Information Sciences Letters
An International Journal

http://dx.doi.org/10.18576/isl/10S112

The Unilateral Arbitration Clause between Permissibility and Nullity

Nashat Mahmoud Jaradat[*] *and Ghassan JassimSarhan*

College of Law, Applied Science University, P.O. Box 5055, East Al-Ekir, Kingdom of Bahrain.

Received: 1 Mar. 2021, Revised: 18 Mar. 2021; Accepted: 25 April. 2021
Published online: 1 Jun. 2021.

Abstract: Researching the judicial applications of Arab countries to one of the issues that have occupied legal thoughts in the Western world for decades and still in one form or another, the so-called Unilateral Arbitration Clauses, we did not find a discussion of the applicability of this clause within the laws. Even though this condition takes a reasonable space of the legal arguments as previously mentioned, it has even become widely used in contracts, such as tenancy, contracting, and financial investments. The study showed that the above-mentioned clause has recently increased its use in financing contracts, especially with the increasing globalization of banking services and bank transfers. Although banks usually prefer to resort to traditional litigation, lack of similarity in the legal rules and judicial applications related to banking transactions and their difference from one country to another was a reason for the banks' preference of resorting to arbitration. There is no examination of the legitimacy of an unequal or optional arbitration clause in Bahrain. Also, the Bahraini and Egyptian courts, to the best of our knowledge, did not decide whether it should be considered null or valid. The same case is applied to the French courts which have no cases that examined this type of clauses except for a case in 2006 and the other is a judgment close to the same issue on October 7, 2015, from the French Court of Cassation. The English and American courts were different; they examined this clause and had several judicial implementations due to the fact that most of the arbitration terms are either related to multinational companies operating within the framework of the Wall Street Stock Exchange in New York or those that stipulate the enforcement of British and Wales law on the provisions of the contract . However, many Arab countries, in general, as well as Bahrain and some Gulf countries, in particular, are seeking in their economic model to attract foreign investments and capital, especially those related to financial and banking industries, to diversify sources of income. The decision of investing or not investing the capital in a country is made by the judicial authority in terms of independence as well as the judicial application of legal texts as these factors are directly reflected in the desire to invest and show the possibility of protecting investors.

Keyword : Arbitration, Unequal arbitration clause, Investment contracts, Trade, Bahraini arbitration.

*Corresponding author E-mail: nashat.jaradat@asu.edu.bh

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing

شرط التحكيم أحادي الجانب بين الجوازية والبطلان

نشأت محمود جرادات ، غسان جاسم سرحان

جامعة العلوم التطبيقية – كلية الحقوق – مملكة البحرين

الملخص: تجدر الإشارة إلى أنه من خلال البحث في التطبيقات القضائية للدول العربية حول واحدة من المسائل التي شغلت الفكر القانوني في العالم الغربي وما زالت بشكل أو بآخر، وهي ما يسمى بشرط التحكيم غير المتكافئ(Unilateral Arbitration Clauses) ، غير أنه لم أجد نقاشاً حول مدى إمكانية تطبيق هذا الشرط ومدى انطباقه مع القوانين، او بشكل أكثر دقة لم تكن هناك العديد من التطبيقات القضائية حول ذلك الأمر، بالرغم من كون هذا الشرط يتخذ حيزاً لا بأس به بل وأصبح واحداً من الشروط التي تدرج بشكل مباشر في العديد من عقود الايجار ومقاولات البناء، وكذلك في عقود القروض والاستثمارات المالية. وقد تبين من خلال البحث أن الشرط المذكور والذي سنتعرض له بالتفصيل لاحقاً قد تزايد استعماله في عقود التمويل في الآونة الأخيرة، بالأخص مع تزايد عولمة الخدمات المصرفية والتحويلات البنكية، وبالرغم من تفضيل البنوك عادة للجوء للتقاضي العادي، إلا أن عدم ثبات أو بشكل أكثر دقه، عدم تشابه القواعد القانونية والتطبيقات القضائية المتعلقة بالمعاملات المصرفية واختلافها من دولة إلى أخرى كان سبباً لتفضيل البنوك بشكل أو بآخر أن يظل خيار اللجوء للتحكيم وارداً. والحقيقة انه لم يسعفني البحث في التوصل لمراجع عربية تبحث هذا الشرط أي مدى مشروعية أن يكون شرط التحكيم غير متكافئ أو اختياري لاحد الأطراف من عدمها، بالإضافة لذلك فقد خلت المحاكم البحرينية والمصرية على حد علمي حتى اللحظة من أي تطبيق قضائي يذكر يتعرض لهذا النوع من الشروط سواء كان ذلك بالرفض أو بالقبول، وكذلك الحال بالنسبة للمحاكم الفرنسية التي لا توجد قضايا تنظر هذا النوع من الشروط إلا قضية في العام 2006 والأخرى حكم قريب من ذات الامر صادر في 7 أكتوبر 2015 من محكمة التمييز الفرنسية الدائرة المدنية الأولى وسنتعرض له لاحقاً، ولكن تزخر المحاكم الإنجليزية والأمريكية بأحكام من هذا النوع، ويعود ذلك في رأيي لكون معظم شروط التحكيم والقوانين واجبة التطبيق تكون إما متعلقة بشركات متعددة الجنسيات تعمل في إطارة بورصة وول ستريت في نيويورك، أو تلك التي تنص على نفاذ قانون بريطانيا وويلز على نصوص العقد، بالأخص أن طبيعة التعاقد في النظام الأنجلو– سيكسوني منفتحة بشكل أكبر وتسمح بإدخال نصوص وشروط قد يقيدها القانون الروماني.

وحيث أن العديد من الدول العربية بشكل عام، والبحرين وبعض دول الخليج على وجه الخصوص تسعى في نموذجها الاقتصادي لجذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الخارجية، وبالأخص المتعلقة بالصناعات المالية والمصرفية، ذلك في سبيل تنويع مصادر الدخل في الاقتصادات المحلية، وواحد من أهم الأمور التي يمكن ان تحدد قرار رؤوس الأموال بالدخول للسوق في دولة ما أو الابتعاد عنه هي السلطة القضائية من حيث الاستقلالية وكذلك من ناحية التطبيقات القضائية للنصوص القانونية، إذ أن هذه العوامل تنعكس بشكل مباشر على الرغبة في الاستثمار كونها تبين بشكل واضح وجلي إمكانية حماية الاستثمار عن طريق القضاء من عدمه.

الكلمات المفتاحية: تحكيم، شرط التحكيم غير المتكافئ، عقود استثمار، تجارة، تحكيم بحريني.

1 المقدمة

تجدر الإشارة إلى أنه من خلال البحث في التطبيقات القضائية للدول العربية حول واحدة من المسائل التي شغلت الفكر القانوني في العالم الغربي وما زالت بشكل أو بآخر، وهي ما يسمى بشرط التحكيم غير المتكافئ (Unilateral Arbitration Clauses)، غير أنه لم أجد نقاشاً حول مدى إمكانية تطبيق هذا الشرط ومدى انطباقه مع القوانين، او بشكل أكثر دقة لم تكن هناك العديد من التطبيقات القضائية حول ذلك الأمر، بالرغم من كون هذا الشرط يتخذ حيزاً لا بأس به بل وأصبح واحداً من الشروط التي تدرج بشكل مباشر في العديد من عقود الايجار ومقاولات البناء، وكذلك في عقود القروض والاستثمارات المالية (Arbitration International (2006), (p. 133.)

وقد تبين من خلال البحث أن الشرط المذكور والذي سنتعرض له بالتفصيل لاحقاً قد تزايد استعماله في عقود التمويل في الآونة الأخيرة

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

(يمكن الرجوع للإحصائية التي قامت بها جامعة كوين ماري لندن، والتي خلصت للقول ان خيار اللجوء للقضاء هو الخيار المفضل للمدعى عليه–http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international–arbitration study.pdf(.، بالأخص مع تزايد عولمة الخدمات المصرفية والتحويلات البنكية، وبالرغم من تفضيل البنوك عادة للجوء للتقاضي العادي، إلا أن عدم ثبات أو بشكل أكثر دقه، عدم تشابه القواعد القانونية والتطبيقات القضائية المتعلقة بالمعاملات المصرفية واختلافها من دولة إلى أخرى (Maastricht Journal of European and Comparative law (2018), p.79 كان سبباً لتفضيل البنوك بشكل أو بآخر أن يظل خيار اللجوء للتحكيم وارداً.

