

نقابة المحامين

فرع دمشق

اتفاقية التحكيم

بحث علمي قانوني

لنيل لقب أستاذ في المحاماة

مقدم من المحامي

مالك محمود الجيوش

الأستاذ المشرف

الأستاذ المدرب

المحامي أحمد حداد

المحامي محمود الجيوش

2006

كلمة شكر وعرفان واحترام

إلى معلمي وأستاذي الذي فتح لي صدره ومكتبه فكان نعم المعلم.

إلى من علمني أن طريق المحاماة هو درب النبلاء والشرفاء
وبإرشاده وتوجيهه زرع في نفسي روح العمل والإخلاص فله مني كل
تقدير واحترام.

أبي الأستاذ المحامي محمود الجيوش

ولا أنسى عظيم امتناني وشكري إلى الأستاذ المحامي أحمد
حداد الذي تفضل مشكوراً للإشراف على هذا البحث رغم ضيق وقته
وانشغاله. فأولاني كل الاهتمام وأعطاني الوفير من وقته لإنجاز هذا
البحث.

له مني كل الشكر والتقدير والاحترام.

كما أتوجه بوافر الشكر وخالص الاحترام إلى السادة رئيس
وأعضاء مجلس فرع نقابة المحامين بدمشق لما يبذلونه من جهود
عظيمة لرفع مستوى مهنة المحاماة والمحافظة على تقاليد وأعراف
المهنة.

لهم مني وافر الاحترام والتقدير.

مالك

اتفاقية التحكيم

مخطط البحث:

مقدمة:

الفصل الأول: التعريف بالتحكيم وأنواعه.

المبحث الأول: التعريف بالتحكيم.

المبحث الثاني: أنواع التحكيم.

الفصل الثاني: شرط ومشاركة التحكيم.

المبحث الأول: شرط التحكيم.

المبحث الثاني: مشاركة التحكيم.

الفصل الثالث: شروط اتفاق التحكيم وآثاره.

المبحث الأول: شروط اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم.

الفصل الرابع: تأصيل مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

خاتمة.

مقدمة

إن تراكم القضايا الخلافية أمام المحاكم النظامية خلق جواً مسموماً في المؤسسة القضائية انعكس على التأخير في فصل هذه القضايا واستغلال تأخير الفصل فيها. ناهيك عن أن عزوف العديدين عن الانتهاء إليها بأسباب شتى منها قلة مرتبات العاملين فيها من القضاة وبقية الكوادر وبعدم توفر المال اللازم في خزينة الدولة الأمر الذي دفع أصحاب القضايا إلى البحث عن حلول بديلة فكان التحكيم ضالتهن المنشودة وهو نظام قضائي استثنائي يتولاه محكمون ويعتبرون بنظر الأطراف القضاء الأكثر عدلاً والأكثر ثقافة وتبصراً و يستطيعون نظر هذه القضايا بوقت محدد وقصير ومن هناك اعتبر نظام التحكيم نظاماً يختار فيه الأطراف قضائهم ومتى شعر الإنسان أن القاضي الذي ينظر قضيته هو قاضيه وساهم باختياره واطمأن إلى أن الحكم الذي يصدر عن هذا القاضي إنما يشكل عنوان الحقيقة. و برغم أن نظام التحكيم أكثر نفقة ويعد باهظ التكاليف فإن الأطراف المتخاصمة تريد أن تقبل عليه لأنه يؤدي لحسم القضايا بسرعة فيوفر عاملين اثنين أولهما سرعة توفير الراحة النفسية للمتخاصمين وثانيهما المردود الاقتصادي للقضايا التي يؤدي حسمها إلى تداول رأس المال فيها بالمراكز الاقتصادية. وتبعاً لذلك فقد أخذ المجال يتسع أمام التحكيم في حل القضايا المتنازع حولها بالنظر لما يتمتع فيه المحكمون من حياد واستقلال وشفافية واختصار للوقت بسرعة البت بالقضايا وأن فهم التاجر لنظام التحكيم وشعور

المتقاضين أنهم اختاروا قاضيهم بأنفسهم وأن العدالة التي يلجأون إليها هي من صنع أيديهم وأن ذلك يعد تطوراً عميقاً وهائلاً في مفهوم العدالة وأنه من المفيد حقاً أن يتسع التبشير بهذا النظام وأن يقبل عليه كل العاملين في ميدان التجارة وغيرها من الميادين وخاصة العقود الهندسية وعقود التجارة الدولية وعقود المشيريات العامة وغيرها من المنازعات والعقود.

التقاضي أمام المحاكم التي تقيمها الدولة وتختار قضاتها وتضع القوانين التي تطبقها هو الطريق العادي لفض المنازعات التي تقع في المعاملات المدنية والتجارية الوطنية منها أو الدولية التي تحدد قوانين الدولة اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر بها.

فمن أهم واجبات الدولة منذ قيامها هو إقامة العدل بين الناس والفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينهم ولها وحدها الحق في فرض العدالة فلا يمكن لأحد أن يرفض تدخلها أو أن يتحرر من سلطاتها، من أجل ذلك تضع الدولة القواعد الناظمة للقضاء وتمنحه الضمانات والحصانات بما يكفل له القيام بهذه الوظيفة وتعطي للأفراد دون تمييز بينهم حق اللجوء إلى القضاء طلباً لاسترداد حقوقهم الضائعة بسبب فرد آخر من أفراد المجتمع. فحق التقاضي مكفول للجميع وفقاً للقانون ووظيفة القضاء سلطة من سلطات الدولة تتولاها وحدها دون غيرها.

وإذا كان القضاء في الدولة حكراً عليها وهو وحده صاحب الولاية العامة إلا أن ذلك لا يمنع الدولة من الخروج على هذا الأصل

وإعطاء المجال للأفراد أصحاب النزاعات اللجوء إلى حل نزاعاتهم بطرق أخرى منها وأهمها التحكيم.

ويعتبر التحكيم قائماً على فكرة أساسية في كافة التشريعات المعاصرة ألا وهي حق الأطراف في الاتفاق فيما بينهم على تجنب دور قضاء الدولة في منازعاتهم وإخضاعها لقضاء يسمون محكمين يختارونهم بأنفسهم ويرضون طوعاً بأن يفرض عليهم ما يصدر عن أولئك القضاة من أحكام وقرارات تحكيمية. فالتحكيم لا يختلف عن القضاء إلا في أن الدولة هي التي تعين القاضي وتلزم الناس بالتقاضي أمامه وتنفيذ الأحكام الصادرة عنه بينما في التحكيم، الخصوم هم الذين يختارون القاضي ويلزمون أنفسهم بتنفيذ ما يصدر عن المحكم من أحكام بإرادة نابعة من ضميره ولهذا يعتبر التحكيم قضاءً خاصاً في هذه الأيام.

والتحكيم باعتباره نظاماً خاصاً للتقاضي لا يكفي إرادة الأطراف وحدها ليقضي بل يجب أن ينص عليه القانون و يقضي بجوازه وقابلية أحكام التحكيم للتنفيذ وعلى ذلك فالتحكيم يرتكز على أساسين هما إرادة الخصوم وإقرار الدولة لهذه الإرادة.

ورأت الدكتورة ناريمان عبد القادر في كتابها اتفاق التحكيم ما

يلي:

((اتفاق الشخص على التحكيم لا يبعده عن حماية القانون ولا عن حقه في الالتجاء إلى القضاء فاللجوء إلى القضاء هو من الحقوق التي تتعلق بالنظام العام في كل الدول ولكن كما سبق القول فالاتفاق على التحكيم يمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة

المختصة أصلاً بنظر النزاع بإرادة الأطراف في اتفاق التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة المختصة بنظر النزاع بحيث إذا لم ينفذ اتفاق التحكيم لأي سبب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة. وعلى ذلك يقوم المحكم بإجبار الخصم على الرضوخ لمحاكمته والحكم في النزاع وإلا عادت السلطة القضائية إلى ممارسة عملها وبذا تكون قد حددت الوظيفة الأساسية للتحكيم.))^أ.

وارتبط التحكيم بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب وازدهر بازدهار هذه التجارة وارتبط بالقرن الحالي بتزايد اللجوء إلى التحكيم كأسلوب لحل المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تدخل بالضرورة في إطار القانون الدولي الخاص حيث كانت التجارة الدولية ولازالت هي الموقع الخصيب لإنماء تطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي بل واكتسب التحكيم أهميته البالغة في مجال منازعات التجارة الدولية وأصبح ضرورة يفرضها واقع هذه التجارة . وسنعالج في هذا البحث اتفاقية التحكيم في أربعة فصول حيث نتناول في الفصل الأول التعريف بالتحكيم وأنواعه وفي الفصل الثاني شرط ومشاركة التحكيم وفي الفصل الثالث شروط اتفاق التحكيم وآثاره ونعالج في الفصل الرابع تأصيل مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

الفصل الأول

^أالدكتورة ناريمان عبد القادر - كتاب اتفاق التحكيم ص 2

د. أبو زيد رضوان الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ص 4

التعريف بالتحكيم وأنواعه

المبحث الأول:

التعريف بالتحكيم:

يعرف التحكيم كما جاء في مقدمة ابن خلدون وبمجلة الأحكام
العدلية العثمانية:

بأنه اتخاذ الخصمين حكماً برضاهما للفصل في خصومتها
ودعواهما.

كما يعرفه من الفقه العربي الأستاذ روبرت بأنه نظام للقضاء
الخاص تقضي فيه خصومة معينة على اختصاص القضاء العادي
ويعهد بها إلى أشخاص يتم اختيارهم للفصل فيها¹.

ويفرق الأستاذ (Philippe Fouchard) بين التحكيم الداخلي
والخارجي ويعرفه من الفقه المصري الأستاذ الدكتور محسن شفيق بأنه
طريق لفرض المنازعات وملزم لأطرافها وهو نظام في بدايته اتفاق وفي
أوسطه قضاء وفي نهايته إجراء.

ويعرفه من الفقه العربي الكثير بما يفيد الاتفاق حول فكرة
التحكيم ومعناه أنه عبارة عن طرح النزاعات على أفراد لا صلة لهم
بمرفق القضاء يختارهم طرفا النزاع أو يحددهم القانون للفصل في هذا
النزاع .

