الفصل الأول

ماهية التحكيم التجاري الدولي وأساسه القانوني وتمييزه عن غيره من وسائل تسوية المنازعات وأهميته وأنواعه واتفاق التحكيم

مقدمة

شهد العالم خلال العقود الأخيرة تطوراً هائلاً في حركة التجارة والاستثمار الدوليين، وأصبحت العلاقات التجارية تتجاوز حدود الدولة الواحدة لتشمل أشخاصاً وشركات من أنظمة قانونية وثقافات مختلفة. وقد أدى هذا التطور إلى زيادة المنازعات التجارية الدولية، الأمر الذي أظهر الحاجة إلى وسيلة فعالة وسريعة ومحايدة للفصل في هذه المنازعات بعيداً عن التعقيدات التي قد تميز القضاء الوطني .

فمن المسلم أن القضاء الوطني هو الوسيلة الأساسية للفصل من المنازعات وحصول الأفراد على حقوقهم، كما أن السلطة القضائية في كل الدول سواء دول القضاء الموحد أو الدول ذات القضاء المزدوج هي صاحبة الولاية في تطبيق كافة القوانين والأنظمة، وتحرص الدساتير عادة –تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات– على منح السلطة القضائية كسلطة مستقلة الحصانة اللازمة وكافة الضمانات التي تكفل لها الحيدة والنزاهة في قيامها بمسؤولية الفصل في الدعاوى المختلفة إلى غير ذلك من المهام الأخرى المنوطة به. إلا أن أمر اللجوء إلى القضاء قد يستغرق وقتًا طويلاً ويكلف أموالاً كثيرة حتى يحصل الأفراد على حقوقهم . ولا شك أن بطء التقاضي يعُد عرقلة لحق التقاضي الذي يكفله الدستور، وتجريداً له من قيمة وفعالية.

ومن هنا برز التحكيم التجاري الدولي بوصفه الوسيلة الأكثر انتشاراً في حسم المنازعات التجارية الدولية، حتى أصبح يوصف بأنه "قضاء التجارة الدولية"، لما يتمتع به من مرونة وسرعة وحياد وخصوصية تجعله أكثر ملاءمة لطبيعة المعاملات التجارية الدولية .

وعلى المستوى الدولي وضعت لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة قواعد خاصة بالتحكيم، وتم ابرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بموضوعات التحكيم. بداية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها والتي اسهمت في تعزيز انتشار التحكيم، من خلال وضع قواعد للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها في الدول الأطراف، مع مراعاة الشروط وأسباب الرفض المنصوص عليها في الاتفاقية. وبمرو الوقت تحول التحكيم من مجرد استثناء إلى أن أصبح واحدا من أهم طرق حل المنازعات في العصر الحالي.

١. الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١

تهدف إلى تنظيم جوانب من التحكيم التجاري الدولي، ومنها اتفاق التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم وبعض المسائل الإجرائية، ولا سيما في العلاقات التجارية الدولية التي تدخل ضمن نطاقها. وهي اتفاقية إقليمية، وليست اتفاقية عامة تشمل جميع دول العالم .

٢. اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥: اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى. أنشأت الإطار القانوني لمركز تسوية منازعات الاستثمار (ICSID) ، وتختص أساساً بالمنازعات الاستثمارية التي يكون أحد أطرافها دولة أو جهة تابعة لها والطرف الآخر مستثمراً أجنبياً، عند توافر شروط الاختصاص والرضا بالتحكيم.

ملاحظة: ليست بديلاً عاماً عن التحكيم التجاري بين شركتين خاصتين، كما أن انطباقها على العراق يتطلب التحقق من وضعه التعاهدي ومن شروط الاختصاص في النزاع المعني.

٣. القانون النموذجي للأونسيترال لعام ١٩٨٥ وتعديلاته لعام ٢٠٠٦

اصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) ليكون نموذجاً تسترشد به الدول عند سن قوانينها الوطنية للتحكيم التجاري الدولي، حيث ينظم مسائل مهمة مثل صحة اتفاق التحكيم، واختصاص هيئة التحكيم، والتدابير المؤقتة، ودور القضاء الوطني، وإبطال حكم التحكيم، وقد اعتمدته أو استلهمت منه تشريعات دول عديدة. ولهذا فهو قانون نموذجي وليس اتفاقية دولية ملزمة بذاتها؛ إذ يتوقف تطبيقه على تبنّي الدولة له في تشريعها الوطني.

والواقع أن التطورات التي شهدتها التجارة الدولية في الآونة الأخيرة كان لها أكبر الأثر في التوجه نحو التحكيم الدولي، فقد توسعت التجارة الدولية وتشابكت العلاقات بين الدول وبعضها البعض بسبب انتماء الأفراد أطراف تلك العلاقات إلى اكثر من دولة، الأمر الذي ينتج عنه اشكاليات تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق وكذلك الدولة المختصة قضائيا بالفصل في النزاع.

