

الإطار العام للتحكيم التجاري الدولي
الموضوع الأول: دور التحكيم في تسوية المنازعات
الموضوع الثاني: اتفاق التحكيم

إعداد: المحامي حمزة حداد

مركز القانون والتحكيم
عمّان - الأردن

تلفون: 5672 333 - فاكس: 5672 555
البريد الإلكتروني: E- Mail: sala@go.com.jo

Comment 1: ليسانس حقوق (جامعة دمشق)؛ دكتوراه حقوق (جامعة القاهرة)؛ دكتوراه حقوق (جامعة برينستون)

الموضوع الأول

دور التحكيم في

تسوية المنازعات

(1) مقدمة

يعتبر التحكيم أحد الوسائل البديلة عن القضاء لتسوية المنازعات التجارية⁽¹⁾، وشاع اللجوء له في العقود الدولية بشكل خاص، بحيث يندر أن نجد عقدا دوليا لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد. ونقصد بالتحكيم هنا التحكيم الاختياري الذي يتفق فيه أطراف عقد تجاري على تسوية المنازعات التي ستنشأ أو نشأت بينهم بالنسبة لذلك العقد باللجوء إلى التحكيم. ومثال ذلك أن تشتري الشركة الأردنية (أ) سلعة من الشركة الفرنسية (ب). وينص العقد على أن أي خلاف بين الفريقين ناشئ عن العقد أو يتعلق به، يحال إلى التحكيم وفق أحكام القانون الأردني، أو وفق قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس. في هذا المثال، لو نشأ نزاع بين الفريقين فعلا، فإنه يجب إحالته للتحكيم وفق إرادتهما. وإذا لجأ أحدهما إلى القضاء، فيجب على المحكمة المرفوع أمامها النزاع، أن تحيلهما للتحكيم إذا توفرت شروط ذلك حسب قانونها الوطني⁽²⁾.

ونتناول في ورقة العمل هذه ثلاث نقاط تتعلق بأنواع التحكيم من جهة، وميزاته ونقده من جهة أخرى، والتحكيم الدولي في الدول العربية من جهة ثالثة.

البنود الأول

أنواع التحكيم

(2) شروط ومشاركة التحكيم

(1) نقصد بالمنازعات التجارية، أو مصطلح "التجارية" عموماً، المعنى الواسع بحيث تشمل أيضا المنازعات المدنية في الدول التي تأخذ بالتفرقة بين القانون المدني والقانون التجاري. وهذه هي النزعة الدولية في قانون التجارة الدولية. انظر على سبيل المثال المادة (1) من القانون النموذجي لليونسيفترال (في الهامش)؛ حمزة حداد، الاتفاقيات العربية للتحكيم التجاري، المؤتمر الثالث للتحكيم العربي الأوروبي، 23-25/10/1989، مركز القانون والتحكيم، فقرات 5 و 6.

(2) وعلى هذا نصت بعض القواعد الدولية المطبقة على التحكيم، مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958 (المادة 3/2)؛ والقانون النموذجي لليونسيفترال (المادة 2/8)؛ واتفاقية عمان لسنة 1987 (المادة 27).

ينقسم التحكيم من حيث الاتفاق ذاته إلى تحكيم منصوص عليه في ما يسمى بشرط التحكيم، وآخر منصوص عليه فيما يسمى بمشارطة التحكيم(3).

ويقصد بالأول، الشرط الذي يرد في العقد بإحالة المنازعات المستقبلية حول ذلك العقد إلى التحكيم، وهذا هو الغالب في الحياة العملية. ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل مع أو بعد العقد الأصلي. ومثال ذلك، أن يبرم الطرفان عقدهما دون أن يتضمن شرطا لتسوية المنازعات بينهما. ولكن في مرحلة لاحقة، يعرض أحدهما على الآخر تسوية أي منازعات (مستقبلية) ناشئة عن العقد أو تتعلق به إلى التحكيم، فيوافق الآخر على ذلك. في هذه الحالة نكون أمام عقدين: العقد الأصلي الخالي من شرط التحكيم، وعقد آخر خاص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم(4). أما مشارطة التحكيم فيقصد بها الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد الأصلي بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد، يحيلان بموجبه نزاعهما إلى التحكيم.

فالفرق ما بين الأمرين إذن أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد، في حين يتعلق الثاني بنزاع وقع فعلا واصبح محددًا وواضحًا(5). وتبرز أهمية التفرقة ما بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، بشكل خاص، في أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في مشارطة التحكيم، تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلا تحت طائلة بطلان الاتفاق(6)، بخلاف شرط التحكيم بدهاءة ما دام أنه يتعلق بنزاع مستقبلي.

التحكيم الحر والمؤسسي

ومن جهة أخرى، ينقسم التحكيم من حيث تنظيمه إلى تحكيم حر أو تطبيق ad hoc وتحكيم مؤسسي institutional (7). وأساس هذه التفرقة وجود أو عدم وجود مؤسسة تحكيم تتولى تنظيم العملية التحكيمية، بدءا من تعيين هيئة التحكيم، مرورًا بإجراءات التحكيم، وانتهاء بصدور قرار التحكيم وتبليغه لأطراف النزاع. فحيث يحيل أطراف النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى مؤسسات التحكيم، كان التحكيم مؤسسيا وإلا كان حرا. بمعنى

(3) انظر مثلا القانون النموذجي لليونسيفرال (المادة 7)؛ واتفاقية عمان لسنة 1987 (المادة 1/3)؛ (والمادة 2/10 من القانون المصري رقم 27/1994؛ والقانون العُماني رقم 1997/47 (المادة 2/10).

(4) وقد أشار إلى ذلك، على سبيل المثال، القانون المصري والقانون العُماني أعلاه (المادة 2/10).

(5) وقد عبرت قوانين بعض الدول عن كلا النوعين من اتفاقيات التحكيم، بالاتفاق الذي يحيل نزاعا حالا أو مستقبليا للتحكيم. انظر مثلا المادة 2 من قانون التحكيم الأردني رقم 18/1953؛ والمادة 6 من قانون التحكيم الإنجليزي. وهو ما أشارت إليه أيضا اتفاقية نيويورك لسنة 1958 (المادة 1/2).

(6) انظر مثلا المادة 2/10 من القانون المصري رقم 47/1994؛ والمادة 2/10 من القانون العُماني رقم 47/1994.

(7) من القواعد القانونية التي أشارت إلى هذه التفرقة اتفاقية نيويورك (المادة 1/2)؛ وكل من القانون النموذجي المصري والعُماني بالقول أن مصطلح " التحكيم " يعني أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم (أو مركز أو هيئة) دائمة أم لا (المواد 1/2 و 1/4 و 1/4 على التوالي).

أن الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم فقط، أو وفق قواعد تحكيم معينة دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية محددة، هو اتفاق على تحكيم حر، في حين أن الاتفاق على التحكيم وفق قواعد مركز أو مؤسسة أو هيئة معينة، هو تحكيم مؤسسي. ومثال التحكيم المؤسسي تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC) في باريس، وهيئة التحكيم الأمريكية (AAA)، ومحكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي (LCIA)، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) في واشنطن، ومحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومنظمة الملكية الفكرية العالمية (WIPO) في جنيف.

ومن أبرز قواعد التحكيم الحر في الوقت الحاضر في المجال الدولي، القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية (UNCITRAL) (8). فبدلاً من قيام الأطراف أو هيئة التحكيم بإعداد قواعد إجرائية لاتباعها في التحكيم الحر، سهلت اللجنة المهمة عليهم بان وضعت تلك القواعد لاتباعها إذا رغب الأطراف بذلك. وقد انتشرت هذه القواعد انتشاراً واسعاً في إطار التحكيم الدولي، حتى أن بعض مؤسسات التحكيم تبنتها واعتبرتها هي القواعد المطبقة لديها في حال إحالة الأطراف للتحكيم وفق قواعد تلك المؤسسة (9). بل أن بعض الدول تبنتها في تشريعاتها الداخلية للتحكيم المؤسسي لديها (10).

تحكيم وطني وأجنبي ودولي

ومن جهة ثالثة، ينقسم التحكيم إلى تحكيم وطني وآخر أجنبي وثالث دولي. ويصعب وضع خطوط فاصلة بشكل واضح ما بين هذه الأنواع. وبدون الدخول في تفاصيل كثيرة لغايات ورقة العمل هذه، يمكن أن نشير إلى بعض المعايير التي تبنتها قواعد قانونية دولية، أو حتى وطنية، بشأن التحكيم الأجنبي والدولي حيث المبدأ تحكيميا وطنياً.

فبالنسبة للتحكيم الأجنبي، هناك اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية foreign awards، التي أوجبت على الدول المنضمة لها أن تنفذ على أراضيها، كمبدأ عام، قرارات التحكيم الصادرة في دولة أخرى. فالمعيار هنا شكلي بحت، بمعنى أنه حيث يصدر قرار التحكيم في دولة (أ مثلاً)، لينفذ في الدولة (ب مثلاً)، فإنه يعتبر أجنبياً بالنسبة للأخيرة. ولكن أضافت الاتفاقية بوجوب تطبيق أحكامها على التحكيم الذي لا يعتبر محلياً لدى الدولة المطلوب تنفيذ ذلك القرار فيها (المادة 1/1). ومثال ذلك أن يحيل العقد في تسوية النزاعات إلى مركز القاهرة ويصدر القرار فيها. في هذا المثال، لا يكون التحكيم محلياً بالنسبة للقانون المصري، وإنما يكون دولياً فتطبق عليه اتفاقية نيويورك بالرغم من أن قرار التحكيم صدر في مصر (المادة 3/ ثانياً من القانون رقم 27 / 1994).

