

اتفاق التحكيم

■ د. عمر إبراهيم حسين *

المقدمة:

إذا صار التحكيم اليوم من أهم أدوات القانون المعاصر، فإنه في الوقت ذاته واحدة من مشكلاته، بسبب ما يثيره من مسائل بالغة التعقيد في الفكر القانوني المعاصر فعلاوة على ما أثارته طبيعته، من جدل ونقاش فقهي واسع، فإن نقطة انطلاقه الأولى، اتفاق التحكيم لا يقل نقاشاً وجدلاً عن طبيعته وإجراءاته، هذا الاتفاق الذي لم يجد فقه التحكيم، غير أن يسجل عليه «غرابته»⁽¹⁾ لأنه من خلاله يحدد الأفراد ميدان، يتم بموجبه تسوية منازعاتهم وخصوماتهم عن غير الطريق العادي وهو القضاء، الذي بحسب محكمتنا العليا الموقرة اللجوء إليه « حق عام مقرر لكل إنسان... وصاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات بين المتخاصمين »⁽²⁾. وإذا كان التحكيم لا يخلو قانون حديث منه، فهو ليس ظاهرة جديدة، بل عرفته البشرية منذ زمن غابر، تجد من يعيد جذوره الأولى إلى شرق العالم القديم، فقد عرفه الفراعنة والبابليون والاشوريون، كوسيلة لتسوية ما نشأ من منازعات بينهم⁽³⁾ كما عرفه اليونانيون القدماء ونقل عن ارسطو، أن الافراد يفضلون التحكيم على القضاء، فالمحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع⁽⁴⁾، ولم يغفل فقه التحكيم⁽⁵⁾ أن يشير إلى ما عرفه الرومان من خلال وظيفة ((البريتور))، الذي يسوي النزاع بعد سماع إدعاءات الخصوم، ولعب دوراً هاماً في العقود الرضائية، والتي يعهد فيها الطرفان لشخص ثالث مهمة تسوية الخلاف حول بعض المسائل، ولقد قال الرومان قديماً « التحكيم غير القضاء ».

وعرفه العرب قبل ظهور الاسلام وعرفوه، حيث يترك لعقلاء الحي أو القبيلة، أمر تسوية ما ينشأ من منازعات وأقره الاسلام بعد ظهوره⁽⁶⁾. ويعتقد فقه التحكيم أن القانون الطبيعي هو الذي فرض التحكيم على الانسان قبل نشوء الدولة⁽⁷⁾، لانه هو « طريق العدل

* استاذ مشارك متقاعد في القانون الخاص - جامعة طرابلس

الأول للإنسان»، ويرتبط التحكيم قوة وضعفاً، تبعاً لقوة أو ضعف درجة النظام السياسي الذي وصلت إليه البشرية.⁽⁸⁾

التحكيم الذي صار أداة معترفاً بها لتسوية المنازعات، في القانون الوطني أو في منازعات التجارة الدولية، مصدره الاتفاق، ودراسته تتطلب تتبع مراحل، تكوينه وانعقاده (المطلب الأول)، ثم آثاره (المطلب الثاني)، وأخيراً اتفاق التحكيم كأى اتفاق آخر لا بد من زاوله وانقضائه (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

تكوين اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم عقد وهو كأى عقد، يخضع في نشأته وتكوينه إلى ما تخضع له العقود الأخرى، علاوة على ما تتطلبه ذاتية اتفاق التحكيم من قواعد خاصة⁽⁹⁾، لذلك لا بد من توافق إرادة طرفي اتفاق التحكيم، على تسوية نزاعهما بالتحكيم، بدلاً من الطريق العادي لتسويته عن طريق القضاء، لكن ذاتية اتفاق التحكيم، تفرض إفراغه في شكل خاص، ذلك يعني ان هناك من يعتقد لإعتقاده اساس، ان التراضي وحده لا يكفي، بل لا بد من إفراغه في شكل معين حدده القانون⁽¹⁰⁾. ودون أن نهمل الجدل الفقهي حول طبيعته، فلا يعدم الباحث أن يجد من يصف اتفاق التحكيم بالعقد، فهو « علاقة قانونية عقدية »⁽¹¹⁾، لا بد أن تتحقق اركانه الموضوعية المعروفة، علاوة على الشكل المقرر قانوناً، في ضوء ما سبق نعتقد، ان شروطاً موضوعية وأخرى شكلية، لا ينعقد اتفاق التحكيم بدونها، أيأ كانت صورة اتفاق التحكيم، شرطاً أو مشاركة⁽¹²⁾

أولاً: - الشروط الموضوعية

إن أي عقد، اتفاق التحكيم أو غيره، له ثلاثة أركان تُعد شروطاً موضوعية له، وهي الرضاء والمحل والسبب⁽¹³⁾، فهل لها خصوصية في اتفاق التحكيم؟ الأمر يتطلب استعراضها جميعاً، للإجابة عن هذا التساؤل.

1 - الرضاء

التراضي جوهر أي اتفاق ومناطق وجوده، ولتحقيق الرضاء لدى طرفي التحكيم، يتطلب توافر الإرادة، التي تلعب دوراً مهماً في إبرام اتفاق التحكيم⁽¹⁴⁾ هذه الإرادة يعبر عنها فقه القانون المدني بـ « إرادة التعاقد »⁽¹⁵⁾، ويجسدها تقابل الإرادتين وارتباطهما، بما يفضي إلى تحقيق الإرادة المشتركة لطرفي اتفاق التحكيم، ولن تتحقق الإرادة المشتركة

لطرفي التحكيم، مالم يوجد الرضاء، لكن وجوده لا يكفي وحده، بل لابد أن يكون صحيحاً ولن يكون كذلك، إلا اذا كان صادراً عن ذي اهلية ولا يشوبه أي عيب من عيوب الارادة.

إن الرضاء على اتفاق التحكيم، يتطلب تطابق الايجاب والقبول، مما يعني وجوب أن تصرف ارادة الموجب والقابل، على الاتفاق حول التحكيم، أي أن يكون توافق الارادتين على التحكيم، بشكل واضح لا لبس فيه أو غموض، فوجود التراضي على التحكيم، لابد أن ينصب الايجاب والقبول على التحكيم تحديداً، تحسباً لما قد ينشأ من مشاكل عليه، لمعرفة عن أي شئ تم التراضي، ذلك لأن التحكيم تشابهه ادوات اخرى لتسوية النزاع، كالصلح وغيره، ولذلك يقع على محكمة الموضوع، صلاحية « تكييف الاتفاق لتحديد طبيعته وهي غير مقيدة في تكييف الاتفاق على الصلح أو التحكيم بالوصف الذي اسبغه عليه الطرفان وإن لها كامل السلطة في العدول عن المدلول الظاهر لعبارة الاتفاق المختلف على معناها بما تراه أو في بمقصود الطرفين » (16)، كما ان القضاء ذهب ايضاً إلى ان وجود لفظ ((التحكيم))، لا يعد وحده كافياً لاتجاه ارادة طرفي الاتفاق، إلى تسويته عن طريق التحكيم، ذلك انه بحسب هذا القضاء إن ورود عبارة التحكيم في السند، « لا يعنى أن السند هو اتفاق على التحكيم، بل لابد أن يقرأ الاتفاق بجميع فقراته، لكي يتبين المقصود من كلمة ((تحكيم)) الواردة فيه، إذ العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني » (17) ومن هنا فلا يمكن القول بوجود اتفاق على التحكيم، اذا اتفق الطرفان، على عدم اللجوء إلى القضاء، فهذا اتفاق لا قيمة له ولا أثر، من حيث اعتباره اتفاقاً على التحكيم (18).

واذا عرض الأمر على المحكمة، ومطلوب منها أن تبين وجود اتفاق على التحكيم أو عدم وجوده، فعليها أن تراعي « كامل الحيطة والحذر عند تكييف العقد »، فلا تعتبره اتفاق تحكيم، إلا اذا كانت لإرادة، واضحة ((بجلاء)) إلى ذلك الاتفاق، والحجة لأن التحكيم، « استثناء من الاصل العام فلا يجبر الشخص على سلوك التحكيم ولا يحرم من الالتجاء إلى القضاء إلا عن رضاء واختيار » (19)، ولذلك يمكن القول: لابد من توافق الارادتين على اللجوء إلى التحكيم، مما يعني لابد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، بشأن ابرام اتفاق التحكيم، لكن السؤال هل لابد أن يكون القبول صريحاً أم يكفي القبول الضمني ؟

إن محاولة الاجابة عن هذا التساؤل، كانت محلاً للجدل في فقه التحكيم، كما أدلى القضاء بدلوه فيها، فذهب البعض (20)، إلى أن قبول الايجاب المعروض على الشخص بشأن اتفاق التحكيم، إما أن يكون « بكيفية صريحة أو ضمنية » .

حاول استاذنا د. ابوزقية، أن يستج رأيًا تجاه هذه المسألة، في ضوء ما ذهب اليه القضاء الفرنسي، الذي يكفي عنده القبول الضمني، لكن ذلك في اعتقاده مشروط، ألا يكون شرط التحكيم في ذاته أو علم اطراف التحكيم به محل شك، واستخلص أن تكرار العمليات التجارية بين الطرفين، وتحتوي هذه العمليات على شرط التحكيم، يفيد ان شرط التحكيم صار جزءاً من أية عملية تجارية بين الطرفين، مما يعنى أنه لا يقبل، اثاره عدم القبول بشرط التحكيم تجاه، أية عملية تجارية من هذه العمليات⁽²¹⁾.

نحن من جانبنا نؤيد انه قد يكون القبول على اتفاق التحكيم ضمناً، وحتجتنا، ان القبول في اتفاق التحكيم هو تعبير عن ارادة القابل، وهذا التعبير وفق م 2/90 م ل، قد يكون ضمناً، مالم يشترط القانون أو الاتفاق، ان يكون صريحاً، وبحسب المذكرة الايضاحية للقانون المدني، ان القبول الضمني، نصل اليه ((عن طريق الاستنتاج))⁽²²⁾، اذا ظروف حال اتفاق التحكيم، تسمح باستخلاص انصراف الارادة إلى التحكيم، كما هو حال وجود شرط تحكيم في عمليات تجارية متكررة بين الطرفين.

