذه التوجيهات يجعل حكمها معيباً بعيب لمخالفة القانون خاصة ما نصت عليه المادة (٣٠٠) مرافعات التي أوجبت على المحكمة المعاد إليها ملف النزاع للفصل فيها من جيد أن تلتزم حدود ما وجهت به المحكمة العليا في حكم المادة [١] .

[١] نقض يمني - الدائرة التجارية (أ) الطعن رقم (٢١٤٤٣) - بتاريخ ١٤٢٥/١١/٤هـ الموافق ٢٠٠٤/١٢/١٦ غير منشور.

الخاتمة

سنتكلم في خاتمة هذه الدراسة عن أهم النتائج وأهم التوصيات وهي كالآتي :

أولاً : النتائج :

١- من خلال الدراسة السابقة اتضح لنا أن الرأي الراجح من تعريف التحكيم بأنه : (نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع) ، وبهذا التعريف تميز عن كثير من الأنظمة المشابهة له المتمثلة في تكملة الغير لتصرف قانوني أو الصلح أو التوفيق أو الخبرة أو الوكالة ، باعتبار أنه ينتج عن هذا النظام عمل قانوني يرتب آثار ما يترتبه الأحكام القضائية أهمها حجية الأمر المقضي والاستنفاد وتنفيذ حكم المحكمين جبراً.

٢- كما اتضح لنا اختلاف الفقه حول وضع تعريف لحكم التحكيم ، فذهب اتجاه إلى تعريفه بشكل موسع والبعض ذهب إلى تعريفه بشكل مضيق وآخر كان وسطاً بين الاتجاهين ، إلا أننا عرفناه بأنه : (قرار مكتوب يصدر من محكم بناء على اتفاق تحكيم لحسم نزاع بالشكل المقرر في القانون ، وقابلاً لأن يترتب آثار مماثلة لتلك الخاصة بالأحكام القضائية كالحجية والقوة التنفيذية) وكان هذا الخلاف حول هذا التعريف راجعاً في الأساس إلى اختلاف الفقه حول طبيعة حكم التحكيم ، حيث يرى اتجاه قديم أن له طبيعة عقدية وبالتالي ينتج عن التحكيم عقد شأنه شأن الوكالة أو الصلح ، ولا يجوز تنفيذه ،ولا يترتب عنه آثار الحكم القضائي ، واتجاه آخر وسط يذهب إلى أن لحكم التحكيم طبيعة مختلطة دون العقدية والقضائية ،وبالتالي لا يجوز تنفيذه إلا بعد مراجعة من القضاء ، ولكن تذهب معظم التشريعات كما هو الحال في القانون اليمني والمصري إلى أن حكم التحكيم له طبيعة قضائية، وبالتالي يترتب عليه آثار الحكم القضائي من حيث حجية الأمر المقضي ، ويقصد بها عدم إثارة النزاع الذي فُصل به بحكم المحكم مرة أخرى أمام القضاء ، واستنفاد سلطة المحكم لولايته بصدور الحكم .

ونحن بدورنا رجحنا هذا الاتجاه ، وقمنا بتحليل ودراسة دعوى بطلان حكم التحكيم باعتبارها دعوى خاصة قضائية ، كوسيلة هامة لمراقبة حكم التحكيم ، ولا يقدح من ذلك قول قائل أن هذه الدعوى تشبه دعوى بطلان العقود ، باعتبارها دعوى خاصة نظمت كوسيلة هامة لمراقبة حكم التحكيم وباعتباره يصدر من قضاء خاص وهو المحكم ذلك أن القانون لم يشترط شروط خاصة في المحكم فقد يكون جاهلاً بالقانون أو أمياً .

٣- أظهرت الدراسة أن حكم المحكم يمر بعدة مراحل للوصول إلى إصداره ، وهو النتيجة المرجوة من التحكيم ، ونقصد هنا بحكم التحكيم ، الحكم في الموضوع وهو النتيجة الطبيعية لخصومة التحكيم ، على الرغم أنه قد ينتهي بحكم غير منه للخصومة ، هذا الحكم نصت معظم التشريعات على ضمانات أساسية لإصداره لكي يحقق فاعليته ويرتب آثاره ، ويهمنا هنا أن نذكر أهم الضمانات والمتمثلة في المداولة وهي إجراء أساسي ويتعلق بالنظام العام ، ولا تختلف المداولة في حكم التحكيم عن المداولة في الحكم القضائي فجب أن تكون سرية وأن لا يطلع عليها إلا لامحكمين الذين سمعوا المرافعة ، كما تبين لنا أن حكم المحكم لا يصدر بجلسة علنية ، وإنما يجوز إصداره بجلسة علنية أو بغيرها ، وبالتالي لا يلزم كتابته في مسودة ، فيجوز كتابة مسودة لحكم التحكيم أو بدونها ، واعتدنا أن مكان صدور الحكم إذا نطق به بجلسة علنية اعتبر هذا المكان هو مكان صدوره ولو كتب وتم التوقيع عليه في مكان آخر ، مع مراعاة ما يتفق عليه الأطراف في المسائل التي يجوز فيها الاتفاق غير المتعلقة بالنظام العام ، كما هو الحال في مكان إصدار وكتابة الحكم بموجب مسودة ، بمعنى آخر لا يلزم النطق بالحكم بجلسة علنية أو كتابة مسودته إلا إذا اتفق الأطراف على ضرورة النطق به في جلسة علنية وكتابة مسودته ، ولذلك ينبغي على المحكم ولو كان طليقاً أي مفوضاً بالصلح (التحكيم بالصلح) أن يراعي نصوص قانون التحكيم وما اتفق عليه الأطراف .

ومن الضمانات الأساسية التي نص عليها القانون أيضاً ضرورة إصدار حكم التحكيم بالشكل المقرر لإصدار حكم القضاء فنص على بيانات محددة على سبيل الحصر ، ويترتب البطلان على تخلف بيان جوهري مثل التسبيب ، كون التسبيب يمكن جهات الرقابة والطعن من ممارسة رقابتها بطريقة سليمة ، ولذلك تكاد تجمع معظم التشريعات على ضرورة تسبيب حكم التحكيم وإلا كان باطلاً ، باعتبار التسبيب حق من حقوق الدفاع

كما أن الحكم غير المسبب سيؤدي إلى عدم القدرة على تنفيذه في بلد يعتبر التسبيب من النظام العام ، وبالتالي لا يجوز الإعفاء من التسبيب ، ذلك أن حكم المحكم بلا تسبيب يعد عدالة تحكيمية أو مزاجية بدون أساس ، وبالتالي تبين لنا أن نص القانون اليمني م(٤٨) تحكيم يمني ، والمصري م(٢/٤٣) تحكيم مصري غير دستوريين باعتبار أنهما يقررنا جواز اتفاق الأطراف على الإعفاء من التسبيب .

ويكفي أن تكون الأسباب مقنعة وملائمة وغير متناقضة ، وبالقدر الكافي للمراقبة ، وهي مراقبة وجود وليست مراقبة صحة في حالة التحكيم بالصلح ، كما خلصنا إلى أنه ينبغي على المحكم توضيح خلاصة لاتفاق التحكيم ، لأن اتفاق التحكيم يتضمن مجموعة من البيانات منها موضوع النزاع ،وسلطة المحكم هل هو محكم مقيد أم محكم طليق ، ومدة التحكيم ، وغيرها من الأمور التي يتفق عليها الأطراف ، وبالتالي يبين بوضوح كل النقاط والبيانات التي وجدت في اتفاق التحكيم فيحصن حكمه من أي بطلان .

كما يجب أن يشتمل الحكم على منطوق واضح ومحدد وفاصلاً في حدود الاتفاق ، فلا يقضي المحكم بأكثر مما طلبه الخصوم ، أو بما لم يطلبه الخصوم أو خارج اتفاق التحكيم ، وإلا كان الحكم قابلاً للإبطال ، ويجب توقيع المحكمين على الحكم فينبغي توقيعهم جميعاً ، أما إذا صدر بالأغلبية وامتنعت الأقلية عن التوقيع على الحكم ، فإنه يجب أن يثبت في ورقة الحكم أسباب عدم توقيعهم .

وتبدو أهمية هذا البيان كما لو اتضح من خلاله وقوع إخلال بحقوق الدفاع ، أو تطبيق الأغلبية ، وحتى لا تنتهي الإجراءات بدون صدور حكم فيمكن لرئيس لجنة التحكيم ذكر أسباب امتناع العضو الممتنع كما يكفي أن يذكر أن المحكم الممتنع لم يوقع على الحكم .

كما أوضحت الدراسة أن هناك إجراءات لاحقة لإصدار حكم التحكيم ، لا تعتبر من صلب الحكم أو بياناته ، وبالتالي لا تؤثر على صحته ، وتتمثل في إعلان الحكم وإيداعه الجهة القضائية حتى تتمكن المحكمة المختصة من ممارسة رقابتها عند الأمر بتنفيذه ، وهنا يلتقي القضاء الخاص بالقضاء العام ، وتنتهي معظم التشريعات على صورة إيداع الحكم غير أن هذا الإجراء ليس له أثر بشأن دعوى البطلان ، وينبني على ذلك جواز رفع الدعوى قبل الإيداع أو بعده طالما توافرت بقية الشروط الأخرى ، إلا أن الإيداع أثر في تنفيذ الحكم ذلك أن معظم التشريعات تشترط الإيداع كشرط لتنفيذ الحكم .

ويتمثل الإيداع بإيداع نسخة الحكم الأصلية أو صورة معتمدة أو ترجمة في حالة كتابته بلغة غير لغة بلد الإيداع وكذلك مرفقات هذا الحكم ، ومع ذلك فإننا نرى أن يتمثل الإيداع بالحكم أو صورة منه ، وكذلك إيداع ملف التحكيم كاملاً الذي يحتوي على قضية التحكيم ، وليس فقط اتفاق التحكيم وصورة منه كما في التشريعات والحكمة من ذلك أن هذا الملف قد يحتوي على أوراق ومحاضر أساسية يستطيع القضاء مراقبته كما هو الحال في النقص في بعض بيانات الحكم ، بحيث يستطيع إكمال أي نقص في هذه البيانات من هذه الأوراق ، ذلك أن المحكم لا يستفيد من بقاء هذه الأوراق في حوزته ، وغالباً ما يرميها في سلة المهملات ، وبالتالي فإن إيداع ملف القضية لدى المحكمة المختصة يؤدي إلى نتائج جيدة خدمة لقضية ، فيتم الاحتفاظ بأوراق هذا الملف شأنه شأن القضايا المنظورة أمام القضاء ويظل الاحتفاظ بهذه الأوراق المدة المقررة للاحتفاظ بأوراق القضايا المنظورة أمام المحاكم .

كما اتضح لنا أن القانون المصري ترك حرية كبيرة للأطراف في إعلان حكم التحكيم ، ثم رجح وأن قيد الأطراف بمجموعة من الطرق يجب اتباعها بنص المادة (١/٧) تحكيم مصري، ونتيجة لعدم وضوح القانون المصري ذهب بعض الفقه إلى التشديد في طريقة الإعلان بحيث يتم إعلان الحكم طبقاً للقواعد العامة لإعلان أحكام القضاء ، أما القانون اليمني فلم يحدد طريقة محددة لإعلان الحكم ، بحيث يحوز الإعلان بأي وسيلة مناسبة توصل الحكم إلى المعلن إليه سواء كانت بواسطة البريد مع علم الوصول أو بواسطة الإدارة أو بأي طريقة مناسبة تراها لجنة التحكيم ، باعتبار أن ذلك يتمشى مع سرعة ومزايا نظام التحكيم .