(8) وقد ابتدأ العمل بإعداد هذه القواعد سنة 1973، وأقرتها لجنة قانون التجارة الدولية في جلستها الثامنة سنة 1976. انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم A/31/17، القسم الخامس (الكتاب السنوي لليونسيف، 1976، ص 9، 20-27).

(9) مثل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

(10) مثل البحرين في المرسوم بقانون 9 / 1993.

وبالنسبة للتحكيم الدولي، نص القانون النموذجي لليونسبيرال على أن التحكيم يكون دوليا في إحدى الحالات التالية (المادة 3 / 1):

إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

مكان التحكيم إذ كان محددًا في اتفاق التحكيم، أو

أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

ومن ناحية أخرى، قد يكون للشخص أكثر من مقر عمل، أو لا يكون له أي مقر عمل على الإطلاق. وفي الحالة الأولى نص القانون النموذجي على أن العبرة عندئذ لمقر العمل الأكثر صلة باتفاق التحكيم، ونص في الحالة الثانية على أن العبرة في وضع كهذا لمحل الإقامة المعتاد لذلك الشخص (المادة 4 / 1).

وأضاف القانون المصري ومن بعده العُماني، للحالات أعلاه، الحالة التي يتفق فيها طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز تحكيم داخل مصر (أو عُمان) أو خارجها(11).

ومما تعنيه المعايير أعلاه بالنسبة للتحكيم الأجنبي والدولي، أن التحكيم قد يجمع الأمرين معا، وقد يكون أحدهما دون الآخر. فمثلا التحكيم بين شركتين مقر أعمالهما في دمشق والقاهرة على التوالي، والذي يتم في سوريا ويصدر قرار التحكيم فيها، هو تحكيم أجنبي بالنسبة لمصر عند تطبيق اتفاقية نيويورك، وهو تحكيم دولي بتطبيق القانون النموذجي أو المصري. ولو عقد التحكيم ذاته وصدر القرار في مصر، فإنه يعتبر تحكيما دوليا وليس محليا بمفهوم القانون المصري، ويخضع لاتفاقية نيويورك بالنسبة لتنفيذ القرار في مصر. ولو كان التحكيم بين شركتين مقر أعمالهما في سوريا حول عقد خاص بسوريا من جميع جوانبه، وصدر القرار في سوريا، فإنه لا يعتبر تحكيما دوليا بمفهوم القانون المصري، وإن اعتبر أجنبيا يخضع لاتفاقية نيويورك بالنسبة لتنفيذه في مصر، بخلاف تنفيذه في سوريا حيث يعتبر محليا وليس أجنبيا أو دوليا.

ومن الجوانب المهمة التي تبرز في التفرقة بين هذه الأنواع من التحكيم، هو خضوع أو عدم خضوع تنفيذ قرار التحكيم لاتفاقية نيويورك بالنسبة للتحكيم الأجنبي كما هو مبين فيما سبق. وكذلك فإن القانون النموذجي لا

(11) المادة 2/3 من القانون المشار إليهما أعلاه.

يطبق على التحكيم الداخلي (أو الوطني) بالنسبة للدول التي تطبقه على التحكيم التجاري الدولي فقط، مثل البحرين في المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1994 (12).

البند الثاني مميزات التحكيم ونقده

(5) بساطة الإجراءات

ويمتاز التحكيم ببساطة الإجراءات حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها، وتقديم البيانات، والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك. وهي في كل هذه الأمور وغيرها تتباعد، ما أمكن عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان، أمام القضاء، طويلة ومملة، ولا فائدة منها سوى التقيد بحرفية النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات، وذلك على حساب موضوع وجوه النزاع. ونتيجة الطبيعة لذلك، أن يصدر قرار التحكيم خلال وقت أقصر بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء.

(6) اختيار هيئة التحكيم

كما تعتبر طريقة اختيار هيئة التحكيم، ودور أطراف النزاع في ذلك من مميزات التحكيم. فالأطراف أو ممثلوهم تكون لهم الفرصة الأولى والأكبر في اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. فإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، وهم عادة ثلاثة محكمين، يتولى طالب التحكيم (المدعي) تعيين محكمه أو ترشيح هذا المحكم للتعيين، في حين يقوم بالشيء ذاته المطلوب التحكيم ضده (المدعى عليه)، بالنسبة للمحكم الثاني. أما المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم، فإما أن تعطى الفرصة لتعيينه لطرفي النزاع، أو للمحكمين اللذين اختارهما الطرفان عنهما وذلك حسب قواعد التحكيم المطبقة على النزاع (13). ومثل هذا الأمر يعطي الأطراف نوعاً من الأمان والراحة النفسية، حيث يساهم الشخص في اختيار قاضيه الذي سينظر النزاع، بل يساهم ولو بطريقة غير مباشرة في اختيار المحكم الثالث. وهذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني، حيث نجد المحكمة مكونة من قضاة رسميين في الدولة، لا دور للأطراف في تعيينهم أو تعيين أي منهم. وفي كثير من الأحيان، يكون الأطراف أو بعضهم غرباء من ذلك النظام القضائي الوطني. وفي هذا المجال أيضاً، فإن بعض المحكمين، إن لم يكن كلهم، إنما يتم اختيارهم من ذوي الاختصاص والكفاءة بالنسبة للعقد موضوع النزاع، خاصة فيما يسمى بالتحكيم المؤسسي الذي أشرنا إليه فيما مضى.

(12) وهذا بخلاف كل من مصر وعمان حيث يطبق قانون التحكيم فيهما على التحكيم الداخلي والدولي دون تفرقة بين الأمرين.

(13) انظر مثلاً المادة 4/2 من قواعد غرفة التجارة الدولية؛ والمادة 7 من قواعد اليونسيترال؛ والمادة 11 من القانون النموذجي لليونسيترال.

(7) سرية الإجراءات

والأصل في إجراءات التحكيم أنها سرية إلا على أطراف النزاع وممثليهم، بحيث يمكن القول أن مثل هذه السرية تعتبر من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها سواء في التحكيم الدولي أو الداخلي، حتى لو سكتت القواعد القانونية النافذة (التشريع الوطني مثلاً) عن النص على ذلك. وهذا بخلاف إجراءات التقاضي التي تكون، كمبدأ عام، علنية بحيث يستطيع أي شخص حضور هذه الجلسات. وتجدر الإشارة هنا إلى أمرين:

الأول: أن التجار عموماً يفضلون، في بعض الأحيان، سرية الإجراءات على علنيتهما وذلك حفاظاً، ما أمكن، على سرية الصفقات التجارية التي يبرمونها وتفصيلاتها المختلفة، وأسماء الأشخاص الذين يتعاملون معهم. بل أن بعض هذه الصفقات قد تتطلب السرية التامة بحكم طبيعتها، أو بحكم انتماء أحد الأشخاص لجنسية دولة تحظر دخوله في هكذا صفقات. فإذا نشب نزاع بين طرفي العقد، فإنهما يفضلان تسويته بالطرق الودية أو، بأحسن الظروف، عن طريق التحكيم.

الثاني: أن السرية في كثير من الأحيان ما تنقلب إلى علنية، وخاصة عند تنفيذ قرار التحكيم. فالنتيجة الطبيعية لكل دعوى، سواء كانت قضائية أو تحكيمية، أن يكسب أحد طرفي الدعوى، ولو جزئياً، القضية في حين يخسرها الآخر ولو جزئياً. لذلك، فإن أحد الطرفين قد يرفض تنفيذ القرار ودياً، مما يضطر الآخر للجوء للقضاء الوطني لتنفيذه جبراً. وعندئذ سيعرض القرار التحكيمي، وأسماء الأطراف، وممثليهم وكل ما يتعلق بالقضية، على القضاء لاتخاذ الحكم المناسب بشأن القرار التحكيمي من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه ولو جزئياً. ويترتب على ذلك، أن السرية التي حافظ عليها الأطراف وهيئة التحكيم إلى حين صدور القرار، انقلبت إلى علنية من حيث النتيجة عند عرض الأمر على القضاء.

المصاريف

وتقابل محاسن التحكيم أو ميزاتهِ المشار إليها مثالاً عدة لا يمكن التجاوز عنها، بحيث يمكن القول أن التحكيم، كأى نظام قانوني آخر، ليس كله محاسن ولا كله مثالب. فمن الانتقادات التي يمكن أن توجه للتحكيم، كثرة مصاريفه بالمقارنة مع القضاء، وخاصة عندما يكون التحكيم دولياً. ففي هذه الحالة، قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم (الثلاثة مثلاً) وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة، أو مقيمين في دولة مختلفة، مما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتنقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين. هذا بالإضافة لأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم حيث يكون التحكيم مؤسسياً. وعلى الأغلب، فإن هذه الأتعاب والمصاريف تتناسب طردياً مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة (14).

(14) انظر، على سبيل المثال، جداول الأتعاب والنفقات المرفقة بقواعد غرفة التجارة الدولية (ICC)، وقواعد الـ WIPO، وغرفة تجارة أبو ظبي، وغرفة تجارة دبي، والجمعية اللبنانية للتحكيم.

