JASPSS
مجلة المجتمع العربي لنشر الدراسات العلمية
ISSN: 2958-6798
الإصدار رقم (44)
2024-3-18
https://jaspss.com

بحث بعنوان

"مشارطة التحكيم والتحكيم بالإحالة: دراسة وصفية تحليلية لطبيعة اتفاق التحكيم كعقد رضائي"

اعداد

رلى محمد سليمان رواشده

ملخص الدراسة

إن اتفاق التحكيم كسائر العقود هو عقد رضائي يتم بتطابق الإيجاب والقبول، وذلك في جميع المسائل المتعلقة بالعقد، بما في ذلك الاتفاق على شروط التحكيم وعليه إذا كان اتفاق التحكيم تبعاً لوثيقة يفرغ فيها الأطراف إرادتهم المشتركة حول اللجوء إلى التحكيم، وكذلك فإنَّ مشارطة التحكيم لا تمنع من وجود فارق جوهري بينما يتمثل في أن شرط التحكيم يتعلق بنزاع قبل الحدوث في المستقبل، فهو سابق على النزاع الذي قد يقع ولا يقع، أما مشارطة التحكيم فهو اتفاق يتعلق بنزاع وقع فعلاً، وقد استخدمنا في دراستنا هذه المنهج الوصفي التحليلي في بيان ماهية مشارطة التحكيم والتحكيم بالإحالة.

الكلمات المفتاحية: مفهوم مشارطة التحكيم، خصائصه، عناصره، آلية تطبيقه.

Abstract:

Arbitration agreement, like other contracts, is a voluntary contract formed by the meeting of minds through offer and acceptance, encompassing all matters related to the contract, including the agreement on arbitration terms. If the arbitration agreement is embodied in a document where the parties express their joint will be regarding resorting to arbitration, it signifies their mutual intent. Additionally, arbitration by appointment does not preclude a significant distinction from arbitration by reference, as the former concerns a dispute anticipated before its occurrence, preceding the dispute that may or may not happen. On the other hand, arbitration by reference pertains to an agreement concerning a dispute that has already arisen. In our study, we employed a descriptive analytical approach to elucidate the nature of arbitration by appointment and arbitration by reference.

Keywords: Arbitration by Appointment, Arbitration by Reference, Concept, Characteristics, Elements, Mechanism of Application.

المقدمة

هنالك العديد من طرق التحكيم المختلفة التي تتم سواء كان بالاتفاق فيما بينهم أو بعمل صيغة عقد كاملة يقوم بها المحكمين في الفصل بين الأطراف محل النزاع، حيث أن هناك طريقين لعمل ذلك، إما بعمل التحكيم من خلال العقد الأساسي كبند رئيسي داخل موضوع المشكلة التي تتم بين الأطراف، أو من خلال عقد مستقل يحل محل شروط التحكيم.

وإزاء ما قد ظهر وما يسمى التحكيم بالمشارطة، والذي هو محل دراستنا، حيث سنتناول مفهوم كل منهما والفرق بينهما وخصائص كل منهما، وآلية التحكيم لكل منهما، وكذلك التطرق إلى جوانب عملية متعلقة بقرارات قضائية، وقد ختمنا حديثنا بجملة من النتائج والتوصيات.

مشكلة الدراسة

تتحدد مشكلة الدراسة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في النزاع المعروض والاتفاق على أي قانون لحسم النزاع بين الأطراف، حيث تكمن المشكلة في القانون الواجب التطبيق، وكذلك اللغة التي سيتم بها التحكيم، وكذلك نطاق التحكيم.

أهداف الدراسة

تهدف الدراسة للوقوف على ماهية مشارطة التحكيم، والفرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، كما تهدف إلى بيان مزايا مشارطة التحكيم.

أهمية الدراسة

تنبع أهمية هذه الدراسة من كون المشارطة اتفاق يتم إبرامه بعد حصول النزاع سواء تم التعبير عن هذه الإرادة في صورة شرط أو مشارطة التحكيم. والمشارطة تستلزم التخصيص والتحديد في شكلها، أو تكوينها وموضوعها، وهذا ما اشترطته أغلب قوانين التحكيم سواء الوطنية أو الدولية. كما تجدر التفرقة بين مشارطة التحكيم وبين ما يمكن تسميته بتحديد مهمة هيئة التحكيم في بعض الأنظمة التحكيمية الدولية.

منهجية الدراسة

لقد استخدمنا في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي في بيان ماهية مشارطة التحكيم، وشرط التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع.

