جامعة إب
مجلة الباحث الجامعي

أهلية أبرام شرط التحكيم

عبد الباسط محمد عبد الواسع قايد
باحث لدرجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر
* E-mil: aldrasi@yahoo.com

مقدمة:

حضي التحكيم في الوقت الحاضر باهتمام كبير سواءً من الإفراد أو من المؤسسات العامة والخاصة، حيث نظمت له المؤتمرات وعدلت التشريعات كل هذا وذاك في سبيل تلبية الحاجة الملحة للتحكيم كنظام للفصل في المنازعات، وذلك لِما يتميز به من سرعة ومرونة وحرية أكثر للإرادة في اختيار القواعد والإجراءات التي تطبق على التحكيم.

ويعد اتفاق التحكيم بصورتيه (شرط ومشارطة التحكيم) نقطة البداية في نظام التحكيم وعموده الفقري، وقد أهتم به الفقه والتشريع اهتماما يتلاءم مع أهميته، فهو وإن كان عقداً لكنه ليس ككل عقد كونه ينصب على اختيار قضاء خاص كطريق بديل عن القضاء العام وما أُحيط به من ضمانات.

ولما كان شرط التحكيم- وهو إحدى صور اتفاق التحكيم ويبرم قبل وقوع النزاع - بوصفه عقدًا يشترط لإبرامه توافر الأركان العامة للعقد شأنه في ذلك شأن المشارطة- وهي الصورة الأخرى لاتفاق التحكيم والتي تبرم بعد وقوع النزاع-.

فإذا انعقد شرط التحكيم مُستوفيًا أركانه وشروط صحته، أصبح ملزمًا لأطرافه منتجاً لأثاره، ولما كانت الأهلية والقدرة على إبرام شرط التحكيم من الأركان العامة اللازم توافرها لصحة شرط التحكيم، كان من الأهمية أن نخصص بحثنا لهذا الموضوع.

وسنبدأ بالبحث في أهلية الشخص الطبيعي، والمسائل القانونية التي يثيرها، فمن المسلم به أنه يجوز لجميع الأشخاص الطبيعيين إبرام شرط التحكيم؛ طالما توافرت الأهلية اللازمة لصحة الالتجاء إلى التحكيم لحسم المنازعات المحتمل نشوؤها لحظة إبرام شرط التحكيم، وسيتم بعدها تناول أهلية الأشخاص الاعتبارية كونها تتبوأ الصدارة كطرف من أطراف العقود التجارية الدولية، والمتضمنة شرط التحكيم. التي تنقسم إلى قسمين هما: أشخاص اعتبارية خاصة، وأشخاص اعتبارية عامة؛ وبالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة تتباين تشريعات الدول بين الحظر والإجازة بالنسبة للجوئها إلى التحكيم؛ أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة فما يهمنا منها هو الشركات.

ومن المسلم به أن موضوع الأهلية من الموضوعات التي لا نجد عليها أجماعًا على مستوى التشريعات الوطنية، ومن ثم يكون من الضروري الإشارة إلى التشريعات المختلفة في هذا الخصوص وكذا الاتفاقيات الدولية المتعلقة بذلك ولتناول ذلك سيقسم هذا البحث على مطلبين نخصص الأول منه لأهلية الشخص الطبيعي لإبرام شرط

التحكيم، والأخر لأهلية الشخص الاعتباري لإبرام شرط التحكيم على النحو الآتي:

المطلب الأول:
أهلية الشخص الطبيعي لإبرام شرط التحكيم

تثير أهلية الأشخاص الطبيعية تساؤلات قانونية عديدة على قدر كبير من الأهمية مثل مفهوم الأهلية، ومتى يحدد سن الرشد، والأهلية المطلوبة لإبرام شرط التحكيم، وسيتم البحث في أهلية بعض الأشخاص الطبيعيين، ويقتض تناول ذلك أن يقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم الأهلية

الفرع الثاني: الأهلية المطلوبة لإبرام شرط التحكيم

الفرع الثالث: أهلية بعض الأشخاص الطبيعيين لإبرام شرط التحكيم

الفرع الأول
مفهوم الأهلية

سنتناول في هذا الفرع المقصود بالأهلية، ومتى تتوافر في الشخص أي متى يحدد سن الرشد.

أولاً: المقصود بالأهلية:

يقصد بالأهلية: صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات[1]، أو هي القدرة والصلاحية لإبرام التصرف القانوني[2] التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو تحمله التزاماً على وجه يعتد به القانون.

وطبقًا للقواعد العامة في القانون المدني تنقسم الأهلية إلى قسمين: أهلية وجوب، وأهلية أداء؛ وأهلية الوجوب يقصد بها: صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقرها القانون، أي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات؛ كصلاحيته لأن يرث فيكون مالكًا.

وتثبت أهلية الوجوب للإنسان دون أن يكون هناك أي أثر لسنه، أو لأي عارض من عوارض الأهلية في ثبوت هذه الأهلية؛ إذ إنها تثبت للإنسان منذ ولادته وتستمر حتى وفاته (مادة 49/مدني يمني) بل قد تثبت للإنسان في بعض الأحوال قبل ميلاده؛ إذ يكون له حق الميراث من مورثه والحق في الوصية ممن يوصى له[3].

وهي تمثل الأهلية القانونية في وجهها السلبي الذي يقتصر على تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات دون تدخل لإرادة الشخص، ولكنها لا تشمل الوجه الإيجابي المتمثل في المساهمة إيجاباً في إنشاء هذه الحقوق والالتزامات، وهي تثبت للإنسان من وقت ولادته حيًا وتبقى معه حتى وفاته، بغض النظر عن كونه عاقلاً أم غير عاقل صغيرًا كان أم كبيرًا وإن نقصت الأهلية تنقص معها صلاحية الشخص لكسب الحقوق وإن وجدت كاملة فإن قدرة الشخص تكون كاملة.

ويتحقق كمال الأهلية عندما يكون الشخص مؤهلاً للقيام بجميع التصرفات القانونية؛ وتكون ناقصة أو قاصرة عندما يكون الشخص مؤهلاً للقيام ببعض التصرفات دون بعضها الأخر، كالقاتل الذي لا يجوز له أن يرث من قتله، وكالشخص الاعتباري الذي لا يجوز له أن يكتسب أي حق خارج عن الغرض الذي أُنشئَ من أجله، وكالجنين الذي لا يمكن له اكتساب الحقوق إلا عن طريق الميراث أو الوصية.

وبناء على ما سبق لا يجوز له تلقي الحقوق عن أي طريق آخر مثل البيع أو الهبة، ومتى ما تم ذلك فإنه يعتبر باطلاً ولا يعتد به[4].

ولا يكون الشخص أهلاً لمباشرة التصرفات القانونية التي تؤدي إلى اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات إلا بتوافر أهلية الأداء[5]، ولما كان التصرف القانوني ليس سوى اتجاه إرادة الشخص نحو إحداث أثر قانوني يتمثل في

الغالب ؛ إما في صورة إنشاء حق أو التزام ؛ فإن أهلية الأداء ليست سوى صلاحية الإرادة لإحداث هذا الأثر القانوني ؛ إذا توافرت فيها الشروط الأخرى، وهي لا تثبت لجميع الأفراد كما أنها قد تكون كاملة أو ناقصة أو منعدمة[6]، وقد تكون أهلية الأداء معدومة بحيث لا يكون للشخص حق إبرام أي تصرف قانوني لنفسه ؛ لاعتبارات مختلفة مثل السن والعقل وحسن التدبير.

وأهلية الوجوب قرينة الشخصية القانونية، أما أهلية الأداء فمناطها الإدراك والتمييز وهي تتأثر بالسن، وتتفاوت باختلافه كما تتأثر أيضا بالحالة العقلية للشخص[7].

ثانيًا: تحديد سن الرشد

كمال التمييز والإرادة هما مناط أهلية التصرف ؛ وتأسيسًا على ذلك لا تثبت أهلية التصرف لكل شخص طبيعي مهما كان سنه، لأن التمييز والإرادة يختلف من إنسان إلى آخر، ولما كان التمييز يتدرج لدى الإنسان تبعًا للسن ؛ فإن المنطق يستلزم أن تتدرج أهلية التصرف تبعاً للتمييز والإرادة، وهما مرتبطان بالسن، حيث ينعدم التمييز في السنوات الأولى من عمر الإنسان، حتى بلوغ السابعة، ولذلك يتفق فقهاء القانون على اعتبار أن كل من لم يبلغ السابعة من عمره ؛ يعد عديم التمييز، ومن ثم تنعدم لديه أهلية التصرف، وتكتمل الأهلية ببلوغ سن الرشد ؛ وهو دليل على كمال التمييز والإرادة معًا، وبناء عليه يكون لكامل الأهلية الحق في التصرف في أمواله، ومن يملك حرية التصرف ؛ يملك أن يكون طرفاً في شرط التحكيم[8].

وتوافر التمييز لازم لوجود الإرادة وانعدامه لدى أحد العاقدين ؛ يعني انعدام الإرادة لديه، وهذا الانعدام لابد أن يعيب العقد الأصلي، وشرط التحكيم معاً، بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر، ومن ثم فإذا دفع أحد طرفي العقد ببطلان العقد ؛ لانعدام إرادته عند التوقيع عليه ؛ فإن البطلان لا يقتصر على العقد الأصلي وحده، وإنما يمتد إلى شرط التحكيم. وبطلان شرط التحكيم في هذه الحالة إنما يكون لعيب ذاتي فيه، وليس لمجرد بطلان العقد الأصلي الذي يرتبط به، وهو بذلك لا يتنافى مع استقلال شرط التحكيم، والنتائج المترتبة على مبدأ الاستقلال، وأخصها في هذه الحالة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة وجود شرط التحكيم وبطلانه[9].

