التحكيم التجاري الدولي

المحاضرة الثانية

الدكتور

صلاح الدين رجب فتح الباب صميده

مزايا وعيوب التحكيم

شرط ومشارطة التحكيم وبعض نماذج التحكيم التجاري الدولي

انعقاد اتفاق التحكيم وشروط صحته

مزايا وعيوب التحكيم

ينطوي التحكيم على العديد من المزايا:

1. **السرعة في فض المنازعات:** لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة .
2. **الاقتصاد في المصروفات:** حيث إن هناك رأي بأن نفقات التحكيم أقل من نفقات رسوم المحاكم وأتعاب المحاماة وإجراءات التنفيذ، خاصة بسبب عدم وجود طعن بعد صدور حكم التحكيم، وهذا الرأي يعارضه البعض لأن نفقات التحكيم قد تصل إلى مبالغ تفوق بكثير رسوم ومصروفات القضاء العادي.
3. **السرية:** حيث إن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصراً في حين أن جلسات التقاضي في المحاكم علنية، وهذا من شأنه أن يحف لأطراف النزاع سمعتهم وأسرار معاملاتهم. علماً بأن المحكمين يقسمون اليمين في كل قضية يتولون التحكيم فيها للمحافظة على الحياد والسرية.
4. **البساطة في الإجراءات:** يمتاز التحكيم ببساطة إجراءاته، كما يوفرالحرية إلى هيئة التحكيم بحسم الخلاف في ضوء ما يعود بالنفع على الأطراف.

5. طريقة اختيار المحكمين: نظراً لأنه يتم اختيار التحكيم من خلال التراضي التام بين المتنازعين فإن ذلك يشعر كل منهم بالاطمئنان لأنهم اختاروا بإرادتهم من يحكم بينهم. كما يمكن لهم اختيار محكم لديه خبرة قانونية أو خبرة في مجالات التجارة أو الهندسة أو حسب موضوع العقد مقاولة / تصدير واستيراد/ نقل تكنولوجيا...

6. تلافي الحقد بين المتخاصمين: حيث يأتي القرار الصادر من المحكمين أقرب ما يكون للتراضي لأنه تم من محكمين حائزين على ثقة الجميع، فيؤدي القرار إلى وأد الخصومة والمشاحنات وبالتالي اطمئنان النفوس والرضا وإعادة العلاقات الطيبة بين اطراف النزاع لا سيما بين التجار والمستثمرين الذين يرغبون في استمرار تعاملاتهم والحفاظ على علاقات طيبة وسمعة حسنة.

7. يعد التحكيم بمثابة تطبيق لمبادئ الشريعة الإسلامية: خاصة وأنه يستهدف الاصلاح وتسوية النزاع وفق مبادئ العدل والانصاف (المساواة)، ولذلك قد لا تلتزم هيئة المحكمين بالقواعد القانونية المقررة في القوانين السائدة.

ومن عيوب التحكيم ما يلي :

1. **عدم إلزامية القرارات التحكيمية بشكل مباشر إلا بعد اتخاذ اجراءات معينة:** فقرار المحكمين لا يمكن أن يكون نهائياً إلا بعد إكسائه صيغة التنفيذ أمام القضاء الوطني، فأكثر ميزات التحكيم أهمية وبخاصة السرعة والسرية تفقد أهميتها عند إعطاء قرار المحكمين صيغة التنفيذ أمام القضاء الوطني الذي يطلب منه غالباً البت في صحة أو بطلان قرار المحكمين وينظر القضاء الوطني في النظام العام وعدم مخالفة القرار التحكيمي له مما يتطلب وقتاً وجهداً إضافيين

2 . **عدم تمتع المحكمين بسلطات القضاة:** المحكمون لا يمتلكون السلطات التي يتمتع بها القضاة. ففي كثير من الأحيان يرى المتنازعون أنفسهم ملزمين باللجوء إلى القضاء الوطني إلى جانب التحكيم للحصول مثلاً على حجز أو أي قرار آخر مستعجل يصدر عن القضاء لصفته الملزمة.