نخلص إلى أنه لا بد أن تتطابق ارادة طرفي التحكيم عليه، ايجاباً وقبولاً، مما يعني ان يكون القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، ذلك أن اتفاق التحكيم كأى عقد قوامه الارادة، فإذا انتفت هذه الارادة تماماً، كان هذا الاتفاق معدوماً، وهو باطل لانعدام الرضاء. ان صحة التراضي تتطلب ان يصدر عن ذي اهلية، والسؤال الذى يفرض نفسه ما الاهلية المطلوبة لانعقاد اتفاق التحكيم؟

أهلية اتفاق التحكيم:-

السؤال هل تطبق القواعد العامة لاهلية التعاقد وفق احكام القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 1992/17 م بشأن تنظيم احوال القاصرين⁽²³⁾؟ وما الحكمة الدافعة للمشرع لئن يشترط نوعاً خاصاً من الاهلية لابرار اتفاق التحكيم؟

ان استطلاعاً عابراً لما ورد في الباب الرابع من الكتاب الثالث من قانون المرافعات، الذى خصصه المشرع للتحكيم باعتباره نوعاً خاصاً من الخصومات، يكشف أن م 740 واضحة الدلالة تجاه عدم صحة اتفاق التحكيم إلا من له ((اهلية التصرف في حقوقه)) وفي تقدير فقه قانون المرافعات الليبي (24)، إن المشرع قد تشدد تجاه الاهلية المطلوبة لابرار اتفاق التحكيم، لكن فقه التحكيم لا يعتبر ذلك أمراً غريباً، فهو مسلك القانون المقارن، سواء في قانون المرافعات أو في القوانين الخاصة بالتحكيم⁽²⁵⁾، فالاهلية المطلوبة

لابرام اتفاق التحكيم، هي اهلية التصرف ولذلك فاهلية التبرع لا تكفي لابرام اتفاق التحكيم والحجة لأن هذا الاتفاق، ليس من نوع التبرع بالحق، كما ان اهلية التقاضي لا تكفي لابرام اتفاق التحكيم، لأن قانون تنظيم احوال القاصرين، يجيز للقاصر الذي بلغ الخامسة عشر، ان يدير ما سلم له من أموال بإذن من المحكمة، وله حق التقاضي فيما اذن له، وبحسب فقه التحكيم⁽²⁶⁾، ان المشرع باشتراطه اهلية التصرف لابرام اتفاق التحكيم، يكون قد خرج عن الاصل الذي يحكم اهلية التقاضي، لأن هذه الاهلية تثبت لمن يملك اهلية الادارة، فالقاصر المسموح له باعمال الادارة، تكون له اهلية التقاضي بشأن ما اذن له في ادارته، والولي والوصي لهما اهلية التقاضي نيابة عن القاصر أو المحجور عليه، لكن ليس لهما اهلية التحكيم رغم امتلاكهما اهلية التقاضي، فهذه الاهلية لا تكفي لابرام اتفاق التحكيم، وانما لابد من اهلية التصرف، ومن هنا ليس للقاصر أو المحجور عليه، ابرام اتفاق التحكيم، وليس للولي أو الوصي أو القيم، قبول التحكيم نيابة عن القاصر وغيرهم، لأنه ليس لهؤلاء اهلية التصرف في اموالهم، كما لا يجوز للحارس القضائي على المال المتنازع عليه اهلية ابرام اتفاق التحكيم، كما لا يجوز للتاجر الذي اشهر افلاسه ابرام اتفاق التحكيم واذا ابرمه فلا ينفذ في مواجهة دائنيه⁽²⁷⁾، ذلك لأن الفصل الثالث من الباب الثاني خصصه المشرع في قانون النشاط التجاري رقم 2010/23، لاثار التفليسة على المفلس، وحرمته م 1047 « من ادارة امواله والتصرف فيها»، وقلنا ان قانون المرافعات في م 740 يشترط لابرام اتفاق التحكيم اهلية التصرف، والمفلس وفق ما اشرنا اليه حرمة القانون التجاري من التصرف في امواله كما لا يجوز للوصي على القاصر، ان يبرم اتفاق التحكيم، وان كان يملك تمثيل القاصر أمام القضاء، لكنه لا يملك التحكيم لتسوية نزاع على اموال القاصر، التي رفعت دعاوى بشأنها على القاصر، لأنه ببساطه لا يملك اهلية التصرف بشأنها.

القاصر في ليبيا يملك حق التقاضي حول ما اذن له وتسلمه من مال أو ما يكسبه من عمله أو مهنته أو صناعته، فهذه الاموال في تقديرنا، يجوز له ابرام اتفاق تحكيم، لتسوية نزاع بشأنها⁽²⁸⁾، بشرط التقيد بما وضعه قانون تنظيم احوال القاصرين من شروط.

واذا أردنا أن نبرر مسلك مشرعنا في قانون المرافعات باشتراطه اهلية التصرف في ابرام اتفاق التحكيم، فنقول انه ربما اراد أن يكون منطقياً مع نفسه ومنسجماً مع مانص عليه القانون المدني، عند تنظيمه لعقد الوكالة، حين اشترط في م 702 وكالة خاصة، «في كل عمل ليس من اعمال الادارة وبوجه خاص في البيع والرهن... والتحكيم» واعمال

التصرف ليست من اعمال الادارة، وهذه الاخيرة وفق م 1/701، يكفى فيها الوكالة العامة ولا تشترط الوكالة الخاصة، وحتى اعمال التصرف التي تقتضيها الادارة تعد وفق م 2/701 م ل، من اعمال الادارة، وأشار المشرع بشكل صريح إلى انه من اعمال الادارة ((استيفاء الحقوق))، والتحكيم قد يراد منه في الغالب استيفاء الحقوق، فهذه الاعمال لا يقبل فيها ابرام اتفاق التحكيم⁽²⁹⁾، لكن لا بد من الاشارة إلى م 3/702 م ل إن الوكالة الخاصة « لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الامور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الامور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر والعرف الجاري».

في ضوء هذا النص يثار سؤال مفاده، هل يملك رئيس مجلس ادارة الشركة التجارية ابرام اتفاق التحكيم؟.

إن م 172 من قانون النشاط التجاري، حددت اختصاصات مجلس ادارة الشركة، التي من بينها « ابرام كل التصرفات اللازمة لتحقيق غرض ونشاط الشركة »، والتحكيم أصبح أمراً مألوفاً في العمل التجاري اليوم، وصار ظاهرة واضحة في العلاقات التجارية الوطنية والدولية، مما يعني أن اللجوء إليه صار أمراً معتاداً، ووفق م 2/172 من قانون النشاط التجاري، مجلس ادارة الشركة له أن يقوم بكل ما يحقق غرض الشركة واستمرار نشاطها، وقد يكون مضطراً لنجاح اعمال الشركة التجارية، ان يبرم اتفاقات تحكيم، لتسوية منازعات تجارية مع اطراف اخرين، افراداً أو شركات، ذلك يؤكد أن اتفاق التحكيم يخدم غرض انشائها⁽³⁰⁾، مما يعني ان اللجوء إلى التحكيم، يعتبر عملاً من اعمال الادارة العادية اليومية، ولا يتطلب وكالة خاصة، لأن القول بعكس ذلك، يستوجب انعقاد الجمعية العمومية للشركة، لتصدر قراراً يفوض مجلس ادارتها لابرام اتفاق التحكيم، وربما نص م 3/702 م ل، يخدم هذا التحليل، لأن «الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الامور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الامور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري».

فالاهلية المطلوبة لابرام اتفاق التحكيم هي اهلية التصرف وفقاً لمنطوق م 740 مرافعات، لكن السؤال المشروع والمبرر ما الحكمة من تشدد المشرع لاشتراطه أن التحكيم لا يصح الا من له اهلية التصرف؟

قلنا سابقاً ان محكمتنا العليا الموقرة، حكمت أن اللجوء إلى القضاء حق عام مقرر لكل فرد في المجتمع للدفاع عن حقوقه والاهم، أن القضاء له مكانة « الفصل في المنازعات بين المتخاصمين افراداً أو شركات وغيرها من الاشخاص المعنوية⁽³¹⁾، ذلك لأن قضاء الدولة

العام، احاطه المشرع في قانون المرافعات بضمانات كثيرة، ويخشى المشرع من مخاطر التنازل عن ضمانات التقاضي التي فصل فيها وحددها قانون المرافعات، وتسوية النزاع من غير القضاء قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر، ذلك ما يبرر تشدد المشرع تجاه اللجوء الى التحكيم باشتراطه اهليه التصرف (32).

ونخلص إلى ان الارادة لابد أن تكون موجودة، ولها صلاحية ابرام اتفاق التحكيم والذي اشترط المشرع له اهلية خاصة وهي أهلية التصرف، وفوق ذلك لابد أن تكون ارادة طرفي التحكيم، غير مشوبة بأي عيب من عيوب الارادة.

عيوب الارادة واتفاق التحكيم :-

سبق الاشارة إلى أن الرضاء في اتفاق التحكيم، لن يكون صحيحاً الا اذا جاء من ذي اهلية، ونضيف، أن صحة التراضي في اتفاق التحكيم، تتطلب خلو ارادة كل طرف فيه من عيوب الارادة، ومن المعروف وفق القانون العام للعقود، إن الرضاء يكون معيباً، اذا شاب ارادة المتعاقد، واحد من عيوب الارادة الاربعة المعروفة وهي، الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، المواد 120 - 130 من القانون المدني، والعقد المعيب بواحد أو اكثر منها، يكون قابلاً للإبطال، فهذه العيوب لا تعدم الرضاء لكنها تجعله معيباً أو غير صحيح، والسؤال ما العيوب المحتمل ان تلحق الارادة في اتفاق التحكيم وما التي لا تلحقه؟

يؤكد البعض من فقه التحكيم (33)، وهو على حق في تأكيده، أن اتفاق التحكيم، لا يتطلب عدم التناسب الفادح، بين ما يلتزم به كل طرف فيه وما يعود عليه من نفع، ولذلك فعدم التناسب الفادح غير متصور في اتفاق التحكيم، فلا وجود لعيب الاستغلال في هذا الاتفاق محل البحث، والسبب غياب الركن المادي فيه، الذي هو عدم التعادل الفادح بين الاداءات، ذلك ان اتفاق التحكيم، الالتزام الوحيد الذي يرتبه على طرفيه، هو حل وتسوية النزاع عن طريق التحكيم، وذلك في تقديرنا أحد أهم عوامل ذاتية اتفاق التحكيم وخصوصيته.

اذا كان ذلك ما يمكن قوله عن عيب الاستغلال، فهل يلحق الارادة في اتفاق التحكيم عيب الغلط؟

طرح هذا العيب أمام القضاء، فقد رفضت محكمة استئناف باريس، طلب ابطال اتفاق التحكيم للغلط، وسبب الرفض، ان المدعي بوجود غلط أنصب على تعيين محكم، الذي هو في الوقت نفسه محامي أحد طرفي الاتفاق على التحكيم، قد فشل في اثبات الغلط

المدعى به (34) فرفض المحكمة يعود لاستحالة اثبات الغلط المدعى به، رغم ذلك يؤكد فقه التحكيم، ان الغلط يمكن تصويره في اتفاق التحكيم، ويستشهد بما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت ان جهل أحد طرفي اتفاق التحكيم بعلاقة العمل التي تربط المحكم بالخصم الذي اختاره، يعتبر من قبيل الغلط في صفة جوهرية في شخص المحكم يعيب الارادة ويفضي إلى بطلان الاتفاق على التحكيم (35)، في ضوء ما سبق نخلص إلى أن، الرضاء في اتفاق التحكيم لا يكون صحيحاً إلا اذا كان صادراً عن ذى اهلية، واشترط قانون المرافعات ان تكون اهلية التصرف، وصحة الرضاء تتطلب أن تكون ارادة كل طرف في اتفاق التحكيم، خالية من أي عيب من عيوب الارادة، والواقع القضائي، يكشف ان اكثر العيوب حضوراً في اتفاق التحكيم، هو عيب الغلط، واذا كان الرضاء هو الشرط الموضوعي الاول لاتفاق التحكيم، فإنه ليس الوحيد، فلا بد أن يرد هذا الرضاء على محل، فهل تطبق القواعد العامة عليه أم أن قانون المرافعات نص على احكام خاصة بمحل اتفاق التحكيم؟ وما سبب اتفاق التحكيم؟

2 - المحل في اتفاق التحكيم

نتساءل هنا هل تطبق القواعد العامة في القانون العام للعقود أو النظرية العامة للعقد، على محل اتفاق التحكيم؟

وهل كل مسألة أو نزاع يكون محلاً لاتفاق التحكيم؟

الإجابة عن هذا التساؤل الاخير، تحدد محل اتفاق التحكيم، ومدى قابلية النزاع لتسويته بالتحكيم.