كما أن اكتمال الأهلية لا تثبت للشخص حتى بعد بلوغه سن الرشد القانونية ؛ إذا طرأ عارض من شأنه أن يعدم هذه الأهلية أو ينقصها، وهذا ما هو عليه الحكم بالنسبة للمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة[10] بيد أنه يجوز للممثل القانوني لغير كامل الأهلية أو عديمها - الولي أو الوصي أو القيم- أن يبرم الاتفاق على التحكيم نيابة عنه وفقًا للضوابط والشروط التي يحددها القانون[11].

وتختلف التشريعات في تحديد سن الرشد باختلاف الدول ؛ فالمادة (50) مدني يمني تنص على أن: "سن الرشد خمس عشرة سنة كاملة إذا بلغها الشخص متمتعًا بقواه العقلية رشيدًا في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها"، ويجوز أن تشترط القوانين الخاصة سنًا أعلى يحق للشخص بموجبها ممارسة أية حقوق أخرى أو التمتع بها"، وحدد المشرع المصري سن الرشد بواحد وعشرين سنة ميلادية[12]، وتتحقق أهلية التصرف طبقًا للنظام السعودي إذا بلغ الشخص ثماني عشرة سنة هجريه وكان رشيدًا ولم يحدث له عارض من عوارض الأهلية[13]، ويحدده القانون الفرنسي كذلك بثماني عشرة سنة[14]، ونظرًا لما لشرط التحكيم من أهمية وخطورة في الوقت ذاته، فإنه يشترط في أطراف شرط التحكيم أن تتوافر لديهم أهلية التصرف ؛ والتي يكتسبها الشخص ببلوغه سن الرشد.

وبالتطبيق على شرط التحكيم في العقود التجارية نجد بعض القوانين ومنها القانون اليمني تحدد سن أعلى لسن الرشد عما هو مقر في القانون المدني ؛ كشرط للاشتغال بالأعمال التجارية ؛ فنجد أن سن الرشد بالنسبة للمعاملات التجارية وفقًا للمادة(23) تجاري يمني رقم (32) لسنة1991 والمعدل بالقانون رقم (6) لسنة 1998 ، التي نصت على أنه : " كل يمني بلغ الثامنة عشرة ولم يقم به مانع شرعي أو قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون أهلاً للتجارة"[15].

الفرع الثاني
أهلية أبرام شرط التحكيم

سيتم البحث في هذا الفرع في الأهلية المطلوبة لإبرام شرط التحكيم وشرط التحكيم المبرم من قبل عديم الأهلية.

أولاً : الأهلية المطلوبة لإبرام شرط التحكيم

سبق البيان بأن أهلية الأداء الكاملة هي الواجب توافرها لصحة التصرفات القانونية ، وهي المقصودة بإطلاق لفظ الأهلية ، التي يلزم توافرها لمباشرة جميع التصرفات القانونية المرتبة لأثار قانونية صحيحة ، وهي الأهلية المطلوبة لإبرام شرط التحكيم ، فلا يكفي توافر أهلية التعاقد فحسب وإنما يجب أيضًا أن يكون الشخص أهلاً للتصرف في الحق المحتمل وقوع نزاع عليه ، ولا يكفي كذلك أن تتوافر أهلية التبرع لأنه ليس من قبيل التبرع بالحق ، وكذلك لا يكفي لإبرام شرط التحكيم توافر أهلية الاختصام أي أهلية التقاضي وإنما لابد أن تتوافر أهلية الأداء الكاملة[16] ، وتنقسم التصرفات القانونية من حيث علاقتها بأحكام الأهلية بحسب القواعد العامة في القانون المدني إلى ثلاثة أقسام : تصرفات ضارة ضررًا محضًا ، وتصرفات نافعة نفعًا محضًا ، وتصرفات تدور بين النفع والضرر ، ولكل تصرف من هذه التصرفات أهلية متطلبة لازمة لمباشرته ، ويجب أن تكون الأهلية مكتملة كلما اشتدت خطورة التصرف.

الأصل أنه يجوز إبرام شرط التحكيم لمن توافرت فيه أهلية التصرف وهي بلوغ الشخص خمس عشرة سنة كاملة وفقًا للقانون المدني اليمني ، غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناء وهو ارتباط شرط التحكيم بعقد البيع التجاري سواء كان مدرجًا به أو مستقلاً عنه فيلزم توافر أهلية الاتجار في أطراف شرط التحكيم ، وعليه تبدأ الأهلية المطلوبة واللازمة لإبرام شرط التحكيم بمجرد بلوغ الشخص سن الرشد القانونية لمباشرة الأعمال التجارية ، ويشترط كذلك أن يكون الشخص متمتعًا بقواه العقلية وغير محجور عليه عن إجراء أي تصرف من التصرفات القانونية[17] ، والسؤال الذي يفرض نفسه هنا هل الأهلية المطلوبة لإبرام شرط التحكيم تختلف عن ألأهلية المطلوبة لإبرام العقد الأصلي؟

يرى بعض الباحثين المتخصصين[18] أن أهلية إبرام شرط التحكيم هي أهلية إجرائية مطلوبة لعمل إجرائي وهذه الخصوصية قد تبرز اختلاف الأهلية في العقد الأصلي الذي ورد به شرط التحكيم عن أهلية شرط التحكيم وهذا مما يؤكد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه الشرط فكلاهما يختلفان من حيث الموضوع ، مما سبق يمكن القول إن الأهلية المطلوبة لإبرام شرط التحكيم هي أهلية التصرف وإذا كان الشخص لا تتوافر لديه أهلية إبرام العقد الأصلي فإنه يؤدي إلى نتيجة عدم وجود منازعة متعلقة بالعقد المرتبط بشرط التحكيم كون العقد لم ينعقد.

وتكاد تجمع غالبية التشريعات على ضرورة أن تتوافر أهلية التصرف في طرفي شرط التحكيم ، فقد نصت المادة (6) تحكيم يمني 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 إلا لمصلحة، أو من المنصوب إلا بإذن المحكمة

ثانيًا : أن يكون المحكم كامل الأهلية عدلاً صالحًا للحكم فيما حكم فيه"[19]

ويلاحظ على النص السابق الملاحظات الآتية :

أ) أن النص اشترط في المحتكم أن يكون أهلاً للتصرف في الحق موضوع التحكيم، وهذا الشرط له شقان : الأول أن يكون الشخص حائزاً على أهلية التصرف، ومناط ذلك الشخص نفسه، لأن مناط الأهلية التمييز والرشد وترجع إلى الاعتبار الشخصي، وتتطلب أغلب التشريعات أهلية التصرف ولا تكتفي بأهلية التقاضي ؛ التي تتضمن صلاحية الخصم للقيام بعمل إجرائي سواءً كان باسمه أو نيابة عن الآخرين، وأهلية التصرف في الحق المطلوب حمايته تكون لكل من له أهلية أداء كاملة[20].

والشق الثاني أن يكون الحق موضوع التحكيم مما يجوز التصرف فيه، حيث إن عدم القابلية للتصرف قد ترجع إلى محل التحكيم وموضوعه، أي يكون من العقود المشروعة، ومثاله تجارة الأعضاء البشرية أو غيرها من العقود ، ففي هذه الحالة لا يستطيع الشخص أن يتصرف في المال لا لنقص في أهليته وإنما لصفة تلحق بالمال نفسه وهي عدم قابليته للتصرف[21].

ب) إن نص المادة (6) تحكيم يمني لم يشترط أن يكون المحتكم مالكاً للحق موضوع التحكيم، وإنما اشترط أهلية التصرف، وبذلك توسع النص في من له الحق في إبرام شرط التحكيم، فهو يضم مالك الحق موضوع التحكيم أو من يقوم مقامه وهو ما سيتم تناوله في هذه الدراسة.

وقد نصت المادة (2059) من القانون المدني الفرنسي، المعدلة بالقانون رقم (626) لسنة1974 على أنه " يستطيع الأشخاص الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون بإرادتهم التصرف فيها" والمستفاد من نص المادة أن القانون يتطلب أهلية التصرف بالنسبة للحق المتنازع عليه وهو ما أكدته المادة (1003) من قانون المرافعات الفرنسي.

وقد ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسية[22] إلى أن الأهلية المطلوبة لشرط التحكيم التجاري هي أهلية الإدارة المعتادة بالنسبة للتجار، واشتراط تطلب هذه الأهلية يرجع أساسًا إلى النتيجة المترتبة على إبرام شرط التحكيم والمتمثلة بالتنازل عن اللجوء إلى القضاء العادي ؛ فلا يكفي توافر أهلية التقاضي.

ثانيًا : شرط التحكيم الذي يبرمه عديم الأهلية

يعد الإنسان ناقص الأهلية متى ما كانت تصرفاته موقوفة على إجازة شخص أخر لمثل هذه التصرفات كالولي والوصي والقيم ؛ وذلك بعد حصول إذن المحكمة المختصة في بعض الأحيان، وتشمل حالة نقصان الأهلية الصغير المميز وهو من لم يبلغ سن الرشد[23]، أي اقل من 15سنه وفقًا للقانون المدني اليمني[24]، وأقل من 21 سنه وفقًا للقانون المدني المصري[25] وأقل من ثماني عشرة سنة وفقًا للقانون الفرنسي، حيث نصت المادة(51) مدني يمني على أن: "سن التمييز هي عشر سنين كاملة فإذا بلغها الشخص مميزًا كان ناقص الأهلية وتكون له أهلية الصبي المميز وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهًا يكون ناقص الأهلية في حكم الصبي المميز ومن لم يبلغ سن التمييز أو بلغها مجنونًا أو معتوهاً يكون فاقد الأهلية " كما يُعَدُّ ناقص الأهلية كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، ويترتب على ذلك أن كل تصرف يبرمه ناقص الأهلية أو عد يمها يكون باطلاً بطلانًا مطلقًا أي لا تصححه الإجازة اللاحقة ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[26] ؛ ومن هنا فأن شرط التحكيم الذي يبرمه الشخص عديم الأهلية لا يعتمد

به ولا يُنتج أي أثر قانوني.

