

(مفهوم اتفاق التحكيم وصوره)

إعداد الدكتور حمزة أحمد حداد*

مركز القانون والتحكيم
عمان - الأردن

تلفون: (+ 962 6 5345777) - فاكس: (+ 00 962 6 5340666)

E-mail: info@lac.com.jo www.lac.com.jo

ورقة عمل مقدمة لمؤتمر

أهمية التحكيم التجاري في جذب الاستثمارات لسورية

دمشق - 2005/9/3

أولاً: مفهوم اتفاق التحكيم

1- بوجه عام

تنقسم قوانين الدول العربية محل البحث، في تنظيم أحكام التحكيم من حيث الشكل إلى قسمين: قسم نظم هذه الأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية، وقسم آخر نظمها في قانون مستقل. ومثال القسم الأول المشرع السوري (الباب الرابع: المواد 506-534)، والمشرع اللبناني (الكتاب الثاني، الباب الأول:

* ليسانس حقوق، جامعة دمشق؛ دكتوراه حقوق، جامعة القاهرة؛ دكتوراه حقوق، جامعة بريستول؛ أستاذ جامعة؛ محامي ممارس؛ شريك ومدير مركز القانون والتحكيم (عمان - الأردن).

المواد 762-821)، والمشرع الإماراتي (الباب الرابع: المواد 203-218)، والمشرع القطري (الباب الثالث عشر من قانون المرافعات المدنية والتجارية المواد 190-210). ومثال القسم الثاني قوانين مصر والأردن وعمان وفلسطين. فقد تم تنظيم التحكيم في مصر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، وفي الأردن بالقانون رقم 31 لسنة 2001، وفي عُمان بالمرسوم السلطاني رقم 47 لسنة 1997، وفي فلسطين بالقانون رقم 3 لسنة 2000.

ومن الملاحظ على هذه القوانين، وعلى التحديد قوانين الدول التي أفردت للتحكيم تشريعا خاصا به، تشابه أحكامها إلى درجة التطابق في كثير من الأحيان. فمن حيث الشكل، يرجع هذا التشابه بالدرجة الأساسية إلى مصدر هذه القوانين، وهو القانون النموذجي Model Law الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال – UNCITRAL) سنة 1985⁽¹⁾. فالقانون المصري مستمد بمجمله من القانون النموذجي⁽²⁾. والقوانين العربية الأخرى (عُمان وفلسطين والأردن) مستمدة بالدرجة الأساسية من القانون المصري. ومن حيث الموضوع، يرجع هذا التشابه إلى أن كافة قوانين الدول العربية محل البحث، بل أيضا القانون النموذجي لليونسترال، أعطت لإرادة الأطراف الدور الأول والكبير في العملية التحكيمية⁽³⁾. فهذه القوانين تتفق ابتداء على أن مصدر التحكيم هو اتفاق الأطراف عليه، وبغير هذا الاتفاق لا توجد إحالة إلى التحكيم. كما تتفق على أن تشكيل هيئة التحكيم يتم أيضا، كقاعدة عامة، باتفاق الأطراف مباشرة أو بصورة غير مباشرة، كما أن إجراءات التحكيم تخضع ابتداء لاتفاق الأطراف. بل أن الاتفاق قد يتدخل أيضا في حكم التحكيم، كأن يتفق الأطراف على ضرورة صدور هذا الحكم بالإجماع وليس بالأغلبية، أو يتفقوا بعد صدور الحكم على عدم الطعن به، على الأقل بالنسبة لبعض حالات الطعن (وليس كلها).

ولكن، بالمقابل، تختلف قوانين الدول العربية فيما بينها حول بعض تفاصيل التحكيم، مما يترتب عليه حكما اختلاف التطبيق في بعض الدول عنه في دول أخرى. ومثال ذلك أن القانون المصري، وعلى غرار كل من القانون العماني والفلسطيني والأردني، تنص صراحة على استقلالية شرط التحكيم عن العقد المتضمن فيه، وهو ما سنبينه فيما بعد. وقوانين هذه الدول متشابهة حول هذا المبدأ مما يترتب عليه تشابه الاجتهاد الفقهي أو القضائي بشأنه. ولكن، هناك قوانين أخرى، مثل سوريا والإمارات وقطر؛ لا تنص على هذا المبدأ، مما يعني تطبيق القواعد العامة، وتقضي بعدم استقلالية شرط التحكيم⁽⁴⁾. ومثال ذلك أيضا أن

(1) يمكن الرجوع لهذا القانون في وثيقة الأمم المتحدة رقم A/40/17, annex 1.

(2) المذكرات الإيضاحية والأعمال التحضيرية لقانون التحكيم المصري، وزارة العدل المصرية، القاهرة، 1995، ص 50. وفي مقارنة بين القانون النموذجي والقانون المصري، انظر حمزة حداد، قانون التحكيم المصري ومدى اعتباره نموذجا للتشريعات العربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم في القاهرة حول قانون التحكيم المصري 12 و 13/9/1994. ويمكن الرجوع لهذه الورقة على الموقع الإلكتروني (Lac.com.jo).

(3) انظر حمزة حداد، اتجاهات حديثه في التحكيم التجاري في الدول العربية (ورقة عمل لمؤتمر خصائص المحكم في دول البحر المتوسط – القاهرة، 24-25/3/2001). ويمكن الرجوع لهذه الورقة على الموقع الإلكتروني السابق الإشارة إليه.

(4) ولكن هناك أحكام قضائية من دبي وقطر تقضي باستقلالية شرط التحكيم بالرغم من عدم وجود نص على ذلك، وسنشير لهذه المسألة فيما بعد.

جميع هذه الدول تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم، إلا أن قسماً منها، مثل مصر و عمان وفلسطين والأردن، تشترط الكتابة لانعقاد الاتفاق، في حين أن الدول الأخرى مثل سوريا ولبنان والإمارات وقطر، نصت على الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم وليس لانعقاده⁽⁵⁾.

2- نصوص قانونية

لم يعرف المشرع السوري أو الإماراتي أو القطري اتفاق التحكيم، وإنما اكتفت هذه القوانين بالنص على جواز الاتفاق على التحكيم في نزاع أو نزاعات معينة. وفي هذا الشأن تنص المادة (506) من القانون السوري على أنه "يجوز للمتعاقدین أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم واحد أو أكثر، ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين وبشروط خاصة". كما تقضي المادة (190) من القانون القطري على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين". كما تنص المادة 1/203 من القانون الإماراتي على أنه "يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة". وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الأردني الذي لم يعرف اتفاق التحكيم أو التحكيم، إلا أنه نص في المادة (3)، على جواز الاتفاق على التحكيم في النزاعات المدنية أو التجارية "بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية". أما القانون اللبناني فقد فرق بين شرط التحكيم الذي يسميه القانون بالبند التحكيمي، ومشارطه التحكيم التي يسميها بالعقد التحكيمي. فبالنسبة لشرط التحكيم (البند التحكيمي)، نصت المادة (762) على أنه يجوز للمتعاقدین أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم، بنداً ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره. أما العقد التحكيمي (مشارطة التحكيم)، فقد عرفته المادة (765) بأنه عقد بموجبه يتفق الأطراف فيه على حل نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم، عن طريق تحكيم شخص أو عدة أشخاص. وسنبين فيما بعد الفرق بين شرط التحكيم (البند التحكيمي) ومشارطه التحكيم (العقد التحكيمي).

وبالنسبة لقانون التحكيم المصري، فقد عرف اتفاق التحكيم في المادة (1/10) بأنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة مباشرة معينة عقدية كانت أو غير عقدية"⁽⁶⁾. ويقابل هذا النص المادة (1/10) من القانون العماني⁽⁷⁾، والمادة (1/5) من القانون الفلسطيني⁽⁸⁾.

(5) انظر حمزة حداد، كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية (مصر والأردن والإمارات)، مجلة دبي للتحكيم الدولي، رقم 1، مجلد 1، 2004، ص 18).