ومن المنازعات التي تنطوي على جوانب عدة ومتشعبة تلك المنازعات التي تشتمل على عنصر أجنبي . وقد تزايد هذا النوع من المنازعات بسبب النمو الهائل في رؤوس الأموال التي يتم استثمارها في العديد من قطاعات المال والأعمال عبر البلدان المختلفة ، وقد تحدث بعض النزاعات بين المستثمر والهيئات والجهات الإدارية التابعة للدولة التي يستثمر بها، أو قد يقع النزاع بين المستثمرين وبعضهم البعض، وهؤلاء قد يكونون

تابعين لدولة واحدة، أو تابعين لعدة دول وبالتالي يشكلون جنسيات مختلفة. وهو الأمر الذي يثير صعوبات تتعلق بمدى قدرة القضاء الرسمي للدولة على حسم العديد من المنازعات لأسباب متعددة، منها ارتفاع تكلفة التقاضي وكثرة الإجراءات وتعقدها مما يترتب عليه إطالة أمد النزاع . أو لعدم وجود قضاء متخصص لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي، إضافة إلى الصعوبات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي. كما قد يكون اللجوء إلى التحكيم راجع إلى رغبة الأطراف المتعاملين في العلاقات التجارية الدولية تجنباً منهم لإخضاع ما ينشأ بينهم من نزاعات لقضاء إحدى الدول التابعين لها .

وسوف نحاول من خلال هذه الفصل التعرف على النظام القانوني للتحكيم، من حيث ماهية التحكيم وتمييزه عن غيره من النظم المشابهة له، وبيان أنواعه، ثم التطرق لأساسه القانوني، وكيفية انعقاد اتفاق التحكيم وشروط صحته، مع إبراز قيمة الوسائل البديلة في إسباغ حماية قانونية لأطراف النزاعات ذات العنصر الأجنبي. والنظر في مدى مساهمة تلك الوسائل في حسمها في وقت قصير وبتكلفة أقل من اللجوء للقضاء الرسمي للدولة، وذلك بصرف عن نظر عن مسمى الوسيلة المستخدمة في تسوية النزاع، تحكيم أو وساطة أو توفيق، أو غيرها من البدائل والطرق الأخرى التي نظمتها الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، طالما أنها حسمت نزاعاً قائماً ارتضاه الأطراف.

المبحث الأول

ماهية التحكيم التجاري الدولي

تمهيد:

يدور التحكيم التجاري حول مجموعة من الوسائل غير القضائية أو ما يطلق عليها الطرق البديلة لحل المنازعات التي قد تثور بين الخصوم نتيجة علاقة ما ترتب عليها التزامات متبادلة بينهما، فإذا كان قضاء الدولة هو الأصل باعتباره صاحب الولاية العامة للفصل بين المتقاضين ومنحهم الحماية التي قررتها القوانين، إلا أن بطء التقاضي الناتج عن كثرة المنازعات وتعقد الإجراءات جعل العديد من الدول يساندهم في ذلك الفقه القانوني تتجه نحو البحث عن وسائل بديلة تتسم بالسرعة في حسم الخلافات التي قد تنشأ بين أطراف علاقة قانونية ما اثناء تنفيذهم لما تم الاتفاق عليه من تعهدات وردت فيما بينهم من عقود، أو تعاملات.

المطلب الأول

تعريف التحكيم

التحكيم مع غيره من الوسائل البديلة يقوم على التراضي والتوافق بين أطراف الخصومة مستهدفين حسم خلافاتهم بعيداً عن ساحات المحاكم الرسمية، وقد انتشرت هذه الوسائل في الكثير من الأنظمة القانونية وأصبحت تشكل واقعاً قانونياً جديداً جنباً إلى جنب مع النظام القضائي التقليدي. ولم يقتصر الأمر على المنازعات ذات العنصر الأجنبي فحسب بل يمكن تطبيقها على المستوى الوطني، كما أن تلك الوسائل قد تستخدم لحل صور مختلفة من المنازعات كمنازعات الاستثمار، المنازعات المدنية والتجارية، المنازعات الأسرية، والمنازعات الإدارية.

أولاً: التحكيم لغةً:

التحكيم لفظ مشتق من الفعل (حَكَمَ)، ويقال "حكَّم فلانٌ فلاناً" أي فوّضه في أن يحكم بينه وبين غيره وجعله حكماً وقاضياً.

ويدور المعنى اللغوي حول المنع، والفصل، وردع الظلم؛ ومنه سُمّيت "حَكَمة اللجام" لأنها تمنع الدابة(الفرس) من الجري العشوائي.

٢ .التحكيم في الاصطلاح الفقهي (الشريعة الإسلامية)

يقصد بالحكيم في الفقه الإسلامي تولية الخصمين حكماً يفصل بينهما في خصومة أو نزاع، برضاهما واختيارهما.

ويُعد التحكيم مشروعاً في الفقه الإسلامي استناداً إلى القرآن الكريم والسنة النبوية (مثل قوله تعالى في شقاق الزوجين: «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا»)، وشرطه الأساسي هو رضا الطرفين وصلاحية المُحكَّم للقضاء.

ثانيا: تعريف التحكيم في القانون الوضعي وعناصره:

تقر التنظيمات القانونية في غالبية الدول إمكانية تحقيق الحماية القضائية للمصالح المعتدى عليها، ومن ثم تطبيق قواعد قانونية قد تختلف عن القواعد التي كان من المفترض تطبيقها على النزاع، وذلك عن طريق بوسيلة أخرى غير الالتجاء إلى قضاء الدولة.

يشير مصطلح التحكيم Arbitrage/ Arbitration إلى كل اتفاق يقوم على الرضائية يهدف إلى حل النزاع بين أطراف بينهما التزامات متبادلة، من خلال اختيارهم لأحد الوسائل التحكيمية.

وقد تعددت التعريفات التي قال بها الفقه القانوني للتحكيم نذكر منها:

الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين يطلق عليهم محكمين ليفصلوا في النزاع دون اللجوء إلى المحكمة المختصة به.

ويعرف أيضاً بأنه الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من نزاعات بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي خلاف نشأ بينهم بالفعل إلى واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص.