(9) تعيين المحكمين

ومن جهة أخرى، فإن الشخص الذي يعين محكمة قد يشعر في قرارة نفسه بأنه يفترض في ذلك المحكم أن يدافع عن مصلحة من عينه، أو يمثل وجهة نظره ولو جزئياً. وربما ينطبق هذا القول أيضا على المحكم نفسه في علاقته بمن عينه أو رشحه للتعين من جهة، وبأعضاء هيئة التحكيم الآخرين من جهة أخرى. وقد يكون مثل هذا الافتراض غير دقيق من الناحية العملية في كثير من الأحيان، ولكن يجب أن نسلم بأنه الواقع أحيانا. لذلك، ليس غريبا أن نجد رئيس هيئة التحكيم في العديد من القضايا (في الهيئة الثلاثية مثلا)، يحاول أن يكون موقفاً بين وجهتي نظر المحكمين الآخرين. والى الدرجة التي يصح فيها هذا الافتراض، فإن ذلك يؤثر على العملية التحكيمية من حيث وجوب حياد أعضاء هيئة التحكيم، ونزاهتهم، وعدم تحيزهم، أو الشعور بعدم تحيزهم لصالح طرف ضد طرف آخر من أطراف النزاع.

(10) اختلاف النظم القانونية

كما أن انتماء أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع وممثلهم، في كثير من الحالات لأنظمة قانونية مختلفة، وأحيانا عدم معرفة الهيئة لأحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع من جميع جوانبه بدقة، قد يؤثر سلبا على مجريات القضية التحكيمية بما في ذلك قرار التحكيم ذاته (15). وهذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني حيث أن الجميع، أو على الأقل محامي الأطراف والقضاة يتحدثون، كقاعدة عامة، بلغة قانونية مشتركة هي قانونهم الوطني سواء من حيث الإجراءات أو الموضوع. ويقودنا هذا القول إلى نتيجة أخرى، وهي أن وضعا كهذا، ربما يؤدي أحيانا إلى تعقيد إجراءات التقاضي وإطالتها، مما يفقد التحكيم إحدى مزاياه، التي أشرنا إليها سابقا (16).

تنفيذ القرار

وأخيرا، وليس أخرا، فإن قرار التحكيم بعد صدوره قد يصطدم بعقبة عامة، وهي تنفيذه. وتعتبر هذه المسألة من أكثر المشاكل خطورة التي تواجه قرار التحكيم من الناحية العملية. فإرجاع الدعوى، لا يعنيه كسبها لمجرد الكسب بقدر ما يعنيه الحصول على مل حكمت به هيئة التحكيم لصالحه أي، بمعنى آخر، على تنفيذ القرار. وبالتأكيد، فإنه لا تنور أي مشكلة في حال قيام الطرف الآخر بتنفيذ القرار طوعا بصورة ودية، وهذا هو أسلم الطرق بالنسبة

(15) ومن الأمثلة العملية التي يمكن أن أسوقها في هذا الشأن إحدى القضايا التي عرضت أمامي كمحكم في إحدى القضايا الدولية. وفي هذه القضية طالب محامي أحد الطرفين، وهو ينتمي لنظام الـ COMMON LAW، بتطبيق نظرية الإخلال المتوقع بالعهد Anticipatory Breach of Contract، وحاول جهده للدفاع عن ذلك، في حين أن القانون الواجب التطبيق على النزاع لا يعرف هذه النظرية، وليس لها بالتالي أي تطبيقات استنادا لذلك القانون.

(16) وهذا بافتراض أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق على النزاع، وذلك دون إغفال أن مختلف النظم القانونية تجيز تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني إذا توفرت شروط معينة.

للتحكيم وأقصرها. ولكن المشكلة تثار حيث يرفض ذلك الطرف مثل هذا التنفيذ الطوعي, مما يضطر الطرف الذي كسب الدعوى أن يلجأ للقضاء الوطني لتنفيذ قرار التحكيم جبرا, وهذا يكثر وقوعه في الحياة لعملية, ومختلف القوانين الوطنية, أو بعض منها, تتطلب لتنفيذ القرار إقامة دعوى عادية موضوعها تنفيذ قرار التحكيم الصادر في الخارج. ومثل هذه القوانين تجيز عدم التنفيذ إذا توفرت إحدى الحالات المنصوص عليها فيها. وهنا يصطدم المدعي (الذي كسب الدعوى) بوجود إجراءات قضائية تلافها في البداية, ولكنها فرضت عليه في النهاية. بالإضافة لتخوفه من توفر إحدى الحالات عدم التنفيذ المنصوص عليها في القوانين الوطنية, مما يعني رجوعه عمليا لنقطة الصفر. أضف إلى ذلك أن الطرف الآخر (الذي خسر الدعوى), قد يلجأ هو نفسه للقضاء الوطني للطعن في القرار من حيث بطلانه أو فسخه, بحجة توفر إحدى الحالات التي تؤدي إلى ذلك استنادا لقانون وطني معين. وتجدر الإشارة هنا إلى أن حالات الطعن بالقرار على هذا النحو, وحالات عدم تنفيذه على النحو ذاك, قد تضيق أو تتسع حسب اختلاف التشريعات الوطنية ونظرتها للتحكيم.

ونظرا لخطورة هذه المشكلة, فإن بعض التجار أحيانا, بالنسبة لبعض العقود التي يبرمونها, عدم النص في العقد على شرط تحكيم, مما يعني لجوء الأطراف للقضاء. ولكن تجدر الإشارة هنا, إلى أن الرغبة بتلافي هذه المشكلة ما أمكن, قد أدت بالدول لأن تبرم اتفاقية دولية خاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على أراضيها, هي اتفاقية نيويورك لسنة 1958, التي انضمت لها حوالي (110) دول(17).

البند الثالث

التحكيم الدولي في الدول العربية

بوجه عام

نظرا لأهمية التحكيم في المجال الدولي التي تزداد يوما بعد يوم, فقد اهتمت به دول عربية كثيرة في مجالات مختلفة, سواء كانت من حيث إبرام اتفاقيات دولية إقليمية, أو الانضمام لاتفاقيات قائمة, أو من حيث وضع تشريع وطنية تتلاءم مع القواعد الدولية للتحكيم ومع متطلبات التجارة الدولية, أو من حيث إنشاء مراكز وهيئات تحكيم عربية, أو من حيث عقد مؤتمرات أو ندوات حول التحكيم.

الاتفاقيات

فمن حيث الاتفاقيات الدولية (العالمية), نجد عشر دول عربية انضمت لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية(18). ومن حيث الاتفاقيات الدولية الإقليمية, هناك العديد من الاتفاقيات ما بين الدول العربية, ويمكن تقسيمها إلى مجموعتين(19):

(17) انظر قائمة للدول المنضمة للاتفاقية حتى أوائل سنة 1998 في الوثيقة رقم 448 / CN.9 / A.

(18) هي الأردن والبحرين وتونس والجزائر والسعودية وسوريا والكويت ولبنان ومصر والمغرب.

الأولى: الاتفاقيات المتضمنة تسوية المنازعات عن طريق التحكيم, وأبرزها ما يلي:

أ- اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة 1970, وتتضمن ملحقاً لتسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف المتعاقدة أو الأعضاء من جهة, وبين المؤسسة المنشأة بموجب الاتفاقية من جهة أخرى, بشأن أي استثمار مؤمن عليه طبقاً للاتفاقية أو بشأن أي موضوع آخر, وذلك عن طريق المفاوضات أو التوفيق أو التحكيم حسب الأحوال (المادة 1 من الملحق).

ب- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطنو الدول العربية الأخرى لسنة 1974, وهي خاصة بتسوية المنازعات الناشئة مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة, وبين مواطني الدول العربية الأخرى وذلك عن طريق التوفيق والتحكيم (المادة 2).

ت- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980, وتتضمن ملحقاً لتسوية النزاعات عن طريق التوفيق والتحكيم.

ث- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987, وهي أهم الاتفاقيات العربية في مجال التحكيم التجاري, إذ أنها الاتفاقية الوحيدة التي نظمت هذا التحكيم بالنسبة لمختلف المنازعات التجارية في إطار مؤسسي (institutional) متكامل, بدءاً من تشكيل مركز عربي موحد لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم, مروراً بإجراءات التحكيم, وانتهاءً بصور قرار التحكيم وتصحيحه والطعن فيه, بل وتنفيذه أيضاً.

الثانية: الاتفاقيات المتضمنة تنفيذ قرارات التحكيم وأبرزها اتفاقيتان:

أ- اتفاقية تنفيذ الأحكام لسنة 1952, وهي خاصة بتنفيذ الأحكام الصادرة في دولة عربية لدى دولة عربية أخرى, سواء كانت أحكاماً قضائية أو تحكيمية.

ب- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983, وتشتمل على أحكام تتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة في إحدى الدول المتعاقدة لدى الدول المتعاقدة الأخرى.

القوانين الوطنية

(19) انظر حمزة حداد, المرجع السابق, فقرات 2 و 3.

وبالنسبة للقوانين الوطنية، فقد تبنت العديد من الدول العربية قوانين حديثة تتعلق بالتحكيم التجاري ومن ضمنه التحكيم الدولي. ففي لبنان، اصدر المشرع اللبناني قانون أصول المحاكمات المدنية بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 1983/90 الذي تضمن أحكاماً خاصة في التحكيم التجاري الدولي (المواد 809 – 821). وفي تونس، صدر القانون رقم 1993 /42 الذي تضمن الباب الثالث منه الأحكام الخاصة بالتحكيم الدولي (المواد 47 – 49). وكثير من أحكام هذا القانون مستمدة على وجه العموم من القانون النموذجي، وهذا كما الحال بالنسبة للقانون المصري رقم 1994 /27، والمرسوم السلطاني العُماني رقم 1997 /47. وفي البحرين صدر المرسوم بقانون رقم 1993/9 الذي انشأ مركزاً مستقلاً للتحكيم التجاري الدولي، ونص على تطبيق قواعد اليونسيترال لسنة 1976 الخاصة بتحكيم الـ ad hoc. كما صدر في البحرين المرسوم بقانون رقم 1994/9 بشأن التحكيم التجاري الدولي، وتبنى المشروع البحريني فيه القانون النموذجي لليونسيترال.

