



مركز القانون والتحكيم
Law & Arbitration Centre

مشاكل اتفاق التحكيم في الدول العربية

ورقة عمل مقدمة

للمؤتمر الأول للتحكيم للاتحاد
العربي لمراكز التحكيم الهندسي
" تطبيقات التحكيم في العقود التخصصية "

(22 - 24 مارس 2008)

الدكتور حمزة أحمد حداد



مركز القانون والتحكيم
Law & Arbitration Centre
مشاكل اتفاق التحكيم في الدول العربية

يمر التحكيم في الدول العربية بالعديد من المشاكل والأزمات، في مختلف مراحلها، بدءاً من اتفاق التحكيم، وانتهاءً بحكم التحكيم وتنفيذه، مروراً بتشكيل هيئة التحكيم وبإجراءاته. ويتناول هذا البحث، بعض مشاكل التحكيم عند الاتفاق على التحكيم، من واقع النصوص القانونية التي تحكم المسألة، والحياة العملية وتوجهات القضاء بشأن هذه المشاكل.

أولاً: بوجه عام

عندما نتحدث عن التحكيم، فإننا نقصد بذلك التحكيم الاتفاقي، أي المبني على اتفاق الطرفين باللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء، وليس التحكيم الإجباري، أو أي تحكيم آخر لا يقوم على الاتفاق. وهذا هو التحكيم، أي التحكيم الاتفاقي، المبينة أحكامه في القوانين العربية، إما في قانون المرافعات أو الإجراءات المدنية، كما هو الحال في غالبية دول الخليج، أو في قانون خاص به، كما هو الحال في العديد من الدول العربية التي تبنت حديثاً، قوانين خاصة بالتحكيم، مثل مصر و عُمان وفلسطين والأردن والسودان.

وقد اثبتت الخبرة العملية والتطبيق القضائي للأحكام القانونية الخاصة بالتحكيم، تعرض التحكيم للعديد من المشاكل أثناء فترة انعقاد اتفاق التحكيم.

ففي كثير من الأحيان، يتم إبرام الاتفاق من رجال أعمال، قد لا يعرفون معنى التحكيم وأهمية الاتفاق عليه، بالنسبة للصفقة التجارية موضوع الاتفاق. وغالباً ما يرد شرط التحكيم في نهاية العقد، بعد اتفاق الأطراف على كافة البنود المالية الخاصة بالعقد من حقوق والتزامات لهم أو عليهم، يطول التفاوض أو يقصر حولها، حسب قيمة الصفقة التجارية وأهميتها بالنسبة لهم. ويعتقد الأطراف، أنهم بإنجاز هذه البنود، يكونوا قد توصلوا إلى اتفاق فيما بينهم ليصلوا إلى شرط التحكيم، فيعتقدون أنه ليس له أهمية تذكر في العقد، الذي أنجزوا كافة أحكامه، فيمرون عليه مرور



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

الكرام ويوافقون عليه دون مناقشة تذكر. لذلك، يطلق البعض على شرط التحكيم، بأنه شرط منتصف الليل، أي أنه آخر بند يتم الاتفاق عليه بين الأطراف، أحياناً بصورة متأخرة من الليل أو في ساعات الصباح الأولى من اليوم التالي⁽¹⁾.

ثانياً: أهمية اتفاق التحكيم

ولا شك أن كثيراً من الشركات، تدرك أهمية اتفاق التحكيم من تجاربها أو تجارب غيرها، فأصبحت تعطيه الأولوية الأولى في المفاوضات العقدية، وهو بالنسبة لها ليس شرط منتصف الليل، وإنما هو الشرط الذي لا تقل أهميته عن أهمية موضوع الصفقة ذاتها. وعلى سبيل المثال، أذكر في الواقع العملي، أنه كانت هناك صفقة بين شركات عربية من طرف، وشركة غربية ذات بُعد دولي من طرف آخر. وبعد اتفاق الطرفين على كافة بنود العقد، بما في ذلك قيمة الصفقة التي كانت تبلغ آنذاك حوالي خمسين مليون دولار أمريكي، ابتدأ الطرفان بمناقشات حول كيفية تسوية المنازعات في حال حدوث خلاف بينهما بشأن العقد. وكانت الشركة الغربية قد أدرجت في العقد شرط التحكيم أمام أحد مؤسسات التحكيم الغربية المعتمدة، إلا أن الشركات العربية، اقترحت القضاء الوطني لتسوية النزاعات والذي رُفض تماماً من الشركة الغربية. ثم وافقت الشركات العربية على مبدأ التحكيم، إلا أنها اقترحت إحدى مؤسسات التحكيم الأخرى، التي تفوق في أهميتها وتجربتها الدولية في التحكيم، المؤسسة المقترحة من الشركة الغربية. إلا أن الشركة الغربية رفضت ذلك، وكان جوابها حاسماً وقاطعاً للشركات العربية، إما أن توافقوا على شرط التحكيم كما هو مقترح من جانبها، أو انتهاء المفاوضات دون إبرام العقد. وبمعنى آخر، فإن الشركة الغربية وضعت شرط التحكيم في كفة، وكل المعطيات الأخرى للصفقة في كفة أخرى. فإما التحكيم وفق الاقتراح الوارد في العقد، أو لا صفقة نهائياً. ونظراً لحاجة الشركات العربية لاتمام الصفقة، فقد وافقت من حيث النتيجة على طلب الشركة الغربية.

