



مركز القانون والتحكيم
Law & Arbitration Centre

التحكيم التجاري وجوانبه الاتفاقية
ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الهندسي العربي الاستشاري الاول
(دمشق 22 – 26 / 9 / 2001)

اعداد: المحامي حمزه حداد*

مركز القانون والتحكيم

عمان – الاردن

تلفون: (+ 962 6)5345777 – فاكس: (+ 962 6)5340666

e-mail: sala@go.com.jo <http://www.lac.com.jo>

* ليسانس حقوق (جامعة دمشق)؛ دكتوراه حقوق (جامعة القاهرة)؛ دكتوراه حقوق (جامعة بريستول)؛ استاذ جامعة سابق؛ محامي ممارس.

سنتناول في ورقة العمل هذه المبادئ الأساسية التي تحكم التحكيم التجاري في مسألتين على النحو التالي:

المسألة الأولى: التحكيم بوجه عام

- أولاً: مفهوم التحكيم.
 ثانياً: أقسام التحكيم.
 1- تحكيم وطني واجنبي ودولي.
 2- تحكيم حر ومؤسسي.
 ثالثاً: ايجابيات التحكيم.
 1- بساطة الإجراءات.
 2- اختيار هيئة التحكيم.
 3- سرية الإجراءات.
 رابعاً: سلبيات التحكيم.
 1- المصاريف.
 2- تعيين المحكمين.
 3- اختلاف النظم القانونية.

المسألة الثانية: بعض جوانب اتفاق التحكيم

- أولاً: العلاقات المحددة.
 ثانياً: الاتفاق المكتوب.
 ثالثاً: مصطلح "تجارة".
 رابعاً: منازعات غير خاضعة للتحكيم.
 خامساً: شرط ومشاركة التحكيم.
 سادساً: مشاكل شرط التحكيم.
 سابعاً: تفسير اتفاق التحكيم.
 ثامناً: استقلالية اتفاق التحكيم.
 تاسعاً: انتهاء اتفاق التحكيم.

المسألة الأولى: التحكيم بوجه عام

أولاً: مفهوم التحكيم

يقوم التحكيم على اتفاق ما بين فريقين أو أكثر على تسوية منازعاتهم بالإحالة إلى التحكيم. ومثال ذلك ان 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. في هذه الحالة، إذا نشأ النزاع فعلاً، فيتوجب على الطرف المعني (أ مثلاً) ان يلجأ للتحكيم لتسوية هذا النزاع وليس إلى المحاكم النظامية. وعلى فرض ان (أ) تقدم بدعوى أمام المحكمة، فيتوجب على المحكمة أن تحيل الأطراف للتحكيم إذا توفرت شروط ذلك.

فالتحكيم إذا عبارة عن اتفاق، أي عقد يجب ان يتوفر فيه ما يتوفر في أي عقد من أركان وشروط، من إيجاب وقبول وأهلية ومحل وسبب وفقاً للقواعد العامة في العقود. والأصل ان كل نزاع يجوز إحالته للقضاء، يجوز إحالته للتحكيم بدلاً من القضاء. ويطبق هذا بوجه عام على المنازعات الناجمة عن أي عقد مالي، سواء اعتبر العقد مدنياً أو تجارياً أو إدارياً⁽¹⁾، في الدول التي تأخذ بالترقية بين العقود التجارية والمدنية الإدارية، مثل عقود البيع والشركة والإجارة والوكالة والتأمين والكفالة والنقل والرهن والقرض والعقود المصرفية والامتياز والمقولة.

وكما يجوز الاتفاق على التحكيم في العقود النهائية، يجوز ذلك في الوعد بالعقد باعتباره عقداً. بل ابعد من ذلك، ليس بالضرورة ان تكون العلاقة المالية ناجمة عن عقد، بل ربما تكون ناشئة عن أي مصدر آخر من مصادر الالتزام المختلفة من فعل ضار (عمل غير مشروع) أو فعل

(1) وفي مصر ثار خلاف حول ما اذا كان قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 يشمل العقود الإدارية ام 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 او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

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

ثانياً: تقسيم التحكيم

1- 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 ان نشير إلى بعض المعايير التي تبنتها قواعد قانونية دولية، أو حتى وطنية، بشأن التحكيم الأجنبي والدولي حيث المبدأ تحكيمياً وطنياً.

فبالنسبة للتحكيم الأجنبي، هناك اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية foreign awards، التي أوجبت على الدول المنضمة لها ان تنفذ على أراضيها، كمبدأ عام، قرارات التحكيم الصادرة في دولة أخرى. فالمعيار هنا شكلي بحت، بمعنى انه حيث يصدر قرار

(2) انظر، المادة (1/7) من قانون اليونسترال 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).