مراكز وهيئات التحكيم

وبالنسبة لمراكز وهيئات التحكيم، فقد تم إنشاء العديد منها في الدول العربية، ومن ذلك ما يلي:

- 1- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي التابع للجنة الاستشارية القانونية الافرو آسيوية، والذي يعود إنشأؤه لسنة 1978. ويطبق المركز قواعد اليونسيترال.
- 2- الهيئة العربية الأوروبية للتحكيم التجاري التابعة لغرفة التجارة العربية الأوروبية. وتم وضع قواعد تحكيم الهيئة لسنة 1982، وأصبحت نافذة اعتباراً من 1983/1/10.
- 3- مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي الذي انشأ سنة 1993 بموجب المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1993.
- 4- مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجية العربية الذي انشأ في كانون أول سنة 1993، وله نظام خاص به تم إقراره في التاريخ ذاته، ولانحة إجراءات التحكيم التي أقرت في تشرين ثاني 1994.
- 5- غرفة تجارة وصناعة دبي، وصدر بشأنها نظام التوفيق والتحكيم رقم 2 لسنة 1994.
- 6- غرفة تجارة وصناعة أبو ظبي، وصدر بشأن التحكيم لديها نظام المصالحة والتحكيم التجاري لسنة 1994.
- 7- الجمعية اللبنانية للتحكيم التي أنشأت في 1995/9/28 ولها نظام تحكيمي خاص بها.
- 8- المركز اليمني للتوفيق والتحكيم الذي انشأ سنة 1998.

هذا يلاحظ أن أنظمة المراكز والهيئات المبينة أعلاه, تسير على نسق واحد بالنسبة للمسائل الرئيسية في التحكيم على غرار قواعد التحكيم الدولية الأخرى. فهي جميعا تتضمن أحكاما تغطي المسائل المشتركة التالية:

- شرط تحكيم نموذجي للإحالة إلى التحكيم وفق قواعد المركز أو الهيئة.
- طلب التحكيم والرد عليه, وما يجب أن يتضمنه كل منهما وما يرفق به من مستندات.
- تشكيل هيئة التحكيم.
- رد المحكمين.
- بعض القواعد الإجرائية الخاصة بالتحكيم.
- قرار التحكيم.
- مصاريف التحكيم.

المؤتمرات والندوات

وبالنسبة للمؤتمرات والندوات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي, فقد عقد العديد منها في الدول العربية. ومن ذلك مثلا مؤتمر تونس لسنة 1985, ومؤتمر عمان (الأردن) لسنة 1989 اللذين عقدا بدعوة من غرف التجارة العربية الأوروبية للتحكيم. ومنها مؤتمر القاهرة لسنة 1994 الذي عقد بدعوة من مركز القاهرة. والمؤتمرات اللذين عقدا في بيروت سنة 1996 وسنة 1997, وعقد الأول بدعوة من الجمعية اللبنانية للتحكيم والهيئة العربية للتحكيم, والثاني بدعوة من مركز القاهرة والجمعية اللبنانية. ونظرا لأهمية دور مراكز التحكيم العربية, فقد دعت جامعة الدول العربية هذه المراكز لمؤتمر عام يجمع بينها لبحث إمكانية التنسيق والتعاون فيما بينها, ومدى إطار ذلك. وعقد المؤتمر في القاهرة خلال الفترة 23-1997/11/25, وانبثق عنه الاتفاق على إنشاء أمانة عامة لمراكز التحكيم العربية مقرها في القاهرة, وقامت الأمانة العامة بتعيين أربع أمناء عامين مساعدين يغطون مختلف المناطق العربية وهي دول الخليج العربية, والمشرق العربي, والمغرب العربي, بالإضافة لأمين عام مساعد لشؤون الأمانة العامة, وأمين عام مساعد للنشاط في الدول الأوروبية(20). وتقرر في هذا المؤتمر أن يعقد مؤتمر دوري لمراكز التحكيم العربية كل سنتين مرة.

الخاتمة

بالرغم من الانتقادات الموجهة للتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية, وفق ما هو مبين فيما سبق, فإن الواقع العملي يدل بشكل واضح على ازدياد اللجوء له في العقود الدولية, حتى يمكن القول أن الأصل في تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود هو التحكيم وان اللجوء للقضاء هو الاستثناء. ومن هنا ازداد الاهتمام بالتحكيم في مختلف الدول ومنها الدول العربية سواء في مجال التشريعات أو إنشاء مراكز تحكيم أو عقد الندوات والمؤتمرات

(20) والأمين العام هو السيد محمد أبو العينين, ويغطي نشاطه أيضا مصر والسودان. أما الأمناء العامون المساعدون في الوقت الحاضر فهم (وحسب الترتيب الأبجدي), السادة الأمير بندر آل سعود (الخليج), وحمزة حداد (المشرق العربي), وعبد الحميد الأحمد (أوروبا), وعبد الحميد القاسمي (المغرب), وعبد العظيم المغربي (شؤون الأمانة العامة).

الخاصة به. وهذا يعني أن محاسنه لا زالت تفوق مثالبه, مما يدعونا إلى التفكير والعمل جديا على تنمية التحكيم وتطويره, وإزالة العقبات التي تعترض مسيرته للأمام, وبشكل خاص التخفيف ما أمكن من القيود التي تقف عثرة في طريق تنفيذه, سواء كانت إجرائية أو تتعلق بحالات عدم تنفيذه, بحيث يضمن من صدر القرار لصالحه أن القرار سينفذ ما أمكن, وان ذلك سيتم بأسرع وقت ممكن.

الموضوع الثاني

اتفاق التحكيم

(1) اتفاق التحكيم بوجه عام

يقوم التحكيم على اتفاق ما بين الفريقين أو أكثر على تسوية منازعاتهم بالإحالة إلى التحكيم. ومثال ذلك أن يتفق (أ) و (ب) في عقد البيع بينهما، أو يتفق (أ) و (ب) و (ج) في عقد الشركة بينهم على إحالة أي نزاع ناجم عن العقد إلى التحكيم. وفي هذه الحالة، إذا نشأ النزاع فعلا، فيتوجب على الطرف المعني (أ مثلا) أن يلجأ للتحكيم لتسوية هذا النزاع وليس إلى المحاكم النظامية. وعلى فرض أن (أ) تقدم بدعوى أمام المحكمة، فيتوجب على المحكمة أن تحيل الأطراف للتحكيم إذا توفرت شروط ذلك.

فالتحكيم إذاً عبارة عن اتفاق، أي عقد يجب أن يتوفر في أي عقد من أركان وشروط، من إيجاب وقبول وأهلية ومحل وسبب وفقا للقواعد العامة في العقود. والأصل أن كل نزاع يجوز إحالته للقضاء، يجوز إحالته للتحكيم بدلا من القضاء. ويطبق هذا بوجه عام على المنازعات الناجمة عن أي عقد مالي، سواء اعتبر العقد مدنيا أو تجاريا أو إداريا(1)، في الدول التي تأخذ بالتفرقة بين العقود التجارية والمدنية الإدارية، مثل عقود البيع والشركة والإجارة والوكالة والتأمين والكفالة والنقل والرهن والقرض والعقود المصرفية والامتنياز والمقاوله.

(1) وفي مصر ثار خلاف حول ما إذا كان قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 يشمل العقود الإدارية أم لا. وقد حسم المشرع المصري هذا الخلاف في القانون رقم 9 لسنة 1997 بقوله ما يلي: " وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك ".

وكما يجوز الاتفاق على التحكيم في العقود النهائية، يجوز ذلك في الوعد بالعقد باعتباره عقداً. بل ابعده من ذلك، ليس بالضرورة أن تكون العلاقة المالية الناجمة عن عقد، بل ربما تكون ناشئة عن أي مصدر آخر من مصادر الالتزام المختلفة من فعل ضار (عمل غير مشروع) أو فعل نافع (إثراء بلا سبب) أو إرادة منفردة (التصرف الانفرادي) أو القانون(2). ولكن في كل هذه الأحوال، يجب الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم، ويتم ذلك بعد نشوء سبب الالتزام، ولا يتصور غير ذلك عملاً.

ومثال النزاع الناجم عن فعل ضار (عمل غير مشروع)، ارتطام سفينة مملوكة للشركة (أ) بسفينة أخرى للشركة (ب) في عرض البحر، أو ارتطام طائرتيهما في مطار إحدى الدول. ومثال الفعل النافع أن يدفع (أ) لـ (ب) مبلغاً من المال معتقداً أنه واجب في ذمته في حين لا يكون الأمر كذلك. أو يقوم (أ) بفعل نافع لـ (ب) من قبيل الفضالة. ومثال الإرادة المنفردة أن تعلن إحدى الشركات (أ) عن جائزة لمن يجد لوحة فنية مفقودة فيجدها (ب). ومثال القانون، أن يفرض نص قانوني احتكار سلعة أو خدمة معينة لصالح (أ)، فيقوم (ب) بالترويج لسلعة أو خدمة ما على أساس أن الاحتكار لا يشملها. في هذه الأمثلة لا يتصور، كما ذكرنا، اتفاق الأطراف مسبقاً على إحالة نزاعهما إلى التحكيم، أي قبل نشوء سبب الالتزام، وإنما يتصور بعد ذلك. فإذا نشأ نزاع فعلاً، يجوز لـ (أ) و (ب) أن يتفقا على إحالة النزاع للتحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء.