ويمثل التحكيم أهم وسيلة بمقتضاها يستطيع الاطراف الاستغناء عن قضاء الدولة. حيث يمكن لهم الاتفاق على عرض منازعاتهم على شخص أو اشخاص يختارونهم او يحددون وسيلة إختيارهم، لكى يتولوا الفصل فيما نشأ بينهم من نزاع.

التحكيم هو "نظام قانوني يقوم على اتفاق طرفين أو أكثر على إحالة نزاع قائم أو محتمل إلى شخص أو هيئة مستقلة تسمى هيئة التحكيم للفصل فيه بقرار ملزم يسمى حكم التحكيم" .

ويعرف كذلك بأنه "نظام قانونى يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو اكثر بواسطة شخص أو اشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق اطراف النزاع".

- **عناصر التحكيم :**

بحسب الغالب من الفقه فإن التحكيم يقتضي وجود أربعة عناصر وهي:

١ –**وجود نزاع** : حيث لا يمكن اللجوء إلى التحكيم إلا بوجود خلاف قانوني بين طرفين أو أكثر يتعلق بحقوق أو التزامات معينة.

٢ –**وجود اتفاق على التحكيم:** إذ لا يجوز إجبار الأفراد على اللجوء إلى التحكيم إلا إذا قبلوا ذلك صراحة أو ضمناً وفقاً للقانون، والاتفاق المقصود هنا يتمثل إما في صورة شرط تحكيم يتم ذكره في العقد المحرر بين طرفي العلاقة لمواجهة أي خلاف محتمل بينهما في المستقبل، وإما في صورة اتفاق مستقل ولا حق لحدوث النزاع وهو ما يطلق عليه "مشارطة تحكيم" .

٣ – **وجود محكم:** من خلال قيام شخص أو مؤسسة تحكيمة (تحكيم حر أو مؤسسي) بتولى مسألة التحكيم والنظر في الخلاف المراد حسمه.

٤– **صدور قرار ملزم** : ينتهي التحكيم بحكم فاصل في النزاع يكون ملزماً للأطراف ويتمتع بحجية الأمر المقضي به، أي يعد منهياً للنزاع بشكل نهائي، وهو بذلك يتميز عن الأحكام التي يصدرها القضاء والتي لا تصبح نهائية إلا بعد استنفاذ طرق الطعن عليها.

ونخلص من ذلك أن التحكيم أحد أشهر طرق تسوية المنازعات وأكثرها انتشاراً ، ومصدره إما شرط التحكيم الذي يتم تضمينه بنود العقد لينظم العلاقة القانونية بين أطراف العلاقة التعاقدية في حالة ثار بينهم خلاف حول بند أو أكثر من بنود العقد، أو مشارطة تحكيم والتي تأتي في صورة اتفاق لاحق بعد وقوع النزاع بين أطراف المعاملة.

ثانياً: المقصود بالتحكيم التجاري الدولي:

يقصد بالتحكيم التجاري الدولي ذلك التحكيم الذي يرتبط بعلاقة تجارية تتجاوز حدود دولة واحدة أو تتضمن عنصراً أجنبياً يجعله متصلاً بأكثر من نظام قانوني.

وللقول بأن التحكيم له صفة دولية يجب وجود بعض الحالات منها :

- اختلاف جنسية الأطراف .

- اختلاف موطن أو مقر الأطراف .
- تنفيذ العقد في دولة أخرى .
- وجود محل النزاع أو الاستثمار في دولة أجنبية .
- اتفاق الأطراف على إخضاع العلاقة لقانون أجنبي .

ويعرف كذلك بأنه "نظام لتسوية المنازعات يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم".

ويمكن أيضاً تعريف التحكيم بأنه "طريق إجرائي خاص للفصل في نزاع معين بواسطة الغير بديلاً عن الطريق القضائي العادي".

مثال على النزاعات التجارية الدولية:

شركة عراقية أبرمت عقد إنشاءات مع شركة تركية واتفق الطرفان على أن يفصل في النزاع مركز تحكيم في باريس.

هنا يعد التحكيم دولياً بسبب:(اختلاف جنسية الأطراف. ارتباط العقد بأكثر من دولة. اختيار مكان تحكيم أجنبي).

- **أسباب اللجوء للتحكيم:**

هناك عاملان أساسيان في التحول ولو بشكل جزئي صوب الاستفادة من الطرق البديلة لتسوية المنازعات، ويتمثلان في جانب قانوني وآخر اقتصادي :

١-**مبدأ سلطان الإرادة :** وهو الجانب القانوني: فإذا كانت القواعد المستقرة أن العقود بصفة عامة والعقود الدولية بصفة خاصة، تخضع لقانون الإرادة أي القانون الذي يختاره أطراف العقد بإرادتهم الحرة . فإن الفقه مستقر أيضاً على أن ميزان العدالة يكمن في غالب حالاته في الرضا الذي يتم التعبير عنه بالإرادة الحرة لأطراف أي علاقة عقدية .

٢- **المنفعة الاقتصادية ومحفزات التنمية:** وتمثل الجانب الاقتصادي: حيث تعد التنمية الاقتصادية هي المحدد للعديد من الاستراتيجيات والرؤى التي تنتهجها الدول في خططها المستقبلية وتربطها بالتنمية المستدامة، بما يخدم تطلعاتها التنموية ويحقق الرفاهة الاجتماعية لمواطنيها، وحتى تحقق الدول مبتغاها فإنها تعمل على تهيئة المناخ أمام المستثمرين الذين يرغبون في نقل أموالهم والقيام بأعمال تجارية وصناعية.

