

بسم الله الرحمن الرحيم

اتفاق التحكيم

في

التشريع

وفي

التطبيقات القضائية العربية

شاهر مجاهد الصالحى

المستشار القانونى لوزير العدل اليمنى

ورقة عمل مقدمة :

لملتقى التحكيم فى العالم الإسلامى (الواقع والمأمول)

الذى تنظمه جامعة أم القرى وفريق التحكيم السعودى

مكة المكرمة : ٩ - ١٠ / مارس ٢٠١٤ م

يُعرف التحكيم بأنه : اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض هيئة تحكيم مكونة من شخص واحد أو أكثر للفصل في نزاع بينهم بحكم ملزم .

وبذلك يكون التحكيم، في مرحلته الأولى اتفاق وفي مرحلته الثانية إجراء وفي مرحلته الثالثة قضاء ملزم .

هذا التعريف يجعلنا من الوهلة الأولى نلاحظ أن اتفاق التحكيم هو حجر الزاوية للعملية التحكيمية..وهو الأساس الذي يُظهر توافق إرادة الخصوم في اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع بينهم ويضفي عليه صفته ومداه وهو الأساس الذي تركز عليه هيئة التحكيم في عملها ويضفي عليها الشرعية باعتباره مصدر سلطتهم .

واتفاق التحكيم الذي يأتي في صورة (شرط) في العقد قبل نشوء النزاع أو يتم على شكل (مشاركة) بعد نشوء النزاع فإنه يجعل من التحكيم أمراً مؤكداً متى ظل أطرافه متمسكين به.

وبمقتضى اتفاق التحكيم يتنازل الخصوم عن اللجوء إلى القضاء وينجهون إلى التحكيم للفصل في النزاعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية بحكم ملزم .

والمبدأ المستقر عليه هو أنه لا يعرض نزاع على التحكيم إلا باتفاق أطراف الخصومة اتفاقاً واضحاً على الفصل فيه عن طريق التحكيم دون القضاء. وأن اتفاق التحكيم يعد مصدر سلطة المحكمين وهو الذي يحدد موضوع ونطاق التحكيم والمسائل التي تدخل فيه .

استقر الاجتهاد القضائي في البلاد العربية على ترسيخ هذه المفاهيم والمبادئ من خلال الكثير من القواعد والمبادئ ، وعلى سبيل المثال:

قضت محكمة تمييز دبي بأن " الاتفاق على التحكيم مؤداه عدم جواز التجاء الخصوم إلى القضاء. الاستثناء من ذلك للمحكمة النظر في الدعوى والفصل فيها إذا مثل المدعى عليه أو من ينوب عنه في الجلسة الأولى ولم يتمسك بشرط التحكيم " (١).

(١) محكمة تمييز دبي - طعن رقم (١٩٩٤/٦١) جلسة : ١٣ نوفمبر ١٩٩٤ م

وقالت محكمة النقض السورية "إذا انعقدت إرادة الطرفين على شرط التحكيم عند وقوع أي خلاف وبوجود هذا الشرط، يغدو القضاء غير ذي ولاية للنظر في النزاع"^(١).

والتحكيم هو عمل قضائي ذو طبيعة خاصة أساسها أن المحكم يستمد ولايته من اتفاق الخصوم على تحكيمه ، وتفسر إرادة الطرفين في شأنه تفسيراً ضيقاً وقصره على طرفيه، وعلى ما تنصرف إرادة المحتكمين بعرضه على هيئة التحكيم .

ولأن اتفاق التحكيم يفسر دائماً تفسيراً ضيقاً والغرض من ذلك هو الالتزام بمضامين ومعاني ألفاظه وحدوده، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف التجارية في الدار البيضاء أن " اتفاق التحكيم يُفسر تفسيراً ضيقاً ويتعين الالتزام والتقييد بحدوده لكون التحكيم هو استثناء من القاعدة العامة التي هي اللجوء إلى القضاء الرسمي "^(٢).

(١) الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية - قرار رقم (٨٧) لعام ١٩٩٦ م .

(٢) محكمة الاستئناف التجارية - الدار البيضاء - قرار رقم (٠١٤٨٩) لعام ٢٠٠٦ م .

تعريف اتفاق التحكيم

اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسيترال) في دورتها الـ ٣٩ لعام ٢٠٠٦ م تعديلات للمادة (٧) من القانون النموذجي للتحكيم، والصيغة الجديدة لاتفاق التحكيم وفقاً لهذا التعديل وردت في شكل خيارين:

الخيار الأول الذي ستأخذ به: الذي عرّف اتفاق التحكيم بأنه " اتفاق بين الطرفين على أن يُحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل " (م.١/٧) من قانون تحكيم يونسيترال .

أما قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ م في المادة (١/١٠)، عرّف اتفاق التحكيم بأنه " اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقديّة كانت أو غير عقديّة." هذا التعريف لاتفاق التحكيم في القانون المصري مأخوذ في الأصل من قانون تحكيم يونسيترال لعام ١٩٨٥ م .

ونصت الفقرة (١) من المادة الأولى لنظام التحكيم السعودي الصادر أواخر سنة ١٤٣٣ هـ على أن " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقديّة كانت أو غير عقديّة".

وتعريف اتفاق التحكيم في هذه القوانين متطابق تقريباً وهي جميعاً تتفق على تكريس المبدأ العام وهو حرية الأطراف في الاتفاق على حل منازعاتهم الناشئة أو التي قد تنشأ عن طريق التحكيم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقديّة كانت أو غير عقديّة .

حالات وصور اتفاق التحكيم

الاتفاق على التحكيم يأخذ إحدى ثلاث صور (شرط التحكيم / مشاركة التحكيم / الإحالة إلى عقد) .