والحقيقة انه لم يسعفني البحث في التوصل لمراجع عربية تبحث هذا الشرط أي مدى مشروعية أن يكون شرط التحكيم غير متكافئ أو اختياري لاحد الأطراف من عدمها، بالإضافة لذلك فقد خلت المحاكم البحرينية والمصرية على حد علمي حتى اللحظة من أي تطبيق قضائي يذكر يتعرض لهذا النوع من الشروط سواء كان ذلك بالرفض أو بالقبول، وكذلك الحال بالنسبة للمحاكم الفرنسية التي لا توجد قضايا تنظر هذا النوع من الشروط إلا قضية في العام 2006 والأخرى حكم قريب من ذات الامر صادر في 7 أكتوبر 2015 من محكمة التمييز الفرنسية الدائرة المدنية الأولى وسنتعرض له لاحقاً، ولكن تزخر المحاكم الإنجليزية والأمريكية بأحكام من هذا النوع، ويعود ذلك في رأيي لكون معظم شروط التحكيم والقوانين واجبة التطبيق تكون إما متعلقة بشركات متعددة الجنسيات تعمل في إطارة بورصة وول ستريت في نيويورك، أو تلك التي تنص على نفاذ قانون بريطانيا وويلز على نصوص العقد، بالأخص أن طبيعة التعاقد في النظام الأنجلو– سيكسوني منفتحة بشكل أكبر وتسمح بإدخال نصوص وشروط قد يقيدها القانون الروماني.

وحيث أن العديد من الدول العربية بشكل عام، والبحرين وبعض دول الخليج على وجه الخصوص تسعى في نموذجها الاقتصادي لجذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الخارجية، وبالأخص المتعلقة بالصناعات المالية والمصرفية، ذلك في سبيل تنويع مصادر الدخل في الاقتصادات المحلية، وواحد من أهم الأمور التي يمكن ان تحدد قرار رؤوس الأموال بالدخول للسوق في دولة ما أو الابتعاد عنه هي السلطة القضائية من حيث الاستقلالية وكذلك من ناحية التطبيقات القضائية للنصوص القانونية، إذ أن هذه العوامل تنعكس بشكل مباشر على الرغبة في الاستثمار كونها تبين بشكل واضح وجلي إمكانية حماية الاستثمار عن طريق القضاء من عدمه.

2 الاطار العام للبحث

1.2مشكلة البحث

لما كان ما تقدم وحيث أن العقود المنظمة للعمليات المالية للشركات متعددة الجنسيات والبنوك والمؤسسات المالية العاملة في الصناعة المصرفية الحديثة بالإضافة لعقود المقاولات الكبرى تحتوي على شرط التحكيم غير المتكافئ والذي زاد استعماله بشكل واسع في الكثير من العقود فإن إمكانية ان يعرض هذا الشرط على القضاء واردة بشكل متزايد وموقف القضاء من مدى إمكانية إعمال هذا الشرط من عدمه يتسم بشيء من الأهمية تتسق مع التوجهات الرسمية في المنطقة، وعليه اخترت مشكلة البحث الماثل وهي امتحان إمكانية تطبيق شرط التحكيم غير المتكافئ أو أحادي الجانب في ضوء القانون البحريني من عدمه.

2.2 منهجية البحث

لقد استخدم في سبيل تحقيق الهدف المرجو من هذا البحث منهجاً مختلطاً بين المقارن والتحليلي، إذ قمنا بتحليل موقف القضاء الإنجليزي عندما امتحن هذا الشرط وما توصل له ومن ثم موقف المشرع الفرنسي بالرغم من قلة تطبيقاته القضائية، وصولاً للبناء القانون لشرط التحكيم وتحليله في ضوء القانون البحريني ومقارنة كل منهم مع الآخر.

3.2 هيكلية البحث

ولتحقيق المراد من هذا البحث قسم لمبحثين، الأول يتعلق بشرط التحكيم غير المتكافئ أو الاختياري وموقف القضاء الغربي منه، وقسم

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

لمطلبين أولهما يبين موقف القضاء الإنجليزي من شرط التحكيم، أما المطلب الثاني فيتمثل في موقف المشرع الفرنسي من شرط التحكيم غير المتكافئ، أما المبحث الثاني فموقف المشرع البحريني من شرط التحكيم غير المتكافئ، وانقسم لمطلبين، الأول يتعلق بشرط التحكيم وأركانه، والثاني يعنى بامتحان مدى مشروعية شرط التحكيم محل البحث، ذلك عن طريق إخضاع شرط التحكيم غير المتكافئ للمبادئ القانونية الراسخة في القانون والقضاء والفقه، ومن ثم خاتمة البحث والخلاصة متبوعة بالنتائج والتوصيات.

المبحث الأول: شرط التحكيم غير المتكافئ وموقف المشرعين الإنجليزي والفرنسي

المطلب الأول: شرط التحكيم الاختياري أو غير المتكافئ:

عادة ما يتفق أطراف التعاقد على وسيلة عادية لحل النزاعات التي قد تنشأت بينهم كاللجوء لمحاكم دولة ما وان يكون قانونها هو القانون واجب النفاذ، أو كاللجوء للتحكيم وكيفية تعيين هيئة التحكيم ولغته وقانونه أو غيرها من الشروط التي درجت العادة على كتابتها في العقود التجارية.

ويشير هذا البند الخاص بتسوية النزاعات بالطرق العادية بشكل أو بآخر لتساوي موقف الطرفين من حيث قوة التفاوض لحظة التعاقد، أي بمعنى انه لا يوجد طرف مهيمن أو يفاوض من موقع أكثر قوة من الطرف الآخر في لحظة توقيع وكتابة العقد، لذلك نجد انه عادة ما تكون شروط حل المنازعات التي قد تثور عن أي عملية تعاقدية، محددة الوسائل والجهات، وكذلك تكشف الشروط العادية بهذه الطريقة، التي طالما درجت في العقود على عدم قدرة الطرفين على التنبؤ بمن سيكون الطرف الذي سيلجئ للوسيلة المحددة لتسوية النزاعات، وبالتالي يصاغ بند تسوية المنازعات بالطريقة العادية التي اعتدنا على رؤيتها. (Arbitration International (2006)، صفحة 134)

بينما شرط التحكيم غير المتكافئ يقارب مسألة تسوية النزاعات بطريقة مختلفة، ذلك بأن يحصر طرفي العقد في إحالة أي نزاع لسلطة قضائية محددة، ولكن مع إعطاء أحد طرفي العقد، أو كل أطرافه في بعض الحالات، خيار إحالة النزاع للتحكيم.

مثال على ذلك الشرط:

بالرغم من البند (...) أعلاه –(الذي بموجبه اتفق الطرفان على تحديد سلطة قضائية لفض النزاعات)–، للطرف (أ) بخيار منفرد أن يحيل أي نزاع للتحكيم بالنحو والطريقة المذكورة في البند (ج) أدناه –(الذي يحدد تفاصيل التحكيم، قانون التحكيم، عدد المحكمين، مكان التحكيم)(Arbitration International) . (2006)، صفحة 134(

بذلك فإن الشرط الوارد أعلاه كمثال يكون اتفاق بين الطرفين على حل المنازعات بينهما عن طريق القضاء، ولكن يجوز لأحد الأطراف أن يقوم بإحالة النزاع للتحكيم بدلاً من القضاء، والحقيقة أنه عادة ما يكون بند فض النزاعات بهذه الطريقة ينطوي على فترة سابقة، أو إن صح التعبير طريق سابق ,واجب الاتباع لإحالة النزاع لسلطة أخرى لتسويته، كأن يكون واجباً أن يبلغ أي طرف الآخر بنشوء النزاع بطريقة محددة، وأن يحاول الطرفان حل الامر بطريقة ودية خلال مدة محددة، ومن ثم إذا لم يتم حل النزاع يجب على الطرف صاحب الحق في الإحالة للتحكيم تبيان قراره بإحالة النزاع للتحكيم حسب التفاصيل الواردة في الشرط، أو إحالة النزاع للقضاء على النحو المنصوص عليه.