(6) وهذا النص مستمد من المادة 1/7 من القانون النموذجي وتقضي بما يلي:

"Arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not

3- عناصر الاتفاق عموماً

والمتفحص بالقوانين العربية المشار إليها، يلاحظ اتفاقها على المبادئ العامة والعناصر الأساسية في اتفاق التحكيم، من حيث ضرورة وجود نزاع حال أو مستقبلي يتم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم، وأن يكون هذا النزاع مدنيا بالمعنى الواسع بحيث يشمل المنازعات التجارية بالمعنى الضيق، أو العكس أن يكون النزاع تجاريا بالمعنى الواسع بحيث يشمل المنازعات المدنية بالمعنى الضيق. ويشمل ذلك في بعض القوانين، مثل القانون الأردني، منازعات العقود الإدارية، أو يشملها في قوانين أخرى وفق شروط معينة، مثل موافقة الوزير المختص كما ينص على ذلك القانون المصري. كما تتفق هذه القوانين على اشتراط أهلية التصرف في طرفي الاتفاق لصحة هذا الاتفاق، وعلى عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وجواز أن يكون اتفاق التحكيم في صيغة شرط تحكيم أو اتفاق مستقل، وان يكون موضوع النزاع مما تجوز إحالته للتحكيم، وان تكون العلاقة أو العلاقات القانونية الناشئ عنها النزاع محددة، وجواز أن يكون التحكيم حراً أو مؤسسياً، وجواز الاتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من القواعد الإجرائية المطبقة أمام المحاكم، وأن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً، مع الأخذ بالاعتبار أن الكتابة هي لانعقاد الاتفاق في بعض قوانين هذه الدول، في حين أنها للإثبات في قوانين أخرى. ومن حيث تفسير اتفاق التحكيم، تتفق الاجتهادات القضائية في هذه الدول على أن التحكيم هو طريق استثنائي لتسوية المنازعات، وبالتالي يجب تفسير اتفاق التحكيم تفسيراً ضيقاً.

4- تعريف التحكيم

يقوم التحكيم بمفهومه المبسط على اتفاق طرفي علاقة قانونية معينة في إطار القانون الخاص، على تسوية نزاعهم المالي عن طريق شخص خاص أو أكثر يتم تعيينهم من الطرفين مباشرة أو بطريقة غير مباشرة⁽⁹⁾ لإصدار حكم نهائي (ملزم) بشأن هذا النزاع بدلاً من القضاء الرسمي⁽¹⁰⁾، وينفذ هذا الحكم

(7) وتنص هذه المادة على أن اتفاق التحكيم هو "الاتفاق الذي يقرر فيه طرفاه الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية.

(8) وتنص هذه المادة على أن اتفاق التحكيم هو "اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية.....".

(9) ومثال التعيين غير المباشر، أن يتفق الطرفان على سلطة تعيين، مثل مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي أو مركز دبي للتحكيم الدولي، تتولى تعيين المحكمين في حال عدم اتفاق الأطراف على التعيين المباشر.

كالأحكام القضائية إذا توفرت فيه الشروط القانونية. ومثال ذلك أن يكون هناك عقد بين (أ) و (ب)، ينصان فيه على أن أي خلاف يتعلق بهذا العقد تتم تسويته بالإحالة إلى التحكيم، ويكون (ج) هو المحكم المنفرد في تسوية هذا الخلاف⁽¹¹⁾. أو لا يكون هناك اتفاق من هذا القبيل، ولكن يقع خلاف بين (أ) و (ب) فيتفقان على إحالته إلى (ج) كمحكم لتسويته بدلاً من اللجوء إلى القضاء. ومثل هذا الاتفاق ملزم لكل من (أ) و (ب) بحيث يجب عليهما تسوية هذا باللجوء إلى (ج) لتسويته وليس إلى القضاء، وإلا ترد الدعوى شكلاً. وإذا أحيل الخلاف إلى (ج)، فيتوجب عليه أن يتعامل مع القضية وكأنها قضية محكمة، بحيث يستمع لأقوال وطلبات ودفع واعتراضات وبيانات الطرفين بكل حياد ونزاهة، ومن ثم يصدر حكمه فيها وكأنه حكم قضائي⁽¹²⁾. ويصبح هذا الحكم بعد تصديقه من الجهة المختصة، وهي عادة القضاء، قابلاً للتنفيذ كسائر الأحكام القضائية.

-5 التحكيم ينزع الاختصاص القضائي

وعلى ذلك، فإن اتفاق التحكيم بهذا المفهوم، ينزع من حيث المبدأ الاختصاص من القضاء⁽¹³⁾، ويعطيه لشخص آخر ليصبح هو صاحب الاختصاص بالفصل في النزاع⁽¹⁴⁾. فإذا وجد اتفاق من هذا

(10) في تعريفات أخرى للتحكيم ولاتفاق التحكيم، انظر: Fouchard, Gaillard and Goldman on International commercial Arbitration, Kluwer, 1999, Paras. 7 and 385. ، وفي

حكم من مصر بأن التحكيم مشاركة بين المتعاقدين، أي اتفاق على التزامات متبادلة على حكم المحكمين (نقض مدني 73، المكتب الفني 5 ع، ص 658).

(11) وقضي في سوريا بأن الاتفاق على تحكيم شخص معين، لا يعني الاتفاق على حل النزاع بطريق التحكيم. فإذا استقال المحكم، عادت الولاية إلى المحاكم العادية (الطعن 1998/1747 المحامون، 1965، ص 411). وفي حكم آخر مماثل، قضي في سوريا أيضاً بأن اتفاق الخصوم على تحكيم ثلاثة أشخاص معينين بأسمائهم للبت بالنزاعات التي أشار إليها صك التحكيم، لا يفيد اتفاقهم على حل النزاع بصورة مطلقة بطريق التحكيم عن طريق غيرهم (الطعن 244/134، المحامون، 1962، ص 125). انظر أيضاً من سوريا الطعن 1091/729، المحامون، 1976، ص 20).

(12) وفي قطر قضي بأن جوهر التحكيم يتمثل في كون المحكم كالقاضي مهمته حسم النزاع بقرار ملزم (طعن رقم 2002/348)، استئناف (المستشار القضائي، مشار إليه سابقاً)، وقضي كذلك بأن التحكيم طريق من طرق التقاضي، وبأن الاتفاق عليه يعتبر خروجاً على طرق التقاضي العادية (الطعن رقم 92/93، المستشار القضائي – مشار إليه سابقاً).

(13) تمييز مدني دبي، الطعن 293، القضاء والتشريع، 1991، ص 486؛ ورقم 337، القضاء والتشريع، 1991، ص 257؛ ورقم 129 و 170، القضاء والتشريع، 1994، ص 47؛ ورقم 399، القضاء والتشريع، 1994، ص 396؛ ورقم 89، القضاء والتشريع، 1995، ص 27؛ ورقم 282، القضاء والتشريع، 1993، ص 176).

القبيل، يكون اللجوء إلى التحكيم حق لطرفي النزاع أو لأحدهما حسب الأحوال، وفي الوقت ذاته فإنه واجب عليه. ففي مثالنا السابق، إذا وقع خلاف مثلاً بين (أ) و (ب)، وأراد (أ) أن يأخذ صفة المدعي، فإنه يحق له اللجوء إلى التحكيم لتسويته، ويجب على (ب) كمدعى عليه أن يمتثل لذلك. والعكس صحيح أيضاً، إذ يجب على (أ) أن يلجأ للتحكيم وليس للقضاء وهذا حق لـ (ب). فإذا لجأ (أ) للقضاء بدلاً من التحكيم، كان لـ (ب) الحق بإثارة الدفع بوجود اتفاق تحكيم. وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى وردها شكلاً⁽¹⁵⁾.