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 ان يحيل العقد في تسوية النزاعات إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري، ويتم التحكيم وفق قواعد المركز في القاهرة ويصدر القرار فيها. في هذا المثال، لا يكون التحكيم محلياً بالنسبة للقانون المصري، وإنما يكون دولياً فتطبق عليه اتفاقية نيويورك بالرغم من ان قرار التحكيم صدر في مصر (المادة 3/ثانياً من القانون رقم 1994/27).

وبالنسبة للتحكيم الدولي، نص القانون النموذجي لليونسترال على ان التحكيم يكون دولياً في إحدى الحالات التالية (المادة 3/1):

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

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

أ: مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم، أو

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

3- إذا اتفق الطرفان صراحة على ان 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 ان العبرة عندئذ لمقر العمل الأكثر صلة باتفاق التحكيم، ونص في الحالة الثانية على ان العبرة في وضع كهذا لمحل الإقامة المعتاد لذلك الشخص (المادة 4/1).

وأضاف القانون المصري ومن بعده العماني، للحالات أعلاه، الحالة التي يتفق فيها طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز تحكيم داخل مصر (أو عمان) أو خارجها⁽³⁾.

ومما تعنيه المعايير أعلاه بالنسبة للتحكيم الأجنبي والدولي، ان 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 او المصري. ولو عقد التحكيم ذاته و صدر القرار في مصر، فإنه يعتبر تحكيميا 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، و صدر القرار في سوريا، فإنه لا يعتبر تحكيميا دوليا بمفهوم القانون المصري، وان 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 فان القانون النموذجي لا يطبق على التحكيم الداخلي (أو الوطني) بالنسبة للدول التي تطبقه على التحكيم التجاري الدولي فقط، مثل البحرين في المرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1994⁽⁴⁾.

2- التحكيم الحر والمؤسسي⁽⁵⁾

ومن جهة أخرى، ينقسم التحكيم إلى تحكيم طليق 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 اذن شكلي من حيث وجود مثل تلك

(3) المادة 2/3 من القانونين المشار اليهما اعلاه.

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

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

الإشارة أو عدم وجودها في اتفاق التحكيم. ومثال ذلك، ان 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 ان كل مركز من هذه المراكز أو غيرها المنتشرة بشكل واسع في العالم، يكون له قواعده التحكيمية الخاصة به، وهي عموماً 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 جزءاً من اتفاقهم، بل هي تعتبر كذلك من الناحية القانونية. اما حيث يكتفي الأطراف بالإحالة إلى التحكيم فحسب، يكون التحكيم حراً وليس مؤسسياً، وعندئذ يتم تشكيل هيئة التحكيم وإعداد إجراءاته اما بالاتفاق، وهذا هو الأصل، أو وفقاً للقانون (الوطني) الواجب التطبيق على هذه الأمور. ويجوز للطرفين في أي وقت العدول عن التحكيم الحر واللجوء إلى التحكيم المؤسسي بدلاً منه أو العكس.

ومن ابرز قواعد التحكيم الحر في الوقت الحاضر في المجال الدولي، القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية (UNCITRAL)⁽⁶⁾. فبدلاً من قيام الأطراف أو هيئة التحكيم بإعداد قواعد إجرائية لاتباعها في التحكيم الحر، سهلت اللجنة المهمة عليهم بان وضعت تلك القواعد لاتباعها اذا رغب الأطراف بذلك. وقد انتشرت هذه القواعد انتشاراً واسعاً في إطار التحكيم الدولي، حتى ان بعض مؤسسات التحكيم تبنتها واعتبرتها هي القواعد المطبقة لديها في حال إحالة الأطراف للتحكيم وفق قواعد تلك المؤسسة⁽⁷⁾. بل ان بعض الدول تبنتها في تشريعاتها الداخلية للتحكيم المؤسسي لديها⁽⁸⁾.

وفي التحكيم المؤسسي، تختص المؤسسة المحال لها التحكيم بنظر النزاع دون غيرها. فلو تقدم أحد الطرفين بطلب تحكيم أمام مؤسسة أخرى، فانه يجوز للطرف الآخر ان يرد على ذلك الطلب بعدم الاختصاص، او حتى لا يرد مطلقاً. ومن الناحية العملية، فان تلك المؤسسة الأخرى تغلق ملف التحكيم، بل يجب عليها ذلك. فلو فرضنا انها استمرت بالتحكيم بالرغم من ذلك، فان

(6) وقد ابتدأ العمل باعداد هذه القواعد سنة 1973، واقرتها لجنة قانون التجارة الدولية في جلستها الثامنة سنة 1976. وانظر وثيقة الامم المتحدة رقم A/31/17، القسم الخامس (الكتاب السنوي اليونسترال، 1976، ص9، 20 - 27).