وكما سبق أن ذكرنا أن هذا الشرط يرد عادة في العقود التجارية الخاصة بالمعاملات المالية ما بين الشركات متعددة الجنسيات والمؤسسات المصرفية والمالية، وعادة ما يتم تبني هذا النوع من البنود في حالة كان موطن أحد الأطراف في بلد يصعب فيه تنفيذ حكم المحكمة المتفق عليها لفض النزاع بسهولة. (Arbitration International (2006)، صفحة 134.

معنى ذلك أن سبب كتابة هذا النوع من الشروط ومدى إعماله تعتمد على ظروف كل حالة، فمثلاً قد يفضل الطرف المعطى حق الاختيار في شرط التحكيم غير المتكافئ أن يحيل النزاع للتحكيم لإمكانية تنفيذ حكم التحكيم بموجب الاتفاقيات في البلد الذي يراد تنفيذ

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

الحكم فيه أو موطن المحتكم ضده، بينما قد يكون من الصعب تنفيذ حكم صادر من محكمة الدولة المتفق عليها في موطن الطرف الثاني لعدم وجود علاقات دبلوماسية أو عدم وجود اتفاقية تنفيذ أحكام قضائية مشتركة، او أي من الأسباب السياسية التي قد تحكم علاقة البلد مصدر الحكم والبلد المراد التنفيذ فيه، بينما في حالة أخرى قد يفضل اللجوء للقضاء في البلد المتفق عليه لإمكانية استئناف الحكم أو لوجود إجراءات قضائية أفضل من تلك التحكيمية، وهذا ما قصد به ان مدى اعمال شرط التحكيم الاختياري أو غير المتكافئ أو المنحاز لطرف يتصل دائماً بظروف كل قضية على حدى.(Maastricht Journal of European and Comparative law ، صفحة 79.)

وبذلك فإن المقصود بما أسميته في هذا البحث بـ (شرط التحكيم غير المتكافئ أو الاختياري)هو ذلك الشرط الذي يلزم الطرفين أنفسهم بموجبه للخضوع لسلطة فض منازعات محددة، وفي ذات الوقت يكون لأحد طرفيه حق إحالة النزاع الناشئ للتحكيم دون الآخر. (Maastricht Journal of European and Comparative law ، صفحة 77)

وبموجب هذا الشرط يستطيع المستفيد منه أو من قرر لصالحه أن يستخدمه إما بشكل مباشر عن طريق بدء إجراءات التحكيم بالطريقة المتفق عليها في الشرط، وستقوم هيئة التحكيم بالتأكيد بإعمال قاعدة الاختصاص بالاختصاص لبحث مدى اختصاصها بنظر النزاع المطروح امامها، وعليها بالتأكيد الفصل فيما اذا كان شرط التحكيم غير المتكافئ ممكن أعماله واعتباره اتفاق تحكيم قائم من عدمه، فإما ان تقرر نفاذ الشرط وصحته وانعقاد اختصاصها أو ان تقرر عدم الاختصاص.

وكذلك يستطيع من قرر لصالحه الشرط أن يقوم باستخدامه بطريق غير مباشر، ذلك عن طريق التمسك بالشرط حال عرض النزاع على المحكمة، وهذا بالضرورة يستدعي ان يقوم المتمسك بشرط التحكيم بتقديم نسخة منه للمحكمة التي دفع أمامها بعدم اختصاصها بنظر النزاع لوجود شرط تحكيم، وبذلك فعلى المحكمة بالضرورة أن تفصل في صحة الشرط من عدمه لتقرر انعقاد اختصاصها لنظر النزاع أو عدمه.

وكذلك يخضع هذا الشرط للامتحان من المحكمة عند تقديم طلب تنفيذ حكم المحكمين، فواجب المحكمة قبل تذييل الحكم بالصيغة التنفيذية أن تطلع على اتفاق التحكيم، وتتأكد من وجوده وصحته، وبذلك فإن هذا الشرط لا بد أن يخضع لامتحان المحكمة، والتي هي بدورها تقرر مدى انطباقه وصحته من عدمه، وقد عرض أمر هذا الشرط على المحاكم الإنجليزية لمرات عدة، وكذلك في إطار اختصاصات قضائية أخرى منها المحكمة الفرنسية، غير أنه بالبحث طبقاً للإمكانات لم أحصل إلا على قضيتي يتبين منهما موقف المشرع الفرنسي الذي سنعرض له في قادم البحث، وكذلك يوج العديد من المواقف القضائية تجاه هذا الشرط.

المطلب الثاني: موقف القضاء الإنجليزي من شرط التحكيم غير المتكافئ:

إن أحد أولى القضايا المسجلة في المحاكم الإنجليزية حول موضوع الشرط غير المتكافئ كانت في العام 1986 سجلت باسم Pittalis v. Sherefettin، والتي تتعلق بموضوع عقد إيجار، جاء فيه ما مفاده أنه "في حال أن المستأجر لا يوافق على تقدير المالك لقيمة الأجرة المستحقة عليه يستطيع أن يحيل الأمر لمراقب مستقل، ولا يملك المالك مثل ذلك الحق"، وبعد أن نشب نزاع حول قيمة اخطار أجرة أصدره المالك قام المالك برفع دعوى قضائية أمام المحاكم، وعندها دفع المستأجر بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى لوجود شرط تحكيم، وقد دفع المالك بأنه لكون شرط التحكيم المذكور هو شرط غير متكافئ فهو شرط غير نافذ، ولكن محكمة الاستئناف الإنجليزية ارتأت عكس ذلك وقضت بصحة الشرط. (*Arbitration International* (2006)، صفحة 135)

وبالرجوع للحكم الصادر في هذه الدعوى فقد بحثت المحكمة الإنجليزية الشرط طبقاً لنظام السوابق القضائية المعمول به في النظام الأنجلو – سيكسوني، فإن الهيئة التي نظرت الدعوى تتبعت أحدث الاحكام الصادرة من الهيئات القضائية في الأمور المشابهة للقياس عليها، وقد ارتكزت في تحليل النص على قضية بين Tote Bookmakers Ltd v. Development & Property Holding co .

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

Ltd، والتي قدم فيها الخصم ذات الحجة التي ارتكز عليها المالك في الدعوى المنظورة، وقد أسند حجته بما خلص له قاضي أحد المحاكم الإنجليزية في الدعوى Baron v. Sunderland Corp، الذي قرر أن إمكانية ان يحيل أي من طرفي النزاع امره للتحكيم شرط أساسي من شروط اتفاق التحكيم، أي بمعنى أنه يجب أن يكون الشرط متكافئ ويعطي الخيار للطرفين، وعليه جاء في حكم المحكمة تلك أنه وبصرف النظر عن الرأي الشخصي إلا أننا كمحكمة ملزمون بالمبدأ الصادر من محكمة الاستئناف لذلك رفض الاستئناف.