¹ الأستاذ الفقيه /Robert/ في مؤلفه بعنوان Arbitrage Civil et commercial الطبعة

الرابعة رقم (1) منشور ببحث الدكتور محسن شفيق- التحكيم التجاري الدولي ص 4

د. أحمد عبد الفتاح الشلقاني- التحكيم في عقود التجارة الدولية مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة

العاشرة- العدد الثالث 1966 ص5. وأيضاً الدكتور سامية راشد-التحكيم في العلاقات الدولية

وقد بدأ التحكيم مع الحاجة لإحقاق الحق وإشاعة العدل بين الناس وكان في المجتمعات البدائية بديلاً عن نظام الدولة في التقاضي بل أن نماذج قائمة مشهورة في المجتمعات البدائية تسمى العرافة ويحتكم إليها الناس في خلافاتهم ثم طور هذا المفهوم في القرن العشرين فاتخذ أشكالاً مختلفة إذ أصبح له وجود قانوني يميزه عن قضاء الدولة وتعترف به سلطات الدولة متى يستجمع شروطاً معينة وأكثر ما صار تنظيماً في هذا المجال هو أنظمة التحكيم في التجارة الدولية ويأتي على رأس هذه الاتجاهات معاهدة نيويورك لعام 1958 الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبي وتنفيذها ونظام التحكيم في غرفة التجارة الدولية وغيرها من المراكز التحكيمية التي باتت تحل الكثير من المشاكل في الخصومات القائمة وبصورة خاصة في التجارة الدولية.

المبحث الثاني:

أنواع التحكيم:

وقد تطور التحكيم وتشعب إلى أنواع مختلفة وهي:

- التحكيم الإلزامي والتحكيم الاختياري.
- التحكيم الداخلي (الوطني) و الدولي (الخارجي).
- التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون
- التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي.
- وهناك أيضاً التحكيم القضائي.

1- التحكيم الإلزامي والتحكيم الاختياري:

- التحكيم الإلزامي:

هو التحكيم المنصوص عليه في العقد بين الطرفين فإذا ما تضمن العقد شرط التحكيم فقد صار واجباً على أطراف هذا العقد أن يلتزموا بتنفيذ مضمونه فإذا تمتع أو تردد أحد الأطراف كان من حق الطرف الآخر إلزامه بالطرق المنصوص عليها بالقانون. ويمكن عند الضرورة مراجعة القاضي الوطني وإلزام الطرف الممتنع أو المتردد بتنفيذ شرط التحكيم.

- التحكيم الاختياري:

فهو أن يتفاوض الطرفان لحل النزاع بطريق التحكيم ويتفقان على كافة المسائل اللازمة لقيام مرجعية تحكيمية بعملها وحل النزاع المعروف عليها. وهذا يتم بالاتفاق الرضائي بين الطرفين فإذا انتفى وجود مثل هذا الاتفاق فلا يمكن أن نقول أن هناك شرطاً تحكيمياً أو اتفاقاً تحكيمياً بين الطرفين وقد سمي هذا الاتفاق بالاتفاق الاختياري والتحكيم المشمول به تحكيمياً اختيارياً.

2- التحكيم الداخلي (الوطني) والتحكيم الدولي (الأجنبي):

- التحكيم الداخلي:

هو ما يسمى AD-HOC فهو تحكيم داخلي (وطني) ليس فيه عنصر أجنبي وهذا النوع من أنواع التحكيم يعبر عن رغبة الأطراف بالابتعاد عن سلطة القضاء كمرجعية لحل النزاع وهذا أيضاً يمكن أن يستعان بالقضاء الوطني عند الضرورة لإلزام الطرف الممتنع عن تنفيذ عقد التحكيم وبالتالي فإنه يتوفر المؤيد القضائي في شرط التحكيم الداخلي.

- التحكيم الدولي (الأجنبي):

فإنه نوع من أنواع التحكيم يتم اللجوء إليه في عالم التجارة الدولية.

ويتميز هذا النوع من أنواع التحكيم بأنه تحكيم مؤسسي يعتمد على رجال الأعمال باللجوء إلى أحد أنظمة التحكيم العالمية وهي ما تمت الإشارة إليه فيما سبق.

3- التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون:

- التحكيم بالصلح:

هو أن يتفق المتعاقدان على حل النزاعات التي تنشأ بينهما بطريق التحكيم ويفوضان المحكم المختار من قبلهما أو المحكمين سواء كانوا فرداً أو عدداً يفوضانهم بالصلح. ومتى وقع تفويض المحكم بالصلح فقد بات من المتوجب إعفاؤه من التقيد بقواعد الإجراءات والقانون لأن مثل هؤلاء المحكمين حين يفوضون بالصلح فإنه غالباً ما يفهمون بأن مهمتهم هي سرعة الإنجاز وتحقيق مبادئ العدالة وقد نص قانون أصول المحاكمات السوري بموجب المادة /532/ على جواز استئناف الأحكام الصادرة عن المحكمين طبقاً للقواعد والمهل المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم ولا تقبل الاستئناف إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح.

- التحكيم بالقانون:

هو التحكيم الذي يتفق فيه المتعاقدان أن النزاع الذي يحدث إنما يحل بطريق التحكيم ووفقاً لقانون أحد طرفي التعاقد. فإذا كان الطرفان من جنسيتين مختلفتين فإن من حقهما أن ينصا في العقد

على حل النزاع وفقاً لقانون أحدهما الوطني كأن يكون النزاع بين رجل أعمال سوري ورجل أعمال فرنسي وفي أثناء التفاوض عند صياغة العقد وقبل نشوب النزاع أن يتفقا على حل النزاع وفق القانون الفرنسي لكن هذا لا يمنع أن يتفق الطرفان بعد نشوء النزاع على حله بالتحكيم وفق أحكام القانون السوري ذلك أن لاختيار القانون الذي يطبق على حل النزاع هو خاضع لإرادة الأطراف الذين يملكون حرية الاختيار وتعديله قبل أن يصدر حكم التحكيم ولكن بعد أن يصدر حكم التحكيم فإنه يتعذر الاتفاق على تعديل خضوعه لقانون غير القانون الذي سبق الاتفاق عليه.

4- التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي:

- التحكيم الخاص:

هو أن يقوم أطراف العقد بتسمية أشخاص معينين كمحكمين للنظر في موضوع أي نزاع قد ينشأ مستقبلاً عند تنفيذ بنود العقد أو يلجؤون إلى تسميتهم حال نشوب النزاع وبالتالي فإن إرادة كل طرف اتجهت إلى تسمية محكم بعينه معتمدين على الثقة بشخص المحكم وخبرته وقدرته على المناورة لاستحصال الحق.

- التحكيم المؤسسي:

هو يعني أن يقوم أطراف العقد بتسمية مركز تحكيمي أو مؤسسة تحكيمية بعينها للنظر في أي نزاع قد ينشأ مستقبلاً عند تنفيذ بنود العقد وقد يلجؤون إلى تسمية هذا المركز أو المؤسسة التحكيمية

حال نشوب النزاع ويكون هذا الاختيار نتيجة لما لهذا المركز أو ذلك من سمعة حسنة وخبرة في مجال القضايا التحكيمية ومثال على هذه المراكز: مركز القاهرة الإقليمي.

5- التحكيم القضائي: (وهذا النوع مطبق في دولة الكويت)

هو التحكيم الذي تقوم به هيئة تشكل من عنصر قضائي (ثلاثة قضاة) وعنصر غير قضائي (اثنان من المحكمين العاديين) أي تشكيل مختلط وتتعقد في مقر محكمة الاستئناف أو خارجها بأمر من رئيسها الذي يكون عادة مستشاراً ويكون اللجوء إليه اختيارياً بحتاً أو إجبارياً بحتاً أو اختيارياً أو إجبارياً بطلب بدون رسوم للفصل في منازعات مدنية أو تجارية أو مالية غير متعلقة بالنظام العام بحضور أمين سر جلسة سرية ويعتبر التحكيم القضائي نوعاً من التحكيم المؤسسي ويتسم بالطابق المختلط بالتشكيل ومجانبة اللجوء إليه وبساطة الإجراءات وسريتها وسرعة الفصل في النزاع^أ.

^أ بحث مقدم لمؤتمر التحكيم المنعقد في القاهرة عام 1999 من سلطان راشد العاطفي - مدير إدارة التحكيم القضائي في وزارة العدل - دولة الكويت.

الفصل الثاني

شروط ومشاركة التحكيم

نظراً لخطورة التحكيم كوسيلة ينزع فيها الاختصاص من القضاء العادي للدولة إلى هيئة التحكيم المستقلة ونظراً لضرورة الإثبات وضرورة تحديد موضوع النزاع وشروط التحكيم فقد اشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ويجوز إثبات ما عدا ذلك بوسائل الإثبات التجارية وهذا ما ذهب إليه قانون التحكيم المصري رقم 27/ لعام /94/ في المادة رقم 12 منه حيث جعل الكتابة شرطاً لاتفاق التحكيم وليس شرطاً لإثباته.

أما بالنسبة للقانون السوري فقد ذهب في المادة /509/ أصول محاكمات بأنه [لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة] وبالتالي فإنه لا يجوز إثبات صك التحكيم إلا بسند كتابي مهما كانت قيمة موضوع النزاع وصفته مدنياً كان أم تجارياً ولا يمكن إثباته بالتالي بالشهادة ولا بالإقرار ولا باليمين.

وبالتالي فإن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يجب أن يكون مثبتاً كتابياً ويسمى هذا الاتفاق الكتابي باتفاق التحكيم إلا أن اتفاق التحكيم ينقسم إلى قسمين:

اتفاق سابق لوقوع النزاع و يسمى في هذه الحالة بشرط التحكيم.

واتفاق لاحق لوقوع النزاع ويسمى بمشارطة التحكيم.