الفرع الثالث

أهلية بعض الأشخاص الاعتباريين لإبرام شرط التحكيم

سوف نتناول البحث في أهلية الأشخاص الطبيعيين مثل الصبي المميز المأذون له بالتجارة أو الإدارة وغير المأذون له بالتجارة أو الإدارة وكذا أهلية التاجر المفلس لإبرام شرط التحكيم

أولاً: صلاحية الصبي المميز لإبرام شرط التحكيم

الصبي المميز هو من بلغ سن العاشرة من عمره وفقًا للقانون المدني اليمني[27]، ومن بلغ سن السابعة من عمره وفقًا للقانون المدني المصري و تنص المادة (111) مدني مصري على أنه " إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضًا، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا، أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون"، ونصت المادة 11/ 2 تجاري مصري على أنه: "لا يجوز لمن تقل سنه عن ثماني عشرة سنه أن يزاول التجارة في مصر ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره راشدًا في هذه السن أو يجيز له الاتجار"

وباستقراء النصوص المنظمة لتصرفات الصبي المميز وجب التفرقة بين أمرين هما:

1. الصبي المميز غير المأذون له بالتجارة أو الإدارة الأصل أن يكون إبرام شرط التحكيم من قبل الصبي المميز غير المأذون له بالتجارة أو إدارة أمواله قابلاً للإبطال[28] لأن أهلية الأداء لديه ناقصة، ولا تتحقق معها أهلية التصرف؛ وهي الأهلية اللازمة لصحة إبرام شرط التحكيم التجاري، بيد أن إجازة المشرع لذلك يعد خروجًا على هذا الأصل، فللقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد أهلية القيام ببعض التصرفات في الحدود التي رسمها القانون[29]؛ وبالتالي للصبي المميز أهلية أداء كاملة، تتحقق معها أهلية التصرف ومن ثم تثبت له أهلية إبرام شرط التحكيم، فيجوز للقاصر إبرام شرط التحكيم فيما هو أهل للتصرف فيه من أموال ويجوز لمن كان نائباً قانونياً مثل الولي، أو الوصي، أو المنصوب إبرام شرط التحكيم نيابة عنهم[30]. وهو ما قررته المادة (6) تحكيم يمني التي تنص على أنه: "على أن لا يقبل التحكيم من الولي أو الوصي إلا لمصلحة أو من المنصوب إلا بإذن المحكمة".

2. الصبي المميز المأذون له بالتجارة أو الإدارة

نصت المادة (54) من قانون الولاية على المال المصري على أنه" للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق ..." وكما نصت المادة (55) من ذات القانون على أنه " يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها..."وبهذا يكون المشرع المصري قد منح الصبي المميز الحرية الكاملة في إدارة أمواله؛ وذلك بعد أن يأذن له وليه، وإذا كان مشمولاً بالوصاية فإن الأذن يصدر من المحكمة بعد سماع أقوال الوصي[31]. ويجوز له أن يقوم بكافة أعمال الإدارة.

والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا هل يترتب على الإذن للقاصر بإدارة المال أن يصبح المأذون أهلاً لإبرام شرط التحكيم فيما أذن له في إدارته؟

هناك رأيان للإجابة عن هذا التساؤل: يذهب بعض الفقهاء[32] إلى أن المأذون لا يكون أهلاً لإبرام شرط التحكيم فيما أذن له، ويستند أنصار هذا الرأي إلى النصوص التشريعية التي تتطلب أهلية التصرف، وكذلك يستندون إلى نص المادة (56) من قانون الولاية على المال

المصري، التي تمنح المأذون له أهلية التصرف في صافي دخله فأهلية التصرف محدودة وقاصرة على صافي الدخل، وعلى ما يلزم لأغراض النفقة الشخصية ومن تلزمه نفقتهم.

وتنتقد غالبية الفقهاء[33] الرأي السابق لتجاهله منطق النصوص والواقع على حد سواء، فيرون بأن المأذون له بالإدارة يكون أهلاً لإبرام شرط التحكيم ويستندون لنص المادة (64) من قانون الولاية على المال المصري التي تنص على أنه: "يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه"، و يبررون رأيهم أيضًا بأنه لا محل لتحديد أعمال الإدارة تحديدًا جامدًا يقوم على نوع التصرف، وبالتالي فإن المأذون له بالإدارة وفقًا لأنصار هذا الرأي يكون أهلاً لإبرام شرط التحكيم.

ثانيًا: شرط التحكيم الذي يبرمه التاجر المفلس

إن البحث في إفلاس التاجر وعلاقته بشرط التحكيم يقتضي التفرقة بين حالات ثلاث أوجزها على النحو الآتي:

أ- شرط التحكيم الذي يبرم في الفترة السابقة على فترة الريبة.

يقصد بفترة الريبة: الفترة الواقعة بين التاريخ الذي تحدده المحكمة لتوقف المفلس عن دفع ديونه وتاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس[34]؛ فإذا أبرم التاجر المفلس شرط تحكيم في وقت سابق على فترة الريبة فالراجح أن هذا الشرط يكون صحيحًا ونافذًا في حق جماعة الدائنين فيما لو نشب نزاع بالعقد المتعلق به الشرط أو كان مستقلاً عنه، ويكون لوكيل الدائنين مباشرة إجراءات التحكيم نيابة عن التاجر المفلس ولمصلحة جماعة الدائنين، وكذلك للطرف الآخر مباشرته في مواجهة وكيل الدائنين[35]، لأن القاعدة تقرر أن المفلس يفقد حق التصرف؛ وبالتالي لا يكون له صفه في إدارة أمواله؛ ولذلك لا يستطيع المفلس أن يباشر إجراءات الخصومة بنفسه أمام المحكم؛ وإنما يباشرها نيابة عنه وكيل الدائنين عملاً بالمادة (644) تجاري يمني، التي نصت على أنه: " يقوم مدير التفليسة بإدارة أموالها والمحافظة عليها، وينوب عن المفلس في جميع الأعمال التي تقتضيها الإدارة المذكورة"[36]، ويذهب رأي أخر إلى القول بزوال وانقضاء شرط التحكيم بصدور حكم الإفلاس، ويُؤسس هذا الرأي على أن السير في إجراءات التحكيم يتطلب بقاء صلاحية إبرام الاتفاق حتى صدور الحكم.

ب- شرط التحكيم الذي يبرم في فترة الريبة

تحضر التشريعات على المدين القيام ببعض التصرفات؛ وذلك بعد تاريخ التوقف عن الدفع، وقبل الحكم بشهر الإفلاس؛ حيث لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التي يبرمها المدين التي قد تضر بجماعة الدائنين ووفقًا لنص المادة (599) تجاري يمني[37] التي تنص على أنه: "لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الآتية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس:

1. جميع التبرعات، ماعدا الهدايا الصغيرة التي يجري العرف بها.
2. وفاء الديون قبل الأجل أيًا كانت كيفية هذا الوفاء ويُعد إنشاء مقابل وفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الأجل.
3. وفاء الديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه، ويُعد الوفاء بطريق الأوراق التجارية والنقد المصرفي كالوفاء بالنقود".

والأمثلة التي أوردتها المادة السابقة هي على سبيل الحصر، بحيث لا يجوز التمسك في مواجهة الدائنين بالتصرفات التي يبرمها المدين التي قد تضر بجماعة الدائنين[38] وتحضر بعض التشريعات تصرفات معينه منصوص عليها حصرًا؛ لا يجوز للمفلس أن يبرمها،

وهناك رأي يذهب إلى أن شرط التحكيم في عقد البيع الذي يبرمه التاجر المفلس أو غيره من العقود غير منصوص عليها يكون منعقداً ونافذًا، لأن الأصل في شرط التحكيم أنه من التصرفات غير الضارة بجماعة الدائنين مثله في ذلك مثل اللجوء إلى المحكمة المختصة. والأصل في شرط التحكيم الذي يبرم في فترة الريبة الصحة والنفاذ؛ وإذا رأت المحكمة أن إبرام شرط التحكيم يضر بالدائنين، وأن الطرف الأخر يعلم بحالة المدين فيجوز لها في هذه الحالة الحكم باعتبار شرط التحكيم غير نافذ في مواجهة الدائنين[39].

وهناك من يذهب[40] إلى جواز إبرام شرط التحكيم إذا كان تحكيمًا بالقانون أما إذا كان تحكيمًا بالصلح، فهنا يكون من حق وكيل الدائنين التمسك ببطلان التصرف إذا دعت مصلحة الدائنين ذلك؛ لأن التحكيم بالصلح قد يتضمن تنازل التاجر المفلس عن بعض حقوقه؛ الأمر الذي قد يؤدي إلى الأضرار بجماعة الدائنين، والرأي الأول هو الراجح؛ لأن إبرام شرط التحكيم لا يرتب الضرر؛ إلا إذا كان هناك سوء نية بالإضرار بالدائنين ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة الحكم بعدم نفاذ شرط التحكيم.