بيد أن هيئة المحكمة التي تنظر دعوى Pittalis v. Sherefettin مرت على القضية السالف ذكرها ولكن قررت عدم الاخذ بحكمها، وقد سببت الهيئة ذلك بالقول في الفقر 231 أنه بالنظر إلى الشرط المتمسك به ودون الاعتماد كلياً على السوابق الأخيرة، لا ترى المحكمة أي سبب يبرر لماذا اذا ما اتفق طرفي التعاقد على منح احدهما حق الإحالة للتحكيم لا يعتبر ذلك اتفاق تحكيم، فهناك اتفاق متبادل بين الطرفين يقر حق الإحالة للتحكيم لطرف دون أخر، وهو ما لا يتأكد منه أنه لا علاقة لحق الاختيار بمدى مشروعية الشرط من عدمه. (*Arbitration International* (2006)، صفحة 136)

وبالنظر لذلك الحكم فقد أسندت حكمها لسابقتين قضائيتين وهما قضية Woolf v. Collis Removal Service والتي جاء فيها ما معناه أنه بغض النظر عن كون البند الموجود في العقد غير متكافئ أو منحاز لطرف، لكن لا يوجد في طريقة عمل البند المنحازة ما ينال من صحته، ففي رأي المحكمة أن شروط الإحالة للتحكيم بشكل عام يجب أن تنطبق مع ما جاء في نص حكم قضية Heyman v. Darwins Ltd والتي نص فيها على انه بنود التحكيم تختلف في طريقة صياغتها ولذلك فلا حدود على حرية الأطراف المتعاقدة لتحديد المسائل التي تحال الى التحكيم.

وعليه خلصت الهيئة لأن الدفاع المستند عليه من قبل المالك والسوابق القضائية التي ذكرها لم تأخذ ولم تتسق مع السوابق القضائية الراسخة من المحاكم الإنجليزية، ولذلك فهي ليست تطبيقات صحيحة، واستند إلا ما تم ذكره من سوابق قضائية واعتبر أنه الاصح أنه يجب الاعتماد على ما جاء في سابقة قضية Woolf v. Collis Removal Servic، وبالتالي حكم بصحة شرط التحكيم ووجوب أمهال المستأجر لاتخاذ إجراءات التحكيم، وهذا ما أسس لسابقة قضائية في النظام الإنجليزي لأول مرة تقر بصحة شرط التحكيم غير المتكافئ وأنه من حق طرفي التعاقد أن يمنحوا أحد الأطراف حق إحالة النزاع للتحكيم دون الآخر، بيد أن هذه السابقة لم تكن مطلقة إذ أن البين من حيثيات الحكم أن المحكمة استندت في تبريرها لجواز عدم تكافئ شرط التحكيم لكون المالك محمي دون الحاجة للتحكيم بخياره المنفرد لتحديد قيمة الأجرة في الاخطار، وهو حق لا يمتلكه المستأجر، وبذلك فإن حق الإحالة للتحكيم جاء ليوازن ذلك، ويتضح من ذلك أن المحكمة ضمناً بطت جواز أن يكون الشرط منحازاً ان يكون الطرف الآخر محمياً، أي انه ليس حقاً مطلقاً، لذلك لم تكن تلك القضية حاسمة في موقف المشرع الإنجليزي من ناحية جواز اعتبار الشرط غير المتكافئ قابلاً للنفاذ من عدمه.

في العام 2004 نظرت قضية أمام المحكمة الإنجليزية شكلت فارقاً في وجهة النظر القانونية للشرط غير المتكافئ وهي قضية NB Three Shipping Ltd. v Harebell Shipping Ltd ، وتتلخص وقائع القضية هذه في أنه " أتفق مالكين على تأجير سفينتين عاريتين على نموذج Barecon 89 بتاريخ 17 يناير 1994، وهما ARCTIC TRADER و ARCTIC VOYAGER ، والتي وافق المدعين على استئجارهما وفقًا لشروط عقود الإيجار بصيغتها المعدلة. وتم احتساب الإيجار المستحق الدفع على أساس عنصر "مبدئي" وعنصر "فائدة". كان عنصر الفائدة محدد وتتت زيادته بهامش محدد. تم تعريف سعر الفائدة على أنه "تكلفة الأموال التي يتحملها [المالكون] للحصول على المبلغ بالدولار الذي يساوي الرصيد الرئيسي" [العنصر الرئيسي] قبل تاريخ الدفع ذي الصلة. كان هناك نص للحصول على شهادة خطية بشأن معدل الفائدة الذي كان مقدمو الأموال يحتسبونه للمالكين فيما يتعلق بتمويل كل من السفينتين المبنيتين حديثًا.(*Case No: 2004/510*)

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

وفي بدايات يوليو 2003 نشب نزاع بين الأطراف حول زيادة معدل الفائدة وطلب المستأجرين تفسيراً حول ذلك، وهو ما قاد لتبادل جملة من الرسائل، وقد قرر المالك أنه يوجد واقعة تخلف، وقد قدم المستأجرون إخطارات يطلبون فيها تمكينهم من سداد المديونية والحصول على السفن محل العقد.(*Case No: 2004/510*)

لقد اعتقد المستأجرون أن المالكين يحملونهم أكثر مما يستحقون ليحصلوا على فوائد بشكل سري، وهو ما حدى بهم للتقدم برفع الدعوى بتاريخ 22 يونيو 2004 أمام المحكمة الإنجليزية ضد الملاك، وقد دفع محامي الملاك بتاريخ 24 يونيو 2004 بوجود شرط تحكيم وأنه طبقاً للعقد يحق للملاك فترة معقولة لاتخاذ القرار ما اذا كانوا سيستعملون حقهم في الإحالة للتحكيم من عدمه طبقاً لما نص عليه البند 47.02، فقرر بما انه تم إعطاء موكلينا خيار الإحالة للتحكمي نستغرب من أن المدعي لم يقم بالتشاور مع موكلنا قبل اتخاذ الإجراءات القضائية.(*Case No: 2004/510*)

وجاء رد المدعى عليه أن البند المذكور لا يكون قابلاً للتنفيذ ما اذا طبق البند 47.09 من العقد وهو اللجوء للمحكمة العليا، لذلك فقيام الموكل برفع الدعوى صادف صحيح القانون بالأخص في غياب وجد إجراءات تحكيم أو هيئة تحكيم معينة.(*Case No: 2004/510*)

بتاريخ 30 يونيو 2004 قرر الملاك استخدام حقهم في الإحالة للتحكيم، وأشاروا إلى انهم سيبلغون المحكمة بوجوب عدم سماع الدعوى اعتداداً لشرط التحكيم، وبتاريخ 6 يولي 2004 عين الملاك محكمهم حسب ما هو متفق عليه في البند 47.10، وبتاريخ 8 يوليو 2004 ابلغ الملاك المستأجرين أنه كانت هناك مجموعة من الاحداث عاملها الملاك على انها أفعال منهية للتعاقد ولذلك فإن مطالبة الملاك بتفعيل خيار شراء السفن حسب العقد لا تأثير له، وعلق المستأجرون على أن اثارة هذه الأمر ما هو الا في سبيل إيجاد حجة لاصطناع نزاع يجوز احالته للتحكيم، وان أفعال أنهاء العقد حسب زعم الملاك ملفقة.(*Case No: 2004/510*)

لقد قدم طرفا النزاع كافة أوجه دفاعهما في هذا الشأن وتداولت الدعوى وقررت المحكمة إصدار حكمها الذي جاء فيه " تبدء المحكمة بتوضيح بناء البند 47 من العقد والذي يتبين منه أنه طبقاً للعقد فإن المستأجرين لهم حق محدد في تسوية النزاعات فقط أمام المحاكم الإنجليزية بان جاء في البند 47.09 ما مفاده أنه في الحالة الطبيعية فإن أن نزاع ينشأ عن تنفيذ العقد تختص المحاكم الإنجليزية بنظره ما لم يقرر المالك إحالة النزاع للتحكيم طبقاً للبند 47.10، وبالتالي فإن المفترض أن مسألة الإحالة للتحكيم من عدمه حاضرة في تكفير المستأجرين قبل رفعهم الدعوى، وحيث أن المستأجرين لم يبدأوا النقاش مع الملاك حول الإحالة للتحكيم من عدمه فإنهم لم يتبعوا الطريق المنصوص عليه في المادة 47.10. (*Case No: 2004/510*)