وستحدث في كل ما سبق في المبحثين التاليين:

المبحث الأول:

شرط التحكيم: (الاتفاق التحكيمي قبل وقوع النزاع):

فالعقد التحكيمي يمكن أن يكون على شكل اتفاق تحكيمي (شرط تحكيمي) وارد في العقد قبل وقوع النزاع. فما هو الوضع القانوني له؟

هو دائماً جزء من عقد. بحيث أن القانون المطبق على العقد الأساسي هو بالإجمال القانون المطبق على الشرط التحكيمي إلا إذا أشار الشرط التحكيمي للعكس والشرط التحكيمي لا يمكنه قانوناً أن يعيد حقل التحكيم إلى ميادين غير قابل حسمها عن طريق التحكيم وفقاً للقانون المطبق (وذلك بمقتضى معاهدة نيويورك) باستثناء هذا التحفظ فإن الشرط التحكيمي يمكنه أن يخضع للتحكيم أي مسألة يشاؤها الطرفان وأن يتوسع وفقاً لما يشاء الطرفان وأن يضيق أيضاً، والعادة أن أطراف عقد يرغبون في شرط تحكيمي واسع جداً يمكن أن يذهب لإخضاع المتخلف عن الدفع مثلاً - إلى التحكيم - اختصاراً للوقت كما يمكن أن يحصر التحكيم في المنازعات الفنية على أن يترك للمحاكم القضائية البت في سائر النقاط.

وينتفرع عن الشرط التحكيمي تسمية المحكمين ومكان التحكيم والقانون المطبق على العقد والنصوص التي تجيز السير بالتحكيم إلى نهايته والنصوص الاختيارية والمحكم المنفرد والتحكيم بثلاث محكمين.

المبحث الثاني:

مشاركة التحكيم:

ويتعلق بالاتفاق على صك التحكيم وتحديد النزاع الخاضع للتحكيم بدقة ووضوح وتشكيل أطراف التحكيم وطريقة إجراءات استبدال المحكمين وتحديد القانون المطبق على النزاع إذا كان التحكيم بالقانون.

أما إذا كان التحكيم مطلقاً بالصلح فيجب الإشارة إلى ذلك بوضوح تام ومكان التحكيم وبعد تحديد المكان إجازة عقد الجلسات خارج المكان المحدد واعتماد لغة التحكيم وطريقة إبراز المستندات والوثائق وتحديد مواعيد الجلسات وجلسة المرافعة وجدول أعمال كل جلسة وشروط استماع الشهود وطريقة تقديم أسماء الشهود.

وهكذا بعد أن انتهينا من دراسة شرط ومشاركة التحكيم سوف نبحث في الفصل الثالث شروط اتفاق التحكيم وآثاره.

الفصل الثالث

شروط اتفاق التحكيم وآثاره

المبحث الأول:

شروط اتفاق التحكيم:

أولاً- الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم:

يمكن حصر المسائل التي يثيرها شكل اتفاق التحكيم بأمرين:
الأول شرط الكتابة والثاني بإمكانية الاكتفاء بإحالة وثيقة لا تتضمن شرط التحكيم إلى وثيقة تتضمن هذا الشرط.

1) شرط الكتابة:

فالكتابة أصبحت شرطاً للانعقاد ولم تعد شرطاً للإثبات لكن الاتفاق يكون باطلاً إذا لم يكن مكتوباً وبالنسبة لشرط الكتابة فإن مجرد وجود تبادل للرسائل سواء كانت بالفاكس أو التلكس أو البريد العادي أو أي وسيلة تترك أثراً مكتوباً يمكن أن ينعقد به اتفاق التحكيم

ومقتضى كل ذلك أنه لا يشترط أن يوقع جميع الأطراف على نفس الورقة أو أن يقوموا بالتوقيع عليها بنفس الوقت^٦.

2) شرط الإحالة:

وتثور هذه الصورة أساساً في حالة إحالة سند الشحن إلى مشاركة إيجار السفينة والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يعتبر سند الشحن متضمناً لشرط التحكيم لمجرد إحالته إلى مشاركة إيجار السفينة التي تتضمن مثل هذا الشرط؟. ويؤكد قضاء النقض المصري على أنه إذا كانت الإحالة واضحة وصريحة على شرط التحكيم فإن شرط التحكيم الموجود في مشاركة إيجار السفينة يسري على سند الشحن لأنه بهذه الحالة يعتبر سند الشحن متضمناً لاتفاق التحكيم لكن إذا كان الأمر يتعلق بإشارة مبهمّة فهذا لا يكفي للإحالة فالقاعدة هي ضرورة توافر نص يشير إشارة صريحة وواضحة للإحالة وكذلك الأمر إذا أشير إلى عقد نموذجي يتضمن شرط التحكيم فيعتبر في هذه الحالة أن شرط التحكيم قد تجسد في الاتفاق ويعتبر الاتفاق متضمناً لشرط التحكيم الموجود في العقد النموذجي .

ثانياً- الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم:

1- الشروط العامة:

^٦ د.برهام محمد عطا الله في بحث اتفاق التحكيم- محاضرة قدمت في مركز التحكيم التجاري

الدولي في القاهرة عام 2001 ص6

د.برهام محمد عطا الله في بحث اتفاق التحكيم- محاضرة قدمت في مركز التحكيم التجاري

الدولي في القاهرة عام 2001 ص7

لما كان اتفاق التحكيم عقداً تنشأ عنه التزامات على طرفيه
وجب أن تتوفر فيه الشروط العامة اللازمة لصحة الالتزام وهي في
التشريعات الفرنسية والمصرية: الرضا والأهلية والمحل والسبب.
نبدأ أولاً بالرضا:
أ- الرضا:

فالقاعدة في نشأته يجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على
اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما.
والغالب أن يقع التعبير عن الإرادة صريحاً فيبرم الطرفان اتفاقاً خاصاً
على التحكيم أو ينصان في العقد الأهلي على الالتجاء إليه عند قيام
النزاع غير أن التعبير عن الإرادة قد لا يقع بمثل هذه الصراحة فيشير
تفسير الإرادة صعوبات عديدة.

فقد تنشأ علاقات متصلة بين منشأتين ويجري العمل بينهما
على النص على التحكيم فيما يبرمونه من عقود ثم يبرمان عقداً من
نفس النوع و ينصان فيه على التحكيم. فهل يجوز الاستناد إلى تواتر
العمل بينهما على التحكيم للقول بوجود اتفاق ضمني عليه؟ برأينا أن
هذا يجوز إلا إذا استبان في العقد الجديد أن الطرفين قد تعمدا إسقاط
ذكره لأنهما يريدان إقصاءه^أ.

وقد يجري العرف في نوع معين من التجارة الدولية على تطبيق
أحكام شروط عامة معينة على البيوع المتعلقة بهذه التجارة ولو لم
ينص العقد على تطبيقها صراحة فإذا كانت هذه الشروط تتضمن فيما
تتضمنه شرطاً على التحكيم فهل يكون ملزماً والجواب على ذلك لا

أ/د. محسن شفيق في كتاب التحكيم التجاري الدولي ص 174

لأن التحكيم نظام استثنائي فيجب تخصيصه بالذكر أو الإحالة إليه بوجه خاص وإذا أحال الخصوم صراحة إلى الشروط العامة المتضمنة شرطاً على التحكيم فمن الواجب البحث عن حقيقة قصدهما^أ. فلا يكون التحكيم ملزماً إلا إذا اتضح أنهما يقصدان الإحالة إلى الشروط العامة بأكملها بما تضمنه من أحكام تتعلق بالبيع ذاته وبأحكام أخرى تتعلق بمسائل تنظيمية كمسألة التحكيم. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بهذا المعنى في نزاع دولي نشأ عن اتفاق شفوي بين بائع فرنسي ومشتري إنكليزي على اتباع شروط عقد بيع نموذجي معين يتضمن شرطاً على التحكيم في دولة المشتري ولم يعترض البائع بصورة خاصة على هذا الشرط فأيدت محكمة النقض الحكم الذي اعتبر عدم اعتراضه قبولاً بشروط المتحكم بإنكلترا وهي دولة المشتري.

وقد يرسل أحد الطرفين إلى الآخر رسالة يعرض فيها التحكيم ويحدد ميعاداً للرد على هذا العرض فإذا فات الميعاد دون أن يصل الرد فهل يعتبر سكوت المخاطب رضاءاً بالتحكيم؟ أجابت محكمة النقض الفرنسية بالإيجاب بمناسبة دعوى تتعلق ببيع دولي لم ينص فيه على التحكيم وبعد تنفيذ العقد أرسل البائع للمشتري قائمة الحساب وذكر في ذيلها أنه يقترح إحالة أي نزاع بشأن الحساب على التحكيم يجري في إنكلترا وحدد ميعاداً للرد على هذا الإيجاب ولم يرد المشتري بالميعاد فاعتبرت المحكمة سكوته قبولاً للتحكيم.

أ. د. عبد الحميد الأحديب في كتاب التحكيم أحكامه ومصادره ص 109/.

وقد يتفق الطرفان على مبدأ التحكيم ولكنهما يحيلان فيما يتعلق بإجراءاته إلى لائحة إحدى المنظمات الدائمة.^أ

هذا الوضع جائز بل إنه الوضع الذائع في التجارة الدولية كما قدمنا والصعوبة التي تثار بمناسبة تنشأ في حالة تعديل لائحة التحكيم في الفترة بين الاتفاق على التحكيم وافتتاح الإجراءات والراجع أن الأحكام المعدلة هي التي تسري.

ب- الأهلية:

أوضحت المادة / 1003 / من تقنين المرافعات الفرنسي مبدأ الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم فقالت:

(يجوز لكل شخص الاتفاق على التحكيم بشأن الحقوق التي يملك التصرف فيها ومعنى هذا أنه لا يكفي أن تكون للشخص أهلية تعاقد فحسب وإنما يجب أيضاً أن يكون أهلاً للتصرف في الحق موضوع النزاع).

والأمر واضح فيما يتعلق بالقصر والمحجور عليهم وهم ليسوا أهلاً لإبرام اتفاقات التحكيم فإذا أبرم أحدهم اتفاق تحكيم كان الاتفاق باطلاً.

والأمر واضح أيضاً بالنسبة للمفلس فهو إن لم يكن ناقص الأهلية فإنه ممنوع من التصرف في حقوقه ولذا لا يجوز له الاتفاق على التحكيم في شأنها فإذا أبرم مثل هذا الاتفاق فلا يكون باطلاً وإنما لا يحتج به على جماعة الدائنين.