(7) مثل مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

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

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، التقيد بقواعد التحكيم المطبقة لدى المؤسسة، باعتبارها أصبحت جزءا من اتفاقهم، وإلا جاز لأطراف النزاع الطعن بأي مخالفة بهذا الخصوص⁽⁹⁾. وعلى سبيل المثال، تنص القواعد التحكيمية المطبقة لدى مركز القاهرة، وهي قواعد اليونسترال، 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 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 ان يعالج المخالفة، او حتى الطعن بقرار التحكيم الذي صدر من هيئة مشكلة تشكيلا مخالفا للاتفاق، وهو ما يقضي به القانون النموذجي وقوانين بعض الدول العربية مثل القانونين المصري والعماني⁽¹⁰⁾.

وربما يكون من المفيد ان نذكر هنا ان 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 بند 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 مناسبا، ولكن مع الإشارة إلى تطبيق قواعد ذلك المركز.

ثالثا: ايجابيات التحكيم

1- بساطة الإجراءات

(9) ولكن تجدر الإشارة الى ان قواعد التحكيم تتجه في الوقت الحاضر الى سقوط صاحب الحق بالاعتراض، اذا توفرت شروط معينة منها عدم تقديم اعتراضه خلال وقت معين من علمه بوقوع المخالفة (انظر، على سبيل المثال، المادة 4 من القانون النموذجي؛ والمادة 8 من كل القانونين المصري والعماني).

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

ويمتاز التحكيم ببساطة الإجراءات حيث نجد ان هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، مثل التبليغات وادارة الجلسات وتنظيمها، وتقديم البيانات، والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك. وهي في كل هذه الأمور وغيرها تبتعد، 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. والنتيجة الطبيعية لذلك، ان يصدر قرار التحكيم خلال وقت اقصر بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء.

2- 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 ان تعطى الفرصة لتعيينه لطرفي النزاع، أو للمحكمين اللذين اختارهما الطرفان عنهما وذلك حسب قواعد التحكيم المطبقة على النزاع⁽¹¹⁾. مثل 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 عن ذلك النظام القضائي الوطني. وفي هذا المجال أيضاً، فان بعض المحكمين، ان لم يكن كلهم، انما يتم اختيارهم من ذوي الاختصاص والكفاءة بالنسبة للعقد موضوع النزاع، خاصة فيما يسمى بالتحكيم المؤسسي الذي أشرنا إليه فيما مضى.

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

3- سرية الإجراءات

والأصل في إجراءات التحكيم انها سرية إلا على أطراف النزاع وممثليهم، بحيث يمكن القول ان مثل هذه السرية تعتبر من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها سواء في التحكيم الدولي أو الداخلي، حتى لو سكتت القواعد القانونية النافذة (التشريع الوطني مثلا) 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: ان التجار عموما يفضلون، في بعض الأحيان، سرية الإجراءات على علنيتها وذلك حفاظا، ما أمكن، على سرية الصفقات التجارية التي يبرمونها وتفصيلاتها المختلفة، وأسماء الأشخاص الذين يتعاملون معهم. بل ان 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، فانهما يفضلان تسويته بالطرق الودية أو، بأحسن الظروف، عن طريق التحكيم.

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

رابعاً: سلبيات التحكيم

المصاريف

-1

وتقابل محاسن التحكيم أو ميزاته المشار إليها مثالب عدة لا يمكن التجاوز عنها، بحيث يمكن القول ان التحكيم، كأى نظام قانوني آخر، ليس كله محاسن ولا كله مثالب. فمن الانتقادات التي يمكن ان 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 لاتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم حيث يكون التحكيم مؤسسياً. وعلى الأغلب، فان هذه الأتعاب والمصاريف تتناسب طردياً مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة⁽¹²⁾.

2- تعيين المحكمين

ومن جهة أخرى، فان الشخص الذي يعين محكمه قد يشعر في قرارة نفسه بانه يفترض في ذلك المحكم ان يدافع عن مصلحة من عينه، أو يمثل وجهة نظره ولو جزئياً. وربما ينطبق هذا القول أيضاً على المحكم نفسه في علاقته بمن عينه أو رشحه للتعيين 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 ان نسلم بأنه الواقع أحياناً. لذلك، ليس غريباً ان نجد رئيس هيئة التحكيم في العديد من القضايا (في الهيئة الثلاثية مثلاً)، يحاول ان يكون موفقاً بين وجهتي نظر المحكمين الآخرين. والى الدرجة التي يصح فيها هذا الافتراض، فان ذلك يؤثر على العملية

(12) انظر، على سبيل المثال، جدوال الاتعاب والنفقات المرفقة بقواعد غرفة التجارة الدولية (ICC)، وقواعد الـ WIPO، وغرفة تجارة ابو ظبي، وغرفة تجارة دبي، والجمعية اللبنانية للتحكيم.