⁽¹⁾ *Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th ed., Thomson, London, 2004, Para., 3-02, p. 132.*



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

هذا الموقف وغيره كثير في الحياة العلمية، يدل بشكل قاطع على مدى أهمية شرط التحكيم وخطورته في تسوية المنازعات. ويرجع ذلك إلى عدة عوامل. فاتفاق التحكيم، يتضمن عملياً نزاع الاختصاص من القضاء بصورة مبدئية⁽²⁾، وإحالة النزاع المالي إلى التحكيم بواسطة قاضٍ خاص، يعطي الأطراف حرية اختياره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. وقد أثبت التطبيق العملي أن المحكمين في كثير من الأحيان لا يحسنون أداء مهمتهم سواء بحسن نية أو بسوء نية، مثل عدم فهمهم للوقائع أو تكيفها تكييفاً صحيحاً، وعدم تطبيق القانون الواجب التطبيق على النزاع بصورة سليمة، وعدم فهمهم لهذا القانون أو تفسيره، بل أحياناً ارتكابهم أخطاء جسيمة في العملية التحكيمية بالنسبة للوقائع أو القانون أو كليهما معاً، دون وجود رقابة عليهم أحياناً، من جهة أعلى، وبشكل خاص بالنسبة للوقائع⁽³⁾. وهنا نود أن نشير إلى أن التوجه الحديث يميل بشكل واضح إلى أن أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي به منذ صدوره، وهو غير خاضع للطعن بالاستئناف، وإنما للطعن بالبطلان لأسباب محددة حصراً، مما يقلل الرقابة على أعمال المحكمين وأحكامهم⁽⁴⁾.

والاتفاق على التحكيم، وإن كان يتضمن نزاعاً للاختصاص القضائي بصورة مبدئية، إلا أنه أبعد من ذلك وأكثر تعقيداً، إذ يتضمن الجهة التي ستفصل بالنزاع، أي المحكمين، وكيفية اختيارهم

(2) وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في الدول العربية، مثلاً نقض مدني سوري، 91/230، في 1996/5/13 (مجموعة أحكام النقض في قضايا التحكيم والتنفيذ من عام 1988 – 2003، دمشق، 2003، الألوسي، قاعدة 48)؛ ومن قطر، مدنية كبرى 95/751، في 1996/6/2؛ ومن دبي، تمييز مدني 89، في 1996/1/20، عدد 7، ص 27. أنظر أيضاً تمييز مدني دبي 49 في 2003/5/18، عدد 14، ص 607. وفي الكويت، نصت المادة (173) على ذلك صراحة، بقولها أن المحاكم لا تختص بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم بشأنها.

(3) حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء 1، سنة 2007، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، فقرة 73 ص 66.

(4) ومثال ذلك القانون النموذجي لليونسيف (المادة 34)، والتشريعات العربية التي أخذت عنه، مثل مصر (المادة 52)، وعمان (المادة 52)، والأردن (المادتان 48 و 49)، والسودان (المادتان 40 و 41) من قوانين التحكيم لديها.



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

والإجراءات أمامهم، بما في ذلك تحديد صلاحياتهم، وبيانات الدعوى، والقانون الواجب التطبيق على النزاع الذي قد يكون قانوناً أجنبياً، ومكان التحكيم الذي قد يكون أيضاً في دولة أجنبية. وهذه المسائل وغيرها، ينتابها الكثير من التعقيد إلى حد كبير. ومع ذلك، قد تكون موضعاً لاتفاق الأطراف على التحكيم، بل الأصل الاتفاق عليها، بخلاف القضاء الرسمي، الذي لا يحتاج إلى وجود اتفاق على الإحالة له، بل لا يوجد مثل هذا الاتفاق في الواقع العملي، والذي تتم الإجراءات أمامه بنصوص قانونية أغلبها أمر. ويلاحظ كذلك بالنسبة **للتحكيم بالصلح** بشكل خاص، أن هيئة التحكيم لا تتقيد بالقانون الموضوعي المطبق على النزاع، وإنما تقضي وفق قواعد العدل والإنصاف. ويتضمن هذا النوع من التحكيم، إمكانية التنازل عن بعض الحقوق بمقابل أو بدون مقابل، وتفويض هيئة التحكيم بذلك⁽⁵⁾.

هذه الأمور وغيرها كثير، تجعل من اللجوء للتحكيم أمراً في غاية الأهمية والخطورة بالنسبة لرجال الأعمال، وخاصة في الصفقات المالية كبيرة الحجم. ومن هنا تبرز أهمية شرط التحكيم. فالمسألة ليست اللجوء للتحكيم فحسب، وإنما كيفية هذا اللجوء، ولأي جهة، وما هي حدود المهمة الملقاة على عاتق المحكمين، ومن هم المحكمون الذين سينظرون النزاع، وما هي مؤهلاتهم. لذلك، في مثالنا السابق، فإن الشركة الغربية لم تركز على اللجوء للتحكيم فحسب، وإنما على جهة معينة تكون مسؤولة عن إدارة التحكيم والإشراف عليه دون غيرها، ولو أدى ذلك إلى إلغاء الصفقة في حال عدم تحقق رغبتها.

وبالرغم من ذلك، نجد أن رجال الأعمال العرب لا يولون، في كثير من الأحيان، اتفاق التحكيم الأهمية التي كان يجب أن تعطى له، فيقعون بالمحاذير والمشاكل التي كان يمكن تلافيها، بإعطاء هذا الاتفاق الأهمية اللازمة له، قبل توقيع العقد المتضمن لشرط التحكيم.