3. **التحكيم يقتصر على الأطراف فقط:** فليس من حق المحكمين ضم الملفات التحكيمية أو إدخال شخص آخر في الدعوى التحكيمية، وبالتالي هناك دعوات متعددة ونقاشات أكاديمية طلباً لإيجاد نظام يسمح بالتحكيم المتعدد الأطراف وبالجمع بين القضايا التحكيمية المتعددة لوحدة الموضوع وارتباطه.

4. **ارتفاع تكاليف التحكيم:** يُعدّ التحكيم في الغالب أكثر كلفة من القضاء العادي، ولا سيما في دول القانون المدني، إذ يلتزم الأطراف بدفع أتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية المرتبطة بإجراءات التحكيم، والتي تُحتسب غالباً على أساس قيمة النزاع. كما قد يتحملون نفقات إضافية تتعلق بمكان انعقاد الجلسات وتنقل الشهود وغيرها من المصروفات الإجرائية

5. **الميل إلى التسوية الودية:** يؤخذ على بعض المحكمين اتجاههم أحياناً نحو تحقيق تسوية رضائية بين الأطراف بدلاً من الفصل الحاسم في النزاع وفق أحكام القانون. وقد يؤدي ذلك إلى توزيع المكاسب أو الخسائر بصورة توافقية دون الالتزام الكامل بالقانون الواجب التطبيق وحقوق الخصوم المقررة بموجبه.

اتفاق التحكيم

لعرض النزاع على المحكمين فإنه يلزم ضرورة وجود اتفاق على التحكيم تم بين المتنازعين، ويجب أن يكون هذا الاتفاق واضحا في الدلالة على اللجوء للتحكيم، وذلك لأن توافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم وهو أيضاً مصدر سلطة المحكمين، لأنه بهذا الاتفاق يمكن القول بأن طرفي النزاع قد فوضا أشخاصاً ليس لهم صفة القضاء في أن يفصلوا بينهما. ومعنى ذلك أن رضاء طرفي النزاع هو أساس التحكيم. فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فلا يمكن عرض النزاع على المحكمين.

ولذلك نجد أن المشرع المصري عندما أقر مشروعية الاتفاق على التحكيم سواء تم التحكيم في مصر أو في الخارج فإن ذلك لا يمس النظام العام. (مادة 10 /1) وذات الأمر قررته اتفاقية تيو يورك لسنة 1958

والسؤال هنا: هل عرض النزاع على القضاء من اللجوء التحكيم؟

يمكن اللجوء للتحكيم حتى ولوكان النزاع معروضاً بالفعل على القضاء، ومفاد ذلك أنه إذا اقيمت دعوى امام المحكمة وأثناء نظرها قرر الطرفان ترك الخصومة واللجوء للتحكيم فليس هناك ما يقف حائلاً أمامهم.

- النزول أو التنازل عن اتفاق التحكيم:

يسقط الاتفاق على التحكيم ويزول كل أثر له أذا تنازل الطرفان صراحة أو ضمنا عن التحكيم، وتنازل الأطراف عن التحكيم بشكل صريح يكون من خلال ابرام اتفاق جديد يتضمن صراحة النزول عن التحكيمكما ويجب أن يكون التنازل مكتوباً. فلا يجوز اثبات عكس ما جاء بالكتابة إلا بالكتابة. وأن يكون صادراً عن إرادة الطرفين فلا يكفي تنازل طرف دون الطرف الآخر.

أما التنازل الضمني فيكون من خلال سلوك الطرفين وتصرفهم الذي يتضح منه أنهما قد تنازلا عن التحكيم ومن صورة ذلك لجوء أحد الطرفين إلى قضاء الدولة، وقيام الطرف الآخر باتخاذ موقف يتضح منه أنه يتنازل عن التحكيم ومن ذلك إلا يتمسك باتفاق التحكيم عند رفع الطرف الآخر المنازعة أمام القضاء.