التحكيمية من حيث وجوب حياد أعضاء هيئة التحكيم، ونزاهتهم، وعدم تحيزهم، أو الشعور بعدم تحيزهم لصالح طرف ضد طرف آخر من أطراف النزاع.

3- اختلاف النظم القانونية

كما ان انتماء أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع وممثلهم، في كثير من الحالات لانظمة قانونية مختلفة، واحيانا عدم معرفة الهيئة لاحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع من جميع جوانبه بدقة، قد يؤثر سلبا على مجريات القضية التحكيمية بما في ذلك قرار التحكيم ذاته⁽¹³⁾. وهذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني حيث ان 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 ان وضعا كهذا، ربما يؤدي أحيانا إلى تعقيد إجراءات التقاضي وإطالتها، مما يفقد التحكيم إحدى مزاياه، التي أشرنا إليها سابقا⁽¹⁴⁾.

المسألة الثانية: بعض جوانب اتفاق التحكيم

أولاً: العلاقات المحددة

ويجب ان يكون النزاع المتفق على إحالته إلى التحكيم ناشئاً عن علاقة قانونية محددة أو مجموعة علاقات محددة⁽¹⁵⁾. ومثال ذلك ان 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 ان أي

(13) ومن الامثلة العملية التي يمكن ان اسوقها في هذا الشأن احدى القضايا التي عرضت امامي كمحكم في احدى القضايا الدولية. وفي هذه القضية طالب محامي احد الطرفين، هو ينتمي لنظام الـ Common Law، بتطبيق نظرية الاخلال المتوقع بالعقد anticipatory breach of contract، وحاول جهده للدفاع عن ذلك، في حين ان القانون الواجب التطبيق على النزاع لا يعرف هذه النظرية وليس لها بالتالي اي تطبيقات قضائية استنادا لذلك القانون.

(14) وهذا بافتراض ان القانون الوطني هو الواجب التطبيق على النزاع، وذلك دون اغفال ان مختلف النظم القانونية تجيز تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني اذا توفرت شروط معينة.

(15) انظر المادة (1/2) من اتفاقية نيويورك لسنة 1959 حول الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية؛ المادة 1/7 من القانون النموذجي؛ المادة (1/10) من القانونين المصري والعماني.

نزاع ينشأ عن أي من هذه العقود تتم إحالته للتحكيم. وقد تكون العلاقة أو العلاقات غير محددة على هذا النحو، ومثال ذلك ان يتفق (أ) مع (ب) مسبقاً على ان النزاعات الناشئة عن أي عقد بيرمانه في المستقبل يجب إحالته إلى التحكيم، أو يحصران ذلك بطائفة من العقود المستقبلية (مثل عقود البيع أو عقود المقاوله). في هذه الأحوال لا تكون لديهما علاقة أو مجموعة علاقات محددة، وانما مجموعة علاقات مستقبلية لم تنشأ بعد، مما يبعد عنها صفة التحديد. وعلى ذلك يمكن القول ان 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 ان النزاع ذاته المتفق على تسويته تحكيماً يجب ان يكون معروفاً أو محدداً عند إبرام اتفاق التحكيم. إذ لا خلاف انه يجوز الاتفاق على التحكيم بالنسبة لنزاع مستقبلي محتمل الذي ربما لا يقع بتاتا⁽¹⁶⁾. بل ان اغلب النزاعات التي تحال إلى التحكيم عملاً، نجد انها أحييت بموجب شرط تحكيم وارد في العقد ذاته موضوع العلاقة الأصلية. في هذه الحالة، يكون النزاع غير معروف مسبقاً، ولكنه ناشئ عن علاقة محددة في العقد، وهو ما سنبينه فيما بعد.