لا يوجد أدنى شك، ان محل اتفاق التحكيم، يجب أن تتوافر فيه شروط المحل، التي حددها القانون المدني، فيجب ألا يكون محل اتفاق التحكيم مستحيلاً 132 م ل، كما تتطلب م 133 تعيين محل اتفاق التحكيم، ويجب ألا يكون محل اتفاق التحكيم مخالفاً للنظام العام والآداب وفق 135، كأن يتم الاتفاق على تسوية النزاع بالتحكيم حول صفقة خمور أو مخدرات.

قانون المرافعات لم يكتف بذلك، بل إنه نص في م 740 على ما تم استبعاده من اتفاق التحكيم أو ما لا يجب تسويته بالتحكيم، فحددت تلك المادة ما لا يجوز فيه التحكيم، وبذلك حددت محل التحكيم عن طريق الاستبعاد (36)، لأن عنوان هذه المادة عكس محل اتفاق التحكيم من خلال بيان « الاحوال التي لا يجوز فيها التحكيم»، ذلك يعني ان موضوع النزاع

الذي تتم تسويته، بناء على اتفاق التحكيم، يجب أن يكون مما يجوز فيه التحكيم، ولقد حلل هذه المادة الفقه واستنتج انها عددت الحالات أو المنازعات التي لا يجوز فيها اتفاق التحكيم والتي لا تكون محلا لاتفاق التحكيم، تلك الحالات يمكن تقسيمها إلى «اربع طوائف»:

الاولى: منازعات متعلقة بالنظام العام

الثانية: منازعات العمال

الثالثة: منازعات الجنسية أو الحالة الشخصية

الرابعة: المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح

إن إمعان النظر عميقاً في هذه الحالات، يلمس الباحث أن قاسماً مشتركاً يجمع بينها وهو، تعلقها ((بالمصلحة العامة))، والنظام العام⁽³⁷⁾، وهي ذات الموضوعات التي منعت م550 من م ل، الصلح فيها، فمنازعات الجنسية والحالة الشخصية والعمل القواعد المنظمة لها من النظام العام، فعلى سبيل المثال من ذا الذي يشك ان قواعد قانون العمل، بما احتوته من ضمانات للعمال، ليست من النظام العام، فهي بحسب محكمتنا العليا الموقرة « من النظام العام، يترتب على أغفاله كلياً أو جزئياً البطلان»⁽³⁸⁾، لكن لماذا اضافت م 740 مرافعات إلى المسائل المتعلقة بالنظام العام، الاحكام الخاصة « بالتأمين الاجتماعي (الضمان الاجتماعي) واصابات العمل» يبدو أن سبب ذلك مرجعه، لأن قانون العمل لم يأت باحكام خاصة بها، أو بحسب تعبير المحكمة العليا « حيث خلا قانون العمل من الاحكام المنظمة لهاتين الحالتين»⁽³⁹⁾ والحكم جاء بمناسبة نزاع حول الأجر الاضافي وجرى قضاء المحكمة العليا ان احكام قانون العمل كلها تعتبر من النظام العام، ولذلك سبب استبعاد الحالات الواردة في م 740 مرافعات، هو تعلقها بالنظام العام، فتلك الحكمة من استبعادها ولا يجوز تسوية نزاع بشأنها بواسطة اتفاق تحكيم، ويعتقد فقه التحكيم صادقاً، ان المشرع يهدف من وراء هذا الاستبعاد، اخضاع تلك الحالات المتعلقة بالنظام العام، إلى القضاء الذي انشأته الدولة، وهو وحده الذي ينشئ ((قواعد عامة موحدة)) بشأنها⁽⁴⁰⁾.

وإذا كانت الحكمة من استبعاد تلك الحالات، هو تعلق تلك الحالات بالنظام العام، فإن تلك الحكمة لن تكون موجودة، اذا تعلق الأمر بمصلحة مالية خاصة ناشئة عنها حتى لو كان اساسها، الحالة الشخصية على سبيل المثال، كحق النفقة أو التعويض عن الاعتداء على الحالة الشخصية كالحق في الاسم⁽⁴¹⁾، ويبدو أن ذلك منطقي، بحسبان انه

يجب التفرقة بين الحالة الشخصية وما يترتب عليها من آثار مالية، ولذلك ثبت أو نفي الجنسية أو الاسم، لا يكون محلاً لاتفاق التحكيم، أما ما يترتب عنها من مصالح مالية، كالتعويض عن استغلال الاسم، فهي من الجائز، أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، لأن ذلك ما يمكن فهمه من نص م 740 نفسها التي أوردت استثناء من الاستبعاد بقولها « على انه يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة..... أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الاحوال الشخصية»، ذلك في تقديرنا ينسجم مع ما نص عليه عجز م 550 م ل التي أجازت الصلح « على المسائل المالية المترتبة على الحالة الشخصية»، ومن هنا فكل مسائل الحالة الشخصية والنظام العام لا يمكن أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، لكن لا يوجد ما يمنع قانوناً تسوية ما ينشأ عنها من حقوق مالية عن طريق التحكيم.

في ضوء ما سبق يمكن القول، ان كل مصلحة مالية تكون محلاً لاتفاق التحكيم، الذي يجب ان يكون معيناً تعييناً واضحاً، لكن السؤال الذي يثار ما اهمية تعيين محل اتفاق التحكيم؟ قلنا إن اتفاق التحكيم تحكمه القواعد العامة في القانون العام للعقود، حيث اشترط القانون المدني في م 133 أن يكون محل الالتزام العقدي معيناً، وبحسب المذكرة الايضاحية للقانون المدني، « اذا التزم شخص بعمل شئ وجب أن يكون ما التزم به محدداً تحديداً كافياً» (42)، وفي اتفاق التحكيم ان تحديد محله تحديداً واضحاً ودقيقاً، يسهل ويسر عملية التحكيم، والانهاء من تسوية النزاع بشكل سلس من ناحية، ويبعد طرفيه عن الحاجة إلى تفسير موضوع التحكيم أو محله من ناحية أخرى، والاهم من ذلك، ان تحديد محل اتفاق التحكيم أو موضوعه، يساهم مساهمة جادة في تحديد ولاية المحكم الفرد أو المحكمين، اذا كانوا اكثر من محكم واحد، فاذا خرج المحكمون أو المحكم عن موضوع التحكيم أو محله، يكونوا قد خرجوا، عن ولايتهم تجاه تسوية النزاع، مما يجعل حكمهم فيه باطلاً، لأنه يعد خروجاً عن ولاية المحكم ويفصل في موضوع خارج اتفاق التحكيم (43)، لكن اتفاق التحكيم وفق م 739 مرافعات، إما أن يكون بناء على شرط أو مشاركة تحكيم، والسؤال هل يختلف تحديد النزاع الذي هو محل اتفاق التحكيم بحسب نوعه، شرط أم مشاركة؟

من المعروف ان شرط التحكيم يرد في العقد الاصلي قبل النزاع حول ما ينشئه العقد أو يترتب من حقوق، ذلك الشرط يعد أحد بنود العقد، بموجب هذا الشرط، يلتزم الطرفان بتسوية ما ينشأ من نزاع حول ما يضعه على الطرفين من التزامات وينشئه من حقوق، ولذلك فالمنطق يقضي أن يكون اتفاق التحكيم قبل النزاع، والنتيجة المترتبة على ذلك، ان

محل اتفاق التحكيم لن يكون محدداً، فالنزاع لم يقع بعد، فهو ببساطه غير قائم (44). شرط التحكيم يتخذ اشكالاً مختلفة، أما أن يكون بنداً في العقد الاصلى أو يرد في اتفاق مستقل عن العقد الاصلى ويضاف اليه، مضمونه تسوية أي نزاع على الحقوق الناشئة عنه بالتحكيم، وقد يكون شرط التحكيم في مستند مكتوب أو في رسائل بين طرفيه أياً كان شكل هذه الرسائل، عادية أم إلكترونية، سواء كانت بالتلكس أو الفاكس أو برقية أو بالاميل.

شرط التحكيم قد يتخذ صورة ثالثة، وهي ما يطلق عليه فقه التحكيم « شرط التحكيم بالاحالة » (45). ذلك يعني ان شرط التحكيم ليس وارداً في العقد المبرم بين الطرفين، لكنهما احالا الى وثائق أخرى، وتتجه ارادة الطرفين للاحالة على تلك الوثائق التي بها شرط التحكيم، مما يفضي إلى دمج تلك الوثائق في العقد الاصلى، لكن يشترط ان تكون الاحالة واضحة وصريحة، تجاه اعتبار شرط التحكيم المحال اليه جزءاً من العقد الاصلى، بما يوضح ان ارادة طرفي العقد الاصلى، تعرف بشكل دقيق شرط التحكيم الوارد في الوثائق المحال اليها.

اذا كان ذلك ما يمكن قوله تجاه تحديد محل التحكيم الوارد في الشرط فهل يختلف تحديده في مشارطة التحكيم؟ اذا كان شرط التحكيم يرد لتسوية نزاع محتمل أو متوقع، فعلى عكس ذلك المشاركة تتم لتسوية نزاع قائم فعلاً (47)، ذلك يعني ان محل اتفاق التحكيم أو موضوع النزاع محل التحكيم، يكون في المشاركة اكثر وضوحاً وتحديداً بعكس الشرط، ولذلك نفهم لماذا اشترطت م 743 مرافعات، وجوب تحديد موضوع النزاع في المشاركة وإلا كان التحكيم باطلاً، وأن اعتقد البعض، ان البطلان يزول بسبب عدم تحديد موضوعه في المشاركة، اذا تم تحديده كتابة بموافقة طرفي اتفاق التحكيم (48).

في ضوء ما سبق يمكن الاستنتاج ان تحديد موضوع النزاع في المشاركة كمحل لاتفاق التحكيم، هو الفرق الجوهرى بين شرط التحكيم ومشارطته.

نخلص بعد استعراض ما سبق بشأن محل اتفاق التحكيم، ان شروط المحل وفق القواعد العامة في القانون المدني يجب أن تكون متوفرة، لكن خصوصية اتفاق التحكيم دفعت المشرع في م 740 مرافعات، إلى تحديد ما يكون محلاً لاتفاق التحكيم وما هو مستبعد من نطاق هذا الاتفاق، لكن المحل كشرط موضوعي لاتفاق التحكيم، لا يجب أن يغفل شرطاً موضوعياً آخر وهو سبب اتفاق التحكيم.