- **مزايا وعيوب التحكيم:**

ينطوي التحكيم على العديد من المزايا، كما أن به بعض العيوب

ومن مزايا وفوائد التحكيم:

١ .السرعة في فض المنازعات: لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة.

٢ .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.

٣ .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.

٤. البساطة في الإجراءات: يمتاز التحكيم ببساطة إجراءاته، كما يوفرالحرية إلى هيئة التحكيم بحسم الخلاف في ضوء ما يعود بالنفع على الأطراف.

٥. 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.

٦. التخصص : يمكن للأطراف اختيار محكمين يمتلكون خبرة في مجالات متعددة : حيث يمكن لهم اختيار محكم لديه خبرة قانونية أو خبرة في مجالات التجارة أو الهندسة أو حسب موضوع العقد مقاولة / تصدير واستيراد/ نقل تكنولوجيا، مشاريع استثمارية.

٦ .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 .

٧. 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.

أما عيوب التحكيم فتتمثل فيما يلي:

١- 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

٢- 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.

٣- 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.

٤- 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

٥- 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.

المطلب الثاني

تمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة

تنطلق أهمية التمييز بين التحكيم وما قد يتشابه معه من نظم اخرى في أن التحكيم ليس هو النظام الوحيد الذي يتدخل فيه شخص من الغير يتم اختياره بمعرفة الخصوم لحسم النزاعات التي تثور بينهم في علاقاتهم التعاقدية، فالغير هنا يتدخل في هذه العلاقة باكثر من وجه، فقد يكون خبير أو وكيل او وسيط أو محكم.

والسؤال هنا ما هو المعيار الذي يميز التحكيم كطريق لحل المنازعات عن غيره من الأنظمة الأخرى كالخبرة والصلح أو الوساطة والتوفيق؟

١ –التحكيم والتوفيق:

بداية يجب التأكيد على أن الاتفاق بين المتنازعين على اللجوء الاختياري للتحكيم يعني قبول الأطراف لقرار المحكم، ذلك لأنه قائم على رضاءهم الحر كبديل عن اللجوء لقضاء الدولة، ولذلك فإن اتفاق التحكيم الممقترن بتحفظ أو بشرط من جانب أحد الأطراف بالاحتفاظ بحقه في الجوء للقضاء لا يعد اتفاق تحكيم.

أما التوفيق فهو اتفاق يحرره الأطراف بغرض محاولة أجراء تسوية ودية عن طريق شخص أو أشخاص يسمون الموفق أو الموفقين ويختارهم الأطراف، والهدف منه أن يتولى الموفق تحديد المسائل الخلافية بين الأطراف ويقدم مقترحات لهم لعلها تلقى قبولا لديهم، ولذلك التوفيق لا يصدر قرارا وإنما مجرد مقترحات فإن لم تفلح تلك المحاولة يحق للأطراف اللجوء للقضاء أو اختيار طريق آخر.

ويترتب على ذلك أن التوفيق ورغم أنه نظام اختياري رضائي قائم على إرادة الأفراد إلا أنه غير ملزم لأطراف النزاع، وذلك على عكس حكم التحكيم الذي يكون ملزما للخصوم ومنهياً للمنازعة.

٢– التحكيم والوساطة:

تعد الوساطة أحد الطرق البديلة والمتعارف عليها لتسوية الخلافات بين الأفراد، وهي عبارة عن المساعي التي يقوم بها طرف محايد، للتوصل إلى حل ينهى النزاع بين الطرفين بطريقة ودية . والوساطة وسيلة غير رسمية يتولاها شخص محايد، يعرف باسم الوسيط، وعليه يقع عبء القيام بمساعدة أطراف النزاع في التوصل إلى تسوية لخلافاتهم، بناءً على مصالح كل منهم . كما تتميز الوساطة بقلة الإجراءات الشكلية، وفي الغالب تقوم على السرية في إدارتها ، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وعلى النقيض من العمليات القائمة على المحكمة، فإن الوساطة تمكن الأطراف أنفسهم من تحديد هيكل وشروط التسوية .

ويعمل الوسيط مع الأطراف لتحديد الإطار الأفضل لإجراء الوساطة وكيفية إجرائها، بما في ذلك تحديد القضايا المهمة التي يجب مناقشتها، ويمكن للأطراف الانسحاب من الإجراء في أي وقت. ويمكن للوساطة أيضًا معالجة القضايا غير القانونية. وكذلك تشجع الوساطة الأطراف على الدخول في حوار حول ما يفهمه كل طرف بشأن النزاع، والعمل معًا لايجاد حل يأخذ في الاعتبار وجهات نظر كل طرف .

وتتنوع أنماط الوساطة فقد تكون وساطة اتفاقية أي تحكيمية بناء على اتفاق الخصوم، وقد تكون وساطة قضائية يقترحا القاضي على الخصوم، ومنها أيضاً نظام التقييم المحايد ، وأخيرا قد تكون وساطة خاصة، يقرها القاضي بناء على طلب الأطراف، أو حين يتوافق أطراف النزاع على اختيار وسيط خاص من بين قائمة محددة من الوسطاء كالقضاة المتقاعدين أو المحامين والمهنيين وغيرهم ممن يتمعون بخبرات معينة ومشهود لهم بالحيدة والنزاهة .

والخلاصة فإن الوساطة كأحد الحلول البديلة لتسوية المنازعات تتميز باتساعها وشمولها حيث يمكن أن تكون قادرة على إعطاء معالجات للعديد من المنازعات التي تتنوع صورها وأشكالها، فهي كوسيلة ودية تتغلف بالوسط الاجتماعي، كما تمثل نوعاً من الصلح ، وفي ذات الوقت تنال رضا جميع الأطراف. غير أنها لا تتمتع بالإلزام الذي يتسم به قرار التحكيم.

