بحث في

شرط التحكيم المعتل

أيمن احمد الحسون

مادة / مناهج البحث العلمي القانوني

المقدمة

اعتبر الفقهاء القانونيون أن التحكيم هو الوسيلة الأهم لحل المنازعات التجارية الدولية , فالتحكيم هو نظام قضائي اتفاقي يختار أطرافه قضاتهم بمقتضى شرط خاص او اتفاق مكتوب لتسوية النزاعات التي تنشأ بين اطراف العقد فيما يخص علاقتهم التعاقدية , أو غير التعاقدية التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم وفقاً لأحكام القانون , أو مبادئ العدالة واصدار حكم ملزم وفاصل في النزاع .(د. أحمد عبدالكريم سلامة – التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية , ط1 – دار النهضة العربية / مصر – 2006 – ص 153 .)

ومما سبق فإنه يبدو جلياً لنا أن جوهر العملية التحكيمية هو اتفاق الاطراف الراغبين في التحكيم , وهو وإن كان نظاماً قانونياً له هيكليته , واجراءاته , وقواعده وفقاً لما رسم القانون , فإنه في حقيقته لا يعدو أن يكون نظام اتفاقي يقوم على ارادة الراغبين فيه , واتفاقهم على اتخاذه سبيلاً لفض نزاعهم , فاتفاق الأطراف هو من يقرر لجوئهم الى التحكيم , وهو أيضاً من يحدد اجراءاته , وموضوعه , وآلية تشكيل هيئة التحكيم , والقانون الواجب التطبيق , ولغة ومكان التحكيم ... الخ .

لذلك يعتبر اتفاق التحكيم قلب العملية التحكيمية وقالبه , بل اذا قلنا التحكيم فإننا نقول في ذات الوقت اتفاق التحكيم وكأنهما وجهان لعملة واحدة .(د. أحمد عبدالكريم سلامة –مرجع سابق , ص 153 .)

كما ان اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني بالمعنى الفني , فلا وجود له إلا إذا توافرت أركانه الأساسية , واللازمة لأي تصرف قانوني , فاتفاق التحكيم له اطرافه الذين يقومون بابرامه , وله أيضاً موضوع ينصب عليه ,وآثار يرتبها , تتميز عن الآثار المعتادة للتصرفات القانونية المعروفة في النظام القانوني الخاص .

وحتى يصل الأطراف الى اتفاق تحكيم منتج لآثاره كافة , فإنه لابد من توافر كل الأركان والشروط والتي لايمكن أن تكون كذلك إلا بالتحرير الجيد والواضح لهذا الشرط .

إلا أن الواقع العملي والتطبيقي يظهر أن بعض اتفاقيات التحكيم يتم صياغتها بشكل رديئ , وغامض بشكل قد يؤدي الى استحالة اعمال اتفاق التحكيم , لنكون بمواجهة اتفاق تحكيم يعرف بالمعتل .

المبحث الأول : مفهوم شرط التحكيم المعتل وأسبابه :

المطلب الأول : مفهوم شرط التحكيم المعتل :

وهو كل شرط تحكيم حرر بصورة رديئة من شأنها أن تؤدي الى تعطيل سير العملية التحكيمية , وقد يكون ذلك ناتجاً عن عدم التدقيق في اجبارية التحكيم من عدمه , أو بالاشارة الى التحكيم والقضاء كوسيلة لفض المنازعات , أو بادراج شرط لا تكون فيه ارادة الطرفين واضحة باللجوء الى التحكيم , أو آلية اخرى لفض النزاع الذي قد يثور بينهما , أو أن يكون شرط التحكيم غير واضح من حيث اللجوء الى التحكيم المؤسسي او الخاص , وغير ذلك من الحالات التي يمكن أن تؤدي افراغ شرط التحكيم من مدلوله الخاص .

والمعتل هو مصطلح طبي يعني علم الأمراض , وسبب التسمية هذه أن الصياغة المعيبة للشرط تصيب الشرط بمرض أو علة, ويمكن معالجته وشفائه وذللك عن طريق تفسيره بشكل يقترب من الواقع ويحقق رغبة الطرفين . (سهيلة قرطبي – شرط التحكيم المعتل – مجلة القانون والعلوم السياسية – العدد 4 – 2016 – ص 519 .)