ج: سبب اتفاق التحكيم

يتطلب القانون العام للعقود وجود السبب إلى جانب الرضاء والمحل في العقد، فالسبب ركن لا ينعقد عقد بدونه، واتفاق التحكيم ما هو الا عقد، يجب ان يكون له سبب، ويقصد به الغرض الذى يقصد طرفا اتفاق التحكيم إلى تحقيقه، ذلك الغرض هو المحرك لارادة طرفيه، على الرغم من ان فقه المرافعات يذهب إلى أن اهلية التحكيم ومحلها لهما اهميتهما في اتفاق التحكيم⁽⁴⁹⁾، فإن فقه التحكيم يعتقد وهو على حق في اعتقاده، ان السبب لا بد ان يتوافر في اتفاق التحكيم⁽⁵⁰⁾، وان لم يقدم حجة لاعتقاده، فإننا نرى أن السبب هو ركن في كل تصرف قانوني، حتى لو كان اتفاق تحكيم هذا التصرف، ولذلك لا بد من توافر السبب في هذا الاتفاق، الذى هو السبب الباعث فاذا انعدم كان التصرف باطلاً، والسؤال هل توجد فرضية انعدام السبب في اتفاق التحكيم؟

من المؤكد ان فقه القانون المدني قد تعرض بالتحليل للنظريتين، التقليدية التى هي السبب القصدى والنظرية الحديثة في السبب، التى تعطى اهتماماً كبيراً للبواعث، الهادفة إلى تحقيق التوازن المأمول بين الحماية الفردية والحماية الاجتماعية⁽⁵¹⁾.

والسؤال هل توجد فرضية لانعدام السبب في اتفاق التحكيم؟ فقه التحكيم يعتقد، ان السبب القصدى المباشر هناك فرضية، يمكن أن ينعدم فيها، ويبطل بناء عليها اتفاق التحكيم، ذلك ما عكسه الواقع القضائي الفرنسي الذى عرضت عليه، وقائع ترك فيها الخيار لاحد طرفي اتفاق التحكيم، ان يختار التحكيم أو القضاء لتسوية النزاع، حيث اعتبرت محكمة استئناف انجيز⁽⁵²⁾ angezs، ان هذا الشرط جائز ولا يخالف النظام العام، فقه التحكيم الليبي، يذهب إلى ان المحكمة في هذه الدعوى، لم تبحث البطلان لانعدام السبب، والتي يعتقد هو في الواقع مثل حالة انعدام السبب التي يجعل اتفاق التحكيم باطلاً، لأن السبب في اتفاق التحكيم، هو التزام كل طرف فيه باللجوء اليه وتسوية النزاع عن طريقه.⁽⁵³⁾

نحن نعتقد ان اتفاق التحكيم كأى تصرف قانوني، لا بد أن يحرك ارادة طرفيه سبب موجود وباعث مشروع يتجسد في الغرض أو الهدف الذى يقصد طرفا اتفاق التحكيم تحقيقه، لأن العدالة التى ينشد التحكيم تحقيقها، تتطلب وجود السبب، والفضيلة⁽⁵⁴⁾ تتطلب مشروعية الباعث الدافع لإبرام اتفاق التحكيم، ولذلك السبب الباعث يكون حاضراً بقوة في أى اتفاق للتحكيم.

نخلص إلى ان شروطاً موضوعية يجب توافرها في اتفاق التحكيم، الذي هو كأي تصرف قانوني لا بد له من ارادة واعية وصحيحة، مما يشترط ان تكون لها اهلية وألا تكون معيبة، ولا بد ان يرد التراضي على محل والدافع الباعث اليه مشروع، لكن اتفاق التحكيم علاوة على شروطه الموضوعية لا بد أن تفرغ في شكل حدده القانون.

ثانياً: الشروط الشكلية

لقد ولى الزمن الذي كانت فيه الشكلية هي السائدة في التعاقد، حيث أصبح مبدأ الرضائية يسود في القانون المعاصر، فالاصل العام في القانون الحديث، هو كفاية التراضي لانعقاد أي عقد، واستثناء احياناً يتطلب القانون شكلاً معيناً، لابرام الاتفاق العقدي (55)، ويعتقد فقه القانون المدني انه في القانون المعاصر « مازالت هناك للشكلية دور تلعبه » (56)، لكن هناك فرق واضح للشكلية في القوانين الحديثة، حيث تعتبر ((شكلية مرشدة)) (57)، لأنها ليست مقصودة لذاتها، بل للوصول إلى اهداف محددة، للحماية أو للتنبيه من مغبة التصرف القانوني وخطورته، بعكس الشكلية في موطنها الأول القانون الروماني، التي هي هدف في حد ذاتها، دون اعتبار للارادة، علاوة على ذلك فإن الشكلية في القانون المعاصر، مطلوبة مع الارادة فهي لا تقوم بدونها بل إلى جانبها، أما قديماً فالشكلية هي الاساس فلا يعقد عقد إلا بها.

ذلك ينطبق تماماً على اتفاق التحكيم، الذي لن يكون منتجاً لآثره، إلا اذا توافرت فيه نوعان من الشروط، أولها: الشروط الموضوعية التي عرضنا لها في الفقرة السابقة، والمطلوبة لانعقاد أي تصرف عقدي، أما النوع الثاني من الشروط فهي الشروط الشكلية، ذلك ان قوانين المرافعات، تشترط وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، لكنها تختلف في مدى هذا الشرط.

الكتابة هي الصورة الغالبة للشكل في القانون المعاصر (58) فبعض القوانين تعد الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم، حيث تنص على أنه « يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً » (59)، والبعض الاخر من التشريعات تعد كتابة اتفاق التحكيم شرطاً لاثباته لا لانعقاده، كما هو حال قانون المرافعات الليبي، الذي نص في م 742، على انه « لا تثبت مشاركة التحكيم بالكتابة » (60)، وفي تقدير فقه قانون المرافعات الليبي، كتابة اتفاق التحكيم هي لاثباته لا لانعقاده، ذلك لا يحتاج إلى أي تأويل او تفسير، وذلك في تقدير هذا الفقه هو مسلك اغلب قوانين المرافعات (61).

وفق قانون المرافعات الليبي، يعد شكل الكتابة في اتفاق التحكيم شرطاً لا لانعقاده بل لإثباته، لكن فقه التحكيم الليبي، يعتقد انه مع ذلك لكتابة اتفاق التحكيم اهمية عملية كبيرة، لأنها تجعل اتفاق التحكيم لا اثر له بدونها (62)، ذلك نلمسه في اكثر من موضع في القانون المدني أو غيره من فروع القانون الأخرى، كما عكسته م/550 م ل، بشأن عقد الصلح حيث « لا يثبت الصلح إلا بالكتابة»، وذلك هو مسلك قانون المرافعات المقارن، كما هو حال قانون المرافعات المصري والفرنسي (63)، ويبدو ذلك هو توجه قانون التجارة الدولية، حيث القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري واتفاقية نيويورك لسنة 1958م (64)، يشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.

في ضوء ما سبق يمكن القول: إن الكتابة تعد شرطاً ضرورياً ولازماً في اتفاق التحكيم، أياً كان مدنياً أو تجارياً، وطنياً أم دولياً (65)، وسواء كانت الكتابة شرطاً لانعقاده أم لإثباته، فالنتيجة واحدة، حيث يترتب على عدم وجودها من الناحية العملية، إن اتفاق التحكيم يتجرد من أى اثر قانوني، فلا يجوز التمسك به مالم يكن مكتوباً، كما لا يمكن اثباته بأية وسيلة أخرى، ونحن نعتقد صوابية ما ذهب اليه البعض من فقه التحكيم، إن حكمة دافعة للمشرع كانت وراء اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم، فالغاية تعود إلى منع قيام منازعات فرعية حوله، تعرقل دور المحكم في تسوية النزاع تحكيمياً، كما انه من ناحية أخرى تبدو أهمية الكتابة في اثبات صحة أي تعديل لاحق على أي بند أو شرط من شروط اتفاق التحكيم، خاصة اذا تعلق الأمر، بمدة التحكيم أو موضوعه أو سلطة المحكم ومداه أو الاجراءات الواجب مراعاتها أو اتباعها، فأى تعديل في تلك المسائل، يجب كتابته والتوقيع عليه، من طرف اتفاق التحكيم، حتى لا يكون محلاً لأي نزاع حوله (66).

القانون في اشتراطه الكتابة لاتفاق التحكيم، يعطى الكثير من المرونة تجاه هذا الشرط، (67)، فلا يهتم شكل الوثيقة التي كتب فيها اتفاق التحكيم، فقد تكون في مستند أو في رسائل متبادلة، برقيات أو تلكس أو غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة، حتى ولو كانت الكترونية كالاميل.

الكتابة أياً كانت لانعقاد اتفاق التحكيم أو لإثباته، هي شرط شكلي لا يقوم بدونها هذا الاتفاق، لكن ذلك لا يغفل شرط شكلي آخر نصت عليه م 743 من قانون المرافعات، يترتب على تخلفه بطلان اتفاق التحكيم حيث يجب « أن يحدد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم أو اثناء المرافعة وإلا كان التحكيم باطلاً ».

لكن السؤال ما الحكمة من اشتراط المشرع، تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم؟ يؤكد فقه قانون المرافعات الليبي، ان الحكمة يحددها مبتغى المشرع وغاياته، من تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم اذا كان وارداً في مشاركة تحكيم الذي هو حمل طرفي اتفاق التحكيم « على التروي قبل قبول التحكيم » (68)، وذلك من بين أهم اهداف الشكلية، بوجه عام التي تعطي المتعاقدين فرصة للتفكير والتروي، فلا يندفع أي منهما الى الارتباط باتفاق لا يحقق مصالحه أو يحيطه علماً بالأمر الذي هو مقدم عليه (69) نخلص إلى ان اتفاق التحكيم له شروط موضوعية، وهي ذات الشروط لأي اتفاق من تراضي ومحل وسبب، التي لا ينعقد أي عقد بدونها، لكن خصوصية اتفاق التحكيم تطلبت أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً، مما يعني ان الشروط الموضوعية لا تكفي وحدها بل تقف إلى جانبها وبجوارها شروط شكلية لا يكون هناك اتفاق تحكيم بدونها. واذا انعقد اتفاق التحكيم، فهو كأى عقد، انعقاده ليس غاية في حد ذاته، وانما لابد أن يرتب أثراً على طرفيه.

المطلب الثاني

أثار اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم هو عقد، يتمثل أثره فيما يفرضه على طرفيه من التزامات وما يكسبهما من حقوق، وغيرها من نتائج أو أثار قانونية، يمكن تحديدها وإمالة اللثام عنها، من خلال تحديد مضمون الاتفاق، الذي هو كأى عقد آخر له قوة ملزمة، مما يعني التقيد به من طرفيه ولا يجوز تعديله بالارادة المنفردة لاحدهما، كما يجب تنفيذه عملاً بقاعدة، العقد شريعة المتعاقدين م 1/147 م.ل، اتفاق التحكيم كأى عقد آخر، قوته الملزمة، ليست مطلقة، بل هي نسبية، من حيث الاشخاص، فهو لا يلزم غير طرفيه وخلفائهما، ولذلك القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، تنصرف إلى طرفيه انفسهما، لكنها قد تنصرف إلى خلفائهما، أما الغير وخلفه، فالمبدأ لا تنصرف إليه أثار العقد، الذي لا يكسبه حقاً ولا يحمله التزاماً، ذلك إن مبدأ نسبية الاثر الملزم للعقد، هو مبدأ عام، يطبق على جميع العقود، ولذلك فهو يطبق على اتفاق التحكيم، لكن هذا المبدأ في تقدير فقه التحكيم (70). لا يؤخذ على إطلاقه، ذلك ان بعض حالات التحكيم، تخرج عن نطاقه على سبيل الاستثناء، لذلك نبحت اولاً اثر اتفاق التحكيم على طرفيه وفق القواعد العامة، ثم نبحت ثانياً خصوصية اثر اتفاق التحكيم.