ثانياً: الاتفاق المكتوب

ويجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ويكون كذلك بعدة طرق منها الاتفاق التقليدي الأكثر شيوعاً في الحياة العملية، وفيه يوقع الطرفان على الاتفاق اما بصورة مستقلة، أو يوقعان على العقد موضوع العلاقة الأصلية، المتضمن شرط التحكيم. ومنها ان 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 ان يحيل الطرفان في مراسلاتهما إلى عقد نموذجي يحتوي على شرط التحكيم، في حين ان المراسلات ذاتها لا تحتوي على مثل هذا الشرط. ومثال ذلك ان يرسل (أ) رسالة بالتللكس إلى (ب) يطلب منه بيعه كمية من الحبوب (بسعر ومواصفات معينة) وفقاً للعقد النموذجي لجمعية تجار الحبوب في لندن، فيوافق (ب) على ذلك، ويكون العقد النموذجي متضمناً شرط التحكيم⁽¹⁷⁾.

(16) انظر المادة (1/7) من القانون النموذجي؛ المادة (10) من القانونين المصري والعماني.

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

بل ابعد من ذلك، ربما لا يكون هناك اتفاق تحكيم مسبق، أو حتى بعد نشوء النزاع، وانما يتم الاتفاق على التحكيم ضمنا من خلال تبادل اللوائح الخاصة بالنزاع. وعلى سبيل المثال، ان لا يتضمن عقد البيع بين (أ) و (ب) شرط تحكيم. فينشأ نزاع بينهما حول مواصفات البضاعة فيما إذا كانت مطابقة للعقد ام 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، وانما يرسل إجابته على الطلب موضوعيا دون تحفظ. وبعد ذلك تستمر إجراءات التحكيم ويمثل الطرفان أمام هيئة التحكيم. في هذا المثال يمكن القول ان إجابة (ب) على طلب التحكيم على هذا النحو، هو موافقة ضمنية منه على التحكيم بالرغم من عدم وجود اتفاق مسبق بهذا الخصوص⁽¹⁸⁾.

وهذا يقودنا إلى القول ان اتفاق التحكيم أو الموافقة عليه ليس بالضرورة ان يكون في مواجهة طرفي التحكيم مع بعضهما مباشرة، بل يجوز ان تكون في مواجهة شخص ثالث غالبا ما يكون المحكم. ومثال اخر على ذلك ان 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).

ثالثا: مصطلح "تجارة"

وتطبق قواعد التحكيم المشار إليها آنفا على النزاعات التجارية دون غيرها، ولكن دون قصد التمييز بين القواعد التجارية والقواعد المدنية بالمفهوم التقليدي الذي أخذت به القوانين التي تتبع النظام اللاتيني، مثل فرنسا وغالبية الدول العربية. وانما يقصد بمصطلح "التجارة" المعنى الواسع بحيث يشمل المنازعات المدنية⁽¹⁹⁾. وقد اخذ بذلك صراحة القانون النموذجي عندما قال بأنه يتعين

(18) وفي القانون النموذجي يجوز ان يكون الاتفاق مكتوبا "... في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها احد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الاخر" (المادة 2/7).

(19) انظر تفصيلا حمزه حداد، الاتفاقيات العربية، مشار اليه سابقا، ص 13.

تفسير مصطلح "التجاري" تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات الطبيعية التجارية. وبعد ذلك، ذكر القانون أمثلة على مثل هذه العلاقات وهي أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها؛ اتفاقات التوزيع؛ التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية؛ إدارة الحقوق لدى الغير؛ التأجير الشرائي؛ تشييد المصانع؛ الخدمات الاستشارية؛ الأعمال الهندسية؛ إصدار التراخيص؛ الاستثمار؛ التمويل؛ الأعمال المصرفية؛ التأمين؛ اتفاق أو امتياز الاستغلال؛ المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري؛ نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية⁽²⁰⁾.

ومثل هذا التفسير الواسع لمصطلح "التجارة" أو "التجاري" تبنته أيضاً القواعد القانونية (الحديثة) المنظمة للتحكيم في الدول العربية مثل القانون المصري والعماني والبحريني⁽²¹⁾، وهو ما أشارت إليه صراحة ديباجة اتفاقية عمان⁽²²⁾.

رابعاً: 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 شخصاً طبيعياً أو شركة. ومن قبيل حماية الوكيل الوطني، تتطلب تشريعات هذه الدول أن يحال أي نزاع بين الوكيل الوطني⁽²³⁾، والشركة الأجنبية للقضاء الوطني وأن أي اتفاق على غير ذلك يعتبر باطلاً. ومثال ذلك أن تعين شركة فرنسية (أ) شركة إماراتية وكيلاً بها (أي ب) والربح الذي فات عليها. والمطالبة يجب أن ترفع أمام القضاء الإماراتي. فلو فرضنا أن (حصرياً) لها في الإمارات. فتقوم (أ) بعزل (ب) من الوكالة دون خطأ من (ب) أو مبرر مشروع. في هذه الحالة،

(20) المادة 1/1 نموذجي، الهامش.