وتتابع المحكمة بالقول إذا ما كان تفسير المستأجرين للبند 47.02 صحيحاً فإنه سيكون بنداً محدود التأثير، إذ يمنح الجزء الأول من هذا البند الاختصاص القضائي للمحكمة الإنجليزية لتسوية أي نزاع ينشأ عن العقد، أما الجزء الثاني فيعطي للمال الخيار، فإذا كان تفسير ودفاع المستأجرين صحيحاً، فإن ذلك الخيار لا ينطبق إلا عندما يبدأ المالكون إجراءات التقاضي، أما اذا ما بدأت الإجراءات امام المحاكم فلا خيار للمالك، بذلك فإنه من خلال دفاع المالك وتفسيره للشرط فإنه يمكن للمستأجر التهرب من البند 47.10 وهو حث المالكين في تحديد التحكيم كطريق لحل النزاع عن طريق بدء الإجراءات أمام المحكمة دون مخاطبة المالك قبل اتخاذ الاجراء. (*Case No: 2004/510)*

وقد ردت المحكمة على ذلك بأن قالت بأنه لا يسعنا قبول حجة المستأجر لأنه تتعارض مع المعنى التجاري للبند ككل، فالبين أن المادة 47 صممت لمنح حقوق أفضل للملاك مقارنة بالمستأجرين، فبالرغم من أن المستأجرين محصورين بحق اللجوء للمحاكم الإنجليزية فقط، إلا أنه يوجد حق للملاك لاي اختصاص قضائي أخر يرونه، ويتنازل المستأجرون عن حق الاعتراض على الاختصاص، ويبدو للمحكمة أن البند 47.02 يعطي للمالكين حق إيقاف الدعوى القضائية المرفوعة ضدهم حسب اختيارهم، وهذا ما يعطي البند الصبغة العملية وقد تم تصميم البند ككل لتطبيقه في مثل هذه الظروف، بالأخص اذا ما سعى المستأجرون إلى تجاوز قرار الملاك في حل النزاعات عن

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

طريق التحكيم على النحو المنصوص عليه في البند 47.10، ولا يمكن للمستأجرين الاستفادة من البدء في النزاع. (*Case No: 2004/510)*

وقررت المحكمة في الحكم أن المعنى الكامل للمادة 47 واضح، وان خيار اللجوء للمحكمة في المادة 47.02 ليس مفتوحاً، ولن يكون متاحاً إذا ما اتخذ المالكين خطوات نحو الإحالة للتحكيم، وكان من الأفضل حسب رأي المحكمة لو تم توضيح الظروف المحددة التي يمكن فيها ممارسة الخيار من المالك أو خسارته بوضوح أكبر، ولكن هذا الفشل في التحديد أوالغياب له، في رأي المحكمة لا تجعل الشرط غير قابل للتنفيذ، بذلك يكون الملاك أعطوا أنفسهم قدراً واسعاً من الحرية ويتأكد منه أن البند هو بند أحادي الجانب وغير متكافئ. (*Case No: 2004/510*)

ورأت المحكمة أنه طبقاً للقانون فإنه ما ان يتم الدفع بوجود شرط تحكيم يجب على المحكمة الإحالة للتحكيم، وكون الشرط غير متكافئ واحادي الجانب لا ينال من صحته، ولا يؤثر في ذلك ما اذا رفعت الدعوى بإجراءات تقاضي صحيحة من عدمه، لأن نص القانون لا ينطبق إلا اذا تمسك الطرف بشرط التحكيم، فقد يشرع طرف برفع الدعوى اعتقاداً منه أن الطرف الآخر لن يعترض ولن يطلب الإحالة للتحكيم، وحيث أن قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996 منح الطرفين حق اختيارهم للسلطة المختصة لفض النزاع، فمن وجهة نظر المحكمة للعقد، فإنه بمجرد أن يمارس المالكون خيارهم يكون عندها قد اتفق الطرفان على الزامية فض النزاعات عن طريق التحكيم، فإذا ما رفضت المحكمة هذا النظر فإنها لن تمنحهم حريتهم واستقلاليتهم التي أقرها لهم القانون. لذلك قررت المحكمة عدم سماع طلب المستأجر واجابة طلب الملاك بإحالة النزاع للتحكيم. (*Case No: 2004/510*)

وبذلك فقد حسمت المحاكم الإنجليزية الأمر بنفاذ شرط التحكيم غير المتكافئ بشكل عام، وذلك إعمالاً لبدأ حرية الاختيار التي تقوم عليه فكرة التحكيم ككل، وانه تواجد في هذا الشرط كافة أركان اتفاق التحكيم، إذ اعتبرت هذه التطبيقات وجود رضاء تام ذلك بأن اتفق الطرفان على تخويل أحد الأطراف حق اختيار التحكيم بدلاً من التقاضي.

المطلب الثالث: موقف القضاء الفرنسي من شرط التحكيم غير المتكافئ:

الحقيقة انه وخلال البحث عن تطبيقات قضائية للقضاء الفرنسي يمتحن شرط التحكيم، لا أحصل سوى على تطبيق قضائي واحد بشكل مباشر سأشرحه فيما تقدم، وتطبيق آخر لمبدئ قريب بعض الشيء وسنتعرض له فيما يلي.

حيث أن القضية المسجلة الوحيدة المتعلقة بشرط التحكيم غير المتكافئ في المحاكم الفرنسية هي قضية ما بين شركة فرنسية أسمها (SEC) وشركة هولندية أسمها (Sicaly) والذين دخلا في اتفاق تحكيم ينص على حق SEC أن تختار بين عرض النزاع على التحكيم أو المحاكم العادي، ولا يجوز للطرف الأخر تحديد جهة فض النزاع إلا أذا ما فشل الطرف المقرر الشرط لصالحه بالقيام بذلك.(*Arbitration International* (2006)، صفحة 145)

وعندما ثار نزاع بين الطرفين قامت شركة Sicaly بمحاولة رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية الفرنسية، مستندة بذلك على نص المادة 14 من القانون المدني الفرنسي الذي يسمح باختصام أي شركة فرنسية الجنسية امام المحاكم الفرنسية، ولكن المحكمة رفضت نظر الدعوى، وقد أسست قضائها على أساس أن البند يفصل بوضوح كاف ان شركة Sicaly قبلت احتمال ان النزاعات التي قد تنشأ عن النزاع من الممكن احالتها للتحكيم، وبذلك تكون قد اسقطت حقها في اعمال المادة 14 من القانون المجني الفرنسي، وهو ذات المبدأ الذي أكدته محكمة الاستئناف الفرنسية، والتي أكدت أن مثل هذا الشرط لا يتعارض مع النظام العام ولا يتعارض مع مبادئ الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها فرنسا، وهي ذات الأسباب التي استندت عليها محكمة النقض الفرنسية. (*Arbitration International* (2006)، صفحة 145)

وبتاريخ 7 أكتوبر 2015 نظرت محكمة النقض الفرنسية القضية رقم 101053ECLI: FR: CCASS: 2015: C في الغرفة الأولى

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

حول مسألة تضارب الاختصاصات، اذ دفع احد الأطراف بكون المحاكم الايرلاندية مختصة بنظر الدعوى دون المحاكم الفرنسية، وقد دفع الطرف الثاني بعدم صحة ما ساقه الطرف الأول استناداً على أن بند الاختصاص بنظر النزاع الوارد ذو طبيعة احتمالية يتعارض مع نص المادة 23 من اللائحة رقم 2001/44، وان إقرار محكمة الاستئناف أن البند ليس ذو طبيعة احتمالية، مغفلين أن البند يتطلب من احد الشركات أن ترفع دعواها أما المحاكم الايرلاندية، بينا من حق الطرف الآخر أن يرفع الدعوى أمام أي ولاية قضائية للطرف الأخر تواجد فيها، هو ما يعد مخالفة للقانون الفرنسي.

لكن المحكمة ارتأت أن حق اختيار المحكمة التي يخضع لها النزاع يقره القانون الفرنسي وبإرادة منفردة، على اعتبرا ان من له الحق في الاختيار ليس له الخيار لأجل غير مسمى بل يمكن التنبؤ به ولذلك فهي محدودة موضوعياً، ولم تطبق المحكمة نص المادة 1774 التي تمنع الالتزامات والشروط من جانب المدين لوحده، وقد طبقت مبدأ إمكانية التنبؤ المقر في مبادئ محكمة النقض الفرنسية عام 2010. ((https://www.enjea-avocats.com

خلاصة ما تقدم أن المحاكم الفرنسية أقرت بصحة شرط التحكيم الاختياري أو المنحاز لطرف دون أخر او الاحتمالي أو غير المتكافئ، غير أنه لا يوحد تطبيقات قانوني وقضائية كافية للاعتداد بها أمام المحاكم الفرنسية، والتي تستوجب المزيد من البحث.