أولاً : شرط التحكيم :

شرط التحكيم في الغالب يرد على شكل بند ضمن عقد معين وفي بعض الحالات قد يكون مستقلاً عن ذات العقد وهو الذي يسبق النزاع .

ورد شرط التحكيم في قانون التحكيم النموذجي (يونسيترال) ضمن المادة (١/٧) منه الخاصة بتعريف اتفاق التحكيم ، كما يلي (...ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل).

أما قانون التحكيم المصري فقد أجاز في الفقرة (٢) من المادة (١٠) منه بأن (يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى).

وشرط التحكيم في القانون الأردني للتحكيم ورد في المادة (١١) منه حيث نصت على أنه " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين " .

أما نظام التحكيم السعودي فقد تضمنته الفقرة (١) من المادة التاسعة التي تنص على أنه "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء أكان مستقلاً بذاته، أم ورد في عقدٍ مُعَيَّن. "

وبذلك نلاحظ أن نصوص القوانين محل البحث قد أجمعت على أن شرط التحكيم الذي يسبق النزاع يمكن أن يكون على شكل بند في عقد معين أو على شكل اتفاق مستقل.

والاختلاف الذي يمكن الإشارة له هو أن نظام التحكيم السعودي لم يُشر إلى "كل أو بعض المنازعات" كما نصت عليه قوانين تحكيم يونسيترال والمصري والأردني . ولكن ذلك قد لا يمنع من إحالة بعض المنازعات باتفاق الأطراف على الرغم من عدم وجود مثل هذا النص .

الاختلاف الآخر جاء في القانون المصري للتحكيم حين نص على (... وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى). حيث لم يرد مثل هذا النص في باقي القوانين، وهو باعتقادنا نص أحسن المشرع المصري بإضافته لأنه قد يحدث في بعض الحالات وخاصة في التحكيم الحر أن تأتي هيئة تحكيم وتطلب من الأطراف تحديد نقاط النزاع في وثيقة تحكيم جديدة قبل البدء في مباشرة مهمتها رغم وجود شرط التحكيم .

ثانياً : مشاركة التحكيم :

قد يرد الاتفاق على التحكيم في وثيقة مستقلة ، بعد قيام النزاع ، ويمكن أن يكون إبرام هذه الوثيقة ناشئاً عن نزاع تعاقدي أو غير تعاقدي وتسمى هذه الوثيقة مشاركة التحكيم .

قانون تحكيم يونسيترال نص على مشاركة التحكيم ضمن البند (١) من المادة السابعة في صيغتها المعدلة التي أشارت باللفظ إلى (...النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة ...).

أما المشرع المصري ومعه الأردني والسعودي فقد كانوا أكثر وضوحاً في هذه المسألة ، حيث نصت المادة (١٠ / ٢) من القانون المصري على أنه : (يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً).

لم يختلف نظام التحكيم السعودي عن القانون المصري فقد نصت المادة (٩ / ١) منه على (كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع، وإن كانت قد أُقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب أن يُحدّد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً) .

أما قانون التحكيم الأردني فقد ورد في المادة (١١) منه النص الآتي (...كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية

ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق باطلاً).

كما لاحظنا ، فإن مشاركة التحكيم التي تكون بعد قيام النزاع أجازتها القوانين محل البحث وإن ظهرت بعض الاختلافات فيما بينها . والاختلاف المهم الذي يمكن الإشارة إليه هو أن القانون المصري ونظام التحكيم السعودي قد اشترطا في هذه الحالة تحت طائلة البطلان (أن يُحدّد الاتفاقُ المسائل التي يشملها التّحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً). في حين أن القانون الأردني اكتفى باشتراط اعتبار اتفاق التحكيم باطلاً إذا لم يحدد موضوع النزاع تحديداً دقيقاً وترك موضوع نقاط النزاع لهيئة التحكيم والأطراف لتحديد لاحقاً.

لذلك فإن اتفاق التحكيم اللاحق لقيام النزاع يفترض أن يحدد في صلبه موضوع النزاع - (كما في القانون الأردني) أو نقاط النزاع بشكل عام (كما في القانون المصري والقانون السعودي) - المراد حسمه عن طريق التحكيم تحديداً واضحاً ودقيقاً ، وأسماء المحكمين أو على الأقل اثنين منهم إذا كانوا ثلاثة وبيان طريقة اختيار المحكم المرجح وكذا مكان ولغة التحكيم والقانون الواجب التطبيق.... الخ . لأن النزاع هنا صار شيئاً واضحاً للأطراف ويسهل عليهم تعيينه وتحديده بدقة.

حول هذه المسألة نرى التطبيقات القضائية تتفق مع تلك النصوص ، فقد قضت محكمة استئناف القاهرة بما يلي (الاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع الذي يسمى مشاركة التحكيم يجب أن يحدد في صلبه موضوع النزاع تحديداً دقيقاً).^(١)

وفي حكم آخر أكدت نفس المحكمة أن "الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع يجب أن يحدد المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً " .^(٢)

(١) محكمة استئناف القاهرة - دائرة (٩١) تجاري - رقم (١٢٤/٢١) صادر في : ٢٠٠٨/٢/١٣ م .

(٢) محكمة استئناف القاهرة - الدائرة (٩١) تجاري - دعوى رقم (٧٣) صادر في : ٢٠٠٧/١/٣٠ م .