(21) المادة 2 مصري وعماني؛ والمادة 5/1 بحريني المشار إليه سابقاً.

(22) حمزة حداد، المرجع السابق، ص 14.

(23) القانون الاردني رقم 985/44؛ والمرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 967/34.

يكون لـ (ب) الحق بمطالبة (أ) بالتعويض عليها عن الخسارة التي لحقت عقد الوكالة يتضمن شرط تحكيم ينص على ان أي نزاع بين الطرفين يحال للتحكيم استنادا لقواعد غرفة التجارة الدولية، يكون الاتفاق باطلا، ويبقى الاختصاص حصرا للقضاء الإماراتي.

وتجدر الإشارة هنا إلى ان الأحكام القانونية المذكورة خاصة بالوكالات التجارية او التمثيل التجاري بمفهوم القانون الوطني. وبناء عليه، لو تم تكليف العقد على انه بيع وليس من قبيل التمثيل التجاري، فلا يسري النص الخاص بالاختصاص على العلاقة القانونية. ومثال ذلك عقد الترخيص (Franchising). فهذا النوع من العقود يتضمن مزيجا من العلاقات القانونية المختلفة. 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 الاردنية (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 شمولاً، مما يقودنا إلى القول بعدم خضوع العقد للحكم القانوني الخاص بالاختصاص الحصري للقضاء الوطني في المنازعات، ما بين المرخص (أ) والمرخص له، المستثمر (ب) (24).

ولو تقدمنا خطوة أخرى للأمام إلى ما يسمى بعقد التوزيع. وفي هذا العقد، تعطي الشركة الأجنبية (أ) للشركة الاردنية (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.

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

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⁽²⁵⁾، في حين ان الموقف يختلف في دول أخرى، حيث لا يعتبر العقد من قبيل الوكالة التجارية فلا يخضع العقد بالتالي لتلك القاعدة⁽²⁶⁾.

ومهما يكن من أمر، فإننا نرى بان قاعدة الاختصاص الحصري للقضاء الوطني لا تطبق حيث يلجأ المواطن 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⁽²⁷⁾.

خامساً: شرط ومشاركة التحكيم⁽²⁸⁾

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

ويلاحظ في شرط التحكيم انه يتعلق بمنزاعات مستقبلية محتملة وليس بمنزاعات قائمة. وقد يقع مثل هذا النزاع فعلاً فيحال إلى التحكيم، وقد لا يقع فلا يعمل بشرط التحكيم بداهة. ويعتبر من

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

(26) مثل الاردن حسب احكام القضاء، انظر تمييز حقوق رقم 88/1021، مجلة نقابة المحامين لسنة 1989، ص 2428.

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

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

قبيل شرط التحكيم أيضا، الاتفاق اللاحق على إبرام العقد بإحالة النزاعات التي ستنتج عن ذلك العقد إلى التحكيم، ولكن قبل وقوع أي من تلك النزاعات. ومثال ذلك ان يبرم (أ) عقد توريد سلع مع (ب) لا يرد فيه شرط تحكيم. وأثناء تنفيذ العقد ولكن قبل وقوع أي نزاع، يعرض احدهما 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 انه 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 اذن، هو ان الأول يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل، في حين تتعلق المشاركة بنزاع أكيد وقع فعلاً. ويفترض في الحالة الأخيرة ان يتضمن الاتفاق ماهية النزاع الذي سيعرض على هيئة التحكيم. ومن الناحية العملية، تبدأ مشاركة التحكيم بحيثيات تتعلق بالنزاع وطبيعته، ومن ثم الإشارة إلى اتفاق الطرفين على إحالته للتحكيم مع بيان أسماء المحكمين.

وتبرز أهمية التفرقة بين شرط ومشاركة التحكيم في ان قوانين بعض الدول العربية تطلبت في المشاركة بيان ماهية المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً⁽²⁹⁾. ومن هذه القوانين القانون المصري والعماني. والنص على ذلك لا يعني، ومن وجهة نظرنا، ضرورة بيان تفصيلات النزاع، وانما يكفي ذكره بشكل إجمالي. بل ليس هناك ما يمنع من إعطاء الطرف الثاني في النزاع الحق في الاتفاق بان يتقدم بدعوى متقابلة أو حتى أصلية ناشئة عن العقد. ومثال ذلك ان 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) بان البضاعة غير مطابقة للمواصفات، ويريد ان يطالب بالتعويض عن ذلك، فتعطي مشاركة التحكيم (ب) الحق بإحالة هذا النزاع أيضا إلى التحكيم أمام ذات الهيئة. في هذا المثال تضمنت المشاركة نزاعين: احدهما 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. وابعد من ذلك، فان قصر التحكيم في المشاركة على مطالبة (أ) بالثمن، لا يمنع (ب) بداهة من إثارة كافة الدفوع الناشئة عن العقد أو

