



أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضوع

التحكيم البحري في عقود التجارة الدولية

- دراسة مقارنة -

تقدم بها الطالب

عبد الله سالم علي العثماني النقبوي

تحت إشراف الأستاذ:

الدكتور فريد الباشا

أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق اكدال - الرباط

لائحة المختصرات:

• باللغة العربية:

م . س.	مرجع سابق
ج.1	الجزء الأول
ج.2	الجزء الثاني
ق.ت.م	قانون التحكيم المغربي
ق.ت.إ	قانون التحكيم الإماراتي
ع	عدد
ص	صفحة

• باللغة الفرنسية:

Para	Paragraphe
Rev. Arb	Revue d'arbitrage
Art	Article
Cass. Civ	Chambre civile de la cour de cassation
Cass. Com	Chambre commerciale de la cour de cassation.
J.D.I.	Journal de droit international
éd	Edition
N°	Numéro.

LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
Obs	Observations.
Op. cit.	Ouvrage cité.
Vol	Volume.
RTD Com	Revue trimestrielle de droit commercial.
Re. D	Recueil Dalloz.
Rev.crit. D.I.P	Revue critique de droit international privé.
S.	suite.

المقدمة

يعد التحكيم من أقدم الوسائل التي لجأ إليها الإنسان لفض ما ينشأ بينه وبين أقرانه من نزاعات، فهو معروف منذ بدء الحضارة الإنسانية، وقد عرف العرب التحكيم قبل الاسلام وبعده، حيث كان اللجوء إلى الاحتكام من طرف القبائل والعشائر والأفراد طريقاً معروفاً لديهم، إذ يلجؤون إلى شيخ القبيلة لحل بعض الخلافات العالقة فيما بينهم، ومازالت هذه العادة مستمرة عند بعض القبائل العربية إلى وقتنا الحاضر، ومن أشهر القضايا التحكيمية المعروفة والتي كان الحكم فيها النبي محمد صل الله عليه وسلم قبل الاسلام عندما اجتمعت قريش لبناء الكعبة واختلفوا على من سيتولى شرف وضع الحجر الأسود في مكانه في الجانب الشرقي، واتفقوا على تحكيم أول من يدخل من باب الصفا حول هذا الخلاف، فدخل النبي صل الله عليه وسلم وكان حكمه أن طلب ثوبا ووضع عليه الحجر ثم اشترك في رفعه من كل قبيلة كبيرها فتناول عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم الحجر بيده من الثوب ووضع موضع موضع وبهذا انتهى الخلاف¹. وعندما جاء الإسلام أقر التحكيم في القرآن الكريم في الآية 35 من سورة النساء في سياق الإصلاح بين الزوجين حيث ورد قوله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"².

وقد أكدت ذلك الآية 65 من السورة نفسها في المنازعات التي ترد بين المجتمعات الاسلامية بقوله عز وجل: "فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا"³.

ويعتبر التحكيم إحدى الوسائل البديلة الذي اتسمت أفاقه وطنيا ودوليا بحل المنازعات، حيث عم الاعتراف بشرعيته بين كافة أفراد الجماعة الدولية على اختلاف نظمها القانونية وأوضاعها الاقتصادية، إذ باتت كافة دول العالم - بصرف النظر على نظامها السياسي والاجتماعي والاقتصادي - تترك له مكانا متزايدا في تحقيق العدالة، وتحيط مؤسساته الوطنية بالرعاية، وعلى المستوى الموضوعي اتسع نطاق القابلية للتحكيم ليشمل مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة عنه، كما هو الحال مثلا في المنازعات التي

¹ - أبو اليزيد علي المتيت، التحكيم البحري، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة التاسعة عشر، يناير، مارس، 1975، ص28.

² - الآية 35 من سورة النساء.

³ - الآية 65 من سورة النساء.

تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفاً فيها وفي المنازعات التي يتصل موضوعها بالنظام العام⁴.

ويؤكد ذلك اللجوء المتزايد بين المتعاقدين سواء على مستوى التجارة الدولية أو الداخلية في حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم، كما تكمن خصوصيته في كونه أداة ووسيلة فعالة لفض النزاع، واللجوء إليه رهين بإرادة أطرافه سواء في اختيار الشخص أو هيئة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع⁵.

فإذا كان القضاء يعد الطريق الطبيعي لفض المنازعات ووسيلة لإحلال العدل في المجتمع، فإنه مع تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي، والتغيير في أنماط العلاقات التجارية، نتيجة للتحويلات الاقتصادية التي يشهدها هذا العصر، أخذت تنشأ إلى جانب النظام القضائي وسائل أخرى اختيارية⁶ بديلة عنه، يلجأ الخصوم إليها بمحض إرادتهم لفض ما يشجر بينهم من منازعات.

وقد اختلفت التعريفات التي أعطيت للتحكيم سواء على مستوى التشريع أو الفقه، فقد تم تعريف التحكيم في إطار المادة 1790 من مجلة الأحكام العدلية والتي أصدرتها السلطنة العثمانية سنة 1876 بأن: "التحكيم هو اتخاذ الخصمين برضاها حاكماً يفصل خصومتها ودعواها...". أما المشرع الإماراتي فقد عرف التحكيم بأنه "وسيلة ينظمها القانون يتم من خلالها الفصل بحكم ملزم في نزاع بين طرفين أو أكثر بواسطة هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف"⁷. أما المشرع التونسي فقد عرف التحكيم ضمن الفصل الأول من مجلة التحكيم الصادرة في 26 أبريل 1993، فاعتبر أنه : طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم⁸.

⁴ - Dunsher de abranches، التحكيم والعقود المتعلقة بالأعمال العلمية، والتكنولوجية والبحثية، واستخدام المخترعات، والدراية الفنية، تقرير مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع للتحكيم، موسكو 3-6 أكتوبر 1972، مجلة التحكيم 1972، بند 17، ص 284.

⁵ - منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الداخلي و الدولي في ضوء فقه وقضاء التحكيم، ص 83. و حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر العربي، ص 16.

⁶ - تتمثل هذه الوسائل في التحكيم، المصالحة، التوفيق، الوساطة.

⁷ - المادة الأولى من ق.ت.إ.

⁸ - علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 25.

أما على مستوى الفقه، " فقد اختلف الفقهاء في الطبيعة القانونية للتحكيم. فرأى بعضهم أنه تقنية تعاقدية، وركز البعض الآخر على طابعه القضائي، باعتباره آلية قضائية لحسم المنازعات. فقد أكد جانب من الفقه الطبيعة القضائية والمؤسسية للتحكيم. إذ يرى الفقيه جاروسون أن "التحكيم هو المؤسسة التي يقوم من خلالها شخص أجنبي بفض النزاع الذي يربط شخصين فأكثر وذلك بممارسة الوظيفة القضائية الممنوحة له من قبل الأطراف"⁹.

وقد ركز جانب من الفقه¹⁰ على الأساس الاتفاقي للتحكيم فتم تعريفه بكونه "وسيلة اتفاقية لتسوية النزاعات من قبل خواص يتم اختيارهم من قبل الأطراف ولهم سلطة الفصل بدلا عن محاكم الدولة".

وعرف جانب آخر من الفقه التحكيم اعتمادا على الجانب التقني فيه فاعتبر أنه: "عملية تهدف إلى تقديم حل لسؤال يهم علاقات تجمع بين شخصين فأكثر من قبل شخص أو أشخاص آخرين - المحكم أو هيئة التحكيم- الذين يستمدون سلطتهم من اتفاقية خاصة يحكمون على أساسها دون أن يستمدوا سلطتهم المتعلقة بهذه المهمة من الدولة".

أما فيما يخص الصبغة التجارية للتحكيم، فإن أغلب التشريعات العربية المعاصرة المتعلقة بالتحكيم الدولي تبنت مفهوما موسعا، إذ اعتبرت في عمومها التحكيم تجاريا كل تحكيم دولي تتواجه فيه مؤسسات حول نزاع ذو صبغة اقتصادية متبينة القانون النموذجي للتحكيم التجاري

⁹ - Bert rand Morean et Thierr Bernard – Droit interne et droit international de l'arbitrage , 2ème Edition Delmas Paris 1985 .p 89

¹⁰ - ابراهيم علي حسن – تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة مجلة هيئة قضايا الدولة – العدد الثاني السنة 41 أبريل - يونيو 1997 . ص 3. وقد عرفه:

– احمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، 1983، ص.15. عرفه على أنه: «الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون الذهاب إلى المحكمة المختصة به»؛
– منير عبد المجيد، الأسس العامة، للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص. 12. عرفه على أنه "الوسيلة لفض نزاع قائم أو مستقبل، بعيدا عن ولاية القضاء المختص مع التزام الأطراف بعرض النزاع كله أو بعضه على محكم أو ثلاثة للفصل فيه بحكم لازم لهم"؛

فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دراسة لقانون المرافعات المدنية والتجارية وأهم التشريعات المكملة له، دار النهضة العربية، ط 1980، ص.26. عرفه على أنه "هو الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير بدلا من الطريق القضائي العام"؛

وجدي راغب، مفهوم التحكيم، وطبيعته، محاضرة مكتوبة في دورة تدريبية بكلية الحقوق جامعة الكويت 92-93، ص.3. عرفه على أنه "نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها، أو هو إمكانية أطراف النزاع بإقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم طبقا للقانون، كما تحل عن طريق أشخاص يختارونهم".

الدولي لسنة 1985 والذي يميل إلى تكريسه الفقه والقضاء على المستوى العالمي، وهو المفهوم الموسع للصبغة التجارية، والذي يعتبر أن كل معاملة ذات صبغة اقتصادية دولية تعتبر تجارية، و لو كانت تعتبر غير تجارية (مدنية بالأساس) وفق التشريع الوطني.

أما بالنسبة للصبغة الدولية للتحكيم، فقد لاحظ جانب من الفقه أن هذا المفهوم يثير اختلافات بين نظرية قانونية لتحديد هذه الصبغة الدولية وأخرى اقتصادية. فحسب النظرية القانونية، يتم استخراج عناصر "الخارجية" للنزاع والبحث عن نقاط الالتقاء مع بلد معين، ومن خلال هذه الطريقة التنازعية يتم ربط التحكيم بنظام قانوني وطني، أما بالنسبة للنظرية الاقتصادية، فإن جانبا من الفقه الحديث يرى أنه حتى يكون التحكيم دوليا يجب أن يتعلق النزاع بالتجارة الدولية وهو ما كرسه المشرع الفرنسي¹¹.

لقد عملت أغلب الاتفاقيات الدولية والإقليمية المتعلقة بالتحكيم الدولي على تكريس أكبر قدر ممكن من الحرية للأطراف والمحكم، ولقد زاد في تكريس هذا المنهج العالمي هو تحرر التحكيم من الارتباط الجغرافي والقانوني بسيادة دولة ما، وفق ما يتضمنه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

فالتحررية التي أصبحت من أبرز مميزات التحكيم البحري بصفة عامة والتحكيم البحري موضوع هذه الدراسة بصفة خاصة، دحضت فكرة التحكيم الإجمالي أو الإلزامي منذ ضمان حرية اختيار الأطراف لهذه الطريقة في فض النزاعات. بالإضافة إلى ذلك، يمكن اعتبار التحكيم أداة للتحرر من تحكم الدولة، إذ أنه يحلر الأطراف والمحكم من الخضوع لقانون الدولة سواء الإجرائي أو الموضوعي كما يحلرهم إلى حد كبير من قضاءها.

فرغم أن القضاء هو الطريق الطبيعي لفض المنازعات، ووسيلة لإحلال العدل في المجتمع، غير أنه مع تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي، والتغيير في أنماط العلاقات التجارية، نتيجة للتحويلات الاقتصادية التي يشهدها هذا العصر، أخذت تنشأ

¹¹ - Zahi Amor : L'Etat et l'arbitrage – Etude comparée principalement du Droits des Etats arabes ، tome 2 ، thèse de Doctorat d'Etat ، Faculté de Droit et des sciences économiques ، Orléans ، France .

إلى جانب هذا القضاء وسائل أخرى اختيارية¹² بديلة عنه، يلجأ الخصوم إليها بمحض إرادتهم لفض ما يشجر بينهم من منازعات لعل من أهمها التحكيم.

فالتحكيم البحري نظام قانوني لحل المنازعات البحرية التي تنشأ أثناء النقل البحري أو بمناسبته، وهو معروف منذ أقدم العصور حتى أنه يمكن القول أن جذوره تمتد إلى عصور روما القديمة في القرن السابع قبل الميلاد¹³. وقد كان لازدهار التجارة البحرية في العصور الوسطى ووجود الموانئ الهامة على بحر الشمال وبحر البلطيق الأثر الأكبر في أن يحظى التحكيم البحري بمكانة لاثقة كوسيلة لحل المنازعات البحرية¹⁴. وقد انتشر التحكيم ولاقى رواجا وازدهارا لامثيل لهما في عصرنا الحاضر بحكم التبادل التجاري بين الدول المختلفة في العالم بأسره، حيث وجد هذا التبادل التجاري وسيلته المفضلة في النقل البحري رغم الأهمية المتزايدة لوسائل النقل البري والجوي، إلا أن النقل البحري حافظ على احتلال المرتبة الأولى ضمن هذه الوسائل، نظرا لقلّة تكاليفه، ولكبر أحجام الشحنات المنقولة بواسطته¹⁵.

لعل من أهم الأسباب التي تدفع اللجوء إلى نظام التحكيم البحري تنطلق من الحسنة والايجابيات التي يتصف بها، خصوصا في إطار العلاقات الدولية، إذ يقوم على تبسيط إجراءات الفصل في النزاع، والتحرر من الشكليات، والسرية في عدم ذكر أسماء المتخاصمين وعدم نشر الأحكام إلا برضا أصحاب العلاقة بغية حل النزاع بأقصى سرعة ممكنة، وذلك بتعيين محكمين ذوي خبرة فنية متخصصة تساعدهم في حسم النزاع، تلك الخبرة التي لا يتمتع بها عادة القضاة في محاكم الدولة.

¹² - تتمثل هذه الوسائل في التحكيم، المصالحة، التوفيق، الوساطة.

¹³ - ناريمان عبدالقادر اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط1996، ص 30 وما بعدها.

¹⁴ - هناك الكثير من الأحكام التحكيمية البحرية الصادرة في ميناء مرسيليا بفرنسا عام 1248 م والتي مازالت موجودة حتى الآن، وتعتبر هذه الأحكام خير دليل على انتشار التحكيم في ذلك الوقت، الذي لها الأثر الهام والكبير في تدوين الأعراف البحرية في مجموعتين هامتين وهما: قنصلية البحر "Consulate de la Maar"، وهي مدونة في برشلونة في القرن الحادي عشر للميلاد ومجموعة أوليرون "The Roles of Oleren"، التي وضعت عام 1200 ميلادية لتضم معظم الأحكام القضائية الصادرة في الموانئ الفرنسية الواقعة على المحيط الاطلنطي، كما أن الأحكام التحكيمية الصادرة عن التحكيم البحري في هذا العصر خير شاهد على انتشار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات البحرية وذلك بميناء مرسيليا بفرنسا عام 1248 للميلاد، والتي مازالت موجودة ومحفوظة حتى الآن. لمزيد من المعلومات راجع محمد عبدالفتاح ترك، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 15.

¹⁵ - عاطف محمد الفقى، التحكيم في المنازعات البحرية، دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس، دار النهضة العربية، 2007، ص: 2.

كما أن من أهم النتائج الايجابية التي تترتب على اللجوء للتحكيم البحري لحسم المنازعات تخفيف العبء عن قضاء الدولة الذي يرفع أمامه كل عام عدد هائل من الدعاوى، مما ينتج عنه تكس ملفات القضايا وبطئ البت فيها، رغم ما يحيط به من تنظيم باعتباره أحد سلط الدولة وما يتمتع به القضاة من تكوين وخبرة، غير أن كل ذلك لا يكفي لمتطلبات فض نزاعات التجارة الدولية.