ثالثاً : الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم :

قد يرد الاتفاق على التحكيم على شكل إحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم . " ويحدث ذلك عادة في عقود الشحن بالسفن أو الطائرات ، كأن يتضمن عقد إيجار سفينة شرط تحكيم . ثم يتم إبرام عقد شحن بحري وتتم الإحالة فيه إلى وثيقة إيجار السفينة إحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم الوارد فيها جزءاً من العقد " .^(١)

كما قد يحدث ذلك في عقود المقاولة حين يتضمن عقد المقاولة الأساسي بين المالك والمقاول شرط تحكيم ثم يبرم المقاول عقد مقاولة من الباطن لمقاول آخر ويتم الإحالة فيه إلى شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد المقاولة الأساسي .

لقد أجازت القوانين المختلفة اتفاق التحكيم الذي يأتي بصورة إحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم ، ورد ذلك في القانون النموذجي للتحكيم في البند (٦) من المادة السابعة بصيغتها المعدلة التي نصت على أن "تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بنداً تحكيمياً اتفاق تحكيم مكتوباً، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءاً من العقد".

وفي القانون المصري للتحكيم بند (٣) من المادة (١٠) التي أشارت إلى "ويعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"، أما القانون الأردني للتحكيم فقد نصت المادة (١٠/ب) على أنه "ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"

كذلك في نظام التحكيم السعودي البند (٣) من المادة التاسعة التي ورد فيها "كما يُعدّ في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

(١) صياغة اتفاق التحكيم . المحامي الدكتور محمد أديب الحسيني .

وفي التطبيقات القضائية قضت محكمة الاستئناف المدنية السورية بالآتي: (إن اتفاق التحكيم الوارد في عقد أو وثيقة رسمية أو عادية أو في محضر محرر لدى هيئة التحكيم أو في أية رسائل متبادلة أو بإحدى وسائل الاتصال المكتوب ، يعتبر صحيحاً ما دام يعبر عن تلاقح إرادة المرسلين على اختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع).^(١)

لكن التساؤل الذي يبقى قائماً هل الإشارة العامة إلى عقد نموذجي تكفي للقول بتوافر اتفاق التحكيم ما لم يكن هناك دليل يسمح بالتأكد من اللجوء للتحكيم؟ .

(١) محكمة الاستئناف المدنية الأولى - دمشق - قرار رقم (٥٥٢) صادر في : ١٤/١١/٢٠١٠م

شروط صحة اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم شأنه شأن أي اتفاق يعد في الأساس تعبيراً عن إرادة طرفين تراضيا على اختيار طريق التحكيم وسيلة لحل منازعاتهما التي نشأت أو قد تنشأ بينهما مستقبلاً .
لذلك يتطلب الأمر أن تتوافر في اتفاق التحكيم الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة التي يوجبها القانون . وتتمثل أبرز هذه الشروط في الآتي:

• التراضي:

إن أول الشروط التي تجعل اتفاق التحكيم صحيحاً يتمثل في توافر التراضي الصحيح لطرفيه بموجب قانون الإرادة الذي اتفق عليه الطرفان .
والرضا بالتحكيم مهما كانت صورته يكون له أثر نسبي على اعتبار أن الاتفاق على التحكيم هو عقد مثل سائر العقود ولا يلزم إلا أطرافه ، وطرفا العقد هما من يصدر التعبير عن إرادة الالتزام به فيسأهما في إنشاء وتكوين الاتفاق .
في هذه المسألة أكدت محكمة استئناف القاهرة أن "التحكيم مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين " (١).

لكن أحياناً قد تلتقي إرادة الطرفين في إسقاط اتفاق التحكيم كما انعقدتا من قبل باللجوء إلى التحكيم لحل نزاعهما (٢).

وفي هذا الأمر قضت إحدى المحاكم اللبنانية بأنه: (يمكن للإرادتين اللتين انعقدتا حول اللجوء إلى التحكيم بالرضى المتبادل أن تعودا وتلتقيا على الطلب من القضاء العادي المختص إعلان سقوط البند التحكيمي بإرادة الإنهاء المتبادل فيجيبهما القضاء إلى طلبهما بعد التثبت من تحقق إرادة الإنهاء المتبادل) .

(١) محكمة استئناف القاهرة - الدائرة (٩١) تجاري - دعوى رقم (٧٣) صادر في : ٢٠٠٧/١/٣٠ م .

(٢) الغرفة الابتدائية الثامنة الناطرة في قضايا التحكيم - المتن - لبنان - قرار رقم (١) لعام ٢٠١١ م .

• الأهلية:

أكدت قوانين التحكيم محل البحث على توافر الأهلية كشرط لصحة اتفاق التحكيم . حيث نصت المادة (١١) من القانون المصري للتحكيم على أنه " لا يجوز الاتفاق علي التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه " .

واعتبرت المادة (١١ / ١) من نظام التحكيم السعودي أنه " لا يصحّ الاتفاق على التّحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواءً أكان شخصاً طبيعياً -أو من يُمثّله- أم شخصاً اعتبارياً " .

أما القانون الأردني للتحكيم فقد ورد في المادة (٩) منه بأنه " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح " .

يفهم من ذلك أن الأهلية الكاملة للتصرف تعد شرطاً من الشروط اللازمة لصحة اتفاق التحكيم في هذه القوانين . إذ لا بد أن يكون الأطراف في الاتفاق متمتعين بكامل الأهلية المدنية وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته .

ليس هذا فحسب بل إن مخالفة هذا الاشتراط يجعل حكم التحكيم تحت طائلة البطلان .

حيث جاء في قانون التحكيم المصري مادة (٥٣) ما يلي :

١- " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

(ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته " .

نفس النص جاء في نظام التحكيم السعودي المادة (٥٠) حيث ورد فيها ما يلي :

" ١ - لا تُقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً للأهليّة، أو ناقصها، وفقاً للنظام الذي يحكم أهليّته " .