ثالثاً: صياغة اتفاق التحكيم

(5) المرجع السابق، فقرة 74



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

وفي الحياة العملية، فإن شرط التحكيم يمكن أن يكون بأبسط صيغة ممكنة، كقول مثل أن أي خلاف حول هذا العقد، تتم تسويته باللجوء للتحكيم. ومثل هذا الاتفاق الصحيح، أثار ويثير مشاكل حول مسائل أخرى لم يتضمنها الشرط، مثل مكان التحكيم، والقانون المطبق على النزاع، ولغة التحكيم، وكيفية تعيين المحكمين، ومؤهلاتهم. بل أبعد من ذلك، فإن شرطاً كهذا، يثير الخلاف حول تفسيره، أي ما يشمل التحكيم وما لا يشمل. فإذا حصل خلاف حول صحة العقد أو فسخه أو انفساخه، أو حتى صحة شرط التحكيم ذاته، فهل يكون من اختصاص هيئة التحكيم الفصل في هذا النزاع؟! أم يكون فصله من اختصاص القضاء باعتبار أن المنازعة تدور أصلاً حول صحة الشرط، وبالتالي اختصاص هيئة التحكيم ذاتها؟ ورب قائل أنه من غير المعقول إعطاء الاختصاص لجهة خاصة لتفصل هي ذاتها باختصاصها، حيث تكون هي الحكم والخصم في آن واحد.

رابعاً: الشروط الاتفاقية

لذلك، يفضل عند الاتفاق على التحكيم، عدم الاكتفاء بشرط عام في هذا الشأن وإنما، إذا اقتضى الأمر، تفصيله إلى الحد اللازم، بحيث يعرف كل طرف من أطراف العقد حدود اللجوء للتحكيم، وشروطه، وأحكامه الهامة الأخرى، مما يزيل الإشكال مسبقاً حول مسألة أو أكثر من مسائل النزاع الشكلية أو الموضوعية، وإلا أدى ذلك إلى مشاكل مستقبلية، تعيق العملية التحكيمية وتؤدي حتماً إلى تأخير الفصل في النزاع، مع أن من أهم أسباب اللجوء للتحكيم، هو فرضية سرعة البت في النزاع بعيداً عن الشكليات ما أمكن، والتي يُعفى بها القضاء، بسبب قوانين الإجراءات أو المرافعات المدنية. ويدلنا الواقع العملي، على أن كثيراً من قضايا التحكيم، يتأخر الفصل بها لأسباب شكلية، لم يتم الاتفاق مسبقاً عليها بين الأطراف في اتفاق التحكيم، مثل مكان التحكيم ولغته والقانون المطبق على النزاع، ونطاق الاتفاق وحدوده، وكيفية تعيين المحكمين.

خامساً: نموذج لاتفاق التحكيم



مركز القانون والتحكيم
Law & Arbitration Centre

ولو فرضنا أن الأطراف يقصدون فعلاً تسوية كافة منازعاتهم الناجمة عن عقد ما أو المتعلقة به للتحكيم، مهما كانت طبيعة هذه المنازعة، يمكنهم الاتفاق على التحكيم، وفق ما يلي مثلاً:

- أي خلاف مهما كانت طبيعته ناجم عن هذا العقد، أو متعلق به، مثل تنفيذه أو تفسيره أو انقضائه، بسبب البطلان أو الفسخ أو غير ذلك، تتم تسويته باللجوء إلى التحكيم.

- يكون مكان التحكيم

- تكون لغة التحكيم

- يكون القانون هو القانون الموضوعي المطبق على النزاع.

- يتم الفصل بالنزاع بواسطة ثلاثة محكمين يتم تعيينهم وفق ما يلي:

* يعين كل طرف محكماً عنه خلال فترة

* يعين المحكمان المذكوران المحكم الثالث خلال فترة والذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم.

- يشترط في المحكم المعين من أحد الطرفين أن يكون مهندساً (..... مدنياً)، وفي المحكم الثالث أن يكون محامياً، ولا يجوز أن يكون أي محكم من جنسية أحد الطرفين.



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

- إذا لم يعين أحد الطرفين محكماً عنه، أو إذا لم يعين المحكمان المعينان عن الطرفين المحكم الثالث، يتم تعيين المحكم من قبل، وتتولى سلطة التعيين هذه، تعيين أي محكم تنقضي مهمته أثناء إجراءات التحكيم لأي سبب، مثل الوفاة والرد والاستقالة والعزل بالاتفاق.

- يجوز للأطراف تمثيل انفسهم أو تعيين ممثلين عنهم في التحكيم، سواء كانوا من المحامين أو غيرهم.

سادساً: شروط أخرى في الاتفاق

ويمكن بطبيعة الحال إضافة شروط أخرى في اتفاق التحكيم، مثل اشتراط أن يكون المحكم من جنسية أو جنس معين، وأنه في حال إبطال حكم التحكيم لأي سبب يسقط اتفاق التحكيم، ويحق لأي من الطرفين اللجوء للقضاء لتسوية النزاع، وأنه لا يجوز اللجوء للتحكيم إلا إذا توفرت شروط معينة، مثل شرط المفاوضات السابقة على اللجوء للتحكيم لمدة ثلاثة أشهر (مثلاً)، أو يرسل أحد الطرفين للطرف الآخر خطاباً خلال فترة معينة (خمسة عشر يوماً) من فشل المفاوضات، أو انقضاء فترة الثلاثة أشهر، يشعره فيه أنه سيلجأ للتحكيم، أو إحالة النزاع لشخص ثالث وسيط، وتفشل مساعي الوساطة قبل اللجوء للتحكيم، وما إلى ذلك من شروط.

ومن الجدير بالذكر أن كافة شروط اللجوء للتحكيم وأحكامه، تعتبر صحيحة وفقاً للقواعد العامة، وهي من حق أطراف العقد الذين لهم أن يدرجوا في اتفاقهم ما يشاؤون من أحكام. والقيود الوحيدة على ذلك، هو النظام العام حسب القواعد العامة، بمعنى أنه يجب أن لا يكون في اتفاق التحكيم أي شرط مخالف للنظام العام، مثل الاتفاق على تعيين محكم لا تتوفر فيه الشروط القانونية العامة الواجب توفرها في الشخص حتى يعمل محكماً، مثل الأهلية التي تتفق القوانين على اشتراطها، وأن لا يكون المحكم هو نفسه الخصم في الدعوى التحكيمية، أو جزءاً من الخصومة التحكيمية.