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

القانون لرد دعوى (أ) كلياً أو جزئياً، 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 التفارقة بين مشاركة التحكيم و اتفاق التحكيم اللاحق على نشوء النزاع المستند أساساً لشرط التحكيم. فقد يكون هناك شرط تحكيم، وبعد وقوع النزاع، يتفق الفريقان على أحكام أخرى تتعلق بتسوية النزاع تحكيمياً، 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 أصلاً على إبرامه، بل كان يكفي شرط التحكيم لهذا الأمر. ويترتب على ذلك القول ان الاتفاق الجديد لا يشترط فيه ما يتوجب في المشاركة، من حيث ضرورة تحديد طبيعة النزاع على النحو المذكور سابقاً.

كما تجدر التفارقة بين مشاركة التحكيم وبين ما يمكن تسميته بتحديد مهمة هيئة التحكيم (أو مرجعية هيئة التحكيم) في بعض الأنظمة التحكيمية الدولية، وهو ما يطلق عليه تجاوزاً بمشاركة التحكيم. فغرفة التجارة الدولية مثلاً، تطلب من هيئة التحكيم قبل مباشرة مهمتها ان تعد وثيقة يطلق عليها بـ (Terms of Reference)⁽³⁰⁾. وهذه الوثيقة يتم إعدادها بعد تقديم المحتكم لطلباته والمحتكم ضده لرده على الطلبات والدعوى المتقابلة، ان 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 ملخصاً لوقائع النزاع وطلبات الطرفين، ومن ثم للمسائل (الأولية) التي ستفصل بها الهيئة في ضوء ذلك، والتي غالباً ما تكون بصيغة أسئلة أو استفسارات يتوجب على الهيئة ان تفصل بها. وبعد ذلك تعرضها الهيئة على طرفي النزاع للتوقيع، ومن ثم توقعها هيئة التحكيم. وكما هو واضح، فان مرجعية هيئة التحكيم تختلف عن مشاركة التحكيم من حيث ان الأولى تعد من قبل هيئة التحكيم، في حين تعد الثانية من طرفي النزاع، وان كان كل منهما يلي نشوء النزاع. كما ان سند المرجعية لا علاقة له بالإحالة للتحكيم بل هو لاحق لهذه الإحالة، التي تستند اما إلى شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، في حين ان المشاركة هي أساس الإحالة للتحكيم.

سادساً: مشاكل شرط التحكيم

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

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 قد 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 ان 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 ان لغة التحكيم هي العربية، وكان المحكمان المذكوران لا يعرفانها.

ربما يكون من الواجب الأدبي لمؤسسة التحكيم المعنية ان 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 ان هذه المؤسسة أو تلك، قد تجتهد في قرارها، مما يؤدي أحيانا إلى تلك النتيجة غير المرضية. لذلك، فان صياغة شرط التحكيم يجب ان تعطي الأهمية اللازمة لها بما يضمن تشكيل هيئة التحكيم تشكيلا معقولا، يتفق مع طبيعة النزاع وظروفه المختلفة. وقد يكون من المهم ايضا ان يبين شرط التحكيم مواصفات 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.

سابعاً: تفسير اتفاق التحكيم

ويخضع تفسير اتفاق التحكيم للقواعد العامة في تفسير العقود. ومن هذه القواعد انه 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 العقد، فان 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 تفسيراً ضيقاً ما أمكن⁽³¹⁾. ومثال 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 تفسيراً واسعاً بما يشمل عقد الاختصاص لهيئة التحكيم. فمثلاً، قد ينص العقد في أحد أحكامه على اختصاص القضاء، ولكن في حكم آخر ينص على الإحالة إلى التحكيم. في هذا المثال يعد بند 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.

ثامناً: استقلالية اتفاق التحكيم

تتجه النظرية التقليدية في بعض الأنظمة القانونية إلى القول بأنه إذا كان العقد الأصلي باطلاً أو أبطل أو فسخ أو انفسخ لأي سبب، فإن ذات الأثر ينصرف على شرط التحكيم، باعتباره تابعاً له وجزءاً 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⁽³²⁾.

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

(31) 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 تصفيتها 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).

(32) ففي الأردن مثلاً، قضي بأنه إذا 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).