كذلك أكدت المادة (٤٩) من قانون التحكيم الأردني حالات عدم قبول دعوى البطلان ومنها :

" أ- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في أي من الحالات التالية :

٢- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته " .

وفي القانون النموذجي للتحكيم جاء في المادة (٣٤) الآتي: " لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة (٦) أن تلغي أي قرار تحكيم إلا إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة (٧) يفتقر إلى الأهلية".

ومؤدى كل ذلك أنه يجب أن يتمتع أطراف التحكيم بأهلية التعاقد لإبرام الاتفاق على التحكيم، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يجب كذلك أن يكون الشخص متمتعاً بأهلية التصرف في الحق موضوع النزاع.

لذلك، فإن الأشخاص الذين لا تتوفر لديهم هذه الأهلية كالقصر والمحجور عليهم يكونون غير مؤهلين لإبرام اتفاقات التحكيم. فإذا ما أبرم أحدهم اتفاقاً كان هذا الاتفاق باطلاً وهو ما أجمعت عليه قوانين التحكيم محل البحث.

• السبب :

لكي يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وغير عرضه للإبطال فإنه يتوجب أن يكون سببه مشروعاً. إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمن، وهذا سبب مشروع دائماً^(١).

ويكون السبب غير مشروع لاتفاق التحكيم إذا انطوى هذا الاتفاق على حالة من حالات الغش تجاه القانون بحيث يكون اللجوء إلى التحكيم لغرض التهرب من تطبيق قواعد آمرة في القانون فيما لو طرح النزاع على القضاء، أو يكون في أي مسألة من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم.

حول هذا الأمر، قضت محكمة استئناف القاهرة بالآتي " يشترط في اتفاق التحكيم أن يكون سببه مشروعاً وإلا كان باطلاً"^(٢).

(١) المستشار / رضا فاروق الملاح. (اتفاق التحكيم - إجراءات التحكيم - بطلان التحكيم - تنفيذ حكم التحكيم)

(٢) محكمة استئناف القاهرة - دائرة (٩١) تجاري رقم (١٢٣/٢٥) صدر في : ٢٠٠٨/٩/١٠ م.

• قابلية النزاع للتحكيم

اشترطت قوانين التحكيم العربية محل البحث بعدم جواز التحكيم في أي مسألة من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح . وتبعاً لذلك ، فإن أي اتفاق على التحكيم يتصل بأي مسألة لا يجوز فيها الصلح يعرض حكم التحكيم للبطلان وتقضي المحكمة بذلك من تلقاء نفسها دون أن يطلب منها ذلك .

حيث جاء في المادة (١١) من قانون التحكيم المصري بأنه (لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) . وتنص المادة (٥٣ / ٢) على أن (تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية) .

وورد في المادة (٢) من نظام التحكيم السعودي النص الآتي : (ولا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح)

وتنص الفقرة الثانية من المادة (٥٠) من النظام على الآتي : (تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام في المملكة، أو إذا وُجد أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها بموجب هذا النظام) .

كذلك أكدت المادة (٩) من قانون التحكيم الأردني على أنه (... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) وقضت المادة (٤٩ / ب) من نفس القانون بأن (تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها) .

ويمكننا أن نشير إلى أن من بين المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وتدخل ضمن الاختصاص الوجوبي للقضاء الرسمي ارتباطاً بالنظام العام هي المنازعات المتعلقة بالجنسية والمنازعات المرتبطة بالتنفيذ الجبري ومخاصمة القضاة وردهم وكذلك الحدود واللعان وإثبات صحة عقود النكاح أو إثبات النسب أو جرائم القتل والسرقه وكل ما له صلة أو علاقة بالنظام العام . ومخالفة النظام العام تعني الخروج عن القواعد الآمرة المرتبطة بالمصالح العليا للمجتمع .

ولعل الهدف من إخراج المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها، هو رغبة المشرع بمنع الصلح وبسط ولاية القضاء الرسمي على هذه المنازعات، وهو ما يقتضي -أيضاً- حظر التحكيم بشأنها. وفي التطبيقات القضائية نجد أن محكمة النقض السورية قد قضت بالآتي " للمحكمة رفض طلب إكساء حكم المحكمين صيغة التنفيذ في حال تبين لها وجود ما يخالف قواعد النظام العام سواء في مشاركة التحكيم أو في حكم المحكمين " (١).

• شرط الكتابة:

تنص المادة (١٢) من القانون المصري للتحكيم على ما يلي: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

وتنص المادة (١٠) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي:

"أ- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق.

ب- ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

ج- إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب".

(١) محكمة النقض السورية - الغرفة المدنية الأولى - قضية (٨٥٠) قرار (٧٤١) لعام ٢٠٠٧ م .

كما تنص المادة (٩) بند (٢ ، ٣) من نظام التحكيم السعودي على الآتي:

(٢-) يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً.
٣- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه ما تبادلته من مراسلات موثقة، أو برقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، أو المكتوبة، وتعدّ الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم. كما يُعدّ في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد).

وشرط الكتابة في قوانين هذه الدول متفق مع المادة (٧) بصيغتها المعدلة من القانون النموذجي إلا أن هذا القانون، لم يبين ما إذا كانت كتابة اتفاق التحكيم هي شرط انعقاد أم شرط إثبات، ترك ذلك للقوانين الوطنية، وعلى وجه الخصوص القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم كما أن القانون النموذجي بصيغته المعدلة لهذه المادة كان أكثر توسعاً لمفهوم الكتابة لشرط التحكيم. حيث نصت الفقرات (٢-٥) من المادة السابعة على الآتي:
٢- "يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.

٣- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان محتواه مدوناً في أي شكل، سواء أكان أم لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد قد أبرم شفويا أو بالتصرف أو بوسيلة أخرى.