ونزع الاختصاص هذا يكون بصورة أولية وليس بصورة دائمة⁽¹⁶⁾، كما انه يكون جزئياً وليس كلياً. فمن جهة، يعود الاختصاص للقضاء في تسوية النزاع ذاته في حال سقوط الاتفاق التحكيم لأي سبب، مثل بطلانه أو فسخه أو التنازل عنه صراحة أو ضمناً. كما أن هناك دوراً كبيراً للقضاء في العملية التحكيمية، مثل تعيين هيئة التحكيم أو احد أعضائها في حال اتفاق الطرفين على ذلك، أو رفض احدهما تعيين محكم عنه، ومثل رد المحكم أو عزله أو تعيين بديل عنه، ومساعدة هيئة التحكيم في التبليغات ودعوة الشهود إذا لزم الأمر. بل أن حكم التحكيم لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بأمر من المحكمة المختصة.

6- التحكيم عقد

والتحكيم بالمفهوم المشار إليه، هو عقد كسائر العقود الأخرى سواء ورد في صيغة شرط تحكيم في العقد الأصلي موضوع العلاقة القانونية، أو في صيغة اتفاق مستقل عن هذا العقد، وسواء ورد هذا الاتفاق المستقل قبل أو بعد نشوب النزاع. وهذا يقودنا إلى القول بان اتفاق التحكيم، كعقد، يخضع للقواعد العامة في العقود⁽¹⁷⁾ من حيث انعقاده وإثباته وأثاره وانقضائه، إلا إذا ورد حكم قانوني خاص به، حيث تكون الأولوية في التطبيق عندئذ للقواعد الخاصة⁽¹⁸⁾.

(14) ولكن يبقى الفصل بالأمر المستعجلة، المتعلقة بالقضية من اختصاص القضاء (من قطر انظر الطعن رقم 152، تاريخ 1997/2/3، المستشار القضائي (معلومات من الحاسوب)؛ وكذلك مدنية كبرى رقم 96/723 ورقم 95/751؛ المرجع السابق).

(15) وقضي بأنه لما كانت مشاركة التحكيم قد نصت على تسوية النزاع فيما بين أطرافه عن طريق التحكيم، واتفق على ذلك برضاء واختيار أطراف العقد، فلا يحق لأحد الطرفين بإرادته المنفردة أن يتخطى أو يتجاوز مرحلة التحكيم، لان الاتفاق على محكمين في الخارج ليس فيه ما يخالف النظام العام (تميز دبي، طعن مدني 79 و 84، لسنة 988، جلسة 989/3/11، ص 186؛ والطعن 230، لسنة 990، جلسة 991/4/7، ص 285؛ والطعن 293، لسنة 991، جلسة 991/11/10، ص 486؛ ومن قطر انظر الحكم ص 4، استئناف مدني 2001/577، المستشار القضائي، مشار إليه سابقاً؛ ومدنية كبرى 97/543، المرجع السابق).

(16) وقضي في سوريا بأن الاتفاق على التحكيم كطريق لحل النزاع، من شأنه أن ينهي مؤقتاً ولاية القضاء العادي في نظره، ويعرضه على الهيئة التحكيمية التي يعود إليها أمر الفصل بالقضية (الطعن 526/55، المحامون، 1973، ص 15).

(17) وقضي في لبنان بأن البند التحكيمي، ككل عقد، تطبق بشأنه أحكام المادة (166) من قانون الموجبات والعقود التي تجعل العقود وينودها، كلها أو بعضها، شريعة المتعاقدين، شرط أن لا تخل بالأداب العمومية والنظام العام والقوانين الإلزامية (استئناف مدنية 1973/6/14، العدل 1974، ص 58). وقضي في لبنان أيضاً بأن عقد التحكيم خاضع في تكوينه وسقوطه وبطلانه

إلا أن اتفاق التحكيم يختلف عن العقود الأخرى من حيث انه لا يوجد له كيان قائم بذاته، وإنما يرتبط دائماً بوجود علاقة قانونية معينة، غالباً ما تكون عقداً من العقود. ولكن يمكن أن تكون هذه العلاقة غير عقدية، من تصرف الانفرادي (الإرادة المنفردة) أو فعل ضار (العمل غير المشروع)، وتصرف نافع (الإثراء بلا سبب)، أو حتى القانون كمصدر مباشر من مصادر الالتزام⁽¹⁹⁾. ولا يتصور وجود اتفاق تحكيم دون وجود تلك العلاقة، وإلا كان العقد في هذه الحالة، أي اتفاق التحكيم، غير ذي موضوع أو محل مما يترتب عليه بطلانه. ونعني بوجود العلاقة، وجودها ولو مادياً وليس بالضرورة الوجود القانوني لها. إذ أنه، كما سنرى فيما بعد، قد يعمل باتفاق التحكيم ويكون هذا الاتفاق صحيحاً، حتى ولو كان العقد المرتبط به الاتفاق باطلاً أو تم فسخه لأي سبب، وهو ما يطلق عليه بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد المتضمن فيه، الذي أخذت بها العديد من القوانين العربية محل البحث.

7- طبيعة اتفاق التحكيم

ومن حيث طبيعة اتفاق التحكيم كعمل قانوني، نجد أن قوانين الدول العربية موضوع البحث قسمت الأعمال القانونية إلى أعمال إدارة وأعمال تصرف، وذلك لغايات أهلية الشخص وخاصة الشخص الطبيعي. والمقصود بأعمال الإدارة، الأعمال التي تهدف لإدارة المال واستثماره أو حمايته مع بقاء ملكيته على اسم الشخص المالك له، بحيث لا يخرج الملك من ذمته. مثل تأجير المال أو إيداعه لدى البنك مقابل فوائد إذا كان من النقود، أو إيداعه تحت يد شخص أمين للمحافظة عليه، أو الاتفاق مع شخص آخر لاستغلال المال وتنميته بأي طريقة من الطرق. أما أعمال التصرف، فيقصد بها الأعمال التي تؤدي إلى خروج المال من ذمة مالكة ودخوله في ملكية شخص آخر، سواء بمقابل مثل البيع، أو بدون مقابل مثل الهبة، أو احتمالية خروجه مثل الرهن. وأعمال التصرف هذه تنقسم إلى تصرفات نافعة نفعاً محضاً مثل قبول الهبة، أو كفالة دين دون مقابل، وضارة ضرراً محضاً مثل إعطاء الهبة أو إقراض نقود، أو تقديم كفالة دون مقابل، ودائرة بين النفع والضرر مثل البيع والمقايضة والشركة. ويترتب على هذا التقسيم للأعمال القانونية، آثار هامة بالنسبة للصغير في القوانين العربية، وخاصة بالنسبة لأعمال التصرف. فهذه القوانين تبطل كافة تصرفات الصغير غير المميز وتصرفات الصغير المميز الضارة ضرراً محضاً له. أما تصرفاته النافعة نفعاً محضاً له، فتكون صحيحة، في حين تكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر موقوفة النفاذ، كل ذلك وفق شروط وأحكام تخرج عن نطاق الدراسة الحالية.

للمبادئ العامة في قانون العقود والموجبات، إلا بعض الاستثناءات المنصوص عليها (منفرد مدني 953/7/28، العدالة 1954، ص 454).

(18) ومثال ذلك، أن المشروع في مختلف القوانين محل البحث اشترط الكتابة في اتفاق التحكيم سواء للإثبات (مثل قوانين سوريا، ولبنان والإمارات وقطر)، أو للانعقاد مثل قوانين مصر والأردن وفلسطين. وفي هذا الشأن، قضي في لبنان بأنه لا يجوز إثبات التحكيم بالبينة الشخصية، ولا يمكن استنتاج مقدمة بيينة خطية لإثبات التحكيم من صك تحكيم غير موقع عليه من الفريقين (بداية 947/8/27، العدل 1948، ص 102).

(19) أنظر حمزة حداد، اتفاق التحكيم في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة 2000/1/28، الموقع الإلكتروني السابق الإشارة إليه.