(2) العلاقة المحددة

ويجب أن يكون النزاع المتفق على إحالته إلى التحكيم ناشئاً عن علاقة قانونية محددة أو مجموعة علاقات محددة(3). ومثال ذلك أن تكون علاقة (أ) و (ب) ناجمة عن عقد بيع واحد، أو يبرم (أ) مجموعة عقود بيع تتضمن توريد سلع مختلفة لـ (ب)، فيتفقان بعد إبرام العقود على أن أي نزاع ينشأ عن أي من العقود تتم إحالته إلى التحكيم. وقد تكون العلاقة أو العلاقات غير محددة على هذا النحو، ومثال ذلك أن يتفق (أ) مع (ب) مسبقاً على أن النزاعات الناشئة عن أي عقد يبرمها في المستقبل يجب إحالته إلى التحكيم، أو يحصر أن ذلك بطائفة من العقود المستقبلية (مثل عقود البيع أو عقود المقاوله). في هذه الأحوال لا تكون لديهما علاقة أو مجموعة محددة، وإنما مجموعة علاقات مستقبلية لم تنشأ بعد، مما يبعد عنها صفة التحديد. وعلى ذلك يمكن القول أن العلاقة المحددة هي المعروفة للطرفين عند إبرام اتفاق التحكيم. أما إذا كانت مجهولة، فيكون موضوع الاتفاق غير موجود مما يؤدي إلى بطلان هذا الاتفاق وفق القواعد العامة. ولا يعني هذا القول أن النزاع ذاته المتفق على تسويته تحكيمياً يجب أن يكون معروفاً أو محدداً عند إبرام اتفاق التحكيم. إذ لا خلاف أنه يجوز الاتفاق على التحكيم بالنسبة لنزاع مستقبلي محتمل الذي ربما لا يقع بتاتا(4). بل أن اغلب النزاعات التي تحال إلى التحكيم عملاً، نجد أنها أحييت بموجب شرط تحكيم

- (2) انظر المادة (1/7) من قانون اليونسيترال النموذجي للتحكيم (القانون النموذجي)؛ المادتان (2 و 1/10) من قانون التحكيم المصري (القانون المصري)؛ المادتان (2 و 1/10) من قانون التحكيم العماني رقم 97/47 (القانون العماني).
- (3) انظر المادة (1/2) من اتفاقية نيويورك لسنة 1959 حول الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية؛ المادة 7 / 1 من القانون النموذجي؛ المادة (1/10) من القانون المصري والعماني.
- (4) انظر المادة (1/7) من القانون النموذجي؛ المادة (10) من القانونين المصري والعماني.

وارد في العقد ذاته موضوع العلاقة الأصلية. في هذه الحالة, يكون النزاع غير معروف مسبقا, ولكنه ناشئ عن علاقة محددة في العقد, وهو ما سنبينه فيما بعد.

الاتفاق المكتوب

ويجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ويكون كذلك بعدة طرق منها الاتفاق التقليدي الأكثر شيوعا في الحياة العملية, وفيه يوقع الطرفان على الاتفاق أما بصورة مستقلة, أو يوقعان على العقد موضوع العلاقة الأصلية, المتضمن شرط التحكيم. ومنها أن يتبادل الطرفان الرسائل أو البرقيات أو وسائل الاتصال الحديثة مثل التلكس والفاكس والمراسلة عن طريق الكمبيوتر (البريد الإلكتروني), بحيث يتم الاتفاق بينهما على التحكيم من خلال هذه المراسلة. ومنها أن يحيل الطرفان في مراسلاتهما إلى عقد نموذجي يحتوي على شرط التحكيم, في حين أن المراسلات ذاتها لا تحتوي على مثل هذا الشرط. ومثال ذلك أن يرسل (أ) رسالة بالتلكس إلى (ب) طلب منه بيعه كمية من الحبوب (بسعر ومواصفات معينة) وفقا للعقد النموذجي لجمعية تجار الحبوب في لندن, فيوافق (ب) على ذلك, ويكون العقد النموذجي متضمنا شرط التحكيم(5).

بل ابعد من ذلك, ربما لا يكون هناك اتفاق تحكيم مسبق, أو حتى بعد نشوء النزاع, وإنما يتم الاتفاق على التحكيم ضمنا من خلال تبادل اللوائح الخاصة بالنزاع. وعلى سبيل المثال, أن لا يتضمن عقد البيع بين (أ) و (ب) شرط تحكيم. فبإنشأ نزاع بينهما حول مواصفات البضاعة فيما إذا كانت مطابقة للعقد أم لا, ولا يتفقان بعد النزاع على الإحالة إلى التحكيم. ومع ذلك يرسل (أ) طلب تحكيم إلى مؤسسة التحكيم (ج) يطلب تسوية النزاع من خلالها. فترسل (ج) ادعاءات (أ) لـ (ب) وتطلب منه الرد خلال فترة معينة, فلا ينكر (ب) هذه الإحالة إلى التحكيم, ولا ينازع فيها أو يعترض على طلب التحكيم, وإنما يرسل إجابته على الطلب موضوعيا دون تحفظ. وبعد ذلك تستمر إجراءات التحكيم ويمثل الطرفان أمام هيئة التحكيم. في هذا المثال يمكن القول أن إجابة (ب) على طلب التحكيم على هذا النحو, هو موافقة ضمنية منه على التحكيم بالرغم من عدم وجود اتفاق مسبق بهذا الخصوص(6).

وهذا يقودنا إلى القول أن اتفاق التحكيم أو الموافقة عليه ليس بالضرورة أن يكون في مواجهة طرفي التحكيم مع بعضهما مباشرة, بل يجوز أن تكون في مواجهة شخص ثالث غالبا ما يكون المحكم. ومثال آخر على ذلك أن يعرض (أ) نزاعه مع (ب) على (ج) باعتباره محكما ولا يكون هناك اتفاق تحكيم. فيعرض (ج) تسوية هذا النزاع عن طريقه كمحكم على (ب) فيوافق الأخير على هذا العرض. في هذا المثال نجد هناك اتفاقين للتحكيم بين (أ) و (ج) من جهة, وبين (ج) و (ب) من جهة أخرى في حين لم يكن هناك اتفاق مباشر على التحكيم ما بين (أ) و (ب).

(5) انظر في بعض هذه الوسائل المادة (2) من اتفاقية نيويورك؛ المادة (2/7) من القانون النموذجي؛ المادة (12) من القانونين المصري والعماني.

(6) وفي القانون النموذجي يجوز أن يكون الاتفاق مكتوبا "... في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر " (المادة 2/ 7).

منازعات غير خاضعة للتحكيم

وكما ذكرنا، فإن الأصل في كل نزاع تجاري (بالمعنى الواسع) يجوز إحالته للقضاء يجوز إحالته للتحكيم. إلا أن التشريعات الوطنية لبعض الدول تحظر إحالة بعض النزاعات للتحكيم. ومثال ذلك النزاعات الناشئة عن عقود التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية في كل من الأردن ولبنان. فقوانين هذه الدول تشترط في الوكيل التجاري بالنسبة للوكالات الأجنبية أن يكون من جنسيتها سواء كان شخصا طبيعيا أو شركة. ومن قبيل حماية الوكيل الوطني، تتطلب تشريعات هذه الدول أن يحال أي نزاع بين الوكيل الوطني (7)، والشركة الأجنبية للقضاء الوطني وأن أي اتفاق على غير ذلك يعتبر باطلا. ومثال ذلك أن تعين شركة فرنسية (أ) شركة إماراتية وكيلا بها (أي ب) والربح الذي فات عليها. والمطالبة يجب أن ترفع أمام القضاء الإماراتي. فلو فرضنا أن (حصريا) لها في الإمارات. فتقوم (أ) بعزل (ب) من الوكالة دون خطأ من (ب) أو مبرر مشروع. في هذه الحالة، يكون لـ (ب) الحق بمطالبة (أ) بالتعويض عليها عن الخسارة التي لحقت عقد الوكالة يتضمن شرط تحكيم ينص على أن أي نزاع بين الطرفين يحال للتحكيم استنادا لقواعد غرفة التجارة الدولية، يكون الاتفاق باطلا، ويبقى الاختصاص حصرا للقضاء الإماراتي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأحكام القانونية المذكورة خاصة بالوكالات التجارية أو التمثيل التجاري بمفهوم القانون الوطني. وبناء عليه، لو تم تكييف العقد على أنه بيع وليس من قبيل التمثيل التجاري، فلا تسري النص الخاص بالاختصاص على العلاقة القانونية. ومثال ذلك عقد الترخيص (Franchising). فهذا النوع من العقود يتضمن مزيجا من العلاقات القانونية لمختلفة. فموضوعه أو محله الأساس ابتداء هو استثمار اسم تجاري أو علامة تجارية ذات شهرة مقابل ما يدفعه المستثمر لصاحب ذلك الاسم أو تلك العلامة التجارية، بالإضافة إلى شروط أخرى ينص عليها عقد الترخيص. ومثال ذلك اسم أحد الفنادق العالمية حيث تأتي الشركة الأجنبية صاحبة حق استثمار ذلك الاسم (أ مثلا)، ترخيصا للشركة الأردنية (ب) تسمح لها فيه استثمار ذلك الاسم في الأردن، مقابل مبلغ مقطوع تدفعه (ب) لـ (أ) عند إبرام العقد، بالإضافة لمبلغ سنوي غالبا ما يكون نسبة من إيرادات الشركة (ب) نتيجة استثمارها ذلك الاسم في الأردن. وهذا العقد يفرض على كل من (أ) و (ب) التزامات متبادلة كثيرة تتعلق بتدريب موظفي (ب) والدعاية والإعلان والمشاركة ومساحة الفندق ومرافقه والرقابة والإدارة والتدريب. كل ذلك يخرج العقد من نطاق التمثيل التجاري لعقد أوسع وأكثر شمولا، مما يقودنا إلى القول بعدم خضوع العقد للحكم القانوني الخاص بالاختصاص حصري للقضاء الوطني في المنازعات، ما بين المرخص (أ) والمرخص له، المستثمر (ب) (8).