المبحث الثاني: موقف المشرع البحريني من شرط التحكيم احادي الجانب

الفرع الأول: اتفاق التحكيم عقد رضائي شكلي:

لقد عرف اتفاق التحكيم بموجب الفقه القانوني على اعتبار كونه "نظام قانوني يتم وفقاً له، باتفاق الأطراف، الفصل بعمل قضائي ملزم في نزاع مالي بشأن علاقة قانونية بينهم، بواسطة شخص أو أشخاص يختارهم الأطراف، أو يحددون وسيلة اختيارهم"(التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علما وعملا – صفحة 12)، كما عرفه بعض الفقه على أنه "اتفاق طرفي علاقة قانونية معينة في إطار القانون الخاص، على تسوية نزاعهم المالي عن طريق شخص معين أو أكثر، يتم تعيينهم من الطرفين مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، أو من جهة ثالثة أخرى في حال عدم الاتفاق على مثل هذا التعيين"(التحكيم في القوانين العربية – صفحة 45)، كما عرفت المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية التحكيم على أنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختياهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان اليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"(التحكيم في القوانين العربية– صفحة 45) التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علما وعملا – صفحة 12)

وقد ذهب البعض للقول أن "الأصل في التحكيم أنه أمر اختياري يخضع لمطلق إرادة الأطراف" (موسوعة التحكيم في ضوء الفقه والقضاء – صفحة 33)، وأن التحكيم الاختياري هو في حقيقته "عقد يتفق طرفاه بمقتضاه على عرض المنازعات التي نشأت بينهما على فرد أو أفراد متعددين ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة"(موسوعة التحكيم في ضوء الفقه والقضاء– صفحة 33).

وقد نصت المادة 233 من باب التحكيم الملغي منقانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني بأنه "يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة. ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة. ويجب أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح وإلا كان التحكيم باطلا. ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه، وذلك مع عدم الإخلال بما ينص عليه أي قانون آخر". ومفاد النص القانوني السابق أن القانون البحريني في السابق اعترف بكون التحكيم هو اتفاق بين طرفين، وقد ألغي هذا النص بموجب القانون رقم (9) لسنة 2015، غير ان القانون الجديد في المادة الرابعة منه أنه "يعتد في تعريف اتفاق التحكيم وشكله بالخيار الأول المنصوص عليه في المادة (7) من القانون

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

المرافق".

وقد نصت المادة (7) من القانون المرافق للقانون رقم (9) لسنة 2015 (قانون الأونسترال النموذجي) على أنه " اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل". مفاد كل ما تقدم أن الأصل المتفق عليه هو أن شرط التحكيم يعتبر عقد بين أطرافه، وهو "عقد رضائي ملزم للجانبين بمعنى ان الرضا يكفي لانعقاده، وعقد التحكيم هو عقد ملزك للجانبين بمعنى أنه يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين" (موسوعة التحكيم في ضوء الفقه والقضاء – صفحة 54)، وهذا ما خلصت له محكمة النقض المصرية بأن " مشارطة التحكيم. عقد رضائي. انعقادها صحيحة. شرطه وفاة أحد المحكمين أو عزله بموافقة الخصوم. لا أثر له". (الطعنان رقم 6529، 6530 لسنة 62ق جلسة 2000/1/12).

بذلك نخلص لأن اتفاق التحكيم هو عقد رضائي ما بين الأطراف وهو وليد إرادتهما المطلقة، بما ينطبق عليه القواعد العامة للتعاقد في القانون المدني، دون اغفال الشروط الخاصة كالكتابة وغيرها من شروط صحة اتفاق التحكيم، أي أن "الاتفاق على التحكيم هو عقد يتم باتفاق الطرفين، ويعتبر مظهراً لسلطان إرادتهما" (التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علما وعملا – صفحة 95) وعليه ففي هذا المبحث نتوسع في امتحان ما اذا كان عقد التحكيم احادي الجانب أو غير المتكافئ محل البحث الماثل يتعارض مع أي من الاحكام والقواعد القانونية والفقهية الراسخة من عدمه.

الفرع الثاني: اركان اتفاق التحكيم:

لما كنا قد خلصنا له أعلاه أن اتفاق التحكيم بشكل عام هو عقد رضائي يخضع للقواعد الرئيسية للتعاقد، فإن أول الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم هي وجود الرضا بالتحكيم. وحيث أنالمستقر عليه فقهاً وقضاءً وقانوناً بان العقد هو "توافق ارادتين على احداث اثر قانوني، سواء كان هذا الاثر هو انشاء التزام او نقله أو تعديله او انهاؤه".)الوسيط في شرح القانون المدني–ص 118) ، وحيث أن توافق الارادتين في أي من العقود بما فيها عد التحكيم يستلزم بالضرورة الرضا كأحد الأركان الرئيسية، فالعقد الرضائي كما هو ثابت فقهاً وقضاءً وقانوناً"هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين، أي اقتران الايجاب بالقبول. فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد"، أما العقد الشكلي فهو العقد الذي " لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصص يعينه القانون". (الوسيط في شرح القانون المدني– ص 127)، وحيث أن عقد التحكيم هو عقد رضائي شكلي فلا ينعقد بمجرد تقابل الايجاب والقبول بل يتعين ان يكون الاتفاق مكتوباً كما نصت عليه المادة 7 من قانون اليونسترال ، إذ ان شرط الكتابة في عقد التحكيم شرط واجب للانعقاد لا للإثبات.

وحيث ان المستقر عليه فقهاً وقضاءً وقانوناً ان العقد "يقوم على الإرادة، اي تراضي المتعاقدين. والإرادة تتجه الى غاية مشروعة، وهذا هو السبب" (الوسيط في شرح القانون المدني – ص 145)، ، أما محل العقد فهو "ركن في الالتزام في العقد") الوسيط في شرح القانون المدني– ص 145)، والمستقر عليه فقهاً وقضاءً وقانوناً انه لوجود التراضي (الارادة) يجب ان تتطابق ارادتين، وبهذا التحديد يكون التراضي اتجاه ارادة الشخص الطبيعي او المعنوي كامل الاهلية لتحقيق سبب مشروع وواقع على محل مستوف الشروط، اي بمعنى اتجاه الارادة لإحداث اثر قانوني. وعليه فإن التعاقد يتم " بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذي قدمناه وبتوافق ارادتين"، وفي التحكيم يستلزم القانون تفريغ ذلك كتابة. (الوسيط في شرح القانون المدني – ص 147)

وحيث نصت المادة (32) من القانون المدني على ان " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه ، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحا".

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

ومفاد النص القانوني سالف البيان ان "التعبير عن الارادة –وهو مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس – يكون تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمنياً"، والتعبير الصريح قد يكون بالكلام او قد يكون بالتعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من اشكالها عرفية كانت او رسمية، أما الارادة الضمنية فيكون التعبير عنها "اذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الارادة.." (الوسيط في شرح القانون المدني – ص 147)، ومعنى ذلك أنه قد يكون اتفاق التحكيم ضمنياً يستفاد من الرسائل المتبادلة، أو صريحاً كذكره في العقد أو في ورقة منفصلة، وهو ينعقد بتوافر شرطين الأول موضوعي يتمثل في الرضاء والأخر شكلي يتمثل في الكتابة.