اولاً: نسبية اثر اتفاق التحكيم

وفقاً للمادة 145 من القانون المدني، ينصرف اثر اتفاق التحكيم، إلى طرفيه المتفقين على تسوية النزاع بينهما عن طريق التحكيم، ولذلك لا يكسب اتفاق التحكيم الغير حقاً ولا يحمله التزاماً، كما لا يملك غيرهما طلب ابطاله، مالم يكن لذلك الطلب صلة بالنظام العام (71).

وفق م 145 م ل، ينصرف اثر اتفاق التحكيم في مواجهة الخلف العام، وهم ورثة طرفي التحكيم، دون الاخلال بقواعد الميراث، لكن سريان اتفاق التحكيم على الخلف العام، مشروط بعدم منع الاتفاق أو القانون من سريانه عليهم، ذلك ما تنص عليه م 145 م ل، ومن المؤكد ان الورثة كخلف عام، لا يلتزمون باتفاق التحكيم، إلا في حدود التركة ونصيب كل منهم فيها، ذلك ما عبرت عنه م 145 صراحة ((بشرط عدم الاخلال بقواعد الميراث)).

ولذلك يسري أثر اتفاق التحكيم على طرفيه، سواء تم الاتفاق اصالة أو عن طريق النيابة، فكل وأرث لطرف اتفاق التحكيم هو خلف عام له، ويسري اتفاق التحكيم في مواجهته.

فالقاعدة ان اتفاق التحكيم يسرى في مواجهة الخلف العام لأي طرف من طرفي اتفاق التحكيم، فكل وارث لأي طرف من طرفي اتفاق التحكيم، يسري في مواجهته هذا الاتفاق، بشرط مراعاة قواعد الميراث وفق احكام الشريعة الاسلامية، فيما يكسبهم من حقوق، أما الالتزامات والديون والاعباء المالية الأخرى، فتسري عليها احكام الشريعة الاسلامية، التي تقضي لا تركة إلا بعد سداد الديوان.

إن الخلف العام أو الورثة لأي طرف من طرفي اتفاق التحكيم، ينصرف آثار هذا الاتفاق اليهم، فيما يتعلق بما يكسبهم من حقوق، أما الالتزامات أو الديون، فلا يسري اتفاق التحكيم في حق الخلف العام، إلا في حدود ما تلقاه من حقوق واموال، كما لا تنفذ وصية أي طرف في اتفاق التحكيم إلا في حدود الثلث، وفق ما تقضي به احكام الشريعة الاسلامية، ذلك ما قصده المشرع في م 145 م ل بما نص عليه فيها بقوله « دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث »

تلك هي القاعدة، أما الاستثناء، فلا يوجد ما يمنع طرفي اتفاق التحكيم، ان يضعوا شرطاً يمنع انصراف اثر الاتفاق إلى الورثة، ذلك ما تقضي به صراحة م 145 م ل، « ما يتبين من العقد »، عدم انصرف أثره إلى الورثة.

لكن تلك المادة تشير إلى استثناء آخر، وهو ان اتفاق التحكيم لا يسري في مواجهة الخلف العام الورثة، اذا اقتضت طبيعة التعامل عدم انصرافه اليهم، ومن ناحية ثالثة استثناء لا يسري، اثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام الورثة، اذا نهى القانون على ذلك، والقانون هنا يجب أن يؤخذ بمعناه الواسع، نص في القانون أو في اللائحة أو قرار تشريعي، اذا كان ذلك ما يمكن قوله عن الخلف العام، فهل يسري اتفاق التحكيم على الخلف الخاص؟

كما معرف الخلف الخاص، هو من يخلف السلف في مال معين بالذات، كالمشترى فهو خلف خاص للبائع في المبيع، ولقد حددت م 146 م ل، أحكام آثار انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص، ويؤكد فقه القانون المدني، ان الخلافة العامة أوسع من الخلافة الخاصة، والسبب لأن الخلف الخاص، لا يرتبط بسلفه الا فيما يتعلق، بالحق الذي تلقاه منه، أما عدا ذلك فيعد غيراً بالنسبة للعقود، التي ابرمها سلفه (72)، القاعدة إن الخلف الخاص، لا تتصرف اليه اثار العقود التي ابرمها سلفه، الا اذا كانت من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص وكان يعلم بها وقت انتقال الشئ اليه م 146 م ل، ذلك يعني ان التزامات السلف تنتقل الى الخلف الخاص في بعض الحالات، التي من بينها « الالتزامات الناشئة عن عقود تبادلية عقدها السلف، لأنها مقابل للحقوق التي انتقلت إلى الخلف الخاص بموجب هذه العقود » (73).

والسؤال هل يعد اتفاق التحكيم من العقود التبادلية التي يلزم بها الخلف الخاص ؟ يعتقد فقه التحكيم (74)، ان الخلف الخاص ملزم بمتابعة ما يفرضه اتفاق التحكيم من إجراءات، كما يلزم بالحكم الصادر عن المحكم، في النزاع الذي أحاله سلفه إلى التحكيم، فيكون الحكم الصادر بموجب اتفاق التحكيم الذي ابرمه سلفه حجة على الخلف الخاص، فهو والحال هذه من العقود التبادلية التي يلزم بها خلفه الخاص.

نخلص إلى انه وفقاً للقواعد العامة، الخاصة بنسبية الاثر الملزم للعقد، تطبق على اتفاق التحكيم، فلا يلزم غير عاقديه وينتقل اثره الى الخلف العام ورثة طرفي التحكيم، كما ينتقل إلى الخلف الخاص، لكن السؤال هل لاتفاق التحكيم خصوصية من حيث اثاره؟

ثانياً: خصوصية أثر اتفاق التحكيم

علاوة على ما تفرضه القواعد العامة من آثار على طرفي اتفاق التحكيم، وفق نسبية الاثر الملزم للعقد، فإن خصوصية أو ذاتية اتفاق التحكيم، تفرض آثاراً، لا نجدها في غيره من العقود، فهو يرتب أثرين على عاتق طرفيه، أحدهما سلبي والآخر ايجابي.

1 - الأثر السلبي

يتمثل الاثر السلبي لاتفاق التحكيم، وفق ما ذهب اليه فقه التحكيم (75) في « منع طرفيه من تسوية النزاع عن طريق القضاء »، الذي هو بحسب ما ذهب اليه محكمتنا العليا، صاحب الولاية العامة، ذلك يعني ان الاتفاق على التحكيم « يلغي مؤقتاً وجزئياً حق طرفيه في الالتجاء إلى المحاكم » (76)، وهذا ينسجم مع المفهوم اللغوي للتحكيم، الذي مصدره حُكْم، فيقال حُكِمَ الرجل، أي فوضت الحكم اليه (77).

التحكيم نوع من العدالة الخاصة، يجيزها القانون وينظم اوضاعها، عن طريقها تخرج بعض المنازعات من ولاية القضاء، ليتم تسويتها بواسطة افراد عاديين، يختارهم طرفا النزاع ويفوضونهم بتسويته بينهم (78)، والنتيجة الطبيعية لهذا الاتفاق، اصدار حكم في النزاع بين طرفيه، ولذلك فإن اتفاق التحكيم، ينشئ التزاماً متبادلاً على طرفيه، مفاده أو مضمونه، امتناعهما عن طرق باب القضاء ليتولى الفصل في النزاع بينهما، ويفصل فيه التحكيم بدلاً عنه، لذلك الاثر السلبي لاتفاق التحكيم، يمنح طرفيه دفعا، يسمى الدفع باتفاق التحكيم، هدفه اذا رفع أحد طرفيه النزاع إلى المحكمة المختصة اصلاً بنظره، فيحقق للطرف الآخر أن يتمسك باتفاق التحكيم، في صورة دفع يقدم للمحكمة المنظور أمامها النزاع، لمنعها من نظره، مما يجبر الطرف الآخر بتسوية النزاع عن طريق التحكيم، اعمالاً للاتفاق بينهما.

اتفاق التحكيم يعكس الرغبة المشتركة لطرفيه، ورفع احدهما النزاع للمحكمة، يعد تنازلاً منه وحده ولا يعكس رغبة الطرف الآخر، لذلك فهو له حق التمسك باتفاق التحكيم في شكل دفع يبيده أمام المحكمة، وهو وسيلة طرف التحكيم الذي دفع به للتمسك باتفاق التحكيم (79).

واذا كان للتحكيم أثر سلبي، فإنه يقابله أثر إيجابي.

2 - الأثر الإيجابي

هذا الاثر لا يمنع القضاء من نظر النزاع بسبب وجود اتفاق التحكيم، الذي على العكس يعطي دوراً إيجابياً للتحكيم وبواسطته أو عن طريقه يسوى النزاع ويحل بين طرفي اتفاق التحكيم، واعتماد الحكم الصادر فيه من المحكم، ومعاملته هو وحكم المحكمة المختصة على حد سواء، كأن حكم التحكيم قد صدر منها (80)، واذا ظهر من أحد طرفي التحكيم عدم الالتزام بتسوية النزاع عن طريق التحكيم، جاز للطرف الآخر إجباره عن

طريق القضاء، على تنفيذ اتفاق التحكيم وإلزامه به، ويتسلح بكل ما يمنحه له القانون من وسائل إجبار قانونية، تهدد الطرف الآخر وتجعله يتقيد باتفاق التحكيم، فهو عقد تحكمه قواعد الالتزام والإجبار التي يتيحها القانون المدني كافة⁽⁸¹⁾، ولذلك تطبق كل ما يمنحه القانون المدني من وسائل ضغط على المدين المماطل كالتهديد المالي الاتفاقي (أو الشرط الجزائي) والتهديد المالي القضائي (الغرامة التهديدية) وتظهر هنا أهمية، اقتران اتفاق التحكيم بشرط جزائي، ضد الطرف في اتفاق التحكيم الذي يماطل في تنفيذه⁽⁸²⁾.

إن الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم، يقضي إلى أن يلتزم طرفاه بتسوية النزاع بالتحكيم، ويلجأ إليه ويلزمان بكل الاجراءات لأن م 754 مرافعات نصت على ان يضع طرفا اتفاق التحكيم قواعد واجراءات التحكيم التي يلزم المحكمون بها، واذا غاب الاتفاق على الاجراءات يتولى المحكمون وضع الاجراءات التي يرونها مناسبة وإلا تنفذ الاجراءات والقواعد والمواعيد المطبقة أمام المحاكم، وإعمالاً لما تنص عليه هذه المادة على المحكمين ان يحكموا في النزاع خلال المدة التي حددها طرفا اتفاق التحكيم في اتفاقهم واذا خلا الاتفاق من ميعاد للحكم، يجب الحكم « في ظرف ثلاثة اشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم»، وللمحكمين، مد هذا الميعاد مرة واحدة، على ألا تزيد عن ثلاثة اشهر.