٣ –التحكيم والصلح:

الصلح هو عقد اتفاق يحسم بمقتضاه الأطراف النزاع أو يمنعان من خلاله نزاعاً محتملاً. فهو تسوية رضائية تقوم على تنازل كل طرف منهما على وجه التقابل عن جزء مما يدعي به على الآخر، والصلح مثل التحكيم يفترض وجود نزاع ويهدف الصلح إلى حسم النزاع.

غير أن الصلح يختلف عن التحكيم في أن الصلح يبدأ بسلوك شخصي للأطراف حتى نهايته ويسيطرون بغراتهم على مجرياته، أما التحكيم فإنه يبدأ باتفاق الأطراف إلا أنه يخرج عن سيطرتهم بعد بدء إجراءاته وحتى صدور حكم التحكيم.

وإذا كان الصلح يحسم النزاع عن طريق تنازل كل طرف عن جزء من إدعائه فإن التحكيم ليس به هذا التنازل فالمحكم يحسم النزاع في ضوء الترجيح بين الأدلة المختلفة فيحكم لطرف ضد آخر بالحكم المناسب.

والفرق الآخر بين التحكيم والصلح هو أن حكم التحكيم ينتهي بقرار حاسم قابل للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التفيذية عليه من المحكمة المختصة. أما الصلح فلا يقبل التنفيذ إلا بعد مصادقة القضاء عليه حتى يكون صالحاً لوضع الصيغة التفيذية.

٤- التحكيم والتفاوض:

يعتبر التفاوض الطريقة الأكثر فعالية لحل النزاعات. حيث تتميز التفاوض بالبساطة والسرعة ، إذا عادةً ما يتم محاولة التفاوض في كوسيلة أولية لتسوية الخلاف قبل أن يقرر أطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم أو الوساطة، ويمكن للطرفين من خلال التفاوض الاجتماع لحل الخلاف .

ويتسم التفاوض بأنه يعطي الأطراف صلاحية ممارسة التفاوض والوصول إلى حل بأنفسهم دون أن يُشركوا معهم شخصاً من الغير. وينبغي حتى تؤتي المفاوضات بالغرض منها، أن يكون المفاوض على قدر من الخبرة التفاوضية والفنية، على دراية بالمهام والأهداف التي يتفاوض من أجلها ، وبالمقارنة فإن المفاوضات أقل رسمية من حيث الشكل عن باقي الوسائل البدية وتتسم بقدرً كبير من المرونة. ولا يشترط فيها قواعد محددة سوى ما قد يبديه كل طرف من الحرص المتبادل على المصالح المشتركة، إضافة إلى ضرورة توافر الثقة بينهما سعياً لانجاح المفاوضات وحفاظاً على العلاقات الودية.

وفي الغالب تحتوى العقود الوطنية والدولية، على بند أو أكثر للتفاوض بين أطراف تلك العقود، وذلك تحسباً لأي تغيير قد ينال من جوهر العقد كوقوع حادث غير متوقع وخارج عن إرادة الأطراف ويترتب عليه تحميل الطرف الآخر عبء غير عادل . وبالتالي يكون التفاوض هو السبيل الأقرب لتقريب وجهات النظر بشأن حالة الخلاف الناشئة، والذي قد يجنبهم الدخول في نزاع قد يطول أمده ويهدد استمرار العقد بينهما.

٥- التحكيم والخبرة:

تقتصر مهمة الخبير على إبداء الرأي في مسألة محل نزاع بين الطرفين وهذا الرأي ليس ملزما للخصوم أو للجهة أو الهيئة التي تنظر النزاع سواء كانت محكمة أو هيئة تحكيم، ذلك لأن الخبير لا يفصل في النزاع وإنما قد يساعد على توضيح شيء غامض ولذا لا يعتبر الخبير محكماً.

كما أن المحكم يصدر حكمه بعد دراسة وفحص المستندات المقدمة من الخصوم وما قدموه من مذكرات ومرافعات. بينما تكون مهمة الخبير مستندة إلى ما يملكه من خبرات ومعلومات ودون أن يرجع إلى الأطراف

أما المحكم فيتحتم عليه السماح للأطراف بتقديم المستندات والدفوع التي تؤيد ما يدعونه فهو يقوم بدو يشبه دور القاضي.

المطلب الثالث

أشكال التحكيم

أولاً: تحكيم اختياري وتحكيم اجباري (القاعدة العامة والاستثناء):

التحكيم الاختيار هو القاعدة العامة، فهو يقوم على الإرادة الحرة للأطراف .

أما التحكيم الإجباري، فهو استثناء من القاعدة العامة حيث يفرضه القانون في حالات استثنائية محددة.

ثانياً: التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح:

والتحكيم بالقانون يتضمن الالتزام بتطبيق قواعد قانونية واجبة التطبيق.

أما التحكيم مع التفويض بالصلح وفيه يلتزم المحكم بحسم النزاع دون أن يلتزم حرفيا بتطبق قواعد قانونية) والمهم هنا أن لا يخالف المحكم قاعدة آمرة تتعلق النظام العام.