هكذا أصبح نظام التحكيم البحري من أهم الوسائل البديلة لفض المنازعات المتعلقة بالنقل البحري، إذ يحظى باهتمام دولي ومحلي من جميع أطراف التعاقد، لاسيما من أصحاب الاستثمارات الأجنبية. فأمام الارتفاع الهام في عدد المعاملات التجارية وتنوع أشكالها وأساليبها وجد أطراف التجارة الدولية أنفسهم أمام عائق كبير يتمثل في كيفية حل النزاعات الناشئة بينهم في إطار معاملاتهم التجارية الدولية، وما يتطلبه فض النزاعات الناشئة عنها من تقنيات جديدة وسرعة البت فيها، التي تهدف إلى المحافظة على استمرارية العلاقات التجارية الدولية القائمة بين الأطراف المتنازعة، إذ لم يعد لأطراف التجارة الدولية من حل سوى اللجوء إلى الطرق البديلة لحل تلك المنازعات ومن أبرزها التحكيم البحري موضوع هذه الأطروحة، الذي يعتبر أكثر تحررا من خلال تكريسه لأساليب وتقنيات أكثر مرونة وتلاءما مع واقع التجارة الدولية.

يعتبر إلتجاء أطراف التجارة الدولية إلى التحكيم البحري أمرا منطقيا لما يتميز به هذا الأخير من تحرر يكاد يكون مطلقا يتمتع به كل من الأطراف و هيئة التحكيم، وذلك على عكس قضاء الدولة، الذي يجب في إطاره على القضاة والمتقاضين الالتزام بقانون الدولة ويسير على إجراءات قد رسمها المشرع لا يمكن الحيدة عنها أو عدم العمل بموجبها.

ففي إطار التحكيم البحري يتحرر الأطراف والمحكم من الالتزام بالقانون الإجرائي للدولة. إذ يضعون بكل حرية الإجراءات التي يريدون إتباعها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكنهم اختيار القانون المطبق على أصل النزاع أو تجاوز القانون أصلا والالتجاء إلى قواعد العدل والإنصاف¹⁶.

¹⁶ - إبراهيم أحمد إبراهيم، بعض المشاكل العلمية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات القضايا التحكيم، مؤتمر مراكز التحكيم العربي الثانية 17 - 18 أيار 1999 بيروت ص 8

وقد اكتسب التحكيم البحري منذ القدم أهمية قصوى في مجال المنازعات التي تعترى تنفيذ عقود النقل البحري، وعمليات التجارة البحرية، وهذا راجع إلى ما يتميز به هذا الأسلوب من خصوصيات مقارنة مع قضاء الدولة، تتجلى أساساً في سرعة الفصل في هذا النوع من المنازعات وسهولة إجراءاته وسريتها، وأهم من ذلك حرية الأطراف في اختيار محكميهم، واختيار القانون والإجراءات المراد تطبيقها على هذه المنازعات. وعلى هذا الأساس، "سطع مصطلح التحكيم البحري في سماء القانون الدولي العام، ليؤكد ويجسد مبدأ الرضائية في مجال العلاقات والعقود الدولية، الذي ينهض -في معناه ومبناه- على مبدأ سلطان الإرادة، وأصبح التحكيم نظاماً قضائياً عالمياً، كإحدى الوسائل القضائية لتسوية المنازعات بالطرق الودية"¹⁷.

وما يؤكد هذه الحقيقة، أن عمليات النقل البحري في مجال التجارة العالمية، تحتل الصدارة بالمقارنة مع مجموع عمليات النقل الأخرى المختلفة التي تتم عن طريق البر والجو، إذ تمثل نسبة 58% من حجمها الإجمالي، نظراً للطاقة الكبيرة التي تتمتع السفينة على التكيف مع متطلبات التكنولوجيا الحديثة، وما تتميز به من قدرة على استيعاب مختلف البضائع ونقلها عبر موانئ العالم¹⁸. أضف إلى ذلك، أنه من الحقائق المؤكدة، أن أكثر من 90% من المنازعات المعروضة أمام رابطة المحكمين البحريين في لندن هي ذات طبيعة بحرية، وأن 80% من المنازعات الخاضعة للتحكيم تتعلق بمشارطات الإيجار أو سندات الشحن الصادرة تنفيذاً لهذه المشارطات، وفي إنجلترا وحدها بلغت نسبة التحكيم في المسائل البحرية ما يعادل 85% من الرقم العالمي من طلبات التحكيم¹⁹.

إن للتحكيم البحري مزايا عديدة جعلته من أهم الوسائل البديلة لفض المنازعات بين الأطراف، لذا اتجهت معظم الشركات والأفراد إلى اللجوء إليه، وذلك لأن التحكيم يتصف بخصائص جعلته الوسيلة الأكثر والأهم اتباعاً في الوقت الحالي، ومن أهم خصائص التحكيم التي تدفع بالمتنازعين إلى اللجوء إليه هي:

17- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2002، ص 17.
18- فاروق ملش، النقل المتعدد الوسائط، الأوجه التجارية والقانونية، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، دار الشنهابي للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1996، ص 9.
19- أنظر في شأن هذه الإحصائيات، محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص 16.

1. سرعة حسم النزاع: فالمعاملات التجارية تقوم على مبدأين أساسيين هما الثقة، والسرعة التي أصبحت سمة هذا العصر، فالقضاء العادي قد يطيل أمد النزاع ليس باعتبار أن هذه صفة ملازمة له ولكن طبيعة الإجراءات القضائية، وقلة عدد القضاة أمام التزايد المستمر في عدد القضايا أدى إلى تراكمها، كما أن إحضار الخصم للقضاء الرسمي قد يستغرق وقتاً طويلاً وإجراءات معقدة يصعب تنفيذها بسرعة من طرق إعلان الخصوم واستدعائهم، في حين أن التحكيم يأتي إليه الخصوم طواعية في بعض الأحيان؛

2. إنهاء النزاع بلا خصومة ولا مشاحنة بين الخصوم: لأنهم بإرادتهم قد اختاروا من يرتضونهم من المحكمين، وهذا التراضي يشكل أرضية جيدة للتنفيذ، وإلى محو آثار الخصومة، كما أن جو سير إجراءات التحكيم والمكان المقام فيه نظر الدعوى لتحكيمية يزيل أي إحساس بالخصومة²⁰؛

3. التخصص: أحياناً عند نظر القاضي إلى قضية ما قد يحتاج إلى تعيين خبير للحصول على رأي فني في الدعوى وما يستغوّقه ذلك من وقت كبير جداً لحين ورود رد الخبرة مما يطيل أمد التقاضي، بينما نجد أن المحكم يتميز بأنه غالباً ما يكون خبيراً بموضوع النزاع؛

4. السرية: التحكيم البحري وسيلة ناجحة لحل المنازعات البحرية التي تتميز بنوع من الحساسية، فالتجار يحرصون عموماً على عدم إطلاع الغير على مراكزهم المالية، وطبيعة الصفقات التي يعقدونها، ومع من يتعاملون، حيث إن التحكيم يحصر الحضور في أضيق نطاق ممكن، كما أن الجلسات التحكيمية ليست علنية والأطراف وحدهم من يتلقى منطوق الأحكام التحكيمية ولا يجوز حضور أي شخص غير الأطراف إلا بإذن المحتكمين كتابة ويثبت ذلك في المحضر؛

5. دولية النشاط البحري: نظراً لاختلاف جنسية الناقل عن جنسية الشاحن عن جنسية السفينة في أغلب الأحيان، ونظراً لارتباط الأنشطة البحرية بانتقال البضائع

²⁰ - أحمد المؤمني، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطابع التوفيق المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء. 2010، ص. 34.

والأموال والخدمات من دولة إلى أخرى، فإن صفة الدولية هذه تتماشى مع طبيعة التحكيم ومرونته؛

6. نهائية حكم التحكيم: لا تخضع القرارات التحكيمية لطرق الطعن التي تعرفها الأحكام الصادرة عن المحاكم، ولها حظوظ كثيرة في أن تكون نهائية.

يمكن اعتبار أن التحررية هي السمة الأساسية والجوهرية التي تطبع التحكيم البحري وعنصر الجذب الأساسي لهذه الطريقة لفض النزاعات. وقد أصبح التحكيم البحري ذاته ضماناً أساسية للمستثمرين الأجانب وأصحاب رؤوس الأموال، مما دفع بجميع التشريعات الدولية بما في ذلك القوانين العربية إلى تكريس نهج تحرري من خلال قوانينها.

عملياً، يمكن القول أن ما يتمتع به الأطراف من حرية كبيرة في إطار التحكيم وبصفة خاصة في اختيار القانون المنطبق يعتبر من أبرز دوافع التجار لاختيار التحكيم الدولي لفض نزاعاتهم. لكن يحصل أحياناً أن يتم تجاوز إرادة الأطراف في الاختيار وإحلال إرادة المحكم وذلك لأسباب مختلفة تتعلق معظمها بالقانون المختار. من جهة أخرى، بملاحظة واقع التحكيم الدولي، نجد أنه رغم تحرر التحكيم من الرقابة المشددة لقضاء الدولة إلا أن ذلك لا يعفي هذا الأخير من أحد تدخلين حسب ما تتطلبه الأحوال، فيكون التدخل إما مساعداً أو رقابياً.

❖ أهمية البحث

مازال فقهاء القانون يمدون ويثرون الساحة الدولية بمؤلفاتهم البناءة سعياً منهم للوصول إلى نظام معين يعمل على سرعة حل النزاعات التجارية البحرية الدولية، العالقة بين النظام القضائي التابع للدولة، ونظام التحكيم والذي هو نظام قضائي خاص. يتنافس كل منهما بأن تكون له الغلبة على الآخر في فرض سيطرته على تلك النزاعات، إلا أن العولمة والنظام الاقتصادي الحر، وانفتاح الأسواق، وحركة التبادل التجاري وتحول العالم إلى قرية صغيرة وفق التطورات الالكترونية المتسارعة، والتنامي المستمر والكم الفائض من انتاج السلع وتنوعها والطلب المتزايد عليها في كافة أنحاء العالم، أسهم في ازدهار قطاع النقل وترسيخ مبادئ التجارة الدولية.

فهرعت الدول إلى الإسراع في إصدار التشريعات الداخلية والتوقيع على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال التعاون التجاري الدولي لتعزيز التجارة لديها، لتحظى بالريادة في هذه المنظومة الدولية، فكل دول العالم تسعى جاهدة للنهوض باقتصادها لما له من أثر بناء وثقل عالمي كبير جدا يجعلها في مصاف الدول المتقدمة، فحرب التجارة الدولية أصبحت تغزو العالم وتبسط سيطرتها عليه، فالحصيف من هذه الدول من تأخذ بها وتطورها وفقا المستجدات الدولية الراهنة والمتسارعة، لكي تكون قادرة على المنافسة، وأن لا تكون نظرتها نظرة حاضرة فقط وانما نظرة استشرافية للمستقبل في مجال التجارة الدولية.

فدولة الامارات العربية المتحدة مثلا تنعم بحكومة ذات فكر متفتح وبناء وترقب المستقبل البعيد بعين يملؤها التفاؤل والعزم بأن تأتي الدولة في الأعوام القليلة المقبلة على رأس هرم التجارة الدولية وتقود العالم الى التطور في مجال التجارة الدولية بصفة عامة ومجال التجارة البحرية بصفة خاصة، لما تنشده من مردود كبير جدا على العالم بأسره، وتراهن الحكومة على أبنائها في قيادة تلك السفينة إلى مرفأ الأمان، والسير بها في خطا ثابتة نحو اشراقة يملؤها النماء والرخاء لكافة شعوب العالم.

وإن مما يلمسه الناظر للاقتصاد الاماراتي ونموه المضطرد يوما بعد يوم سوف يتبادر الى ذهنه ما تخطط له الدولة في هذا المجال، وأن الحكومة بكل قدراتها تسابق الزمن نحو استشراف المستقبل بأن ما تم التخطيط له لتنفيذه في الأعوام المقبلة تطالب الحكومة تنفيذه في هذا العام، وفق خطة مدروسة، تجعلها تتبوؤ مكانة متميزة في سوق التجارة العالمية، إيماننا منها لما له من أثر كبير جدا على الإقتصاد المحلي والعالمي.

فالدول التي تتمتع باقتصاد كبير هي التي لها قدم السبق عالميا في المراحل القادمة، فلا ينعم مجتمع الا بنضج التفكير، ولا ينتابه التراجع إلا من قلة التدبير، فالنمو والتسارع الإقتصادي العالمي الكبير لم يأتي من فراغ وإنما هناك عقول مدبرة لذلك النمو العالمي وتضع نصب أعينها بناء إقتصاد تجاري يشيد على أساس متين من التقنية المحكمة.

هذا التطور المتسارع انعكس على تطور وسائل النقل، خاصة النقل البحري الذي يتسم بخصائص جعلته في مقدمة وسائل النقل الأخرى دوليا، والذي يدعو إلى التساؤل عن دور كل

من نظامي التحكيم والقضاء في ذلك؟ ولعل الإجابة المعاصرة حاضرة في ترجيح كافة نظام التحكيم في قطاع النقل البحري، لاسيما عقود نقل الأشخاص والبضائع عما سواها. هذا الترجيح للتحكيم في قطاع النقل البحري فرض نفسه على الواقع الذي يتسم بالتعقيد والخصوصية نوعاً ما.

فمن المعلوم أن النقل البحري هو مجال مرن وواسع بحاجة للتخصص ودراسة مجالاته المتشعبة خاصة المجال القانوني منه، حيث أن المنازعات البحرية تكون صعبة وتحتاج إلى معطيات قانونية وفنية وتجارية معقدة قد لا يستطيع أن يلم بها القاضي الوطني وتكون بحاجة إلى أشخاص ذوي اختصاص بهذا النوع من النشاط المهني.

ولما كانت التجارة البحرية هي عماد التجارة الدولية نظراً لما تتميز به من قلة تكاليف وسائل النقل فيها، فنظراً لازدهار التجارة الدولية نلاحظ أن دولة الإمارات العربية المتحدة قد واكبت ذلك التطور وباتت تمتلك أسطولاً بحرياً كبيراً من السفن يغطي أكثر من 60% من الحاجة لنقل إيرادات الإمارات وصادراتها، ولم تقف عند ذلك الحد وإنما أخذت على عاتقها تطوير التجارة البحرية العالمية بإنشاء مصانع كبرى لبناء السفن سعياً منها لتسهيل نقل البضائع ومساهمة منها في نمو التجارة الدولية وتسهيل انتقال البضائع في كافة أنحاء المعمورة.

فكان لزاماً إشباع ميدان التحكيم البحري بالدراسات البحثية القانونية، كي يتسنى لرجال القانون والمحكمين والمحتكمين الاستفادة منها في معالجة نزاعاتهم، إلا أن الواقع الذي اصطدم به بحثنا هذا يكمن في قلة المراجع والمصادر العربية حول التحكيم البحري بشكل عام، وفي الإمارات والمغرب بشكل خاص، كما كان لاتهم العاملين بالملاحة البحرية لرجال القانون والقضاء عدم إدراكهم الكبير لحقائق وخصائص العمل البحري الذي يحترفونه، دافعاً لتحريك البحث في هذا الموضوع الهام.

إن معظم التحكيمات البحرية تتم في لندن ونيويورك وباريس لأسباب وظروف جغرافية وتاريخية واقتصادية، الأمر الذي جعل من إنجلترا والولايات المتحدة الأميركية وفرنسا من أهم معاقل التجارة البحرية العالمية، ومن ثم أهم معاقل التحكيم البحري الدولي.

وبذلك فالأهمية التي استدعت اختيار هذا الموضوع هي عدم وجود أسس واضحة وأنظمة متبعة في حل الخلافات التي تثور بصدد العقود التجارية التي يفصل فيها عن طريق التحكيم الذي يعد وسيلة يلجأ إليها من قبل الأطراف، بما يمتاز به من مزايا تفوق اللجوء للقضاء، لذا كان لا بد من محاولة البحث بهذا الموضوع من أجل بيان وتوضيح الأسس في تطبيق القانون المختص والدعوة الى توحيد التشريعات الواجبة الانطباق على مسائل التحكيم التجاري الدولي، والاطلاع والتحليل لنصوص قوانين التحكيم العربية والقوانين الغربية المعاصرة.