ومما سبق يتضح لنا أن شرط التحكيم المعتل يمكن أن يكون صحيحاً , ونافذاً كلما امكن التوصل الى معرفة الارادة المشتركة لاطراف التحكيم .(سهيلة قرطبي , مرجع سابق ص 519 .)

المطلب الثاني : أسباب شرط التحكيم المعتل :

أولا : تقاعس أطراف الاتفاق عن اختيار من يقوم بصياغة العقود , والاتفاقيات , فيقوم بصياغتها أشخاص غير مؤهلين ممن لا يدركون المعاني الخفية , والبعد القانوني الكامن وراء هذا اللفظ , أو تلك العبارة .

ثانيا : غياب العنصر القانوني ضمن فريق التفاوض وتحرير العقود , أو وجود محام أو خبير قانوني غير تنقصه الخبرة والدراية الكافية لا سيما في امور التحكيم وتنازع القوانين .

وبالتالي فإنه ووفقاً لما سبق تجد الشركة مثلاً نفسها وقد تورطت في نزاع قد يكون مؤثراً على وجودها ذاته .

المبحث الثاني : حالات شرط التحكيم المعتل :

1- **علة تتعلق بوجود اتفاق التحكيم :** إن الدارس لشروط التحكيم التي عرضت على مراكز التحكيم الدولية سيجد أن بعضها يكتنفه الغموض فيما يتعلق بنية الأطراف الاتفاق على التحكيم , ويكون ذلك إما باضفاء بعض الألفاظ التي تدل على عدم اتمام الاتفاق , أو الجمع بين اكثر من وسيلة لتسوية ذات النزاع في ذات الاتفاق ومن بينها التحكيم :

أ- عدم انعقاد الاتفاق على التحكيم :

(1) استقر القضاء إن *التنظيم القانوني للتحكيم* يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة وأن أساس تطبيق التحكيم كوسيلة تطبيق التحكيم لحسم المنازعات وهو وجود اتفاق صحيح على التحكيم (قرار محكمة التمييز رقم (2845) لسنة 2017 الصادر بتاريخ31/12/2017), فارادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التييشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها واجراءات التحكيم وغيرها سهيلة قرطبي , (مرجع سابق 521 .)
ومن الأمثلة على الشروط التي تدل على عدم اتمام الاتفاق على اللجوء الى التحكيم , وعدم امكانية اللجوء بالتالي الى التحكيم ورفع الدعوى التحكيمية **(.. يجوز لأي من الأطراف تقديم النزاع الى التحكيم وفقا لما يلي ..)** فلفظة يجوز الواردة ضمن الشرط السابق تجعل من اللجوء الى التحكيم أمراً محتملاً , وهو بالنتيجة امر غير ملزم . (سهيلة قرطبي , مرجع سابق 521 .)

ومن الامثلة أيضاً .. **إذا لم يتم حل النزاع ودياً بين الطرفين فإنهما يتفقان على احالة النزاع على هيئة تحكيم ..** وازاء مثل هذا الاتفاق فإنه يثور خلاف حول ما إذا كان حل النزاع ودياً لم يتم وبالتالي هل يقصد الطرفين ان التحكيم مرحلة لاحقة , أم أن الطرفين سيلجآن لاحقاً للتحكيم وفقاً لاتفاق جديد .
كما أن الطرفين قد يوردان الشرط بالشكل التالي : **مناقشة أوجه الخلاف من خلال لوائح مركز دبي للتحكيم الدولي بواسطة ثلاثة محكمين من خلال المركز** .. ومثل هذه الصياغة تثير استفسار عما اذا كان المقصود التحكيم , أو الوساطة , أو أية وسيلة بديلة اخرى , إذ أن التحكيم يسفر عن حكم له قوة تنفيذية وليس مناقشة أوجه الخلاف مثل الوساطة و التي لا تعدو أن تكون وسيلة لمساعدة الأطراف وجسر الهوة بينهم ولا يصدر الوسيط قرارات ملزمة . (حسين مصطفى فهمي – اهم المبادئ المستنبطة من القضاء المصري في شأن التحكيم – مجلة التحكيم العربية ع8 – 205 – ص 165 .)