ثالثاً: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

والتحكيم الحر هو الذي يقوم فيه الأطراف بأنفسهم بتحديد المحكم واختيار قواعد التحكيم وهذا النوع من التحكيم يتلاءم مع النزاعات الناتجة عن علاقات اقتصادية حيث يوفر ميزة السرية، ويتناسب كذلك مع النزاعات التي تنطوي على جانب سياسي للدولة كالمنازعات البحرية ومنازعات إعادة التأمين أما التحكيم المؤسسي ويعرف بالتحكيم المقيد فهو التحكيم الذي يتفق فيه الأطراف على أن يتم التحكيم بواسطة مركز أو مؤسسة للتحكيم منشأة وفقاً للقانون وسواء كانت مؤسسة محلية أو دولية، حيث يقوم هذا المركز باختيار المحكمين ويتولى إجراءات التحكيم وفق قواعد محددة سلفاً.

رابعاً: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي:

التحكيم الوطني أو الداخلي ووهذا النوع تقتصر عناصره على دولة واحدة .

أما التحكيم الدولي فيرتبط بأكثر من نظام قانوني أو دولة، بحسب جنسية أطراف النزاع .

المبحث الثاني

اتفاق التحكيم وطبيعته القانونية

المطلب الأول

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 ١٠ /١) وذات الأمر قررته اتفاقية نيو يورك لسنة ١٩٥٨.

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 إذا 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.

ومن 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:

١ –**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 ١ من قوعد اليونسترال)

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

٢– **نموذج مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم:** وهو نفس نموذج اليونسترال ولكن يضاف إليه عبارة .....وفقا لقواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.(مادة ١ من قوعد المركز)

٣- 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.

ثانياً: 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.

ثالثاً: 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.

١ –أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه

٢ –قابلية الحق المتنازع عليه للفصل فيه بواسطة التحكيم

٣ –تحديد موضوع النزاع الخاضع للتحكيم

٤– أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً

شرط الأهلية: تتضمن قوانين التحكيم في الغالب النص على الأهلية كشرط يجب توافره للتصرف في الحق المتنازع عليه ومن ذلك على سبيل المثال المادة ١١ من قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤ 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.

<u>أهلية الأجنبي:</u>

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.

<u>أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة لابرام اتفاق تحكيم:</u>

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 ٨٣ 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.

__عيوب الإرادة التي يترتب عليها بطلان التحكيم:__**

اتفاق التحكيم هو عقد كسائر العقود، لذلك يجب أن تتوافر فيه أركان العقد الأساسية وعلى رأسها الرضا الصحيح. فإذا شابت إرادة أحد الأطراف عيوب الرضا المقررة في القانون المدني، كان اتفاق التحكيم قابلاً للإبطال، ويترتب على ذلك إمكانية الحكم ببطلان إجراءات التحكيم أو حكم التحكيم إذا استند إلى اتفاق باطل.

وتتمثل عيوب الإرادة فيما يأتي:

١ .الغلط:

الغلط هو تصور غير مطابق للحقيقة يحمل أحد الأطراف على إبرام اتفاق التحكيم.

ومن أمثلته:

- الغلط في طبيعة التحكيم أو آثاره القانونية.
- الغلط في شخص المحكم إذا كانت شخصيته محل اعتبار جوهري.
- الغلط في موضوع النزاع الذي اتفق على إخضاعه للتحكيم.

ويشترط أن يكون الغلط جوهرياً ومؤثراً في التعاقد.

٢ .التدليس:

يقصد به استعمال وسائل احتيالية أو كتمان وقائع جوهرية بقصد دفع الطرف الآخر إلى قبول التحكيم.

ومن تطبيقاته:

- إخفاء وجود علاقة بين المحكم وأحد أطراف النزاع.
- تقديم معلومات مضللة بشأن خبرة المحكم أو حياده.
- إيهام أحد الأطراف بمزايا غير حقيقية للتحكيم.

ويترتب على ثبوت التدليس حق الطرف المتضرر في طلب إبطال اتفاق التحكيم.

٣ .الإكراه:

الإكراه هو ضغط مادي أو معنوي غير مشروع يولد رهبة تدفع الشخص إلى التعاقد دون رضاه الحر.

وصوره تشمل:

- التهديد بفسخ العقد الأصلي ما لم يقبل الطرف الآخر شرط التحكيم.
- استغلال النفوذ الاقتصادي لإجبار الطرف الضعيف على القبول بالتحكيم.

فإذا ثبت أن القبول بالتحكيم تم تحت تأثير الإكراه، جاز إبطال الاتفاق.

٤ .الاستغلال:

يقع الاستغلال عندما يستغل أحد المتعاقدين حاجة الطرف الآخر أو طيشه أو ضعف خبرته للحصول على موافقته على شرط تحكيم مجحف.

ومن أمثلته:

- فرض شرط تحكيم مرهق على المستهلك أو العامل.
- اختيار مقر تحكيم بعيد أو عالي التكاليف بقصد إرهاق الطرف الضعيف.

ويعد الاستغلال سبباً لإبطال الاتفاق أو تعديل آثاره بحسب التشريع المطبق.

****أثر عيوب الإرادة على التحكيم:**

إذا ثبت وجود أحد عيوب الإرادة وقت إبرام اتفاق التحكيم فإن الاتفاق يكون قابلاً للإبطال، وإذا قضي بإبطاله زال أساس اختصاص هيئة التحكيم، مما قد يؤدي إلى:

- عدم قبول الدعوى التحكيمية.
- إنهاء إجراءات التحكيم.
- الحكم ببطلان حكم التحكيم الصادر استناداً إلى الاتفاق المعيب.

****المحل أو موضوع التحكيم:**

يجب أن يكون موضوع النزاع جائز التحكيم فيه .

ولا يجوز التحكيم عادة في :

- **المسائل الجنائية .**
- **الأحوال الشخصية .**
- **بعض المسائل المتعلقة بالنظام العام .**

*** مشروعية سبب التحكيم:**

يجب أن يكون سبب الاتفاق مشروعاً وغير مخالف للنظام العام .