❖ نطاق البحث

تشكل التجارة أحد أهم القطاعات سواء في الاقتصاد الوطني أم في الاقتصاد الدولي. خاصة في بلادنا العربية التي يلعب فيها قطاع التجارة والخدمات الدور الأبرز بين باقي القطاعات الإنتاجية على صعيد الاقتصاد الوطني، ومما زاد من أهمية التجارة نظام العولمة وتطور التكنولوجيا، حيث ازدهرت التجارة بسبب انفتاحها على الأسواق العالمية حتى أصبح الكون بأسره قرية صغيرة إلكترونيًا، كما أن النظام الاقتصادي الرأسمالي كان له الدور الهام في حرية التبادل وتطوره.

ومن المعلوم أن التجارة الدولية لا تزدهر إلا بشبكة موصلات متطورة تساعد في نقل البضائع ما بين المنتج والمستهلك، ولا ريب أن النقل البحري كان ولا يزال الوسيلة الأفضل لنقل البضائع، وخصوصاً بعد وجود شركات متخصصة تدير أساطيل بحرية من السفن مجهزة لاستيعاب أنواع مختلفة من البضائع بأحجام كبيرة.

وعليه سيتم اقتصار نطاق البحث على دراسة موضوع التحكيم البحري في ظل قوانين التحكيم المقارنة والمتمثلة في بعض القوانين العربية والقوانين الغربية المعاصرة منها، بالإضافة الى مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات التي عنيت بالتحكيم البحري إضافة إلى التركيز على قانون التحكيم الإماراتي .

❖ أسباب اختيار الموضوع:

إن من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، ظاهرة الانفتاح على التحكيم البحري واتساع آفاقه، فعلى المستوى الإقليمي عم الاعتراف بشرعية التحكيم البحري كافة أفراد الجماعة

الدولية، وباتت كافة الدول تترك له مكانا متزايدا في تحقيق العدالة، وتحيط مؤسساته الوطنية فيها بالرعاية، وعلى المستوى الموضوعي اتسع نطاق القابلية للتحكيم البحري ليشمل مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة عنه، كما هو الحال مثلا في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفا فيها وفي المنازعات التي يتصل موضوعها بالنظام العام.

هكذا إن نظام التحكيم البحري في فض منازعات عقود النقل البحرية وما يرتبط بها من المنازعات الناشئة عن العقود البحرية مثل عقود نقل البضائع أو الأشخاص وعقود إيجار السفن وعقود بناء وإصلاح وبيع السفن وعقود التأمين البحري والبيوع البحرية وإما أن تكون تلك المنازعات ناشئة عن الحوادث البحرية كالتصادم البحري والمساعدة البحرية والإنقاذ وتسوية الخسائر البحرية المشتركة، والمتبعة على مستوى العالم كبديل للنظام القضائي أو كمساعد له، لذا رأينا من الضروري أن نسهم في بحث هذا الموضوع وتقديم أفكار معمقة حوله، نظرا لما له من أهمية قصوى بغية إبراز كل مستجدات التشريعات القائمة لدى بعض الدول.

لذا فإن اختياري لموضوع التحكيم ودوره في فض منازعات النقل البحرية وما يرتبط بها، لم يأت بمحض الصدفة أو الارتجال، ولكن تبلور بعد تفكير طويل وتأمل عميق بضرورة معالجة موضوع يرتبط ارتباطا وثيقا بمجال التحكيم، بالإضافة إلى ذلك فاخترت لهذا الموضوع كان مرتبطا بعدة عوامل أهمها:

✚ إن التغييرات التي حدثت في الآونة الأخيرة وتزايد المنازعات المتعلقة بالنقل البحري وما يرتبط بها من عقود، كانت هي الدافع الأساسي للبحث، لمسايرة الدول المتقدمة، فكان لابد من إجراء الدراسات والبحوث التي تمكننا من معرفة ما يدور في هذا النظام، وما هي احتياجاته؟ وإصدار التشريعات والقرارات المناسبة حياله.

✚ رغبة الممارسين للأنشطة البحرية المختلفة في تسوية المنازعات الناشئة عن علاقاتهم البحرية التعاقدية وغير التعاقدية تسويةً بحريةً عادلةً تنبع من واقع المجال المهني المتخصص الذي يعملون فيه وهو مجال التجارة البحرية.

على الرغم من أن موضوع التحكيم البحري، قد حظي باهتمام كبير من قبل الفقه الغربي، بيد أنه لم يحظ بنفس القدر من الاهتمام في الفقه العربي إلا في السنوات الأخيرة.

إن التحكيم البحري موضوع الدراسة يثير العديد من المسائل القانونية الجديرة بالبحث، من أهمها مسألة أهلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها في الاتفاق على التحكيم البحري وأثره على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية، هذا بالإضافة إلى مسألة القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم البحري وموضوع النزاع الذي تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها طرفاً فيه.

ازدياد تدخل الدولة وأشخاصها المعنوية العامة في ممارسة الأنشطة البحرية بوصفها من أهم الأنشطة الاقتصادية التي قررت الدول المختلفة الدخول فيها، ويترتب على ذلك رغبة أطراف المعاملات البحرية باستبعاد اختصاص القضاء الوطني خوفاً من مسايرة هذا القضاء لمصالح الدول الأطراف في العلاقات البحرية. نظراً لاحتياج الدول النامية ومن بينها الدول العربية لإبرام العديد من عقود الاستثمار والتنمية مع أطراف أجنبية. وفي الغالب الأعم يلجأ الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة إلى التمسك بإدراج شرط التحكيم في هذه العقود لأسباب متعددة تدور في الغالب حول عدم ثقته في حياد قضاء الدولة أمام سلطة الدولة السياسية أو عدم معرفته بالقوانين الداخلية للدولة .

إزاء كل ما تقدم، ونظراً لأهمية التحكيم البحري استقر الرأي على ضرورة معالجة موضوع دور التحكيم البحري في فض منازعات التجارة الدولية وفق دراسة مقارنة، باعتماد تجارب عدة، وذلك لإرضاء فضولنا العلمي في صبر أغوار هذا المجال لما يطرحه من تحديات على الواقع الإداري بالعالم العربي وتطلعاته التنموية.

❖ صعوبات البحث:

إذا كان من المسلم به بداهة أن كل عمل أو بحث أو تقرير لابد أن يقف في طريقه

صعوبات كثيرة ومتعددة، فنفس الشيء بالنسبة لهذه الأطروحة، حيث واجهتنا مجموعة من الصعوبات من أهمها :

ندرة المؤلفات والأبحاث المتخصصة بالتحكيم البحري وخاصة العربية منها، وعكوف الباحثين واكتفائهم بدراسة التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة.

📌 قلة الأحكام المحكمين ذات الصلة بالموضوع للاستئناس بها، نظرا لحدثة مراكز التحكيم بدولة الإمارات العربية المتحدة، ومحدودية المنازعات المتعلقة بعقود النقل البحري المطروحة أمام هيئات التحكيم، كل هذا شكل صعوبة بالغة في الاستعانة بالكم والنوع المطلوب من تلك الأحكام التحكيمية، مما جعلنا نعتمد بصفة أساسية على نظام التحكيم البحري وما صاحبه من نقاش فقهي لدى بعض الدول التي لها باع طويل في هذا المجال.

📌 كما تم توزيع الوقت وتنظيمه، والاستعانة بذوي الاختصاص من أهل الخبرة والعلم ما أمكنني ذلك، وممن سبقني في مجال إعداد البحوث والدراسات، ثم الاستئارة برأي أستاذي المشرف وتوجيهه وإرشاده لي إلى الطريق الصحيح لإنجاز هذا البحث، وهكذا بحمد الله وتوفيقه وبالجهد المخلصة والعزيمة والإرادة، تمكنا من الوصول إلى هذا العمل الذي نأمل أن يكون مساهمة متواضعة في إمطة اللثام عن موضوع التحكيم البحري، ونواة خير لجهود طيبة قادمة من باحثين آخرين.

❖ أهداف البحث

دراسة التحكيم البحري لا تقتصر على بيان ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع فحسب، وإنما تهدف إلى الوصول إلى مبادئ مشتركة، لتطبيقها على النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية التي يفصل الخلاف فيها عن طريق التحكيم، حيث يهدف هذا البحث إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالنقل البحري، ومعرفة أهم التشريعات الدولية المنظمة له.

بالإضافة الى بيان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم البحري، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات، وأخيرا القانون الواجب التطبيق على القرار التحكيمي، وكيفية تنازع القوانين الواجبة الانطباق على النزاع.

وكذلك إعطاء موقف من هذه القوانين، والخروج بنتائج وتوصيات، بحيث يصبح التحكيم البحري وسيلة ناجحة تمتاز بالمرونة ومواكبة التطور الحاصل على صعيد العلاقات التجارية الدولية.

❖ إشكالية البحث

أصبح التحكيم البحري الوسيلة البديلة سريعة التطور وحديثة الصيت، فقد اكتسب سمعة كبرى في القرن الماضي زاد من شأنها اختلاف التشريعات بين مؤيد ومعارض له، أدى ذلك إلى التعمق في بحوره من قبل الباحثين والمفكرين القانونيين والراغبين في البحث عن بديل عن السلطة القضائية العامة، للأخذ بيد الأجيال المقبلة نحو غد مشرق مليئ بالرقى والرفاهية والتطور والإزدهار في مجال التجارة الدولية في كافة أنحاء العالم.

نظرًا لكون العقود الدولية تكون في الغالب بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة، حيث تختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح نتيجة الخلاف بين الأطراف، لذا فاختلاف القوانين المختصة بحل النزاع بالإضافة إلى الوقت والتكلفة الباهظة جعل الأطراف يلجؤون الى التحكيم البحري كوسيلة فاعلة لحل خلافاتهم؟

فإلى أي حد يمكن للدولة التنازل عن سيادتها وقبول إخضاع النزاع للتحكيم؟ وبتعبير آخر ما هو القانون الأنسب والواجب التطبيق على مسائل التحكيم البحري؟

إن كل ما سبق ذكره يدعونا إلى الإشارة إلى أن كل ما يتمتع به المحتكمون و المحكمون في إطار التحكيم الدولي من حرية إنما الهدف الجوهرى منه هو ضمان نجاعة التحكيم، هذه النجاعة ولئن تمظهرت في سيطرة الأطراف على الإجراءات التحكيمية بما يمكن من تفادي الإجراءات المطولة وربح الوقت والبت في مآل النزاع في أقصر الآجال، فإنها تتمظهر أيضا

في مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي بضمان الفاعلية الذاتية لهذا الأخير والتي تم تأمينها من خلال ضمان حجية كاملة للحكم التحكيمي وإلزامية و تنفيذية.

وتتفرع عن هذه الاشكالية الرئيسية بعض الاسئلة الفرعية الأمر الذي يجعلنا نطرح الأسئلة التالية: ما هي أوجه التحررية في التحكيم البحري؟ وما هي تطبيقاتها العملية في التشريعات العربية والأجنبية المعاصرة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وخاصة في شقه البحري؟ وما هو المقصود بالتحكيم وكيف نشأ وتطور؟ وماهي أهميته وشروطه وأنواعه؟ ثم ماهي إجراءاته وآثاره وانعكاساته على التجار والقطاع التجاري بصفة عامة؟ وكيف يمكن تنفيذ أحكام المحكمين؟ ولكل ذلك أين تقف التشريعات من التحكيم وكيف استطاعت استياغ ذلك؟ وهل تشكل إرادة الأطراف حلا مناسباً لحل النزاع المطروح؟ وهل لدى التشريعات مبرراتها أمام الإباحة أو أمام الحظر في التحكيم البحري؟ وهل كان للرجبة في جذب رؤوس الأموال من أجل الاستثمار تأثيراً على الدول للقول بقبول التحكيم؟ أم كان القبول نتيجة رجبة صادقة نابعة من تطور حضاري قضائي حديث؟ ثم ما هو موقع القضاء من كل ذلك؟

❖ منهج البحث:

نظراً لتداخل جوانب الموضوع بتداخل الحقول المعرفية التي ينتمي إليها، (القانون الإداري – علم الإدارة – القضاء الإداري) ونظراً لأنه ليس هناك منهج تفضيلي وأولوي، ووجود عدة مناهج بمقدورها دراسة نفس الظاهرة، فإن طبيعة الموضوع تدعو إلى استعمال أكثر من منهج، لكن من أجل الدقة والتحكم في الموضوع وفي كل جوانبه اعتمدنا:

المنهج المقارن الذي يكون إما على المستوى الكيفي أو الكمي لنقارن بين الأنظمة السائدة في بعض الدول، وما ورد في الاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والتحكيم المختلفة، وما قدم من دراسات عامة ومتخصصة. بالإضافة إلى هذا المنهج سيتم الاستعانة بمجموعة من المقاربات والمتمثلة في الآتي:

المقاربة التاريخية: التي تساعدنا على فهم أصول بنیان التحكيم والتجارة الدولية التي تلجأ إليها الدولة لتحقيق المصلحة العامة، وكذلك لإبراز التطور الذي عرفه التحكيم واتساع نشاط الدولة المستمر في مجال العقود الإدارية، وكل ذلك كان لأجل الوقوف على

مدى مواكبة النص وتفاعله وملاءمته للتطورات التي يعرفها المحيط السوسيو اقتصادي والإداري، وخصوصا إذا كانت العقود التجارية تمثل الأداة المحورية للاستجابة لحاجيات المواطنين الأساسية والملحة ومدى أهمية التحكيم ومساهمة في فض منازعات العقود الإدارية .

المقاربة القانونية: حيث نعتمد فيها على قراءة النصوص القانونية المنظمة للتحكيم لتحليل بنية هذه النصوص، هذه المقاربة تتميز ببساطتها وسهولتها، وما يميزها كذلك توفر الوثائق القانونية مما يجعل من السهل العثور عليها وتحليلها.

الاجتهادات القضائية: نعتمد فيها على ما قرره المحاكم من أحكام قضائية وخاصة تلك المتعلقة بعقود التجارة الدولية المحددة بنص القانون، على اعتبار أن لهذه الأحكام قيمة عملية تجعل الموضوع ذي طبيعة تقريرية وقيمة علمية تثري البحث وتجعله واقعا.

❖ خطة البحث

وتحقيقاً لأهداف هذه الدراسة، تم تقسيم موضوع التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع إلى بابين:

نتناول في (الباب الأول) التحكيم البحري في عقود التجارة الدولية ومنازعاته، أما (في الباب الثاني)، فنتناول القواعد الإجرائية للتحكيم البحري وآثارها في عقود التجارة الدولية.

الباب الأول: التحكيم البحري في عقود التجارة الدولية ومنازعاته

الفصل الأول: تطور عقود التجارة الدولية في التحكيم الدولي البحري

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق عند بدء الخصومة التحكيمية

الباب الثاني: القواعد الإجرائية للتحكيم البحري وآثارها في عقود التجارة الدولية

الفصل الأول: القواعد الإجرائية المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية

الفصل الثاني: آثار اتفاق التحكيم البحري في عقود التجارة الدولية

الباب الأول: التحكيم البحري في عقود التجارة الدولية ومنازعاته

إذا كانت التجارة البحرية تحتل المكانة والأهمية المتزايدة إلا أنها لا تخلو من التعقيد والصعوبات الناتجة من مخاطر البحر ومجاله المتخصص البالغ التعقيد. فمن الطبيعي أن تنثور العديد من النزاعات البحرية الناجمة عن مجال حيوي كبير كعالم التجارة البحرية، لذا أصبح التساؤل بعد تنوع واختلاف أنواع النزاعات البحرية عن نظام قانوني يعالج هذه النزاعات بالآليات التي تخدم المجال البحري كوسيلة فضلى لفض تلك النزاعات²¹.