ب- الاتفاق على أكثر من وسيلة للفصل في النزاع بينها التحكيم :

من المتعارف عليه أن اتفاق الطرفين على اكثر من وسيلة لفض النزاع بينهما ومن بينها التحكيم لا يعتبر اتفاقاً على التحكيم ومن الأكثلة على ذلك :

- أي خلافات يتم تسويتها طبقاً للمحاكم الوطنية وفي حالة أي خلاف أو نزاع جوهري بسبب هذا العقد فسيتم احالتها وتسويتها نهائيا عن طريق التحكيم.
- يتم تسوية أي نزاع ينشأ بين الطرفين عن تنفيذ العقد أو أي من بنوده بواسطة التحكيم طبقا لمواد واجراءات التحكيم وللبائع والمشتري الحق في اللجوء الى القضاء العادي اذا أرادا ذلك

ويلاحظ في المثالين السابقين أن الطرفين اتفقا على وسيلتين لحل النزاع , القضاء والتحكيم , الامر الذي يثير تساؤلات عند تفجر النزاع هل القضاء هو المختص بنظر النزاع , أم التحكيم ؟ وقد يلجأ أحد الطرفين الى المحكمة للفصل في النزاع فتقضي المحكمة بعدم اختصاصها لوجود شرط التحكيم , وفي ذات الوقت قد يلجأ الطرف الآخر الى التحكيم فيقضي بعدم اختصاصه للنص صراحة على المحكمة .

ت- الخلط بين التحكيم والوسائل البديلة الاخرى لفض النزاع :

وفي هذه الحالة يتم صياغة شرط التحكيم بطريقة غامضة بحيث لايفهم منها ما هي الوسيلة التي أرادها الطرفين لفض نزاعهما المحتمل , وقد يتم الاشارة الى الوسائل الودية دون التأكيد على التحكيم , فالوسائل البديلة وكما هو معروف تختلف من حيث الالزامية , ولذلك فإنه يجب أن تكون الاشارة الى التحكيم بصفة دقيقة حتى ينتج شرط التحكيم كامل آثاره .

2- عيوب الصياغة المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الاجراءات :

أ- عدم وضوح نية الاطراف في اختيار القانون الاجرائي المطبق على النزاع :

من المتفق عليه ان اختيار الاطراف لقانون تحكيم معين يطبق على الاجراءات أفضل من قيامهم بالتنظيم الذاتي لكافة الاجراءات بالنص عليها في اتفاق التحكيم , الامر الذي يضمن صحة وسلامة الاجراءات , وبالتالي حكم التحكيم .

الا أن هناك بعض الشروط التحكيمية ونظرا لغموض صياغتها وعدم وضوحها تؤدي الى عدم انتاج آثارها المرجوة ومثال ذلك :
أي نزاع يتعلق بتفسير العقد او تنفيذه ولا يتمكن الطرفين من تسويته ودياًيفصل فيه التحكيم طبقا لأحكام قانون التحكيم المصري عن طريق مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي وطبقا للقواعد ولاجراءات المعمول بها فيه .. ولعل دافع الاطراف وراء مثل هذه الصياغة هو اعتقادهم أن النص على قواعد مؤسسية مع قانون التحكيم يؤمن اجرائاتهم عن طريق تكملة ما لم تنص عليه القواعد بنصوص قانون التحكيم او العكس , وهذا اعتقاد خاطئ

بالتأكيد فنصوص قانون التحكيم , وقواعد المؤسسة التحكيمية ليست قواعد مكملة لبعض , بل إن كل منها نظام اجرائي مستقل عن الآخر يمكن تطبيقه على حدى .(هبه احمد سالم – الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها – مجلة التحكيم العربية – ع 24 – 2015 – ص 181)

ب- الجمع بين نظامين اجرائيين :

يثير مثل هذا الجمع مشاكل اجرائية بداية من تشكيل هيئة التحكيم , ويطرح سؤالاً عن سلطة التعيين المختصة بتعيين المحكم المنفرد عند عدم اتفاق الاطراف عليه , أو عند تعيين محكم عن الطرف الذييرفض تسمية محكم عنه , أو تعيين رئيس هيئة التحكيم في حال فشل المحكمين المعينين في النزاع من الاتفاق عليه , وغير ذلك من المشاكل التي يثيرها الجمع بين نظامين اجرائيين . (سهيلة القرطبي , مرجع سابق ص 525)

3- عيوب صياغة تتعلق بالتحكيم المؤسسي :

ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على احالة النزاع الى التحكيم المؤسسي دون تسمية مؤسسة معينة بادارة النزاع , أو أن يتم الاتفاق على مؤسسة معينة دون كتابة اسمها بشكل صحيح أو بصورة كاملة , فهل تعتبر مثل هذه الصياغات اتفاقاً على التحكيم مكتمل الأركان ؟ وهل يمكن للطرف الاخر الدفع بعدم الاختصاص سنداً لمثل هذه الصياغة ؟ وما مصير اتفاق التحكيم الذي ينص على جهة غير مختصة أصلا بادارة التحكيم ؟

أ- **الاحالة الى التحكيم المؤسسي دون تسمية المؤسسة المعنية بادارة التحكيم :** وفي هذه الحالة يقوم الطرفين بادراج شرط التحكيم في العقد واختيار التحكيم المؤسسي إلا أنه لا يتم كتابة اسم المؤسسة التحكيمية او كتابتها بطريقة خاطئة او غير واضحة او ناقصة عن طريق الجهل أو الخطأ , الأمر الذي يجعل من اللجوء الى التحكيم عن طريق هذا المركز صعب , أو مستحيل , كأن ينص على احالة التحكيم الى احد المراكز التحكيمية المعتمدة وأن يتحمل الطرفين التكاليف مناصفة .. وهنا يثور السؤال حول المقصود بمراكز التحكيم المعتمدة , وهل هناك مركز معتمد او غير معتمد ؟
ومن المعلوم ان تسمية المؤسسة التحكيمية التي ستدير النزاع في الاتفاق التحكيمي ضمانة اساسية لأطراف الاتفاق حتى يكون كل طرف على على علم تام ومسبق باجراءات هذه المؤسسة .
وفي المقابل فإن اتفاق الطرفين على احالة النزاع التحكيمي الى أي مركز تحكيم من اختيار الطرف الأول يعتبرشرطاً صحيحاً رغم ما به من خطورة كونه يضع حق اختيار المؤسسة بيد طرف من اطراف العقد منفرداً .(سهيلة القرطبي , مرجع سابق ص 525)

ب- **عدم كتابة اسم المؤسسة التحكيمية على نحو صحيح او كامل في شرط التحكيم :** هذا الأمر قد يدفع الطرف سيئ النية الى الدفع بعدم الاختصاص بهدف عرقلة اجراءات التحكيم , الامر لذي يدخل الطرفين في سجال طويل لاثبات ما هي الجهة المختصة بنظر النزاع .

4- العيوب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم :

نصت غالبية القواعد والنصوص الناظمة للتحكيم على تشكيل هيئة التحكيم من عدد فردي , وغالباً ما تتشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين , إلا أننا قد نواجه مشاكل تجعل من شرط التحكيم معتلا وفقاً لما يلي :

أ- **عدم وضوح طريقة تشكيل هيئة التحكيم في حالة التحكيم متعدد الاطراف :** ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه في حالة وجود ثلاثة أطراف في النزاع , ومن المتعارف عليه أن هيئات التحكيم الثلاثية تتكون من المحكم

المسمى من الطرف المحتكم والمحكم المسمى من طرف المحتكم ضده ورئيس هيئة التحكيم وهذا التشكيل غير واضح في هذا الشرط والذي استهدف واضعوه تنظيم التحكيم متعدد الاطراف بالنص على ثلاثة اطراف في النزاع .

ب- **الخطأ في تسمية سلطة التعيين :** ومثال ذلك أن يختار الأطراف سلطة تعيين غير موجودة , الامر الذي يؤدي الى صعوبة تشكيل هذه الهيئة , ومثال ذلك النص على أن تتولى جمعية المحامين النظاميين عملية تعيين المحكمين , فهذه الجمعية غير موجودة وبالتالي يتوجب البحث في ارادة الطرفين عن الجهة المقصودة فعلاً للتعيين .

5- **شرط التحكيم الأبيض :**

وهو نوع بسيط من الاتفاقيات التحكيمية التيلا تحتوي الا على مبدا اللجوء الى التحكيم فقط دون تحديد آخر كالتحكيم الخاص او المؤسسي , وبيان عدد المحكمين وكيفية تعيينهم , وقد نصت بعض القوانين على بطلان مثل هذا الشرط كالقانون الجزائري الذي اوجب في المادة 1008 على أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم او المحكمين او تحديد طريقة تعيينهم .