^أ /د.محسن شفيق في كتابه التحكيم التجاري الدولي ص 175/.

وللوكيل الاتفاقي أن يبرم اتفاق التحكيم نيابة عن موكله بشرط أن يكون مفوضاً في ذلك بتوكيل خاص فإذا كان وكيلاً عاماً أو وكيلاً خاصاً في الصلح وحده امتنع عليه إبرام اتفاق التحكيم^أ وذلك ما نصت عليه المادة /668/ من القانون المدني.

وعلى هذا الأساس ثبت القضاء الفرنسي على أن (المحامي) الموكل في إقامة دعوى والمرافعة فيها لا يجوز له أن يتفق مع الخصم على التحكيم لأنه وكيل في الخصومة فحسب فلا تتسع وكالته لإبرام عقد كاتفاق التحكيم.

وعلى العكس من ذلك ثبت القضاء الفرنسي على أن الرئيس- المدير العام لشركة المساهمة الذي منحه مجلس الإدارة بعبارة عامة سلطة إدارة الشركة يجوز له إبرام اتفاقات التحكيم نيابة عن الشركة على الرغم من أنه لم يوكل في هذا العمل على وجه التعيين، لأن التحكيم صار من مستلزمات إدارة الشركات التجارية والطريق العادي الذي تتبعه هذه الشركات لفض منازعاتها مع الغير.

وللقضاء الفرنسي موقف آخر فيما يتعلق بأهلية الدولة أو أشخاص القانون العام لإبرام اتفاقات التحكيم ذلك أن المادة 1004 من تقنين المرافعات تنص على عدم جواز إبرام هذه الاتفاقات في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة وحضورها في الدعوى. وقد ذكرت المادة 83 من التقنين ذاته المنازعات ومن بينها ((المنازعات التي يكون أحد أطرافها (الدولة أو البلديات أو المؤسسات) واستخلص القضاء من هذين النصين أن الدولة وأشخاص

^أ /د.ناريمان عبد القادر-مرجع سابق- ص217/

القانون العام محظور عليها إبرام اتفاقات التحكيم. فإذا أبرمتها كان الاتفاق باطلاً مطلقاً لأن عرض النزاع على التحكيم معناه حرمان الدولة وأشخاص القانون العام من الحماية التي تتمثل في وجود النيابة العامة في الدعوى التي تنتظر أمام القضاء العادي. بيد أن اتجاهها حديثاً يظهر في القضاء الفرنسي نحو قصر هذا الحظر على العلاقات الداخلية وحدها وإسقاطه إذا كانت الدولة أو الشخص العام طرفاً في علاقة من علاقات القانون الخاص ذات صبغة دولية. وعلى هذا الأساس أجازت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ 14 أبريل 1964 شرط التحكيم الذي ورد في عقد دولي أبرمته الدولة. وأثارت المادة (2) من قانون المرافعات الإيطالي صعوبة من هذا النوع ذلك أن هذا النص لا يجيز الاتفاق على سلب ولاية القضاء الإيطالي لصالح قضاء أجنبي أو لهيئة تحكيم تتعد خارج إيطاليا إلا في أحد فرضين:

إذا كان طرفا النزاع من الأجانب أو كان أحدهما إيطالياً ليس له موطن أو محل إقامة بإيطاليا، وحدث أن تعاقدت شركة إيطالية موطنها بإيطاليا (ميلان) مع مؤسسة للتجارة الخارجية برومانيا ونص في العقد على التحكيم لدى لجنة التحكيم ببوخارست. ومن الواضح أنه طبقاً للمادة (2) من قانون العقوبات الإيطالي يكون هذا الاتفاق في نظر القانون الإيطالي باطلاً لأن النزاع دائر بين أجنبي وإيطالي له موطن بإيطاليا. وقد دفعت الشركة الإيطالية فعلاً أمام لجنة التحكيم برفض الدفع مستندة إلى أن كلاً من إيطاليا ورومانيا من الدول المصدقة على بروتوكول جنيف لعام 1923 فأحكام هذا البروتوكول هي وحدها الواجبة التطبيق على النزاع وتقضي المادة الأولى من

البروتوكول بالاعتراف بصحة اتفاقات التحكيم دون قيد كالقيد الوارد بالمادة (2) من قانون المرافعات الإيطالي الأمر الذي يتعين معه القول بأهلية الشركة الإيطالية لإبرام اتفاق التحكيم^أ.

فبالتمعن في هذا القرار نجد أن لجنة التحكيم تتجه إلى التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، إذ معنى قرارها أن المادة (2) من قانون المرافعات الإيطالي وإن كانت تتعلق بالنظام العام فإنه النظام العام الداخلي وحده. وتفقد فاعليتها إذا خرج الأمر إلى مجال التعاون الدولي. ويقول الأستاذ Nestor الذي ننقل عنه تفاصيل هذا النزاع ومضمون القرار الذي صدر فيه أن قضاء محكمة النقض الإيطالية يسير في هذا الاتجاه.

2- الشروط الخاصة:

إذا كانت اتفاقيات التحكيم السابق منها على قيام النزاع واللاحق لقيامه تشترك معاً في الشروط الموضوعية العامة. فإن النوعين من الاتفاقات يختلفان في التشريع الفرنسي من حيث شروط الصحة الخاصة.

فبالنظر إلى الاتفاق اللاحق لقيام النزاع تشترط المادة (1006) مرافعات فرنسي أن يذكر فيه البيانان الآتيان:

الأول- موضوع النزاع:

أي المسائل المتنازع عليها والمطلوب من المحكم الفصل فيها وذلك لأن الاتفاق على التحكيم يعني حرمان القضاء العادي -وهو صاحب الولاية الأصلية- من نظر النزاع، فهو يقرر وصفاً استثنائياً

^أ /د.محسن شفيق المرجع السابق ص180/

يتضمن تعيين أبعاده على وجه الدقة. ثم أن سلطة المحكم محدودة بحدود النزاع بحيث إذا جاوز هذه الحدود ففصل في أمر لم يطلب منه الفصل فيه كان قراره معيباً واجب البطلان، ولا يأتي الوثوق من أنه يعمل في حدود سلطته إلا إذا كان موضوع النزاع معيناً على وجه الضبط. ويترتب عدم تعيين موضوع النزاع أو تعيينه بصورة مبهمه بطلان اتفاق التحكيم وهو بطلان من نوع خاص يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به ولكن يجوز إجازته أي الاتفاق على تصحيحه.

والثاني- تعيين المحكم أو المحكمين:

إذا اتفق على تعددهم والأصل أن يكون التعيين بالاسم. غير أن القضاء يجيز التعيين بالصفة مادامت كافية لتعيين ذاتية المحكم. ويجوز تعيين هيئة كمجلس إدارة الغرفة التجارية مثلاً. وإنما يشترط أن تكون لها الشخصية الاعتبارية. فإذا لم تكن هذه الشخصية وجب ذكر أسماء أعضائها ليكونوا جميعهم محكمين. ويترتب على عدم تعيين المحكم في اتفاق التحكيم وتعيينه بصورة مبهمه بطلان الاتفاق وهو بطلان نسبي مقرر لمصلحة الخصم الذي يحتج عليه باتفاق التحكيم^أ. وبالنظر إلى الاتفاق السابق على قيام النزاع لا محل بداهة للشروط التي تستلزمها المادة (1006) إذ يتعذر تعيين موضوع النزاع بالدقة التي يتطلبها النص لأن النزاع لما يولد وليس من المقبول إلزام المتعاقدين بتسمية محكم لنزاع مستقبل قد يقع وقد لا يقع، وإذا وقع فقد يكون ذلك بعد وقت طويل تحدث خلاله أحداث -كوفاة أو مرض أو سفر- يستحيل معها على الشخص المعين القيام بمهمته، ولهذا ثبت

^أ الأستاذ Robert التحكيم في المسائل المدنية والتجارية

القضاء على الاكتفاء بالإشارة إلى النزاع إجمالاً كأن يقال مثلاً
(جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد))^أ.

وعلى عدم استلزام ذكر اسم المحكم اكتفاء بذكر عناصر
تعيينه، كأن يقال مثلاً ((يعين المحكم من بين أعضاء الغرفة التجارية
بمدينة كذا)).

وشرط الصحة الذي يتميز به الاتفاق السابق على قيام النزاع
في التشريع الفرنسي هو الذي يتعلق بنوعية النزاع إذ بينما يجيز تقنين
المرافعات شرط التحكيم اللاحق لقيام النزاع في المسائل المدنية
والتجارية على السواء. إذ بالقانون الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 1925
لا يجيز شرط التحكيم السابق على قيام النزاع إلا في المسائل التجارية
وحدها، وبعبارة أدق في المنازعات التي جعلتها المادة 631 من تقنين
التجارة من اختصاص المحاكم التجارية وهي:

- المنازعات الناشئة عن تعهدات التجار فيما بينهم.
- والمنازعات بين الشركاء في الشركات التجارية بشرط أن تكون
متعلقة بشؤون الشركة.
- والمنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية.

أما في غير هذه المنازعات يكون شرط التحكيم السابق على
قيام النزاع خاضعاً للبطلان الذي استقر عليه القضاء الفرنسي منذ
حكم النقض الصادر في 10 يوليو 1843. ينبني على ذلك أن الشرط
يكون باطلاً إذا وضع في عقد مدني بالنسبة إلى طرفيه، أما الشرط

^أ استئناف باريس 13 يونيو 1963 مجلة التحكيم 1963 ص 125

الأستاذ Robert المرجع السابق رقم 41 ورقم 114

الذي يرد في عقد مختلط mixed فقد ثبت القضاء الفرنسي على بطلان الشرط. وإنما ثار الخلاف حول من الذي يجوز له التمسك بهذا البطلان، هل هو وحده الطرف الذي يعتبر العقد بالنظر إليه مدنياً، أم يجوز ذلك لكل واحد من الطرفين؟

وحسبت محكمة النقض الفرنسية هذا الخلاف منذ حكمها الصادر في 2 ديسمبر 1964 الذي قضى بحق كل من الطرفين في الاحتجاج بالبطلان^أ.