ثم كان لتزايد الدور الاقتصادي في المعاملات الدولية المعاصرة وانتقال القيم الاقتصادية عبر حدود الدول في العقود المعاصرة، ما أسبغ على هذه المعاملات سمات خاصة، ولم يكن ذلك إلا الانعكاس لأهمية التجارة الدولية وظهور أشكال جديدة في التبادلات الدولية طغت أهميتها على العقود العادية وخاصة في العقود المتعلقة بنقل التكنولوجيا، وعقود التعاون الصناعي، وعقود الشركات المشتركة. وبدأت هذه العقود وغيرها تنتشر في معظم الدول منذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين، واقتترنت بها عادات ومصطلحات حديثة، واقتضى الفصل في المنازعات المتعلقة بها إدراك السمات المميزة لها والإلمام بمقتضيات هذا النوع الجديد من المعاملات الدولية.

ووجد أطراف هذه المعاملات ضالته في محكمين يمكنهم الاتفاق على تسميتهم للفصل فيما يثور من منازعات بشأنها، بل وتلعب إرادتهم دوراً كبيراً في تنظيمه بدءاً من الاتفاق على التحكيم وتحديد نطاقه، وبيان الموضوعات التي تحل عن طريقه وإجراءاته والدولة التي يتم فيها التحكيم، والقانون الذي يحكم النزاع شكلاً وموضوعاً، فكان لكل هذا أثره في إقبال العديد من هذه المعاملات وغيرها على التحكيم وسيلة لحل منازعاتهم. كما أدت التطورات الاقتصادية المعاصرة إلى تزايد الاتجاه نحو تشجيع الاستثمارات الأجنبية ولم يقتصر ذلك على الدول المتنامية فقط بل امتد إلى غيرها من الدول المتقدمة ذات الحضارة الموهلة بالقدم.

وارتبط حل المنازعات فيما بين المستثمر الأجنبي والدولة بنظام التحكيم إلى حد اعتباره أكثر الوسائل ذيوياً لحل منازعات الاستثمار، وفي مجال عقود التجارة الدولية²² يكثر الاتفاق على حل المنازعات الناشئة عن تفسيرها أو تنفيذها عن طريق التحكيم، وذلك لضمان سرعة الفصل في النزاع²³ وبواسطة أشخاص متخصصين سواء تمثل هذا الاتفاق في شرط يرد في

²¹ - J.El,Hakim: Les modes alternative de reglement des conflits dans les droit des contrats, 1997 p 25

²² - لما كانت المنازعات التجارية الدولية بصفة عامة ومنازعات النقل البحري بصفة خاصة تتطلب سرعة الفصل فيها وتسويتها غالباً على يد أشخاص عندهم الخبرة الكافية والممارسة الفعلية في نوعيات مثل هذه الأعمال وخارج ساحة القضاء، لذلك نجد غالبية المنازعات التجارية الدولية والمنازعات البحرية يكون الفصل فيها عن طريق التحكيم الدولي، الأمر الذي أدى إلى إدخال شرط التحكيم على الكثير من مشارطات الإيجار أو سندات الشحن.

²³ - بالرغم من أن طريق القضاء قد يستغرق زمناً طويلاً ونفقات كبيرة فضلاً عن كونه يخضع الحكم فيه للطعن أمام درجات متتالية - وقد يكون به نوع من الاطمئنان للمتقاضين نوعاً ما - واختلاف جنسية المتنازعين يسوق إلى تنازع الاختصاص القضائي الدولي،

العقد، أو في اتفاق مستقل بين المتعاقدين يكون لاحقا لوقوع النزاع، ويدرج عادة في وثيقة تعرف باسم "مشارطة التحكيم".

والأصل في عقد النقل البحري أنه عقد دولي بطبيعته، إذ أن محله عادة نقل بضاعة من دولة إلى أخرى بواسطة سفينة قد تكون محلا لعقد إيجار (مشارطة إيجار) أو بنقل البضاعة بتسليمها إلى الناقل، مقابل وثيقة شحن (سند شحن) تتضمن شروط النقل.

ومن المسلم به أن قواعد القانون البحري تتمتع بذاتية²⁴ خاصة، تجعل تطبيق القواعد العامة

ونزاع القوانين الأمر الذي أدى إلى التحكيم، إلا أنه من الملاحظ حاليا أن مدة التحكيم الدولي ونفقاته قد تفوقان اللجوء للقضاء بما يتطلب دراسة هذه المشكلة وإيجاد الحلول المناسبة تحقيقا لأهداف العملية التحكيمية.

²⁴ - للقانون البحري ذاتية خاصة، حيث قبل أنه يتمتع بصيغة تقليدية "Traditionalisme" جعلت قواعد خالدة مستقرة لا تكاد تتأثر بالزمن، وتستند قواعد المجموعة البحرية المصرية التي كانت تطبق تقنين لويس الرابع عشر في القرن السابع عشر، وهذه تستند مباشرة إلى مجموعات القرون الوسطى التي دونت قواعد بحرية ترجع ولا شك إلى أزمان قديمة، ولا شك أن ذلك لون من الاستقرار قلما تحظى به القوانين، مما جعل الفقيه الفرنسي بارديسو يقول إن القانون البحري يجتاز القرون دون أن يصيبه الهرم". كذلك فإن أخطار البحر هي التي هيأت للقانون البحري أنسب القواعد القانونية لدرء الخطر وتجنب الهلاك، ولا شك أن المجتمع البحري من أقوى المجتمعات تضامنا في الدفاع عن كيانه، وأشدّها حرصا على تطبيق واحترام القانون الذي يهيئ له أسباب السلامة، وصورة هذا المجتمع المتفوق موجودة وبكل يقين في المجموعات التالية:

أ- قنصلية البحر Consultant de la mar ترجع إلى القرن الرابع عشر وتضم العادات البحرية التي كانت متبعة في الحوض الغربي للبحر المتوسط.

ب- قواعد أوليرون Rôle d'Oléron وترجع إلى القرن الثاني عشر وتشمل كل الأحكام البحرية التي كانت سارية في موانئ غرب أوروبا.

ج - مجموعة وسبي "Recueil de wisby" وتضم العادات البحرية التي كانت مطبقة في بحر البلطيق.

د - مرشد البحر Guidon de la mer ووضعت في روان بفرنسا في القرن السادس عشر وتشتمل على قواعد مفصلة للتأمين البحري.

والثابت تاريخيا أن أخطار البحر كانت هي التي حفزت الدولة لأول مرة، إلى التدخل في شؤون التجارة البحرية. وقد ظل للتجارة البحرية، طوال قرون طويلة وجهان متلازمان متقابلان: المخاطر العظيمة التي تتعرض لها، والمكاسب الضخمة التي يحققها من تقادي هذه المخاطر إلا أن المنازعات الناشئة كانت تحل رضاء أو قضاء وفقا مقتضيات الحال. وكانت سائر العقود، سواء بين المجهز ومقرضيه، أو بين المجهز والشاحنين، أو بين المجهز والربان، تتعدّد لرحلة واحدة فقط، وعلى هذا النحو، كانت ذاتية القانون البحري تتمثل في أن الرحلة البحرية هي الوحدة الجوهرية التي تدور حولها كل قواعد قانون البحر. لذلك يمكن القول أن القانون البحري يعتبر دوليا بطبيعته، تتفق قواعده وتشابه رغم اختلاف أنظمة المجتمعات الأرضية وتقاليدها، ذلك أن ظروف الملاحة البحرية هي لا تختلف باختلاف جنسية السفينة أو جنسية بحارتها

ولمزيد من التفاصيل، مصطفى طه، القانون البحري الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 1995 ص 8 بند (4) وما بعده. وأنظر كذلك محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، طبعة 1992، ص 35 وما بعدها. حيث يتحدث عن نفس الموضوع قائلا: أن هناك اختلاف كبير بين شراح القانون البحري حول مسألة ذاتية القانون البحري، بين مؤيد للفكرة ومعارض لها... ثم يذكر أن أنار الفريقين سواء من أيد الفكرة أو هاجمها قد وقع في خلط واضح بين فكرتين متميزتين تماما هي ذاتية القانون البحري paricularisme واستقلال القانون البحري Autonomie وقد أدى هذا الخلط إلى الوقوع أحيانا في تناقض بين . ثم يضيف أنه وإن كان يؤيد وجوب التفرقة بين ذاتية القانون البحري واستقلاله... إلا أنه لا يؤيد استقلال القانون البحري عن فروع القانون الأخرى ؟ إذ يعتبر هذا القانون أحد فروع القانون يخضع لما تخضع له الفروع الأخرى من قواعد وأنه عند نقص قواعده يجب اللجوء إلى قواعد القانون المدني بوصفها قواعد عامة" م، ص 29 بند 41.

وإذا كان من المسلم به أن قواعد القانون البحري تتمتع بذاتية خاصة، تجعل تطبيق القواعد العامة المقررة في القانون المدني على العلاقات البحرية في حدود ما يتفق مع نظم القانون البحري الخاصة ومما لا يتعارض مع التغيرات بين البيئة البحرية والبيئة البرية، ومادامت نصوص القانون البحري لم تستبعد صراحة أو ضمنا تطبيق أحد مبادئ القانون المدني باعتباره القانون الأساسي للمعاملات. فإن المحكم البحري عليه أن يراعي هذه الصفة عند تطبيق الأحكام الموضوعية للقانون البحري كما أنه يترتب على هذه الذاتية وجود ضابط إسناد عام عند تنازع القوانين التي ترتبط بمنازعة بحرية معينة، وهو قانون علم السفينة، باعتبار أنه القانون الأيسر تطبيقا، عندما يخلو العقد البحري من الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

المقررة في القانون المدني على العلاقات البحرية في حدود ما يتفق مع نظم القانون البحري الخاصة وما لا يتعارض مع التغيرات بين البيئة البحرية والبيئة البرية، ومادامت نصوص القانون البحري لم تستبعد صراحة أو ضمنا تطبيق مبادئ القانون المدني باعتباره القانون الأساسي للمعاملات²⁵.

من شأن ذاتية القانون البحري أن المحكم البحري عليه أن يراعي هذه الصفة عند تطبيق الأحكام الموضوعية للقانون البحري، كما يترتب على هذه الذاتية وجود ضابط إسناد عام عند تنازع القوانين التي ترتبط بمنازعة بحرية معينة، وهو قانون علم السفينة، باعتبار أنه القانون الأيسر تطبيقا، عندما يخول العقد البحري من الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

يلاحظ أنه نظرا للطابع الخاص للمنازعات البحرية التي يغلب عليها الطابع الفني، فإنه كثيرا ما يفوض طرفا النزاع، المحكمين بالصلح، خاصة عندما يتم اختيارهم ممن يتمتعون بخبرة فنية خاصة، وغالبا ما يكونوا في هذه الحالة من ربابين السفن والمهندسين البحريين، وينتشر هذا التفويض في منازعات التصادم البحري والإنقاذ البحري والخسارات المشتركة، أي في المنازعات التي تندرج تحت اسم النزاع التعاقدي البحري.

قد يتفق أيضا على تفويض المحكمين بالصلح في عقود أو مشارطات إيجار السفن، أو في عقود التأمين البحري سواء على السفن أو على البضائع، أما في عقود النقل البحري، فنظرا للطبيعة الأمرة للقواعد التي تحكمها، خاصة تقرير بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية، فإنه يعد في حكم هذه الشروط، شرط التحكيم مع تفويض المحكمين بالصلح، إذ أن هذا التفويض من شأنه أن لا يتقيد المحكمون، بقواعد القانون التي تبطل شروط الإعفاء من المسؤولية²⁶.

=ونظرا للطابع الخاص للمنازعات البحرية، والتي يغلب عليها الطابع الفني، فإنه كثير من يفوض طرفا النزاع المحكمين بالصلح، خاصة عندما يتم اختيارهم ممن يتمتعون بخبرة فنية خاصة ومميزة، وغالبا ما يكونون في هذه الحالة من الربابنة والمهندسين البحريين، وينتشر هذا التفويض في منازعات التصادم البحري والإنقاذ البحري والخسارات المشتركة. وقد يتفق أيضا على تفويض المحكمين بالصلح في عقود أو مشارطات إيجار السفن، أو في عقود التأمين البحري سواء على السفن أو على البضائع، أما في عقود النقل البحري، فنظرا للطبيعة الأمرة للقواعد التي تحكمها، خاصة تقرير بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية، فإنه يعد في حكم هذه الشروط، شرط التحكيم مع تفويض المحكمين بالصلح، إذ أن هذا التفويض من شأنه لا يتقيد المحكمون، بقواعد القانون التي تبطل شريط الإعفاء من المسؤولية.

والجدير بالذكر أنه بينما تنتشر أحكام التحكيم في المنازعات البحرية التي يلتزم فيها المحكمون بتطبيق أحكام القانون لا سيما في مجال النقل البحري، وذلك من خلال الدوريات المتخصصة في مختلف دول العالم، فإنه من أهم سمات التحكيم بالصلح عدم انتشار العلم بالسوابق التي تنقرر في مجال المنازعات البحرية. د. الشرقاوي بمعاونة د. الفليوبي " القانون البحري "، الطبعة الرابعة دار النهضة العربية 1993، ص 28 وما بعدها.

²⁵ - محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية 1992 بمعاونة د. محمد الفليوبي ص 28 بند 41.

²⁶ - أرجع إلى القضية الشهيرة، قضية السفينة " Sky Reefer " وطرفا هذه القضية هما:

A - Platiff/ Appellant vimar seguros y reaseguros S.A (nationality not indicated).

B - Defendants /Appellent :M/V shy Reefer and M.H Maritima S.A (japan)

أما بخصوص موضوع النزاع فهو:

« Validity of arbitral clause in bill of lading under COGSA (Carriage of Goods by sea act » Published in: court of appeal , 29 Federal Reporter, Third series ,p 727 et seq; 1994 U.S , app ; LEXIS 16784.

من سمات التحكيم البحري عندما يفوض المحكمون بالصلح، عدم انتشار العلم بالسوابق التي تنقرر في مجال المنازعات البحرية، حيث لا تنتشر أحكام التحكيم في مثل هذه الحالات، بينما تنتشر أحكام التحكيم في المنازعات البحرية عندما يلتزم المحكمون بتطبيق أحكام القانون لا سيما في مجال النقل البحري، حيث تنتشر الأحكام البحرية في الدوريات المتخصصة فيها في مختلف دول العالم، سواء تعلق الأمر بحكم قضائي أو بحكم صادر من هيئة التحكيم.

أما إجراءات التحكيم البحري، فإنها لا تختلف عن إجراءات التحكيم في المنازعات غير البحرية، إذ تطبق القواعد الإجرائية التي يتفق عليها أطراف النزاع أو التي يقرر المحكمون تطبيقها عند عدم الاتفاق، إلا أنه من الملاحظ أن معظم دعاوي التحكيم في المنازعات البحرية تكون دعاوي خاصة وليست دعاوي خاضعة لمؤسسات تحكيمية أو ما يسمى بالتحكيم المؤسسي أو التنظيمي institutional.

الفصل الأول: تطور عقود التجارة الدولية في التحكيم الدولي البحري

لا يعد التحكيم البحري باعتباره نظاما خاصا للتقاضي نظاما حديثا ولكنه نظام قديم من حيث نشأته ووجوده، ولكنه حديث في مادته ودراسته وأحكامه، وهو نظام فرضته الضرورة وساعد على وجوده المصالح العامة والخاصة على حد سواء لما يتمتع به من خصائص غير موجودة أصلا لدى القضاء العادي، وقد تميزت القرون السابقة بتطور كبير للعملية التحكيمية وخاصة في المسائل التجارية والبحرية وارتبط نمو المعاملات الدولية بتزايد اللجوء إلى التحكيم كأسلوب لحل المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي والتي تدخل بالضرورة في إطار القانون الدولي الخاص. كما أن التجارة الدولية كانت ومازالت هي المجال الخصب لإعمال وتطوير أحكام التحكيم التجاري الدولي²⁷ وأصبح التحكيم ضرورة يفرضها واقع هذه التجارة.

ومن الملاحظ أن التحكيم حاليا يعتبر هو القضاء الطبيعي والذي يفضلته غالبية المتعاملون في إطار العلاقات الدولية. وذلك بعد أن كان قد بدأ كنظام استثنائي منتقد على كافة المستويات لمنافسة القضاء العادي، ثم كنظام مكمل لقضاء الدولة وذلك على مسرح التجارة الدولية، إلى أن أصبح أخيرا يوصف هذا القضاء الخاص بالقضاء الطبيعي والذي يفضلته المتعاملون في

=Distict court 1993 U.S Dist , Lexis 5672.