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

ولا شك أن الاتفاق على المسائل الأساسية في التحكيم، تساعد الأطراف وهيئة التحكيم ومؤسسة التحكيم، مستقبلاً في حال نشوب النزاع، على حسن سير العملية التحكيمية، مما يخفف من المنازعات الشكلية، ويقصر من أمد تسوية النزاع. ففي مثالنا السابق، يفترض أن لا تكون في المستقبل منازعة جدية بين الأطراف، مثلاً، حول مكان التحكيم ولا لغته ولا القانون المطبق على النزاع، ولا أسلوب أو كيفية تعيين المحكم، وهذا بدون شك مفيد للعملية التحكيمية.

سابعاً: مسألة (كلمة التحكيم أو غيرها في الاتفاق)

وبالمقابل، فإن الغموض في اتفاق التحكيم، أثار ويثير مشاكل هامة في الحياة العملية، قد يستغلها أحد الأطراف لإعاقة التحكيم، سواء نجح في ذلك من حيث النتيجة أم لم ينجح. وعلى سبيل المثال، جاء في أحد القضايا، أن العقد المتضمن لاتفاق تسوية المنازعات، نص على أنه في حال الخلاف حول العقد، يتم تعيين شخص لاقتراح الحل الودي أو التوفيقية بين وجهتي نظر طرفي النزاع⁽⁶⁾. وهنا ثار الخلاف حول ما إذا كان مثل هذا الشرط يعتبر اتفاق تحكيم أم لا. وفي قضية أخرى، كانت عبارات الاتفاق تشير لتعيين خبير لإثبات حقوق الطرفين، ويكون تقريره ملزماً لهما، وليس لأي منهما الطعن بهذا التقرير أو الاعتراض عليه⁽⁷⁾. وثار الخلاف هنا أيضاً حول مدى اعتبار هذا البند التعاقدية اتفاق تحكيم، وقد اعتبر القضاء ان العبارات في الحالة الأولى لا تعني التحكيم، بخلاف الثاني بالرغم من أن الاتفاق الثاني استخدم مصطلح أو كلمة "خبير" وليس مصطلح "محكم".

(6) استئناف قطر، 2000/348، تاريخ 2002/10/29.

(7) استئناف قطر، 2002/799، تاريخ 2003/5/6.



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

وهذا يقودنا إلى القول بأنه عند صياغة اتفاق التحكيم، يتوجب على الأطراف استخدام الكلمات والعبارات المناسبة التي تدل على التحكيم فعلاً، ويفضل في هذه الحالة استخدام ذات العبارة، خوفاً من أي اجتهاد مخالف في المستقبل.

ثامناً: مسألة (غموض اللجوء لمركزي تحكيم)

وفي قضية، ورد شرط التحكيم بصيغة أنه في حال وقوع النزاع بين الطرفين، تتم تسويته باللجوء لمركز (أ) أو لمركز (ب) التحكيمي. وعندما نشب الخلاف فعلاً، لجأ أحد الطرفين للتحكيم أمام المركز (أ)، في حين لجأ الثاني للمركز (ب) في دعوى مستقلة. والمشكلة التي ثارت هنا، هي أثر ذلك على اتفاق التحكيم من جهة، وعلى الاختصاص بالفصل بالنزاع من جهة أخرى. ومن حيث النتيجة، ذهبت بعض أحكام القضاء إلى استحالة تنفيذ اتفاق التحكيم في هذه الحالة، مما يؤدي إلى سقوطه⁽⁸⁾.

وحتى لا يكون هناك مجال للاجتهاد حول هذه المسألة، كان يجب أن يرد اتفاق التحكيم بصيغة واضحة ومحددة من حيث اللجوء لأحد هذين المركزين فقط، دون الإشارة للمركز الثاني لأنه لا لزوم لذلك أصلاً.

تاسعاً: مسألة (الشروط المسبقة للتحكيم : شرط المفاوضات)

ومن حيث المشاكل التي يثيرها شرط التحكيم، ما يمكن تسميته بالشروط المسبقة للتحكيم، وأهمها شرط المفاوضات الودية. ففي كثير من اتفاقيات التحكيم، نجد أن الشرط المتضمن للتحكيم، يقضي بأن أي خلاف بين الطرفين، يجب تسويته ودياً. فإذا تعذرت التسوية الودية خلال فترة معينة (ثلاثة أشهر مثلاً)، يحق لأي من الطرفين اللجوء للتحكيم بعد ذلك. وذهبت بعض أحكام القضاء،

⁽⁸⁾ تمييز لبنان، 1987/4/27 (الرئيس حسين زين، خلاصة الاجتهاد في النشرة القضائية اللبنانية).



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

الى أنه يجب إعمال الشرط المسبق للتحكيم قبل الذهاب للتحكيم، وإلا يتعين على هيئة التحكيم رد الدعوى لعدم الاختصاص⁽⁹⁾.

ولكن في قضية أخرى، كان كان اللجوء للتوفيق شرطاً مسبقاً للتحكيم. غير أن أحد الطرفين لجأ للتحكيم مباشرة. تم الطعن بحكم التحكيم بالبطلان لهذا السبب. إلا أن محكمة استئناف القاهرة ردت الطعن، بقولها أن سلوك الطرفين طريق التوفيق قبل التحكيم ملزم لهما ولهيئة التحكيم. إلا أن الفصل في هذه المسألة، يعني التطرق لوقائع النزاع وموضوعه، في حين أن رقابة قاضي البطلان لا تتسع لذلك، ما دام أن أسباب البطلان محددة حصراً، ولا يجوز القياس عليها أو التوسع بتفسيرها، وليس من ضمنها مسألة مخالفة هيئة التحكيم لشرط اللجوء للمفاوضات قبل التحكيم. هذا بالإضافة إلى أن الطاعن لم يثر هذا الطعن أثناء إجراءات التحكيم⁽¹⁰⁾.