ولابد من ملاحظة أن جل العيوب التي سبق سردها لا يمكن اعتبارها على سبيل الحصر بل هي على سبيل المثال , وبالتالي فأي صياغة غامضة أو رديئة لشرط التحكيم قد تجعله معتلاً , أو مريض صياغياً .

المبحث الثالث : آلية وطرق معالجة الشروط التحكيمية المعتلة :

مما سبق يتبين لنا ان شرط التحكيم المعتل يمكن اعتباره صحيحاً ونافذاً كلما تمكنا من الوصول الى معرفة ارادة الطرفين المشتركة , اما إذا تبين أن العلة أمر لا يمكن علاجه وذلك بسبب عدم القدرة على التوصل الى الارادة المشتركة للطرفين فعندئذ يعتبر الشرط باطلاً .

ولحل اشكاليات شرط التحكيم المعتل فإن هناك آليات وطرق لمعالجتها ومن ذلك :

أ- **البحث عن الارادة الحقيقية لطرفي المنازعة :** بالرجوع الى القوانين ذات العلاقة كالقانون المدني نجد أنها تسمح للقاضي حين تدخله أن يبحث عن الارادة المشتركة لطرفي النزاع وهو ما نجده في المادة 239 من القانون المدني : .2اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

ب- **التفسير الواسع لارادة الطرفين :** وبموجب هذه التقنية فإن على القاضي عند التدخل لتفسير شرط التحكيم أن لا يقف عند المعنى الضيق للألفاظ المستعملة في شرط التحكيم بل يتوجب عليه البحث عن المعنى الواسع للألفاظ المستعملة وهذا ما نجده في المادة 239 من القانون المدني : .2اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

ت- **البحث عن شرط التحكيم بين الطرفين في عقود سابقة بينهما :** تتمثل هذه التقنية في البحث في عقود أبرمت سابقاً بين طرفي النزاع , والتأكد فيما إذا كان قد تمت الاشارة الى شرط التحكيم لفض المنازعات بينهما ومعرفة إرادة الطرفين الحقيقية باحالة شرط التحكيم المعتل الى شرط صحيح كالذي في العقود السابقة حتى يصبح منتجاً لآثاره.

التفسير الفعال لشرط التحكيم : ولا تختلف هذه التقنيةأو الآلية عن البحث عن الارادة الباطنة للمتعاقدين وتتمثل في التفسير الفعال لشرط التحكيم وبالتالي فإن التفسير الفعال لشرط التحكيم يجعله منتجاً لآثاره . (هبه احمد سالم , مرجع سابق , ص 185 , سهيلة القرطبي مرجع سابق ص 533.)

الخاتمة والتوصيات

مما سبق نصل أن الصياغة الجيدة لشرط ومشارطة واتفاق التحكيم تجنب الأطراف الكثير من المشاكل التي قد تكلفهم نفقات كبيرة , وجهد ووقت كبيرين , وبالتالي فإن صياغة الشروط التحكيمية دور كبير في ادارة العملية التحكيمية منذ اقامة الدعوى والى حين صدور حكم تحكيم منهي للخصومة ولذلك على الاطراف توخي الحذر عند صياغة شرط التحكيم حتى لا ينتهي بهم الحال الى شرط تحكيم معيب وغير قابل للتفعيل لدرجة قد يتعذر معها حل النزاع , او يؤدي الى بطلان شرط التحكيم أو بطلان حكم التحكيم ككل , لذلك فإن الأمر يبدأ منذ لحظة صياغة العقد , فلابد من الانتباه الى كلمات العقد وصياغاته حتى لا يهدرالطرفين وقتهما والموالهما دون فائدة .

وبناء على ما سبق فإنني أوصي الطرفين المتعاقدين بضرورة اللجوء الى مختصين قانونيين بالصياغة وعدم الاستهانة بالأمر وصولاً الى شرط محكم غير معيب بأي عيب .

قائمة المراجع

(1) د. أحمد عبدالكريم سلامة – التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية , ط1 – دار النهضة العربية / مصر – 2006

(2) سهيلة قرطبي – شرط التحكيم المعتل – مجلة القانون والعلوم السياسية – العدد 4 – 2016

(3) حسين مصطفى فهمي – اهم المبادئ المستنبطة من القضاء المصري في شأن التحكيم – مجلة التحكيم العربية ع8

(4) هبه احمد سالم – الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها – مجلة التحكيم العربية – ع 24 – 2015