من الناحية العملية رغم وجود اتفاق التحكيم، فقد يلجأ أحد طرفيه إلى القضاء، هنا يكون للطرف الآخر الدفع بوجود اتفاق التحكيم، شرط أم مشاركة، فما طبيعة هذا الدفع؟

ج - طبيعة الدفع باتفاق التحكيم

الدفع في قانون المرافعات انواع مختلفة، بعضها موضوعية وأخرى إجرائية وثالثة دفع بعدم القبول، ولكل منها احكامها التي تنسجم مع طبيعتها الخاصة، واذا لجأ أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى المحكمة، فما هي طبيعة الدفع الذي يدفع الطرف الآخر دعوى خصمه؟

من المؤكد ان هذا الدفع لن يكون دفعاً موضوعياً، يسمى موضوع الدعوى، واذا كان الامر كذلك، فهل هو دفع بعدم الاختصاص أم بعدم القبول؟

والسؤال المشروع ما ضابط التفرقة بين الدفعين؟

سواء في الدفع بعدم القبول أم الدفع بعدم الاختصاص، يطلب المتمسك با حدهما، من المحكمة عدم الفصل في الدعوى، فقط في الدفع بعدم الاختصاص، ينكر المتمسك به على

المحكمة عدم اختصاصها ولائياً بنظرها، أما في الدفع بعدم القبول فينكر سلطة المحكمة في سماع الدعوى (83)

محاولة الفقه والقضاء تحديد طبيعة الدفع باتفاق التحكيم، دفعتهما إلى الاختلاف، ويجد الباحث مذهبين مختلفين، فهناك من يذهب إلى أن هذا الدفع هو دفع بعدم الاختصاص والبعض الآخر يعتقد أنه دفع بعدم القبول.

الاختصاص وفق قانون المرافعات، يعكس ولاية القضاء وسلطته بموجب القانون في خصومة معينة، ويقابله عدم الاختصاص الذي يتجسد في فقدان هذه السلطة (84)، ومن المعلوم أن قانون المرافعات، تكفل بتحديد اختصاص كل درجة من درجات التقاضي، سواء كان هذا الاختصاص ولائياً أو نوعياً أو محلياً، وإذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ولائياً بنظرها فينشئ عن ذلك دفع بعدم الاختصاص، ولذلك الدفع بعدم الاختصاص يكون سببه عندما يرتكب الخصم مخالفة لقواعد الاختصاص كما حددها قانون المرافعات، ويتمثل ذلك في رفع الدعوى إلى محكمة لا تختص بنظرها لأنها تدخل في اختصاص محكمة أخرى، وقد ينشأ الدفع بعدم الاختصاص، إذا كانت تختص ينظر الموضوع لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي، كما نصت على ذلك م 44 من قانون الضمان الاجتماعي رقم 13/1980 م (85) لكن أياً كانت المحكمة فهناك شروط لقبول الدعوى أمام المحكمة المختصة، وإذا تخلفت هذه الشروط لقبول الدعوى أمام المحكمة المختصة، فيمنع على المحكمة قبولها وينشأ عن ذلك دفع بعدم القبول.

ولقد توصل من أعد رسالة حول الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، إلى أن الاختلاف حول طبيعة الدفع بالتحكيم، ليس اختلافاً نظرياً، بل هناك نتائج عملية تترتب على نوعية الدفع، سواء من حيث القواعد الاجرائية أو من حيث وقته أو حجية الحكم الصادر به وكيفيه الطعن فيه (86).

هناك من يذهب إلى أن الدفع باتفاق التحكيم، هو دفع بعدم الاختصاص لأن وجوده ينكر اختصاص للمحاكم بنظر الدعوى (87)، فالمحكمة التي تنظر النزاع الذي اتفق على تسويته بالتحكيم، هي غير مختصة، لأن الاختصاص معقود لهيئة التحكيم، فاتفاق التحكيم يسلب اختصاص المحكمة بنظره، لكن الدفع بعدم الاختصاص، يشترط فيه أن يزيل اختصاص المحكمة بنظره، وذلك يخالف الواقع فالمحكمة تظل مختصة رغم وجود اتفاق التحكيم (88).

الجدير بالذكر إن هذا التوجه وجد طريقه إلى تشريعات بعض الدول، كقانون المرافعات الفرنسي، وفق ما نصت عليه م 1458 / (89) وبعض القوانين العربية مثل قانون المرافعات الكويتي، حيث نصت م 5/173، أن الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص (90). لكن القول بأن الدفع باتفاق التحكيم، هو دفع بعدم الاختصاص، يفشل في تحديد نوع الاختصاص هل هو ولائى أم نوعي أو محلي؟، علاوة على أن الاتفاق على التحكيم، لا يقصي القضاء بشكل تام عن نظر بعض المسائل ذات الصلة بالنزاع المعروض على التحكيم (91)، ومن ناحية أخرى فإن المحكمة لولا اتفاق التحكيم هي مختصة بنظر النزاع، لكن هذا الاتفاق يمنع المحكمة من قبول الدعوى فقط.

الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم القبول:-

ذهب جانب من الفقه إلى أن، اتفاق التحكيم بموجبه يتنازل الخصم عن حقه في التقاضي أمام المحاكم، ويلجأ بإرادته الحرة إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم، وبذلك تكون المحكمة فقدت ((شرطاً من شروط قبولها)) (92)

يعتقد فقه قانون المرافعات، أن هذا التكييف هو الرأي السائد والاكثر قبولاً عند الفقه والقضاء (93)، لأن شرط التحكيم، لا يمس الشروط الشكلية المعنية بتوزيع الاختصاص، وإنما هو يمس قدرة الخصم في انتهاج طريق الدعوى أمام المحاكم، ولذلك فهو ينشئ عائقاً مؤقتاً، يمنع المحكمة من التصدي للدعوى، بالاتفاق على تسوية النزاع بالتحكيم والرجوع عنه بوجوب اللجوء إلى المحكمة المختصة (94).

هذا التكييف، لا يقتصر على الفقه، بل إن المشرع في بعض الدول اعتقه، سواء في قانون التحكيم أو في قانون المرافعات، من ذلك ما نصت عليه م 2/13 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27، كما تبنت هذا التكييف بعض قوانين المرافعات (95) ولقد سايرت أحكام بعض المحاكم هذا التكييف وتبنته واعتبرته، « الراجح في الفقه والقضاء وأنه لا يعد دفعاً موضوعياً وإنما هو دفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم » (96).

رغم أن هذا التكييف هو الاكثر قبولاً، إلا أنه لم يسلم من النقد، فمن ناحية الاتفاق على التحكيم، لا يمس الحق في الدعوى وإنما ينظم وسيلة استخدامه، ولذلك فالدعوى تستمر مقبولة، رغم الاتفاق على التحكيم، كما أن الدفع باتفاق التحكيم يجب أن يكون قبل الموضوع ولايسقط الحق بالتمسك به، الأمر الذي يدخله في طائفة الدفع الشكلية، كما أن شروط قبول الدعوى، ليس من بينها اتفاق التحكيم (97).

ونظراً للانتقادات التي وجهت إلى التوجهين السابقين، برز توجه ثالث، وكيف الدفع باتفاق التحكيم باعتباره دعواً ببطلان المطالبة القضائية، لأن صحيفه الدعوى لا تكون محلاً لهذه المطالبة (98)، فالدفع باتفاق التحكيم ليس إلا دعواً ببطلان الإجراء الافتتاحي، فينصب على عنصر المحل في المطالبة القضائية.

لكن هذا التكييف رغم ما بذله أصحابه من جهد لتبريره، لم يسلم من الانتقاد، فمن ناحية البطلان في الاصل جزاء يلحق العمل القانوني المعيب لمخالفته القانون، ويفضى إلى عدم ترتب أي أثر عليه حتى لو تم صحيحاً (99)، ومن ناحية أخرى الدفع باتفاق التحكيم لا يتعلق بالمطالبة بالقضائية، لأنه أمر خارج عن صحيفة الدعوى، فقد يوجد بعد تقديمها، كما ان الدفع باتفاق التحكيم، ليس دعواً بالبطلان، بسبب أن البطلان يكون بنص القانون (100).

من بحث في الدفع باتفاق التحكيم، توصل إلى حقيقة، مفادها أنه من الصعوبة أن يكيف هذا الدفع، تكييفاً يخلو من النقد، ولذلك برزت آراء جديدة، تحاول تلافي الانتقادات التي وجهت إلى الآراء السابقة جميعها، وتحاول أن تجمع بين الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم القبول، فالدفع باتفاق التحكيم، هو دفع بتعطيل الاختصاص، فهو يقترب من الدفع بعدم الاختصاص، كما أنه يمنع المحكمة من التصدي للنزاع الذي اتفق على تسويته بالتحكيم، وبذلك ينتهي هذا الرأي إلى ما انتهى إليه القائلون بأن الدفع باتفاق التحكيم، هو دفع بعدم القبول، لكن من تأمل في هذا الرأي، انتهى إلى انه يزيد المشكلة تعقيداً، فقانون المرافعات لا يعرف تعطيل الاختصاص، ولذلك فهو دفع مستقل والمحكمة عندما تتصدى له، لا تحكم بعدم الاختصاص ولا بعدم القبول، بل هي في الواقع تقوم بعملين، أولهما الامتناع عن نظر النزاع حول موضوع اتفاق التحكيم، وذلك عمل سلبي، لكنها تقوم في الوقت بعمل إيجابي، وهو توجيه الخصوم إلى قضاء التحكيم، ويجد هذا الرأي دعماً له في الاتفاقيات الدولية، التي تلزم المحكمة التي يدفع أمامها باتفاق التحكيم، إحالة الخصوم إلى التحكيم المتفق على اختصاصه بتسوية النزاع (101).

في الواقع هذا الرأي حاول ان يجمع بين الآراء التي قبلت تجاه طبيعة الدفع باتفاق التحكيم، ولقد توصل من بحث في طبيعة هذا الدفع، إلى انه لا يمكن إدخاله بشكل تلقائي في أية طائفة من الدفوع، دون أن يوجه له انتقاد واستثناءات في بعض آثاره (102).

نخلص إلى أن اتفاق التحكيم هو عقد يرتب آثاراً وفق القواعد العامة، لكن ذاتية وخصوصية اتفاق التحكيم، تجعل له أثرين احدهما سلبي ولآخر ايجابي، كما ان هذا الاتفاق ينشئ دعواً اختلف في تكييفه وتحديد طبيعته، لكن من الصعب إدخاله في واحد من الدفوع المعروفة.

اتفاق التحكيم أياً كان شكله شرط أم مشاركة، وأياً كان أثره، فهو كأبي عقد آخر لا بد أن يزول وينحل وينقضي.