وعلى ذلك، فإن شرطاً كهذا، وخاصة شرط المفاوضات المسبقة، يُحدث إرباكاً في العملية التحكيمية، أو يثير اللبس عند تنفيذ حكم التحكيم، في حال اللجوء للتحكيم دون إعمال شرط المفاوضات المسبقة، أو أثناءها بالرغم من عدم انقضاء مدة المفاوضات المتفق عليها، حتى لو كان من الواضح، أن مسيرة المفاوضات ستؤدي إلى فشل هذه المفاوضات. وهنا نود الإشارة إلى أنه في الحياة العملية، يندر أن يلجأ أحد الطرفين للقضاء أو التحكيم لتسوية النزاع المالي، قبل محاولة تسوية النزاع ودياً، بل وتكرار ذلك. وبمعنى آخر، فإن آخر ما يلجأ إليه صاحب المصلحة، هو القضاء أو التحكيم، بعد أن يكون قد استنفذ المحاولة الودية لتسوية النزاع، حتى لو لم ينص العقد على ذلك. وبناء عليه، نرى بأن وجود مثل هذا الشرط في اتفاق التحكيم، لا معنى له في غالبية

(9) استئناف القاهرة، تاريخ 2005/3/30، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، بيروت، عدد 36، ص 50.

(10) استئناف القاهرة، تاريخ 2005/7/27 المجلة اللبنانية المشار إليها في الهامش السابق، عدد 36، ص 68.



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

الأحوال سوى خلق مشكلة مستقبلية لا لزوم لها، وبالتالي نفضل عند إبرام اتفاق التحكيم عدم النص على شرط المفاوضات السابقة على التحكيم.

حتى في حال وجود مثل هذا الشرط، نرى حل المسألة حلاً عملياً لحسن سير التحكيم وتحقيق الهدف منه، فإذا لجأ أحد الطرفين للتحكيم قبل تحقق شرط المفاوضات المسبقة، فإن مقتضيات العدالة وطبيعة العمل التحكيمي، تتطلبان وقف السير في الدعوى التحكيمية، وليس ردها شكلاً، إذا اعترض الطرف الآخر عليها بسبب تقديمها قبل أوانها، بحجة عدم اللجوء للمفاوضات قبل رفع الدعوى. في هذا الفرض، يمكن لمؤسسة التحكيم المقدمة لها الدعوى التحكيمية، أو لهيئة التحكيم حسب الأحوال، أن تقرر تعليق إجراءات التحكيم، وإعطاء الطرفين فرصة للمفاوضات لفترة معينة، يتفقان عليها، أو تكون هي الفترة المنصوص عليها في اتفاقهم الأصلي. فإذا انقضت الفترة دون توصل الطرفين لاتفاق تسوية، أو اتفاقاً خلالها على استنفاد فرصة التسوية وبالتالي فشل المفاوضات، تستمر إجراءات التحكيم بناءً على طلب أحد الطرفين، الذي غالباً ما يكون المحتكم. وإذا نجحت المفاوضات، تقرر الهيئة إنهاء الإجراءات وإغلاق ملف الدعوى التحكيمية (11).

عاشراً: مسألة (تعيين المهندس الاستشاري محكماً)

ومن المشاكل العملية في التحكيم، اتفاق الأطراف في عقود الإنشاءات الهندسية على تعيين المهندس الاستشاري (المشرف)، محكماً لتسوية النزاع بين صاحب العمل والمقاول. وهنا يثور التساؤل فيما إذا كان مثل هذا التعيين صحيحاً أم لا، وأثر ذلك على حكم التحكيم. وسبب المشكلة هنا، أن المهندس الاستشاري معين من صاحب العمل للإشراف على أعمال المقاول، ويتقاضى

(11) حمزه أحمد حداد، المرجع السابق، فقرة (44).



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

أتعابه منه. والمهندس بهذا المفهوم، يعتبر ممثلاً لصاحب العمل وينوب عنه في تنفيذ الأعمال⁽¹²⁾. وكثير من المنازعات التي تنشأ بين صاحب العمل والمقاول، تكون بسبب المهندس سواء كانت بحق أو بغير ذلك. وعليه، فإن تعيين المهندس محكماً للفصل في النزاع بين المقاول وصاحب العمل، يؤدي إلى القول أن المهندس هو الخصم والحكم في آن واحد، وهذا مرفوض تماماً في تسوية النزاعات، سواء كانت عن طريق القضاء أو التحكيم.

ومن هذا المنطلق، ذهب بعض أحكام القضاء في الدول العربية، إلى عدم جواز تعيين المهندس الاستشاري محكماً في النزاع بين صاحب العمل (ويمثله المهندس) وبين المقاول، لأن القول بغير ذلك، يقضي على مبدأ الحيطة والاستقلالية في المحكم⁽¹³⁾. إلا أن أحكاماً أخرى، ذهب عكس هذا الرأي، من حيث أن اللجوء للتحكيم يتم بالاتفاق. وما دام المقاول يعلم بدور المهندس الاستشاري في تنفيذ عقد المقاولة، وصلته بصاحب العمل، ليس له أن يطعن بتعيينه محكماً لتسوية النزاع. فالتحكيم غير القضاء من هذه الناحية⁽¹⁴⁾.