يلحق الشرط ذاته، بمعزل عن العقد الوارد فيه الشرط⁽³³⁾. ومثال ذلك ان ينص العقد على حق المتعاقد (أ) بفسخه إذا أخل المتعاقد الآخر (ب) بأحد أحكامه وذلك بإشعار بوجهه (أ) لـ (ب). فيخل (ب) بالحكم المؤدي إلى الفسخ، ويلجأ (أ) إلى الفسخ فعلا. في هذا المثال، إذا تضمن العقد شرط تحكيم، فان العقد يعتبر مفسوخا، في حين يبقى شرط التحكيم قائما ومعمولا به لتسوية النزاع بين (أ) و (ب).

والشيء ذاته يقال فيما لو انفسخ العقد بسبب القوة القاهرة، إذ يصيب الإنفساخ كافة أحكام العقد باستثناء شرط التحكيم. ومثال آخر لو أبرم (أ) عقد بيع مع (ب) دون ان يتضمن العقد شرط تحكيم، وفي الوقت ذاته، يكون (أ) غير أهل لإبرام هذا العقد لدرجة بطلانه. وفي وقت لاحق يتفق الفريقان على ان أي نزاع بشأن ذلك العقد يحال إلى التحكيم، وكان (أ) قد اصبح أهلا لإبرام هذا الاتفاق الجديد. في هذه الحالة، يكون عقد البيع باطلا، في حين يكون اتفاق التحكيم صحيحا 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 قائما لتسوية أي نزاع بينهما نشأ عن ذلك العقد.

وأساس هذا الاتجاه ينطلق من واقع عملي وهو ان سبب شرط التحكيم وهدفه في ان واحد هو تسوية النزاع عن طريق التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء. والنزاع ستم تسويته في جميع الأحوال. ولا يضير هذه التسوية ان تتم عن طريق التحكيم ما دام ان هيئة التحكيم ستفصل به وفقا للقانون الواجب التطبيق، والتي ستقضي، مثلها مثل القضاء الرسمي، ببطلان العقد مثلا، 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 أيضا، فان العقد برمته يكون باطلا بما في ذلك شرط التحكيم.

والعكس صحيح أيضا من حيث انه قد يقضى ببطلان شرط أو اتفاق التحكيم في حين تبقى شروط العقد الأخرى قائمة. ومثال ذلك أن يكون (أ) مخولا 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 صحيحا والثاني باطلا أو يتم إبطاله أو فسخه.

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

ومثال هذه الحالة ان يبزم (أ) عقد بيع مع (ج). وفي وقت لاحق يبزمان اتفاقا مستقلا بإحالة النزاع للتحكيم. ولكن عند إبرام العقد الثاني يكون (أ) او (ب) غير أهل لإبرامه في الوقت الذي كان فيه أهلا لإبرام عقد البيع.

تاسعا: انتهاء اتفاق التحكيم

ينقضي اتفاق التحكيم، كأى اتفاق آخر، إذا توفرت أحد الأسباب المؤدية إلى ذلك، ومنها تنفيذه وفسخه وانفساخه. ويستوي في سبب الفسخ ان يكون باتفاق الأطراف وهو ما يطلق عليه بالإقالة، أو بسبب إخلال أحد الفريقين بشرط من شروطه. ومثال ذلك ان ينص اتفاق التحكيم على ان يقوم أحد فريقيه بتسمية محكمه خلال خمسة عشر يوما وإلا جاز للفريق الآخر فسخه، ولا يقوم الفريق الأول بهذا التعيين خلال تلك المدة فيلجأ الفريق الآخر لفسخه. 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 للقضاء لتسوية الخلاف، فلا ينازعه الآخر في ذلك، وتستمر إجراءات التقاضي إلى حين الفصل بالخلاف قضائيا. ويمكن اعتبار مثل هذا السلوك من الفريقين بمثابة تنازل ضمني عن اتفاق التحكيم. ويقضي 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 ان يتم مثل هذا الدفع فورا وقبل الدخول في أساس النزاع⁽³⁴⁾.

ومثال ذلك ان يعرض (أ) الدعوى على القضاء ضد (ب) ويكون هناك اتفاق تحكيم. يجب على (ب) إذا أراد اللجوء للتحكيم فعلا، ان 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 ان لا يفسر هذا الرد على انه قبول باللجوء إلى القضاء، ما دام ان (ب) قد أثار الدفع في بداية لائحته الجوابية كدفع أساس.

(34) انظر، مثلا، المادة (1/16) من القانون النموذجي؛ المادة (1/21) من قواعد اليونسترال؛ المادة (1/22) من كل من القانون المصري والعماني.