٤- يستوفى اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً؛ ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات؛ ويقصد بتعبير "رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسلّة أو المتلقاة أو المخزّنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي.

٥- علاوة على ذلك، يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان وارداً في تبادل لبياني ادعاء ودفاع يزعم فيهما أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر".

وفي ذات السياق أكد الاجتهاد القضائي العربي مسألة شرط الكتابة إعمالاً للنصوص القانونية. وفي هذا تقول المحكمة التجارية في مسقط أن " اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً".^(١)

كذلك قضت محكمة استئناف عمان بما يلي " إن اتفاق التحكيم وحتى يكون ملزماً لأطرافه يجب أن يكون مكتوباً وموقعاً من أطرافه ".^(٢)

وقالت محكمة استئناف بيروت " إن عقد التحكيم لا يكون صحيحاً إلا بموافقة فريقه، وهذه الموافقة تتمثل بتوقيع العقد التحكيمي كونه لا يثبت إلا بالكتابة ".^(٣)

ويتبين من هذه النصوص أن قوانين الدول العربية محل البحث وكذا التطبيقات القضائية بمجملها تتفق على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً تحت طائلة البطلان . وأن الكتابة شرط انعقاد فلذلك يترتب على عدم كتابة الاتفاق بطلانه. والكتابة هنا ليست فقط مطلوبة لإثبات اتفاق التحكيم ولكنها شرط لصحته . وبالتالي لا يجوز إثبات عقد التحكيم بالقرائن أو بشهادة الشهود ولا بحلف اليمين .

(١) المحكمة الابتدائية - الدائرية التجارية - مسقط - جلسة : ٢٦/٤/٢٠٠٩ م .

(٢) محكمة استئناف عمان - الأردن - قضية رقم (٢٠٠٨/١١٣) صادر عام ٢٠٠٩ م .

(٣) محكمة الاستئناف المدنية بيروت - الغرفة الأولى - قرار رقم (١٤٧٠) ٢٠١٠ م .

استقلالية شرط التحكيم

فيما يتعلق باستقلالية شرط التحكيم عن بنود العقد الأخرى نظمته قوانين التحكيم محل البحث بنصوص متطابقة تقريباً ولا يوجد اختلاف فيما بينها. فقد نصت المادة (٢٣) مصري على الآتي "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

ونصت المادة (٢٢) أردني على أن "يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا تترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

كما بينت المادة (٢١) سعودي على أنه "يُعدُّ شرطُ التَّحكيمِ الوارد في أحدِّ العُقود اتفاقاً مُستقلاً عن شروط العَقد الأخرى. ولا يترتَّب على بطلان العَقد -الذي يتضمَّن شرطَ التَّحكيم- أو فسخه أو إنهائه بطلان شرط التَّحكيم الذي يتضمَّنُه إذا كان هذا الشرطُ صحيحاً في ذاته".

وورد -أيضاً- في القانون النموذجي في المادة (١/١٦) منه جاء ما يلي "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته. و لهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

وتمثل مسألة مبدأ استقلاليه شرط التحكيم بهذا المفهوم وبنصوص متطابقة تقريباً، نقطة اتفاق بين القوانين العربية التي أشرنا إلى نصوصها أعلاه.

وهذا أيضاً ما استقر عليه الاجتهاد القضائي العربي. ومثال على ذلك: قضت إحدى المحاكم اللبنانية بالآتي:

"استقلال البند التحكيمي عن العقد الذي يتضمنه، بحيث يبقى البند التحكيمي نافذاً بالرغم من بطلان العقد، ومبرر ذلك يكمن في أن طرح مسألة بطلان العقد من قبل الفرع لا يمكن

أن يجد حلاً إلا من خلال أعمال البند التحكيمي الذي يولي المحكم الاختصاص للبحث في المسألة المذكورة ، بحيث إن البند التحكيمي يبقى متمتعاً بكيان قانوني مستقل عن العقد " (١).
وقالت محكمة استئناف بيروت إن:

"الاجتهاد اعتبر أنه بالنسبة إلى البند التحكيمي الذي يرتبط بعقد أساسي يستمر البند التحكيمي قائماً وسارياً بعد انتهاء العقد المذكور لحل النزاعات الناتجة عن هذا العقد ، والتي قد تنشأ بعد انقضائه " (٢).

ومؤدى كل ذلك هو أن الشرط التحكيمي يعتبر مستقلاً تماماً عن بنود العقد الأخرى الوارد به الشرط. ويترتب على ذلك القول : بأن بطلان العقد أو فسخه أو انتهائه لا يكون له أي أثر على شرط التحكيم الذي يبقى قائماً ويجب إعماله ما دام أن الشرط ذاته صحيح. وفي هذه الحالة، يحال النزاع إلى التحكيم بالرغم من أن العقد ككل باطل أو تم فسخه أو منتهى.

لكن هناك اجتهاد قضائي له رأي مخالف حول مفهوم استقلالية شرط التحكيم. هذا الاجتهاد القضائي المخالف عبر عنه القضاء العماني حين أكدت محكمة استئناف مسقط على " عدم استقلالية شرط التحكيم ، مثله مثل الشروط الأخرى ، بانتهاء مدة الاتفاقية ينتهي شرط التحكيم " (٣).

وملخص هذه القضية هو أن المحكمة التجارية الابتدائية بمسقط قبلت الدفع بوجود شرط التحكيم رغم انتهاء الاتفاقية التي تضمنت شرط التحكيم ، وأوردت في حيثياتها " أن البند التحكيمي يخلو من أي قيد زمني لإعمال الاتفاق على التحكيم وأن التحكيم إذا ما نص عليه يبقى أثره نافذاً أثناء فترة سريان الاتفاقية أو بعد انتهائها".