²⁷ - على الرغم من أن مصطلح التحكيم التجاري الدولي L'arbitrage commercial international استخدم لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد بنيويورك سنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبي، فإن نظام التحكيم قد اتجه ليصبح نظاما قضائيا عاليا يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، وتعددت الهيئات والمنظمات التي تمارس عملية التحكيم، كما تعددت الاتفاقيات الدولية التي تضمن للتحكيم وقراراته ذات الاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطني، وارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية، ونادى كثير من الفقه بضرورة استقلاله عن فروع القانون التقليدية وإدخاله تحت مسمى القانون الاقتصادي.

لمزيد من التفاصيل ارجع إلى أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 2. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، ص 5.

إطار العلاقات الدولية التجارية²⁸.

فالتحكيم موجود منذ فجر التاريخ، وبالرغم من تنظيم المحاكم وجعلها مرجع لحسم الخلافات إلا أن التحكيم باقي هو الآخر لحسم الخلافات²⁹.

التحكيم كظاهرة يتجلى في التحكيم الدولي أكثر من التحكيم الداخلي، حيث أصبح التحكيم هو المرجع الأساسي لحسم خلافات التجارة الدولية، والقضاء يأتي بعده، بل أصبحت كافة المعاملات الدولية لا تخطو عبر الحدود إلا إذا كان التحكيم الدولي معها مقبولا شرطا أساسيا وهاما في العقود التي تبرمها.

أما نطاق التجارة الدولية فيغطي كل نشاط اقتصادي دولي، وأن الصفة الدولية تنشأ عندما يحصل على الصعيد الاقتصادي، انتقال أموال أو خدمات ما بين بلد وآخر أو يكون الأطراف من جنسيات مختلفة أو مقيمين في بلدان مختلفة³⁰، وهذا يتطلب أن ينتج العقد، "ما يشبه عملية مد وجزر عبر الحدود"³¹.

²⁸- حفيفة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، طبعة 1996 ص 7.
وعلى الصعيد الدولي نجد أن غالبية الدول انضمت إلى المعاهدات الدولية التي تعنى بتنظيم التحكيم التجاري الدولي وبفعالية أحكامه مع وضع نظام ميسر للاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها ومن أهمها في هذا الصدد معاهدة نيويورك الموقعة في 10 يونيو 1958.
ولمزيد من التفاصيل عن هذه المعاهدة أرجع إلى :

A.J.Van den Berg The New York convention of 1958, Kkuwer , 1981.

كذلك توجد نسخة مترجمة إلى العربية في المراجع التالية:

1- عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي ج2، دار المعارف، طبعة 1998.

2- ناريمان عبد القادر، م،س الإشارة إليه.

²⁹- ويذهب "Mustil" إلى القول بأن التحكيم التجاري ظهر منذ أن عرف الإنسان العمل التجاري وأن كل عمل تجاري أن يصاحبه خلافات وأنزع، كما أن التجارة الناجمة لا بد أن تكون وسائل حل أنزعها بعيدة عن القوة.

commercial arbitration must have since the down of commerce. All trade potentially involves disputes , and successful trade must answers of dispute resolution other than force. From the start , it must have involved a neutral determination, and an agreement , tacit or otherwise to abide by the result, backed by some kind of sanction , It must have taken many forms, with mediation no doubt merging into adjudication".

ولمزيد من التفاصيل أرجع إلى

Mustil, Arbitration History and background 1980 , journal of international arbitration , p 43.

وأرجع كذلك إلى:

Fouchard , L'arbitrage commercial international, 1965, p 30-31.

³⁰- عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي الجزء الثاني، م،س، ص: 9.

³¹- يعرف هذا المعيار أيضا بمعيار النفقات المتبادلة، وينسب هذا المعيار إلى المحامي العام الفرنسي "Matter" حيث يوصف الفقه المعتنق لذلك المعيار به فقه ماطر

راجع: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد غير الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة 1998، ص: 88.

والحقيقة فإن القضاء الفرنسي وقبل ما يعرف بفقه ماطر تطلب لدولية العقد انتقال القيم الاقتصادية بين الحدود بشكل متبادل، وقد عرف ذلك بمصطلح " التسويات الخارجية" أو " المدفوعات الدولية" وتتلور ذلك في صورة معيار المد والجزر: في حكم إحدى القضايا الفرنسية الصادر في 1927/5/17 فوفقا لرأي المحام "ماطر" وحتى يكون العقد دوليا ينبغي أن يؤدي العقد، في حركة مد وجزر عبر الحدود إلى آثار مزدوجة في دولة أخرى.

ولمزيد من المعلومات عن معيار المد والجزر،

راجع: نادر محمد إبراهيم، م،س، ص 87-89.

يذكر د الأحدب³² " بأن الصفة الدولية لإحدى العمليات تتوقف على جميع العناصر التي تدخل في الحساب بحيث تصبح دولية كلما خرجت من إطار الاقتصاد الداخلي لبلد ما³³. بهذا المفهوم فإن العملية التجارية بحد ذاتها هي التي تدخل أو لا تدخل التحكيم في الإطار الدولي، وليس القانون أو إجراءات المحاكمة التي تطبق عليه أو مكان إجرائه، ليس ذلك هو ما يحدد دولية التحكيم بهذا المفهوم"³⁴.

لا شك أن هناك ارتباط قوي بين التحكيم والتجارة الدولية كطريقة لتسوية المنازعات، كما تم إعداد الكثير من العقود النموذجية للتعامل في المنتجات المختلفة وكذلك في عمليات النقل المختلفة، ولا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط التحكيم.

بانتشار التحكيم في مجال التجارة الدولية، وجدت مراكز التحكيم مؤسسات متخصصة بالتحكيم، أصبح لها مكانة دولية ونشاط واسع في تسوية مئات من القضايا التي تعرض للتحكيم سنوياً. وقد ساهمت المنظمات الدولية، والمؤسسات المعنية بالتحكيم بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي تتبع في سير عملية التحكيم، كما أصدرت دول عديدة قوانين حديثة تعالج مسائل التحكيم الدولي.

نتيجة لأهمية التحكيم في المجتمع الدولي، وضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، قواعد خاصة بالتحكيم سميت بقواعد التحكيم، ووضعت هذه اللجنة كذلك قانوناً سمي بالقانون النموذجي للتحكيم، يمكن للدول أن تتخذه نموذجاً لتطوير أو وضع قوانينها الخاصة بالتحكيم³⁵.

وقد وجه النقد إلى هذا المعيار على أنه لم يكن يستوعب جميع العلاقات الاقتصادية الدولية – ويذكر نادر محمد إبراهيم في رسالته السابق الإشارة إليها ص 88 بند 102.

" حيث إن معيار المد والجزر لم يكن يستوعب جميع العلاقات الاقتصادية الدولية، فهو ينسجم بصعوبة مع عقود الخدمات الدولية، كما هو الحال عند استئجار فرنسي لخدمات حاسب إلى خارج فرنسا، حيث إن فكرة البضائع لا تشمل فكرة الخدمات كما أن المعيار لا يأخذ في الاعتبار تعدد وسائل تسوية المدفوعات الدولية والتي قد لا تتضمن انتقال أموال عبر الحدود كما هو الحال في شأن المقاصة..." وهكذا اضطر القضاء لتطوير المعيار الاقتصادي لدولية العلاقات الخاصة، أنها مرحلة ظهور معيار التجارة الدولية م، ص 88 - 89.

³² - م، س، ص 10، 11.

³³ - م، س، ص 10 هامش 6.

³⁴ - م، س، ص 10 هامش 2.

³⁵ - بعد أن أصبح التحكيم هو الطريق المألوف لتسوية المنازعات التجارية، قامت لجنة قانون التجارة الدولية التابعة لهيئة الأمم المتحدة بحشد جهود كثيرة لتوحيد القواعد القانونية التي تنظم التحكيم التجاري الدولي.

وقد أدت هذه الجهود إلى وضع اللجنة لقواعد موحدة للتحكيم غير المؤسسي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 98/31 بتاريخ 1976/12/15 ويعرف بقواعد الانسترا " UNCITRAL " وهي اختصار لعبارة UNITED NATIOND CONFERENCE OF INTERNATIONAL TRADE LAW وقد تابعت هذه اللجنة جهودها لوضع قانون نموذجي موحد لهذا الغرض، ابتداءً من سنة 1981 وانتهى سنة 1985 بإقرار اللجنة لمشروع القانون الذي أصبح يعرف بالقانون النموذجي Model law، والذي يعتبر خطوة كبيرة هامة على طريق توحيد وتنسيق قوانين التحكيم في العالم بعون المجلس الدولي للتحكيم التجاري " ICCA ". وطلبت اللجنة من الجمعية العامة للأمم المتحدة بأن توصي الدول الأخذ بعين الاعتبار هذا القانون باتباع نصوصه كما هي – قدر المستطاع – وذلك تحقيقاً إلى التوحيد المنشود لقوانين التحكيم الوطنية لمواجهة التحكيم التجاري الدولي.

منذ بداية القرن العشرين عقدت عدة اتفاقيات جماعية وثنائية بين الدول تعالج مسائل التحكيم في العلاقات التجارية وكيفية تنفيذ القرارات التحكيمية، وأهمية التحكيم في التجارة الدولية أصبحت من الأمور الرئيسية التي تعقد من أجلها سنويا المؤتمرات والندوات العلمية، كما أن هناك عدد كبير من المجالات العلمية المتخصصة بالتحكيم التي تسير التطورات القضائية والفقهية في هذا المجال³⁶.

يلقى اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة في مجال التجارة الدولية إقبالا أكبر من قبل المتعاملين في الوسط الدولي، ونتيجة لهذا الإقبال اختصت العديد من الغرف التجارية في هذا المجال، وأنشأت فيها هيئات للتحكيم كما أنشئت مراكز عديدة للتحكيم على الصعيدين الوطني والدولي أهمها³⁷:

- محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية بباريس Arbitration cours of ICC.
- محكمة التحكيم الدولي في لندن³⁸ London court of int arbitration (LCIA).
- جمعية التحكيم الأمريكية في نيويورك American association arbitration (AAA).
- جمعية التحكيم الفرنسية في باريس L'association Français d'arbitrage.
- غرفة التحكيم البحرية في باريس La chambre de l'arbitrage maritime de paris.
- المركز التحكيمي للغرفة التجارية الاقتصادية في فيينا The arbitral center of federal economic chambre.

كذلك أنشأت اللجنة الاستشارية القانونية الآسيوية والأفريقية³⁹ عام 1978 مركزين للتحكيم

³⁶ - من أهم هذه المجالات نجد:

- The arbitration and dispute resolution law journal.
- _ American journal pf comparative law.
- _ Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI.
- _ Revue de droit maritime français.
- _ International and comparative law quarterly.
- _ International Year book of international law.
- _ Journal of international arbitration.
- _ Tulane law Revue.
- _ Year book commercial arbitration.

³⁷ - لمعرفة المزيد عن مراكز التحكيم المعروفة للعالم وقواعدها أرجع إلى :

Survey of international arbitration sites , AAA, New York , 1984.

وهذا الكتاب أصدرته هيئة التحكيم الأمريكية.

³⁸ - تعتبر محكمة التحكيم الدولي في لندن من أقدم المؤسسات التحكيمية حيث تأسست عام 1890 تحت اسم " غرفة لندن للتحكيم " London chamber of arbitration " وفي عام 1902 سميت بمحكمة لندن للتحكيم " London court of arbitration " وعام 1981 أطلق عليها محكمة التحكيم الدولي في لندن " London of int . arbitration (ICIA) ". ولهذه المؤسسة قواعدها الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي .

أحدهما في آسيا والآخر في إفريقيا⁴⁰.

الأول مقره في كوالالمبور بماليزيا ويسمى المركز الإقليمي للتحكيم في كوالالمبور

Kualalumpur regional center for arbitration

والثاني مقره القاهرة⁴¹ ويعرف باسم "المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة"

⁴²Regional center for international commercial arbitration –
cairo.

وهناك العديد من مراكز التحكيم الأخرى المنتشرة في أرجاء مختلفة من العالم، فهناك مركز للتحكيم في بانكوك (تايلند)، حيث أنشأته عام 1962 اللجنة الاقتصادية لدول آسيا والشرق الأقصى التابعة للأمم المتحدة كما توجد في الهند مؤسسة التحكيم التجاري على الصعيد الداخلي والدولي أيضا، وهذه المؤسسة هي مجلس التحكيم الهندي ومقره نيودلهي The indian council of arbitration⁴³.

كذلك هناك مؤسسات تحكيمية أخرى في إنجلترا وسويسرا وفي بعض الدول الاسكندنافية مثل غرفة تجارة ستوكهولم، وكذلك مجالس تحكيم الغرف التجارية العربية الأوروبية والموجودة في بلجيكا، فرنسا، اليونان، إيطاليا، ألمانيا، سويسرا، البرتغال، هذا علاوة على مركز التحكيم التجاري الدولي في كندا Centre de Arbitrage commercial au canada⁴⁴.

³⁹ - تأسست هذه اللجنة والمعروفة باسم (AALCC) "Asian African legal consultative committee" عام 1956 كمنظمة استشارية في حقل القانون الدولي للدول الأعضاء ومقرها نيودلهي. ولمزيد من التفاصيل أرجع إلى:

SEN,B, Evolution and Growth of asian- african legal consultative committee as a forum for international co-operation, New Delhi 1981.

⁴⁰ - Chimni, B.S, AALCC regional centers for arbitration historical context Gebesus and function , Regional seminar on international commercial arbitration new Delhi 12-14 March 1984 , p 105 et S
⁴¹ - المزيد من المعلومات أرجع إلى:

Dr.M.Abo-EL-Enein, Arbitration under the auspices of the cairo Regional center for commercial Arbitration international Tax & Business lawyer vol 4.1986 , n0, 2 p 256-265.

⁴² - للمزيد من التفاصيل أرجع إلى فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية 1992 ص 17 - 26.

⁴³ - لقد أصدرت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة UNCITRAL قواعد خاصة بالتوفيق، وقد أقرت هذه القواعد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1980 وأوصت الأخذ بها لإيجاد حل للمنازعات المتعلقة بالعلاقات التجارية الدولية عندما يرغب الطرفان في حل المنازعات بالطرق الودية.
أنظر في ذلك:

Official record General assembly session, supplement , N° 17 (A/35/17), p.p 105-106

⁴⁴ - لمزيد من التفاصيل في مزايا التحكيم ومساهمته في حسم المنازعات الناشئة عن التعامل التجاري الدولي أنظر:

Bernado, M. Vremades, The impact of international arbitration on the development of business isw.The American journal of comparative law , vol 31 Nov 1983, p 526 et s.

وفي الإمارات العربية المتحدة توجد العديد من المراكز المختصة بالتحكيم لعل أهمها مركز دبي للتحكيم الدولي وهو هيئة مستقلة دائمة غير ربحية تهدف إلى توفير خدمات التحكيم التجاري، وتسوية النزاعات التجارية محلياً وإقليمياً وعالمياً وذلك بأسعارٍ مدروسة، وتحظى باهتمام منقطع النظير من قبل الحكومة الرشيدة.

وكذا مركز ابوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري كمنصة لقضاء بديل لتسوية منازعات التجارة والاستثمار تحاكي أفضل الممارسات العالمية، تقوم على الاستقلال عن أية جهة وتستمد ولاية التحكيم من مبدأ سلطان الإرادة واعتماد القانون لهذه الولاية، كما تستوحي اجراءاتها من قواعد اليونسترال الدولية، ويصدر عنها عملاً قضائياً بمفهومه الفني الدقيق مستوفياً ما للأحكام من حجية واستنفاد وقوة ثبوتية وقوة تنفيذية.