*** شرط الكتابة في اتفاق التحكيم:**

تشترط غالبية التشريعات الحديثة أن يكون اتفاق التحكي مكتوباً.

وتتحقق الكتابة من خلال :

- العقد المكتوب .
- الرسائل المتبادلة .
- البريد الإلكتروني .
- وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة .

*** استقلال شرط التحكيم :**

يعد شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي، وبالتالي فإن بطلان العقد أو فسخه لا يؤدي تلقائياً إلى بطلان شرط التحكيم .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وظهرت عدة نظريات :

الاتجاه الأول: النظرية العقدية:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم يستمد وجوده من إرادة الأطراف واتفاقهم وعليه فإن أساس التحكيم هو العقد وليس سلطة الدولة. أي أن نظام التحكيم من طبيعة تعاقدية لأنه قائم على اتفاق أطراف النزاع، ويستندون في رأيهم هذا إلى أن قانون الإرادة أو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة ووفقاً لهذا الرأي فإن قرار التحكيم الذي ينهي النزاع يعتبر اتفاقاً وليس حكماً، وبالتالي لا تسري عليه القواعد الخاصة بالتقاضي كتدرج الأحكام.

الانتقادات: وقد تعرضت النظرية العقدية لانتقادات أهمها :

١-أن المحكم لا يقتصر دوره على تنفيذ العقد وفق ما اتفق عليه الأطراف، بل أنه ينظر في النزاع بينهما للوصول لقراريحسم به هذا الخلاف، ومن الطبيعي أن هذا القرار يخالف إرادة أحد أو كلا الطرفين.

٢- أن حكم التحكيم يتمتع بقوة الإلزام بسبب أنه يفصل في النزاع بشكا نهائي.

الاتجاه الثاني: النظرية القضائية : يذهب إلى القول بأن التحكيم من طبيعة قضائية، وسندهم في ذلك أن التحكيم استند إلى قانون معين لحل النزاع أيا كان محل أو بلد هذا القانون وبالتالي فإن قرار التحكيم يعتبر حكما يقترب من الحكم القضائي الذي تصدره محاكم الدولة.

الاتجاه الثالث: النظرية المختلطة : ويتخذ هذا الرأي موقفاً وسطاً ويرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم من طبيعة مختلطة أو مزدوجة، أي أن قرار التحكيم يعتبر حكماً ذات شكل تعاقدي. ومفاد ذلك أن التحكيم يبدأ بعقد وينتهي بعمل قضائي. فالاتفاق يمنح الاختصاص للمحكم بنظر النزاع بينما الحكم الذي يصدره يعد عملاً قضائياً.

الاتجاه الرابع : نظرية الطبيعة الذاتية والمستقلة للتحكيم: وهو الراجح ويرى أن التحكيم له طبيعة أو ذاتية خاصة ومستقلة تميزه عن التقاضي العادي الذي تختص به محاكم الدولة من خلال السلطة القضائية التي هي سلطة عامة تهدف إلى تحقيق سيادة القانون بغض النظر عن المصلحة الخاصة للأفراد.

خلاصة الفصل الأول: يقوم التحكيم التجاري الدولي على إرادة الأطراف في إحالة منازعاتهم إلى هيئة مستقلة تفصل فيها بحكم ملزم. وقد أصبح الوسيلة الأكثر أهمية في فض المنازعات التجارية الدولية لما يوفره من حياد وسرية ومرونة وسرعة، رغم ما قد يعتريه من ارتفاع التكاليف ومحدودية الطعن. ويظل اتفاق التحكيم الركيزة الأساسية التي تنشأ عنها العملية التحكيمية بأكملها، سواء اتخذ صورة شرط تحكيم سابق على النزاع أم مشارطة تحكيم لاحقة له، شريطة استيفائه شروط الصحة القانونية اللازمة .

تطبيقات وأمثلة على اتفاق التحكيم

أولاً: قضاء محكمة النقض المصرية بشأن الأثر المانع لاتفاق التحكيم

قررت محكمة النقض المصرية أن وجود اتفاق تحكيم صحيح ومكتوب يمنع المحاكم من نظر النزاع متى تمسك به أحد الأطراف في الوقت المناسب، لأن إرادة الأطراف اتجهت إلى استبعاد ولاية القضاء الوطني وإسناد الاختصاص إلى التحكيم. وقد أكدت المحكمة أن الاتفاق المكتوب على التحكيم ينتج أثره بمجرد استيفاء شروطه القانونية.

-**الفائدة العلمية** يستفاد من هذا الحكم أن:

اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط شكلي.

للمحاكم واجب احترام إرادة الأطراف.

الدفع بوجود شرط التحكيم يعد من أهم الدفوع الإجرائية في المنازعات التجارية.

مثال تطبيقي

اتفقت شركة عراقية وشركة مصرية على أن:

"جميع المنازعات الناشئة عن العقد تحسم بالتحكيم في القاهرة".

وعند نشوء النزاع لجأت الشركة العراقية إلى القضاء مباشرة.

هنا يجوز للشركة المصرية الدفع بوجود اتفاق التحكيم، ويتعين على المحكمة احترام هذا الاتفاق وعدم الاستمرار في نظر الدعوى.

ثانياً: قضاء محكمة النقض المصرية بشأن حجية شرط التحكيم

أكدت محكمة النقض أن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات أساسه إرادة الخصوم، وأن أحكام التحكيم متى صدرت اكتسبت حجية الأمر المقضي مثل الأحكام القضائية ما لم يقض ببطلانها وفق الحالات المحددة قانوناً.