(١) محكمة استئناف بيروت – الغرفة الثالثة – قرار رقم (٢٠٠٨/١٩٢) صادر في ٢٠٠٨ م .

(٢) محكمة استئناف المدنية – بيروت – الغرفة الأولى – قرار رقم (٦٦٣) لعام ٢٠١٠ م .

(٣) محكمة استئناف مسقط . استئناف رقم (٢٠٠٥/٢٢١) جلسة : ٢٠٠٥/١٠/١٧ م .

لكن محكمة استئناف مسقط أبطلت حكم المحكمة الابتدائية ومما قالته في حيثياتها "بانتهاء الاتفاقية تنتهي كافة الآثار القانونية الناتجة عنها، إذ لا يمكن أن يفهم أن شرط التحكيم وجد لحكم العلاقة بين الطرفين إلى الأبد".

وأما المحكمة العليا فقد أيدت حكم محكمة الاستئناف قائلة: "إن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه يقوم على أساس متين علل قضاؤه تعليلاً سائغاً واقعاً وقانوناً مستوفياً البيان ومستمداً مما له أصل ثابت في الأوراق فكان ما تقدم بمناى عن شائبة الخطأ في تطبيق القانون وتأويله والفساد في الاستدلال".

وتجدر الإشارة أن المادة (٢٣) من قانون التحكيم العماني تنص على الآتي : (يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته) .

ونشير إلى أن الدكتور/ عبد الله محمد السعدي : في تعليقه على الحكم قال : " مما يلاحظ على حكم محكمة الاستئناف والمحكمة العليا أنهما جانبا الصواب في ما يتعلق بتفسيرهما لمدى إلزام شرط التحكيم الوارد في الاتفاقية لطرفي العقد"^(١)

(١) د/ عبد الله محمد السعدي . تعليق علي حكم . مجلة التحكيم . العدد (١) . بيروت . كانون الثاني/ يناير ٢٠٠٩ م .

الأثر المانع لاتفاق التحكيم

ينحصر أثر اتفاق التحكيم على أطرافه فقط. ولا يمكن الاحتجاج به على أي شخص ليس طرفاً في هذا الاتفاق.

والأصل أن الغير لا تنصرف إليه آثار العقد حقاً كان أو التزاماً ، ولكن قد يستثنى من ذلك: استفادة الغير من العقد عند الاشتراط لمصلحة الغير.

واتفاق التحكيم يرتب أثراً مباشراً حين يسلب ولاية القضاء الرسمي من نظر النزاع والفصل فيه عن طريق القضاء الخاص وهو التحكيم بواسطة هيئة محكمين.

ولكن هذا الأثر لاتفاق التحكيم لا يُفهم منه أنه لم يعد للقضاء الرسمي أية صلة أو علاقة بالنزاع الذي أُحيل إلى التحكيم. فدور المحكمة المختصة يظل قائماً ومطلوباً من خلال الدور الفعال المساعد الذي تقدمه للعملية التحكيمية ومن ذلك تعيين المحكمين وإلزام من تخلف من الشهود بالحضور أمام هيئات التحكيم وعند اتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية كما ينص على ذلك في بعض القوانين ؛ كما يتمثل الدور الخلاق للقضاء في المسائل المرتبطة بالرقابة القضائية على العملية التحكيمية سواء الرقابة السابقة أو المصاحبة للعملية التحكيمية أو بعد انتهائها.

وقد تنصت المادة (١٣ / ١ ، ٢) من قانون التحكيم المصري على الآتي:

١- "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

٢- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

وتنص المادة الحادية عشرة من نظام التحكيم السعودي على ما يلي:

١- "يجب على المحكمة التي يُرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى.

٢- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم، أو الاستمرار فيها، أو إصدار حكم التحكيم "

وجاء في المادة الثانية عشرة من نفس النظام " مع مراعاة ما ورد في الفقرة (١) من المادة (التاسعة) من هذا النظام، إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع أمام المحكمة المختصة، وجب عليها أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم . "

وفي القانون الأردني للتحكيم جاء في المادة (١٢) ما يلي:

أ- "على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى .

ب- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".
كذلك جاء في المادة (١٠ / ج) من نفس القانون الآتي : ج- "إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة ، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم ، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب " .

أما القانون النموذجي للتحكيم فقد جاء في المادة (٨ / ١) اتفاق التحكيم والدعوى الموضوعية أمام المحكمة ما يلي:

"على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغٍ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه."

ومؤدى هذه النصوص هو أنها جميعاً أوجبت على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى متعلقة بنزاع أو بخلاف يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ، الحكم بعدم قبول الدعوى وإحالة الخصوم على التحكيم ، كما أنه إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة فإن عليها أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم .

وفي كل الأحوال فإن المحكمة لا تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ولكن بناء على دفع يديه المدعي قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى.

ويشكل الفارق الأساس بين القانون النموذجي للتحكيم والقوانين العربية محل البحث في هذه المسألة هو أن القانون النموذجي منح المحكمة الحق في التحقق من صحة وفعالية اتفاق التحكيم ، فإذا اتضح للمحكمة أن الاتفاق " باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه." فإن عليها المضي بإجراءاتها وعدم إحالة النزاع للتحكيم. أما القوانين العربية الثلاثة محل البحث فلم تعطي هذا الاختصاص للمحكمة وأسندته لهيئة التحكيم .

ومجمل القول أن قوانين التحكيم العربية محل البحث تُكرس مبدأ قانوني هام وهو عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم وهو ما يسمى بالأثر المانع لاتفاق التحكيم .