ولو تقدمنا خطوة أخرى للأمام إلى ما يسمى بعقد التوزيع. وفي هذا العقد، تعطي الشركة الأجنبية (أ) للشركة الأردنية (ب مثلا) حق توزيع بضائع الأولى في الأردن لمدة خمس سنوات. وحسب أحكام العقد، تشتري (ب) بضائع (أ) على مسؤولية الأولى ومخاطرها وتدفع للأخيرة ثمن هذه البضائع لتتولى (ب) بعد ذلك توزيعها في الأردن، أيضا على نفقتها وحسابها ومخاطرها.

(7) القانون الأردني رقم 44 / 985؛ والمرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 34 / 967.

(8) انظر حمزة حداد، بعض الجوانب القانونية لعقد الترخيص، بحث مقدم للمؤتمر الأول حول عقد الترخيص في لبنان والدول العربية، الجامعة اللبنانية، 28 - 1998 / 5 / 29.

والسؤال المطروح في هذا المثال، هو فيما إذا كان العقد يدخل ضمن التمثيل أو التوكيل التجاري فيخضع لقاعدة الاختصاص القضائي الحصري أم لا؟ أجابت على ذلك قوانين بعض الدول بالإيجاب(9)، في حين أن الموقف يختلف في دول أخرى، حيث لا يعتبر العقد من قبيل الوكالة التجارية فلا يخضع العقد بالتالي لتلك القاعدة(10).

وهما يكن من أمر، فإننا نرى بأن قاعدة الاختصاص الحصري للقضاء الوطني لا تطبق حيث يلجأ نفسه للقضاء أو التحكيم الأجنبي متجاهلاً القضاء الوطني، ولا في الحالة التي ترفع فيها الدعوى على المواطن في الخارج، فيدافع عن نفسه في موضوع النزاع دون التمسك جدياً بتلك القاعدة، سواء ربح الدعوى أو خسرها(11).

شُرط التحكيم ومشاركة التحكيم(12)

وإتفاق التحكيم قد يرد في صيغة شرط تحكيم، ومفاده ينص العقد على أن أي خلاف ينشأ في المستقبل عن هذا العقد يحال إلى التحكيم. ويستوي أن يرد هذا الشرط في أي مكان من العقد (بدايته أو نهايته) أو أي مكان آخر بينهما، إلا إذا تبين من الشرط أنه يقصد به منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها. ومثال ذلك أن يبرم صاحب العمل (أ) مقاوله بناء مع المقاول (ب)، ويقسم إلى قسمين: أحدهما يتعلق بتنفيذ الأعمال والثاني بالكفالات وصيانة الأعمال بعد إنجازها، فيرد شرط التحكيم تحت باب القسم الأول أو الثاني مما يفهم منه أنه خاص بذلك القسم الآخر دون الآخر.

ويلاحظ في شرط أنه يتعلق بنزاعات مستقبلية محتملة وليس بنزاعات قائمة. وقد يقع مثلاً هذا النزاع فعلاً فيحال إلى التحكيم، وقد لا يقع فلا يعمل بشرط التحكيم بدهاء. ويعتبر من قبيل شرط التحكيم أيضاً، الإتفاق اللاحق على إبرام العقد بإحالة النزاعات التي ستنتج عن ذلك العقد إلى التحكيم، ولكن قبل وقوع أي من تلك النزاعات. ومثال ذلك أن يبرم (أ) عقد توريد سلع مع (ب) لا يرد فيه شرط تحكيم. وأثناء تنفيذ العقد ولكن قبل وقوع أي نزاع، يعرض أحدهما على الآخر تسوية المنازعات المستقبلية الناشئة عن العقد إلى التحكيم فيوافق الآخر على ذلك. في هذه الحالة يأخذ اتفاق التحكيم اللاحق حكم شرط التحكيم من حيث أنه يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل.

أما مشاركة التحكيم، فتفترض مبدئياً، عدم وجود شرط تحكيم في العقد ويقع النزاع بين طرفي العقد. فبدلاً من اللجوء للقضاء، يتفقان على إحالته للتحكيم، ونكون هنا في إطار ما يسمى بمشاركة التحكيم. فالفرق ما بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم إذن، هو أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل، في حين تتعلق المشاركة بنزاع أكيد

(9) مثل لبنان، انظر المادة (1) من المرسوم الاشتراعي رقم 967/34.

(10) مثل الأردن حسب أحكام القضاء، انظر تمييز حقوق رقم 88/1021، مجلة نقابة المحامين لسنة 1989، ص 2428.

(11) انظر نشرة القانون والتحكيم، الصادرة عن مركز القانون والتحكيم، عمان، الأردن، رقم 2 لسنة 1998، ص 4.

(12) انظر المادة (2/2) من اتفاقية نيويورك؛ المادة (1/7) من القانون النموذجي؛ المادة (2/10) من القانونين المصري والعماني.

وقع فعلا. ويفترض في الحالة الأخيرة أن يتضمن الاتفاق ماهية النزاع الذي سيعرض على هيئة التحكيم. ومن الناحية العملية، تبدأ مشاركة التحكيم بحثبات تتعلق بالنزاع وطبيعته، ومن ثم الإشارة إلى اتفاق الطرفين على إحالته للتحكيم مع بيان أسماء المحكمين.

وتبرز أهمية التفرقة بين شرط ومشاركة التحكيم في أن بعض الدول العربية تطلبت في المشاركة بيان ماهية المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا(13). ومن هذه القوانين القانون المصري والعماني. والنص على ذلك لا يعني، ومن وجهة نظرنا، ضرورة بيان تفاصيل النزاع، وإنما يكفي ذكره بشكل إجمالي. بل ليس هناك ما يمنع من إعطاء الطرف الثاني في النزاع الحق في الاتفاق بأن يتقدم بدعوى متقابلة أو حتى أصلية ناشئة عن العقد. ومثال ذلك أن يبيع (أ) سلعة إلى (ب)، فلا يدفع الأخير الثمن له. ويتفقان بموجب مشاركة التحكيم على إحالة نزاعهما الخاص بالثمن إلى التحكيم. وفي الوقت ذاته يدعي (ب) بأن البضاعة غير مطابقة للمواصفات، ويريد أن يطالب بالتعويض عن ذلك، فتعطي مشاركة التحكيم (ب) الحق بإحالة هذا النزاع أيضا إلى التحكيم أمام ذات الهيئة. في هذا المثال تضمنت المشاركة نزاعين: أحدهما من جانب (أ) خاص بالثمن، والثاني من جانب (ب) خاص بعدم المطابقة مع ما يترتب على ذلك من حقوق لـ (ب) حسب القانون الوطني الواجب التطبيق على النزاع. وأبعد من ذلك، فإن قصر التحكيم في المشاركة على مطالبة (أ) بالثمن، لا يمنع بدها من إثارة كافة الدفوع الناشئة عن العقد أو القانون لرد دعوى (أ) كليا أو جزئيا، حتى ولو لم تنص المشاركة على ذلك، مثل الدفع بالوفاء بالثمن، أو المقاصة، أو القوة القاهرة، أو الدفع بعدم التنفيذ، أو الاحتباس، كل ذلك شريطة أن لا يتضمن الدفع مطالبة تؤدي إلى الحكم لـ (ب)، بما يزيد على رد دعوى (أ) في مواجهته.

ومن جهة أخرى، تجدر التفرقة بين مشاركة التحكيم واتفاق التحكيم اللاحق على نشوء النزاع المستند أساسا لشرط التحكيم. فقد يكون هناك شرط تحكيم، وبعد وقوع النزاع، يتفق الفريقان على أحكام أخرى تتعلق بتسوية النزاع تحكيما، مثل تحديد طبيعة النزاع وتشكيل هيئة التحكيم، ومدة التحكيم، وصلاحيات هيئة التحكيم. في هذه الحالة، لا نكون أمام مشاركة التحكيم، وإنما أمام اتفاق تحكيم آخر لا يجبر الطرفان أصلا على إبرامه، بل كان يكفي شرط التحكيم لهذا الأمر. ويترتب على ذلك القول أن الاتفاق الجديد لا يشترط فيه ما يتوجب في المشاركة، من حيث ضرورة تحديد طبيعة النزاع على النحو المذكور سابقا.

كما تجدر التفرقة بين مشاركة التحكيم وبين ما يمكن تسميته بتحديد مهمة هيئة التحكيم (أو مرجعية هيئة التحكيم) في بعض الأنظمة التحكيمية الدولية، وهو ما يطلق عليه تجاوزا بمشاركة التحكيم. فغرفة التجارة الدولية مثلا، تطلب من هيئة التحكيم قبل مباشرة مهمتها أن تعد وثيقة يطلق عليها بـ (Terms of Reference) (14). وهذه الوثيقة يتم إعدادها بعد تقديم المحكم لطلباته والمحتكم ضده لردده على الطلبات والدعوى المتقابلة، إن وجدت، ورد المحتكم على هذه الدعوى المتقابلة. في هذا الوقت، يتكون لدى هيئة التحكيم فكرة أولية عن طبيعة النزاع، فتقوم بإعداد تلك الوثيقة التي تتضمن ملخصا لوقائع النزاع وطلبات الطرفين، ومن ثم للمسائل (الأولية) التي ستفصل بها الهيئة في ضوء ذلك، والتي غالبا ما تكون بصيغة أسئلة واستفسارات يتوجب على الهيئة أن تفصل بها. وبعد ذلك تعرضها على طرفي النزاع للتوقيع، ومن ثم توقعتها هيئة التحكيم. وكما هو واضح، فإن مرجعية هيئة التحكيم تختلف عن مشاركة التحكيم من حيث أن الأولى تعد من قبيل هيئة التحكيم، في حين تعد الثانية من

(13) مثل القانونين المصري والعماني (المادة 2/ 10).