ومن صور التنازل الضمني عن التحكيم قيام الطرفين بابرام عقد صلح بشأن النزاع الذي كان بينهما، حيث يعتبر الصلح اتفاقاً ضمنياً عن التنازل عن التحكيم.

وفي كل الأحول اذا تم التنازل عن التحكيم صراحة أو ضمنا فليس من حق اي من الطرفين اللجوء للتحكيم ، وبالتالي فإن لجأ أحدهم إلى التحكيم سواء كان النزاع معروضاً على قضاء الدولة أم غير معروض على القضاء، فإن الحكم الصادر من المحكمين لا يعتد به لأنه صدر من جهة ليس لها ولاية أو حق الفصل في النزاع.

شرط التحكيم - مشارطة التحكيم

من المعلوم أن سلوك طريق التحكيم يتم من خلال إما شرط التحكيم أو من خلال مشارطة التحكيم. فحينما نتحدث عن التحكيم يتبادر إلى الذهن ضرورة بيان اتفاق او عقد التحكيم وهل ورد الاتفاق على التحكيم في العقد الأصلي الذي ترتبت عليه العلاقة بين الأطراف(وهو ما يعرف بشرط التحكيم)، أم أن هناك اتفاق مستقل ولا حق لهذا العقد تم بعد حدوث الخلاف(مشارطة تحكيم أو اتفاق لاحق)

أولاً: شرط التحكيم: شرط التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن ما ينشأ بينهما من خلافات بشأن علاقة قانونية معينة يتم حسمه بواسطة التحكيم.

وعادة يرد هذا الشرط في نفس العقد الأصلي للعلاقة القانونية التي تربط بينهما وسواء كان هذا العقد عقد مني أو تجاري أو إداري.

وقد يشمل الاتفاق على التحكيم كل بنود العقد أو بعض البنود فقط

نماذج شرط التحكيم

توجد بمراكز التحكيم عدة نماذج لشرط التحكيم الذي يتم تحت غشراف المركز ومن هذه النماذج ما يلي:

1- نموذج اليونسترال: وهو كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أ فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. .(مادة 1 من قوعد اليونسترال)

ومن الممكن أن تضاف إلى هذا النموذج تحديد سلطة تعيين المحكم وعدد المحكين ومكان التحكيم ولغة التحكيم

2- نموذج مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم: وهو نفس نموذج اليونسترال ولكن يضاف إليه عبارة .....وفقا لقواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.(مادة 1 من قوعد المركز)

3- نموذج غرفة التجارة الدولية بباريس: وهو "جميع الخلافات التي تنشا عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكين يتم تعيينهم طبقاً لهذا النظام"

مسألة وضوح شرط التحكيم

إذا كان التحكيم حراً لا يتم بواسطة مركز أو مؤسسة تحكيم فإنه يجب على الطرفين أن يكون اتفاقهما على التحكيم واضحا دون غموض أو لبس في معنى الالتجاء للتحكيم، ويمكنهما تأكيد ذلك من خلال النص في الاتفاق على عدم اللجوء إلى محاكم الدولة.

ومن الأفضل للطرفين أو يوضحا أن اللجوء للتحكيم بهدف الفصل فيما سوف ينشأ بينهما من منازعات بسبب العقد أو مرتبطة به. ومن مصلحة الطرفين إذا اتفقا على التحكيم أن يحددا قدر الأمكان كافة الأمور التي تيسر مسألة التحكيم كاختيار المحكم وآلية ذلك الاختيار واختيار مكان التحكيم ولغة التحكيم وكذلك ميعاد التحكيم وذلك تجنباً للخلاف حول هذه المسائل وحتى لا يضطروا للجوء للقضاء ليقوم بذلك نيابة عنهم فهذا قد يكلف وقتا وجهدا إضافيين.