ج- شرط التحكيم الذي يبرمه المدين المفلس بعد صدور الحكم:

نصت المادة (592) تجاري يمني[41] على أنه: "بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس تغل يد المفلس عن التصرف في أمواله وعن إدارتها، وتعتبر جميع التصرفات التي يجريها المفلس يوم صدور الحكم المذكور حاصلة بعد صدوره..." وتطبيقًا لهذا النص والنصوص المماثلة له في التشريعات المختلفة فإن كل شرط تحكيم يبرمه المدين المفلس متعلق بأحد أموال التفليسة؛ يصبح صحيحًا وملزمًا في مواجهة المدين[42] بيد أنه غير نافذ في مواجهة الدائنين؛ لأن يد المدين المفلس مغلولة عن أعمال الإدارة والتصرف معًا بخصوص الأموال الداخلة في التفليسة.

وتأسيسًا على ذلك يُعد شرط التحكيم الذي يبرمه المدين المفلس، وهو متعلق بأحد الأموال الخارجة عن التفليسة اتفاقاً صحيحًا وملزمًا للمدين ولجماعة الدائنين على حد سواء، لأن هذه الأموال خارجة عن التفليسة، مثلها في ذلك مثل الأموال المملوكة للغير، وعدم نفاذ التصرفات يرجع إلى الأضرار التي قد تصيبهم نتيجة اللّجوء إلى التحكيم في حال صدور الحكم ضد المدين المفلس، أما إذا كان إبرام شرط التحكيم فيه فائدة واضحة للمدين فقد ذهب البعض[43] إلى صحة شرط التحكيم ونفاذه في هذه الحالة تأسيسًا على الربط بين نفاذ شرط التحكيم في مواجهة الدائنين وفكرة الضرر الناشئة عنه، والنفع الذي يعود على الدائنين من جراء إبرام شرط التحكيم، وهو الرأي الذي يميل إليه الباحث مع إضافة توقف إجازة نفاذ شرط التحكيم على مدير التفليسة الذي يمثل الدائنين إذ أنه لو سلمنا بالرأي على إطلاقه فقد يلحق الضرر بالدائنين.

المطلب الثاني
أهلية الأشخاص الاعتبارية لإبرام شرط التحكيم

كما يحق للأشخاص الطبيعيين إبرام شرط التحكيم، يحق كذلك للأشخاص الاعتباريين إبرامه.

والشخص الاعتباري هو: مجموعة من الأشخاص يضمهم تكوين معين، أو مجموعة من الأموال؛ ترصد لتحقيق غرض معين، يخلع عليها القانون الشخصية؛ فتكون شخصًا مستقلاً ومتميزًا عن الأشخاص الذين يساهمون في نشاطها أو يفيدون منها؛ كالدولة والجمعية والشركة[44]. و تنقسم إلى أشخاص معنوية عامه، وأشخاص معنوية خاصة، وقدرة الأشخاص الاعتبارية العامة وأهليتها لإبرام شرط التحكيم، كانت من

الموضوعات التي ثار فيها نقاشٌ طويلٌ أثناء إعداد بعض التشريعات[45]. واستأثر هذا الموضوع بفكر الفقه والقضاء.

وباستقراء أحكام التحكيم التجاري؛ نلاحظ تفوق الأشخاص الاعتباريين العامة والخاصة عن الأشخاص الطبيعيين في المنازعات المعروضة على هيئات التحكيم، ويرجع ذلك إلى أن معظم المعاملات التجارية تتم بين أشخاص اعتبارية[46]. وفي هذا المطلب سوف تتناول الدراسة الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة؛ وسوف يتم تقسيمه إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهلية الأشخاص الاعتباريين الخاصة لإبرام شرط التحكيم

الفرع الثاني: أهلية الأشخاص الاعتباريين العامة لإبرام شرط التحكيم

الفرع الأول
أهلية الأشخاص الاعتباريين الخاصة لإبرام شرط التحكيم

تتمتع الأشخاص الاعتباريين الخاصة بكل مقومات الشخصية الاعتبارية، فلها ذمة مالية مستقلة عن أعضائها، ولها أهلية. ولا خلاف حول اكتساب الأشخاص الاعتبارية الخاصة أهلية اداء، ومن ثم فلها كامل الحرية للتصرف في حقوقها[47]. ويترتب على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية أن يكون لها أهلية التمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات في حدود الغرض من إنشائها وفي نطاق الأحكام المقررة قانونًا[48]. وتتنوع الأشخاص الاعتباريين الخاصة إلى أنواع؛ تبعاً لطريقة تكوينها والهدف المرجو من تكوينها؛ فإذا كان الهدف من تكوينها ليس تحقيق الربح، فتأخذ شكل الجمعيات والمؤسسات الأهلية والنقابات، أما إذا كان الهدف من تكوينها تحقيق الربح فتأخذ شكل الشركات، وتتنوع الشركات إلى نوعين: مدنية وتجارية، وهذه الأخيرة هي التي سيتركز البحث فيها، إذ أن الشركات التجارية هي المجال الأوسع لتطبيق شرط التحكيم؛ نظراً للأهمية الخاصة للشركات التجارية، والتي يمثل إبرام شرط التحكيم النصيب الأوفر في تعاملاتها، وبناء عليه يكون من المفضل قصر الحديث عليها كشكل من إشكال الأشخاص الاعتباريين الخاصة. كما أن القانون قد يضع قيوداً على مباشرة الشركة لنشاطها؛ وهذا يحد من أهلية الشركة، مثال ذلك: ما قررته المادة (15) شركات مصري رقم 159 لسنة1981 والمعدل بالقانون رقم 3 لسنة1998 من حضر ممارسة الشركة ذات المسئولية المحدودة، وشركة التوصية بالأسهم لأعمال التأمين، أو الادخار أو البنوك[49]، أو تلقي الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير بوجه عام؛ إذ أن المشرع قد اعتبر الشركات السالف ذكرها "قاصرة" دون ممارسة بعض الأنشطة القانونية[50]، وللإحاطة بالموضوع سوف يتم البحث في أهلية الشركة، وسلطة من يمثلها في إبرام شرط التحكيم.

أولاً: أهلية الشركة.

يقصد بأهلية الشركة: صلاحيتها كشخص قانوني؛ لأن تباشر على مسرح الحياة القانونية ذات الدور الذي يمارسه الكائن القانوني الفرد والكائن القانوني المجموعة[51]، وتحديد مجال النشاط الإرادي المعترف به لها لتحقيق أغراضها لا يتطلب الإرادة عندها هي لأنها بحكم طبيعتها لا يتصور لها إرادة؛ اكتفاء بوجود إرادة مسخرة لخدمتها هي إرادة ممثلها[52]؛ حيث إن أهلية الشخص الطبيعي تنظم في القانون التجاري؛ أما بالنسبة لأهلية الشخص المعنوي فإن قانون الشركات هو الذي يبين أحكامها[53].

لا خلاف في اكتساب الشركة سواء كانت مدنية أو تجارية ماعدا شركة المحاصة الشخصية الاعتبارية [54]، وهو ما نصت عليه المادة رقم (11) شركات يمني رقم (22) لسنة 1997 التي نصت على أنه: " تتمتع جميع الشركات

التجارية المؤلفة بموجب هذا القانون باستثناء شركة المحاصة بالشخصية الاعتبارية ".

ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر وفقا للقوانين النافذة، وإذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة فإن ذلك لا يمنع الغير من التمسك بشخصيتها والظاهر من النص أن اكتساب الشخصية الاعتبارية لا يتوقف على اتخاذ إجراءات الشهر القانونية حتى ولو كانت الشركة من الشركات التجارية[55].

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل تمتع الأشخاص الاعتباريين الخاصة بالأهلية اللازمة لإبرام شرط التحكيم في المسائل التي نص عليها عقد التأسيس؟

من المعلوم أن الشخصيات الاعتبارية الخاصة تتمتع بأهلية الوجوب، وأهلية الأداء معًا، كما يحق لها التصرف في كافة حقوقها وأموالها إلى غيرها؛ وبالتالي لها أهلية إبرام شرط التحكيم في حقوقها أسوة بالأفراد[56]؛ باعتبارها شخصًا معنويًا[57].

وحري بالإشارة في هذا المقام؛ إنه مع جواز إبرام الشركة لشرط التحكيم في أي نزاع يتعلق بحق من حقوقها الثابتة في عقد التأسيس؛ أي في حدود الغرض الذي من أجلة تكونت الشركة ومتى تحدد غرض الشركة، على هذا النحو؛ فإن أهلية الشركة كشخص قانوني قادر على التعامل؛ تتحدد بدائرة نشاطها الموضح بعقد تأسيسها، وهي لا تملك تخطي هذه الدائرة ولا تستطيع التحول إلى نشاط أخر ألا بعد تعديل غرضها؛ أي بعد تعديل عقد التأسيس. الأمر الذي يقتضي اتباع القواعد والإجراءات اللازمة لأجراء هذا التعديل التي تتضمنها القوانين الوضعية والتي يتضمنها عقد أو نظام الشركة[58]. وعلى ذلك لو حصل أن تعاقد شخص معنوي خارج حدود الغرض الذي أنشئ من أجلة، وأدرج شرط التحكيم في العقد الأصلي؛ فإن شرط التحكيم يكون باطلاً؛ ومثاله: أن تبرم شركة ذات مسئولية محدودة أو شركة توصية بالأسهم شرط تحكيم في عمل من أعمال البنوك أو أعمال التأمين.

فالشركات السالف ذكرها لا يجوز لها أن يكون من ضمن غرضها عمل من أعمال البنوك، أو أعمال التأمين في إطار أحكام التشريع المصري الخاص بالشركات؛ حيث تنص المادة (5) شركات مصري على أنه: "لا يجوز أن تتولى شركات التوصية بالأسهم أو الشركات ذات المسئولية المحدودة أعمال التامين أو أعمال البنوك أو الادخار أو تلقى الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير" وبالتالي يقع شرط التحكيم باطلاً إذ من المعروف أن أهلية الشخص المعنوي تتحدد بحدود الغرض المنشأ من أجلة أو التي يقرها القانون[59].