الإطار النظري

مشارطة التحكيم

يمكن أن يعرف شرط التحكيم بأنه اتفاق الأطراف مقدماً على عرض النزاع الذي قد ينشأ بينهما مستقبلاً بصدد تنفيذ أو تفسير العقد على محكمين للعقل فيه أما مشارطة التحكيم بعد نشأة النزاع وليس مثل ذلك.

وبالنسبة لأوجه الإتقان بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ففي كلاهما يتم الالتجاء إلى جهة أخرى غير المحاكم للفصل في النزاع، وقرار هيئة التحكيم فيهما ملزم للأطراف التي اختارت إحدى هاتين الوسيلتين لفض النزاع بينهما.

ويجب أن يرد شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم في مسألة يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم وكلاهما يقوم على مبدأ الرضائية، وهذه إحدى سمات التحكيم فهو يشير إلى إرادة ورغبة الخصوم، سواء تم التعبير عن هذه الإرادة في صورة شرط أو مشارطة التحكيم ويلتقي شرط التحكيم ومشارطة التحكيم في نقطة هامة وهي ضرورة أن يتعلق بمنازعة لم تحسم نهائياً بحكم قضائي حاسم، أو بحكم نهائي وينبغي أن يكون شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم مكتوباً والأركان باطلاً (المادة 13) من قانون التحكيم الأردني رقم (16) لسنة (2018).

وأن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق أيضاً باطلاً وذلك تطبيقاً للمادة (11) من القانون المشار إليه وكذلك إلى قانون اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي.

بيد أن نقاط الالتقاء بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، لا تمنع من وجود فارق جوهري بينهما يتمثل في أن شرط التحكيم يتعلق بنزاع ممثل الحدوث في المستقبل فهو سابق على النزاع الذي قد يقع ولا يقع أما مشارطة التحكيم فهو اتفاق يتعلق بنزاع قد وقع فعلاً.

لذا فشرط التحكيم لا يحدد موضوع النزاع إلا مستقبلاً أما مشارطة التحكيم فيتم تحديد موضوع النزاع وقت إبرامها.

وقد عرف الفقيه الفرنسي الكبير (Jean Vincent) مشارطة التحكيم تعريفاً مقارباً لفكرة اتفاق التحكيم ذاتها وللتعريف الوارد في نص المادة (1442) من قانون المرافقات الفرنسي في صيغة الصادرة عام (1980) وقبل تعديلها بالمرسوم رقم (48) لسنة (2011) بتاريخ 13 يناير (2011) بأنها عبارة عن "اتفاق بين شخصية وأكثر من الأشخاص المتنازعة لعرض نزاعهم على محكم أو أكثر من اختبارهم دون

قضاء الدولة وقد عدل المشرع الفرنسي تعريف المشارطة الواردة في المادة (1442) بالمرسوم رقم (48) لسنة (2011) المشار إليه ليصبح اتفاق جميع الأطراف على تشويه أو خضوع النزاع المتولد بينهم عن طريق التحكيم".

والجديد بالذكر أن بعض أحكام القضاء وبعض التشريعات العربية تستعمل تعبير وثيقة بدلاً من تعبير مشارطة أو اتفاق التحكيم، والمشارطة هي محرر يتم الاتفاق عليه بعد قيام النزاع وتعمم مشارطة التحكيم بعد قيام النزاع ولو أقيمت بشأنه دعوى قضائية ويلاحظ أن المشارطة غالباً ما تكون محددة ومحصورة في الموضوع لأن النزاع قد نشأ وثم معرفة أطرافه وموضوعه.

ومن أهم شروط وضع مشارطة التحكيم هي إنه يجب أن لا يكون قد وضع في العقد الأصلي الأخر بنود التحكيم أي عدم وجود شرط التحكيم في العقد الأصلي.

ويلاحظ أن الفرق كبير بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم حيث يظهر الفرق في بعض الإيثار العامة التي لا يجب إغفالها حيث أنه يظهر جلياً من خلال القيام باختيار الطريقة التحكيمية وهيئة التحكيم في شرط التحكيم، بينما مشارطة التحكيم يتم اختيار المحكمين وطريقة التحكيم بعد وقوع النزاع بالفعل ومن أبرز الفروق هي التفاصيل التي تتضمنها المشارطة، حيث تشتمل بعض النقاط العامة مثل الاتفاق بالتفصيل عن إحالة التحكيم إلى محاكم قضية كذلك شرح تفاصيل النزاع بصورة كاملة اختيار أسماء المحكمين وتوضيح أطراف النزاع.