ويثور التساؤل هنا عن طبيعة اتفاق التحكيم كعمل قانوني، ومدى اعتباره احد الأعمال القانونية مما ذكر. وقد أجاب على ذلك القضاء في بعض الدول العربية بقوله أن هذا الاتفاق هو من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، مما يترتب عليه انه إذا كان احد أطرافه صغيراً مميّزاً، فإن الاتفاق يكون قابلاً للإبطال لمصلحة هذا الصغير⁽²⁰⁾ إلا أننا لا نؤيد هذا الرأي. ذلك أن المتفحص باتفاق التحكيم، يجد أن موضوعه والهدف منه تسوية نزاع معين يتعلق بعمل من تلك الأعمال (أو غيرها)، بعيداً عن القضاء الرسمي، واللجوء في تسويته لشخص خاص يتفق عليه كما ذكرنا. فهو إذن ليس من أعمال الإدارة، ما دام انه لا يتعلق بإدارة مال من الأموال عن طريق الاستثمار أو غير ذلك. كما انه ليس من أعمال التصرف، لان موضوعه أو محله ليس التصرف بمال معين. فهو إذن ذو طبيعة خاصة، ويصعب إدراجه تحت أي نوع من الأعمال القانونية مما ذكر.

ثانياً: صور اتفاق التحكيم

8- شرط التحكيم

قد يرد اتفاق التحكيم في صيغة شرط يتم إدراجه في العقد الأصلي الذي ينظم العلاقة القانونية بين الطرفين، وهو ما يكثر تطبيقه في الحياة العملية، ويسمى في هذه الحالة بشرط التحكيم⁽²¹⁾. وعادة ما يرد الشرط بصيغة مقتضبة تتضمن فقط الإحالة للتحكيم، كالقول مثلاً أن أي خلاف بين طرفي العقد يحال إلى التحكيم. وقد يتوسع الأطراف في ذلك فيضيفون أحكاماً أخرى لشرط التحكيم، مثل مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع، وصفات ومؤهلات كل أو بعض الأشخاص الذين سيعينون محكمين في هيئة التحكيم، كاشتراط أن يكون رئيس هيئة التحكيم مهندساً، أو محامياً، أو مدقق حسابات، أو يكون اثنين من المحكمين من القانونيين في حين يكون رئيس الهيئة مهندساً. كما يجوز أن يتفق الطرفان على جنسية أو جنس و سن كل أو بعض المحكمين، وإن كان ذلك نادراً في التطبيق العملي. وإذا كان التحكيم مؤسسياً⁽²²⁾، فقد جرت العادة أن تضع مؤسسة التحكيم المعنية صيغة ينصح الأطراف بإدراجها في عقدهم إذا رغبوا بإحالة نزاعهم إلى تلك المؤسسة. وفي هذه الحالة، تتبع قواعد المؤسسة في إجراءات وإدارة التحكيم بما في ذلك تعيين المحكمين.

ويستوي في شرط التحكيم أن يرد في بداية العقد أو نهايته أو في أي مكان آخر بينهما. وعندئذ يخضع أي نزاع ناشئ عن العقد للتحكيم، إلا إذا تبين من الاتفاق صراحة أو ضمناً غير ذلك. ومثاله أن يكون العقد عقد بيع ويتضمن أيضاً شرطاً يقضي بأن يقدم البائع كفالة حسن تنفيذ صادرة عن أحد البنوك،

(20) تمييز مدني دبي، رقم 460 ورقم 461، مجموعة الأحكام، العدد 10، ص 247.

(21) ويسميه القانون اللبناني ببند التحكيم (المادة 762).

(22) وهو التحكيم الذي تتولى تنظيمه وإدارته مؤسسة أو مركز تحكيم (institutional)، مثل غرفة التجارة الدولية، ومركز القاهرة، ومركز دبي. ويقابله التحكيم الفردي أو الحر أو الطليق (ad hoc).

وينص العقد على أن أي خلاف حول الكفالة يحال إلى التحكيم، أو يكون العقد قسمين مستقلين عن بعضهما: **الأول** - خاص بمقاوله إنشاءات من حيث حقوق والتزامات الفريقين بالنسبة لتنفيذ الأعمال. **الثاني** - خاص بالكفالات التي يتوجب على المقاول تقديمها لصالح العمل، مثل كفالة السلفة وحسن التنفيذ والصيانة، ويرد شرط التحكيم تحت القسم الأول مما يفهم منه انه خاص بذلك القسم دون الآخر. فالمسألة إذن مسألة تفسير لشرط التحكيم، يتولى أمرها القاضي أو هيئة التحكيم حسب الأحوال.

9- الاتفاق المستقل

وقد لا يرد الاتفاق على التحكيم في صيغة شرط تحكيم بالمفهوم المذكور، وإنما بصيغة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي. وعلى غرار شرط التحكيم، فإن مثل هذا الاتفاق قد يكون سابقاً على نشوب النزاع. ومثال ذلك أن لا يتضمن العقد شرط تحكيم، ولكن يتفق الطرفان في عقد مستقل على إحالة خلافاتهما المستقبلية الخاصة بالعقد الأصلي إلى التحكيم. ومثل هذا الاتفاق قد يرافق العقد الأصلي ويلحق به، وقد يكون لاحقاً له ولكن قبل نشوب النزاع. وقد نص على هاتين الصيغتين لاتفاق التحكيم، أي شرط التحكيم واتفاقات التحكيم الأخرى السابقة على نشوب النزاع في بعض قوانين الدول العربية محل البحث مثل القانون المصري والأردني ⁽²³⁾، في حين أن قوانين أخرى، مثل القانون القطري، لا تنص على هاتين الصيغتين في اتفاق التحكيم، ولكن يمكن القول أن القواعد العامة لا تشترط صيغة معينة في اتفاق التحكيم أو وقتاً معيناً له، وبالتالي لا تمنع من وجود اتفاق التحكيم في الصيغ المذكورة حسب القانون القطري.

ونرى بأنه لا توجد أهمية للفرقة بين شرط التحكيم واتفاقيات التحكيم الأخرى السابقة على نشوب النزاع. ولكن يلاحظ هنا أن قوانين بعض الدول العربية، وأحكام القضاء في بعضها الآخر، ذهبت إلى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي المتضمن فيه، كما سنرى بعد قليل. وقد يفهم من ذلك أن هذه الاستقلالية محصورة بشرط التحكيم دون اتفاقيات التحكيم الأخرى، التي تبقى تابعة للعقد الأصلي، مع ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية مختلفة سنشير إليها في وقت لاحق. ولكننا لا نؤيد هذا الفهم، وإنما نرى تطبيق مبدأ الاستقلالية على شرط التحكيم، وكذلك على اتفاقيات التحكيم اللاحقة على العقد الأصلي، بما فيها مشاركة التحكيم، لاتحاد العلة، في كل هذه الصيغ في اتفاق التحكيم.

10- الشرط والاتفاق معاً

(23) المادة 11/أردني، والمادة 2/10/مصري.

ومن ناحية أخرى، قد يجتمع شرط التحكيم مع اتفاقية التحكيم اللاحقة له، ولكن السابقة على نشوب النزاع. أي إننا نكون هنا أمام شرط تحكيم وأيضا اتفاقية تحكيم. ومثال ذلك أن يرد في العقد شرط تحكيم. وبعد إبرام العقد، يتفق الطرفان على شروط وأحكام التحكيم المستندة أساساً لشرط التحكيم، مثل مكان ولغة التحكيم وإجراءاته. وبطبيعة الحال، لا يجبر الطرفان على إبرام اتفاقية تحكيم جديدة على هذا النحو. إلا إنهما قد يتفقان على غير ذلك في العقد الأصلي. كالقول مثلا في شرط التحكيم أن خلافاتهما العقدية ستحال إلى التحكيم وفق الأحكام والشروط التي سيتفقان عليها فيما بعد. فإذا اتفقا على ذلك، يسري عليهما هذا الاتفاق. وإن لم يتفقا، فلا يكون شرط التحكيم باطلاً، وإنما يبقى صحيحاً وناظراً بحقهما. وفي هذه الحالة، يتم ملء الفراغ في شرط التحكيم حسب أحكام القانون التي تكفلت بذلك، مثل تعيين المحكمين والإجراءات أمام هيئة التحكيم وشروط حكم التحكيم وغير ذلك من أحكام. كل ذلك ما لم يتبين من إرادة الأطراف أن أعمال شرط التحكيم، مرتبط بإبرام اتفاق تفصيلي لاحق عليه. وفي هذه الحالة، فإن عدم الاتفاق يؤدي إلى عدم نفاذ شرط التحكيم ومن حيث النتيجة إلى سقوطه، وهي مسألة تفسير لشرط التحكيم.