من جماع ما تقدم خلص الفقه إلى أنه "يلزم لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لصحة أي عقد بصفة عامة، والتي تحددها النظرية العامة للعقد في القانون المدني. وهي توافر أركان العقد من تراضي ومحل وسبب، وأن يكون التراضي صحيحاً بأن تكون إرادة كل من الطرفين صادرة عن ذي أهلية وخالية من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وان يكون محل العقد ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وقابلاً للتعامل فيه، وان يكون السبب موجوداً ومشروعاً)"قانون التحكيم في النظرية والتطبيق– صفحة 119)، بالإضافة للشروط الخاصة بالتحكيم من أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه وصلاحية الحق المتنازع عليه كمحل للتحكيم وتعيين محل النزاع الذي يخضع للتحكيم وان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وهو ما لن نفصل فيه في هذا البحث.

الفرع الثالث: اتفاق التحكيم احادي الجانب في ضوء ما تقدم:

حيث خلصنا مما تقدم لكون اتفاق التحكيم هو عقد رضائي شكلي استوجب المشرع لانعقاده ما هو واجب التوافر في النظرية العامة للعقد وبعض الشروط الخاصة التي أوردناها بشكل مقتضب والتي بحثت وشرحت في عشرات المراجع والكتب سابقاً، ولأغراض هذا البحث وحيث أن شرط التحكيم هو اتفاق بين طرفين على ان ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم (قانون التحكيم في النظرية والتطبيق– صفحة 119)، ويرد هذا الشرط عادة في العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية.

ولما لهذا الشرط من أهمية فقد اهتمت الكثير من الاتفاقيات والمؤسسات لصياغة شروط نموذجية تفادياً لحدوث إشكالات مستقبلية، بيد أنه في التحكيم الحر فإنه "من مصلحة الطرفين أن يكون اتفاقهما على شرط التحكيم واضحاً دون غموض في معنى وجوب الالتجاء للتحكيم") قانون التحكيم في النظرية والتطبيق– صفحة 119)، ولذلك فمن مصلحة الطرفين تبيان طريقة عمل الشرط بشكل كامل سواء بمن له صلاحية تعيين المحكم إذا ما لم يتفق الطرفان وطريقة وإجراءات السير في الدعوى التحكيمية تفادياً لترك الامر للجوء للمحاكم.

غير أنه وعند النظر إلى شرط التحكيم احادي الجانب أو غير المتكافئ فلم يرد في القانون البحريني أي نص يمنع منه، بل إضافة لذلك فق استقرت احكام الفقه على ان التحكيم يعتبر اختيارياً إذا ما التجئ اليه الأطراف بإرادتهم، فأساس التحكيم هو إرادة الأطراف، ولا يقدح من ذلك أن"الواقع العملي يشهد أحياناً تحكيماً اختيارياً يضطر أحد الطرفين لقبوله بسبب قوة الاقتصادية للطرف الآخر وحاجة الطرف الأول إلى إبرام العقد الأصلي معه لما يقدمه من تمويل. وقد يقبل الطرف ليس فقط التحكيم، بل أيضاً شروط للتحكيم غير ملائمة له، كإجراء التحكيم في بلد أجنبي، أو وفقاً لنظام مركز تحكيم باهظ التكاليف، أو الاتفاق على محكم لا يرغب فيه ولكن يفرضه الطرف الآخر أو يفرضه مركز التحكيم. ورغم هذا الاضطرار فإن التحكيم يعتبر تحكيماً اختيارياً") .قانون التحكيم في النظرية والتطبيق– صفحة (41

لما كان ما تقدم وحيث أن الشرط الذي نحن بصدد بحثه تتوافر فيه كافة أركان العقد العامة والخاصة بشرط التحكيم، وهو يقطع بأن الطرفان قد اتفقا على تفويض الطرف المشترط لصالحه بتقرير ما اذا يجب إحالة النزاع للتحكيم أو القضاء، ولا أرى في ذلك أي مخالفة للقانون، إذ أن الشرط جاء تتوافر فيه الأركان العامة المتمثل في الرضاء والمحل والسبب وبالتأكيد يجب لصحته الاشتراطات الخاصة الواجبة لانعقاد شرط التحكيم بشكل صحيح، ولا أرى أن تفويض طرف أو إعطاء طرف الحق في تحديد طريقة حل النزاع عند نشوئه

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

تؤثر على خيار الطرف الآخر وارادته وموافقته، شانها في ذلك شأن لو أتفقا على أنه حال نشوب النزاع يحل بواسطة التحكيم وللطرف الأول تسمية المحكم، أو لو أتفق الطرفان في اتفاق التحكيم على تفويض طرف ثالث للقيام بمهمة التعيين، وهو ما أرى معه مجدداً صحة ونفاذ شرط التحكيم غير المتكافئ أو أحادي الجانب في ضوء القانون البحريني.

غير أنه وبالرغم من أنه لم أجد تطبيقاً قضائياً لشرط التحكيم غير المتكافئ في العالم العربي كما اسلفت حتى هذه اللحظة، ولم أجد في المراجع التي حزت عليها لما يشي لهذا الشرط، إلا أن البعض رأى أن يجب "أن يعبر اتفاق التحكيم عن انصراف إرادة الطرفين إلى اتباع طريق التحكيم سبيلاً وحيداً لحل النزاع، فإذا كان لا يقطع بهذا، كما لو تضمن الاتفاق مجرد احتمال الالتجاء إلى التحكيم عند قيام النزاع، فإنه لا يكفي" (قانون التحكيم في النظرية والتطبيق– صفحة 118)، والحقيقة أن ما تقدم لا يتعارض مع شرط التحكيم احادي الجانب، إذ أن شرط التحكيم احادي الجانب ليس شرطاً يعني احتمال الالتجاء للتحكيم عند قيام النزاع، بل هو تفويض لطرف أن يتخذ قرار الالتجاء للتحكيم عند قيام النزاع من عدمه، بذلك فهو يكفي لانعقاد عقد التحكيم صحيحاً منتجاً لآثاره حسب وجهة نظري.

وقد استند الرأي السابق لما خلصت له المحكمة المدنية الكبرى في الدوحة، بالقول "إذا اتفق الطرفان على انه في حالة وجود خلاف بين الطرفين يلجأ الطرفان إلى تحكيم شخص ثالث يتفقان عليه فإذا لم يتفقا عليه تكون المحاكم هي المختصة، فإن هذا الاتفاق يعني ان الطرفين قد علقا اللجوء إلى التحكيم على شرط اتفاقهما على شخص المحكم، فإن الشخص يتخلف فلا يكون لأيهما الالتجاء للتحكيم. مما يلزم معه عدم قبول الدفع بوجود شرط تحكيم. ذلك أن الاتفاق على التحكيم يجب أن تفصح صياغته عن الطابع الوجوبي للتحكيم سبيلاً وحيداً لحل النزاع") قانون التحكيم في النظرية والتطبيق– صفحة 118)، والحقيقة أنه عند فحص نظرية التحكيم فإن وجهة نظري تتمثل في انه لا يوجد ما ينال من شرط التحكيم اذا لم يكن طريقاً وحيداً لحل النزاع، فقد يكون بند حل النزاعات أنه في حال نشوب أي نزاع يلجئ الطرفان لتسويته وفقاً لقواعد حسن التعامل وشرف التعاقد خلال مدة محددة، وفي حال تعذر عليهم تسوية النزاع في الفترة المحددة، يصار لحل النزاع عن طريق التحكيم، وبذلك لم يكن طريق التحكيم بمنطق الحكم المذكور طريقاً وحيداً لحل النزاع إذ أنه جاز حله عن طريق التسوية قبل اللجوء للتحكيم، ولكن درجت المحاكم على اعتبار هذا الشرط صحيحاً ونافذاً ومنتجاً لآثاره.