هذه الإشكالية، والإضطراب الذي يمكن أن ينشأ حولها، تؤدي إلى القول بأنه يفضل عدم الاتفاق على تعيين المهندس الاستشاري محكماً في النزاع، إلا إذا لم المهندس طرفاً في النزاع ولا

(12) وقالت عنه محكمة التمييز الأردنية أنه مستخدم لدى صاحب العمل (طعن مدني 83/583، مجلة نقابة المحامين، 1984، ص 1100). وفي قضية من دبي، قضى بأن المهندس الاستشاري ينوب في الإشراف على تنفيذ أعمال المقاولة عن صاحب العمل، والشهادة التي يصدرها تلزم الأخيرة ما لم يكن هناك غش من المهندس أو تواطؤ معه (طعن مدني 167، عدد 9، تاريخ 1998/6/6، ص 464). وفي حكم آخر من دبي قالت محكمة التمييز أنه لا يجوز تعيين المهندس الاستشاري محكماً في النزاع بين المقاول وصاحب العمل، لأن المهندس يمثل صاحب العمل، فلا يجوز للشخص أن يكون خصماً وحكماً في آن واحد (طعن مدني 355، تاريخ 1998/1/4، عدد 9، ص 34).

(13) تمييز دبي، طعن 355، مجلة القضاء والتشريع، سنة 9، ص 34.

(14) تمييز دبي، رقم 130، مجلة القضاء والتشريع، عدد 13، ص 557.



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

يعلم به من جهة، وكانت صلته بصاحب العمل قد انقضت مثل انتهاء المشروع بالتنفيذ أو غير ذلك، من جهة أخرى.

أحد عشر: مسألة (التوكيل بالتحكيم)

واتفاق التحكيم آثار إشكالية آخر في الحياة العملية، يتعلق بالتوكيل في إبرام اتفاق التحكيم. والسؤال المطروح هنا، هو فيما إذا كان من الجائز إبرام اتفاق التحكيم بموجب وكالة عامة، أو يجب أن تكون هناك وكالة خاصة، في حال عدم وجود نص تشريعي يغطي هذه المسألة¹⁵. وفي بعض الدول، اتجهت أحكام القضاء إلى القول، بأن الوكالة العامة تخول الوكيل إبرام اتفاق التحكيم. وفي دول أخرى، ذهب القضاء إلى أنه لا بد من وكالة خاصة في هذا الشأن⁽¹⁶⁾.

ومنعاً للإشكال، نرى النص صراحة في الوكالة على صلاحية الوكيل إبرام اتفاق تحكيم بشأن المسألة المتنازع عليها. وبمعنى آخر، يفضل إعطاء وكالة خاصة باتفاق التحكيم في كل نزاع أو مجموعة نزاعات على حدة، وإن كنا نرى أن جواز قبول الوكالة العامة المنصوص فيها صراحة إعطاء الوكيل حق إبرام اتفاقيات التحكيم بشأن أي نزاع.

اثنا عشر: مسألة (كتابة الاتفاق)

⁽¹⁵⁾ على سبيل المثال القانون اللبناني. حيث تنص المادة (778) من قانون الموجبات والعقود، على أن أعمال المصالحة والتحكيم تقتضي دوماً وكالة خاصة.

⁽¹⁶⁾ وفي حكم لمحكمة النقض السورية في 1955/7/28، أشارت إلى أنه لا بد من وكالة خاصة بالتحكيم (ضاحي وبدر، ج1، رقم 1208)؛ أيضاً الحكم الصادر في 2000/8/28 (الألوسي، قاعدة 23)؛ ومن دبي، تمييز مدني، طعن 91، في 1999/3/6، عدد 10، ص222؛ وطعن 144 و177، تاريخ 2002/5/18، عدد 13، ص398؛ أنظر أيضاً استئناف القاهرة، 91 تجاري، في 2002/12/30 (المجلة اللبنانية، عدد 31، ص30). أيضاً تمييز الكويت، طعن 66 تجاري، تاريخ 1981/12/23، عدد 6.



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

وغالبية الدول العربية، إن لم يكن كلها، تنص صراحة على أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً⁽¹⁷⁾. ومن المشاكل التي تارت حول الكتابة، وجود أمر شراء من أحد الطرفين (المشتري) للآخر (البائع) يتضمن شرط تحكيم. لم يُجب البائع على أمر الشراء بالقبول الصريح، وإنما قام بتنفيذ الصفقة. وفيما بعد، حصل خلاف بين المشتري والبائع حول العقد. وفي حين تمسك أحدهما باللجوء للقضاء لعدم وجود اتفاق تحكيم مكتوب، لجأ الآخر للتحكيم، على اعتبار أن تنفيذ العقد يعني قبول أمر الشراء بكافة أحكامه، بما فيه شرط التحكيم. إلا أن القضاء رفض ذلك، وقال في هذا الشأن، بأنه لا يجوز استخلاص الاتفاق على التحكيم من تنفيذ أحد الطرفين لأمر الشراء الصادر من الطرف الآخر، والمتضمن شرط تحكيم⁽¹⁸⁾.

ثلاثة عشر: مسألة (الإحالة لوثيقة أخرى)

وقد لا يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي موضوع النزاع، وإنما يتضمن العقد بنداً يحيل فيه لأحكام وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم. ومثال ذلك، وثيقة الشحن (البحري) التي تنظم العلاقة ما بين الشاحن (مالك البضاعة مثلاً)، وبين الناقل البحري. فمثل هذه الوثيقة، تتضمن بعض أحكام تلك العلاقة دون الأحكام الأخرى، حيث نجد فيها بنداً ينص على أنه تسري أيضاً على العلاقة، أحكام عقد إجارة السفينة (مشاركة الإيجار) المبرم بين الناقل وبين مالك السفينة، علماً بأن هذه المشاركة، تحتوي على شرط تحكيم. والسؤال المثار هنا فيما إذا كان هذا الشرط غير الموجود في وثيقة الشحن فعلياً، يسري على العلاقة بين الشاحن والناقل.