وإذا اجتمع اتفاق التحكيم مع شرط التحكيم على النحو المشار إليه، واستند الأول في وجوده على الثاني، فيترتب على ذلك القول أن اتفاق التحكيم يتبع شرط التحكيم من حيث عدم الوجود. بمعنى أنه إذا كان شرط التحكيم باطلاً، أو تم إنهاؤه لأي سبب مثل الفسخ والاتفاق، يسقط تبعاً له اتفاق التحكيم. ولكن العكس غير صحيح، بمعنى أن شرط التحكيم قد يكون صحيحاً وناظراً في حين يكون اتفاق التحكيم باطلاً. فالطرفان قد يكونا كاملَي الأهلية عند إبرام شرط التحكيم، في حين يصبح أحدهما عديم الأهلية عند إبرام اتفاق التحكيم. في هذه الحالة، يكون الأول صحيحاً في حين يكون الثاني باطلاً، وبطلانه لا يؤثر على شرط التحكيم، لأنه تابع لهذا الشرط وليس العكس. ومع ذلك، يمكن القول بأن العلاقة ما بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم المبرم لاحقاً له، هي مسألة تفسير لإرادة الأطراف وفقاً للظروف. فقد يكون القصد من الاتفاق اللاحق تبعيته فعلاً لشرط التحكيم على النحو المذكور، وقد يكون قصد الطرفين من إبرامه إلغاء شرط التحكيم والاستعاضة عنه باتفاق جديد. وفي هذه الحالة يعتبر شرط التحكيم منتهياً، في حين يكون اتفاق التحكيم قائماً، ويستند التحكيم عندئذٍ للثاني وليس للأول.

11- مشاركة التحكيم

وقد يكون اتفاق التحكيم لاحقاً على قيام النزاع، حيث يتفق الطرفان على إحالة هذا النزاع الذي وقع بالفعل إلى التحكيم. وبطلق الفقه والقضاء على هذا النوع من الاتفاق بمشارطة التحكيم لتمييزه بشكل خاص عن شرط التحكيم⁽²⁴⁾. وعلى ذلك، فإن الفرق بين مشاركة التحكيم واتفاقيات التحكيم الأخرى، هو فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد أبرم قبل نشوب النزاع أو بعده. ففي الحالة الأخيرة، نكون في إطار مشاركة التحكيم، وإلا في إطار اتفاقيات التحكيم الأخرى. ولا يوجد لهذه التفرقة أهمية تذكر في قوانين سوريا والإمارات وقطر⁽²⁵⁾ إلا أن هذه القوانين تنص على وجوب تحديد موضوع النزاع إما في وثيقة أو صك

(24) وتأيد هذا الرأي بأحكام القضاء. ومثال على ذلك في سوريا، نقض مدني رقم 678، القانون، 1963، ص 314.

(25) ولكن قوانين مصر والأردن وعمان وفلسطين تقضي بأنه إذا كان اتفاق التحكيم في صيغة مشاركة، فيجب تحديد موضوع النزاع في هذه المشاركة تحت طائلة بطلان الاتفاق (المادة 2/10/مصري وعماني، والمادة 11/أردني والمادة 4/5/فلسطيني).

التحكيم (26)، أو أثناء المرافعة كما يقول القانونان السوري والقطري، أو أثناء نظر الدعوى كما يقول القانون الإماراتي. ولكن يلاحظ انه من المتعذر، إن لم يكن من المستحيل، تحديد موضوع النزاع في شرط التحكيم ما دام أن هذا الشرك يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل والذي قد يقع وقد لا يقع بتاتاً. لذلك، فإن اشتراط ذكر موضوع النزاع في وثيقة التحكيم في كلا القانونين، يقصد به فقط مشاركة التحكيم دون شرط التحكيم. ولكن ليس بالضرورة ذكر موضوع النزاع في مشاركة التحكيم حتى تكون المشارطة صحيحة، إذ يجوز بيان موضوع النزاع أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم وهو أمر بديهي. إذ من غير المعقول أن يتقدم احد الطرفين بدعوى تحكيمية دون بيان موضوع النزاع، كما انه من غير الممكن أن تنتظر الهيئة في نزاع وتفصل فيه، دون أن يكون هذا النزاع محددًا وواضحًا أمامها، (وإلا كانت العملية التحكيمية باطلة حسب نص القانونية).

12- وثيقة مهمة التحكيم

ومن جانب آخر، تجدر التفرقة بين مشاركة التحكيم بالمفهوم المشار إليه، وبين سند أو وثيقة مهمة هيئة التحكيم المعروفة في نظام غرفة التجارة الدولية، ويطلق عليها بـ Term of Reference. فهذه الوثيقة تقوم بإعدادها هيئة التحكيم بعد استلامها ملف التحكيم من الغرفة. والملف في هذه المرحلة، يحتوي عموماً على طلب التحكيم من جانب المحكم، والرد عليه والدعوى المتقابلة، أن وجدت، من جانب المحكم ضده وجواب المحكم على الدعوى المتقابلة. وهذه المستندات تحتوي على العديد من العناصر الأساسية والأولية لدعوى التحكيم، مثل أسماء الخصوم ووقائع النزاع والبيانات والطلبات، فيتكون لدى هيئة التحكيم فكرة أولية عن طبيعة النزاع، وتقوم الهيئة عندئذ بإعداد وثيقة مهمة هيئة التحكيم، وتتضمن ملخصاً للوقائع والنزاع وطلبات الخصوم والمسائل التي ستفصل بها الهيئة من حيث النتيجة. وبعد إعداد الوثيقة، تعرضها الهيئة على أطراف النزاع الذين لهم الحق ببيان رأيهم فيها وتعليقهم عليها. وعند اكتمال الوثيقة بالصيغة المعتمدة من هيئة التحكيم، تقدم للأطراف للتوقيع عليها من قبلهم ومن ثم من قبل الهيئة. وبعد التوقيع عليها من كافة الأطراف، ترسل الوثيقة لمحكمة الغرفة للمصادقة عليها، وتبدأ هيئة التحكيم المهمة التحكيمية للفصل بالنزاع بعد هذه المصادقة (27).

وكما هو واضح، تتفق وثيقة المهمة مع مشاركة التحكيم من حيث أن كلا منهما يتم إعداده بعد نشوب النزاع وليس قبله. ومع ذلك هناك فوارق أساسية بينهما. فالمشاركة هي اتفاق التحكيم ذاته. لذلك يجب توقيعها من الطرفين، وإلا لا تكون هناك إحالة للتحكيم أصلاً. أما وثيقة المهمة، فتفترض دوماً وجود اتفاق تحكيم سواء في صيغة شرط أو مشاركة أو اتفاق مستقل، بل تفترض وجود إحالة للتحكيم استناداً لهذا الاتفاق، ليتم بعد ذلك إعداد الوثيقة. ومن حيث الشكل، يلاحظ أن مشاركة التحكيم يتم إعدادها من قبل أطراف النزاع أنفسهم، أما وثيقة المهمة فيتم إعدادها من قبل هيئة التحكيم ويكون ذلك أحياناً بمشاركة

(26) المادة (510)، من القانون السوري، والمادة (203) من القانون الإماراتي، والمادة (190) من القانون القطري.

(27) المادة (18) من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. وترسل الوثيقة للمحكمة للمصادقة عليها حتى لو رفض أحد الطرفين أو كلاهما التوقيع عليها.

الأطراف وأحياناً دون مشاركتهم، وبالتالي يمكن اعتمادها وتطبيقها عليهم دون موافقتهم إذا رفضوا التوقيع عليها.