ثانيًا: سلطة ممثل الشركة في إبرام شرط التحكيم

من المعلوم أن الشركة كشخص معنوي خاص لا إرادة لها ولا تمييز لديها؛ ومن ثم لا تستطيع بمفردها إبرام شرط التحكيم؛ وبناء على ذلك فمن الضروري أن يوجد ممثل للشخص المعنوي من الأشخاص الطبيعيين حتى يتمكن من إبرام التصرفات القانونية باسم الشخص المعنوي الذي يمثله ولحسابه[60]، وفي حدود السلطات المخولة للمديرين، ونطاق هذه السلطات، ومدى اتساعها وتقييدها الذي يحدد ذلك القانون الحاكم للشركة؛ تطبيقًا لمنهج التنازع، الذي قد يكون قانون مقر الشركة، أو قانون مركز تأسيسها تبعًا للحلول المقررة في الأنظمة القانونية المختلفة[61]. وإذا كان ممثلو الشركة من الأشخاص الطبيعيين يقومون بالتصرفات لحسابها فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا: ما مدى صلاحية ممثل الشركة لإبرام هذه التصرفات؟

المدير يقوم بتمثيل الشركة والعمل باسمها في كل ما يؤدي إلى تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة؛ حيث تلتزم الشركة كقاعدة عامه- بجميع - الأعمال القانونية التي يقوم بها المدير، متى كان قد تعامل باسمها

ولحسابها وفي حدود اختصاصاته أو في الحدود التي لا تتنافى وغرضها ؛ وهذا يعني أن مسؤولية الشركة أمام عن أعمال المدير متوقفة على تحقق شرطين أساسين: الأول، أن يتم التعامل باسم الشركة ولحسابها، ومقتضى هذا الشرط أن يكون التعامل مع الغير موقعاً من المدير ؛ بصفته نائبًا عن الشركة التي يفترض أن يعمل لحسابها[62]، والثاني: أن يكون التعامل قد تم في نطاق الحدود المرسومة للمدير، أو في الحدود التي لا تنافي غرض الشركة[63].

الفرع الثاني
أهلية الأشخاص الاعتباريين العامة لإبرام شرط التحكيم

سيتم البحث في هذا الفرع في مفهوم أهلية الأشخاص الاعتباريين لإبرام شرط التحكيم وموقف التشريعات الوطنية من أهلية الأشخاص الاعتباريين العامة.

أولاً: مفهوم أهلية الأشخاص الاعتبارية لإبرام شرط التحكيم

إنه مع ازدياد تدخل الدولة في النشاط التجاري والاقتصادي، وتدخلها كطرف من أطراف المعاملات التجارية الدولية، انتقلت بذلك من مجرد بائع أو مورد في التجارة الدولية إلى متعامل قوي في عقود كثيرة [64]. وبالتالي تحتاج الدولة إلى إبرام العقود ؛ سواء العقود التجارية أو غيرها من العقود التي تكون ممثلة بإحدى مؤسساتها ؛ والبعض من هذه العقود تبرم بين مؤسسة أو شركة عامة وطرف أجنبي. ونتيجة لهذا ما لبثت بعض الدول التي كانت ترى أن إبرام الأشخاص الاعتباريين العامة لشرط التحكيم، يعدُ من قبيل التنازل عن حصانتها القضائية أن تتخلى عن هذا الاتجاه نتيجة لما قابلتها من صعوبات في التعامل مع الأشخاص الأجنبية والتي دائمًا ما ترفض التعامل معها في أي نشاط تجاري دون وجود شرط تحكيم[65].

وقد سبق البيان أن الأشخاص الاعتباريين العامة تتمتع بأهلية، على غرار الشخص الطبيعي، وهذه الأهلية ينظمها القانون، فإذا قرر لها حق الالتجاء إلى التحكيم في منازعاتها جاز لها ذلك، وإذا لم يقرر لها القانون ذلك الحق فإنها تظل مقيدة بحدود أهليتها التي خصها القانون وبالتالي لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم في منازعاتها[66].

وطبقًا للمبادئ العامة في التحكيم- سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العام - يتحتم عدم كفاية إرادة الخصوم لوحدها للجوء إلى التحكيم ؛ بل لابد من اعتراف المشرع بهذه الإرادة وذلك بجواز اللجوء إلى التحكيم. والتحكيم يقوم على ركنين أساسين ؛ لابد من توافرهما معًا للقول بمشروعيته، وهما:

أ-إرادة الخصوم.

ب- إقرار المشرع لهذه الإرادة بجواز اللجوء إلى التحكيم.

أما بصدد الأشخاص المعنوية العامة ؛ فإنه إذا كانت القوانين المختلفة للدولة لم تتضمن نصوصًا تبيح لها اللجوء إلى التحكيم، فإنها والحال كذلك تفتقد أحد ركني نظام التحكيم، وهو إقرار المشرع لإرادة الخصوم[67]. وكما سبق البيان بأن الأشخاص المعنوية العامة تتمتع بأهلية، بيد أنها أهلية محددة، ينظمها ويقررها القانون. ومع تسلمينا بهذا في إطار العقود الداخلية.

أما في عقود التجارة الدولية ؛ فهناك رأي يذهب إلى أنه ما دامت الشخاصيات الاعتبارية تتمتع بالأهلية الكاملة في إدارة أموالها، فإن هذا الأمر يعطي لها الحرية في التعاقد، أي بمعنى أن لها الحق في إبرام شرط التحكيم في المعاملات التجارية الدولية، فإذا أقدمت على ذلك مع وجود حظر مفروض عليها في التشريع الداخلي، فإن تصرفها في هذه الحالة لا يقع باطلاً لسببين رئيسيين:

الأول: أن إبرام الشخص الاعتباري العام لشرط التحكيم هو تصرف قانوني، ليس فيه مخالفة للنظام العام الدولي،

وهو المرجع الذي يتعين الاستناد إليه للحكم في صحة أو بطلان العقد ؛ باعتباره قد ورد بشأن إحدى المعاملات التجارية الدولية ؛ ويعني ذلك ؛ أنه يتم استبعاد القانون الوطني للدولة عند الحكم على أهليتها في مجال إبرام شرط التحكيم في العقود الدولية.

الثاني : إن إبرام الأشخاص الاعتبارية العامة لشرط التحكيم التجاري الدولي على الرغم من الحظر المفروض عليها في التشريع الداخلي كما يعبر عنه Carabiber تنازل من جانبها عما قرره القانون الوطني لمصلحتها من وراء هذا الحظر، وهذا التنازل أمر جائز ؛ لأن الدولة التي وضعت هذا الحظر لتلزم به ؛ هي ذاتها التي تحررت منه.

وقد قررت أحكام التحكيم أن الشخص الاعتباري العام ؛ ليس له بعد إبرام شرط التحكيم أن يتحلل منه ؛ بدعوى أنه جاء بالمخالفة لأحكام التشريع الداخلي ؛ الذي يحظر التحكيم في العقود الإدارية، أو لأشخاص القانون العام، لأنه بالاتفاق على هذا الشرط قد اطمأن الطرف الأجنبي إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم ؛ ومن ثم لا يجب أن يفاجأ باختصاص القضاء الوطني[68]، حيث إن تمسك الدولة بحصانتها أمام التحكيم يتعارض مع مبدأ حسن النية المتطلبة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ذلك أن قبول الدولة بشرط التحكيم يفرض عليها الالتزام بتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقودها أمام التحكيم وحده، ومن ثم يكون في تمسكها بهذا الدفع إخلالاً صريحًا من جانبها لما سبق وأن تعهدت به، فضلاً أنه إذا تعاقدت الدولة واتفقت على إبرام شرط التحكيم فإن ذلك يعد بمثابة تنازل ضمني عن حقها في التمسك بالحصانة القضائية.

ثانيًا : موقف التشريعات الوطنية من أهلية الأشخاص الاعتباريين العامة لإبرام شرط التحكيم.

اتخذت بعض الدول وبخاصة بلدان العالم الثالث موقفًا عدائيًا من شرط التحكيم بسبب خسارتها لبعض القضايا أمام التحكيم فقررت حظر شرط التحكيم في عقودها[69].

ولم يشر قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992إلى أهلية الأشخاص الاعتباريين العامة لإبرام شرط التحكيم، بينما أجاز قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة رقم (35) لسنة1991[70] والمعدل بالقانون رقم (7) لسنة1997 للأشخاص الاعتبارية العامة حل المنازعات عن طريق اللجوء إلى التحكيم[71]، وأشارت إلى ذلك المادة (11) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة1994، التي نصت على أنه : "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"[72] وكذلك نصت المادة الأولى على أنه : "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في مصر تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون". وبالرغم من أنه سبق صدور فتاوى من مجلس الدولة في مصر تجيز الالتجاء للتحكيم في مجال العقود الإدارية حتى قبل صدور قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994، ألا أن الجمعية العمومية لقسمي الفتاوى والتشريع قررت في 22 فبراير سنة1997 عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية[73].

وسرعان ما حسم المشرع المصري هذا الأمر بإدخال تعديل تشريعي لقانون التحكيم رقم (27) لسنة1994 بالقانون رقم (9) لسنة1997[74] وذلك بإضافة فقرة إلى المادة الأولى من القانون تقضي بأنه : "بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير

المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة لشخصيات الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

وقصد المشرع في استلزام موافقة الوزير المختص أن تتولى الجهة الإدارية الرقابة والإشراف على الاتفاقات التي تبرمها الدولة وهيئاتها العامة والتي تتضمن شرط التحكيم تحقيقًا للصالح العام بهدف تشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية لكي تتحقق أهدافها المرجوة.