٤- وخلصنا إلى أن دعوى البطلان دعوى تقريرية لإزالة الشك والتجهيل ، ومحلها الحكم القطعي النهائي الفاصل في الموضوع ، أي حكم المحكم المنهي للنزاع ، وبأن هدف هذه الدعوى هو إلغاء الحكم ، ولا يختلف هذا الهدف (إلغاء الحكم) عن هدف انعدامه كما أن هناك تشابهاً بينهما وتتمثل بالنتيجة أو الهدف من الجزائين ، إلا أن عيوب الانعدام عيوب جسيمة تصل إلى درجة عدم وجوده ، ورأينا أنه يمكن رفع دعوى بطلان بسبب انعدام الحكم ، على أن ترفع هذه الدعوى في أي وقت ولو بعد فوات الميعاد باعتبار أن هذا الحكم لا يتحصن بمضي المدة ، كما تبين أن القانون اليمني قرر جزاء الانعدام على خلاف القانون المصري الذي لم يقرره على الرغم من استقراره في القضاء المصري .

وحسب اطلاعنا من خلال كتابة هذا البحث نرى أن هذا الرأي لم يسبقنا إليه أحد من الباحثين ، معتقدين أن هذا الرأي يؤدي إلى حلول عملية قانونية كثيرة في النظام اليمني عندما يكون الحكم به عيوب جسيمة تصل به إلى درجة الانعدام .

ورغم أن معظم التشريعات ومنها القانون المصري واليمني نص صراحة على إبطال الحكم إذا صدر بدون اتفاق أو صدر من شخص ليس له ولايته .

٥- وتبين لنا من خلال الدراسة أن دعوى البطلان شأنها شأن أي دعوى ، لا يمكن رفعها إلى القضاء إلا إذا توافرت أركانها المتمثلة في الركن الشخصي المتمثل في أطراف الادعاء وهم مدعي البطلان والمدعى عليه بالبطلان ، وتحديد أشخاص الدعوى من الأمور المهمة لا سيما أن هناك آثار لا يعمل بها في مواجهة هؤلاء مثال ذلك قاعدة نسبية أثر حجية الشيء المقضي به ، وجزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلان صحيفتها يعمل به في مواجهة المدعي ، وكذا الوقف الجزائي يعمل به في مواجهة المدعي ، وإسقاط الخصومة يتقدم به المدعى عليه في مواجهة المدعي

وكذلك يجب أن يتوافر للدعوى الركن الموضوعي والمتمثل في محل الدعوى وهو القرار الصادر من هيئة التحكيم ، والذي يفصل بصفة قطعية كلياً أو جزئياً في نزاع معروض عليهم سواء تعلق بالموضوع أو بالاختصاص أو بوسيلة إجرائية ، إذا كان هذا الفصل يقود إلى وضع حد للخصومة ، فجيب أن يكون حكماً بالمعنى الصحيح وتحكيمياً وصادراً من هيئة تحكيم خاضعة لقانون التحكيم سواء كان تحكيماً داخلياً أو تحكيماً دولياً يجري في الداخل أو الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ، كما يجب أن يكون حكماً له صفة القطعية ، أي فاصلاً من ولاية الهيئة التي أصدرت القرار ، واستنفاد ولاية هيئة التحكيم بشأنها سواء كان صادراً في أصل النزاع ، أو في مسألة متفرعة عنه أو متعلقة به ، أو كان صادراً في مسألة إجرائية ، كما يجب أن يكون منهياً للخصومة أمام هيئة التحكيم ، سواء كان صادراً في الموضوع أو صادراً قبل الفصل في الموضوع .

وبعد ذلك قمنا بدراسة تحليلية لمدى جواز رفع دعوى البطلان مباشرة في الأحكام غير المنهية للخصومة بشكل عام والتي تصدر أثناء سير خصومة التحكيم ، ونظراً لخلو نصوص قانون التحكيم اليمني والمصري من معالجة كافة هذه الحالات ، وما أثاره هذا القصور التشريعي وما تبعه من خلاف فقهي اقترحنا بأن يقنن المشرع اليمني والمصري نصاً مماثلاً

للمادة (٢٧٤) مرافعات يمني ، ويقابلها في القانون المصري م(٢١٢) مرافعات مصري ، واللذان يقررا قاعدة عامة مفادها عدم جواز الطعن بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة إلا مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة كلها ، كذلك يجب أن يتوافر في الدعوى الركن السببي ، وقد اختلفت آراء الفقه حول تحديد سبب الدعوى ، وبعد عرض هذه الاتجاهات خلصنا إلى أن سبب الدعوى يتكون من مجموعة الوقائع المتولدة للحق الشخصي الذي يتمسك به الخصوم ، ويتكون من الظروف الواقعية التي أثيرت باعتبارها عناصر منشأة للحق ، أي مجموعة الوقائع المولدة للحق المدعى به ، والتي يقدمها المدعي لتأييد دعواه ، والتي بناء على تقديمه لها يقع على عاتقه عبء إثباتها .

٦- فإذا توافرت هذه الأركان مجتمعة فإنه ينبغي توافر عدة شروط لقبول دعوى البطلان والمتمثلة في الشروط العامة وهي المصلحة والصفة والشروط الخاصة المتمثلة في المانع القانونية والموانع القانونية كثيرة ، فدعوى البطلان شأنها شأن أي دعوى يشترط لقبولها ألا يكون قد سبق الفصل فيها بحكم قضائي (بالبطلان أو بالصحة) يكون بين ذات الخصوم وصفاتهم ولنفس المحل والسبب وذلك احتراماً لحجية الأمر المقضي ، ومن هذه الموانع أيضاً ما يشترطه القانون ميعاداً معيناً لقبول دعوى البطلان فيجب أن ترفع خلال المدة المحددة وإن اختلفت هذه المدة من تشريع آخر ، كذلك التنازل عن التمسك بالبطلان بعد صدور حكم التحكيم أو أثناء رفع دعوى البطلان يعد مانعاً لقبول دعوى البطلان ، كما يعد من هذه الموانع تنازل مدعي البطلان عن حقه في الاعتراض على المخالفة من خلال تراخيه في تقديم دفاعه ودفوعه لعيوب قد تكون سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم ، وكانت تتعلق بمصلحته الخاصة أمام هيئة التحكيم ولم يفعل اعتبر ذلك نزولاً ضمنياً عن حقه في التمسك.

٧- كما تبين لنا خصوصية التحكيم كنظام مستقل من خلال تلك الأسباب أو الحالات التي وردت على سبيل الحصر والتي يجوز فيها إبطال حكم التحكيم سواء في القانون اليمني أو المصري أو غيرهما من التشريعات الوطنية والدولية ، وقد اختلفت التشريعات في تحديدها لهذه الأسباب بين موسع يرى جواز أن تضاف إليها حالات لم ترد في النص ، ومضيق يرى بأنه لا يجوز الالتجاء إلى القضاء إلا في الحالات التي وردت على سبيل الحصر كالتشريع اليمني والمصري ، ونحن بدورنا رجحنا الاتجاه الأول ذلك أنه من غير المستساغ أن يكون الطعن بالبطلان في حكم التحكيم قاصراً على الأسباب الواردة في

قانون التحكيم فحسب وإغفال أسباب البطلان الهامة والأكثر خطورة والمتعارف عليها في قانون التحكيم أو قانون المرافعات بمقولة أن المشرع لم يدرج هذه الأسباب في قانون التحكيم ، وبالتالي إعطاء مفاهيم مرنة لهذه الأسباب تستوعب كافة احتمالات الخطأ المتصور انطواء الحكم عليها .

فقد يشوب الحكم خطأ لا تحتمله الحالات الموجبة للطعن ، مما يتعين على القاضي الاجتهاد وعدم القضاء برفض الطعن إلا بعد إعمال آفاق الفكر في محاولة منه لإدراج هذا الخطأ تحت أحد أسباب رفع الدعوى ، فلا يقف القاضي أمام أسباب الطعن بوصفها مسلمات تقتضي إبطال الحكم فهناك حالات تقتضي التريث وتستدعي البحث .

وسندنا في ذلك نص المادة (١٣) مرافعات يمني ، والتي أكدت على انعدام العمل القضائي ولو كان صادراً من محكم بمعنى أن العمل القضائي يعتبر منعدماً إذا صدر من شخص ليس له ولاية سواء كان قاضياً أو محكماً .

وبالتالي قسمنا هذه الأسباب طبقاً للقانون المصري واليمني إلى حالات بطلان تتعلق باتفاق التحكيم ، وحالات بطلان تتعلق بخصومة التحكيم ، وحالات بطلان لمخالفة النظام العام ، كما أن هناك حالات بطلان لم يحددها .

حالات البطلان التي تتعلق باتفاق التحكيم :

على مجموعة من الحالات التي تتعلق باتفاق التحكيم م(٥٣/أ) تحكيم يمني ، م(٥٣/١/أ) تحكيم مصري ، والتي تؤدي إلى بطلان حكم التحكيم ، وهي إذا لم يوجد اتفاق على التحكيم ، وتوصلنا إلى أن صدور الحكم بدون أن يستند إلى اتفاق فإنه يكون بذلك قد فقد ركناً من أركانه ، وبالتالي يكون منعدماً فلا يتحصن بفوات الميعاد ولا يجوز حجية الأمر المقضي طبقاً لنص المادة (٥٦) مرافعات يمني ، وأن عدم وجود اتفاق على التحكيم يبطل الحكم إلى درجة الانعدام لصدوره ممن ليس له ولاية بإصداره وهو بطلان يتعلق بالنظام العام وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، إذا استند إلى اتفقا باطل أو قابل للإبطال ، وبالتالي يبطل الحكم لتخلف أحد الشروط العامة اللازمة لوجوده ، باعتباره عقداً وهي الرضا والمحل والسبب ، كما رأينا بأن هذه الحال تستوعب الحالة المنصوص عليها بالمادة (٥٣/ب) تحكيم يمني ، م(٥٣/١/ب) تحكيم مصري ، والتي تنص على بطلان حكم التحكيم نتيجة فقد الأهلية أحد الأطراف ، وبالتالي ينبغي إدخالها ضمن هذه الحالة ، وبالإضافة إلى الحالتين السابقتين يبطل الحكم إذا سقط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته ،

وقد نص القانون المصري على مدة محددة يتم خلالها صدور الحكم ، يلزم هيئة التحكيم بإصدار حكمها خلاله ، أما القانون اليمني فلم ينص على هذه ، وبالتالي أعطى الحق للخصوم بتنظيم ذلك ، غير أن عدم النص على ذلك يثير كثيراً من الصعوبات إذ أن عدم تحديد هذه المهلة من قبل المشرع إذا لم يتفق الخصوم يؤدي في كثير من الأحيان إلى طول أمد النزاع وتأخر صدور الحكم إلى عدة سنوات ، وهذا ما تبين لنا في الواقع العملي ، وكما يبطل حكم التحكيم إذا استبعد الحكم إلى عدة سنوات ، وهذا ما تبين لنا في الواقع العملي ، وكما يبطل حكم التحكيم إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع طبقاً للقانون المصري ، وكذا يبطل حكم التحكيم إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم وجاوز حدود هذا الاتفاق طبقاً للقانون اليمني والمصري ، ذلك أنه في هذه الحالة يعد الحكم وارداً على غير محل في خصومة التحكيم صادراً من جهة لا ولاية لها بالفصل فيها .

حالات بطلان تتعلق بخصومة التحكيم :

والمتمثلة في تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو اتفاق الطرفين ، وهذا ما نص عليه القانون اليمني م(٥٣/هـ) تحكيم يمني ومصري م(٥٣/١/هـ) تحكيم مصري ، إذ أنهما خولا الأطراف حرية الاتفاق على تعيين الهيئة التي تنظر النزاع وكيفية تشكيلها إلا أن المشرع المصري قيد ذلك بضرورة أن يكون موافقاً للقانون ، ورأينا بأنه ينبغي على المشرع اليمني إضافة مثل هذا القيد إلى نص الفقرة السابقة اقتضاءً بالقانون المصري .