13- الاتفاق على التحكيم أمام المحكمة

كثيراً ما يتفق أطراف النزاع على التحكيم أمام المحكمة التي تنتظر في نزاع لا يوجد بشأنه اتفاق تحكيم. ومثال ذلك أن يكون هناك عقد بين (أ) و (ب) لا يتضمن إحالة المنازعات الناجمة عنه للتحكيم. فلو وقع النزاع مثلاً، ولجأ (أ) إلى القضاء، فيجوز لهما الاتفاق أمام المحكمة أو حتى خارجها على التحكيم لتسوية النزاع ذاته (28). وفي هذه الحالة، يجب على المحكمة، بناء على طلب احد الطرفين أو كليهما، إسقاط الدعوى وإحالة النزاع للتحكيم. ومثل هذا الاتفاق جائز، سواء كان النزاع منظوراً أمام محكمة الدرجة الأولى أو الاستئناف، بل نرى انه جائز حتى أمام محكمة النقض (التمييز) ما دامت لم تصدر حكمها بعد (29). وهناك فرق بين اتفاق التحكيم الذي يتم أثناء المحاكمة في نزاع معروض على القضاء، وذلك الذي يتم بموجب اتفاق أصلي على التحكيم دون أن يكون النزاع معروضاً على القضاء، ويتعلق هذا الفرق بالمحكمة التي يتوجب إيداع حكم التحكيم ووثائق التحكيم الأخرى لدى قلم كتابها، وبالجهة التي تتولى تبليغ حكم التحكيم لأطراف النزاع، وذلك بالنسبة للدول التي تأخذ بهذه المسائل مثل مصر وعمان وسوريا وقطر والإمارات، مما يخرج عن نطاق الدراسة الحالية.

ومختلف قوانين الدول العربية تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم. وعلى ذلك، فإن التدوين في محضر المحاكمة باتفاق الطرفين على التحكيم، ومن ثم إصدار قرار قضائي ببرد الدعوى وإحالة النزاع للتحكيم، يعتبر من قبيل الاتفاق الخطي على التحكيم حتى لو لم يوقع الطرفان على محضر المحاكمة (30).

14- الاحالة لوثيقة تتضمن شرط تحكيم

(28) وقضي في سوريا بأنه لا يشترط لتنظيم صك التحكيم إتباع شكل خاص، وكل ما يتوجب تثبيته الاتفاق على التحكيم بصورة خطية، وتدوينه في محضر المحاكمة عندما يتم بمعرفة المحكمة (الطعن 320/265، المحامون، 1953، ص 266).

(29) وفي لبنان تنص المادة (767) على أنه يجوز للخصوم الاتفاق على حل النزاع بطريق التحكيم، ولو كان موضوع الدعوى مقامه امام القضاء.

(30) ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (10/ج) من القانون الاردني بأنه إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقر إحالة النزاع الى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق مكتوب.

يقع كثيراً في الحياة العملية أن لا يتفق الطرفان مباشرة على التحكيم في العقد المبرم بينهما، وإنما يحيلان في هذا العقد لأحكام وثيقة أخرى لتطبيقها عليهما في ما لا نص عليه في العقد الأصلي. وقد تتضمن هذه الوثيقة شرطاً لتسوية النزاعات عن طريق التحكيم. ومثال ذلك، أن تكون العلاقة بين الطرفين هي علاقة نقل بحري للبضائع بين الناقل (أ) والشاحن (ب)، وتنص وثيقة الشحن على تطبيق أحكام مشاركة إيجار السفينة بين (أ) وبين المستأجر (ج)، في حدود ما هو غير منصوص عليه في وثيقة الشحن. ولو فرضنا أن وثيقة الشحن لا تنص على بند لتسوية المنازعات، في حين أن مشاركة الإيجار تنص على التحكيم لتسوية أي نزاع بين (أ) و (ج). في هذا المثال، تقضي القواعد العامة بتطبيق شرط التحكيم على العلاقة بين (أ) و (ب) أيضاً ما دام أن العقد شريعة المتعاقدين (31).

ولكن نرى عدم الأخذ بالقواعد العامة إلا بقدر اتفاقها مع قواعد التحكيم وما استقر عليه الاجتهاد بشأنها. فمن المتفق عليه في الدول العربية أن التحكيم طريق استثنائي لتسوية المنازعات وهو ما ذهب إليه القضاء في مختلف الدول العربية. ونظراً لخطورة شرط التحكيم، نجد أن كثيراً من القوانين الحديثة في التحكيم، نصت صراحة على وجوب أن تكون الإحالة واضحة وصريحة بحيث تجعل من شرط التحكيم جزءاً من الاتفاق، وهو ما نص عليه صراحة القانون النموذجي، حيث تنص المادة 2/7 منه، بأن الإشارة في عقد إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم يعتبر بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد (32).

ومثال ذلك، أن ينص العقد بين (أ) و (ب) صراحة على سريان شرط التحكيم عليهما، كأن ترد في الإحالة مثلاً عبارة "بما في ذلك شرط التحكيم الوارد في عقد إجارة السفينة". وكما نرى، فإن الإحالة الغامضة لشرط التحكيم لا تكفي، كقول مثلاً "بما في ذلك شرط تسوية المنازعات"، لأن ذلك لا يعني بالضرورة بأن الشرط هو شرط تحكيم. ومن نافذة القول انه ليس بالضرورة أن تتم الإحالة لشرط التحكيم في العقد الأصلي ذاته بين (أ) و (ب) وإنما يمكن أن تتم باتفاق لاحق عليه. وقد أخذ بهذا الرأي القانون المصري صراحة بقوله في المادة (3/10)، بأنه يعتبر من قبيل اتفاق التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. وقد تضمن كل من القانون العُماني والأردني حكماً مماثلاً للقانون المصري. (33)

(31) وهذا ما قضي به في مصر قبل صدور قانون التحكيم الجديد رقم 47 لسنة 1994، نقض مدني رقم 406، المكتب الفني 16، ص 781؛ ولكن كان قضي في مصر أيضاً بأنه يتعين أن يفرغ في عقد النقل البحري كافة الشروط الخاصة بعملية النقل، وإذا اتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم فيجب أن ينص على ذلك صراحة في العقد، ولا يكفي في هذا الصدد مجرد الإحالة في عقد النقل إلى مشاركة إيجار السفينة التي تتضمن شرط التحكيم (رقم 2267، المكتب الفني 43، ص 932).

(32) قارن المادة 763 / لبناني التي تجيز أن يرد شرط التحكيم في وثيقة يحيل إليها العقد الأصلي.

(33) المادة 3/10/عُماني، والمادة 10/ب/أردني

ثالثاً: استقلالية شرط التحكيم

15- المبدأ التقليدي والحديث

ونواجه هنا الحالة التي يتضمن فيها العقد الأصلي شرط التحكيم، إلا أن العقد باطل لأي سبب أو تم فسخه باتفاق الطرفين أو بإرادة منفردة حيث يجيز القانون ذلك، أو انفساخه نتيجة قوة قاهرة. وحسب النظرية التقليدية، فإن شرط التحكيم تابع لهذا العقد، مما يعني أن انتهاء العقد لأي سبب يؤدي إلى سقوط وانتهاء هذا الشرط المتضمن في العقد. وعليه، إذا حصل أي خلاف بين الطرفين حول العقد وأثاره المالية، فلا يحال إلى التحكيم، وإنما إلى القضاء ما دام أن الشرط لم يعد موجوداً لأنه، كما تقول القواعد الفقهية، التابع تابع لا يفرد في الحكم، وإذا سقط الأصل سقط الفرع.

ولكن خروجاً على هذا المبدأ التقليدي، أخذت قواعد التجارة الدولية بفكرة مغايره تماماً، وهي بقاء شرط التحكيم قائماً وصحيحاً ما دام أن البطلان لم يلحقه بحد ذاته. وفي هذه الحالة، تتم تسوية النزاعات الناشئة عن هذا العقد بالتحكيم بالرغم من سقوط العقد ذاته، وهو ما يسمى باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي ورد فيه هذا الشرط.