وبهذا يكون المشرع المصري قد حسم المسألة بإجازة اللجوء للتحكيم لحل المنازعات التي يكون أحد أطرافها الشخصيات الاعتبارية العامة؛ بحيث لا يبقى هناك محلٌّ للتساؤل عن مدى قدرة الشخصيات الاعتبارية العامة وأهليتها لإبرام شرط التحكيم[75].

وفي انجلترا لم تتضمن تشريعات التحكيم المتعاقبة " 1889،1934،1950،1979" أي نص يحظر على الشخصيات الاعتبارية اللّجوء إلى التحكيم.

حيث تخول الدولة والأشخاص التابعة لها سلطة اللّجوء إلى التحكيم دون قيد أو شرط؛ بحيث يجوز للدولة وهيئاتها اللّجوء إلى التحكيم على الصعيد الوطني والدولي[76].

أما في فرنسا فإن المواد (83،1004) من قانون المرافعات الفرنسي الملغى[77] قد تضمنتا عدم جواز إبرام اتفاق التحكيم بصورتيه (الشرط والمشارطه) في المنازعات التي يشترط القانون تبليغ النيابة وحضورها في الدعوى. وقد عددت المادة (83) مرافعات فرنسي المنازعات وذكرت من بينها المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة، ومع ذلك ذهب الفقه إلى أن هذا الحظر قاصر على الأشخاص الإدارية بالمعنى الدقيق، ولا يمتد إلى الأشخاص العامة؛ ذات الطابع التجاري، أو الصناعي؛ وذلك تأسيسًا على أن المؤسسة العامة ذات الطابع التجاري والصناعي تعدُ تاجرًا حقيقًا، تطبق عليها قواعد القانون التجاري وتخضع للقضاء التجاري، وبالتالي يكون في مقدور الأشخاص العامة ذات الطابع التجاري أو الصناعي اللجوء إلي التحكيم بالنسبة إلى المنازعات الناشئة عن المعاملات الخاضعة للقانون الخاص[78].

ثم صدر القانون رقم 626 بتاريخ 5 يونيو 1972 ملغيًا نص المادتين 83،1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فقد أضاف مادة جديدة للتقنين المدني الفرنسي، برقم2060 تنص على أنه " لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم في مسائل الحالة المدنية، وأهلية الأشخاص، وما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسدي ، وكذلك في شأن منازعات الجماعات العامة، وبوجه عام، في كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام".

ومن ثم صدر القانون رقم (596)، في 9 / يوليو/ 1975، بإضافة فقرة جديدة للمادة (2060) مدني فرنسي تتضمن جواز التصريح لمختلف المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري اللّجوء إلى التحكيم بموجب مرسوم بهذا الشأن.

ثم صدر القانون رقم 500 في 12/ مايو/ 1981 وعلى الرغم من أن هذا القانون لم يتضمن نصًا بشأن أهلية الدولة والأشخاص العامة للجوء إلى التحكيم ولكن تقرير وزير العدل الفرنسي المقدم إلى رئيس الوزراء تضمن الإشارة إلى أن الأحكام الجديدة بشأن التحكيم الدولي لا تتعلق بالإجراءات ولا تمس مطلقاً المبادئ التي قررتها محكمة النقض فيما يتعلق بالنظام القانوني للتحكيم الدولي التي من أهمها أن الأحكام الصادرة بخصوص اتفاق التحكيم " شرط ومشارطه" المبرم بواسطة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة[79].

ثم صدر بعدها القانون رقم 972 في 19 أغسطس 1986، الذي تضمن نصوصًا بإجازة التحكيم للشخص

المعنوي العام ؛ حيث أشار في مادته التاسعة إلى أنه" خلافًا لما نص عليه في المادة 2060 من التقنين المدني الفرنسي، يرخص للدولة وأجهزتها، والمؤسسات العامة ، بأن تضع في عقودها التي تبرمها مع شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات اقتصادية وطنية شرط تحكيم لينظم عند حالة الضرورة القاطعة المنازعات التي قد تثار عند تفسير وتنفيذ مثل تلك العقود[80].

وقد تتخذ بعض التشريعات موقفًا وسطًا من التحكيم في العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية ؛ فلا تمنع شرط التحكيم فيه كلية، ولا تبيحه في الوقت نفسه بصفة مطلقة ؛ إنما تتطلب الحصول على ترخيص (Authorization) قبل أن يقوم الشخص المعنوي العام بإبرام شرط التحكيم وهذا ما يجعلها تقدر أهمية العقد في كل حالة على حده، وهو ما انتهجه المشرع المصري في تعديله لقانون التحكيم رقم 27 / 1994 والمعدل بالقانون رقم 1997/9 ؛ حيث أضاف فقرة ثانيه إلى المادة الأولى مفادها :" وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاص بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك ". وهناك من يذهب[81] إلى أن الحظر الذي تضعه التشريعات الوطنية للحد من قدرة الدولة على إبرام شرط التحكيم ؛ هو أمر لا ينتقص من أهليتها شيئًا، حيث تستطيع الدولة في ظل وجود هذا الحظر أن تبرم شرط التحكيم، لأنها عندما تبرم العقد تسترد حريتها عند إبرامه ؛ وإذا قبلته فهي لا تستطيع أن تتمسك فيما بعد بقانونها الوطني لتقضي ببطلانه، وبهذا يكتسب شرط التحكيم فاعليته كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.

الخاتمة:

يُعد موضوع أهلية إبرام شرط التحكيم من الموضوعات الهامة في مجال التحكيم التجاري الدولي حيث يثير هذا الموضوع عدة تساؤلات قانونية على قدر كبير من الأهمية.

في مقدمتها صلاحية بعض الأشخاص لإبرام شرط التحكيم مثل الصبي المميز سواء المأذون له بالتجارة أو الإدارة، أو غير المأذون له بالتجارة أو الإدارة.

وتناول البحث شرط التحكيم الذي يبرم من قبل التاجر المفلس والذي يفرق بين حالات ثلاث: الأولى شرط التحكيم الذي يبرم في الفترة السابقة على لفترة الريبة والحالة الثانية شرط التحكيم الذي يبرم في فتره الريبة، والحالة الثالثة شرط التحكيم الذي يبرمه المدين المفلس بعد صدور الحكم.

وتناول البحث مدى قدرة الأشخاص الاعتبارية لإبرام شرط التحكيم والتي تنقسم إلى نوعين: أشخاص اعتبارية خاصة، وأشخاص اعتباريه عامة، ومدى أهمية شرط التحكيم المبرم من قبل الشركات التي تعد إحدى صور الأشخاص الاعتبارية الخاصة.

من كل ما سبق نخلص إلى القول بأن البحث في موضوع أهلية إبرام شرط التحكيم والمسائل التي تتفرع عنها ووضع الحلول التشريعية لها تساهم في انتشار التحكيم التجاري على المستويين الوطني والدولي.

الهوامش:

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص244.

(2) د. احمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص305.

(3) د. أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 1983، ص227.

(4) د. محمد بن ناصر البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، ط1، 1999، ص67.

(5) د. عبد الودود يحي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص68.

(6) د. محمد بن ناصر البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص68.

(7) د.علي السيد قاسم: قانون الأعمال، الجزء الأول، نظرية المشروع، المشروع التجاري الفردي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص205.

(8) د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بنها، السنة 16، يوليو2001، ص137.

(9) د. مصطفى الجمال: أضواء على عقد التحكيم، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، العدد الأول، المجلد الأول، تموز يوليو 1998م، ص219.

(10) في مجال التحكيم التجاري الدولي تحدد أهلية الأطراف لإبرام شرط التحكيم بالقانون الشخصي، أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها، وليس القانون المختار من الأطراف، بيد أنه يستثنى من ذلك إدعاء أحد الأطراف نقص أهليته بالاستناد على قانونه الشخصي بعد إبرام اتفاق التحكيم متظاهراً باكتمال الأهلية على اعتبار أن ذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية. راجع: د.فايز الكندري: مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثانية والأربعون، يوليو 2000م، ص163. د. أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثامنة عشرة، العدد (2)، يونيو، 1994، ص 257.

(11) د. فايز الكندري: مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، مرجع سابق، ص164.

(12) تنص المادة (44) مدني مصري على إنه:

1. كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

2. سن الرشد هي إحدى وعشرون سنه ميلادية كاملة.

(13) د. أحمد عبد الحميد عشوش و د. محمد عبد الحميد القاضي: المدخل لدراسة الأنظمة، القسم الثاني نظرية الحق، جدة، 1993م، ص262.

(14) كان سن الرشد في القانون الفرنسي الصادر عام 1804 الملغي هو إحدى وعشرون سنة ميلادية ومن ثم كان يمكن للقاصر بعد بلوغه سن الثامنة عشره من عمره أن يؤذن له بإدارة أمواله، ومزاولة التجارة وكانت المادة (487) من القانون المدني الفرنسي والمادة الثانية من المجموعة التجارية الفرنسية تشترطان الحصول على أذن خاص من الأبوين للقيام بذلك وعندئذ يجوز للقاصر احتراف مهنة التجارة بل واكتساب صفة التاجر. د. محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص223.

(15) ونصت المادة (28) شركات يمني رقم 1997/22 على إنه: " لا يجوز أن يكون شريكاً متضامناً من كان سنة دون الثامنة عشره" وذلك لأن المركز القانوني للشريك المتضامن يضفي عليه صفة التاجر، ومن ثم قيد المشرع الاشتراك في هذه الشركات ببلوغ الشخص الثامنة عشرة. راجع. د. حمود محمد شمسان: الشركات التجارية وفقا لقانون الشركات اليمني رقم 1997/22، دار الشوكاني للطباعة والنشر، صنعاء، 1999.ط2، ص 29.