التعريف الاصطلاحي لمشارطة التحكيم: هو عبارة عن وثيقة مستقلة سواء كانت العلاقة الأصلية علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية يتفق فيها الطرفان على تسوية المنازعة التي يحد لأنها عن طريق التحكيم ويتصور أن تكون مشارطة التحكيم سابقة على نشوء المنازعة أو بعد نشوتها.

أما مشارطة التحكيم فقهياً لها تعريفات نذكرها:

1- الاتفاق اللاحق على النزاع أي أنها زمنياً تلحق بالنزاع فلا تسبقه كشرط.

2- أما التعريف الأقل شهرة وإجماعاً فهو يحددها ويميز بين الشرط والمشارطة على أساس موقعها ومكانها من عقد المعاملة.

فالمشارطة هي الوثيقة القانونية للاتفاق على التحكيم الواقعة خارج الإطار المادي للعقد في وثيقة مستقلة خاصة بها.

لكن أغلب الاتفاقيات الدولية والقانونية النموذجية للتحكيم وأغلب التشريعات اتجهت إلى أن المشارطة هي الاتفاق اللاحق على نشأت النزاع.

أما الشروط العامة لمشارطة التحكيم فتمثل فيما يلي:

- لا بد أن تكون مكتوبة مثل أي نوع من اتفاق التحكيم لأن هذا من القواعد العامة في العملية التحكيمية.

- لا بد أن تكون مستقلة أي أنها مادياً وثيقة قانونية مستقلة بنفسها لا جزء من وثيقة أخرى.

– تستلزم عدم وجود شرط تحكيم فالشرط يأتي زمنياً قبل المشارطة ويأتي ملزماً لسلوك وطريق التحكيم فلا يتصور قيام مشارطة في وجود الشرط وحتى لو أقام الأطراف وثيقة بعد الشرط أسموها مشارطة التحكيم.

ومشارطة التحكيم قد تنشأ بعد الالتجاء إلى القضاء أو بعد نشوء النزاع مباشرة:

– في الحالة الأولى: توقف إجراءات التقاضي العادية لحين الانتهاء من المهمة التحكيمية وتستأنف الإجراءات بعد الانتهاء من المهمة التحكيمية التي تكون مستقلة عن قاضي الموضوع.

– الحالة الثانية: أي ما قبل الالتجاء إلى التقاضي الطبيعي فيكون لمشارطة أثر أشبه بأثر شرط التحكيم أي أثر سالب للاختصاص القضائي الطبيعي ومانح لاختصاص الهيئة التحكيمية.

بيانات مشارطة التحكيم:

يجب أن تحتوي مشارطة التحكيم على كل البيانات المحكمة عن العمل التحكيمي والمهمة التحكيمية أو على الأقل أن تتوفر فيها البيانات الأساسية للعمل التحكيمي وهي كالآتي:

– بيانات خصوم الهيئة التحكيمية (أطراف الخصومة) مثل الاسم، العنوان، الجنسية، الصفة في المنازعة، الصفة القانونية للطرف إن وجدت.

– بيان عقد المعاملة الأساسية اختصاراً.

– آراء الطرفين في المنازعة وشرحه وتوضيحه.

– آراء الطرفين في المنازعة إن قدموها وهي بمثابة دفوع أولية مقدمة لهيئة التحكيم.

– تحديد سلطات الهيئة التحكيمية واختصاصها ورد المسائل التي ستفصل وتحكم فيها تقصيراً.

– تحديد القوانين والقواعد التي ستجري على أساسها الخصومة التحكيمية ومن خلالها سوف نفعل الهيئة التحكيمية في النزاع وتلك يمكن تحديدها مستقبلاً.

– تحديد هيئة التحكيم بدقة وتلك النقطة متممة بشدة.

وخلاصة القول:

الشرط هو اتفاق تحكيم (على ما (قد) ينشأ من نزاع أي أنه اتفاق على شيء غير واقع أو مركز قانوني مستقبلي غير حال.

المشارطة هي اتفاق على التحكيم بشأن نزاع موجود وقائم فهي اتفاق على مركز قانوني قائم وهالٍ.

المشارطة تستلزم التخصيص والتحديد في شكلها وتكوينها وموضوعها وهذا ما تشترطه على قوانين التحكيم الوطنية أو الدولية.

هذا التخصيص أن لم يشترط فعلاً أن يكون وافياً لجوانب المنازعة فإن المتعارف عليه والموافق على الأقل لمعظم جوانب التحكيم.