16- مبرر واهمية الاستقلالية

والمبرر لاستقلالية شرط التحكيم بهذا المفهوم واضح. فالنزاع سيحال في جميع الأحوال إلى جهة معينة للفصل فيه وهي، كقاعدة عامة، القضاء. لذلك، لا مشكلة ولا مانع من الإبقاء على شرط التحكيم وإحالة النزاع لجهة التحكيم التي ستقضي فيه، على غرار القضاء دون فرق، حسب أحكام القانون، وحكمها من حيث النتيجة سيخضع لرقابة القضاء. كما أن الأخذ بهذا المبدأ يتماشى مع الواقع العملي من حيث إرادة الأطراف وخاصة في التحكيم الدولي، مادام أن كثيراً من عقود التجارة الدولية، أن لم تكن غالبيتها، تنص على التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن هذا العقد أو ذلك. والأطراف عندما يتفقون في العقد على الإحالة إلى التحكيم، لا يتوقعون حينئذ إلا الأخذ بما اتفقوا عليه لتسوية نزاعهم باللجوء إلى التحكيم وليس للقضاء. والمنازعات العقدية، لا تنحصر فقط بمدى تنفيذ أي من الأطراف لالتزاماته العقدية، وإنما يشمل ذلك أيضاً بيان حقوقهم المالية الناجمة حتى عن انتهاء العقد لأي سبب من الأسباب. فإذا قلنا أن هذا الانتهاء يؤدي حكماً إلى انتهاء الشرط التحكيمي، فهذا يعني الخروج على إرادة الأطراف، بإجبارهم على اللجوء إلى القضاء خلافاً لهذه الإرادة، مما يؤدي إلى زعزعة اتفاق التحكيم وخاصة في العقود الدولية.

ومن جهة أخرى، قد يكون من صلاحية هيئة التحكيم إنهاء العقد المتضمن لشرط التحكيم عن طريق فسخه مثلاً أو تقرير انفساخه إذا توفرت شروط ذلك. وعلى سبيل المثال، قد يتفق (أ) و (ب) على إحالة نزاعهما للتحكيم بموجب شرط التحكيم، الذي يعطي صلاحيات واسعة لهيئة التحكيم مثل الفصل بكافة الأمور المتعلقة بالعقد، من حيث انعقاده وتنفيذه وفسخه وانفساخه والمطالبة بالتعويض وأي أمر آخر ناجم عنه⁽³⁴⁾. وقد يتضمن العقد كذلك شرطاً مفاده أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة لاعتذار أو حكم قضائي أو تحكيمي، في حال إخلال أحد الطرفين بتنفيذ التزامه في الموعد المحدد. وقد لا ينفذ (أ) التزامه في موعده فيحصل نزاع بين الطرفين. وفي حين يطلب (أ) من (ب) تنفيذ التزاماته، ينازعه (ب) في ذلك على أساس أن العقد أصبح مفسوخاً من تلقاء نفسه. أو لا يكون في العقد شرط الفسخ التلقائي، فيخل (أ) بتنفيذه ويكون من حق (ب) المطالبة القضائية (أو التحكيمية) بفسخه. في هذين الفرضين، يكون تقرير انفساخ العقد بحكم القانون، أو إصدار قرار بفسخه من صلاحية هيئة التحكيم بموجب اتفاق الطرفين الصريح. ولو قضت الهيئة بأي منهما، فمعنى ذلك سقوط شرط التحكيم المتضمن في العقد إذا قلنا بعدم استقلاليتها عن العقد، في حين أن الهيئة مارست صلاحياتها بمقتضى ذلك الشرط، الذي لولاه لما كان للهيئة وجود أصلاً.

وتبرز أهمية الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم بشكل خاص، عند النظر بدعوى بطلان حكم التحكيم. فلو دفع احد الطرفين أمام هيئة التحكيم بعدم اختصاصها في نظر النزاع بسبب سقوط شرط التحكيم، لأن العقد تم فسخه مثلاً، فإن الهيئة ستقضي برد هذا الدفع حتماً لاستقلالية شرط التحكيم، حتى لو كان الفسخ صحيحاً. وعندئذ لن يكون الحكم قابلاً للبطلان بحجة عدم وجود اتفاق تحكيم أو بحجة فصل الحكم في مسائل لا يشملها هذا الاتفاق، أو تجاوز حدوده. وهذا بعكس ما لو قلنا بان فسخ العقد يشمل حكماً فسخ شرط التحكيم، إذ يكون الحكم في هذه الحالة قابلاً للبطلان لعدم وجود اتفاق تحكيم، ما دام الفسخ يشمل.

17- الاستقلالية وانقضاء الشرط

واستقلالية شرط التحكيم لا تعني بأن هذا الشرط لا يمكن أن يبطل أو لا يكون عرضة للفسخ، وإنما فقط لا يبطل أو يفسخ تبعاً لبطلان العقد الأصلي أو فسخه. ولكن إذا لحق البطلان أو الفسخ شرط التحكيم ذاته، وليس بسبب تبعيته للعقد، فإنه يكون باطلاً أو مفسوخاً بصرف النظر عن العقد الأصلي، حتى لو كان هذا العقد صحيحاً وناظراً بحق طرفيه. ومن الصور التي يسقط فيها شرط التحكيم بسبب بطلانه أو فسخه ما يلي:

(34) وقضي في قطر بأن المحكم كالقاضي يملك الحكم في صحة عقد التحكيم أو بطلانه (الطعن 2001/1550، مدنية كبرى، تاريخ 2002/5/29 (المستشار القضائي، مشار إليه سابقاً). وفي لبنان قضي بأن الأسباب التي تؤدي إلى سقوط العقد والحقوق والموجبات الناشئة عنه، تدخل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد وتفسيره أو بإلغائه أو بفسخه، وتدخل في صلاحية المحكمين (تميز مدنية 58/6/23، العدالة 1958، ص 707). ولكن كان قد قضي في لبنان في وقت سابق بأن شرط التحكيم الوارد في عقد الشركة، لا يسري على الخلاف المتعلق بصحة هذا العقد، ما دام أن سلطة المحكم مستمدة من العقد ذاته، وليس له بالتالي أن يكون قاضياً في هذا العقد (استئناف مدنية 947/6/24، العدالة، 1947، ص 497؛ أيضاً حكم البداية في 947/3/19، العدالة، 1947، ص 178).