كما يبطل الحكم أيضاً لمخالفة شروط التعيين أو شروط الصلاحية كشرط أهلية المحكم لتولي التحكيم وتوافر الحيدة والاستقلال منه وذلك طبقاً للقانون اليمني والمصري ، وألا يكون القاضي محكماً في قضية منظورة أمام المحكمة التي يعمل فيها ، وأن يكون صالحاً لما حكم فيه ملماً بأمور القضاء والتقاضي طبقاً للقانون اليمني .

ولأن المحكم شخص خاص يستمد سلطانه من إرادة الأطراف واتفاقهم على منحه الاختصاص بالفصل في المنازعات المعروضة عليه ، إلا أنه عند ممارسته مهمته يعد بمثابة قاضي يؤدي ذات الوظيفة ويقوم بنفس الدور الذي يقوم به هذا الأخير ولذلك ينبغي تقييده ببعض القواعد والمبادئ الأساسية التي تنظم الخصومة بين الأطراف وفي مقدمتها

احترام حقوق الدفاع وما يتفرع عنه من مبادئ ومنها مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ المواجهة .

وبالتالي يجب على المحكم تمكين كل طرف من إبداء دفاعه والرد على دفاع خصمه ومن تقديم مستنداته والاطلاع على ما قدمه خصمه من مذكرات أو مستندات ، وكذلك منح الخصوم فرصاً متساوية لإبداء دفاعهم وطلباتهم ، وحق كل خصم في أن يعلم أو يمكن من العلم بما لدى الخصم الآخر من وسائل دفاع وحجج وأن يكون هذا العلم في وقت مناسب يمكنه من الرد على ما قدمه خصمه وانطلاقاً من هذه الأهمية أفرد المشرع المصري نصاً مستقلاً لهذه الحالة والتي تعد من أهم تطبيقات حقوق الدفاع م(١/٥٣/ج) تحكيم مصري .

ونظراً لأهمية حقوق الدفاع وضرورة الالتزام به كونه مبدأ دستوري تجمع عليه جميع التشريعات ، وباعتباره ضمانة من ضمانات التقاضي ، ونظراً لأن مصطلح حق الدفاع مصطلح واسع ومحل اجتهاد ، فإنه ينبغي على المشرع اليمني والمصري حصد الحالات المتعلقة بحقوق الدفاع التي يترتب على مخالفتها بطلان الحكم وجواز رفع دعوى بإبطاله .

وقد عرضنا في هذا الصدد ما وجه من نقد إزاء عمومية الحالة السابقة التي نص عليها القانون المصري ، وما يؤدي هذا العموم من تفسيره بطرق مختلفة من قبل المحاكم المختلفة وبالتالي إصدار أحكام متناقضة بين محاكم الدرجة الواحدة .

حالات بطلان لم يحددها المشرع :

عرضنا أهم تطبيقات هذه الحالة والمتمثلة بنص المادة (٥٣/ج) تحكيم يمني ، والتي تنص على قبول دعوى البطلان (إذا كانت الإجراءات غير صحيحة) ، ورأينا بأن هذا النص لم يضع معياراً محدداً لإجراءات غير صحيحة ، وبالتالي كانت حالة عامة غير قابلة للتطبيق ، وتوصلنا إلى أنه ينبغي على المشرع اليمني اقتفاء أثر المشرع المصري بضرورة وضع معيار محدد وواضح للإجراءات غير الصحيحة ، والتي تؤدي مخالفتها إلى بطلان حكم التحكيم م(١/٥٣/ز) تحكيم مصري ، والمتمثل بأن يكون العيب الذي يلحق الإجراءات قد أثر في الحكم ، كما رأينا بأن نص القانون المصري السابق على الرغم من وضوحه إلا أنه يظل وارداً بصيغة العموم كونه لم يحدد العيوب التي ترى حكم التحكيم كعمل إجرائي والتي تؤدي إلى بطلانه ، ورأينا بأنه نظراً لعمومية هذا النص ، ونظراً لأهمية التسبيب باعتباره حقاً من حقوق الدفاع ، وما دام هذه الحقوق لم تحصر طبقاً لنص المادة (١/٥٣/ج)

تحكيم مصري كما أسلفنا ، وطبقاً للتفسير الواسع لحالات البطلان وكذا لحق الدفاع ، فإن تخلف تسبيب حكم المحكمين يؤدي إلى إبطال الحكم وجواز رفع دعوى البطلان طبقاً لنص المادة السابقة من قانون التحكيم المصري ، وبذلك يتساوى القانون المصري واليمني .

حالات بطلان لمخالفة النظام العام :

فمن خلال اطلاعنا على مختلفة القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم وجدنا أن معظمها يبطل حكم التحكيم حال تعارضه مع النظام العام ، وحتى التشريعات التي لم تنص على ذلك والتي لم تقرر دعوى البطلان في نظامها ، تقرر المعارضة أثناء تنفيذ حكم التحكيم ، وذلك من خلال رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم إذا كان مخالفاً للنظام العام في بلدها أو بلد التنفيذ .

وبينا أن مفهوم فكرة النظام العام وبأنها فكرة مرنة تتغير باختلاف المكان والزمان ، وبالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق ، وبالتالي فإن هناك مسائل تتعلق بالنظام العام في زمن محدد تتلاشى تدريجياً ، ثم عرضنا لاختلاف الفقه حول وضع معيار محدد لها ، فالبعض يتخذ من القواعد الآمر معياراً لها ، والبعض الآخر يجعل مصلحة المجتمع هو المعيار، وخلصنا إلى عرض وجهة نظرنا فرأينا أن ميزة فكرة النظام العام تكمن في غموضها ومرونتها ولهذا تنص التشريعات على بعض مسائل تتعلق بالنظام العام عند النص عليها وتحديدها ، فال يملك القاضي إزاءها إلا تطبيق النص وليس له أي سلطة ،وهناك مسائل أخرى كثيرة لم تنص عليها التشريعات أنها تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي فإن هذه المسائل تخضع لسلطة القاضي التقديرية من خلال عرض النزاع عليه ، فيتفحصها ليصل إلى نتيجة محددة أنها تتعلق بالنظام العام أو لا تتعلق .

وقد نص القانون اليمني والمصري على بطلان حكم التحكيم نتيجة مخالفة النظام العام م(٥٣/ز) تحكيم يمني ، م(٢/٥٣) تحكيم مصري ، إلا أن المشرع اليمني أضاف إلى نصه السابق بطلان الحكم لمخالفته الشريعة الإسلامية ، وقد انتقدنا المشرع لتقريره هذه الإضافة ضمن نص المادة ، وأوردنا المبررات الكافية والقانونية والواقعية لنقدنا ، وخلصنا إلى ضرورة وضع نص أكثر دقة من النص السابق يتعلق بإبطال المحكم لمخالفة النظام العام فحسب بدلاً من مخالفة الشريعة الإسلامية لكي يستقيم النص مع نص المادة (٥) تحكيم يمني ، وبذلك تتوحد المصطلحات ويمكن تفسيرها تفسيراً يتناسب مع المنطق القانوني ومع قصد وهدف المشرع.

٨- أبانت لنا هذه الدراسة النظام الإجرائي لدعوى بطلان أحكام التحكيم من حيث المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى ، وميعاد رفعها ، والإجراءات المتبعة في خصومتها ، وأثر رفع هذه الدعوى والحكم فيها فخلصنا للآتي :

- أن المشرع منح الاختصاص بنظر دعوى بطلان أحكام المحكمين لمحكمة الاستئناف في القانون اليمني وإذا كان التحكيم تجارياً دولياً في القانون المصري ، وبالتالي فإن المشرع بذلك يكون قد خالف القاعدة العامة في الاختصاص باعتبار أن دعوى البطلان دعوى مبتدأ ترفع ابتداء ، وليست طعناً ، كما خالف مبدأ التقاضي على درجتين ، وذلك بتفويت درجة من درجات التقاضي ، باعتبار أن دعوى البطلان وما يترتب عنها من أحكام لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف وباعتبار أنها صادرة عن محكمة درجة ثانية ، فلا يجوز الاستئناف على الاستئناف ، وبالتالي إضاعة فرصة أمام الخصوم للتظلم منها وإصلاحها ، إضافة لما يواجه أطراف الخصومة من صعوبة في التنقل بين مكان صدور الحكم فيها وبين محكمة الاستئناف نتيجة البعد الجغرافي سواء بالنسبة للإقليم اليمني أو الإقليم المصري فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ، ثم عرضنا للإشكالية المتعلقة بتوزيع العمل داخل دوائر المحاكم اليمنية ، حيث توجد في كل محكمة دائرة تجارية - مدنية - أحوال شخصية ... الخ ، كون هذا النوع من الاختصاص لا يعد من قبيل الاختصاص النوعي طبقاً للمادة (٩١) مرافعات يمني ، ورأينا بأن هذه المسألة غير مبررة بالنسبة للتحكيم لا سيما ، فيما يتعلق بالمنازعات التجارية والمدنية والأحوال الشخصية ، وبالتالي ينبغي الاعتداد أو النص على هذا النوع من الاختصاص (الاختصاص النوعي) حسب نوع المنازعة التي يفصل فيها حكم التحكيم المطعون فيه (محل دعوى البطلان) ، وبالتالي ينبغي على الدوائر أن تحكم بعدم اختصاصها نوعياً من تلقاء نفسها ، وأن تقرر أو يحتل الدعوى إلى الدائرة المختصة ، إذا كانت المنازعة لا تدخل في اختصاصها باعتبار أن الاختصاص النوعي يتعلق بالنظام العام .
- أن معظم التشريعات ومنها القانون اليمني حددت ميعاداً لرفع دعوى البطلان ، كشرط من شروط هذه الدعوى يترتب على مخالفته جزاء إجرائي ، وهو عدم القبول م(٥٤) تحكيم يمني ، وما يقابلها في القانون المصري م(٥٤) تحكيم مصري .

وإن اختلف هذا الميعاد في القانون اليمني عنه في القانون المصري ، إذ أن القانون اليمني حدده بستين يوماً وتسعين يوماً في القانون المصري ، إلا أننا نلاحظ أن القانون اليمني جعل هذا الميعاد هو نفسه مدة الاستئناف المحددة في قانون المرافعات ، وخلصنا من ذلك بأن المشرع اليمني بهذا التحديد قد اتسم بعدم الدقة والوضوح ، وذلك بعدم تحديده لهذا الميعاد بالأيام أسوة بغيره من التشريعات يكون قد خالف ما هو مقرر بالنسبة تحديد المواعيد الإجرائية ، كما أنه لم يحدد بدء سريان هذا الميعاد ، فقد أجاز رفع دعوى البطلان ولو بعد انقضاء ميعاد الطعن بالبطلان ، إذا كان التأخير لأسباب قهرية ، وبهذه العبارة غير الواضحة يكون قد تأكد غموض النص السابق وعدم دقته .

كما تبين لنا بأن ميعاد رفع دعوى البطلان يسري عليه ذات القواعد العامة التي تسري على مواعيد المرافعات ومن ضمنها وقف الميعاد إذا قام سبب من الأسباب المقررة في المادة (٢١٦) مرافعات مصري ، والمادة (٢٧٧) مرافعات يمني ، كالوفاة أو فقد الأهلية أو زوال الصفة بالمعلن أو المعلن إليه ، وبالتالي وقف ميعاد الطعن في حقه وحده أو من يقوم مقامه دون الآخر .