المطلب الثالث

انقضاء اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم لا ينعقد كما رأينا، إلا إذا توافرت له اركان انعقاده، وعلاوة على ذلك لا بد أن يستوفي شروط صحته، وإذا حدث خلل في تكوين الاتفاق فيكون الجزاء هو البطلان، لكن العقد قد يزول وينحل ليس لسبب يعود الى خلل في تكوينه، بل إلى عطب في تنفيذه، إذا لم ينفذ احد طرفيه هذا الاتفاق وهنا نكون أمام جزاء مدني آخر وهو الفسخ، وذلك ينطبق على اتفاق التحكيم، فيفسخ الاتفاق اذا لم ينفذه أحد طرفيه، فالسبب يعود إلى خطأ احد الطرفين، كما ينحل الاتفاق اذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي، وهنا نكون أمام حالة انفساخ للاتفاق، وقد يعود انحلال اتفاق التحكيم الى ارادة طرفيه المشتركة، بالتقاييل أو التفاسخ.

في ضوء ما سبق فإن اتفاق التحكيم ينقضي لخلل في تكوينه (أ) كما ينقضي اتفاق التحكيم بتنفيذ كل طرف ما عليه من التزام (ب)، كما ينقضي اتفاق التحكيم بعدم تنفيذه (ج).

1 - انقضاء اتفاق التحكيم لخلل في تكوينه

ينقضي اتفاق التحكيم ببطلانه، إذا حدث خلل في واحد أو أكثر من أركانه، من رضاء ومحل وسبب (103) وايضاً اذا تخلف شرط الكتابة، كما يبطل اتفاق التحكيم اذا كان محله مخالفاً للنظام العام والاداب أو وروده على مسألة من مسائل الاحوال الشخصية، ويبطل اتفاق التحكيم اذا كان موضوع النزاع الذي يسوى عن طريق التحكيم، غامضاً أو ذا جهالة (104).

ويكون اتفاق التحكيم قابلاً للإبطال، اذا وقع أي طرف من طرفي اتفاق التحكيم في غلط أو كان ضحية تدليس أو ابرمه تحت ضغط الإكراه، او اذا ابرمه ناقص الاهلية، أما اذا كان عديم اهلية فيعقد اتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً ولقد نص قانون المرافعات على حالة خاصة تتعلق ببطلان التحكيم لا لسبب يعود لانعقاده بل لأن المحكم كان قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنيه أو مفلساً لم يرد اليه اعتباره ذلك ماتقضي به م 741 من ذلك القانون.

2 - انقضاء اتفاق التحكيم بتنفيذه

المصير الطبيعي لأي عقد أو اتفاق هو تنفيذه، وينقضي الاتفاق اذا حقق هدفه وانجز

الغرض الذى ابرم من اجله، وغرض اتفاق التحكيم وهدفه هو تسوية النزاع عن طريق التحكيم، واذ حدث ذلك، يكون اتفاق التحكيم قد تم تنفيذه، فاذا صدر حكم من المحكم أو هيئة التحكيم فاصلاً في موضوع النزاع، تلك هي النتيجة الطبيعية لاتفاق التحكيم، لأن هدف اتفاق التحكيم، هو صدور حكم يفصل في النزاع أو الخصومة بينهما، بمراعاة احكام المادتين 756 و760 من قانون المرافعات، واذ التزم حكم المحكم بهما يكون حكماً واجب النفاذ بعد أمر يصدره قاضي الامور الوقتية بالمحكمة التي أودع اصل الحكم قلم كتابها وفق ما نصت عليه م 763 مرافعات.

لا يمكن تنفيذ حكم المحكم إلا اذا اصدر الحكم المنهي للخصومة أو النزاع خلال الميعاد، الذى اتفق عليه طرفا التحكيم اذا حدا ميعاداً أما اذا لم يحددا ميعاداً فإن م 752 مرافعات أوجبت على المحكم أن يصدر حكمه في « ظرف ثلاثة اشهر من تاريخ قبوله للتحكيم»، واذ كان المحكمون أكثر من واحد ولم يقبلوا التحكيم في وقت واحد، يبدأ ميعاد الثلاثة اشهر من « يوم قبول آخر واحد منهم »، وللمحكمن مد الميعاد مرة واحدة بشرط «ألا يزيد الامتداد على ثلاثة اشهر» م 752. وعدم مراعاة ميعاد التحكيم أو تجاوزه يجعل التحكيم لا جدوى منه (105).

لكن هل ينقضي اتفاق التحكيم بعدم تنفيذه؟

ج - انقضاء اتفاق التحكيم بعدم تنفيذه

اتفاق التحكيم كأى عقد آخر لا ينفذ، أما لسبب يعود إلى خطأ من أحد طرفيه أو لاستحالة تنفيذه، أو لاتفاق طرفيه على إنهائه.

يؤكد الفقه على ان اتفاق التحكيم هو عقد ملزم للجانبين، أي انه يرتب التزامات متقابلة، مما يعني أن كل طرف فيه يتمتع عليه اللجوء إلى القضاء لتسوية النزاع، المتفق على حله بالتحكيم، لكن السؤال ما الجزاء على عدم قيام طرف التحكيم بذلك؟

يؤكد فقه قانون المرافعات (106) على انه، اذا تلكأ أحد طرفي الاتفاق على تنفيذه، فيمكن للطرف الآخر إجباره بواسطة القضاء، على تنفيذ اتفاق التحكيم بعرض النزاع على هيئة التحكيم، أي مطالبته بتنفيذ الاتفاق، وعرض النزاع على التحكيم، لكن م 159 م ل، اعطته خياراً آخر غير المطالبة بتنفيذ اتفاق التحكيم، وهو الفسخ، مع التعويض في الحاليتين ان كان له مبرر، بل يجوز للقاضي أن يمنحه أجلاً، اذا اقتضت الظروف ذلك، كما

يجوز له رفض الفسخ، وتلك سلطة تقديرية اعطاها المشرع للقاضي. والسؤال هل يمكن للطرف الذي لم ينفذ اتفاق التحكيم بالنسبة له أن يطالب بالفسخ؟ يؤكد فقه القانون المدني على ان الفسخ فيه معنى الجزاء (107) ولذلك لا يكفي أن يكون أحد طرفي اتفاق التحكيم لم ينفذ التزامه بعرض النزاع على التحكيم، بل يجب أن يكون ذلك راجعاً الى خطئه.

لكن خصوصية التحكيم تجعلنا نعتقد انه لا فائدة من الفسخ لسبب بسيط، وهو انه سيؤدي إلى انحلال الاتفاق، وذلك لا يخدم هدف الطرفين اللذين يرغبان تسوية النزاع عن طريق التحكيم، واعتبار حكم المحكم كأنه صدر عن المحكمة المختصة بنظر النزاع، ولذلك نعتقد أنه من الأفضل تنفيذ اتفاق التحكيم لا فسخه، مالم يكن هناك استحالة في التنفيذ، والتي نعتقد انها تؤدي إلى انقضاء اتفاق التحكيم، كحالة القوة القاهرة أو إذا توفى أحد طرفي اتفاق التحكيم (108)، لكن اتفاق التحكيم قد لا ينقضي بسبب عدم تنفيذه بخطأ أحد طرفيه أو لاستحالة التنفيذ، بل قد ينقضي باتفاق طرفيه.

قلنا لا يتكون اتفاق التحكيم إلا بإرادة طرفيه، هذه الإرادة كما انشأت الاتفاق يحق لها أن تنتهي، فهل تكون هذه الإرادة صريحة؟

يؤكد فقه التحكيم على أن إرادة إنهاء الاتفاق قد تكون صريحة أو ضمنية (109)، فقد يعبر طرفا الاتفاق بشكل صريح عن الرغبة في إنهائه بأية صورة كانت، سواء في اتفاق لاحق أو بموجب مراسلات بين الطرفين أو عن طريق انذار عن طريق محضر، المهم ان تكشف الوسيلة عن تعبير ارادة طرفي التحكيم في الرغبة المؤكدة لانهائه.

انقضاء التحكيم بإرادة الطرفين، قد يكون ضمناً، كأن يلجأ احدهما إلى المحكمة المختصة للنظر في تسوية النزاع ويحضر الطرف الآخر بعد اعلانه بالدعوى، ولم يدفع بوجود اتفاق التحكيم الذي هو ذات موضوع الدعوى، بل على العكس قام بتقديم دفع موضوعية أمام المحكمة، مما يعد تنازلاً ضمناً عن اتفاق التحكيم، ذلك إذا كانت الدعوى موضوع اتفاق التحكيم، منظورة امام غير القضاء المستعجل، فاذا كانت الدعوى أمام القضاء المستعجل بحسب فقه التحكيم (110) الذي يعتقد ولاعتقاد ما يبرره، ان نظر الدعوى أمام القضاء المستعجل والرد على الطلبات أمامها، لا يعد تنازلاً عن شرط التحكيم، والحجة ان اتفاق التحكيم لا يمنع القضاء المستعجل حق النظر في موضوع اتفاق التحكيم، مالم يتفق طرفاه على منح المحكم وحده سلطة القضاء المستعجل

الخلاصة

اتفاق التحكيم تطبق عليه الشروط الموضوعية وفق القواعد العامة، فلا بد من الرضاء والمحل والسبب، لكن خصوصية هذا الاتفاق تطلبت أن يكون مكتوباً، ذلك يؤكد ان لهذا الاتفاق شروطاً موضوعية وأخرى شكلية، ويرتب هذا الاتفاق آثاراً على طرفيه، وفق ما تقضي به القواعد العامة، الا ان ذاتيته وخصوصيته جعلت اثرين له احدهما سلبي والآخر إيجابي، واعطى هذا الاتفاق لطرفيه دفعا، اختلف حول تكييفه، مما يعني انه من الصعب ادخاله في واحد من الدفع المعروفة.

وينقضي اتفاق التحكيم لخلل في تكوينه وانعقاده بالبطلان، كما ينقضي اذا حقق هدفه وتم تنفيذه بتسوية النزاع عن طريق التحكيم، وينقضي لعدم تنفيذه بالانفساخ لا استحالة التنفيذ أو بالفسخ بسبب عدم التنفيذ لخطأ قام به أحد طرفيه، وان كانت خصوصيته تجعلنا نعتقد لا فائدة من الفسخ، لأنه سيؤدي إلى انحلاله، فالأفضل تنفيذه بتحقيق هدفه وتسوية النزاع عن طريق التحكيم، مالم تكن هناك استحالة في التنفيذ، وينحل اتفاق التحكيم بإرادة طرفيه، لأنه كما يتفقان على تكوينه بداية، قد يتفقان على انحلاله انتهاء.