(16) د.أحمد أبو الوفا: التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2000م

(17) د. محمد بن ناصر البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص68. وبناءً على ذلك فلا يصح لمن بلغ سن الرشد وفقاً للقانون المدني، إبرام شرط التحكيم بالنسبة للمعاملات التجارية إلا بعد أن يكون أهلاً للاشتغال بالتجارة، أي بعد بلوغه ثماني عشرة سنة، وفقاً للقانون التجاري اليمني ويجوز له إبرام شرط التحكيم في المعاملات المدنية .

(18) د. نجيب أحمد عبد الله: التحكيم في القانون اليمني، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، 1996، ص189.

(19) تقابلها المادة (2) تحكيم سعودي (م1403/46هـ) التي نصت على إنه: "... ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف".

(20) راجع: د. نجيب أحمد عبد الله: التحكيم في القانون اليمني، مرجع سابق، ص190 وما بعدها. و شريف بن ناصر: التحكيم بين الشكلية و الرضائيه، رسالة ماجستير، مقدمة لكلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 1998، ص53.

(21) د. عمر السيد أحمد، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط، 1995، ص84.

(22) محكمة باريس في الحكم الصادر 4- يناير- 1980، منشور في مجلة التحكيم، 1981، ص 160 مع تعليق patrice level مشار إليه لدى: د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مرجع سابق ص137.

(23) د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 247.

(24) المادة (50) مدني يمني رقم (14) لسنة 2002م.

(25) المادة (2/44) مدني مصري رقم 131 لسنة 1948م.

(26) تنص المادة(141) مدني مصري على إنه"1- إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة ".

(27) تنص المادة (51) مدني يمني على إنه :"سن التمييز هي عشر سنين كاملة فإذا بلغها الشخص مميزاً كان ناقص الأهلية وتكون له أهلية الصبي المميز وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً يكون ناقص الأهلية في حكم الصبي المميز ومن لم يبلغ سن التمييز أو بلغها مجنوناً أو معتوهاً يكون فاقد الأهلية".

(28) د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص143.

(29) د. أحمد محمد عبد البديع شتا: شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994وتعديلاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2004م. ، ص88.

(30) وبالنسبة للأب والولي بوجه عام فإنه لا يملك التحكيم إلا فيما يملك فيه التصرف، وإذا تطلب القانون إذن المحكمة للتصرف كان هذا الإذن واجبا أيضا بالنسبة إلى التحكيم. د. أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط4، 1997م، ص52.

(31) د. أحمد محمد شتا: شرح قانون التحكيم المصري، مرجع سابق، ص88.

(32) د. أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 25، د. محمود محمد هاشم: النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول (اتفاق التحكيم)، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1990م، ص112.

(33) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص413. د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص143. ود. نجيب الجبلي: التحكيم في القانون اليمني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق مقدمه إلى جامعة الإسكندرية، 1996م، ص145.

(34) د. محمد بهجت عبدا لله: الإفلاس والصلح الواقي منه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص103.

(35) د. أحمد محمد شتا: شرح قانون التحكيم المصري، مرجع سابق، ص92.

(36) تقابلها المادة (573) تجاري مصري رقم 1999/17م.

(37) تقابلها المادة (598) تجاري مصري رقم 1999/17.

(38) المادة (598) تجاري مصري1999/17.

(39) د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص158.

(40) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 68. د. محمود محمد هاشم: النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص132 وما بعدها

(41) تقابلها المادة (589) تجاري مصري 1999/17.

(42) د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص117، د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص159.

(43) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص415. د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، المرجع سابق، ص160.

(44) د. محمد بن ناصر البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص71.

(45) حيث كان هذا الموضوع محل نقاش أثناء أعداد قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 وظل كذلك إلى أن حسم المشرع المصري هذه المسألة بالقانون رقم 9 لسنة 1997، الذي أجاز للأشخاص الاعتبارية أن تكون طرفًا في التحكيم، راجع: د. برهام محمد عطا الله: اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم المصري، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، الصادرة عن الأمانة العامة لمراكز التحكيم العربية، القاهرة، العدد(2)، يناير 2000م.

(46) د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 180.

(47) د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 180.

(48) د. رضا السيد عبد الحميد: الشركات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2005- 2006، ص121.

(49) د. رضا السيد عبد الحميد: الشركات التجارية، مرجع سابق، ص122.

(50) د. أبو زيد رضوان: الشركات التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص134.

(51) المرجع ذاته.

(52) د. حسن كيرة: أصول القانون، دار المعارف المصرية، القاهرة، 1959-1960، ص942. و د. نادية محمد معوض: الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 2001م، ص101.

(53) د. رضا السيد عبد الحميد: القانون التجاري رقم 17لسنة 1999، مرجع سابق، ص76.

(54) يستخدم القانون اليمني مصطلح "الشخصية الاعتبارية" فيما يستخدم أغلب الفقه العربي وبعض القوانين مثل القانون المصري مصطلح "الشخصية المعنوية" ويحمل المصطلحان نفس المعنى لأغراض هذه الدراسة. حيث تنص المادة (88) مدني يمني على إنه "الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها متصلاً بصفة الإنسان الطبيعية فيكون له -1 -: ذمة مالية مستقلة -2أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقرها القانون -3 حق التقاضي - 4 موطن مستقل طبقًا لما هو مبين في قانون المرافعات -5نائب يعبر عن إرادته ويمثله في التقاضي وغيره ، وتقابلها المادة (506) مدني مصري.

(55) نقض مدني مصري 9 نوفمبر 1965، مجموعة أحكام النقض لسنة 16، ص986، ونقض مدني 16يونيو 1979، مجموعة أحكام النقض، ص636 وما بعدها.

(56) د. عامر على رحيم: التحكيم بين الشريعة والقانون، منشورات الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، 1987، ص193.و د. باسمة لطفي دباس: اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق، ص 73.

(57) د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 218.

(58) د. محمود مختار بريري: الشخصية المعنوية للشركة التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص112.

(59) د. رضا السيد عبد الحميد: الشركات التجارية في القانون المصري، جـ1، مرجع سابق، ص122.و د. رضا عبيد: شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مرجع سابق، ص205.

(60) د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 236.

(61) د. عاطف محمد الفقي: التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1997م، ص185.

(62) د. أبو زيد رضوان: الشركات التجارية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 152.

(63) المرجع ذاته.

(64) مثل عقود المفتاح باليد، وعقود الإنتاج، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الاستشارات، وغيرها من العقود، حيث تشمل عقود الدولة حالياً أكثر من 25% من التجارة العالمية. د. أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 293. وجدير بالتنبيه إلا أنه يجب التمييز بين الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة فمجرد قبول أحدى الأشخاص الاعتبارية العامة حل منازعاتها بطريق التحكيم، لا يجوز أن يمتد تلقائياً إلى إلزام الدولة بذلك، طالما أن لهذه الأشخاص الاعتبارية العامة شخصية قانونية مستقلة، فمن المستقر علية الآن تطبيق مبدأ انفصال الذمة المالية للدولة عن الشخصيات العامة التابعة لها. د. إبراهيم احمد إبراهيم: التحكيم والتنمية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثامنة والأربعون، 2006، ص5.

(65) د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص190. د. محمد عبد الحميد شتا: شرح قانون التحكيم المصري، مرجع سابق، ص 118.

(66) د. عصمت عبدا لله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص ، د. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1997.

(67) د. محمد كمال منير: مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (3049) لسنة 32 ق، جلسة 1990/2/20، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول، يونيو1991، ص325.

(68) د. أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص298.

(69) حيث تضع بعض الدول العربية قيداً على لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة للتحكيم كما هو الحال في النظام السعودي حيث صدر بعد الحكم في قضية (Aramco) مرسوم رقم 58 في 25 يونيو 1963 يحظر على الحكومة أن تلجأ إلى التحكيم في أي نزاع مع الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ثم عدل التشريع بالمرسوم رقم (46) الصادر بتاريخ 25 / ابريل/ 1983 الذي نصت المادة الثالثة منه على إنه " لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين ألا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم"، وكان المشرع الليبي قد حضر التجاء الوزارات والهيئات العامة إلى للتحكيم وفقاً للقانون رقم 76 لسنة 1970، وكان هذا الحضر عاماً إلا أن المشروع خفف من حده هذا الحكم عام 1972 فأجاز الالتجاء للتحكيم مراعاة لاعتبارات الضرورة، بشرط صدور قرار من مجلس الوزراء، ثم حضر المشرع الليبي عام 1986 مرة ثانية كقاعدة عامة للالتجاء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وفقاً للمادة (99) من لائحة العقود الإدارية والتي أجازت أيضا على سبيل الاستثناء اللجوء إلى التحكيم بقرار مكتوب من اللجنة الشعبية العامة، وأجاز المشرع الكويتي للدولة وهيئاتها العامة تسوية منازعاتها عن طريق التحكيم، بل أنه فرض على المتنازعين معها، أو مع إحدى هيئاتها العامة إذا ما أرادت رفع دعوى عليها أن تلجأ إلى إحدى صور التحكيم لتسوية هذه المنازعات، وهي صورة التحكيم القضائي وفقًا للقانون رقم (11) لسنة 1995.

(70) الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية، الجمهورية اليمنية، العدد(7)، الصادر بتاريخ 15 ابريل1991م.

(71) حيث نصت المادة (106) على أن: " 1- يكون هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا الباب مختصة دون غيرها في فض المنازعات الآتية:

أ- المنازعات التي تنشأ بين الشركات العامة والمؤسسات العامة والهيئات العامة.