- 1-** أن يكون موضوع شرط التحكيم مما لا يجوز التحكيم فيه. ومثال ذلك اتفاق القوانين العربية عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، ومن ضمنها مسائل الميراث. فقد يتفق الورثة على توزيع أموال المتوفي بينهم حسب أحكام القانون، مع وجود شرط تحكيم على أنه في حال خلافهم حول حصصهم الارثية، يحال الخلاف إلى التحكيم بالصلح أمام محكم تم الاتفاق على تسميته. في هذا المثال يكون الاتفاق الأصلي صحيحاً، أما شرط التحكيم فيقع باطلاً.
- 2-** حيث يكون أحد طرفي العقد عديم الأهلية عند إبرام العقد الوارد فيه شرط التحكيم. في هذا الفرض، يكون الشرط باطلاً بحد ذاته.
- 3-** أن يكون موضوع النزاع التحكيمي غامضاً أو مجهولاً جهالة فاحشة، كأن يرسل أحد الطرفين كتاباً للآخر يعرض عليه فيه إحالة الأمر إلى التحكيم، فيوافقه الآخر دون بيان هذا الأمر. أو تكون عبارات التحكيم غامضة، بحيث يصعب تطبيق الاتفاق. كأن يتم الاتفاق على أن أي خلاف يحال إلى التحكيم أمام محكمة التحكيم المختصة، دون ربط الخلاف بأي علاقة قانونية، ودون بيان المقصود من العبارة الأخيرة.
- 4-** حيث يختلط موضوع العقد (الباطل) بموضوع شرط التحكيم ويكونان واحداً، كان يرد العقد وشرط التحكيم في عبارة واحدة، بالقول مثلاً أن ورثة (د) وهم (أ) و (ب) و (ج)، اتفقوا على تعيين (هـ) محكماً بالصلح بينهم بالنسبة لخصصهم في الميراث، أو ينص العقد بين (أ) و(ب)، وهما زوجان مطلقان لهما ابن قاصر، و(ج) و (د) وهما غريبان عنهما، بأنهم اتفقوا على تعيين (هـ) كمحكم لإعطاء حضانة ذلك الابن لأي منهم. في هذين المثالين، نجد اختلاط موضوع النزاع الباطل بشرط التحكيم، مما يعني بطلانها معاً.
- 5-** أن يتفق أطراف العقد على فسخه، أي إقالته مع النص صراحة على أن شرط التحكيم مشمول بالفسخ. في هذه الحالة أيضاً فإن شرط التحكيم في ذاته لم يعد قائماً.
- 6-** أن تكون الإحالة إلى مؤسسة تحكيم لا وجود لها على أرض الواقع، كالاتفاق على إحالة النزاع إلى المركز العربي للتحكيم في سوريا في حين لا وجود لمثل هذا المركز لا في سوريا ولا خارجها. ولكن إذا كانت الإحالة أخطأت في اسم مؤسسة التحكيم، أي كان هناك غموض في هذا الاسم بحيث يمكن جلاؤه، فنكون المسألة عندئذ مسألة تفسير تقوم بها هيئة التحكيم أو المحكمة المختصة، حسب مقتضى الحال. ومثال ذلك، الاتفاق على التحكيم وفق مركز دبي للتحكيم التجاري الدولي، في حين أن اسمه هو مركز دبي للتحكيم الدولي وليس " التجاري الدولي"، أو وفق مركز مصر الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مع أن اسمه هو مركز القاهرة وليس مركز دبي، أو لدى غرفة التجارة الدولية في جنيف في حين أن مقر الغرفة في باريس وليس جنيف (35).

(35) وفي حكم تحكيم جاء فيه أن النص على تسوية النزاع عن طريق غرفة التجارة الدولية في جنيف، يعني تطبيق قواعد الغرفة التي مقرها باريس، ولكن مكان التحكيم استناداً لهكذا شرط يكون في جنيف، أنظر قضية ICC رقم 993/7920، الكتاب السنوي للتحكيم التجاري ICCA Yearbook، المجلد 23 لسنة 1998، ص 80.

- 7- أن تكون الإحالة إلى مؤسسة لاتعمل بالتحكيم أصلاً وليس لها قواعد خاصة بها، مثل الإحالة إلى التحكيم وفق قواعد جامعة الدول العربية، أو جامعة الإمارات، أو الجامعة الأردنية.
- 8- إذا كان من المستحيل تطبيق اتفاق التحكيم، كالإحالة إلى مؤسسة لم يعد لها وجود لانقضاء شخصيتها الاعتبارية عند الاتفاق، أو الاتفاق على إحالة النزاع لشخص طبيعي حصراً كمحكم، ثم يتبين أنه كان متوفياً وقت إبرام الاتفاق.
- 9- أن يشترط الاتفاق للذهاب إلى التحكيم، أن يكون المحكم هو احد الخصمين بحيث يجتمع فيه صفتا الخصم والحكم معاً.
- 10- وفي عقود التأمين، تقضي قوانين الدول العربية عموماً، بأن شرط التحكيم يكون باطلاً إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين.
- 11- وبالنسبة لشرط التحكيم الوارد في بوليصة الشحن، قضي في دبي بأنه يتعين إبطال هذا الشرط وعدم الالتزام به إذا كان غير مقروء، وكان مطبوعاً بخط دقيق بطريقة تعجز عيون الإنسان العادي عن قراءته⁽³⁶⁾.

18- استقلالية الشرط والاتفاق المستقل

والدول التي أخذت بالاستقلالية نصت صراحة على أن هذه الاستقلالية تتعلق بشرط التحكيم وليس باتفاق التحكيم عموماً. والمعنى الحرفي لذلك انه حيث يرد اتفاق التحكيم ليس في صيغة شرط تحكيم منصوص عليه في العقد الأصلي، وإنما باتفاق تحكيم لاحق لهذا العقد، سواء تم ذلك قبل وقوع النزاع أو بعده، فان مبدأ الاستقلالية لا يشمل. ولكننا لسنا مع هذا الفهم الحرفي للنصوص، ونرى تفسير شرط التحكيم بالمعنى الواسع بحيث يشمل كل اتفاق تحكيم، سواء كان شرط تحكيم بالمعنى الضيق، أو اتفاق تحكيم لاحق على هذا الشرط، وذلك لاتحاد العلة والمبررات التي سبقت للدفاع عن مبدأ الاستقلالية.

19- الاستقلالية في قوانين الدول العربية

أصبح مبدأ استقلالية شرط التحكيم من مبادئ التحكيم العامة التي أخذت بها قوانين التحكيم الحديثة في مختلف الدول، ومصدر هذه القوانين الأساسي هو القانون النموذجي لليونسفال الذي أخذ أيضاً بهذا

(36) طعن مدني 140، لسنة 1989، جلسة 990/3/17، ص 186.

المبدأ. ومن الدول العربية التي أخذت تشريعاتها بمبدأ استقلالية شرط التحكيم مصر و عُمان وفلسطين والأردن. (37)

أما في دول أخرى مثل قطر والإمارات ولبنان وسوريا، فلا يوجد نص تشريعي يقضي بهذه الاستقلالية، مما يقتضي تطبيق القواعد العامة. ولا يوجد في هذه القواعد ما يسعف للقول بان شرط التحكيم مستقل عن العقد المتضمن فيه، بل على العكس من ذلك فإنها تقضي بان التابع تابع لا يفرد بالحكم، وأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (38). وهذا يعني انه إذا سقط العقد لأي سبب بالبطلان أو الفسخ أو الانفساخ، فان شرط التحكيم يسقط تبعاً له. وقد أكدت هذا المبدأ المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي بقولها انه يترتب على بطلان العقد الأصلي بطلان شرط التحكيم تبعاً لذلك، ويبقى الاختصاص في بطلان العقد معقود للقضاء صاحب الولاية العامة في الفصل بالنزاع (39). إلا أن محكمة تمييز دبي أخذت بعكس هذا الرأي بقولها أن بطلان العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو إنهاءه لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم سارياً ومنتجاً لأثاره، بالنسبة للأثار المترتبة على بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي ما لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته، باعتبار أن شرط التحكيم له موضوعه الخاص به، والذي يتمثل في استبعاد النزاع المشترك التحكيم فيه من ولاية المحاكم (40). وأخذت بمبدأ الاستقلالية أيضاً أحكام القضاء في قطر حيث ذهبت محكمة الاستئناف في أكثر من حكم إلى أن شرط التحكيم له ذاتية مستقلة، وبالتالي لا يتأثر ببطلان أو فسخ محتمل للعقد الأصلي المتضمن فيه الشرط (41). واضح أن هذين الحكمين القضائيين يتفقان مع التوجهات الحديثة في التحكيم، وإنهما استبقا أي تشريع خاص بالتحكيم، قد يوضع مستقبلاً في هاتين الدولتين، والذي غالباً ما سيأخذ بهذه الاستقلالية أسوة بغيره من التشريعات الحديثة.

(37) المادة 16/نموذجي، والمادة 23/ مصري و عُمان، والمادة 5/5 فلسطيني، والمادة 22/أردني.

(38) وقضي في لبنان بأن البند التحكيمي الوارد في الاتفاق يعتبر باطلاً تبعاً للعقد الأساسي (بداية، 1983/8/1، العدل، 1985، ص 600).

(39) طعن 209، مجموعة المبادئ القضائية (العدالة) 16، ص 63.

(40) تمييز مدني 167، مجموعة المبادئ 13، ص 486.

(41) الطعن 152 ورقم 96/170، تاريخ 1997/2/3؛ والطعن 2001/1550، تاريخ 2005/5/29 (المستشار القضائي، مشار إليه سابقاً).