ثم أوضحنا الاختلاف الفقهي حول كيفية الإعلان الذي يبدأ به ميعاد رفع الدعوى والذي كان بين متشدد في طريقة تسليم الإعلان ذاهباً إلى ضرورة أن يتم على يد محضر وفقاً للقواعد العامة في إعلان أوراق المحضرين واتجاه آخر يرى عدم دقة القياس السابق لأن الأمر ما زال يتعلق بخصومة التحكيم وإعلان الحكم الصادر فيها وما يحكمها من قواعد خاصة نص عليها قانون التحكيم م(٧) تحكيم مصري باعتبار أن الخصومة القضائية التي تنشأ عن رفع دعوى البطلان لم تبدأ بعد بحيث يطبق عليها القواعد العامة ، وإزاء ذلك فقد رأينا بأنه يجوز الإعلان بأي وسيلة كانت بشرط أن يصل الإعلان ومضمونه إلى المعلن إليه ، وبهذا يتحقق مبدأ المواجهة فيستطيع المعلن إليه من الدفاع عن حقوقه في الوقت المناسب ، واستحسنا موقف المشرع اليمني حيث ترك هذه المسألة أي مسألة تحديد طريقة الإعلان لحرية الأطراف مما يتمشى مع ما يتسم به نظام التحكيم من سرعة ومرونة وبساطة في الإجراءات.

- أن الإجراءات المتبعة في خصومة دعوى البطلان حسب الفقه الراجح وما استقر عليه القضاء سواء اليمني أو المصري هي ذاتها الإجراءات المتبعة في الخصومة العادية ، رغم أن دعوى البطلان ترفع إلى محكمة الاستئناف في القانون

اليمني وإذا كان التحكيم تجارياً دولياً في القانون المصري كما أسلفنا ، ويوحي هذا الاختصاص أن الإجراءات المتبعة في خصومة دعوى البطلان هي إجراءات خصومة الطعن بالاستئناف ، وهذا غير صحيح نظراً لطبيعة دعوى البطلان المتمثلة في هدفها ومحلها ، ولذا ينبغي الإشارة إلى أنه تطبق عليها إجراءات الخصومة العادية المتبعة أمام محكمة الدرجة الأولى ، وبالتالي نوصي المشرع اليمني والمصري وحتى لا يلتبس الأمر على كثير من المختصين والعاملين بالقانون بتقرير ما أشرنا إليه تشريعياً.

وطالما أن الإجراءات المتبعة في خصومة دعوى البطلان هي ذات إجراءات الخصومة العادية، لذلك ترفع هذه الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة الاستئناف المختصة مشتملة على بيانات صحف الدعاوى ، كما يجب إعلان هذه الصحيفة إلى المدعى عليه بالبطلان تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم ، كما يطبق على هذه الخصومة ما يطبق على الخصومة العادية من حيث قواعد الحضور وإثباته وقواعد الغياب ، ومن حيث قواعد النظر في الدعوى وما يتبع في جلسة المرافعة وإدارتها وتأجيلها وتحقيقها وإجراءات الإثبات حتى يتم إقفال باب المرافعة وحجز القضية للحكم .

كما يسري على هذه الخصومة عوارض سير الخصومة سواء بالنسبة للعوارض التي تؤدي إلى عدم السير فيها مؤقتاً حتى يزول العارض لشطب الخصومة أو وقفها قضائياً أو جزائياً أو تعليقياً أو بحكم القانون أو انقطاعها ، وكذلك العوارض الأمثل جسامة والتي تؤدي إلى انقضاء الخصومة دون أن يصدر فيها حكم حاسم لموضوعها ، وهو يسمى (بالانقضاء المبتسر) كسقوط الخصومة ، أو انقضائها بمضي المدة (تقادم الخصومة) أو اعتبار الخصومة كأن لم تكن ، وكذلك التنازل عن الخصومة .

كما يجوز تقديم طلبات عارضة أثناء نظر خصومة دعوى البطلان ، سواء المقدمة من مدعي البطلان والتي تسمى (طلبات إضافية) ، أو المدعى عليه بالبطلان ، والتي تسمى (طلبات مقابلة أو دعاوى فرعية أو دعاوى المدعى عليه) ، أو إذا قدمت من الغير ، والتي تسمى (تدخلاً).

- يترتب على رفع دعوى البطلان ذات الآثار العامة التي تترتب على رفع الدعوى ، كما يترتب على رفعها آثار خاصة ، وإن اختلفت التشريعات في الأثر الخاص المترتب على رفعها ، ذلك أن البعض يرتب وقف تنفيذ حكم المحكمين بمجرد

رفع دعوى البطلان ، ما لم تقض المحكمة باستمرار هذا التنفيذ بناء على طلب صاحب الشأن ، وهذا هو موقف القانون اليمني م(٥٤) تحكيم يمني ، والبعض الآخر لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف التنفيذ ، ولمحكمة الطعن أن تأمر بالتنفيذ إذا طلب مدعي البطلان ذلك في صحيفة دعواه ، وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية ومبررة ، وهو موقف القانون المصري م(٥٧) تحكيم مصري .

وتعرضنا للنقد الموجه لنص هذه المادة بأنها غير واضحة وتتناقض تناقضاً كبيراً ينبغي إصلاحه مع نص المادة (١/٥٨) من ذات القانون ، والذي لا يرتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم المحكم ، إزاء هذا النقد قمنا بترجيح ما موقف القانون اليمني وسندنا في ذلك هو أن حكم المحكم يصدر أحياناً وبه عوار أو عيوب كثيرة قد تصل إلى درجة الانعدام نتيجة للجهل بالقانون ، لا سيما وأن نظم التحكيم لم تفرض شروطاً محددة في المحكم كالعالم بالقانون ، فإذا صدر مثل هذا الحكم المشوب بالعيوب السابقة فإنه من الصعوبة تنفيذه قبل نظر دعوى البطلان ، كما أنه إذا أبطل هذا الحكم المعيب من المحكمة التي تنظر دعوى البطلان وحكم بتنفيذه فمن الصعب جداً إعادة الحال إلى ما كان عليه بالتنفيذ العكسي ، لا سيما في التنفيذ المباشر كما هو الحال في التنفيذ الجبري المتعلق بالإزالة والإخلاء وغيرها من صور التنفيذ المباشر ، وما ذهبنا إليه يتمشى مع ما نص عليه قانون المرافعات اليمني م(٢٩٤/أ) عندما قرر أن يكون لرفع الدعوى بالنقض لبعض الأحكام أثر واقف لبعض الحالات ومنها الأحكام الصادرة في المسائل الإدارية أو المسائل العقارية والإزالة ، ولكي نتوقى هذه المشاكل يجب أن يكون لدعوى البطلان أثر واقف لرفعها ، وبالتالي يجوز لمحكمة البطلان أن تأمر باستمرار التنفيذ بناء على طلب عارض من مدعي البطلان ، ولها أن تقرر حسب ما يترجح لها إلغاء الطعن من عدمه ، والحكم بالاستمرار بالتنفيذ بموجب كفالة أو بدونها .

- أن الحكم الصادر في دعوى البطلان شأنه شأن سائر الأحكام الصادرة عن القضاء يخضع للقواعد العامة لإصدار هذه الأحكام من حيث صدوره بالشكل المحدد قانوناً ، كما يجب أن يتضمن البيانات المحددة في القانون ، كذلك من حيث إجراءات إصداره ، كما بينا طبيعة هذا الحكم بأنه حكم قطعي تقريري منهي للخصومة برقتها أمام ذات المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ، ثم بينا سلطة هذه المحكمة بأن دورها يقتصر إما الحكم برفض الدعوى، إذا تبين لها عدم

صحة سبب البطلان الذي بني علي مدعي البطلان طلبه ببطلان حكم التحكيم ، وبالتالي الحكم بصحة حكم التحكيم ، وإما الحكم بقبول الدعوى متى توافر سبب من أسباب البطلان المحددة على سبيل الحصر في المادة (٥٣) تحكيم يمني ، والمادة (١/٥٣) تحكيم مصري ، وبالتالي الحكم ببطلان حكم التحكيم ، كما بينا أن محكمة البطلان لا تعتبر محكمة موضوع ، وبالتالي فهي لا تعيد نظر النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم أو تصلح ما به من خلل ، وإنما تقتصر رقابتها على البحث والتحقق من توافر إحدى حالات دعوى البطلان ولا تتعداها ، كما عرضنا الاختلاف الفقهي حول مدى جواز فصل محكمة الطعن في موضوع النزاع ، ومدى جواز طلب الأطراف من هذه المحكمة ذلك ، حيث اتجه رأي إلى أنه يجوز للأطراف أن يطلبوا من المحكمة التي تنظر دعوى البطلان أن تفصل في دعواهم الموضوعية بصفة تبعية أثناء نظر دعوى البطلان ، ويرون العمل بهذا الرأي حتى مع غياب النص التشريعي ، وذلك تحقيقاً للفائدة العملية لنظام التحكيم ، وبالتالي الحفاظ على الوقت والمال والجهد .

في حين اتجه رأي آخر إلى أنه إذا قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم ، فإن الخصومة تنتهي أمامها وليس لها بعد أن تقضي به سلطة نظر موضوع النزاع لكي تفصل فيه ، كما لا يجوز للخصوم إثارة الموضوع أمامها ، ولا يمكن تقرير هذه السلطة للمحكمة دون نص شرعي صريح ، وحجتهم أن دعوى البطلان ليست استئناف للحكم والقول بغير ذلك يؤدي إلى جعل الطعن بالبطلان وسيلة للتوصل إلى النعي على الحكم بذات أوجه النعي التي تصلح سبباً للاستئناف ،وبالتالي تكون دعوى البطلان أداة في يد الخصوم للعودة إلى ساحة القضاء من باب خلفي ، وعلى أثر ذلك قمنا بتوضيح رأينا في هذه المسألة ،وذلك بترجيح الاتجاه الأول ، وكان سندنا في ذلك هو أن الغاية من رقابة محكمة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم لا تكمن فقط في تقرير وسيلة معينة للطعن على أحكام التحكيم أو النيل منها ، وإنما يتعين علاوة على ذلك أن تحقق هذه الرقابة صداها بأن تحظى الأحكام القضائية الصادرة في دعوى البطلان الموجهة ضد أحكام التحكيم بالفاعلية ، ويمكن تحقيق هذه الفاعلية بمنح هذه المحكمة نظر النزاع بعد الحكم بالبطلان ، والقول بغير ذلك يجعل من الطعن بالبطلان وسيلة مهمشة .

يترتب الحكم بالبطلان أثره من حيث زوال حكم التحكيم كلية أو جزء منه حسب ما إذا كان البطلان كلياً أو جزئياً ، وزوال ما يترتب على هذا الحكم من آثار .

وقد كان لبعض الفقه رأي في أثر الحكم ببطلان حكم التحكيم على اتفاق التحكيم ، ومدى بقاء هذا الاتفاق ، حيث ذهب إلى التفرقة بين بطلان الحكم بسبب بطلان الاتفاق وبين ما إذا كان سبب البطلان يرجع إلى أسباب أخرى غير بطلان الاتفاق ، ففي الحالة الأولى رتب بطلان اتفاق التحكيم تبعاً لبطلان الحكم ولم يرتبه في الحالة الثانية .

وإزاء هذا الرأي بينا رأينا في هذه المسألة حيث رأينا أنه يترتب على إلغاء حكم التحكيم وإبطاله بموجب دعوى البطلان زواله وزوال جميع آثاره ، وامتداد هذا البطلان ليطال اتفاق التحكيم مهما كان سبب البطلان ، باعتبار أن التحكيم قضاء خاص واستثنائي والأصل هو لمحاكم الدولة والقضاء العادي ، كما أن المحكم أو هيئة التحكيم التي قصرت في واجبها عند الفصل في النزاع وأدى هذا القصور إلى إبطال حكمها غير جديرة بنظر النزاع من جديد مهما كان سبب هذا القصور ، فالمحكم الذي يفصل في نزاع استناداً إلى اتفاق باطل ومنعدم دون أن يتأكد ويتحقق من ولايته المثبتة في اتفاق التحكيم يكون شأنه شأن المحكم الذي قصر في تسبيب الحكم ، أو خالف مبدأ المواجهة أو ليس له ولاية ، أو خرج عن موضوع النزاع ، فكل هذه الأسباب مجتمعة تكون من مسئولية المحكم .