⁽¹⁷⁾ ولكن قبل صدور قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لسنة 1992 في الإمارات، لم تكن الكتابة شرطاً لإثبات الاتفاق. وفي هذا المجال، كان قد قضي في دبي بأنه لا يوجد في القوانين المعمول بها في دبي، ما يدل على اشتراط الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم. وحسب المادة (1) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي، يحكم بالشريعة الإسلامية في حال عدم وجود النص. والفقهاء المسلمون لم يشترطوا في الاتفاق على التحكيم أن يكون مكتوباً، بل أجازوا إثبات الاتفاق بشهادة الشهود وبالنكول عن اليمين (طعن مدني رقم 53، تاريخ 1991/10/16، عدد 2، ص 466).

⁽¹⁸⁾ تمييز دبي 2004/220، تاريخ 2005/1/7.

وقد اتجهت أحكام القضاء إلى القول بسريانه استناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁹⁾. إلا أن قوانين التحكيم الحديثة، تقضي بعدم سريانه، إلا إذا كانت الإحالة واضحة، من حيث اشتغالها على شرط التحكيم. كقول مثلًا تسري أحكام مشاركة السفينة بما فيها من شرط التحكيم، على العلاقة بين الشاحن والناقل⁽²⁰⁾.

ومنعاً لأي إشكال قد يثور مستقبلاً، نرى عند وجود مثل هذه الإحالة، النص صراحة فيها على أن اتفاق التحكيم المدرج في الوثيقة المحال إليها، يسري في الوثيقة التي تتضمن بند الإحالة.

أربعة عشر: مسألة (التحكيم المؤسسي)

ومن المسائل الهامة التي تثور بشأن اتفاق التحكيم، الاتفاق على التحكيم المؤسسي، ويقصد به اتفاق الأطراف على تسوية النزاع عن طريق إحدى مؤسسات التحكيم المحلية أو الدولية. وتتولى المؤسسة في هذه الحالة إدارة التحكيم والإشراف عليه وفق قواعد معروفة مسبقاً، يمكن للأطراف الحصول عليها بسهولة. ويفضل في هذه الحالة، عدم الاتفاق على إحالة النزاع لإحدى مؤسسات التحكيم، إلا بعد معرفة الأطراف للقواعد المطبقة لدى تلك المؤسسة، والأتعاب التي تتقاضاها منهم هذا بالإضافة إلى أن الإحالة لهذه المؤسسة أو تلك، يجب أن يكون واضحاً ومحددًا وخاصة بالنسبة لاسم المؤسسة المحال لها التحكيم.

⁽¹⁹⁾ وقضت محكمة تمييز دبي بأن الإحالة في عقد المقاولة للشروط العامة للفيديك لتسوية النزاع، تكفي لإلزام الطرفين باتفاق التحكيم (طعن 2002/462، في 2003/3/2، عدد 14، ص 251). وقضت المحكمة ذاتها، بأنه إذا أحال سندن الشحن لمشاركة إيجار السفينة، وكانت المشاركة تتضمن شرط تحكيم، فيسري هذا الشرط على المرسل إليه حسب سندن الشحن (طعن 51، في 2003/5/18، عدد 14، ص 611).

⁽²⁰⁾ ومثال ذلك، المادة (2/7) من القانون النموذجي، والمادة (3/10) من قانون التحكيم المصري، والمادة (3/10) من قانون التحكيم العماني، والمادة (10/ب) من قانون التحكيم الأردني.

خمسة عشر: مسألة (التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح)

والتحكيم، كما هو معلوم، ينقسم إلى تحكيم بالقانون وآخر بالصلح. والأصل في التحكيم أنه تحكيم بالقانون، والاستثناء التحكيم بالصلح. لذلك، إذا رغب الأطراف بالتحكيم بالصلح، فيجب الاتفاق على ذلك صراحة. والفرق الأساسي بين كلا النوعين، أنه إذا كان التحكيم بالقانون، فإنه يتوجب على هيئة التحكيم، الحكم وفق القواعد القانونية المتبعة في القانون المطبق على النزاع، وهي من هذه الناحية كالقاضي الرسمي تماماً. أما إذا كان التحكيم بالصلح، فإن هيئة التحكيم تطبق قواعد العدالة والإنصاف بمعزل عما ينص عليه القانون الواجب التطبيق. ومثال ذلك أن يكون النزاع حول عقد بيع، ويتفق الطرفان على إحالته للتحكيم. فإذا كان التحكيم بالقانون، وطالب المشتري البائع بتسليم البضاعة، وكان القانون المصري هو القانون المطبق على النزاع، فيجب على هيئة التحكيم أن تقضي له بطلبه، تمشياً مع حكم القانون. أما إذا كان التحكيم بالصلح، فقد ترى هيئة التحكيم أنه من العدالة والإنصاف، عدم إجبار البائع على تسليم البضاعة بالرغم من إمكانية ذلك، وإنما تحكم عليه بالتعويض خلافاً لحكم القانون.

وأبعد من ذلك، فإنه بمقدور هيئة التحكيم في التحكيم بالصلح أن تخالف العقد الأصلي، وأن لا تنتقيد بتنفيذه حرفياً. ولها في هذه الحالة، مثلاً، أن تخفف من الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين أو تزيد الحقوق المعطاة للطرف الآخر، خلافاً للعقد في كلا الحالين. ومثال ذلك، أن تكون نسبة الفائدة الاتفاقية على المدين قد تكون (3%)، إلا أن الهيئة ترى عدالة فرض فائدة عليه بمقدار (2%)، أو (5%) إذا رأت عنت المدين في عدم التنفيذ.