وسوف نتناول هذا الفصل في بحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية وطبيعة منازعات التحكيم البحري

مما لا شك فيه أن منازعات التحكيم البحري هي بحرية دولية تجارية بطبيعتها، فالتحكيم الدولي هو الذي يتعلق بنزاع ذو طبيعة بحرية دولية، حيث اتفقت غالبية الآراء والاتجاهات على أنه يعتبر دولياً التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية كما أن المفهوم الحديث للتحكيم البحري يتعلق بتناول قيم اقتصادية بمقابل، وهذا هو مفهوم تجارية التحكيم البحري.

المطلب الأول: ماهية الأعمال البحرية

إن المقصود بالعمل البحري في هذا الفرع هو مجموع الأعمال التي تتم بواسطة ومن خلال أداة البحر ألا وهي السفينة، كما عرف قانون التجارة البحرية اللبناني في المادة الأولى في الفقرة الأولى منها أن " : السفينة في عرف هذا القانون هي كل مركب صالح للملاحة أياً كان محمولة وتسميته سواء أكانت هذه الملاحة تستهدف الربح أم لم تكن " . لذلك كان من الضرورة بمكان معرفة دائرة الأعمال البحرية التي تتم بواسطة السفن، ومن المتفق عليه تقسيم أعمال الملاحة البحرية إلى قسمين (جاف - غير جاف).

القسم الجاف هو كل ما يتعلق بأعمال أو بالاستخدامات التجارية للسفن بينما يتعلق القسم الثاني غير الجاف بكل ما يتعلق بالحوادث البحرية. لذا فإن الملاحة الجافة أي القسم الأول هي غالباً ما يتعلق بالعقود أما بالنسبة لأعمال الملاحة غير الجافة فمنازعاتها في الغالب تقوم على أساس المسؤولية غير العقدية أي التقصيرية ومثال ذلك حالات التصادم بين السفن⁴⁵.

إن للملاحة غير الجافة أربعة أنواع أساسية هي : التصادم - المساعدة البحرية والإنقاذ -

⁴⁵ - قانون التجارة البحرية اللبناني، المجلة القضائية، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، ص: 32.

المصادرة – وتحديد المسؤولية . وبالنسبة لتحديد المسؤولية فإن مالك السفينة يحق له تحديد سقف مسؤوليته بموجب معاهدة دولية تجاه الخسارة أو الضرر الذي قد يكون مسؤولاً عنه حتى حدود مبلغ معين يحسب حسب حمولة السفينة ذاتها أما بالنسبة لأنواع الملاحة الجافة فإن لها أنواع تتباين بين سفن الركاب، حتى سفن الحمولة السائبة أو الجافة مروراً بناقلات المواشي.⁴⁶ ومن الناحية العملية فإن معظم المنازعات التي تنتج عن هذه الاستخدامات التجارية تكون محكومة بعقود وهي في الغالب إما أن تكون عقود مشاركة إيجار السفن سواء لرحلة أو لمدة معينة من الزمن أو سندات الشحن، أو قد تكون عقود بيع وشراء أو حتى صيانة السفن.

الفرع الأول: لجوء الأطراف للتحكيم لفض المنازعات التجارية البحرية:

من حيث المبدأ لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه، بل يتوجب عليه التوجه إلى القضاء⁴⁷ . واستثناء على هذا المبدأ يعترف المشرع أيضاً بالتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات. فالتحكيم لغة هو مصدر الفعل (حُكْمٌ بتشديد الكاف المفتوحة وفتح الميم) والعرب تقول حُكِّمْتُ بمعنى منعت ورددت، ومنه قيل سمي الحاكم بين الناس حاكماً لأنه يمنع الظالم من الظلم ومنه قيل إن أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم. وحُكِّمُوهُ بينهم أمرؤه أن يحكم ويقال حُكِّمْنَا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا. أما التحكيم قانوناً فهو اتفاق طرفين في نزاع معين على إحالته إلى شخص ثالث أو أكثر لحسمه دون اللجوء إلى القضاء قبل نشوء النزاع أو بعده، فإذا كان الاتفاق قبل نشوء النزاع سمي ذلك شرط تحكيم وإذا كان بعده سمي اتفاق التحكيم . ولقد عرّفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم بأن: "عبارة عن اتخاذ الخصمين حكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها ويقال لذلك حكم بفتحيتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة" هو تعريف ضعيف الصياغة.

وإذا كان المشرع لم يعرف التحكيم إلا أنه ترك الأمر للفقهاء مبتعداً عن تقييد النص بحرفية تعريف قد تتغير مفاهيمه بمرور الزمن . فالتحكيم نظام قانوني يقوم بموجبه المحكم، الذي لا يحمل صفة القاضي بفصل النزاعات التي يتفق الفرقاء على تكليفه أمر البت فيها، مفضلين عدم اللجوء إلى القضاء لأسباب عديدة منها اعتقادهم بأن التحكيم من شأنه توفير الوقت الذي تتطلبه الدعوى إن أقيمت أمام المحاكم وأيضاً توفير في النفقات، ولكن التوفير في النفقات والرسوم لا يعني أن التحكيم أقل كلفة من اللجوء إلى محاكم الدولة، إذ من المعروف أن الأتعاب التي يتقاضاها المحكمون خاصة في الدعاوى الهامة مرتفعة جداً، حتى أن الأستاذ Guyon ، يقول في هذا المجال أن التحكيم هو عدالة تدخل في إطار الكماليات محفوظة للمتقاضين الأثرياء الذين يفضلون أحياناً لأسباب لا يفصحون عنها اللجوء إلى التحكيم⁴⁸ . كما يفضل بعض المرضى

⁴⁶ - عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في المنازعات البحرية، محاضرة أُلقيت في مقر نقابة وكلاء الملاحة البحرية بتاريخ 10-02-

2002م، ص25.

⁴⁷ - غسان رباح، التحكيم التجاري البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016، ص: 58.

⁴⁸ Fady.Nammour, De l'arbitrage interne et international en droit compare , ed.Sader, P.25

العيادات الخاصة بدلاً من المستشفيات العامة، فالحسنة الأساسية للتحكيم هي البعد عن المحاكمة العلنية، فالتحكيم يجري بصورة سرية، الأمر الذي يوفر لأصحاب العلاقة هامشاً من السلامة يجنبهم التشهير والتعقيد في العلاقات والاعمال، خاصةً إذا كانوا من التجار.

فقد تصدى الفقه لوضع تعريف للتحكيم حيث نظر البعض عند تعريفه للتحكيم إلى جانب اتفاق التحكيم دون أن يفرق بين مشاركة التحكيم وشرط التحكيم فعرفه البعض بأنه " : الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به . " وعرفه آخر⁴⁹ ناظراً إليه من خلال الهيئة التي تنتظر في النزاع وهو تعريف يهمل جانب الاتفاق في التحكيم وهو اهمال غير مبرر فيقول " هيئة تملك سلطة خاصة تهدف من خلالها لحل نزاع مستبعد من سلطة القضاء". في حين عرفه آخرون بأنه: "تقنية معينة تهدف إلى اعطاء حل لمسألة معينة تهتم بالعلاقات بين الاطراف أو أثر بواسطة شخص أو عدة أشخاص آخرين - محكم أو محكمين - يأخذون سلطتهم من اتفاق خاص ويستندون عليه دون ان يولي الاطراف تلك المهمة للدولة ". يقول الدكتور والقاضي غسان رباح " : لقد بات معروفاً - والذكر هنا للتأكيد مدى ازدهار التحكيم في العصر الحالي، كنتيجة منطقية لتزايد التبادلات والمعاملات على المستوى الدولي، فالتحكيم يتناسب طردياً مع رواج المبادلات التجارية لمختلف فروعها الغير محدودة⁵⁰ ".

الفرع الثاني: الطبيعة البحرية لمنازعات التحكيم البحري

مما لا شك فيه أن سنوات ما بعد الحرب العالمية الثانية قد تميزت بتطور كبير للتحكيم وخاصة في المسائل التجارية والبحرية⁵¹. وتشمل المنازعات الناشئة في إطار المعاملات البحرية سواء بين الأشخاص الخاصة أو بينها وبين أحد الأشخاص المعنوية العامة على العديد من أنواع المنازعات البحرية والتي نذكر منها، المنازعات الناشئة في مجال بناء السفن⁵² وإصلاحها وصيانتها. هناك أيضاً الأنزعة الناشئة عن عقود النقل البحري والتي تجد طريقها المفضل لحل هذه المنازعات أمام التحكيم⁵³. أيضاً الأنزعة الناشئة عن عقود إيجار السفن بمختلف أنواعها⁵⁴. أيضاً المنازعات الناشئة عن تسوية الخسارات العامة General

⁴⁹ - أحمد خليل، قواعد التحكيم في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت، 2002، ص 52

⁵⁰ - Voir Bertrand Moreau et Thierry Bernard, op.cit.

⁵¹ - أحمد حسني، عقود إيجار السفن، منشأة المعارف الإسكندرية، ط 1985، ص: 361 بند 275.

⁵² - Japanesse standart shipbuilding contract by the co-operative association of japanese shipbuilders , 1969, M, Cohen rendict on Admiralty, 7 ed 1993, vol 2B, F.N°22-1.

⁵³ - Worldfood way bill, by bimco, M cohen , ante ,F.N° 24-32.

⁵⁴ - Time charter party , Baltime 39 bu bimco, F, N° .7-1 and voyage charter party " Tank vessel voy", F.N° 17-15 and coal charter party " Ferticon 42 " by General council of british shipping F N° 6-2 and Gravain charter party "Norgain 1989 "F.N° 8-6 and Orecharter party lamcon 1961 by Bimco, F.N°12-15 and wood charter party " Nubattwood 1973 " by General council shipping , F. N° 19-4 , M cohen Ante vol 2B and 2c.

هناك مراكز للتحكيم البحري قامت بتحديد العلاقات البحرية التي تعرض منازعتها على التحكيم البحري⁵⁷، ومن أمثلة هذه المراكز، نجد جمعية المحكمين البحريين بلندن⁵⁸ وغرفة التحكيم البحري بباريس⁵⁹، المنظمة الدولية للتحكيم البحري⁶⁰.

يتم اللجوء إلى التحكيم البحري لحل العديد من الأنزعة البحرية، مثل تلك الناشئة عن عقود التأمين البحري Re- insurance إلا أن أهم الأنزعة البحرية عادة ما تنشأ عن عقود النقل البحري بسند الشحن ومشارطات إيجار السفن وعقود بناء السفن والمساعدة البحرية خاصة كيفية حساب قيمة مكافأة الإنقاذ وكذلك تلك الأنزعة الناشئة عن حالات المسؤولية التقصيرية⁶¹ مثل التصادم.

J.K. Macleod & A.T. Hudson , Mercantile, Law , stevens & Borrie , Butter worths London, 7th ed , 1978 , pp 497-501.

⁵⁵ - هويكنز، م، ص 61، 287، 485، 64، 641 وكذلك handy book، م، ص 587 – 614، وأحيانا يطلق عليها العواريات العامة، وهي التي ما يضحى الربان به في سبيل مصلحة الكل، د محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، م، ص 642 وما بعدها حيث يذكر " الخسارة العامة – والتي تعرف في العمل بالعوارية العامة – " General average " خسارة وقعت في سبيل السلامة العامة للسفينة أو البضاعة ... ويتحمل جميع ذوي الشأن في الرحلة البحرية هذه الخسائر كل بنسبته ويشترك فيها المجهز وأصحاب البضائع.

وتتميز الخسائر المشتركة عما يعرف بالخسارة الخاصة " particular average "، والتي تحدث بسبب ما يصيب السفينة أو البضاعة من ضرر – لا يرجع إلى محاولة إنقاذ السفينة – ويتحمل الخسارة في هذه الحالة من تصيبه سواء كان المجهز أو صاحب البضاعة، كما لو أصيبت بضاعة أحد الشاحنين بسبب سوء التستيف أو بسبب دخول مياه البحر من فتحات تهوية المنبر.

⁵⁶ - Lloyd's standard form of salvage , in . J Mar , L& com, vol 22, N° 1, January 1991 p 159.

وأنظر كذلك هويكنز، م، ص، 565- 526.

وكذلك Handy book، م، ص 509 – 536.

⁵⁷ - عرف القانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي سنة 1925 من خلال مادته الأولى المعاملات البحرية التي تحل طبقا لهذا القانون بأنها مشارطات إيجار السفن، وعمليات النقل البحري بواسطة سندات الشحن، والتصادم البحري، وأي موضوعات تصنف على أنها موضوعات التجارة الدولية وتدخل في اختصاص القضاء البحري.

لمزيد من التفاصيل أرجع إلى:

Act, J Mar .L & com vol 13 N° 2. January 1982, p 224.

وكذلك الأحذب التحكيم الدولي، ج 2، 1998، م، ص، 54.

⁵⁸ - حيث جاء في المادة (1/2) من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحريين بلندن أنها تطبق على المنازعات التي تحيلها المحكمة العليا الإنجليزية إلى المحكمة البحرية.

⁵⁹ - حيث ذكر في المادة الأولى من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس أنها تبحث عن طريق التحكيم في المنازعات الناشئة عن الملاحة البحرية والنقل البحري، ومشارطات الإيجار، والاستقلال البحري، وعمليات بيع أو شراء السفن التجارية وسفن الصيد والنزهة، والمنازعات الناشئة عن التأمين البحري، هذا بالإضافة إلى أي أنشطة جانبية أخرى تتعلق بالمنازعات السابق ذكرها.

⁶⁰ - جاء في المادة الأولى من لائحة المنظمة الدولية للتحكيم البحري أنها تنظر في الأنزعة المتعلقة بالتجارة البحرية والتحكيمات المتعلقة بالفصل في الأنزعة المتعلقة بمشارطات إيجار السفن، وعقود النقل البحري، وعقود التأمين والإنقاذ البحري والخسائر البحرية المشتركة وعمليات بيع السفن وإصلاحها، هذا بالإضافة إلى أي عمليات أخرى متعلقة بأنشطة السفن البحرية.

ولمزيد من التفاصيل أرجع إلى:

T.F. Freear, Practie and procedute under the ICC-CMI internation Maritime Arbitration Rulets, the 5th I..C.M.A , New York 1981, p3.

⁶¹ - قد يتعلق شرط التحكيم بالمنازعات الناشئة عن المسؤولية الناشئة عن العقد الذي به هذا الشرط، لكن الفعل المرتب لهذه المسؤولية يكون مرتبا في الوقت ذاته للمسؤولية التقصيرية، كما لو تسبب أحد أطراف العلاقة العقدية في إحداث ضرر بصاحب البضاعة والذي لا يعتبر طرفا في العلاقة العقدية، وفي هذه الحالة قد يلجأ المضرور إلى رفع دعوى المسؤولية التقصيرية أمام القضاء، مما يثير

والجدير بالذكر أن النسبة الغالبة من التحكيمات البحرية التي تتم في لندن⁶² تتعلق بعمليات النقل البحري بسند شحن أو بمشارطة إيجار وكل ما يتصل بعملية النقل البحري. من أكثر الأنزعة البحرية شيوعا خاصة في عقود النقل البحري بسند شحن، تلك المتعلقة بإحالة سند الشحن إلى مشارطة الإيجار الصادر بموجبها، والمشتملة على شرط التحكيم، فقد يصدر مالك السفينة سند الشحن للمستأجر، الذي يقوم بعد ذلك بنقله إلى الغير عند بيعه للبضاعة كلها أو جزء منها، وفي حالة النقل بسند شحن يصدر المالك سند الشحن ابتداء للشاحن، وفي الحالتين قد ينتقل السند إلى شخص من الغير، وكثيرا ما تتضمن مشارطة الإيجار ويتضمن سند الشحن شرطا بعرض النزاع المحتمل بخصوص تنفيذ العقد أو الأضرار اللاحقة بالبضاعة على التحكيم، دون التزام المرسل إليه بهذا الشرط، أيضا شرط الإحالة الموجودة في سند الشحن والذي يحيل إلى شرط التحكيم المنصوص عليه من بين بنود مشارطة الإيجار الصادر بموجبها هذا السند أو الموجود في أي عقد نموذجي آخر، وما إذا كانت الإحالة العامة تكفي لاندماج شرط التحكيم أم لا بد من الإحالة خاصة واضحة وصريحة، كذلك من المنازعات البحرية التي غالبا ما تعرض على التحكيم البحري تلك النزاعات المتعلقة بصلاحية السفينة. هكذا نجد أن من أولى سمات النزاعات البحرية المعروضة على التحكيم البحري تلك المتعلقة بالأنشطة البحرية في كافة مجالات التعاملات البحرية والتخصصات البحرية.