- أن الحكم الصادر في دعوى البطلان يعد حكماً قضائياً صادراً من محكمة قضائية يخضع لما تخضع له أحكام المحاكم من حيث طرق الطعن التي ينص عليها قانون المرافعات ، بالتالي فإن الحكم في دعوى البطلان الصادر من محكمة الاستئناف يقبل الطعن بالنقض ، هذا بالنسبة للقانون اليمني والقانون المصري إذا كان التحكيم تجارياً دولياً ، إلا أن الأمر يختلف في حالة التحكيم الوطني في مصر ، كون دعوى البطلان ترفع إلى المحكمة الابتدائية (دائرة استئنافية) فطبقاً للقانون المصري ، فإن الحكم الصادر من هذه المحكمة لا يقبل الطعن إلا بالتماس إعادة النظر إذا توافرت إحدى حالاته ، كما يقبل الطعن بالنقض إلا حيث يجيز القانون المصري ذلك بصفة استثنائية .

وعلى إثر ذلك أوضحنا اختصاص المحكمة العليا إذا رفع الطعن إليها في حكم محكمة الاستئناف وخلصنا من خلال استقراء أحكام قضاء النقض اليمني والمصري إلى أن دورها يقتصر على إصدار حكم إما بإلغاء حكم محكمة الاستئناف المطعون فيه ، وقبول دعوى

البطلان ، وتقرير بطلان حكم المحكم ، أو بتأييد حكم محكمة الاستئناف ورفض دعوى البطلان ، وبالتالي تقرير صحة حكم المحكم .

ثانياً : التوصيات :

سنتكلم هنا عن توصيات خاصة بكل موضوع تطرقنا له خلال الدراسة ، وتوصيات عامة من خلال إعداد مشروع قانون لدعوى البطلان ، كمحاولة متواضعة للمساهمة بنبتة صغيرة لعلها تنمو وتكبر على أيدي غيرنا من الباحثين في هذا المضمار والمتخصصين والمهتمين بالقانون ، وإلى ذلك .

أ ـ التوصيات الخاصة :

١ـ فيما يخص حكم التحكيم :

- يعد التسبيب من البيانات الجوهرية في حكم التحكيم ، وبالتالي تكاد تجمع معظم التشريعات على ضرورة تسبيب حكم التحكيم وإلا كان باطلاً ، باعتباره حقاً من حقوق الدفاع ، ومن الضمانات الأساسية لإصدار حكم التحكيم بالشكل المقرر لإصدار حكم القضاء إضافة إلى أن التسبيب يعتبر من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته ، لذلك نوصي المشرع اليمني والمصري بإلغاء نص المادة (٤٨) تحكيم يمني م(٢/٤٣) تحكيم مصري ، باعتبار أنهما غير دستوريين ، حيث يقرران جواز اتفاق الأطراف على الإعفاء من التسبيب .
- نوصي المشرع المصري بإلغاء نص المادة (٧) تحكيم مصري ، والذي يحدد طريقة إعلان حكم التحكيم ، وذلك اقتفاء بأثر المشرع اليمني حيث لم يحدد طريقه للإعلان ، وذلك تمشياً مع ما يتسم به نظام التحكيم من سرعة ومرونة وبساطة ويسر في الإجراءات .
- ينبغي على المشرع اليمني تقنين نص يحدد فيه ميعاداً للتحكيم ، تلتزم هيئة التحكيم بإصدار الحكم خلاله ، حتى لا يمتد اختصاص المحكم إلى ما لا نهاية ، مما يشل اختصاص محاكم الدولة ، وذلك اقتفاءً بأثر المشرع المصري .
- نوصي المشرع اليمني بإزالة التناقض الحاصل بين المادة (٤٨) تحكيم يمني ، والتي تشترط توقيع حكم التحكيم من الأغلبية ، والمادة (٥٩) تحكيم يمني التي تشترط إيداع حكم التحكيم موقعاً من جميع المحكمين .

- يتمثل الإيداع بإيداع نسخة الحكم الأصلية أو صورة معتمدة أو ترجمة في حالة كتابته بلغة غير لغة بلد الإيداع ، وكذا مرفقات هذا الحكم ، إلا أننا نقترح على المشرع اليمني والمصري ، بأن يتمثل الإيداع بالحكم أو صورة منه ، وكذا إيداع ملف التحكيم كاملاً الذي يحتوي على قضية التحكيم ، وليس فقط اتفاق التحكيم وصورة منه ، والحكمة من ذلك أن هذا الملف قد يحتوي على أوراق ومحاضر أساسية يستطيع القضاء مراقبته ، كما هو الحال في النقض في بعض بيانات الحكم ، بحيث يتمكن من إكمال أي نقص في هذه البيانات من هذه الأوراق ، ذلك أن المحكم لا يستفيد من بقائها في حوزته ، وغالباً ما يرميها في سلة المهملات ، وبالتالي فإن إيداع ملف القضية لدى المحكمة المختصة يؤدي إلى نتائج جيدة خدمة للقضية ، فيتم الاحتفاظ بأوراق هذا الملف شأنه شأن القضايا المنظورة أمام القضاء ، ويظل الاحتفاظ بهذه الأوراق المدة المقررة للاحتفاظ بأوراق القضاء المنظورة أمام المحاكم.

٢ـ فيما يخص دعوى البطلان :

- نوصي المشرع اليمني والمصري ، بضرورة تقنين نص مماثل للمادة (٢٧٤) مرافعات يمني، والمادة (٢١٢) مرافعات مصر ي، واللتان تقرران عدم جواز الطعن بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة إلا مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة كلها.
- نظراً للتشابه بين جزاء البطلان والانعدام ، من حيث النتيجة أو الهدف من الجزائين وهو إلغاء الحكم ، فإننا نقترح على المشرع اليمني والمصري بتقرير الانعدام عند انعدام حكم المحكم ، وبالتالي جواز رفع دعوى البطلان بسبب انعدام الحكم في أي وقت ، ولو بعد فوات الميعاد باعتبار أن هذا الحكم لا يتحصن بمضي المدة ، كما نقترح دمج أسباب الانعدام في أسباب البطلان ، وذلك بتبني المشرع نصوصاً قانونية صريحة في تفسير واسع لتستوعب الأسباب أو الحالات التي تؤدي إلى انعدام الحكم ، وكذا دمج أسباب الالتماس ضمن أسباب دعوى البطلان ، لا سيما في حالة ما إذا كان الحكم مبنياً على الغش أو ورقة مزورة أو شهادة زور باعتبار أن الغش يفسد كل شيء ، وبالتالي إدخال هذه الحالة ضمن حالات البطلان.
- نقترح على المشرع اليمني والمصري إدراج حالة البطلان المنصوص عليها في المادة (٥٣/ب) تحكيم يمني ، والمادة (٥٣/١/ب) تحكيم مصري ، ضمن الحالة المنصوص عليها في المادة

(٥٣/أ) تحكيم يمني ، والمادة (٥٣/١/أ) تحكيم مصري ، ذلك أن الحالة الأخيرة تستوعب الحالة الأولى باعتبار أن فقد الأهلية الذي نصت عليه المادة (٥٣/ب) يمني يؤدي إلى بطلان الاتفاق ، كما أن فقد الأهلية أو نقصها والذي نصت عليه المادة (٥٣/١/ب) مصري يؤدي إلى بطلان الاتفاق ، كما نوصي المشرع اليمني باقتفاء أثر المشرع المصري ، بالنص على القيد الوارد في المادة (٥٣/١/ب) تحكيم مصري السابقة والذي يقرر بأنه إذا كان بطلان الاتفاق مبنياً على فقد الأهلية أو نقصها ، فلا يكون ذلك سبباً للبطلان إلا إذا كان الطرف فاقد الأهلية أو ناقصها طبقاً للقانون الذي يحكم أهليته ، وذلك من خلال تبني المشرع اليمني مثل هذه الإضافة إلى المادة (٥٣/ب) تحكيم يمني ، حتى يمكن تلافي ما قد يحدث من خلال سبب تحديد القانون الذي يحكم أهلية الأطراف .

- نظراً لأن مصطلح حق الدفاع مصطلح واسع ومحل اجتهاد ، فإننا نوصي المشرع المصري ، بتغيير أو تعديل أو تحديد نص المادة (٥٣/١/ج) تحكيم مصري والتي تنص على أهم تطبيق من تطبيقات حقوق الدفاع ، نظراً لعموميته وما تؤدي هذه العمومية من فتح الباب على مصراعيه للاجتهاد ، وبالتالي إصدار أحكام متناقضة بين محاكم الدرجة الواحدة ، وصولاً إلى توحيد الحلول القانونية على مستوى المحاكم المختلفة ، ولذات السبب نوصي المشرع اليمني والمصري بحصر الحالات المتعلقة بحقوق الدفاع التي يترتب على مخالفتها بطلان الحكم وجواز رفع دعوى بإبطاله على أن تكون هذه الحالات من الجسامة باعتبارها عيوباً جسيمة ، وذلك مثل عدم تحقق مبدأ المواجهة أو المساواة ، نظراً لأهمية حقوق الدفاع ، باعتبار مبدأ دستوري تجمع عليه جميع التشريعات ، وباعتباره ضمانة من ضمانات التقاضي.
- نوصي المشرع اليمني بضرورة إعادة النظر في نص المادة (٥٣/ج) تحكيم يمني عندما يتسنى له تعديل أو تغيير القانون ، وذلك بوضع معيار محدد للإجراءات غير الصحيحة ، ذلك أن هذه المادة وردت عامة غير قابلة للتطبيق ، لهذا ينبغي على المشرع اليمني اقتفاء أثر المشرع المصري في المادة (٥٣/١/ز) تحكيم مصري ، والتي وضعت معياراً محدداً وواضحاً للإجراءات غير الصحيحة ، والتي تؤدي مخالفتها إلى بطلان حكم التحكيم ، والمتمثل بأن يكون العيب الذي يلحق بالإجراءات قد أثر في الحكم ، وبالرغم من وضوح هذا النص بتحديده لمعيار الإجراءات غير الصحيحة ، إلا أنه يظل وارداً

بصيغة العموم كونه لم يحدد العيوب التي تشوب حكم التحكيم كعمل إجرائي ، والتي تؤدي إلى بطلانه ، وبالتالي نوصي المشرع المصري بضرورة إعادة النظر في هذا النص من خلال تعديله ،وذلك بإضافة مثل هذه العيوب التي تلحق بالحكم وتؤدي إلى بطلانه .

- نوصي المشرع اليمني بإزالة التناقض الحاصل بين نص المادة (٥٣/و) تحكيم يمني ، والتي تقرر قبول دعوى البطلان وبالتالي إبطال الحكم إذا لم يكن مسبباً ، ونص المادة (٤٨) من ذات القانون ، والتي تقرر بأنه يجب أن يصدر الحكم مسبباً وإلا اعتبر ناقصاً وذلك من خلال تعديل أو إلغاء نص المادة (٥٣/و) السابقة .
- نوصي المشرع اليمني بضرورة إعادة النظر في نص المادة (٥٣/ز) تحكيم يمني ، والتي تنص على بطلان الحكم المخالف للشريعة الإسلامية ، ذلك بأنه اتضح لنا من خلال الدراسة والتحليل أن هذا النص لا يخدم الشريعة الإسلامية ولا الفقه الإسلامي ، لأنه ينبغي تقنين الآراء الراجحة في الفقه الإسلامي استناداً إلى استنباط الأحكام العملية من الأدلة التفصيلية، وليس بطريقة تحكيمية أو مزاجية ، لذا ينبغي إعادة النظر في هذا النص وغيره من النصوص المشابهة لتستقيم مع قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية .

٣ـ فيما يخص النظام الإجرائي لدعوى البطلان :

- نوصي المشرع اليمني والمصري بإعادة النظر في المادة (٥٤) تحكيم يمني ، والمادة (١/٥٤) تحكيم مصري ، وذلك من خلال إلغاء النص على اختصاص محكمة الاستئناف ، وجعل الاختصاص بدعوى البطلان للمحكمة الابتدائية ، وذلك في جميع الأحوال في القانون اليمني وفي حالة التحكيم التجاري الدولي في القانون المصري ، وذلك لتلافي العيوب عندما يتسنى للمشرع تعديل القانون أو تغييره .
- كما نقترح على المشرع اليمني تعديل نص المادة (٥٤) تحكيم يمني السابقة تعديلاً جذرياً بوضع نص يحدد فيه مدة الطعن بالبطلان شأنها شأن المدد الإجرائية ، كما نقترح على المشرع المصري بإعادة النظر في نص المادة (١/٥٤) من حيث مدة الطعن بالبطلان الذي يقررها هذا النص ، كون هذه المدة طويلة ، لا سيما أن المشرع المصري اشترط لقبول طلب تنفيذ حكم التحكيم مضي مدة الطعن .
- نوصي المشرع اليمني والمصري بضرورة النص صراحة على وقف ميعاد دعوى البطلان إذا قام سبب من أسباب الوقف المقررة طبقاً للقواعد العامة ، م(٢١٦) مرافعات مصري ،

م(٢٧٧) مرافعات يمني كالوفاة أو فقد الأهلية أو زوال الصفة ، وذلك لكي لا يظل الأمر اجتهاداً للقضاة عندما يتأتى له تعديل أو تغيير القانون .

- نوصي المشرع بإعادة النظر في المادة (٥٧) تحكيم مصري ن والتي لا ترتب إيقاف تنفيذ حكم المحكم كأثر لرفع دعوى البطلان وذلك لتلافي العيوب .

وهكذا نكون قد انتهينا من هذه الدراسة لعلي أكون قد ساهمت ولو بقدر ضئيل في موضوع البحث الذي سبقني إليه كثيرون ، وسوف يتناوله من بعدي آخرون ، فإن تحقق الهدف منها فبفضل الله وتوفيقه ، وإن تحقق بعضه فما لا يدرك كله لا يترك كله ، وإن لم يتحقق كلية فيكفيني شرف صدق المحاولة ، ولا يسعني في هذا المقام سوى أن أذكر قوله تعالى (وفوق كل ذي علم عليم) ، وكلمة العماد الأصفهاني (إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده لو قدمت هذا لكان أفضل ، ولو أخرت ذلك لكان أجمل ، ولو غيرت ذلك لكان أحسن ، ولو زدت هذا لكان يستحسن ، وهذا من أعظم العبر وهو دليل النقص على استيلاء النقص على جملة البشر) .

والحمد لله الحكم العدل رب العالمين

قائمة المراجع

أولاً : الكتب اللغوية :

١) تفسير الشعراوي / المجلد الرابع في تفسير الآية (٦٥) من سورة النساء - مطابع دار أخبار اليوم - مصر - بدون سنة نشر .

٢)حاشية رد المحتار على الدر المختار : محمد أمين ابن عابدين - مطبعة الحلبي بالقاهرة ١٩٦٦م .

٣) كرم البستاني / المنجد في اللغة والإعلام - دار المشرق العربي - بيروت - ط٢٢ - ١٩٨١م .

٤) لسان العرب لابن منظور - دار المعارف - بيروت - بدون سنة نشر .

٥) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي / القاموس المحيط - المجلد ٤ - دار الفكر بيروت ١٩٧٨م .

٦) مختار الصحاح للرازي - دار المعارف بيروت - بدون سنة نشر .

ثانياً : الكتب والبحوث القانونية :

١) إبراهيم حسن الملا ، محاضرات ألقاها في دورة المحامين الجدد الخامسة عشرة بأمارة الشارقة .

٢) إبراهيم محمد الشريف المفيد في شرح قانون المرافعات ، دراسة تأصيلية لقانون المرافعات اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م - طبعة ثانية - ٢٠٠٨م .

٣) أحمد إبراهيم عبدالتواب / اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به - رسالة حقوق القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٨م .

٤) أحمد أبو الوفاء / التحكيم الاختياري والإجباري ،دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - الطبعة الخامسة - منشأة المعارف بالاسكندرية .

٥) // // // // ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، الطبعة الخامسة ، ١٩٩٧م ، منشأة المعارف بالاسكندرية .

٦) // // // // ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ٢٠٠٧م ، طبعة ١٩٩٨م .

٧) // // // // ، إجـراءات التنفيـذ في المـواد المدينـة والتجاريـة ، دار المطبوعـات الجامعية بالاسكندرية ٢٠٠٧م .
٨) // // // // ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ، ٢٠٠٧م .
٩) // // // // ، عقد التحكيم وإجراءاته ، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧م .
١٠) // // // // ، التعليـق علـى قـانون الإثبـات ، منـشأة المعـارف بالاسـكندرية ، ١٩٨٧م .
١١) أحمد السيد الصاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ٢٠٠٠م ، طبعة ١٩٨٧ - ١٩٩٤م .
١٢) أحمد السيد الصاوي ، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولي ٢٠٠٢م بدون دار نشر .
١٣) أحمد أنعم الصلاحي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري والدولي ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، مركز الدراسات والبحوث اليمني ، طبعة أولى ، ١٩٩٤م.
١٤) أحمد حشيش / القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٨م.
١٥) أحمد شرف الدين / سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم (دعوى بطلان حكم التحكيم) النسر الذهبي للطباعة.
١٦) أحمد شوقي عبدالرحمن / البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإدارية وغير الإدارية، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٢م .
١٧) أحمد محمد عبدالصادق ، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي ، طبعة ٢٠٠٨م ، بدون دار نشر .
١٨) أحمد مليجي موسى / محاضرات في الطعن على أحكام التحكيم ، ألقاها على طلاب دبلوم التحكيم بجامعة تعز خلال العام الجامعي ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩م.
١٩) // // // // / في إجراءات التحكيم ، محاضرات ألقاها على طلاب دبلوم التحكيم خلال العام الجامعي ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩م.
٢٠) // // // // / رقابة القضاء على أعمال المحكمين ، محاضرات ألقاها على طلاب دبلوم التحكيم خلال العام الجامعي ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩م.

٢١) // // // // / التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية ١٩٨٦م.
٢٢) // // // // / قواعد التحكيم في القانون الكويتي - مؤسسة دار الكتب بالكويت - طبعة أولى ١٩٩٦م .
٢٣) // // // // / تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي - رسالة حقوق عين شمس ١٩٧٩م - بدون دار نشر .
٢٤) // // // // / أعمال القضاة والأعمال القضائية ، الأعمال الولائية ،الأعمال الإدارية ، دار النهضة العربية ، دار الفكر العربي بالقاهرة ، طبعة ثانية ١٩٩٣م .
٢٥) أحمد هندي / قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، ٢٠٠٧م.
٢٦) أحمد هندي / سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، ٢٠٠٦م .
٢٧) // // // // / تنفيذ أحكام المحكمين ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ٢٠٠٩م.
٢٨) // // // // / المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، ٢٠٠٨م .
٢٩) إسماعيل إبراهيم الزيادي / في التحكيم واجتهاد القضاء ، مطابع آمون للطباعة ٢٠٠٧م.
٣٠) آمال أحمد الفزايري / دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم / المكتب المصري الحديث بالقاهرة ١٩٩٢م .
٣١) أنور علي أحمد الطشي / مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم ، رسالة ماجستير ، دار النهضة العربية ، طبعة أولى ، ٢٠٠٩م .
٣٢) بليغ حمدي محمود / الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧م .
٣٣) حازم كمال وسعيد مصطفى عفيفي / الموسوعة الشاملة في التحكيم ، جزء أول - طبعة أولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية - بدون سنة نشر .
٣٤) حسني المصري / التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر ٢٠٠٦م .

٣٥) حسن علي مجلي / المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى التجارية ، طبعة أولى ٢٠٠٣م.
٣٦) حسن محمد هند / التحكيم في المنازعات الإدارية ، دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٤م.
٣٧) حفيظة السيد الحداد / الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي بالاسكندرية ، ٢٠٠١م .
٣٨) // // // // / الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية - دراسة تحليلية وانتقائية لأحكام القانون المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م ولبعض القوانين الأجنبية والمعاهدات الدولية - دار الفكر الجامعي بالاسكندرية ١٩٩٧م.
٣٩) حمد الله محمد حمدالله / النظام القانوين لشرط التحكيم في المنازعات التجارية - دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٨م .
٤٠) سامي محسن حسين السري / القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ٢٠٠٤م .
٤١) سعيد خالد الشرعبي / أصول قانون القضاء المدني ،مركز الصادق ، صنعاء اليمن ، طبعة ثالثة ، ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥م .
٤٢) // // // // / حق الدفاع أمام القضاء المدني ، دراسة فقهية مقارنة في القانون المصري واليمني والفقه الإسلامي ، رسالة مطبوعة لنيل درجة الدكتوراه .
٤٣) سعيد مصطفى عفيفي / الموسوعة الشاملة في التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية محلياً ودولياً طبقاً لأحكام محكمة النقض منذ نشأتها حتى ٢٠٠٥م ، الاتحاد العام لشباب محامي مصر ، طبعة أولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ٢٠٠٥م .
٤٤)سلطان عمر محمد الشجيفي / الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي ، رسالة ماجستير حقوق جامعة عدن طبعة ٢٠٠٩م .
٤٥) سليمان مرقس / أصول الإثبات ، دار الكتب بالقاهرة ١٩٨٧م .
٤٦) سمير تناغو / النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، بدون دار نشر .
٤٧) سيد أحمد محمود / دعوى بطلان حكم التحكيم .
٤٨) // // // // / نظام التحكيم ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي ، دار النهضة العربية القاهرة طبعة ٢٠٠٥م .

٤٩) طلعت دويدار / ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ، دراسة مقارنة ، دار الجمعة الجديدة .

٥٠) عاشور مبروك / النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة طبعة ثانية ١٩٩٨م .

٥١) عبدالباسط محمد عبدالواسع الضراسي / النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، المكتب الجامعي الحديث بالاسكندرية طبعة ٢٠٠٥م .

٥٢) عبدالتواب مبارك / بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية.

٥٣) عبدالحكم فودة ، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ١٩٩٧م .

٥٤) عبدالحميد الأحدب / موسوعة التحكيم ، جزء ثاني ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية - بدون سنة نشر .

٥٥) عبدالحميد الشواربي / التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء ، المكتبة القانونية، مصر .

٥٦) عبدالرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني ، جزء أول ، جزء ثاني ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، ١٩٨٢م .

٥٧) عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة / التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، منشأة المعارف بالاسكندرية - ٢٠٠٥م .

٥٨) عبدالغني بسيوني / وقف تنفيذ القرار الإداري ، منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٥م .

٥٩) عبدالكريم الطير / الإثبات بالكتابة ، رسالة حقوق ، القاهرة ٢٠٠٠م .

٦٠) عبدالله عيسى الرمح / حكم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي ، دارسة في القانون الكويتي والقانون المصري مقارناً بالفقه الإسلامي .

٦١) عبدالله محمد علي المخلافي / المدخل لدراسة القانون ، الأمين للنشر والتوزيع اليمني ، ٢٠٠٤م .

٦٢) عزمي عبدالفتاح / قانون التحكيم الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، طبعة أولى ١٩٩٠م .