(14) المادة (18) من قواعد الغرفة المذكورة.

طرفي النزاع, وأن كان كل منهما يلي نشوء النزاع. كما أن سند المرجعية لا علاقة له بالإحالة للتحكيم بل هو لاحق لهذه الإحالة, التي تستند أما إلى شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم, في حين أن المشاركة هي أساس الإحالة للتحكيم.

مشاركـــــــــــــــــل شرط التحكيم

وقد يرد شرط التحكيم بصيغة عامة مجملة دون تفصيلات, وهذا جائز وهو الغالب في الحياة العملية. ولكن تبدو خطورة ذلك أحيانا في التحكيم المؤسسي, حيث يتفق الطرفان على مؤسسة أجنبية غريبة عنهما. إذ يؤدي ذلك إلى تعيين هيئة التحكيم, أو أحد أعضائها, من أشخاص غير ملمين بالنظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع. بل قد لا يكونوا ملمين بلغة التحكيم. ومثال ذلك أن يحيل شرط التحكيم ما بين شركة أردنية (أ) وشركة ألمانية (ب) إلى التحكيم وفق قواعد غرفة التجارة الدولية, ويقع النزاع بين الطرفين ويكون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الأردني. يعين (أ) محكمه من الأردن و(ب) محكمه من هولندا, وتقوم غرفة التجارة الدولية بتعيين فرنسي رئيسا لهيئة التحكيم. في هذا المثال, قد لا يكون (ب) و (ج) ملمين بالنظام القانوني الأردني, ومع ذلك يشكلان أغلبية هيئة التحكيم, مع ما يترتب مع ذلك من خطورة على عملية التحكيم. ويزداد الأمر تعقيدا إذا افترضنا أن لغة التحكيم هي العربية, وكان المحكمان المذكوران لا يعرفانها.

ربما يكون من الواجب الأدبي لمؤسسة التحكيم المعنية أن لا تعين هيئة التحكيم إلا وفقا لكفاءات ومواصفات معينة, من ضمنها معرفة غالبيتهم ولو بشكل إجمالي بالنظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع وبلغة التحكيم. إلا أن هذه المؤسسة أو تلك, قد تجتهد في قرارها, مما يؤدي أحيانا إلى تلك النتيجة غير المرضية. لذلك, فإن صياغة شرط التحكيم يجب أن تعطى الأهمية اللازمة لها بما يضمن تشكيل هيئة التحكيم تشكيلا معقولا, يتفق مع طبيعة النزاع وظروفه المختلفة. وقد يكون من المهم أيضا أن يبين شرط التحكيم ومواصفات المحكم الذي سينظر النزاع. وفي هذه الحالة, يجب على مؤسسة التحكيم المعنية التقيد بإرادة الأطراف, وإلا كان تشكيل الهيئة معيبا مما قد يؤدي إلى الطعن بقرار التحكيم, بالإضافة إلى السمعة الأدبية لتلك المؤسسة.

تفســـــــــــــــــير اتفاق التحكيم

ويخضع تفسير اتفاق التحكيم للقواعد العامة في تفسير العقود. ومن هذه القواعد أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها بحجة تفسير العقد. وإذا كان هناك محل لتفسير العقد, فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين, مع الأخذ بالاعتبار لطبيعة التعامل السابق والأعراف. وإذا كان هناك شك في تفسير بند من بنود العقود, فإن هذا الشك يفسر لمصلحة المدين. ومع ذلك, اتجهت بعض أحكام القضاء إلى القول أن الإحالة للتحكيم هي خروج عن الأصل أو هي استثناء منه. لذلك, يجب تفسير الاتفاق تفسيرا ضيقا ما أمكن(15). ومثال

(15) وعلى سبيل المثال, قضي في الأردن بأنه إذا نص اتفاق التحكيم في عقد الشركة على أنه " أي خلاف ناشئ عن تطبيق أحكام هذا العقد و/ أو متعلق به, فلا يجوز اللجوء للقضاء قبل إحالة الخلاف إلى محكم منفرد", فإنه لا يجوز للمحكم فسخ الشركة أو تصفيتيها لأن ولايته مقتصرة على بحث " المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا العقد أو المتعلقة به " (تميز حقوق رقم 88/ 159, مجلة نقابة المحامين لسنة 1990, ص 1113).

ذلك، أن ينص بند التحكيم على أنه يتعلق بتنفيذ العقد. في هذه الحالة، لا يطبق الشرط على فسخ العقد أو بطلانه. ولكن يمكن القول بصعوبة تطبيق هذا الاتجاه على التحكيم الدولي، حيث يميل الاتجاه لصالح التحكيم أي تفسير شرط التحكيم تفسيرا واسعا بما يشمل عقد الاختصاص لهيئة التحكيم. فمثلا، قد ينص العقد في أحد أحكامه على اختصاص القضاء، ولكن في حكم آخر ينص على الإحالة إلى التحكيم. في هذا المثال يعتد ببند الإحالة إلى التحكيم وليس ببند الإحالة إلى القضاء. ولو تم الاتفاق على إحالة النزاع إلى غرفة التجارة الدولية في سويسرا، فإنه يحكم بصحة هذا الشرط بالرغم من عدم وجود تلك الغرفة في جنيف وإنما باريس، وعندئذ يحال إلى النزاع إلى الغرفة في باريس.

التحكيم الحر والمؤسسي (16)

وينقسم التحكيم إلى تحكيم مطلق أو حر وتحكيم مؤسسي. وأساس هذه التفرقة هو اتفاق التحكيم ذاته. فحيث يشير الاتفاق إلى تسوية النزاع تحكيما عن طريق مؤسسة تحكيمية، نكون أمام تحكيم مؤسسي وإلا كان التحكيم حرا. فمعيار التفرقة إذن شكلي من حيث وجود مثل تلك الإشارة أو عدم وجودها في اتفاق التحكيم. ومثال ذلك، أن يتفق الطرفان على إحالة النزاع أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري، أو مركز البحرين، أو مركز دول الخليج العربية، أو غرفة التجارة الدولية. وتجدر الإشارة هنا إلى أن كل مركز من هذه المراكز أو غيرها المنتشرة بشكل واسع في العالم، يكون له قواعده التحكيمية الخاصة به، وهي عموما تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم ورد المحكمين وبعض القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم ونفقاته. فحيث يحيل الأطراف لقواعد هذا المركز أو ذلك، يكونوا قد ارتضوا بإرادتهم الخضوع لتلك القواعد، وكأنها أصبحت جزءا من اتفاقهم، بل هي تعتبر كذلك من الناحية القانونية. أما حيث يكتفي الأطراف بالإحالة إلى التحكيم فحسب، يكون التحكيم حرا وليس مؤسسيا، وعندئذ يتم تشكيل هيئة التحكيم وإعداد إجراءاته أما بالاتفاق، وهذا هو الأصل، أو وفقا للقانون (الوطني) الواجب التطبيق على هذه الأمور. ويجوز للطرفين في أي وقت العدول عن التحكيم الحر واللجوء إلى التحكيم المؤسسي بدلا منه أو العكس.

وفي التحكيم المؤسسي، تختص المؤسسة المحال لها التحكيم بنظر النزاع دون غيرها. فلو تقدم أحد الطرفين بطلب التحكيم أمام مؤسسة أخرى، فإنه يجوز للطرف الآخر أن يرد على ذلك الطلب بالاختصاص، أو حتى لا يرد مطلقا. ومن الناحية العملية، فإن تلك المؤسسة الأخرى تغلق ملف التحكيم، بل يجب عليها ذلك. فلو فرضنا أنها استمرت بالتحكيم بالرغم من ذلك، فإن النتيجة العملية لذلك هو عدم قابلية القرار الصادر للتنفيذ خاصة إذا لم يحضر الطرف الآخر التحكيم.

وإذا كان التحكيم مؤسسيا، يجب على الجهة المعنية، سواء كانت مؤسسة التحكيم ذاتها أو هيئة التحكيم، بقواعد التحكيم المطبقة لدى المؤسسة، باعتبارها أصبحت جزءا من اتفاقهم، وإلا جاز لأطراف النزاع الطعن بأي مخالفة بهذا الخصوص(17). وعلى سبيل المثال، تنص القواعد التحكيمية المطبقة لدى مركز القاهرة، وهي قواعد

(16) انظر المادة (2/1) من اتفاقية نيويورك؛ المادة (2) من القانون النموذجي؛ المادة (1/4) من القانونين المصري والعماني.

(17) ولكن تجدر الإشارة إلى أن قواعد التحكيم تنتج في الوقت الحاضر إلى سقوط صاحب الحق بالاعتراض، إذا توفرت شروط معينة منها عدم تقديم اعتراضه خلال وقت معين من عمله بوقوع المخالفة (انظر، على سبيل المثال، المادة 4 من القانون النموذجي؛ والمادة 8 من كل القانونين المصري والعماني).