بالتالي، ليست المحكمة المختصة للتأكد من صحة وفعالية الشرط التحكيمي، حيث منحت هذه القوانين هيئة التحكيم سلطة الفصل في جميع الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع . لكن هذا لا يعني بأن المحكمة لن تمارس دورها الرقابي وتحكم من تلقاء نفسها ببطلان اتفاق التحكيم إذا كان موضوعه يخالف النظام العام.

وترسيخاً لهذا المبدأ ، نعرض بعضاً من الاجتهادات القضائية في الدول العربية على النحو التالي:

- "لمبدأ اختصاص المحكم ببت اختصاصه قبل القضاء العدلي حدود . ويجوز للقاضي النظر في اختصاصه رغماً عن وجود اتفاق تحكيم إذا اتضح له أن الاتفاقية باطلة أو عديمة الأثر أو لا يمكن تنفيذها، وذلك إذا ما رُفعت أمامه دعوى في مسألة أبرمت بشأنها اتفاقية تحكيم " .⁽¹⁾

(1) المحكمة الابتدائية بتونس - قضية رقم (23796) لعام 2009 م .

- "من واجبات المحكمة رد الدعوى التي يوجد بشأنها اتفاق تحكيم إذا ثبت لديها أن هناك اتفاق تحكيم بخصوص موضوع هذه الدعوى بمجرد إثارة هذا الدفع قبل الدخول في الأساس .
- الاتفاق على إحالة النزاع أو الخلاف على التحكيم وفقاً لإرادة الفريقين لا يخالف النظام العام".^(١)
- " إن من واجبات المحكمة وبمجرد إثارة الدفع بالتحكيم قبل الدخول في أساس الدعوى التي يوجد بشأنها اتفاق تحكيم إذا أثبتت لديها أن هناك اتفاق تحكيم بخصوص موضوع هذه الدعوى أن تحكيم برد الدعوى ".^(٢)
- " الاتفاق على التحكيم يعني تنازل طرفي النزاع عن اللجوء إلى القضاء واتفاقهما على اللجوء إلى التحكيم لبت أي نزاع يقوم بينهما وهذا اتفاق جائز غير ممنوع في القانون ولا يخالف النظام العام ".^(٣)
- " التمسك بالشرط التحكيمي قبل الخوض في الأصل يجعل المحكمة غير مختصة بالنظر حكماً ومخالفتها لذلك يشكل مساساً بالنظام العام ".^(٤)
- " لا يحتوي اتفاق التحكيم على نزع اختصاص المحاكم القطرية ولكنه يمنعها من سماع الدعوى ما دام شرط التحكيم قائماً ".
- يجوز للمتعاقدین الالتجاء للتحكيم للنظر في ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به محاكم قطر أصلاً .^(٥)
- الالتزامات المنشأة على وجه صحيح تلزم المتعاقدين ولا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا باتفاق الطرفين. لجوء الطرفين إلى القضاء يعتبر تنازلاً عن شرط التحكيم .^(٦)

(١) محكمة التمييز الأردنية - القضية رقم (١٨٤٣) لعام ٢٠٠٦ م .

(٢) محكمة التمييز الأردنية - رقم القضية (١٨٣٧) لعام ٢٠٠٨ م .

(٣) محكمة التمييز الأردنية - رقم القضية (٢٤٦٨) لعام ٢٠٠٠ م .

(٤) محكمة التعقيب (التمييز) الدائرة المدنية الثالثة - تونس - قضية (٣١٩٠٩) لعام ٢٠١٠ م

(٥) محكمة استئناف قطر. حكم استئناف رقم (١٣٩٣/١٥) صدر في جلسة : ١٩٩٤/١/٣٠ م .

(٦) المغرب. الغرفة التجارية - القسم الأول بالمجلس الأعلى - قرار (٢٥٩) بتاريخ : ٢٠٠٨/٣/٥ م .

يسقط الاتفاق على التحكيم باتفاق صريح أو ضمني بالتجاء أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى قضاء الدولة واتخاذ الطرف الآخر سلوكاً ينم - بما لا يدع مجالاً للشك - عن رضائه بهذا الطريق وتنازله عن حقه في الالتجاء للتحكيم ولا يحق معه معاودته إلا بموجب اتفاق جديد. (١)

وخلاصة القول ، أنه يترتب على اتفاق التحكيم - أيا كانت صورته - أثران هامين: الأول / أثر إيجابي وهو الحق في لجوء الأطراف إلى التحكيم، والثاني / أثر سلبي يرتبط بالاختصاص القضائي، متى تم رفع دعوى أمام القضاء في موضوع نزاع يتضمن شرط تحكيم ، حيث يحق للطرف الثاني أن يدفع بوجود شرط التحكيم ويتمسك به .

على أنه لا بد من التأكيد أن الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب وجود اتفاق التحكيم ، لا يعتبر دفاعاً مطلقاً ، أي أنه يتعين على من له مصلحة فيه أن يثيره في الجلسة الأولى أو قبل أي دفاع أو طلب في موضوع الدعوى .

وأن عدم إثارة اتفاق التحكيم من قبل الأطراف أمام المحكمة يعني تنازلاً منهم عن تنفيذ هذا الاتفاق . وأنه لا يجوز للمحكمة أن تثير شرط التحكيم من تلقاء نفسها لأن ذلك ليس من النظام العام.

(١) تمييز مدني - الدائرة الأولى - قطر - طعن رقم (٥٧) لعام ٢٠٠٨ م .

أهمية صياغة اتفاق التحكيم

إن صياغة البند التحكيمي مسألة في غاية الأهمية ، ذلك أن الصياغة الرديئة أو المبهمة أو الناقصة لاتفاق التحكيم لا بد أن تعرضه للإبطال قبل البدء بإجراءات التحكيم أو تعرض عملية التحكيم للفشل إن بدأت كما يمكن أن تعرض حكم التحكيم للبطلان إن صدر وفقاً لاتفاق غير واضح.