أي بمعنى أنه لا يوجد ما يجبر على أن ينص شرط التحكيم على وجوب ان يكون التحكيم طريقاً وحيداً لحل النزاعات، ولكن يجب أن يكون واضح المعالم بأن إرادة الطرفين اتجهت لتسوية النزاع عن طريق التحكيم، ذلك لان أساس التحكيم هو إرادة الاطراف، وبذلك فإن الشرط محل البحث الماثل يبين بشكل قاطع أن الطرف الذي اعطى للطرف الآخر حق إحالة النزاع للتحكيم إذا ما نشأ، أعطى للطرف الثاني إيجاباً مشروطاً، وأعطى للطرف الأخر المقرر الشرط لصالحه حق إعطاء القبول متى ما نشأ النزاع بإحالة النزاع للتحكيم، أو بالدفع بوجود شرط تحكيم امام المحكمة حال قيام الطرف الآخر برفع الدعوى، وبذلك ينعقد عقد التحكيم المكتوب ويكون منتجاً لآثاره.

أي بمعنى أن شرط التحكيم أحادي الجانب هو عبارة عن ايجاب متضمن كافة الشروط مفتوح إلى أن ينشأ نزاع، وما أن ينشأ نزاع فإنه ينشأ للطرف المقرر الشرط لصالحه حق جديد في أن يقوم بإصدار قبوله بإحالة النزاع للتحكيم، وبذلك تتقابل إرادة الطرفين وينعقد عقد التحكيم بموجب ذلك القبول شريطة أن يكون متضمناً باقي الشروط الأخرى، ولا أرى ما يمنع من ذلك.

3 الخاتمة:

إن البحث الماثل يمتحن شرطاً درجت عقود الاستثمار الدولية بالأخص تلك المتعلقة بالتمويل على ادراجه ضمن عقودها، وبهذا البحث نصل لقانعة مفاده أن الاشتراطات الرئيسية التي ينعقد بموجبها شرط التحكيم صحيحاً منتجاً لآثاره تتوافر في طريقة صياغة هذا الشرط.

غير أنه لم يمتحن هذا الشرط أمام القضاء، أو بشكل أكثر دقة فلم نتوصل لأحكام قضائية في العالم العربي امتحنت هذا الشرط، بل أن حتى فرنسا الدولة التي استقي منها قانوننا البحريني عن طريق خبراء القانون والمشرعين المصريين اللذين طالما تأثروا بأحكام وقواعد التشريع الفرنسية أكثر من سواها من دول العالم.

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

غير أن كل ذلك لا يقدح من أمر واحد شديد الأهمية بأنه لا توجد اجتهادات قضائية كافية للقول بأن موقف القضاء البحريني راسخ وثابت تجاه إعمال شرط التحكيم غير المتكافئ أو إبطاله، ولم يسعفنا البحث في المراجع الفقهية عن امتحان لهذا الشرط، ولا التطبيقات القضائية في القضاء المقارن، وهذا لا يعني بالضرورة غيابها كلياً إلا أنها من القلة بحيث يصعب الحصول عليه، بالرغم من كونها واحدة من المسائل التي شغلت القضاء الإنجليزي والأمريكي على سبيل المثال منذ ثمانينيات القرن الماضي، وهو الأمر الذي بالضرورة يستدعي مزيداً من البحث.

خصوصاً أن الحركة التجارية العالمية اليوم في تسارع واتساع كبير ولا تحدها حدود بالأخص كأحد انعكاسات الاتجاه نحو التجارة الإلكترونية واستخدام وسائل التواصل الاجتماعية في الترويج والبيع وممارسة شتى أنواع النشاطات الاقتصادية، بما ألغى الحدود في معظم أنواع التجارة ولم يعد الأمر مقتصراً على التمويلات والصناعات المصرفية والمالية المرتبطة بها، وهو الأمر الذي يفتح الباب واسعاً أمام نشوب نزاعات قد يرد فيها شرط التحكيم أحادي الجانب والذي يتلخص رأيي في اعتماده شرطاً صحيحاً منتجاً لآثاره.

النتائج والتوصيات:

1- النتائج:

1- (شرط التحكيم غير المتكافئ أو الاختياري) هو ذلك الشرط الذي يلزم الطرفين أنفسهم بموجبه للخضوع لسلطة فض منازعات محددة، وفي ذات الوقت يكون لأحد طرفيه حق إحالة النزاع الناشئ للتحكيم دون الآخر.

2- حسمت المحاكم الإنجليزية الأمر بنفاذ شرط التحكيم غير المتكافئ بشكل عام، وذلك إعمالاً لبدأ حرية الاختيار التي تقوم عليه فكرة التحكيم ككل، وانه تواجد في هذا الشرط كافة أركان اتفاق التحكيم، إذ اعتبرت هذه التطبيقات وجود رضاء تام ذلك بأن اتفق الطرفان على تخويل أحد الأطراف حق اختيار التحكيم بدلاً من التقاضي.

3- المحاكم الفرنسية أقرت بصحة شرط التحكيم الاختياري أو المنحاز لطرف دون أخر أو الاحتمالي أو غير المتكافئ مع إيراد بعض القيود.

4-وعند النظر إلى شرط التحكيم أحادي الجانب أو غير المتكافئ فلم يرد في القانون البحريني أي نص يمنع منه، بل إضافة لذلك فق استقرت أحكام الفقه على أن التحكيم يعتبر اختيارياً إذا ما التجئ إليه الأطراف بإرادتهم، فأساس التحكيم هو إرادة الأطراف.

5- شرط التحكيم أحادي الجانب ليس شرطاً يعني احتمال الالتجاء للتحكيم عند قيام النزاع، بل هو تفويض لطرف أن يتخذ قرار الالتجاء للتحكيم عند قيام النزاع من عدمه، بذلك فهو يكفي لانعقاد عقد التحكيم صحيحاً منتجاً لآثاره.

6-لا يوجد ما ينال من شرط التحكيم إذا لم يكن طريقاً وحيداً لحل النزاع، فقد يكون بند حل النزاعات أنه في حال نشوب أي نزاع يلجئ الطرفان لتسويته وفقاً لقواعد حسن التعامل وشرف التعاقد خلال مدة محددة، وفي حال تعذر عليهم تسوية النزاع في الفترة المحددة، يصار لحل النزاع عن طريق التحكيم.

7- شرط التحكيم أحادي الجانب هو عبارة عن إيجاب متضمن كافة الشروط مفتوح إلى أن ينشأ نزاع، وما أن ينشأ نزاع فإنه ينشأ للطرف المقرر الشرط لصالحه حق جديد في أن يقوم بإصدار قبوله بإحالة النزاع للتحكيم، وبذلك تتقابل إرادة الطرفين وينعقد عقد التحكيم بموجب ذلك القبول شريطة أن يكون متضمناً باقي الشروط الأخرى.

2- التوصيات:

1- أوصي بتعديل التشريعات القانونية ذات العلاقة في البحرين لاتخاذ موقف واضح من شرط التحكيم أحادي الجانب، باعتماده شرط تحكيم مكتمل الأركان نافذاً وصحيحاً ومنتجاً لآثاره.

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.

المراجع العربية:

[1] المستشار إبراهيم سيد أحمد والمحامي شريف أحمد الطباخ – موسوعة التحكيم في ضوء الفقه والقضاء– الجزء الأول طبعة 2015.

[2] الدكتور أحمد حداد – التحكيم في القوانين العربية– الجزء الأول – طبعة 2014.

[3] الدكتورِ فتحي والي – التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علما وعملا– الطبعة الأولى 2015.

[4] الدكتور عبدالرزاق السنهوري– الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول – طبعة2004.

[5] الدكتور فتحي والي – قانون التحكيم في النظرية والتطبيق– الطبعة الأولى.

المراجع الأجنبية:

[1] Bas van Zelst, Maastricht Journal of European and Comparative law (2018).

[2] Nesbitt and H. Quinlan, 22 *Arbitration International* (2006).

المواقع الإلكترونية الأجنبية:

جامعة كوين ماري http://www.pwc.com.

British and Irish Legal Information Institute.http://www.bailii.org

ENJEA AVOCATS.https://www.enjea-avocats.com

https://www.courdecassation.fr موقع محكمة النقض الفرنسية.

المواقع الإلكترونية العربية:

https://www.cc.gov.eg/ موقع محكمة النقض المصرية.

http://www.sccourt.gov.eg/ موقع المحكمة الدستورية المصرية.

© 2021 NSP
Natural Sciences Publishing Cor.