مشارطة التحكيم

على عكس شرط التحكيم الذي يتم الاتفاق عليه في العقد الأصلي ، فإن مشارطة التحكيم هي الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد حدوث النزاع بينهما فيحرران اتفاقاً منفصلا يتيح لهما اللجوء للتحكيم وهذا الاتفاق اللاحق لحدوث النزاع يسمى مشارطة تحكيم أو وثيقة التحكيم الخاصة .

ويجوز عمل مشارطة التحكيم ولو كان النزاع قد اقيمت به دعوى أما م القضاء ، المهم أن يتم تحرير مشارطة التحكيم قبل صدور حكم نهائي في النزاع من المحكمة.

كما أن مشارطة التحكيم مرتبطة بحدوث نزاع فإذا لم يحث نزاع فإنها تكون باطلة ولا يعتد بها.

انعقاد اتفاق التحكيم وشروط صحته

من المعلوم أن أي عقد يقوم على مجموعة من الأركان والشروط التي تعتبر مقومات أساسية لأي اتفاق بين طرفين بينهم علاقة قانونية ما.

وتتمثل أركان عقد التحكيم في الإرادة المتمثلة في التراضي، والمحل والسبب

ويلاحظ أن التحكيم لا يُفترض بل يجب أن يتم الاتفاق عليه بين الطرفين بطريقة صريحة أو ضمنية.

1- أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه

2- قابلية الحق المتنازع عليه للفصل فيه بواسطة التحكيم

3- تحديد موضوع النزاع الخاضع للتحكيم

4- أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً

أولا: شرط الأهلية: تتضمن قوانين التحكيم في الغالب النص على الأهلية كشرط يجب توافره للتصرف في الحق المتنازع عليه ومن ذلك على سبيل المثال المادة 11 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994 التي نصت على : لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه". ويتضح من هذا النص أن المشرع اشترط في الشخص الطبيعي أو الاعتباري أن تتوافر له أهلية التصرف في الحق محل التحكيم، وذلك أمر منطقي لأن اتفاق الشخص على التحكيم تعني أنه تنازل عن حقه في اللجوء لقضاء الدولة وهذا بلا شك يمثل خطراً على حقوقه.

وتطبيقاً لذلك الشرط فإنه لا يجوز لفاقد الأهلية أو القاصر اللجوء للتحكيم، ويستثنى من ذلك القاصر المأذون له بالإدارة. كما لا يجوز للوصي على القاصر أو الحارس القضائي على المال المتنازع عليه اللجوء للتحكيم إلا بعد الحصول على إذن من القضاء – ويشمل ذلك ايضا التاجر الذي أشهر إفلاسه .

أهلية الأجني:

يجب الرجوع الى قانون الدولة التي يتبعها الشخص الأجنبي لتحديد الأهلية الواجب توافرها للتحكيم

وإذا تعلق الأمر بشركة أجنبية يجب الرجوع لقانون الدولة التي يوجد بها مركزها الرئيسي باعتباره قانون جنسيتها.

أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة لابرام اتفاق تحكيم:

التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية.. تجدر الملاحظة إلى أن ممثل الأشخاص الاعتبارية العامة ليس لهم أهلية ابرام اتفاق تحكيم لأن ذلك قد يشكل مساس بسيادة الدولة ويجب أن تخطر بها النيابة العامة للتدخل فيها م 83 من قانون الملرافعات الفرنسي.

والرأي المستقر عليه أنه يجوز للدولة ابرام اتفاق تحكيم فيما يخص العقود المدنية فقط

ومن ناحية أخرى يرى البعض ضرورة التمييز بين التي تتم وفقا للسلطة العامة للدولة وما يجب أن يتوفر لها من حصانة قضائية مقررة على المستوى الدولي وبين الأعمال الأخرى التي لا تمس سيادة الدولة ولذلك تقرر صحة الاتفاق على التحكيم الذي تبرمة الدولة بالنسبة للتعاقدات ذات الصفة التجارية أو الصناعية الداخلة في نطاق القانون الخاص.

وهذا الرأي تعرض للنقد من جانب بعض الفقه .