-ولما كان النوعان من اتفاقات التحكيم يختلفان من حيث ما يجب أن يتوافر لصحتها من شروط خاصة فمن الواجب تعيين نطاق عمل كل منهما. والحد الفاصل بينهما هو وقوع النزاع، إذ متى وقع فلا عمل إلا للاتفاق اللاحق الذي تشترط المادة (1006) مرافعات فرنسي -كما رأينا- أن يذكر فيه موضوع النزاع واسم المحكم.

أما قبل وقوع النزاع، فالمجال للاتفاق السابق الذي يكفي فيه بالإشارة إلى النزاع إجمالاً ولا يشترط تسمية المحكم. ولكن متى يعتبر النزاع قد وقع؟

هذه المسألة موضوعية يترك تقديرها للمحكمة التي تنظر النزاع حول صحة اتفاق التحكيم .

ويثير اختلاف النوعين من اتفاقات التحكيم من حيث شروط الصحة الخاصة تساؤلاً آخر: هل يعتبر كل منهما عقداً كاملاً قادراً بذاته على تحريك إجراءات التحكيم؟

^أ الأستاذ Robert رقم 107 وما بعده.

الجواب نعم فيما يتعلق بالاتفاق اللاحق لوقوع النزاع حيث يذكر موضوع النزاع على وجه الضبط واسم المحكم.

أما الاتفاق السابق على قيام النزاع فيرى القضاء الفرنسي أنه غير قادر على إحداث الأثر الذي يحدثه الاتفاق الآخر، بحيث لا يجوز عند وقوع النزاع الانتقال منه إلى التحكيم مباشرة وإنما يتعين أن يبرم الخصوم اتفاقاً كاملاً للتحكيم تتوافر فيه الشروط التي تتطلبها المادة (1006) مرافعات فرنسي وإلا كان التحكيم باطلاً.

ومعنى هذا أن اتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع لا يعدو - في نظر القضاء الفرنسي- أن يكون مجرد (عقد تمهيدي) يجب أن يعقبه عقد نهائي على التحكيم بعد قيام النزاع وأن أثر هذا العقد التمهيدي ينحصر في إنشاء التزام بالالتجاء إلى التحكيم بدلاً من القضاء العادي. والالتزام آخر بإبرام الاتفاق النهائي على التحكيم عند وقوع النزاع.

المبحث الثاني:

آثار اتفاق التحكيم:

سبق القول بأنه إذا توافرت الشروط الموضوعية والشكلية لصحة اتفاق التحكيم فإن اتفاق التحكيم ينتج آثاره.

ويترتب على إبرام اتفاق التحكيم أياً كانت صورته آثار معينة بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع وبالنسبة للهيئة المكلفة بنظر النزاع سواء هيئة التحكيم أو محاكم الدولة وبعض هذه الآثار

موضوعي وبعضها إجرائي وهذه الآثار ذات أثر نسبي بالنسبة لغير أطراف اتفاق التحكيم.

ومن هذه الآثار:

أولاً- الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم:

ومن الآثار الموضوعية التي تنتج عن إبرام اتفاق التحكيم تقييد أطراف الاتفاق به وعدم الاحتجاج به على الغير أي من لم يكن طرفاً فيه وكذلك قطع مدة التقادم اللازم لسقوط الحق الموضوعي أو حق الدعوى واستمرار الاتفاق رغم حدوث قوة قاهرة وجواز التنازل عن اتفاق التحكيم وسنشرح هذه الآثار كالاتي:

أ- تقييد أطراف التحكيم بالاتفاق وعدم جواز الاحتجاج به على الغير:

سبق وقلنا بأن التحكيم يولد باتفاق يتعهد أطرافه بعرض كل منازعاتهم أو نزاع معين على محكمين بدلاً من عرضه على قضاء الدولة.

وطبقاً للقواعد العامة في آثار العقود فإن أطراف الاتفاق يتقيدون بما جاء باتفاقهم فلا يجوز لهم من حيث المبدأ ترك الاتفاق والالتجاء للقضاء العادي تطبيقاً للقاعدة السائدة (المتعاقد عبد تعاقدته) ^أ.

ويكون حكم المحكمين هو السند التنفيذي الذي يلتزم أطراف الاتفاق بتنفيذه اختياراً أو جبراً بعد استيفاء الشروط التي يتطلبها القانون.

^أ Mousiewr Philippe Fouchard بحث مقدم إلى مركز قانون الأعمال الدولي جامعة

القاهرة يشار إلى في الصفحة 280 من مؤلف الدكتورة ناريمان عبد القادر.

ويتقيد بهذا الاتفاق الخلف العام لأطرافه طالما كانوا راشدين
وطالما انتفى الغش كما يتقيد به الخلف الخاص.

ب- انقطاع ميعاد سقوط الحق الموضوعي وحق الدعوى:

إذا حدد القانون ميعاداً لسقوط الحق فإن إبرام اتفاق تحكيم
بخصوص هذا الحق يقطع سريان مدة السقوط^أ. ويحدث هذا الأثر
طبقاً للرأي الراجح بمجرد إبرام اتفاق التحكيم.
وقد ذهبت إلى غير ذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها
في عام 1969 حيث اعتبرت أن مجرد تحرير المشاركة والتوقيع
عليها لا يقطع التقادم ولكن يقطع ما يقدمه الدائن من ادعاءات
(طلبات) تتضمن التمسك بحقه أمام المحكين أثناء سريان خصومة
التحكيم.

وينتقد البعض هذا القضاء ونحن إذ نؤيد هذه الفكرة نسبب
تأييدنا بأن الاتفاق على التحكيم إنما يحول دون الالتجاء إلى القضاء
ومن ثم يعتبر بمثابة مطالبة بحق الدائنين. ولأن ما ذهبت إليه محكمة
النقض المصرية يؤدي إلى سقوط الحق بعد إبرام اتفاق التحكيم وأثناء
المدة المخولة اتفاقاً للمحكم لإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة تحدد
لنظر النزاع. وهذه المدة متروكة لاتفاق الأطراف أو الميعاد الذي
تعيّنه هيئة التحكيم للمدعى (المادة 1/30) من قانون التحكيم المصري
الجديد.

أ.د. عزمي عبد الفتاح عطية.

د.عزمي عبد الفتاح عطية.

ولا يمكن التسليم بهذه النتيجة لمخالفتها للمنطق الصحيح.
وجدير بالذكر أن هذه المسألة لا تثير خلافاً في القانون المصري إذا
تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر الدعوى أمام القضاء لأن المدة
المقررة لعدم سماع الدعوى تنقطع بأي عمل يقدم الدائن للتمسك بحقه
أثناء السير في إحدى الدعاوى (المواد 194-201 قانون مرافعات
مصري) ومنها إبرام اتفاق التحكيم بطبيعة الحال. وإذا لم يكن هناك
خصومة أمام القضاء قبل إبرام اتفاق التحكيم فإن مجرد إبرام هذا
الاتفاق يقطع المدة برأينا^أ.

وإذا حدث الانقطاع كأثر لإبرام اتفاق التحكيم فإن مدة سقوط
جديدة للحق تبدأ بعد الانقطاع الذي حدث كأثر للمطالبة بالحق. وهذا
منفق مع القواعد العامة التي تضمنها القانون المدني وأصول
المحاكمات .

ج- أثر الاتفاق على التحكيم في حال حدوث قوة قاهرة:

ولا يترتب على القوة القاهرة سوى وقف سريان الميعاد المحدد
لعرض النزاع على التحكيم إذا كان له ميعاد على أنه إذا حكم ببطلان
الاتفاق على التحكيم عاد للطرفين الحق في الالتجاء إلى قضاء
الدولة.

د- التنازل عن اتفاق التحكيم صراحة أو ضمناً:

لم يعالج المشرع المصري موضوع التنازل عن اتفاق التحكيم.

^أ د. ناريمان عبد القادر مرجع سابق الإشارة إليه.

د. فتحي والي محاضرة قدمت في مؤتمر بعنوان القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري
الدولي.

وبرأينا أنه يجوز التنازل عن اتفاق التحكيم، لأن شرط التحكيم هو في جوهره اتفاق رضائي لذا فإن أطرافه يملكون التخلي صراحة عنه أو ضمناً فإذا كان اتفاق التحكيم ملزماً لأطرافه في حدود إرادتهم فهو إلزامي وليس من النظام العام، وهو مقرر لصالح الأطراف ويجوز لهم في أي وقت أن يتنازلوا عنه. لأن الدفع بعدم القبول هو دفع شكلي يجب أن يبدي في مستهل الخصومة وقبل الكلام في الموضوع أي قبل إبداء أي دفع إجرائي أو طلب أو دفاع وإلا سقط الحق في إبدائه. ويكون التنازل صراحة قبل أو خلال رفع الدعوى أمام القضاء ويمكن أيضاً أن يكون ضمناً كالسكوت عن الدفع به أمام المحكمة والسير في الدعوى دون إثارة اتفاق التحكيم.

ويستفاد النزول أيضاً إذا تمسك المدعى عليه أمام قضاء الدولة بالدفع بالتحكيم ثم عاد وتنازل صراحة عن التمسك بهذا الدفع ودافع في الموضوع. وقد قررت محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء به أن الدفع بعدم الاختصاص هو دفع شكلي يتعين إبدائه قبل أي طلب وإلا سقط الحق فيه ما لم يكن الاختصاص متعلقاً بالنظام العام. والاختصاص في هذا الصدد غير متعلق بالنظام العام نظراً لطبيعة الاتفاق الذي يتسم به التحكيم^أ. ولا يجوز لأحد طرفي التحكيم التمسك باتفاق التحكيم مرة ثانية بعد التنازل عنه حيث أن التنازل منتج لأثره بشكل بات.

هـ - انتهاء خصومة التحكيم قبل الفصل في النزاع:

^أ نقض مدني مصري في 15/3/1972 الطعن 119 لسنة 42.