الفرع الثالث: أسباب اللجوء للتحكيم البحري

يعتبر التحكيم البحري نظام قانوني أساسي لا غنى عنه في تسوية المنازعات البحرية وقد تم تطويره من أجل دفع عجلة التجارة البحرية الدولية إلى مزيد من التقدم والازدهار. إن العلاقات البحرية في عصرنا الحاضر يسودها رغبة طاغية في جعل التحكيم هو الحل للمنازعات الناشئة عنها، حيث يتفق أطراف هذه العلاقات على أن يعهدوا بالمنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عنها إلى محكمين يختارونهم وهم من ذوي الخبرة والكفاءة والدراية والعلم في المجال البحري

التساؤل معه حول ما إذا كان المدعى عليه يستطيع دفع هذه الدعوى بسبق الاتفاق على التحكيم، أو أن شرط التحكيم يقتصر اثره على دعوى المسؤولية العقدية ولا يمتد إلى دعوى المسؤولية التقصيرية.

مصطفى الجمال مع عكاشة عبد العال " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية "، ط 1، 1998، ص 522 وما بعدها.
⁶² - كان لبريطانيا السبق في تقرير اللجوء للتحكيم بمقتضى قانون التحكيم الصادر سنة 1950 ومن أسباب نجاح التحكيم التجاري في بريطانيا هو وجود تشريع ينظم التحكيم منذ سنة 1950، هذا فضلا عن تمتع المحكمين الإنجليز بسمعة عالية بسبب جديتهم وحيادهم الواضح واتساع اختصاصاتهم وخبرتهم في مسائل التحكيم البحري، وقد تم تأسيس رابطة المحكمين البحرين بلندن عام 1960 London maritim Arbitrators Association وذلك بفرض نشر أسماء المحكمين البحرين المعترف باختصاصاتهم وخبراتهم العالية زد على ذلك أنه على إثر صدور قانون التحكيم " Arbitration Act " فإنه عندما تنص مشارطة الإيجار أو سند الشحن على حل النزاع على أساس التحكيم في لندن فهذا لا يعني خضوع النزاع للمحكمين في لندن فحسب، وإنما أيضا تطبيق قانون التحكيم الإنجليزي على إجراءات التحكيم الأمر الذي يحقق قدرا أكبر من المرونة. لمزيد من التفاصيل:

V.J. Le clère , la loi anglaise sur l'arbitrage du 28 juillet 1950 (arbitration act , 1950) traduction dans D.M.F 1959—374 et s.

والجدير بالذكر أنه قد صدر قانون تحكيم حديث في إنجلترا عام 1996 " The Arbitration Act " . J.M Alcantara, Arbitration clauses in charte parties – The place of arbitration and the applicable law, A need harmonization , th 10 th I.C .M.A ,Va,couver , Canada, 1991, p 5.

ليقوموا بالفصل فيها بأحكام تحكيمية ملزمة⁶³.

قد ضمنت معظم الدول في أنظمتها القانونية التحكيم كونه وسيلة فعالة يطلبها الأطراف لحل الخلافات التي قد تنشأ في إطار العلاقات التجارية والاقتصادية، سواء أكانت داخلية أم خارجية. لذا فقد سارع أطراف العلاقات البحرية من المتعاملين في المجال البحري (شاحن، ناقل، شركة، ربان، أمين حمولة، سمسار، صانع سفن، شركة ضمان وغيرهم) إلى تضمين عقودهم البحرية المختلفة شرط التحكيم كبند في العقد، أو كعقد تحكيم مستقل وذلك لعدة اعتبارات نوردتها على سبيل المثال على النحو التالي:

أولاً: الأسباب المتعلقة بالطابع البحري

يغلب على المجال البحري التخصص والتعقيد، كونه عالم كبير يضاهي المجال البري بخصوصيته وأسراره، هذه المعطيات والوقائع كلما تنوعت واختصت طوّل القانون بمواكبتها لإضفاء قواعد قانونية تحكم هذه الوقائع الجديدة الغارقة في الفنية والتعقيد، من هنا دأب أطراف العلاقات البحرية إلى اتهام رجال القانون بسمو ثقافتهم القانونية عن إدراك حقائق وعوالم البحر وخصوصيته، مما دفعهم للجوء إلى نظام التحكيم لفض نزاعاتهم التجارية البحرية وتفضيله على القضاء الوطني في الدول المختلفة في وقتنا الحاضر عدة اعتبارات منها:

1. رغبة الممارسين للأنشطة البحرية المختلفة في حل المنازعات الناشئة عن علاقاتهم البحرية التعاقدية وغير التعاقدية حلاً بحرياً عادلاً، ينبع من واقع المجال المهني المتخصص الذي يعملون فيه وهو مجال التجارة البحرية، الذي يتميز بالإفراط في الخصوصية والتعقيد، من حيث خصوصية أنشطته والظروف التي تتم ممارستها فيها والأخطار الكبرى التي تتهددها، وعاداتها وأعرافها القديمة والحديثة⁶⁴.
2. رغبة الممارسين للأنشطة البحرية المختلفة في حل المنازعات الناشئة عنها، من قبل شخص متخصص في المجال البحري والذي يخرج عن نطاق تخصص القاضي الوطني في الدول المختلفة. فتدخل في اختصاص شخص أو أشخاص متخصصين في هذا النوع من النشاط المهني المغرق في التخصص والتعقيد، أشخاص مارسوا الأنشطة البحرية المختلفة أو مازالوا يمارسونها من تجهزي السفن وبنائها ومالكها ومستأجريها، والشاحنين عليها والمؤمنين على تجارتها، ووكلاء هؤلاء وأولئك الذين أكسبتهم ممارستهم لهذه الأنشطة المختلفة الخبرة بقواعدها وظروفها، الإلمام بعاداتها وأعرافها، ومن ثم مكنتهم من العلم ببواطن أمورها والقدرة على الفصل المهني العادل في منازعاتها.

⁶³ - فراح عبد الكريم خليل، التحكيم في المنازعات البحرية، مجلة الرافيديون للحقوق، المجلد 14، العدد 50، السنة 16، في العام 2010، ص: 136.

⁶⁴ - غسان رباح، التحكيم التجاري البحري، م.س، ص: 29.

3. رغبة الممارسين للأنشطة البحرية المختلفة في حل المنازعات الناشئة عنها، من قبل شخص متخصص في المجال البحري بهدف الحفاظ على العلاقات البحرية بين أطراف هذه العلاقة في المجال البحري، ذلك أن مفهوم الحفاظ على العلاقات وتنمية شبكة العلاقات التجارية البحرية أضحى اليوم من أهم المعطيات التي تبرز قوة التاجر في ميدان تجارته.

ثانياً: الأسباب المتعلقة بالطابع التجاري

يعتبر النزاع البحري تجارياً بطبيعته بنص مواد قانون التجارة الإماراتي، هذه التجارية تستتبع اكتساب المتعامل بالميدان البحري الصفة التجارية، وكون التجارة تقوم على عناصر هي عماد وقوام العملية التجارية، لذلك فقد سارع أطراف العلاقات البحرية للجوء إلى التحكيم البحري لعدة اعتبارات:

1. رغبة اطراف العلاقات البحرية في حل منازعاتهم في سرية لا توفرها المحاكم القضائية في هذه الدولة أو تلك سواء بالنسبة لسرية الإجراءات أو بالنسبة لسرية الحكم الصادر عنها، حيث يرغب التجار البحريون أطراف المنازعات البحرية في أن تتم إجراءات التحكيم البحري بأقل قدر ممكن من العلانية وبأكبر قدر ممكن من السرية سواء من حيث سرية عقد جلساتها، أو من حيث حصر الأشخاص المشاركين فيها وفي مستشاريهم فقط دون اعطاء حق المشاركة فيها لغيرهم، حيث يرغبون كذلك في سرية حكم التحكيم المنتظر إصداره وعدم نشره للكافة وذلك للمحافظة على سرية معاملاتهم ورؤوس أموالهم، حرصاً على استمرار روح الود والتعاون التجاري بينهم وبين باقي العاملين في المجال البحري سواء أكانوا أطرافاً في العملية التحكيمية أم لا، حتى لا تتأثر علاقاتهم البحرية في المستقبل.

2. رغبة اطراف العلاقات البحرية في حل منازعاتهم بسرعة لا تتوفر لهم في المحاكم القضائية في الدول المختلفة التي تكتظ جداول جلساتها بأعداد كبيرة من القضايا التي قد يتأخر الفصل فيها إلى سنوات مع ما يترتب على هذا التأخير من تعطيل الأموال المتنازع عليها، وفقدان الكثير من الاموال، وبالتالي فقد وجد التجار البحريون في التحكيم البحري نظاماً يكفل لهم حل منازعاتهم في شهور قليلة أو ربما أسابيع . وهذه السرعة في حل المنازعات البحرية بواسطة التحكيم البحري تكمن - فضلاً عن تخصص المحكم البحري ومهارته - في مرونة الإجراءات التحكيمية التي تتم غالباً في صورة تحكيم بحري على درجة واحدة بناءً على المستندات والوثائق فقط، أو بعقد جلسات شفوية قليلة العدد لا يتقيد المحكمون البحريون في تسيرها بالإجراءات القضائية الطويلة والمعقدة - في إطار من اتفاق الاطراف - في تسيرها بحرية كبيرة تكفل لهم

المرونة وعدم روتينية هذا التسيير مما يؤدي إلى الفصل السريع في المنازعات⁶⁵.
3. رغبة المتعاملين في المجال البحري بحل منازعاتهم بحرية لا تتحقق لهم في ظل قضاء الدولة، حيث يختار الأطراف نوع التحكيم (إما مؤسسي وإما حر) كذلك يختار الأطراف نوع آخر من التحكيم (التحكيم المطلق أم التحكيم بالقانون) كما يحدد الأطراف مكان انعقاد التحكيم وزمانه والقانون الذي يطبق على النزاع والمدة التي يجب على المحكم حل النزاع ضمنها كذلك يحددوا إجراءات التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم . كما تعترف بعض الأنظمة القانونية المعاصرة للتحكيم بحرية الأطراف في عدم الطعن على حكم التحكيم، وذلك على الرغم من وجود حالة من حالات الطعن على حكم التحكيم، وذلك إذا اتفقت الأطراف صراحة على التنازل عن هذا الطريق من طرق الرجوع كالقانون البلجيكي والقانون السويسري.

ثالثاً: الأسباب المتعلقة بالطابع الدولي:

تتميز المنازعات التجارية البحرية بالطابع الدولي، ذلك أن حركة الملاحة البحرية تنتقل بين العديد من موانئ الدول المختلفة كما تنتقل البضائع والأموال القيمة بين حدود تلك الدول، أو تنتقل الأشخاص من جنسيات مختلفة أما تعتبر عملية الملاحة البحرية دولية بذاتها إذ غالباً ما تختلف جنسية الشاحن عن جنسية الناقل عن جنسية السفينة.. إلخ . لذا فإن المتعاملون بالتجارة البحرية يلجؤون للتحكيم البحري لحل منازعاتهم البحرية لعدة اعتبارات منها:

1. نظراً لارتباط الأنشطة البحرية بانتقال الأموال والبضائع والخدمات من دولة إلى أخرى في حركة مد وجزر مثيرة لاقتصاديات هذه الدول. هذه الدولية جعلت الناقل يجهل الأحكام القانونية الواردة في قانون الشاحن أو لا يثق بها وجعلت الشاحن يجهل الأحكام القانونية الواردة في قانون الناقل أو يخشى تطبيقها خوفاً من الهيمنة الاقتصادية للناقل على العلاقة البحرية، وجعلت كلاهما يجهل الأحكام القانونية الواردة في قانون دولة أخرى وبالتالي لا يريدون تطبيقها، وجعلت المحكم البحري يقع في مثالب منهج تنازع القوانين المقرر في القانون الدولي الخاص بتعقيدهاته ومصاعبه⁶⁶.
2. بالإضافة إلى أن الأساليب المتلوية أو على الأقل غير الصريحة الهادفة للتوصل إلى تطبيق القانون الوطني للقاضي، قد أدت إلى دخول أطراف العلاقات ذات الطابع الدولي في متاهات، وكان ذلك أيضاً لصالح أعمال مبادئ التحكيم وفي ضوء العقد الجاري بين الطرفين المتنازعين.

⁶⁵- R.P.BISHOP, the Role of Commercial people as opposed to Lawyers as Arbitrators in maritime Arbitration, the v11 th I.C.M.A, Casablanca, 1985, P56 .

⁶⁶- J.F.Bourque, Le Reglement des litiges multiparties dans L'Arbitrage Commercial, these, Poitiers, 1989, P.365

3. ازدياد تدخل الدولة وأشخاصها المعنوية العامة في ممارسة الأنشطة البحرية بوصفها من أهم الأنشطة الاقتصادية التي قررت الدول المختلفة التدخل فيها، حيث لم تعد الدولة في هذا العصر الدولة الحارسة أو الدولة القاضية فقط بل أصبحت الدولة الناقلة والدولة الشاحنة والدولة المجهزة إلى غير ذلك من الأنشطة البحرية التي تمارسها الدولة وأشخاصها المعنوية العامة على غرار الأشخاص الخاصة، ومع ازدياد هذا التدخل من الدولة في مجال المعاملات التجارية البحرية، وحرصاً من الدولة على عدم الوقوف أمام القضاء الوطني في دولة أخرى بصدد حل المنازعات التي تثور حتماً عن هذه العلاقات. 4. نظراً لاعتبارات سياسية أو سيادية، فقد وجدت الدولة وأشخاصها المعنوية العامة في التحكيم البحري مهرباً من القضاء الوطني في الدول الأخرى، وملجأً لحل المنازعات البحرية الناشئة عن العلاقات البحرية التي تكون طرفاً فيها إذ المحكم لا يصدر قضاءه باسم الدولة التي ينعقد على إقليمها التحكيم ولكنه يضطلع بمهمة الفصل في النزاع بناء على السلطة المعهودة إليه بواسطة أطراف الاتفاق التحكيمي⁶⁷.

رابعاً: الأسباب المتعلقة بشخص أطراف العلاقة البحرية:

بالإضافة إلى الأسباب التي ذكرناها يمكن أن يلجأ أطراف العلاقة البحرية للتحكيم البحري، لأسباب خاصة بهم لاعتبارات تخصهم وحدهم دون غيرهم فمثلاً يمكن أن تكون هذه الأسباب على سبيل المثال ما يأتي:

1. رغبة أطراف العلاقات البحرية في تنفيذ الأحكام التحكيمية التي تصدر فاصلة في منازعاتهم بسهولة ويسر لا يتوفران بالنسبة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية نظراً للاهتمام الدولي بالتحكيم وإبرام المعاهدات التحكيمية الدولية الثنائية والجماعية التي تلزم الدول باحترام اتفاقات التحكيم الدولي، وبالاقرار بالاحكام التحكيمية الصادرة عنها وتنفيذها، وعلى رأس هذه الاتفاقيات الجماعية اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي وصل عدد الدول الموقعة عليها حتى الآن ما يقرب من مائة دولة، فضلاً عن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961. بين الدول الأوروبية المختلفة⁶⁸.

2. رغبة أطراف العلاقة البحرية حل النزاع البحري في أقل كلفة ممكنة، حيث تبرز أهمية التحكيم البحري في الاقتصاد في النفقات فالقضاء المختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية كثيراً ما يكون في بلد أجنبي الأمر الذي يوجب على أحد الأطراف أو كليهما صرف مبالغ كبيرة في توكيل خبراء قانونيين أو محامين لمعرفة إجراءات القانون في ذلك البلد أو معرفة أحكام قانون البلد الذي يحكم النزاع فيه مما يجعل تكاليف حل النزاع باهظة الثمن، إلا أن الأمر مختلف في التحكيم إذ يتم تعيين خبير

⁶⁷ - R.J.Merlin. L'Arbitrage Maritime, etudes offertes a Rene Rodiere 1982,P 401 .