ومن هنا، فإن أطراف الاتفاق، يجب أن يعلموا مسبقاً لأي تحكيم هم ذاهبون، مع التذكير ثانية بأن عدم النص في الاتفاق على التحكيم بالصلح، يعني التحكيم بالقانون حكماً. فإذا رغبوا في التحكيم بالصلح، يفضل أن تذكر هذه العبارة أو أي عبارة أخرى، تؤدي الغرض المنشود، صراحة



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

في الاتفاق، كالقول مثلاً بإحالة النزاع للتحكيم بالصلح، أو للتحكيم وفق قواعد العدالة والإنصاف، أو وفق ما يمليه ضمير المحكم بمعزل عن حكم القانون⁽²¹⁾.

سنة عشر: مسألة (نزاعات غير قابلة للتحكيم)

وأحياناً، يحظر القانون المطبق على النزاع التحكيم بالنسبة لبعض المنازعات المالية، وينص صراحة على وجوب إحالة هذه النزاعات للقضاء حصراً. ومثال ذلك، المنازعات الخاصة بالوكالات التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، في حدود ما ينص عليه القانون رقم 18 لسنة 1981، المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 1988. فالمادة (6) من القانون المذكور تقضي بأنه "يعتبر عقد الوكالة التجارية لمصلحة المتعاقدين المشتركة، وتختص محاكم الدولة بنظر أي نزاع ينشأ عن تنفيذه بين الموكل والوكيل، ولا يعتد بأي اتفاق يخالف ذلك"⁽²²⁾. كما نصت المادة (3) من ذات القانون بأنه "لا يجوز مزاولة أعمال الوكالة التجارية في الدولة إلا لمن يكون اسمه مقيداً في سجل الوكلاء التجاريين المعد لهذا الغرض بوزارة الاقتصاد والتجارة، ولا يعتد بأي وكالة تجارية غير مقيدة بهذا السجل، كما لا تسمع الدعوى بشأنها".

وتطبيقاً لذلك، استقر الاجتهاد القضائي في دولة الإمارات، على أن القانون أناط بمحاكم الدولة، الفصل في كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد الوكالة التجارية بين الوكيل والموكل، وإبطال كل

(21) حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، فقرة 179 وما بعدها.

(22) ولكن حصر الاختصاص في مسألة معينة بالقضاء، كما هو الحال في قوانين الإيجارات (الاستثنائية) في لبنان، لا يعني بالضرورة عدم جواز اللجوء للتحكيم (استئناف بيروت، 2004/10/21، المجلة اللبنانية، عدد 32، ص 23). وفي هذه القضية اعتبرت المحكمة أن شرط التحكيم في عقد الإيجار (الاستثنائي) صحيح وواجب الأعمال، بالرغم من أن القانون اللبناني، ينص على اختصاص القاضي المنفرد بصورة إلزامية، في المنازعات الإيجارية. ولكن الوضع مختلف بالنسبة لعقد التنفيذ التجاري، حسب المادة 5 من المرسوم الاشتراعي رقم 67/34 وتطبيقاته القضائية.



مركز القانون والتحكيم Law & Arbitration Centre

اتفاق يخالف ذلك، متى كانت الوكالة مقيدة بسجل الوكلاء التجاريين. وفي هذه الحالة، إذا تم الاتفاق على إحالة النزاع بين الوكيل والموكل إلى التحكيم، فإنه لا يعتد بهذا الاتفاق، وينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة بنظر النزاع⁽²³⁾.

وبناءً عليه، فإنه قبل الاتفاق على التحكيم، يتعين على الأطراف معرفة ما إذا كان يجوز إحالة نزاعهم إلى التحكيم أم لا. وبغير ذلك، قد يلجأ الأطراف للتحكيم في مسألة لا يجوز التحكيم بشأنها. وبعد صدور حكم التحكيم، يطعن المحكوم عليه ببطلان الحكم لمخالفته لقاعدة من قواعد الاختصاص القضائي المتعلقة بالنظام العام، ويبطل القضاء الحكم فعلاً، ليعود الأطراف لنقطة الصفر في تسوية نزاعهم، وهو ما حدث فعلاً في العديد من القضايا العملية.

الخلاصة

ما تم ذكره سابقاً، هو بعض وليس كل المشاكل التي يواجهها التحكيم في الدول العربية، بالنسبة لاتفاق التحكيم. وهناك مشاكل أخرى كثيرة لا مجال لذكرها لغايات هذه المحاضرة، تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، ورد المحكم، وإجراءات التحكيم، وحكم التحكيم ذاته وبطلانه. وما نود التأكيد عليه هنا ثانية، أن اتفاق التحكيم هو المرحلة الأولى للذهاب إلى التحكيم، وبدونه لا يوجد تحكيم⁽²⁴⁾. لذلك، يتعين على رجال الأعمال والشركات في الدول العربية إيلاء هذا الاتفاق الأهمية التي يستحقها قبل توقيعه، وعدم اعتباره شرط منتصف الليل وقف ما هو مبين سابقاً.

⁽²³⁾ مثلاً، المحكمة الاتحادية العليا، أبو ظبي 221، في 1994/3/20، لسنة 14، ص 396؛ ورقم 270، في 1995/2/14، سنة 16، ص 169. ويتضمن القانون اللبناني حكماً مشابهاً في المادة (5) من المرسوم الاشتراعي 67/34، وقضي تطبيقاً للنص بأن البند التحكيمي في عقد التوزيع التجاري الحصري باطل (محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثانية، رقم 2003/20، في 2003/7/31، المجلة اللبنانية، عدد 30، ص 42).

⁽²⁴⁾ نكرر أن المقصود بذلك التحكيم الاتفاقي، وليس غيره من أنواع التحكيم خارج إطار الاتفاق، مثل التحكيم الإجباري في بعض التشريعات.



مركز القانون والتحكيم
Law & Arbitration Centre