ب- المنازعات التي تنشأ بين شركة عامة أو هيئة أو مؤسسة عامة وبين جهة حكومية مركزية أو محلية...".

(72) تقابلها المادة (9) تحكيم أردني.

(73) الفتوى رقم (160) ملف رقم 239/1/54 الصادرة بتاريخ 22 فبراير1997م واستندت في فتواها بعدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية لمخالفتها لأحكام الاختصاص القضائي لمحاكم مجلس الدولة الذي يشمل على وجه الخصوص المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو بأي عقد إداري آخر وفقاً للمادة (10) من قانون مجلس الدولة إذ رأت الجمعية العمومية وجوب النضر إلى هذا الأمر من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإداري ومدى تلائمها مع نظام التحكيم أو مدى تنافرها معه، والشروط والأوضاع التي يمكن بها إقامة هذا التلازم وشروط الأهلية وأوضاع الولاية التي تمكن من إقامة هذا التلازم أو لا تمكن منه، وذهبت الجمعية العمومية إلى أن القانون رقم (27) لسنة 1994 لم يشتمل على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية له وأنه ثبت من الأعمال التحضيرية والمناقشات الخاصة بالقانون أنه صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية ولا تخضع له المنازعات الناشئة عن العقد الإداري، والتحكيم طريق استثنائي

لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضة على هيئة التحكيم وأن لجوء أي جهة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي أما لجوؤها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتمويل صريح يرد من عمل تشريعي، وانتهت الجمعية العمومية من ذلك إلى عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية والحقيقة أنه كان من الصعب تأييد هذه الفتوى خاصة في ظل قانون التحكيم الحالي الذي أشتمل في مادته الأولى على حكم صريح يجيز التحكيم في كل أنواع العقود ولو كان أطرافها من أشخاص القانون العام، وهو ما قامت به محكمة استئناف القاهرة بإصدارها حكمًا في 19 مارس سنة1997 خالفت به فتوى الجمعية العمومية المتقدمة وكان قد صدر حكم تحكيم لصالح إحدى شركات المقاولات الإنجليزية في نزاعها مع المجلس الأعلى للآثار(المصري) الذي رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للمادة (53) من قانون التحكيم المصري أمام محكمة استئناف القاهرة لتعلق الأمر بالتحكيم التجاري الدولي، واستند المجلس الأعلى للآثار إلى بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين لعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية إلا أن محكمة استئناف القاهرة رفضت دعوى البطلان وقضت بصحة شرط التحكيم الذي تدرجه الدولة أو الأشخاص العامة سواءً في عقودها الإدارية أو المدنية.

(74) الجريدة الرسمية: العدد (20) الصادر في 19 مايو1997م.

(75) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم والتنمية، مرجع سابق، ص5.

(76) د. خالد أحمد حسن: بطلان حكم التحكيم، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق عين شمس، 2006، ص361 والمراجع المشار إليها بالهامش.

(77) التي أصبحت تشكل المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي الصادر في 1972. د. حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص18.

"(L.No 72-626 du 5 juillet. 1972) on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personas, sur celles relatives au divorce et à la separation de corps ou sur les contestations interessant les collectivités publiques et les établissent I' order public".

(78) د. سراج أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2000م، ص315.

(79) المرجع نفسه، ص 317، وكان مجلس الدولة الفرنسي قد أظهر معارضته الدائمة بخصوص لجوء الأشخاص العامة للتحكيم، ففي الحكم الذي أصدره مجلس الدولة في 13/ديسمبر/ 1957 الذي تضمن تأكيده على

(80) د. أنور رسلان: التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، الصادرة عن كلية الشرطة دبي، السنة السادسة، العدد الأول، يناير، 1998، ص222. واستقر الوضع بعد تعديل المادة 2060 من القانون المدني بالقانون رقم 596 لسنة 1975 الصادر في 9 يوليو1975 المتضمن إجازة الاتفاق على التحكيم للمؤسسات العامة ذات الطبيعة الصناعية والتجارية بشرط صدور مرسوم يجيز ذلك.

"Toutefois, des Catégories d'éblissement Publics à caractére industriel et Commercial Peuvent être autorisées par décret à compromettre"

وقد صدر على سبيل المثال - القانون رقم 1155 لسنة 1982 في 1982/12/30 - يجيز لهيئة السكك الحديدية الفرنسية S.N.C.F في المادة 25منه - أن تبرم اتفاقات تحكيم، وقد صدر بعد ذلك في 19 أغسطس 1986 القانون رقم 972 لسنة 1986 الذي أجاز للدولة والمؤسسات الإقليمية والعامة أن تضمن العقود التي تبرمها مع الشركات الأجنبية لتنفيذ مشروعات تتعلق بالمصلحة شرط التحكيم (مادة 9).

"L'Etat, les collectivités territoriales et les érablissements Publices sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés etrangères pour la realization d'opérations, d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoire

ينظر د. أسامة شوقي المليجي: هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، 1998م، ص30.

(81) د. أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع السابق، ص303. وقد حسم المشرع المصري أيه خلاف يمكن أن يثور بخصوص إبرام شخص من أشخاص القانون العام لاتفاق تحكيم، بنصه في المادة المذكورة بالمتن (مادة 11). ومن قبلها في المادة الأولى منه على إمكانية أن يكون الشخص العام طرفا في اتفاق التحكيم أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع مع مراعاة القيد المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة الأولي بضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على إدراج شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع العامة والمتخصصة.

1. د. أبو زيد رضوان: الشركات التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988م.
2. د. احمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
3. د. أحمد أبو الوفا: التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، طبعة 2000م.
4. .....: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط4، 1997م.
5. د. أحمد عبد الحميد عشوش و د. محمد عبد الحميد القاضي: المدخل لدراسة الأنظمة، القسم الثاني نظرية الحق، جدة، 1993م.
6. د. أحمد عبد الرحمن الملحم: عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثامنة عشرة، العدد (2)، يونيو، 1994م.

7. د. أحمد محمد عبد البديع شتا: شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994وتعديلاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2004م.
8. د. أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.
9. د. أسامة شوقي المليجي: هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، 1998م.
10.د. أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 1983.
11.د. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1997.
12.د. حسن كيرة: أصول القانون، دار المعارف المصرية، القاهرة، 1959- 1960م.
13.د. حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، 2001م.
14.د. حمدي علي عمر: التحكيم في عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1997م.
15.د. حمود محمد شمسان: الشركات التجارية وفقا لقانون الشركات اليمني رقم 1997/22، دار الشوكاني للطباعة والنشر، صنعاء، 1999م.ط2.
16.د. رضا السيد عبد الحميد: الشركات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2005- 2006م.
17. -.....: القانون التجاري الجديد رقم 17 لسنة1999، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
18.د. عاشور عبد الحميد: المركز القانوني للمدير في شركات الأشخاص، دار النهضة العربية، بدون تاريخ للطبعة.
19.د. عاطف محمد الفقي: التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1997م.
20.د. عامر على رحيم: التحكيم بين الشريعة والقانون، منشورات الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، 1987م.
21.د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م.
22.د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م.
23.د. عبد الودود يحي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.
24.د. عزمي عبد الفتاح عطية: قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعة الكويت، ط1، 1990م.
25.د. عصمت عبدا لله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
26.د. على الأمير إبراهيم: مسئولية الشركاء في شركات الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
27.د. علي السيد قاسم: قانون الأعمال، الجزء الأول، نظرية المشروع، المشروع التجاري الفردي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
28.د. عمر السيد أحمد: نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط، 1995م.
29.د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
30.... ... .: الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1957م.
31.د. محمد بن ناصر البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، ط1، 1999م.
32.د. محمد بهجت عبدا لله: الإفلاس والصلح الواقي منه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
33.د. محمد كمال منير: مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (3049) لسنة 32 ق، جلسة 20 فبراير1990، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول، يونيو1991م.
34.د. محمود السيد التحيوي: أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2001م.
35.د. محمود محمد هاشم: النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول(اتفاق التحكيم)، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1990م.
36.د. محمود مختار بريري: الشخصية المعنوية للشركة التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985م.

37.د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط1، 1998م.

38.د. نادية محمد معوض: الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 2001م.

39.د. ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م.

40.سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ط4، 1984م.

ثانيًا: الرسائل العلمية.

1. د. احمد الشيخ قاسم: التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة دمشق، 1991م.

2. د. باسمة لطفي دباس: شروط اتفاق التحكيم وأثاره، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

3. د. خالد أحمد حسن: بطلان حكم التحكيم، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، 2006م.

4. د. سراج أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2000م.

5. شريف بن ناصر: التحكيم بين الشكلية و الرضائية، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 1998م.

6. د. نجيب الجبلي: التحكيم في القانون اليمني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق مقدمه إلى جامعة الإسكندرية، 1996م.

ثالثًا: البحوث والمؤتمرات

1. د. إبراهيم احمد إبراهيم: التحكيم والتنمية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثامنة والأربعون، 2006م.

2. د. أنور رسلان: التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، الصادرة عن كلية الشرطة دبي، السنة السادسة، العدد الأول، يناير، 1998م.

3. د. رضا إبراهيم عبيد: شرط التحكيم في عقود النقل البحري، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة أسيوط، ، العدد السادس، يونيو 1984م.

4. د. فايز الكندري: مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثانية والأربعون، يوليو 2000م.

5. د. محمد عبد الحميد القاضي: أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بنها، السنة 16، يوليو2001م.

6. د. مصطفى الجمال: أضواء على عقد التحكيم، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، العدد الأول، المجلد الأول، تموز يوليو 1998م.