الهوامش

- 1 - أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري، ط 5، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 26.
- 2 - ط م 711 / 51 ق جلسة 2007/3/26م، مجموعة احكام المحكمة العليا، القضاء المدني، ج2، 2007، ص 861.
- 3 - حسين عبدالعزيز النجار: البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية والتجارية، رسالة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، المغرب، ط 1، بدون ناشر، الدار البيضاء، 2014، ص 38.
- 4 - استاذنا أحمد ابوزقية : دراسات في المرافعات الداخلية والدولية، مجلس الثقافة العام، سرت، 2008، ص 22.
- 5 - استاذنا احمد أبوزقية : اوراق في التحكيم، منشورات جامعة قاريونس، ط 1، 2003، ص 14.
- 6 - انظر الآيتين 35 - 65 من سورة النساء، وحول معرفة العرب للتحكيم انظر صوي في ابوطالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة - العربية، القاهرة، 1986، ص 203.
- 7 - أحمد ابو الوفاء: المرجع السابق، ص 16.
- 8 - عبدالرحيم رضاعي: التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، ط1، دار السلام للنشر، الرباط، 2010، ص 9
- 9 - ابراهيم جوهر: الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية منشورات دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2009، ص 114 - استاذنا : ابوزقية، اوراق في التحكيم، ص 37 - 39.

- 10 - جوهر : الرسالة السابقة، ص 100
- 11 - النجار: الرسالة السابقة، ص 106 .
- 12 - استاذنا الكوني اعبودة: قانون علم القضاء، ط 2، المركز القومي للبحوث، طرابلس، 1998، ص 279.
- 13 - ابراهيم الدسوقي ابو الليل: نظرية الالتزام - المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة، منشورات جامعة الكويت، 1995، بند 81 ص 83.
- 14 - زضاكي: المرجع السابق، ص 25.
- 15 - ابو الليل: المرجع السابق، بند 82 ص 85.
- 16 - المحكمة العليا، ط م 22/63 ق جلسة 1977/3/6، مجلة المحكمة العليا، س 14، ع 1، ص 152 .
- 17 - محكمة التمييز الاردنية، قرار رقم 305، 1973، منشورات مركز عدالة، مشار اليه في جوهر، الرسالة السابقة، هامش 1 ص 114 .
- 18 - استاذنا ابوزقية : اوراق في التحكيم، المرجع السابق، ص 40.
- 19 - ابو الوفاء: المرجع السابق، ص 28
- 20 - زضاكي : المرجع السابق، ص 20.
- 21 - استاذنا ابوزقية: اوراق في التحكيم، ص 40
- 22 - مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 2، مطبعة دار الكتاب العربي، بدون تاريخ، ص 15 .
- 23 - انظر القانون، ج ر، ع 36، س 30، ص 1249 - وانظر الدراسة الهامة حول هذا القانون للزميل العزيز محمد على البدوي : اضواء على الولاية على المال، لمناسبة صدور القانون رقم 1992/17، بشأن القاصرين ومن في حكمهم، مجلة القانون كلية القانون، جامعة طرابلس، المجلد الأول، س 1، 2003، ص 3
- 24 - استاذنا اعبودة: المراجع السابق، ص 280،
- 25 - جوهر: الرسالة السابقة، ص 115 .
- 26 - استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 43
- 27 - النجار: الرسالة السابقة، ص 124 - وانظر قانون النشاط التجاري الليبي رقم 2010/23، مدونة التشريعات، ع خاص س 10، ص 2010.
- 28 - قرب هذا المعنى: ابو الوفاء، المرجع السابق، ص 69
- 29 - استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 47 - وانظر عكس ذلك ابو الوفاء، ص 69 .
- 30 - استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 47
- 31 - المحكمة العليا، ط م 51/711 ق جلسة 2007/3/26، مجموعة احكام المحكمة العليا، القضاء المدني، ج 2، المرجع السابق، ص 861.
- 32 - حول ذلك استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 280 - النجار الرسالة السابقة، ص 124 .
- 33 - استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 42.
- 34 - حول هذا الحكم والتعليق عليه انظر زضاكي، المرجع السابق، ص 27.
- 35 - حكم محكمة النقض الفرنسية في 14/7/1964م، منشور في مجلة التحكيم الفرنسية، 1964، ص 125، مشار اليه في استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، هامش (1) ص 42.
- 36 - استاذنا اعبودة: المرجع السابق، ص 280.
- 37 - استاذنا اعبودة: المرجع السابق، ص 281 - استاذنا ابوزقية، المراجع السابق، ص 50، وحول علاقة اتفاق

- التحكيم بالنظام العام انظر محمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم، مجلة الأمن والقانون، اكااديمية الشرطة دبي، س 13، ع 2، 2005، ص 138.
- 38 - ط م 50 / 314 ق جلسة 2006/3/26، مجلة المحكمة العليا، س 41، ع 2، ص 92.
- 39 - ط م 23 / 89 ق جلسة 1977/12/25م، مجلة المحكمة العليا، س 14، ع 3، ص 180.
- 40 - ابو الوفاء، المرجع السابق، بند 29 ص 73.
- 41 - استاذنا اعبودة: المرجع السابق، نفس الموضوع - استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 49 - 50.
- 42 - مجموعة الاعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص 216.
- 43 - النجار: الرسالة السابقة، ص 131.
- 44 - استاذنا ابوزقية: أوراق في التحكيم: المراجع السابق، ص 37.
- 45 - النجار: الرسالة السابقة، ص 103 - رضاكي: المرجع السابق، ص 46.
- 46 - النجار: الرسالة السابقة، نفس الموضوع.
- 47 - ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 29 ص 112، والمشاركة قد تسمى أحياناً وثيقة التحكيم وفي احيان أخرى عقد التحكيم في ذلك انظر استاذنا اعبودة: المرجع السابق ص 279.
- 48 - النجار، الرسالة السابقة، ص 132.
- 49 - استاذنا: اعبودة، المرجع السابق، ص 280.
- 50 - استاذنا ابوزقية، أوراق في التحكيم، ص 47.
- 51 - استاذنا نبيل ابراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام - المصادر - الجامعية الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 222.
- 52 - انظر الحكم في 1972/9/25م، منشور في مجلة التحكيم الفرنسية، 1973، ص 164 - مشار اليه في استاذنا ابوزقية، أوراق في التحكيم، هامش (1) ص 47.
- 53 - استاذنا ابوزقيه، أوراق في التحكيم، ص 48.
- 54 - ابو الليل: المرجع السابق، بند 266 ص 217.
- 55 - ابو الليل: المرجع السابق، بند 177 ص 153.
- 56 - استاذنا، سعد، المرجع السابق، ص 64.
- 57 - استاذنا: سعد: نفس الموضوع
- 58 - ابو الليل: المرجع السابق، بند 52 ص 59.
- 59 - تعكس هذا الاتجاه بعض قوانين التحكيم الحديثة كقانوني التحكيم المصري والاردني حول ذلك انظر جوهر: الرسالة السابقة، ص 115.
- 60 - ذلك هو مسلك بعض قوانين المرافعات، كما هو الحال في قانون المرافعات المصري م 501 وقانون المرافعات البحريني م 233 وقانون المرافعات الاماراتي م 2/203 وقانون المرافعات الكويتي م 173 حول ذلك انظر جوهر: الرسالة السابقة، هامش 4 ص 115
- 61 - استاذنا اعبودة: المرجع السابق، ص 283 - والجدير بالذكر ان بعض القوانين الوطنية لا تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم كالقانون الالماني والسويدي والدنماركي، حول هذا المسلك انظر النجار: الرسالة السابقة، ص 134.

- 62 - استاذنا ابوزقية: اوراق في التحكيم، ص 38
- 63 - حول ذلك انظر استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 283.
- 64 - رضاكي: المرجع السابق، ص 451
- 65 - النجار : الرسالة السابقة، ص 133 .
- 66 - النجار : الرسالة السابقة، ص 133 - 134
- 67 - جوهر: الرسالة السابقة، ص 116 .
- 68 - أستاذنا اعبودة: المرجع السابق، ص 283
- 69 - ابو الليل: المرجع السابق، بند 52 ص 60.
- 70 - رضاكي : المرجع السابق، ص 57.
- 71 - ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 54 ص 139 .
- 72 - ابو الليل: المرجع السابق، بند 293 ص 319.
- 73 - انور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام دار النهضة العربية، بيروت، 1983، بند 224 ص 200.
- 74 - ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 58 ص 142
- 75 - جوهر: الرسالة السابقة، ص 125 - 126 ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 42 ص 119.
- 76 - استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 283.
- 77 - ابن منظور لسان العرب، ج 12، دار صادر، بيروت، ص 143 .
- 78 - جوهر: الرسالة السابقة، ص 80.
- 79 - محمود السيد عمر: الوسيلة الفنية لأعمال الاثر السلبي للاتفاق على التحكيم، منشأة المعارف الاسكندرية، 2003، ص 199
- 80 - ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 42 ص 120
- 81 - استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 284 - جوهر، الرسالة السابقة، ص 125 .
- 82 - رضاكي: المرجع السابق، ص 55.
- 83 - ابو الوفاء: المرجع السابق، بند 44 ص 122
- 84 - ابو الوفاء: المرجع السابق، نفس الموضوع
- 85 - انظر القانون ج ر، س 18، ع 11، 1980 .
- 86 - جوهر: الرسالة السابقة، ص 132
- 87 - من انصار عدم الاختصاص لأن وجوده ينكر اختصاص المحاكم ينظر الدعوى محمود مصطفى يونس، البحث السابق، ص 86.
- 88 - استاذنا اعبودة: المرجع السابق، ص 285.
- 89 - حول التشريعات التي تبنت هذا المذهب انظر جوهر: الرسالة السابقة، ص 134 - 135
- 90 - أحمد ابو الوفاء: التحكيم في القوانين العربية، خاصة القانون الكويتي، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون التاريخ ص 23.
- 91 - جوهر: الرسالة السابقة، ص 138 - 139
- 92 - ابو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، بند 45 ص 125، ابو الوفاء، الدفع بشرط التحكيم هل هو دفع بعدم الاختصاص أو دفع بعدم القبول، مجلة المحاماة المصرية، س 41، ع 3، ص 385

- نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1981، ص 221. وفي الفقه الاردني: انظر المراجع التي اشار اليها جوهر: الرسالة السابقة، هامش (1) ص 141.
- 93 - استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 285
- 94 - ابو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري هامش (2) ص 126.
- 95 - انظر قانون المرافعات البحريني، جوهر، الرسالة السابقة، ص 142.
- 96 - انظر ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية، ط رقم 42/9 ق جلسة 1976/1/6 م - وحكم محكمة التمييز الاردنية، قرار رقم 1980/384 م والقرار رقم 1981/135 م وانظر قرارها رقم 1995 / 1618 - 1996 م منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية، عمان، الموقع <http://www.Adaleh.INF/hom>
- 97 - في هذه الانتقادات وغيرها جوهر: الرسالة السابقة، ص 145 - 146
- 98 - مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص 522.
- 99 - النجار: الرسالة السابقة، ص 169.
- 100 - جوهر: الرسالة السابقة، 150 - 151
- 101 - أحمد عبدالكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 506.
- 102 - جوهر: الرسالة السابقة، ص 157.
- 103 - رضاكي: المرجع السابق، ص 124.
- 104 - جوهر: الرسالة السابقة، ص 119.
- 105 - مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال: المرجع السابق، ص 562
- 106 - استاذنا اعبودة، المرجع السابق، ص 284
- 107 - استاذنا سعد : المصادر، المرجع السابق ص 310
- 108 - ابو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، بند 62 ص 148.
- 109 - مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال: المرجع السابق ص 560
- 110 - ابو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، بند 62 ص 148.