قد تنتهي خصومة التحكيم قبل الفصل في النزاع وعندئذ تصدر هيئة التحكيم حكماً بإنهاء الإجراءات ويكون ذلك في الأحوال التالية:

1- إذا لم يقدم المدعي بيان الدعوى دون عذر مقبول ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

2- إذا اتفق الطرفان على تسوية النزاع ودياً وفي هذه الحالة فإن لهيئة التحكيم -بناء على طلب الأطراف- أن تثبت شروط التسوية في صورة حكم تحكيم بشروط متفق عليها.

3- إذا اتفق الطرفان على إنهاء إجراءات التحكيم، وهذه الحالة تفترض اتفاقاً على إنهاء الإجراءات دون تسوية النزاع وهو اتفاق غير متصور.

4- إذا ترك المدعي الخصومة في التحكيم ولا ينتج الترك أثره إذا اعترض المدعى عليه على الترك وكان له مصلحة مشروعة في ذلك.

5- إذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب آخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالتة.

ولم ينص القانون على شكل معين يصدر من خلاله قرار الهيئة بإنهاء الإجراءات.

ثانياً- الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم:

من الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم أثران مهمان أحدهما

إيجابي والآخر سلبي وهما كالآتي:

1- الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم:

يتضح الأثر الإيجابي في اتفاق التحكيم بالصور الآتية:

أ- حق الأطراف في الالتجاء للتحكيم:

تتفق غالبية قوانين التحكيم على الاعتراف بصحة اتفاق التحكيم المدرج في العقد الرئيسي والمتفق عليه عند نشأة النزاع المحتمل أو المرافق له (الشرط) وكذلك النزاع القائم فعلاً (المشاركة). ويؤكد هذا الأثر أن المشرع ينظم الوسائل التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم ويسند إلى قاضي الدولة حل هذه المشكلة في حال عدم اتفاق الأطراف.

ب- مدى اختصاص المحكمين:

ويقسم إلى:

1- سلطة المحكمين في الفصل فيما يتعلق باختصاصهم أو تكليفهم:

تقتضي فاعلية اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) أن يكون للمحكمين سلطة الفصل في اختصاصهم شخصياً في المسائل التي تتعلق بسلطتهم القضائية لحل النزاع: كصحة شرط التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله الموضوع (محل) النزاع ومدى سلطتهم ويترتب على ذلك مبدآن أساسيان:

أ- قاعدة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

ب- قاعدة الاختصاص بالاختصاص.

وقد تم شرح هذين المبدأين سابقاً في هذا البحث.

2- تحديد مجال اتفاق التحكيم (شرط التحكيم):

أ- من حيث موضوع النزاع:

حيث يتعين على المحكمين أن يحترموا بنود اتفاق التحكيم فيما يتعلق بموضوع النزاع وبما يقضي به كمسألة صياغة وتفسير هذا الاتفاق وعدم الفصل في نزاع لم يفوضهم الأطراف بفصله. ولا يجوز أيضاً للمحكمين الفصل في نزاع الموضوع (محل) تحكيم غير قابل للتحكيم فيه: كالمسائل التي تتعلق بالنظام أو غير القابلة للصلح. لذا فإن صياغة اتفاق التحكيم لها كبير الأهمية من حيث تحديد ماهية الأمور التي يفوض المحكمون بالنظر إليها ومعالجتها.

ب- من حيث أطراف النزاع:

تسمح قوانين التحكيم في غالبها للأشخاص العامة والخاصة الطبيعية والمعنوية على السواء بالخضوع للتحكيم والاستفادة من قوانينه.

(2) - الأثر السلبي لاتفاق التحكيم:

المبدأ: هو عدم قبول الدعوى أمام محاكم الدولة كنتيجة حتمية وبعبارة أدق هو منع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الكلام في الموضوع أي قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

فإذا رفعت دعوى أمام القضاء الأصلي بخصوص منازعة كان للمدعى عليه أن يدفع بوجود اتفاق على التحكيم وهو دفع بعدم القبول لا يتعلق بالنظام العام وإنما هو مقرر لمصلحة الخصوم، ولا يجعل القاضي الوطني الأطراف بالتحكيم والتحكيم من تلقاء نفسه إلا إذا تمسك به الطرف الآخر.

وهذا التمهيد يقودنا إلى أن التحكيم عقد اتفاقي

العقد شريعة المتعاقدين ولا ينتج آثاره إلا بين أطرافه وهذا هو مبدأ النسبية لأثر العقود.

وينتج عن ذلك حرية المحكم الدولي وحدود هذه الحرية في بحثه عن القانون الأنسب والأكثر ارتباطاً في موضوع النزاع وقد اتجه الفقه للأخذ بنظرية القانون الأنسب والأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع واستحدث مفهوماً في عالم التجارة الدولية هو قانون التجارة الدولي Mircatoria وهو ما يسمى عادات وأعراف التجارة الدولية ومضمونها النسبي أو النوعي وهذا يفسح المجال أمام المحكم الدولي في أن يستقي من معين هذه النظرية جميع المبادئ التي تمكنه من سد النقص في إجراءات التحكيم^أ.

وقبل ذلك فإنه من الأهمية بمكان الاهتمام بصياغة اتفاق التحكيم وكلما كانت صياغة اتفاق التحكيم دقيقة وتسد الثغرات في وجه المخاطر المستقبلية فإن ذلك يجنب أطراف النزاع خطورة المطبات التي قد يتعرضون إليها.

ولكي يحقق التحكيم هدفه في تسوية النزاع على نحو مرض لأطرافه يجب أن تجري صياغة بنود اتفاق التحكيم على النحو الذي يكفل تنفيذه فيما يتعلق بالإجراءات وفيما يتصل بالحكم الصادر تطبيقاً له. وهو ما يتطلب من ناحية مراعاة أصول الصياغة ومن ناحية أخرى مراعاة القواعد القانونية المتصلة بموضوعه.

فصياغة بنود اتفاق التحكيم وتلك المسائل التي تبحث في حكم التحكيم لهما أهمية خاصة بنصوص التحكيم بالإضافة إلى أن مراعاة

^أ د. أبو زيد رضوان كتابه الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ص 175

متطلبات صحة حكم المحكين هو الذي يكفل تنفيذه فيجب على
المشاور القانوني الذي يصيغ اتفاق التحكيم أن يبذل جهداً كبيراً ويولي
مسألة الصياغة هذه عنايته الخاصة وأن يتوخى الحرص والدقة في
الصياغة لتأتي ملبية لرغبات الطرفين من ناحية ولتفادي احتمالات
الخلاف بشأنها بقدر الإمكان من ناحية أخرى وهذا يؤدي إلى إدراج
الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم ويجب أن يكون اتفاق التحكيم
مستوفياً لموضوع النزاع وأن ينتج الاتفاق أثراً إلزامياً لأطرافه وأن
يستبعد أي تدخل من جانب محاكم الدولة لتسوية النزاع وأن يكون
لاتفاق المحكمين السلطة لحسم الخلافات التي تحال إليها.

وأن يكون قرار التحكيم قابلاً للتنفيذ الجبري بسرعة وفاعلية وأن

الموضوعات التي يجب أن يشملها اتفاق التحكيم هي:

أولاً- حسم الخلافات عن طريق التحكيم.

ثانياً- نوع التحكيم المنفق عليه.

ثالثاً- تشكيل هيئة التحكيم.

رابعاً- حدود اختصاص المحكمين.

خامساً- مكان التحكيم.

سادساً- القانون الواجب التطبيق.

سابعاً- لغة التحكيم.

وكوننا قد شرحنا في متن هذا البحث في كل من الموضوعات
الأربعة الأولى فإننا وجدنا بأن كلاً من القانون الواجب التطبيق ومكان
التحكيم ولغة التحكيم من الأهمية بحيث لا يمكن إغفال إعطاء بعض
الشرح عن كل منها خصوصاً أهمية ذكرها باتفاق التحكيم وبالأخص
في حال أراد الأطراف تجنب الوقوع في مسائل شكلية غالباً ما تؤدي

إلى تأخير التحكيم وتحمل مصاريف هم في غنى عنها في حال اتفقوا مسبقاً عليها.

وهي على النحو التالي:

1- مكان التحكيم:

من شروط التحكيم الجيد أن يحدد في الاتفاق مكان التحكيم مباشرة أو أن يعطى الاختصاص بعينه لهيئة التحكيم ويتعين أن يجرى ذلك بعد دراسة جادة متأنية للقانون الساري في هذا المكان. لأن هذا القانون هو بالفعل القانون الذي سيحدد وجوباً حدود تدخل محاكم الدولة في التحكيم قبل صدور القرار أو بعده.

ومن الممكن اختيار حل توافقي يتمثل في إحالة النزاع برمته إلى هيئة تحكيم نظامي يتحدد المقر بالنسبة لها وفقاً لنظامها القانوني. ويراعى في اختيار مقر التحكيم التسهيلات المتاحة له وبصفة خاصة سهولة الاتصالات.

وبرأينا أن تحديد مقر التحكيم يؤثر في بعض الحالات في القانون المطبق على إجراءات سير المنازعة وموضوعها، الأمر الذي يستدعي التدقيق في اختياره.

ويلاحظ أنه حسب بعض القوانين تكون قرارات التحكيم فيها قابلة للاستئناف بالإضافة إلى أنها معرضة أيضاً للطعن فيها بالبطلان لعدة أسباب وغالباً ما تكون مدة سريان الطعن 15 سنة وهنا يصطدم التنفيذ الجبري للقرار بصعوبات أحياناً لا يمكن تداركها. وتظهر أيضاً أهمية اختيار مكان التحكيم حيث أنه هو الذي يقرر أحياناً نهاية التحكيم وعلى سبيل المثال لا الحصر فإن اختيار

بلدان مثل لندن مكاناً للتحكيم يمكن أن يؤدي إلى تطبيق مواعيد للتقادم أقصر من غيرها من البلدان الأخرى. ولهذه الأسباب فالاختيار مكان التحكيم أهمية كبرى من حيث مصير قرار التحكيم المرتقب ومستقبله. ويمكن صياغة هذا البند على نحو يتحدد به مكان التحكيم مباشرة باتفاق الأطراف أو أن يعطى الاختصاص بتعيينه لهيئة التحكيم^أ.

2- القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع:

يجب أن يصاغ هذا البند بطريقة تعبر دون لبس عن رغبة الأطراف وإلا فإن الغموض الذي يحيط بمثل هذا البند يمكن أن يسبب اشكالات أمام هيئة التحكيم التي قد تختار تطبيق قانون معين لم يكن أحد طرفي النزاع يتوقع تطبيقه.

فالأصل في التحكيم الخاص (AD-HOC) أن يتحدد القانون الواجب التطبيق على موضع النزاع باختيار أطراف العقد بقانون له صلة بعناصره ومن الممكن أن يحدد الأطراف هذا القانون مباشرة أو أن تجري الإحالة على قواعد تنازع القوانين في دولة معينة. ويجوز لأطراف العقد تخويل هيئة التحكيم سلطة اختيار القانون المناسب فإذا صيغ البند على هذا النحو فإن هيئة التحكيم تختار القانون المطبق في ضوء خصوصيات العقد ومؤشراته وهي عادة ما تطبق القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

أما إذا أحيل النزاع إلى هيئة تحكيم نظامي فقد يختار أطراف النزاع تطبيق القانون الذي يدل عليه نظام هذه الهيئة ويتعين هنا أن

^أ د. ناريمان عبد القادر مرجع سابق ص 355

يزود من يصيغ شرط التحكيم أطراف العقد بمعلومات وافية عن هذا النظام وما جرى عليه التحكيم الدولي في شأنها بحيث يكون الأطراف في بيئة من أمرهم بخصوص صياغة اتفاق التحكيم.

ويتعين على من يصيغ اتفاق التحكيم خاصة إذا كان مكلفاً بالإضافة إلى صياغة البند بمتابعة النزاع أن يدرس جيداً القوانين المحتمل تطبيقها على النزاع ويرتب مرافعته على هذا الأساس. علماً بأن هذا البند إذا لم يحدد على أساس سليم سيكون مصدراً لتأخير التحكيم ولزيادة المصاريف بل سيجد الأطراف أنفسهم أو على الأقل بالنسبة لأحدهم أمام موضوع لم يتوقع تطبيقه وليس من مصلحته.

كما أن تحديد القانون الواجب الاتفاق في اتفاق التحكيم يساعد على اختيار أكثر المحكمين تأهيلاً لتطبيق هذا القانون على النزاع^١. ويؤكد أكثر الفقهاء على ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وعدم استخدام صياغات غير واضحة يكون مضمونها غير مؤكد مثيراً للخلاف. فإذا كانت نية الأطراف مثلاً هي تطبيق قانون أو آخر كما هو وارد في عقدهم واستبعاد أي تعديل لاحق لذلك يجب العناية بالصياغة لتوضيح ذلك صراحة. وحالة تحديد القانون الواجب التطبيق تكون غالباً في اتفاقات التحكيم الدولية.

^١ الأستاذ محمود الجيوش (قواعد التحكيم الدولي) بحث مقدم إلى مؤتمر اتحاد المحامين العرب

3- لغة التحكيم:

إن غالب ما يهمله أطراف اتفاق التحكيم هو تحديد لغة التحكيم اعتقاداً منهم بأنها ستكون لغة العقد. وهذا خطأ كبير يقع فيه الأطراف فقد تؤخذ لغة العقد بالاعتبار ولكن قد تكون لغة التحكيم لغة أخرى. إن ترجمة المستندات والوثائق، خاصة في القضايا الكبيرة تحمل الأطراف نفقات مالية بخلاف الوقت الذي تستغرقه هذه الترجمة.

بالإضافة إلى أن الترجمة غالباً ما تخرج عن المعنى الحقيقي للألفاظ خاصة بالنسبة للمصطلحات القانونية والفنية ويترتب على ذلك خلافات كان التحكيم في غنى عنها. ولتفادي احتمالات هذا الخلاف -بقدر الإمكان- فالأفضل بأن تحدد لغة واحدة تستخدم في جميع مراحل التحكيم بما فيها صدور القرار كاللغة التي حرر بها العقد محل النزاع. وأن يحدد الطرفان أنواع المستندات أو المراسلات التي يتعين تقديمها بلغة معينة أو ترجمتها إليها بحسب الأصول.

وإذا لم تحدد لغة التحكيم في الاتفاق، فيحددها المحكمون وقد يترتب على ذلك أحياناً مفاجأة للأطراف غير متوقعة لهم، وأحياناً يقرر المحكمون أن يجوز للأطراف استخدام لغتين محددتين.

كما أن تحديد لغة التحكيم في اتفاق التحكيم يساعد على اختيار أكثر المحكمين علماً بهذه اللغة^أ.

ولا يتصور قيام نزاع حول اللغة في حال كان التحكيم داخلياً وتبرز هذه المشكلة في التحكيم الدولية.

^أ الأستاذ محمود الجيوش بحث مقدم إلى مؤتمر اتحاد المحامين العرب عام 2006.

الفصل الرابع

تأصيل مبدأ استقلالية شرط التحكيم

إذا تضمن عقد ما شرط تحكيم - وهي الصورة الغالبة- ونشأ في المستقبل نزاع حول تطبيق أو تفسير أو تنفيذ هذا العقد فقد يثار في المعاملات حالة ورود شرط التحكيم في صلب عقد باطل أو قابل للإبطال.

وبحكم تحول اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) بعد الحرب العالمية الأولى إلى حجر الزاوية في التحكيم التجاري الدولي طرح موضوع علاقة شرط التحكيم بالعقد الذي يضمنه لأنه في حالة ارتباط الشرط بالعقد فإن شرط التحكيم يصبح في مهب الرياح التي يباركها الطرف الذي لا يعود له مصلحة في التحكيم.

وكانت المشكلة تثار إذا أثار طرف في الدعوى بطلان العقد الذي يتضمن شرطاً تحكيمياً.

وكذلك برزت الحاجة في مختلف النظم القانونية الداخلية إلى بحث العلاقة التي تربط بين العقد الأصلي الذي يثار النزاع بسببه وبين الاتفاق على التحكيم (شرط التحكيم) وتحديد الآثار المترتبة على تلك العلاقة التبادلية^أ. وكان يثور السؤال حول مدى ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي هل يعتبر جزءاً منه يتوقف مصيره على مصير العقد؟

^أ - /د.ناريمان عبد القادر - المرجع السابق - ص 309/

وبالتالي يفضي بطلان العقد إلى بطلان كل شروطه بما فيها شرط التحكيم الذي هو جزء لا يتجزأ من العقد أم أنه منفصل عنه ويتمتع بكيان قيام بذاته؟ خذ مثلاً عقد بيع يتضمن فيما يتضمن شرطاً على التحكيم فإذا كان العقد باطلاً لعلّة ما. فهل يتسرب هذا البطلان إلى اتفاق التحكيم؟ أم يظل بمنأى عن البطلان لا يتأثر به؟ وكثيراً ما أثير هذا الموضوع بسبب التمسك ببطلان العقد الأصلي أو زواله من الوجود القانوني لأحد أسباب الانقضاء ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم وإمكانية اللجوء إلى هيئة تحكيم رغم ذلك. ومن ناحية أخرى، فإن العقد الأصلي قد يكون صحيحاً وقائماً قانوناً دون منازعة ولكن يثور التساؤل عن مدى صحة اتفاق التحكيم ذاته وهل أصابه عارض قانوني يحول دون إمكان الاعتداد به نظراً لخروج النزاع عن إطاره أو لعدم جوازه الالتجاء للتحكيم أساساً في صدد الموضوع المطروح وكذلك مدى تأثير بطلان اتفاق التحكيم على العقد الأصلي بوصفه أحد مقوماته الأساسية في بعض الأحيان^أ.

وإذا تحقق شيء مما سبق فنثور مشكلة تحديد من هي الجبهة المختصة بالفصل في الأمر وهل يتعين الالتجاء للقضاء العادي في كافة الصور ليحسم مدى صحة أو بطلان العقد الأصلي أو ليقرر مدى صحة اتفاق التحكيم وتأثيره على مصير العقد الأصلي.

أم أن هيئة التحكيم ذاتها تكون هي صاحبة الولاية في حسم مسائل الصحة أو البطلان المطروحة وتقرير اختصاصها بالفصل في الاعتراضات المثارة حول اتفاق التحكيم من حيث صلته بالعقد

^أ /د.ناريمان عبد القادر - المرجع السابق-ص 310.

الأصلي ومدى صحة وتوافر شروط الاعتداد به ويطلق فقه التحكيم على ولاية هيئة التحكيم قاعدة ((الاختصاص بالاختصاص))^أ.
إلا أن الفكرة الأساسية التي يدور الجدل حولها هي ما مصير الشرط التحكيمي في حال بطلان العقد وقد ذهب الفقه والاجتهاد معاً ومؤخراً بأن العقد التحكيمي يعتبر عقداً يضمن العقد فإذا بطل العقد بقي عقد التحكيم قائماً لحسم المنازعات المتولدة عن العقد الباطل وهذا البطلان^ب.

ويرى الأستاذ الدكتور عبد الحميد الأحذب بأن الفكرة التي ارتكزت إليها نظرية استقلال الشرط التحكيمي هي أن هذا الاتفاق يشكل عقداً ضمن العقد الأساسي الذي يعني بتعبير آخر أن الشرط التحكيمي يشكل عقداً معادلاً للعقد الأساسي وبالتالي أن قاضي الأساس هو قاضي الفرع وقاضي العقد هو قاضي الشرط التحكيمي. وهكذا فقد رسم الاجتهاد أمام التحكيم الدولي سبيلاً لاستقلالية الشرط التحكيمي بالنسبة لبقية شروط العقد بينما بقي الشرط التحكيمي نفسه في التحكيم الداخلي مرتبطاً وملتصقاً بالعقد.