٦٣) عصام عبدالوهاب السماوي / وقف الخصومة في قانون المرافعات اليمني ، رسالة ماجستير حقوق جامعة عدن ، المطبعة القضائية صنعاء اليمن ٢٠٠٨م.
٦٤) علاء محيي الدين مصطفى / التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، ٢٠٠٥م .
٦٥) علي القعيطي / الإثبات بالكتابة ، صنعاء ٢٠٠٣م .
٦٦) علي سالم إبراهيم / ولاية القضاء على التحكيم ، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٩٥م طبعة ١٩٩٧م .
٦٧) عمرو عيسى الفقي / الجديد في التحكيم في الدول العربية ، المكتب الجامعي الحديث بالاسكندرية ٢٠٠٣م .
٦٨) فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة دار الكتاب الجامعي ، ٢٠٠٨م .
٦٩) // // // // / قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة دار المعارف ، الاسكندرية ٢٠٠٧م .
٧٠) // // // // / نظرية البطلان في قانون المرافعات ، قام بتجديدها أحمد ماهر زغلول ، رسالة مطبوعة ١٩٩٧م ، الطبعة الثانية دون تحديد دار نشر ولا سنة طبع .
٧١) فرج علواني هليل / البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨م .
٧٢) فوزي محمد سامي / التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، طبعة ثالثة ١٩٩٥م .
٧٣) محمد أحمد مرغم / إجراءات التنفيذ في القانون اليمني وفق الشريعة الإسلامية ، دار الحكمة اليمانية للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٩٥م .
٧٤) محمد سعيد خليفة ومحمد حسين عبدالعال وشحاتة غريب شلقامي / اتفاق التحكيم ، دراسة في ضوء أحكام قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والقواعد العامة في القانون المدني ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩م بدون دار نشر .
٧٥) محمد علي سكيكر / تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، ٢٠٠٧م .

٧٦) محمد علي عويضة / حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٨م .

٧٧) محمد فتح الله حسين / شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٥م .

٧٨) // // // // / شرط التحكيم في المواد المدنية والتجارية في ضوء أحدث أحكام النقض ، الناشر أحمد حيدر ، طبعة أولى ، ٢٠٠٨م .

٧٩) محمد فؤاد عبدالباسط / مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، ٢٠٠٦م .

٨٠) محمد ماجد عباس خلوصي / قضايا تحكيمية ، دار الكتب القانونية ، مصر ٢٠٠٨م .

٨١) محمد نور شحاتة / الرقابة على أعمال المحكمين ، موضوعها وصورها ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ١٩٩٣م .

٨٢) محمود السيد التحيوي / الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦م .

٨٣) // // // // / الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ٢٠٠٣م .

٨٤) محمود السيد التحيوي / أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ٢٠٠٧م .

٨٥) محمود هاشم / القضاء ونظام الإثبات ، السعودية ١٩٨٨م .

٨٦) مختار أحمد بربري / التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٥م ، طبعة ثالثة ٢٠٠٤م .

٨٧) مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال / التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية ، جزء أول ، ط١ ، ١٩٩٨م بدون دار نشر .

٨٨) مطهر عبده محمد الشميري / شرح قانون المرافعات اليمني ، طبعة ثالثة ٢٠٠٦ ، ٢٠٠٧م ، مركز ألوان ، صنعاء .

٨٩) معوض عبدالتواب / الموسوعة الشاملة في التحكيم المجلد (١ ، ٢ ، ٣) دار شادي للإصدارات القانونية ، القاهرة طبعة أولى ٢٠٠٩م .

٩٠) ناصر ناجي محمد جمعان / شرط التحكيم في العقود التجارية ، رسالة ماجستير ، مطبوعة (كلية الحقوق جامعة عدن) .

٩١) نبيل إسماعيل عمر / الهدر الإجرائي واقتصاديات الإجراء ، دراسة في قانون المرافعات المدينة والتجارية ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ٢٠٠٨م .

٩٢) // // // // / الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات ، آثاره الإجرائية والموضوعية ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ٢٠٠٤م .

٩٣) نبيل إسماعيل عمر / إقناع القاضي عن القضاء بصلحه الشخصي ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، ٢٠٠٤م .

٩٤) // // // // / التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، ٢٠٠٥م .

٩٥) نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل / قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، ٢٠٠٤م .

٩٦) نبيل إسماعيل عمر / الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، ٢٠٠٦م .

٩٧) // // // // / الطعن بالاستئناف وإجراءاته ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، بدون سنة نشر .

٩٨) // // // // / إعلان الأوراق القضائية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ط١ - ١٩٨١م .

٩٩) نجيب أحمد عبدالله الجبلي / التحكيم في القانون اليمني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية ، رسالة دكتوراه حقوق الاسكندرية ١٩٩٦م طبعة ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤م.

١٠٠) // // // // / التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، المكتبة القانونية مصر ٢٠٠٦م .

١٠١) // // // // / قانون المرافعات اليمني ، مركز الصادق ، صنعاء ، اليمن ، طبعة أولى ، ٢٠٠٨م .

١٠٢) // // // // / قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية ، مركز الصادق ، صنعاء ، اليمن ، ٢٠٠٩م .

١٠٣) // // // // / التنفيذ المعجل ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ٢٠٠٩م.
١٠٤) // // // // / إجراءات دعوى التزوير الفرعية ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ٢٠٠٦م .
١٠٥) // // // // / الإعلانات القضائية ، المكتب الجامعي الحديث ٢٠٠٦م.
١٠٦) // // // // / تأملات في تناقضات قانون التحكيم اليمني ، بحث منشور في مجلة جامعة صنعاء للعلوم الاجتماعية والإنسانية مجلة علمية محكمة ، العدد (٢) لسنة٢٠٠٧م .
١٠٧) وائل أنور بندق / موسوعة التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥م .

ثالثاً : القوانين والمعاهدات الدولية :

١) قانون التحكيم اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م والمعدل بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م ، ط٥ ٢٠٠٧م .
٢) قانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني ط٤ نوفمبر ٢٠٠٧م .
٣) القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م ، ط٢ يناير ٢٠٠٨م .
٤) القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م والمعدل بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٧م ، القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨م والقانون (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ ، ط٣ مايو ٢٠٠٧م .
٥) قانون العمل اليمني رقم (٥) لسنة ١٩٩٥م ط٣ نوفمبر ٢٠٠٧م .
٦) قانون السلطة القضائية اليمني رقم (١) لسنة ١٩٩١م والمعدل بالقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٤م والقانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٧م والقانون رقم (٢٨)لسنة١٩٩٩م والقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٦م ط ٤ سنة ٢٠٠٩م .
٧) قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م والمعدل بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م والقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٩م .
٨) القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية المستخلصة من بعض أحكام المحكمة العليا خلال الفترة من ٢٠٠٦/٤/١٨م - ٢٠٠٧/٤/٢١م العدد (٧) المكتب الفني بالمحكمة العليا.
٩) القواعد القانونية والمبادئ التضامنية الجزائية المستخلصة في بعض أحكام المحكمة العليا خلال الفترة من ٢٠٠٦/٤/١٨م - ٢٠٠٧/٤/٢١م العدد (٩) المكتب الفني بالمحكمة العليا.

١٠) القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية المستخلصة من بعض أحكام المحكمة العليا خلال الفترة من ٢٠٠٥/٤/١٦م - ٢٠٠٧/٣/١٤م العدد (٨) المكتب الفني بالمحكمة العليا.
١١) القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية المستخلصة من بعض أحكام المحكمة العليا خلال الفترة ٢٠٠٦/١١/٥م - ٢٠٠٧/٣/٢٥م العدد (١٠) الكتب الفني بالمحكمة العليا.
١٢) قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م والمعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م الجريدة الرسمية ، مصر ، العدد (١٦) الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٤/٢١م .
١٣) القانون المدني المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٤٨ وفقاً لآخر تعديلاته ، المكتبة القانونية ، القاهرة ٢٠٠١م .
١٤) نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٦/٢) بتاريخ ١٤٠٣/٣/١٢هـ الموافق ١٩٨٣/٤/٢٤م .
١٥) قانون التحكيم الكويتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٥م .
١٦) قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ الجريدة الرسمية ، المملكة الأردنية الهاشمية ، عمان ، ألعدد رقم (٤٤٦٦) الصادر بتاريخ ١٦ تموز ٢٠٠١م .
١٧) قانون التحكيم التونسي ، مجلة التحكيم التونسية عدد ٤٢ لسنة ١٩٩٣م .
١٨) قانون التحكيم الليبي ، مستخرج من قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٥٣ والتجارية .
١٩) قانون التحكيم اللبناني ، مستخرج من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديدة .
٢٠) قانون التحكيم العماني ، مرسوم سلطاني رقم (٤٧/٩٧) بإصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية .
٢١) قانون التحكيم العراقي ، مستخلص من قانون المرافعات المدنية والتنفيذ .
٢٢) الاتفاقية العربية للتعاون القضائي الصادر في الرياض بالمملكة العربية السعودية بتاريخ ١٩٨٣/٦/٤م .
٢٣) القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والمعتمدة من قبل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بتاريخ ١٩٨٥/٦/٢١م .

٢٤) اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٨٥م الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقد في نيويورك في الفترة من ٢٠ مايو ١٠ يونيو ١٩٥٨م

٢٥) اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى ١٩٦٥م .

الفهرس

مقدمة ١

أولاً : أهمية البحث : ١

ثانياً : هدف البحث : ٤

ثالثاً : مشكلة البحث : ٥

رابعاً : نطاق البحث : ٦

خامساً : منهج البحث وتقسيمه : ٦

الفصل التمهيدي : ماهية التحكيم ١٠

المبحث الأول : تعريف التحكيم ١٢

أولاً : التعريف اللغوي: ١٢

ثانياً : التعريف في الاصطلاح: ١٢

ثالثاً : التعريف لدى فقهاء القانون : ١٣

المبحث الثاني : تمييز نظام التحكيم عما قد يختلط به من نظم قانونية . . ١٥

١- التحكيم وتكملة الغير لتصرف قانوني : ١٧

٢- التحكيم والصلح : ١٨

٣- التحكيم والتوفيق أو الوساطة : ٢٠

٤- التحكيم والخبرة : ٢١

٥- التحكيم والوكالة : ٢٢

المبحث الثالث: مزايا ومساوئ التحكيم ٢٣

المطلب الأول : مزايا نظام التحكيم ٢٣

المطلب الثاني : مساوئ نظام التحكيم ٢٧

الباب الأول : ماهية حكم التحكيم وإصداره وآثاره ٣٠

الفصل الأول : ماهية حكم التحكيم ٣٢

المبحث الأول : تعريف حكم التحكيم ٣٣

المبحث الثاني : أنواع حكم التحكيم ٣٨

أولاً : الأحكام القطعية والأحكام غير القطعية : ٣٨

ثانياً : الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية : ٣٩
ثالثاً : الأحكام المنهية للخصومة والأحكام غير المنهية للخصومة : . . . ٤١
رابعاً : أحكام التحكيم الاتفاقية : ٤٢
خامساً : أحكام التحكيم الإضافية : ٤٣
المبحث الثالث : الطبيعة القانونية لحكم التحكيم ٤٥
الاتجاه الأول : حكم المحكمين لا يعد عملاً قضائياً :. ٤٦
الآثار المترتبة على الأخذ بهذا الاتجاه التعاقدي : ٤٩
الاتجاه الثاني : حكم المحكمين يعد عملاً قضائياً بعد صدور الأمر بتنفيذه : ٥١
الاتجاه الثالث : حكم المحكمين يعد عملاً قضائياً : ٥٣
رأي الباحث : ٥٥
الفصل الثاني : إصدار حكم التحكيم ٥٧
المبحث الأول : إجراءات إصدار الحكم ٥٨
١- حجز الدعوى للحكم : ٥٨
٢- المداولة لإصدار الحكم :. ٦٠
٣- وجوب صدور الحكم من الهيئة بكامل تشكيلها : ٦٤
٤- صدور الحكم بالأغلبية : ٦٤
المبحث الثاني : شكل الحكم. ٦٦
١- النطق بالحكم : ٦٧
٢- مسودة الحكم : ٦٧
٣- كتابة الحكم : ٦٨
٤- لغة الحكم : ٧٠
٥- بيانات الحكم : ٧١
١- أسماء أطراف التحكيم وعناوينهم وصفاتهم وجنسياتهم : . . . ٧١
٢- أسماء المحكمين وصفاتهم وعناوينهم وجنسياتهم : ٧٢
٣- صورة من اتفاق التحكيم : ٧٣
٤- ملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم : ٧٥
٥- منطوق الحكم : ٧٧