اليونسيترال, على إحالة النزاع إلى ثلاثة محكمين في حالة عدم الاتفاق على محكم واحد. وفي حال تعيين ثلاثة محكمين, يعطى كل طرف من أطراف النزاع الفرصة لتسمية محكمه, كما يعطيان الفرصة للاتفاق على تسمية المحكم الثالث كرئيس لهيئة التحكيم. فلو اتفق الطرفان على تسوية المحكم الثالث كرئيس لهيئة التحكيم. فلو اتفق الطرفان على تسوية نزاعهم وفق قواعد مركز القاهرة, فإنه يجب على المركز التقيد بتلك الأحكام, وإلا جاز للطرف صاحب المصلحة الطعن بقرار المركز المخالف لذلك. ومن وسائل هذا الطعن الاعتراض لدى المركز ذاته الذي يفترض فيه أن يعالج المخالفة, أو حتى الطعن بقرار التحكيم الذي صدر من هيئة مشكلة مخالفا للاتفاق, وهو ما يقضي به القانون النموذجي وقوانين بعض الدول العربية مثل القانونين المصري والعماني(18).

وربما يكون من المفيد أن نذكر هنا أن كل مؤسسة تحكيمية, عموما, تنص على شرط تحكيم تنصح الأطراف بالأخذ به إذا رغبت بالإحالة لذلك المركز. وعلى الأغلب, يكون مثل هذا الشرط جامعا لأي منازعة تتعلق بالعقد أو بأي من بنوده أو تفسيره بما في ذلك إنهاؤه أو أي مطالبة ناشئة عنه. ومثل هذا الشرط النموذجي, يوضع لاسترشاد الأطراف به, ولكن ليس بالضرورة الأخذ به, إذ يمكن النص على أي شرط تحكيم بالتفصيل الذي يراه الأطراف مناسباً, ولكن مع الإشارة إلى تطبيق قواعد ذلك المركز.

استقلالية اتفاق التحكيم

تتجه النظرية التقليدية في بعض الأنظمة القانونية إلى القول بأنه إذا كان العقد الأصلي باطلاً أو ابطلاً أو فسخ لأي سبب, فإن ذات الأثر ينصرف على شرط التحكيم, باعتباره تابعاً له أو جزءاً منه, فينقضي العقد برمته بما في ذلك شرط التحكيم. فالتحكيم وجد باتفاق وهذا الاتفاق انتهى لأي سبب, فالنتيجة الطبيعية والمنطقية لذلك هي انتهاء هذا الشرط تبعاً لانقضاء الأصل(19).

أما الاتجاه الحديث في التحكيم التجاري, وخاصة الدولي منه, فيميل إلى استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي موضوع التحكيم, خاصة إذا ورد الاتفاق في صيغة شرط تحكيم. ومفاد ذلك أن شرط التحكيم مستقل عن العقد ذاته, بحيث إذا اعتبر هذا العقد منتهياً لأي سبب غير التنفيذ بصورة طبيعية, مثل البطلان أو الفسخ, فإن شرط التحكيم يبقى قائماً ما دام أن سبب الانتهاء لم يلحق الشرط ذاته, بمعزل عن العقد الوارد فيه الشرط(20). ومثال ذلك أن ينص العقد على حق المتعاقد (أ) بفسخه إذا أخل المتعاقد الآخر (ب) بأحد أحكامه وذلك بإشعار يوجهه (أ) لـ (ب). فيخل (ب) بالمحكم المؤدي إلى الفسخ, ويلجأ (أ) إلى الفسخ فعلاً. في هذا المثال, إذا تضمن العقد شرط تحكيم, فإن العقد يعتبر مفسوخاً, في حين يبقى شرط التحكيم قائماً ومعمولاً به لتسوية النزاع بين (أ) و (ب).

(18) المادة (1/36) من القانون النموذجي؛ المادة (1/53) من كل من القانون المصري والعماني.

(19) ففي الأردن مثلاً, قضي بأنه تقرر بطلان العقد فلا يحكم بأي بند من بنوده (تميز حقوق رقم 86/839, مجلة نقابة المحامين لسنة 1987, ص 301, ورقم 87/306, مجلة نقابة المحامين لسنة 1988, ص 733).

(20) انظر المادة (1/16) من القانون النموذجي؛ المادة (1/22) من كل من القانون المصري والعماني.

والشيء ذاته يقال فيما لو انفسخ العقد بسبب القوة القاهرة, إذ يصيب الانفساخ كافة أحكام العقد باستثناء شرط التحكيم. ومثال آخر لو أبرم (أ) عقد بيع مع (ب) دون أن يتضمن العقد شرط تحكيم. وفي الوقت ذاته, يكون (أ) غير أهل لإبرام هذا العقد لدرجة بطلانه. وفي وقت لاحق يتفق الفريقان على أن أي نزاع بشأن ذلك العقد يحال إلى التحكيم, وكان (أ) قد أصبح أهلاً لإبرام هذا الاتفاق الجديد. في هذه الحالة, يكون عقد البيع باطلاً, في حين يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ويعمل به. ويطبق ذات الحكم فيما لو اتفق الطرفان على فسخ عقد صحيح ونافذ بينهما تضمن شرط تحكيم. ففي حين يفسخ العقد, يبقى شرط التحكيم قائماً لتسوية أي نزاع بينهما نشأ عن ذلك العقد.

وأساس هذا الاتجاه ينطلق من واقع عملي وهو أن سبب شرط التحكيم وهدفه في أن واحد هو تسوية النزاع عن طريق التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء. والنزاع ستنتم تسويته في جميع الأحوال. ولا يضير هذه التسوية أن تتم عن طريق التحكيم ما دام أن هيئة التحكيم ستنفصل به وفقاً للقانون الواجب التطبيق, والتي ستناقض, مثلها مثل القضاء الرسمي, ببطان العقد مثلاً, مع تطبيق الآثار القانونية المترتبة على ذلك, من تعويض أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد, أو غير ذلك حسب الحال المعروضة والظروف المحيطة بها. ويطبق هذا المبدأ حيث لا يلحق سبب البطلان أو الفسخ شرط (اتفاق) التحكيم ذاته. فعلى سبيل المثال, إذا أصاب البطلان اتفاق التحكيم أيضاً, فإن العقد برمته يكون باطلاً بما في ذلك شرط التحكيم.

والعكس صحيح أيضاً من حيث أنه قد يقضي ببطان شرط أو اتفاق التحكيم في حين تبقى شروط العقد الأخرى. ومثال ذلك أن يكون (أ) مخولاً بإبرام العقد مع عدم تخويله إحالة النزاع للتحكيم. في هذه الحالة, يكون شرط التحكيم غير قائم والشروط الأخرى قائمة. وكذلك قد يبرم اتفاق التحكيم بصورة مستقلة عن عقد التحكيم ويكون الأول صحيحاً والثاني باطلاً أو يتم إبطاله أو فسخه. ومثال هذه الحالة أن يبرم (أ) عقد بيع مع (ج). وفي وقت لاحق يبرمان اتفاقاً مستقلاً بإحالة النزاع للتحكيم. ولكن عند إبرام العقد الثاني يكون (أ) أو (ب) غير أهل لإبرامه في الوقت الذي كان فيه أهلاً لإبرام عقد البيع.

انتهاء اتفاق التحكيم

ينقضي اتفاق التحكيم, كأي اتفاق آخر, إذا توفرت أحد الأسباب المؤدية إلى ذلك, ومنها تنفيذه وفسخه وانفساخه. ويستوي في سبب الفسخ أن يكون باتفاق الأطراف وهو ما يطلق عليه بالإقالة, أو بسبب إخلال أحد الفريقين بشرط من شروطه. ومثال ذلك أن ينص اتفاق التحكيم على أن يقوم أحد فريقيه بتسمية محكمه خلال خمسة عشر يوماً وإلا جاز للفريق الآخر فسخه, ولا يقوم الفريق الأول بهذا التعيين خلال تلك المدة فيلجأ الفريق الآخر لحقه بالفسخ. ولكن كما ذكرنا, يبقى لهيئة التحكيم, في جميع الأحوال, صلاحية الفصل بالنزاع حول بقاء أو انتهاء اتفاق التحكيم.

ومن الأمثلة العملية الأخرى على انقضاء اتفاق التحكيم, أن يلجأ أحد فريقيه لتسوية الخلاف, فلا ينازعه الآخر في ذلك, وتستمر إجراءات التقاضي إلى حين الفصل بالخلاف قضائياً. ويمكن اعتبار مثل هذا السلوك من الفريقين بمثابة تنازل ضمني عن اتفاق التحكيم. ويقتضي القول هنا بأن اللجوء للتحكيم ليس من النظام العام, فلا يجوز

للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع إثارة الدفع بوجود شرط تحكيم من تلقاء نفسها, بل لا بد من إثارة هذا الدفع من المدعى عليه. بل ابعد من ذلك يجب أن يتم مثل هذا الدفع فورا وقبل الدخول في أساس النزاع(21).

ومثال ذلك أن يعرض (أ) الدعوى على القضاء ضد (ب) ويكون هناك اتفاق تحكيم. يجب على (ب) إذا أراد اللجوء للتحكيم فعلا, أن يثير الدفع بذلك قبل الدخول بأساس الدعوى. ويكون ذلك إما في صيغة طلب مستقل دون التطرق لموضوع الدعوى, أو مع الرد على لائحة الدعوى ولكن كدفع أولي وقبل أي دفع آخر, ومن ثم, على سبيل التناوب, يمكن للمدعى عليه الرد على موضوع الدعوى. ويجب أن لا يفسر هذا الرد على أنه قبول باللجوء إلى القضاء, ما دام أن (ب) قد أثار الدفع في بداية لائحته الجوابية كدفع أساس.

(21) انظر مثلا, المادة (1/16) من القانون النموذجي؛ المادة (1/21) من قواعد اليونسيفترال؛ المادة (1/22) من كل من القانون المصري والعماني.



البريد الالكتروني: info@aiadr.com
الموقع الالكتروني: www.aiadr.com

هاتف: 00962 6 5672333
فاكس: 00962 6 5672555