لذلك لا بد من معرفة " أن الصياغة المتقنة لبند التحكيم تجنب الطرفين الكثير من المشكلات والصعوبات وتحصن البند التحكيمي وتحمي العملية التحكيمية في بعض الأحيان من الفشل . ويكون لهذه الصياغة المتقنة أثر كبير في نجاح عملية التحكيم ، خاصة حين تكون هناك دراسة دقيقة للقوانين الإجرائية والموضوعية التي تلاءم العلاقة والمعاملة موضوع البند التحكيمي ويفضل الطرفان تطبيقها على موضوع النزاع " .^(١)

في هذه المسألة قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يشترط في الشرط التحكيمي أن تكون عباراته واضحة وغير عمومية وينم عن إرادة واضحة في تنظيم إجراءات التحكيم وطريقة التعيين للمحكمين ، لكي يكون هذا الشرط التحكيمي نافذاً، وإلا فإن الشرط التحكيمي غير الواضح لا ينزع اختصاص القضاء" .^(٢)

وفي حكم آخر قالت نفس المحكمة إن "اتفاق التحكيم هو بيان جوهرى لازم لصحة الحكم" .^(٣) وجاء في حكم للمحكمة العليا في الجمهورية اليمنية أنه "لا بد أن يستكمل اتفاق التحكيم أركانه الخاصة التي نص عليها نظام التحكيم من تعيين أسماء المحكمين وتحديد النزاع في وثيقة التحكيم . لا يجوز إثبات التحكيم إلا بالكتابة" .^(٤)

(١) صياغة اتفاق التحكيم . المحامي الدكتور محمد أديب الحسيني .

(٢) محكمة النقض المصرية - التجارية - طعن رقم (٦٣/٦٠٧) صادر في : ٢٧/٣/٢٠٠٧ م

(٣) محكمة النقض المصرية - الدائرة التجارية - رقم (١٠٦٣٥/١٩٧٦) لعام ٢٠٠٧ م .

(٤) المحكمة العليا - الدائرة التجارية هيئة ب- صناعاء- طعن رقم (٣٧٧٨٦) لعام ٢٠٠٩ م .

ويفهم من كل ذلك أن هناك ضرورة تقتضي بأن تكون صياغة اتفاق التحكيم صياغة واضحة ودقيقة وأن يتضمن الاتفاق جميع المسائل التي تحصنه من أي إبطال ومن هذه المسائل نشير على سبيل المثال موضوع أو نقاط النزاع المشمولة بحسب ما يقتضيه القانون الواجب التطبيق وعدد المحكمين وكيفية اختيارهم وإن كانت هناك شروطاً مطلوبة فيهم مع الإشارة إلى الحل فيما لو حصل الاختلاف على تشكيل هيئة التحكيم بالإضافة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والقانون الإجرائي ولغة ومكان التحكيم .

ولاشك أن الصعوبات في صياغة اتفاق التحكيم تزداد أهمية في حالات التحكيم الحر (ad hoc) لأنه في حالة التحكيم المؤسسي يستطيع الأطراف الاكتفاء فيما يتعلق بإجراءات التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم وأتعابهم ومدة التحكيم وغيرها من المسائل بالإحالة إلى القواعد اللائحية لمؤسسة التحكيم ، حيث تصبح نصوص هذه اللائحة مكتملة لاتفاق التحكيم وجزء لا يتجزأ منه .

أما في حالات التحكيم الحر ، فإن كل التفاصيل الضرورية والتي أشرنا كما سبق إلى بعضها يتطلب شمولها في اتفاق التحكيم حتى يكون هذا الاتفاق نافذاً، وقد يتغير الحال بين شرط التحكيم، الذي يكون قوامه تعهد الطرفين على طرح النزاعات المحتمل وقوعها بينهما في المستقبل على التحكيم، وبين مشاركة التحكيم التي تنشأ عن نزاع مكتمل وموجود بالفعل .

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الأطراف تضمن اتفاق التحكيم التزاماً مسبقاً بتنفيذ حكم التحكيم وبعدم الطعن بالحكم الصادر من قبل المحكمين وقد يكون هذا الاشتراط مقبولاً لدى الأنظمة القضائية في بعض البلدان لكن ليس في كلها.

وبشأن هذا الاشتراط قالت المحكمة العليا اليمنية إن " تضمين وثيقة التحكيم عبارات تصف حكم المحكمين بأنه مُلزم بالتنفيذ ولا يقبل الاستئناف أو النقض من أي جهة ، إن هذا الاشتراط لا ينتج أثره قبل تحقق نشوء الحق في الإدعاء ببطلان حكم التحكيم، ولاسيما إذا شاب حكم التحكيم ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، أو لصدوره في مسألة لا تقبل التحكيم أو غير ذلك من الأحوال التي يجيز القانون فيها طلب إبطال حكم التحكيم " (١).

(١) المحكمة العليا الدائرة التجارية (أ) - صنعاء - طعن رقم (٤١٩١٣) لعام ٢٠١٠م

وجاء في حكم لمحكمة استئناف بيروت ما يلي " يبقى ممكناً الطعن في القرار التحكيمي عن طريق الإبطال بالرغم من أي اتفاق مخالف " .^(١)

لذلك إن حكم التحكيم بصفة عامة قابل للطعن عن طريق البطلان حتى وان اتفق الخصوم مسبقاً على عدم الطعن بالحكم .

(١) محكمة الاستئناف الأولى - بيروت - قرار رقم (١٦٠٥) لعام ٢٠١٢ م .