وفي العام 1972 صدرت عدة قرارات سارت في اتجاه مماثل في التحكيم الداخلي فقد فصلت محكمة استئناف باريس هذا الموضوع معتبرة أن الشرط التحكيمي والعقد الأساسي يشكلان عملياً يفرض المنطق تمايزهما فقد استمرت الأمور على هذا النحو حتى عام 1980. وقد قدم الفقه والاجتهاد معاً مثلاً واقعياً على مرجعية التمييز في

^أ /د. ناريمان عبد القادر- المرجع السابق-ص 312 /

/د. عبد الحميد الأحذب- المرجع السابق-ص 114 /

^ب /الأستاذ موتولوسكي-مقالة منشورة في مجلة الأحكام 1958 ص 39/

كل من التحكيم الداخلي والدولي واستقلالية الشرط التحكيمي في الحالة التي يتم فيها عقد تجاري فيما بين رجلي أعمال أحدهما تجيز بلاده التعامل بالمخدرات بينما بالنسبة للتاجر الآخر فإن بلاده تمنع الاتجار بالمخدرات وتعتبر التعامل فيها جريمة ومخالفة للنظام العام فإن الموضوع يثار عند إكساء صيغة التنفيذ للحكم التحكيمي في البلد الذي يراد إليه التنفيذ فإذا تقرر البطلان بالنسبة للطرف الذي تمنع بلاده التعامل بالمخدرات بقي الشرط التحكيمي قائماً بالنسبة لرجل الأعمال الذي تمنع بلاده الاتجار بالمخدرات ويبقى هذا الشرط صالحاً كموضوع للتحكيم لتحديد الأضرار التي لحقت بالطرف الذي تمنع بلاده الاتجار بالمخدرات وترى الدكتورة ناريمان عبد القادر بكتابها اتفاق التحكيم بالقانون المصري بأن ارتباط شرط التحكيم وجوداً وهدماً بالعقد الذي يتضمنه يترتب عليه عدم إمكان السير في إجراءات التحكيم حتى يفصل القضاء الوطني في المنازعات المتصلة باختصاص هيئة التحكيم أو بانعدام ولايتها.

وبعبارة أخرى يؤدي ارتباط شرط التحكيم بالعقد إلى رفع يد المحكم عن التحكيم بمجرد أن يطرح أي طرف عدم صحة العقد الأساسي ويصبح المحكم عندئذ ملزماً بإعلان عدم صلاحيته لأن الموضوع المطروح أمامه يجعله في وضع ينظر في آن واحد في صحة العقد الأساسي وفي صحة شرط التحكيم، إذ من غير المعقول أن يفصل المحكم في صحة عقد هو مصدر سلطته بحيث يؤدي الطعن في العقد الأصلي إلى وضع القضاء الطبيعي يده على التحكيم ذاته ويمكنه من خلال البت في صحة العقد الأصلي أن يتصدى لأساس النزاع.

وعلى العكس من ذلك فالأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) عن العقد الأساسي الذي يتضمنه يؤدي إلى عدم تأثر شرط التحكيم بمصير العقد الأساسي بحيث يعتبر التحكيم ملزماً ومرتباً لآثاره من حيث عدم اختصاص قضاء الدولة وبالتالي تختص هيئة التحكيم بتقرير ولايتها ومدى هذه الولاية.

ويحقق الاعتراف باستقلالية اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) على العقد الأصلي في المعلومات الداخلية والخارجية على السواء اقتصاداً في الوقت والإجراءات بدلاً من أن يوقف المحكم نظر النزاع حتى يفصل القضاء بصحة العقد فيتولى المحكم بنفسه الفصل في هذه المسألة.

والمقصود باستقلالية شرط التحكيم إذا كان الشرط باطلاً فإن هذا لا يجب أن يؤثر بالعقد الذي يتضمنه وإذا كان العقد باطلاً أو فسخ هذا لا يؤثر بعقد التحكيم نفسه. وهو ما يعبر عنه باستقلالية أو ذاتية شرط التحكيم.

فشرط التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي إلا أن له ذاتية متميزة ومستقلة عن العقد، ويقتضي التوضيح بأن مسألة الاستقلالية لا تثار بالنسبة لمشاركة التحكيم أي الاتفاق اللاحق على النزاع لأنها مسألة واضحة.

خاتمة

لما كان الأصل والارتكاز في الاحتكام هو إرادة الطرفين الذين قررا هجر محاكم الدولة واللجوء إلى محكم أو هيئة لحل النزاع بينهما، واتفقا فيما بينهما على شروط وأحكام منها النزاع الخاضع للتحكيم واللغة والمكان والقانون واجب التطبيق وغيرها من العناصر فقد كان اتفاق التحكيم هو المجد الحقيقي لهذه الإرادة بحيث يتبين بوضوح العناصر التي التقت عليها إرادة الطرفين، ويشكل منارة بالنسبة للمحكّمين يهتدون بها حتى إذا أخرجوا عنها عرضوا حكمهم للبطان. ومن هنا كانت أهمية بحثنا بهدف إلقاء الضوء على المكانة الكبيرة التي يحتلها اتفاق التحكيم حتى صدور الحكم التحكيمي وبعده. وتكاد تكون النزاعات التي تقوم بمعظمها في مجال الاعتراض على الحكم التحكيمي تتلخص في نقطتين أساسيتين هما:

1- نقيذ المحكّمين باتفاق التحكيم وعدم تجاوز حدودهم فيما يحكمون به.

2 - التثبيت من تطبيقهم القانون واجب التطبيق الذي التقت عليه إرادة الأطراف وفي هذا -بطبيعة الحال- إبعاد عن البحث في نظرية تنازع القوانين وما ينجم عن هذا البحث من خلاقات بين الأطراف والمحكّمين.

وفي أثناء إعداد هذا البحث في موضوع اتفاقية التحكيم فقد قامت وزارة العدل في الجمهورية العربية السورية مشكورة بإعداد مشروع قانون للتحكيم بعد أن خلت المراجع القانونية في سورية من وجود نصوص قانونية مجمعة بمجموعة واحدة. وبعد أن طورت جميع

الدول العربية تشريعاتها الخاصة بالتحكيم في قوانين حديثة استقت أكثر مشروعاتها من قانون اليونيسترال.

وعمدت وزارة العدل إلى تعميم هذا المشروع على جهات عديدة مما يعينها المشروع أو تهتم به. ومنها نقابة المحامين ونقابة المهندسين وغرف التجارة والصناعة وغيرها من التنظيمات. وطلبت هذه الجهات أن تدرس المشروع وتبدي الرأي فيه بملاحظات خطية ومكتوبة.

وأول ما يلفت النظر في هذا المشروع أنه يستند إلى قانون اليونيسترال وهو قانون التحكيم النموذجي المعتمد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري.

وأن هذا المشروع وعلى خلاف قانون اليونيسترال UNICTRAL تضمن إخضاع حكم التحكيم الأجنبي والوطني معاً إلى الاستئناف ما لم يتضمن اتفاق التحكيم تفويض المحكمين بأن يكونوا محكمين مصالحين.

ولدى دراسة هذا المشروع في لجنة تم تشكيلها في نقابة المحامين لاحظت هذه اللجنة أن خطراً يواجه شرط التحكيم ويعود النزاع مرة ثانية إلى حاضنة القضاء وهو ما تم الحرص أن يبقى للتحكيم استقلالية وأن يبقى حكم التحكيم خاضعاً لدعوى الإكساء فقط استناداً إلى شروطها المنصوص عليها بأحكام القانون.

وقد درست دعوى الإكساء ودعوى الاستئناف من قبل ندوة

التحكيم التي تزامن انعقادها في دمشق مع دراسة مشروع قانون التحكيم وانتهى الدارسون والمعقبون والمحاضرون ومندوب وزارة العدل في هذه الندوة إلى الخطورة التي تحيط بشروط التحكيم في حالة

إخضاعه للاستئناف مادام أن الغرض من التحكيم هو نزع ولاية
القضاء. وعليه فقد اقترحت الندوة على وزارة العدل أن تعدل من
نصوص مشروع قانون التحكيم المعد من قبلها على أساس ما ذكر
وعليه فقد تم استبعاد دعوى الاستئناف من مشروع القانون وبانتظام ما
يؤول إليه في تفعيل الملاحظات الواردة عليه و اقتناع الذين لهم علاقة
بإعداد المشروع وبإصداره.

آمل أن يكون ما بذلته في هذا المجال قد حقق ما كنت أرجوه

والله ولي التوفيق

المراجع

- 1- الدكتورة ناريمان عبد القادر- اتفاق التحكيم.
- 2- أبو زيد رضوان- الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي.
- 3- الدكتور محسن شفيق- التحكيم التجاري الدولي.
- 4- الدكتور أحمد عبد الفتاح الشلقاني- التحكيم في عقود التجارة الدولية.
- 5- الدكتورة سامية راشد- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.
- 6- الدكتور أحمد أبو الوفا- التحكيم الإجباري.
- 7- سلطان راشد العاطفي- بحث مقدم لمؤتمر التحكيم المنعقد في القاهرة 1999.
- 8- د.برهام محمد عطاالله بحث في اتفاق التحكيم - محاضرة قدمت في مركز التحكيم التجاري الدولي في القاهرة عام 2001.
- 9- د. عبد الحميد الأحذب- التحكيم- أحكامه- مصادره.
- 10- مجلة التحكيم- استئناف باريس 21 فبراير 1964.
- 11- الأستاذ Robert- التحكيم في المسائل المدنية والتجارية.
- 12- الأستاذ موتولوسكي- مقالة منشورة في مجلة الأحكام 1958.
- 13- د.يحيى الجمل- العقود الإدارية.
- 14- د.فتحي والي- محاضرة قدمت في مؤتمر بعنوان القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري الدولي.
- 15- د. أبو زيد رضوان- الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي.
- 16- قواعد التحكيم الدولي محاضرة للأستاذ المحامي محمود الجبوش قدمت في مؤتمر اتحاد المحامين العرب في دمشق عام 2006.

الفهرس

رقم الصفحة	مخطط البحث
3	مقدمة
7	الفصل الأول: التعريف بالتحكيم وأنواعه
7	المبحث الأول: التعريف بالتحكيم
8	المبحث الثاني: أنواع التحكيم
13	الفصل الثاني: شرط ومشاركة التحكيم
14	المبحث الأول: شرط التحكيم
15	المبحث الثاني: مشاركة التحكيم
16	الفصل الثالث: شروط اتفاق التحكيم وآثاره
16	المبحث الأول: شروط اتفاق التحكيم
27	المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم
41	الفصل الرابع: تأصيل مبدأ استقلالية شرط التحكيم
46	خاتمة
49	المراجع