أهمية الحكم: يدلل هذا القضاء على أن:

- التحكيم ليس وساطة أو تفاوضاً.
- حكم التحكيم يتمتع بقوة قانونية.
- لا يجوز إعادة مناقشة موضوع النزاع أمام المحاكم إلا في حدود دعوى البطلان.

ثالثاً: قضاء محكمة النقض المصرية بشأن استقلال شرط التحكيم

استقر القضاء المصري على أن شرط التحكيم يحتفظ بوجوده القانوني المستقل عن العقد الأصلي، وأن المنازعة المتعلقة بالعقد لا تؤدي تلقائياً إلى سقوط شرط التحكيم الوارد فيه، طالما لم يثبت بطلان الشرط ذاته. ويستند هذا الاتجاه إلى المبدأ العالمي المعروف باستقلال اتفاق التحكيم.

مثال :

إذا ادعت شركة أن عقد المقاولة باطل لوجود غش أو تدليس، فلا يجوز لها أن تدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم لمجرد الطعن في العقد الأصلي، لأن هيئة التحكيم تظل مختصة أولاً بالفصل في صحة العقد ذاته.

رابعاً: قضاء محكمة تمييز دبي بشأن التمسك بشرط التحكيم

أصدرت محكمة تمييز دبي حكماً مهماً سنة ٢٠٢٦ قررت فيه أن سقوط الحق في التمسك بشرط التحكيم لا يفترض بمجرد التأخر في إثارته، وإنما يشترط ثبوت علم الخصم بوجود الشرط واتجاه إرادته إلى التنازل عنه صراحة أو ضمناً.

الوقائع:

أقيمت دعوى أمام القضاء، ولم يكن المدعى عليه يملك نسخة العقد المحتوي على شرط التحكيم. وبعد تقديم العقد أثناء سير الدعوى تبين وجود الشرط، فتمسك به فوراً.

قضت المحكمة بأن هذا التمسك صحيح لأن السكوت السابق لم يكن ناتجاً عن علم حقيقي بالشرط.

القاعدة المستفادة

- لا يُفترض التنازل عن شرط التحكيم، بل يجب إثباته بصورة واضحة.
- وهي قاعدة ذات أهمية كبيرة في العقود التجارية الدولية.

خامساً: قضاء محكمة تمييز دبي بشأن انتقال شرط التحكيم

قررت محكمة تمييز دبي أن اتفاق التحكيم ينتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص باعتباره من ملحقات العقد، ولكن بشرط أن يكون هذا الاتفاق قائماً وقت انتقال الحق. أما إذا انتقل الحق قبل وجود اتفاق التحكيم فلا يسري الشرط على المحال إليه.

مثال:

شركة مقاولات أحالت مستحقاتها إلى بنك.

تمت الحوالة أولاً.

بعد ذلك أُبرم عقد تضمن شرط تحكيم.

قضت المحكمة بأن البنك لا يلتزم بشرط التحكيم، لأن الحوالة تمت قبل وجود الشرط نفسه.

القيمة العلمية للحكم:

هذا الحكم يعد من التطبيقات المهمة لمبدأ:

- نسبية أثر العقد.
- انتقال اتفاق التحكيم.
- العلاقة بين التحكيم وحوالة الحق.

سادساً: قضاء محكمة النقض المصرية بشأن استقلال المحكم وحياده

أكدت محكمة النقض المصرية أن الاستقلال والحياد من الشروط الجوهرية التي يجب توافرها في المحكم، وأن عليه الإفصاح عن أي علاقة أو ظرف قد يثير شكوكاً حول حياده أو استقلاله.

مثال عملي:

إذا كان المحكم:

مستشاراً سابقاً لأحد الأطراف.

أو محامياً له في نزاع آخر.

أو تربطه به علاقة مالية مؤثرة.

فإن عدم الإفصاح عن ذلك قد يؤدي إلى الطعن في تشكيل الهيئة التحكيمية.

سابعاً: قضاء المحاكم الأردنية بشأن الكتابة في اتفاق التحكيم

استقر الفقه والقانون الأردنيان على أن الكتابة شرط أساسي لصحة اتفاق التحكيم، وأن الاتفاق قد يتحقق بالمراسلات والرسائل الإلكترونية والفاكس وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، كما أن الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم تعد كافية متى كانت واضحة.

مثال:

إذا نص عقد التوريد على:

"تطبق الشروط العامة لغرفة التجارة الدولية".

وكانت تلك الشروط تتضمن بنداً تحكيمياً واضحاً.

فإن شرط التحكيم يعد قائماً ومكتوباً قانوناً.

الخلاصة:

تكشف الاجتهادات القضائية العربية الحديثة عن مجموعة من المبادئ المستقرة في مجال اتفاق التحكيم، أهمها:

- وجوب احترام اتفاق التحكيم واستبعاد ولاية القضاء عند التمسك به.
- استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.
- عدم افتراض التنازل عن شرط التحكيم إلا بدليل واضح.
- انتقال شرط التحكيم إلى الخلف العام أو الخاص في حدود ضوابط معينة.
- ضرورة توافر الحيدة والاستقلال في المحكم.
- اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم وقبول الوسائل الإلكترونية الحديثة لتحقيقها.

وهذه المبادئ تمثل اليوم الأساس العملي الذي تبني عليه المحاكم العربية رقابتها على اتفاقات التحكيم وأحكامه، وهي من أكثر الموضوعات وروداً في الاختبارات الجامعية والدراسات العليا ورسائل الماجستير والدكتوراه في القانون التجاري الدولي والتحكيم.