مثال (موضوع النزاع) والشخصية (أطراف النزاع) والمضار (الهيئة التحكيمية) والإجرائية (مدد ومواعيد العملية التحكيمية) وأحياناً الموضوعية (قوانين وقواعد عملية التحكيم).

إذا ميزة المشارطة أنه يتم إبرامها بعد خيار النزاع سواء قبل رفع الدعوى أمام القضاء – وهو الأمر الغائب– أو بعد رفع الدعوى، وهذا يعني أن الأطراف في هذه الحالة يتنازلون عن اللجوء لقضاء الدولة

أي ترك الخصومة أمام القضاء وأي بعد نشوء النزاع، والتنازل أيضاً عن الأحكام القضائية السابقة التي صدرت لصالح أحد الخصوم قبل إبرام المشارطة، إلا في حال تحفظ أحد الخصوم في المشارطة على التمسك بما قد صدر لصالحه من أحكام قضائية قبل إبرام اتفاقية التحكيم.

ويلاحظ أن مشارطة التحكيم يتم إبرامها في وقت لا تسوده روح الود بين أطراف العلاقة القانونية وتبرز أهمية مشارطة التحكيم بشكل خاص في أن بعض القوانين الوطنية تستلزم في عقد المشارطة أن يتم تحديد طبيعة النزاع الذي وقع بالفعل والمسائل التي يشملها التحكيم تمت طائلة بطلان الاتفاق( ).

أما عن الغاية الطبيعة لمشارطة التحكيم تتمثل في إصدار الحكم المنه للنزاع، فهذه المشارطة باعتبارها اتفاقاً لا غاية لها إلا إصدار حكم يفصل في الأمر المعهود للمحكم، فإذا صدر هذا الحكم انقضى اتفاق التحكيم باعتبار أنه لم يعد له علة ويود وتنقضي هذا الحكم فيها للنزاع كما تقدم( ).

وجاء في قرار محكمة تمييز حقوق الأردنية رقم 205\ 19999 (هيئة خماسية) تاريخ 31\8\1999 المنشور على الصفحة (1659) من جهة نقابة المحامين لسنة (2000) أنه: "إن وجود مشارطة التحكيم يجيز للمدعى عليه أن يتقدم بطلب لوقف إجراءات الدعوى وفقاً لحكم المادة السادسة من قانون التحكيم وذلك إذا كان مقدم الطلب مستعداً ولا يزال راغباً في اتخاذ التدابير اللازمة لانتظام يد التحكيم، وليس للحد على عليه استناداً لوجود شرط التحكيم طلب رد الدعوى وعليه وحيث أنه لم يتوافر في الطلب الشرط الوارد في المادة السادسة في قانون التحكيم ولم يبد المدعى عليه استعداداً ورغبته بإتمام إجراءات التحكيم إضافة إلى أن تقديم الطلب كان بعد الدخول بأساس الدعوى وذلك بتقديم المدعى عليه طلباً لرد الدعوى

لعدم الخصومة وهو دفع موضوعي وليس شكلياً ويجوز ابداؤه في جميع مراحل الدعوى ويحق للمملكة إثارته من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام مما يجعل طلب رد الدعوى في غير محلة مستوجب الرد.

وبالرجوع إلى القرار السابق الذكر تجد أن قرار محكمة التمييز أجاز للمدعى عليه أن يتقدم بطلب وفق إجراءات الدعوى وفقاً لحكم المادة السادسة من قانون التحكيم الأردني مستندة إلى وجود مشارطة التحكيم في الاتفاق المبرم بين الطرفين.

وإذا كان مقدم الطلب مستعداً ولا يزال راغباً في اتخاذ التدابير اللازمة لانتظام سير التحكيم وليس للمدعى عليه استناداً لوجود شرط التحكيم رد الدعوى.

وبالنتيجة فإن تقديم الطلب كان بعد الدخول بأساس الدعوى وذلك بتقديم المدعى عليه طالباً لرد الدعوى لعدم الخصومة وهو دفع موضوعي وليس شكلياً ويجوز ابداؤه في جميع مراحل الدعوى ويحق للمحكمة إثارته من تلقاء نفسه لتعلقه بالنظام العام مما يجعل طلب رد الدعوى في غير محملة مستوجب الرد.

قرار مشارطة

وقد أورد القضاء الإنجليزي حكماً صادر في 17 فبراير عام (1978) حيث جاء فيه: "تم إبراء عقد مشارطة لإستئجار سفينة لرحلة واحدة بغرض نقل شحنة سكر من جزر المحيط الهندي إلى إحدى الموانئ البريطانية وكان عقد المشاركة يحتوي على نص يشير إلى أن أي منازعات قد تنشأ في ظلة يتم تسويتها عن طريق التحكيم في لندن.