٦- تاريخ إصدار الحكم : ٧٧
٧- مكان إصدار الحكم : ٧٩
٨- أسباب الحكم : ٨٠
٩- توقيع المحكمين على الحكم: ٨١
١٠- تسبيب الحكم : ٨٢
المبحث الثالث : الإجراءات التالية لإصدار الحكم ٨٧
أولاً : إعلان الحكم : ٨٧
ثانياً : إيداع حكم المحكمين : ٨٨
الفصل الثالث : آثار حكم التحكيم ٩٦
المبحث الأول : حيازة حكم التحكيم حجية الأمر المقضي ٩٨
المبحث الثاني : استنفاد ولاية حكم التحكيم ١٠٤
أولاً : مبدأ الاستنفاد :. ١٠٤
ثانياً : الاستثناءات الواردة على المبدأ : ١٠٥
الباب الثاني : دعوى بطلان حكم التحكيم ١٠٦
أولاً : الطعن بالاستئناف في حكم المحكم في القانون المقارن : ١٠٨
ثانياً : موقف القانون اليمني من الطعن بالاستئناف بحكم التحكيم : . . ١١١
ثالثاً : رأي الباحث في موقف القانون اليمني : ١١٣
الفصل الأول : ماهية دعوى البطلان وطبيعتها وهدفها ١١٦
المبحث الأول : تعريف دعوى البطلان ١١٧
المبحث الثاني : طبيعة دعوى البطلان ١١٩
المبحث الثالث : هدف دعوى البطلان ١٢٣
أولاً : البطلان : ١٢٤
أ) تعريف البطلان : ١٢٤
ب- الأسس العامة لتحديد البطلان :. ١٢٥
أولاً : حالات البطلان في القانون المقارن : ١٢٥
ثانياً : حالات البطلان في القانون اليمني : ١٢٧
أ - حالة النص الصريح على البطلان م (٤٧) مرافعات : . . . ١٢٧

ب- حالة عدم النص على البطلان : ١٢٨
١- إثبات وجود عيب جوهري م (٤٨) : ١٢٨
٢- إثبات عدم تحقق الغاية من الإجراء م (٤٩) : ١٢٩
ج- أحكام البطلان : ١٣٠
د- آثار البطلان : ١٣٣
ثانياً : الانعدام : ١٣٦
ثالثاً : أوجه الشبه والاختلاف بين البطلان والانعدام : ١٣٩
١) أوجه الشبه : ١٣٩
٢) أوجه الاختلاف : ١٣٩
استنتاج الباحث من التفرقة بين البطلان والانعدام : ١٤١
الفصل الثاني : أركان دعوى البطلان ١٤٣
المبحث الأول : الركن الشخصي في دعوى البطلان ١٤٤
المبحث الثاني : الركن الموضوعي في دعوى البطلان (محل الدعوى) . . . ١٤٦
أولاً : التحكيم الصادر بالدفع بعدم الاختصاص () : ١٤٩
رأي الباحث في جواز الطعن بالأحكام غير المنهية للخصومة : ١٥١
ثانياً : الأحكام الصادرة بإجراء وقتي : ١٥٣
ثالثاً : الأحكام الصادرة بوقف الخصومة : ١٥٤
رابعاً : الأحكام الجزئية القابلة للتنفيذ الجبري : ١٥٥
المبحث الثالث : الركن السببي في دعوى البطلان ١٥٦
الفصل الثالث : شروط دعوى البطلان ١٥٩
المبحث الأول : الشروط العامة لقبول الدعوى ١٦١
أولاً : المصلحة : ١٦١
ثانياً : الصفة : ١٦٥
المبحث الثاني : الشروط الخاصة لقبول الدعوى (عدم وجود مانع قانوني) . . ١٦٧
الباب الثالث : حالات دعوى البطلان ١٧٠
مبحث تمهيدي : موقف التشريعات من تفسير أسباب بطلان حكم التحكيم . ١٧٢
أولاً : الاتجاه الموسع : ١٧٢

ثانياً : الاتجاه المضيق : ١٧٣
رأي الباحث في تفسير حالات البطلان : ١٧٤
الفصل الأول : حالات بطلان حددها المشرع ١٧٦
المبحث الأول : حالات البطلان التي تتعلق باتفاق التحكيم ١٧٨
أولاً : تخلف الشروط العامة لاتفاق التحكيم باعتباره تصرفاً قانونياً : . . ١٨١
ثانياً : مخالفة اتفاق التحكيم الشروط الخاصة المنظمة في قانون التحكيم : ١٨٣
المبحث الثاني : حالات البطلان التي تتعلق بخصومة التحكيم ٢٠٤
أولاً : مخالفة شروط التشكيل : ٢٠٤
ثانياً : مخالفة شروط التعيين : ٢٠٦
ثالثاً : مخالفة شروط الصلاحية : ٢٠٩
١- مخالفة شرط الأهلية لتولي التحكيم : ٢٠٩
٢- أن يكون المحكم صالحاً لما حكم فيه ، ملماً بأمور القضاء والتقاضي : ٢١١
٣- توافر الحيدة والاستقلال في المحكم : ٢١٢
٤- ألا يكون القاضي محكماً في قضية منظورة أمام المحكمة التي يعمل فيها : ٢١٣
١- مبدأ المساواة بين الخصوم : ٢١٩
٢- مبدأ المواجهة : ٢٢١
الفصل الثاني : حالات بطلان لم يحددها المشرع ٢٢٩
الفرض الأول : بطلان حكم التحكيم لعيب في ذاته : ٢٣١
الفرض الثاني : بطلان إجراءات التحكيم ذاتها على نحو أثر في الحكم : . . ٢٣٩
الفصل الثالث : حالات بطلان لمخالفة النظام العام ٢٤٣
الباب الرابع : النظام الإجرائي لدعوى البطلان ٢٥١
الفصل الأول : المحكمة المختصة بدعوى البطلان وميعاد رفع الدعوى ٢٥٤
المبحث الأول : المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان ٢٥٥
المبحث الثاني : ميعاد رفع الدعوى ٢٥٩
الفصل الثاني : إجراءات رفع دعوى البطلان ٢٦٥
المبحث الأول : نشأة الخصومة ٢٦٦
أولاً : شكل العريضة وطريقة رفعها وبياناتها : ٢٦٧

ثانياً : جزاء تخلف بيانات عريضة الدعوى : ٢٦٩
ثالثاً : إيداع عريضة الدعوى : ٢٦٩
رابعاً: إعلان العريضة : ٢٧٠
المبحث الثاني : سير الخصومة ٢٧١
أولاً : قواعد الحضور : ٢٧٢
ثانياً : قواعد الغياب : ٢٧٣
المبحث الثالث : نظر الدعوى ٢٧٧
أولاً : نظام جلسة المرافعة وإدارتها : ٢٧٧
ثانياً : التأجيل : ٢٧٨
ثالثاً : المرافعة : ٢٧٩
رابعاً : تحقيق الدعوى () : ٢٨٠
١- تقديم المستندات المؤيدة لها ، ٢٨٠
٢- إجراءات الإثبات : ٢٨١
خامساً : إقفال باب المرافعة (حجز القضية) : ٢٨٢
المبحث الرابع : عوارض سير الخصومة ٢٨٢
المطلب الأول : العوارض المانعة من السير في الخصومة (ركود الخصومة) . ٢٨٣
أولاً : شطب الخصومة : ٢٨٣
ثانياً : وقف الخصومة () : ٢٨٤
١- الوقف الاتفاقي : ٢٨٥
٢- الوقف القضائي : ٢٨٥
النوع الأول : الوقف الإجرائي : ٢٨٦
النوع الثاني : الوقف التعليقي : ٢٨٧
٣- الوقف بحكم القانون : ٢٨٨
آثار الوقف : ٢٨٩
مصير الخصومة الموقوفة : ٢٩٠
ثالثاً : انقطاع الخصومة : ٢٩١
١- تعريفه : ٢٩١

٢- أسباب الانقطاع : ٢٩٢
٣- شروط تحقق انقطاع الخصومة : ٢٩٣
٤- آثار الانقطاع : ٢٩٤
٥- مصير الخصومة المنقطعة : ٢٩٥
المطلب الثاني : العوارض المنهية للخصومة (الانقضاء المبتسر) ٢٩٦
أولاً : سقوط الخصومة : ٢٩٦
أ - تعريفه والحكمة من السقوط : ٢٩٦
ب- شروط سقوط الخصومة : ٢٩٧
جـ- عدم قبول الخصومة للتجزئة فيما يتعلق بسقوطها : . . . ٣٠١
د- آثار سقوط الخصومة : ٣٠٢
ثانياً : انقضاء الخصومة بمضي المدة (تقادم الخصومة) : ٣٠٣
ثالثاً : اعتبار الخصومة كأن لم تكن : ٣٠٥
رابعاً : التنازل عن الخصومة : ٣٠٨
المبحث الخامس : الطلبات العارضة ٣١٣
المطلب الأول : الطلبات العارضة المقدمة من مدعي البطلان ٣١٤
المطلب الثاني : الطلبات العارضة (المقابلة) المقدمة من المدعى عليه بالبطلان ٣١٧
المطلب الثالث : الطلبات العارضة المقدمة من الغير ٣٢٠
أولاً : التدخل الاختياري (التعدد الاختياري) : ٣٢١
ثانياً : اختصام الغير () : ٣٢٤
١- حالات الإدخال لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة : ٣٢٩
٢- إجراءات اختصام الغير بأمر المحكمة : ٣٣٠
الفصل الثالث : أثر رفع دعوى البطلان والحكم فيها ٣٣١
المبحث الأول : أثر رفع دعوى البطلان ٣٣٣
رأي الباحث في أثر رفع دعوى البطلان : ٣٣٦
المبحث الثاني : الحكم في دعوى البطلان ٣٣٧
المطلب الأول : طبيعة الحكم بالبطلان وسلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان ٣٣٧
أولاً : طبيعة الحكم بالبطلان : ٣٣٧

ثانياً : سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان : ٣٣٨
المطلب الثاني : أثر الحكم بالبطلان ٣٤٢
المطلب الثالث : الطعن في الحكم في دعوى البطلان ٣٤٣
الخاتمة ٣٤٦
أولاً : النتائج : ٣٤٦
حالات البطلان التي تتعلق باتفاق التحكيم : ٣٥٢
حالات بطلان تتعلق بخصومة التحكيم :. ٣٥٣
حالات بطلان لم يحددها المشرع : ٣٥٤
حالات بطلان لمخالفة النظام العام : ٣٥٥
ثانياً : التوصيات : ٣٦٢
أ - التوصيات الخاصة : ٣٦٢
١- فيما يخص حكم التحكيم : ٣٦٢
٢- فيما يخص دعوى البطلان : ٣٦٣
٣- فيما يخص النظام الإجرائي لدعوى البطلان : ٣٦٥
قائمة المراجع ٣٦٧
الفهرس ٣٧٨