وتم اصدار وثيقتين للشحن نصت احدهما على أن "كل العبارات والشروط بما في ذلك اتفاق التحكيم وشرط الإهمال وكذلك الشروط الضريبية تعتبر جزء من المشارطة.

ونص الأخرى على أن لا كل العبارات والشروط بما في ذلك اتفاق التحكيم حل الأحمال وكذلك الشروط الضريبية الموجودة في المشارطة ابتداءً من تاريخ 31 ابريل 1977 تعتبر مندمجة.

وأثر نزاع حصل بين الشركين لجأت الشركة المشترية إلى إقامة دعوى أمام القضاء الانجليزي بسبب تلف شحنتها أثناء الرحلة البحرية إلا أن الشركة الشاحنة ودفعت بعدم جواز نظر الدعوى أمام القضاء بسبب وجود اتفاق التحكيم، لكن الشركة المشترية (المدعية) نصت بأن نطاق التحكيم الموجود في مشارطة الإيجار محدود وخاص بالمنازعات الناشئة عن عقد استئجار السفينة ولا يغطي النزاعات الناشئة والمتصلة بالشحن البحري ذاته أو المسؤولية الناجمة عنه.

وهنا جاء حكم القضاء الانجليزي حاسماً وواضحاً ومؤداه أنه: لكي تكون الإحالة الواردة في عقد آخر ذات أثر قانوني ومنتجة وفعالة لابد أن نذكر بين ما تذكره على وجه التخصيص شرط التحكيم، بما لا يدع شكاً من أن نية الأطراف قد اتجهت إلى حد نطاق اتفاق التحكيم ليشمل المنازعات التي تنشأ في ظل العقد الجديد.

الاستنتاجات والتوصيات:

استنتاجات الدراسة:

يُظهر تحليلنا الوصفي التحليلي أن اتفاق التحكيم يعتبر عقدًا رضائيًا يستند إلى مبدأ الإيجاب والقبول، حيث يتم تبادل الإرادات بين الأطراف بشأن شروط التحكيم.

توضح الدراسة أن مشارطة التحكيم تختلف عن شرط التحكيم بالإحالة، حيث يتعلق الأول بنزاع قبل الحدوث في المستقبل، بينما يتعلق الثاني بنزاع وقع فعلاً.

يؤكد التحليل أن مشارطة التحكيم لا تمنع وجود فارق جوهري بينها وبين شرط التحكيم بالإحالة، مما يستدعي تبني نهج متميز في تعامل الأطراف مع كل نوع من أنواع اتفاقات التحكيم.

التوصيات:

ينبغي على الأطراف في العقود التي تتضمن شروطًا للتحكيم أن يكونوا على دراية تامة بطبيعة مشارطة التحكيم وتفاوتها عن شرط التحكيم بالإحالة.

يجب على الأطراف الاهتمام بصياغة شروط التحكيم بدقة لتضمين متطلباتهم وتحديد إجراءات التحكيم بشكل واضح.

ينبغي على المشرعين والمحكمين تعزيز الوعي بأنواع مختلفة من اتفاقات التحكيم والتفريق بينها لضمان فهم صحيح ومناسب للآثار القانونية لكل نوع.

يُشجع على استخدام وسائل توعية وتثقيفية لتوضيح أهمية شروط التحكيم في حل النزاعات بشكل فعال وفي ضوء التغييرات القانونية والقضائية الحديثة.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: المراجع العربية

- أحمد إبراهيم عبد الثواب، اتفاق التحكيم، مفهومه أركانه وشروطه – نطاقه، دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم 2011- 48 بتاريخ 13 يناير، 2011 وقانون الإجراءات المدنية الاماراتي وقوانين التحكيم المقارنة. دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.

- أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد. دار النهضة العربية، 2012.

- بلباقي بوحدين في المجلة الجزائرية للقانون البحري عدد 3 لسنة 2018 والنقل والمنشور تحت عنوان شرط التحكيم بالإحالة ومدى نفاذه في مواجهة المرسل إليه في عقد النقل البحري (دارسة مقارنة في ضوء التطبيقات القضائية).

- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

- طه عوض غازي، مشارطة التحكيم في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 2002.

ثانياً: المواقع الإلكترونية

- موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولية tnstice.academy.com.

- londan-lawer.som.