⁶⁸ - W.tetley , Arbitration clauses in ocean bills of Lading , YB.mar.L.1985,P.53.

واحد أو أكثر لحل النزاع تبعاً لإجراءات معينة يتفق عليها كلا الطرفين مسبقاً الأمر الذي يجعل أياً من الاطراف قادراً على المثل أمام هيئة المحكمين لشرح موقفه دون الحاجة لخبراء قانونيين لشرح موقفه، فيما يرى الدكتور فادي نور أن التوفير في الرسوم لا يعني أن التحكيم أقل كلفة من اللجوء إلى محاكم الدولة، إذ من المعروف أن الأتعاب التي يتقاضاها المحكمون مبالغ فيها. إلا أن هناك أسباب عديدة أخرى يضعها أطراف العلاقة فيما بينهم والتي تخفي خوفاً أو حذراً من اللجوء إلى القضاء الوطني⁶⁹.

الفرع الرابع: الطابع الدولي لمنازعات التحكيم البحري

ارتبط التحكيم البحري بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب، كما ازدهر بازدهار هذه التجارة، وارتبط بنمو المعاملات الدولية في القرن الحالي بتزايد اللجوء إلى التحكيم البحري كأسلوب لحل المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تدخل بالضرورة في إطار القانون الدولي الخاص، حيث كانت التجارة الدولية، ولا زالت هي الموقع الخصب لإنماء وتطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي، بل واكتسب التحكيم البحري أهميته البالغة في مجال منازعات التجارة الدولية وأصبح ضرورة يفرضها واقع هذه التجارة.

مما لا شك فيه أن المجال البحري مجال دولي بطبيعته، حيث يتم نقل البضائع وغالبا ما يكون من مينائي الشحن والتفريغ في بلدين مختلفين، ومن ثم تنتقل البضائع عبر حدود الدولة إلى دولة أخرى.

كما أن أطراف عقد النقل البحري أو عقد المشاركة من مجهزين وشاحنين ومستأجرين، ومرسل إليه (وهم ما يطلق عليهم أصحاب الشأن) ينتمون إلى دول مختلفة، كذلك الحال في حوادث التصادم البحري نجد أنه في الغالب ما تتبع السفن المتصادمة أعلام دول مختلفة الجنسية.

من ثم فإن العلاقات البحرية في الغالب الأعم يتداخل فيها عنصر أو أكثر من عناصر الدولية، وتتمثل عناصر الدولية في: 1- موضوع النزاع، 2- الجنسية، 3- الموطن، 4- محل إقامة أو عمل الأطراف، 5- جنسية المحكمين، 6- مكان التحكيم، 7- مكان تنفيذ حكم التحكيم، 8- القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو الموضوع، 9- مكان إبرام العقد، 10- مكان تنفيذه وبالطبع فإن درجة تأثير كل عنصر تختلف عن الآخر.

حقيقة الأمر، فإننا نجد أن فقه قانون التحكيم لم يستقر على تحديد معيار لدولية التحكيم⁷⁰

⁶⁹ - فادي نور، التحكيم التجاري الدولي، منشورات الشروق، الطبعة الثانية. 2013 ص 28.

⁷⁰ - وفقا للدكتور محسن شفيق هناك: "جملة ضوابط يمكن التفكير في اتخاذها أساسا لدولية التحكيم... جنسية المحكم أو جنسية الخصوم... المكان الذي يوجد به المركز الرئيسي للمنظمة التي تتولى التحكيم...." على أنه: "يقول الفقهاء التقليديين أن أحدا من هذه الضوابط لا يصلح لتعيين معنى الدولية وعندهم أن الضابط الصحيح من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم la loi de procédure (د محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، مجموعة محاضرات على الآلة الكاتبة، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1973-77 تمت إعادة طبعة دار النهضة العربية القاهرة 1997 لنفس المؤلف دروس لطلبة

الدكتوراه لعام 1974 في التحكيم التجاري الدولي ص 4 وما بعدها، د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق التحكيم، ط 1984، ص: 179-182 د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، م.س، ص: 34 وما بعدها.

كما يذكر د. محسن شفيق نفس المرجع السابق ص 2 بأنه يصعب التسليم على إطلاقه بأن كل اتفاق على التحكيم في الشارع يؤدي إلى تدويل اتفاق التحكيم حتى ولو كان بين وطنين وموضوعه علاقة داخلية بحثة... وذلك أن مجرد اختيار التحكيم في الخارج لا يستتبع في ذاته إصباغ صفة الدولية على اتفاق التحكيم في الخارج بل يتعين أن تكون العلاقة القانونية بمختلف أبعادها تتضمن من العناصر ما يكفي لإضفاء صفة الدولية على اتفاق التحكيم موضوع البحث".

وأنظر بصفة عامة: د أحمد شرف الدين، التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي قانون التحكيم الجديد، معيار التمييز وأهميته، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المنعقد في القاهرة من 25-27/3/1995. د حفيظة السيد الحداد في الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997، ص 15-89. د عكاشة عبد العال ود مصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر 1998 ص 81-98: د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دراسة مقارنة للتحكيم البحري، رسالة دكتوراه في الحقوق والتي تمت مناقشتها بكلية الحقوق، جامعة المنوفية بتاريخ 17/12/1995 المنشورة في دار النهضة العربية، القاهرة 1996، د محمود سمير الشرقاوي معيار التجارية والدولية وفقا لقانون التحكيم المصري الجديد مقارنا بالقانون النموذجي " الانسترا" بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد في القاهرة من 25-27/3/1995 د أبو زيد رضوان : الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م.س.

وتذكر الدكتورة حفيظة السيد الحداد أن: هناك ثلاثة معايير مختلفة تستخدم لتحديد دولية التحكيم وهي: المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي والمعيار المزدوج الذي يجمع كل من المعيارين القانوني والاقتصادي.

ووفقا للمعيار القانوني يعد دوليا إذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، ثم ذكرت أنه يتعين إجراء نوع من المفاضلة بين هذه العناصر على نوع ما ذهب إليه الفقه المعاصر بشأن تحديد دولية العقد من التفرقة بين العناصر القانونية المؤثرة مثل القانون المختار من قبل الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم أو يسري على إجراءاته وكذلك ترجيح مقر التحكيم كعامل مؤثر لإضفاء الدولية وكذلك مكان صدور حكم التحكيم أو يسرى على إجراءاته، وكذلك ترجيح مقر التحكيم كعامل مؤثر لإضفاء الدولية وكذلك مكان صدور حكم التحكيم. أما بالنسبة للعناصر القانونية المحايدة والتي يتحتم ضرورة استبعادها فهي تتصل بجنسية أطراف المنازعة أو محل إقامتهم وكذلك استبعاد أي تأثير لجنسية المحكمين أو محل إقامتهم فهي عناصر محايدة غير مؤثرة.

أما المعيار الثاني فهو المعيار الاقتصادي والذي يتخذ كأساس لتدويل التحكيم حيث يستند هذا المعيار إلى وضع العديد من القواعد التي تهدف إلى مراعاة المصالح المتعلقة بالتجارة الدولية، وطبقا لهذا المعيار يعتبر العقد دوليا إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية وقد أبرزت محكمة النقض الفرنسية المقصود من هذا المعنى من خلال الإشارة إلى أن يكون العقد منطويا على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة بأن يتضمن مثلا استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية **أورع** بصفة عامة يترتب عليه حركة ذهاب وإياب للبضائع عبر الحدود وقد صادف هذا المعيار نجاحا ملموسا سواء في إطار المعاهدات الدولية أو الأنظمة القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم ومنها قانون التحكيم المصري.

ولقد توالى الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي لتعبر عن تفضيل هذا القضاء للمعيار الاقتصادي كأساس لتدويل التحكيم.

كما يظهر من نص المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد الذي يتعلق بالتحكيم الدولي أن دولية التحكيم ترتبط بموضوع المنازعة وعلى وجه الدقة بالعملية الاقتصادية، أساس المنازعة ولا يوجد أدنى تأثير لأي عنصر من العناصر القانونية، أيا ما كانت طبيعته على تكييف التحكيم بأنه تحكيم دولي، فعلى سبيل المثال لا تؤدي أجنبية جنسية الخصوم أو المحكمين أو محل إقامتهم أو مكان إبرام العقد أو المكان الذي تتم فيه إجراءات التحكيم إلى التأثير على الطابع الدولي للتحكيم من عدمه، حيث تم استبعاد هذه العناصر القانونية.

والمعيار الثالث فيجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لدولية التحكيم، حيث تجد أن بعض الأحكام القضائية الفرنسية قد ذهبت قبل صدور قانون التحكيم الفرنسي الجديد والتي تقرر أن التحكيم يعد دوليا إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية إلى تأكيد الطابع الدولي للتحكيم من خلال الجمع بين كل من المعيارين القانوني والاقتصادي. إلا أننا نجد أن القضاء الفرنسي وبعد صدور قانون التحكيم الجديد، ومع نص المادة 1492، لم يعد يركز إلا على المعيار الاقتصادي. وهناك العديد من المراجع والأحكام القضائية في هذا الشأن منها مرجع الدكتورة حفيظة السيد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، م.س، الصفحات 44-89. أما الدكتور البربري فيقول " إذا تعلق الأمر بعلاقة وطنية بحثة من حيث الأطراف موضوع العلاقة ومكان التحكيم فإننا نكون بصدد تحكيم داخلي وطني لا يثير أي مشكلة من حيث تكييفه أو تحديد القانون الذي يسرى عليه، أما بالنسبة لمعيار التفرقة بين التحكيم يكون أجنبيا إذا تم خارج مصر، حتى لو كان أطرافه مصريين وتعلق بعقد أو علاقة محلية بحثة، والأمر نفسه لو كان أحد الأطراف مصريا والآخر أجنبيا. ولا يوصف هذا التحكيم بأنه " دولي" لمجرد وجود طرف أجنبي، أما جريانه في الخارج فيؤدي إلى وصفه بالأجنبية أو بأنه تحكيم " غير محلي" وهذا المعيار تبنته اتفاقية نيويورك لوصف حكم التحكيم بصفة الأجنبية، حيث نصت على سريان نصوصها على أحكام التحكيم التي تصدر في دولة غير الدولة المراد تنفيذها فيها. وأخيرا فإنه يرى أن معيار الدولية يرتبط بطبيعة النزاع، حيث يكون التحكيم دوليا، إذا اتفق عليه بشأن علاقة تنتمي لطائفة " علاقات التجارة الدولية" فلو قام مصري مقيم في دولة أجنبية بتصدير آلات غزل لمصري مقيم في مصر، واتفقا على تسوية ما قد يثور بينهما من منازعات عن طريق تحكيم يجري في مصر، فإن هذا التحكيم يعتبر دوليا رغم اتحاد جنسية الأطراف ورغم جريان التحكيم على أرض البلد التي ينتمون إليها ولا يعتبر

للتفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فذهب رأي إلى الأخذ بفكرة القانون الواجب التطبيق بالنسبة لإجراءات التحكيم، فالتحكيم الداخلي هو الذي يخضع في إجراءاته للقانون الوطني، أما التحكيم الدولي فهو الذي تخضع إجراءاته لقانون أجنبي أو لنصوص اتفاقية دولية. وذهب رأي آخر إلى أن العبرة بمكان صدور حكم التحكيم، وهناك آراء تعتمد معايير مختلفة مثل جنسية المحكم أو جنسية الخصوم، ومنها ما يستند إلى المركز الرئيسي للجهة التي تتولى التحكيم أو مكان المحكمة المختصة أصلاً لنظر النزاع أو موضوع النزاع ذاته.

أما الفقه الحديث فقد استند إلى معيار آخر يختلف عن المعايير السابقة وهو المعيار الذي يتعلق بطبيعة النزاع حيث ذكر أن التحكيم الدولي هو الذي يتعلق بنزاع من طبيعة دولية إنما يتعلق بمعاملة تجارية دولية حتى لو كان يجري بين طرفين يحملان نفس الجنسية، كما سنتحدث عن تأثير كل معيار من المعايير السابق ذكرها على دولية التحكيم وذلك طبقاً للفقه التقليدي، ونتحدث عن نظرة الفقه الحديث إلى دولية التحكيم أو ما يعرف بالمعيار الاقتصادي.

الفرع الخامس: العناصر الأجنبية التي قد تؤثر على دولية التحكيم:

ان من أهم المؤثرات الأجنبية التي يمكن الوقوف عندها لمعرفة تأثير كل مؤثر منها على التحكيم لمعرفة ان كان تحكيم داخلي أو دولي (وذلك طبقاً للفقه التقليدي) نجد المؤثرات الآتية:

- 1- موضوع النزاع، 2- جنسية ومحل إقامة الأطراف، 3- جنسية المحكمين، 4- القانون المطبق لحسم النزاع، 5- قانون إجراءات المحاكمة التحكيمية المطبق و6- مكان التحكيم. وسوف نتناول كل واحدة منها على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: موضوع النزاع

من الحقائق المعلومة أن غرفة التجارة الدولية في باريس، ونظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي لا ينظران إلا في منازعات التجارة الدولية.

من ثم فإن العقد الذي يتضمن شرطاً تحكيمياً ويحيل لغرفة التجارة الدولية في باريس أو لنظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي، هذا العقد يتضمن اتفاقاً إرادياً مسبقاً من أطرافه بأن التحكيم دولي.

إلا أن النقد الذي وجه إلى هذا المعيار هو أن طبيعة التحكيم الدولية ليست من صنع تراضي الطرفين فحسب " فإن توافقهما على أن التحكيم دولي ليس أكثر من مؤشر على طبيعته الدولية، ويبقى التحكيم بحد ذاته، بعد ذلك بحاجة لتأكيد ودعم هذه الطبيعة الدولية⁷¹.

هذا التحكيم وطنية ولا يخضع القانون المصري. د. محمود البربري، التحكيم التجاري الدولي طبعة 1999، م،س الإشارة إليه ص 20-19.

⁷¹ - عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم " التحكيم الدولي"، الجزء الثاني، م،س، ص: 12.

الفقرة الثانية: جنسية ومحل إقامة الأطراف (المعيار المستمد من أطراف النزاع)

حيث يمكن أن يكون هذا المؤشر الأجنبي دليلاً هاماً على دولية التحكيم، أو قد يكون عديم الأثر، وقد يحتاج إلى عامل آخر للمساعدة على اكتساب صفة الدولية⁷².

فإذا أبرمت شركة ملاحه اماراتية ذات رأسمال أجنبي عقداً لتأجير إحدى سفنها لشركة منتجات غذائية اماراتية، فإن هذا العقد هو بين طرفين من ذات الجنسية، ولكن يحمل في طياته مؤشراً أجنبياً أو دولياً ليس كافياً بحد ذاته ولكنه مؤشر قد يتضافر مع مؤشرات أخرى أجنبية حتى يكتسب طابعاً أجنبياً.

الشخص المعنوي في جنسيته ومحل إقامته عرضة لكثير من الإطارات القانونية، فبغض النظر عن الأنظمة القانونية الأخرى التي تعتد بمحل الإقامة وبعضها الآخر بمكان تسجيل العقد فتعطيته جنسية مكان التسجيل ولا تعتد بأي اعتبار آخر، بينما تعتد أنظمة قانونية أخرى بالجنسية التي تدبره ولا ريب أن الشخص المعنوي الذي يخضع لكل هذه الاعتبارات أو أكثرها ليس شخصاً عادياً من أشخاص القانون الخاص.

فالشركة الملاحية التي رأسمالها اماراتي ولها فرع في السعودية، ومسجلة في سجل الشركات التجارية المصري ويديرها أشخاص مغاربة، هي شركة تحمل بحد ذاتها مؤشراً على دولية العقود التي تبرمها ولكنه مؤشر لا يكفي بحد ذاته بل يجب أن يقترن بمؤشرات أخرى. وقد اعتد كل من القانون الفيدرالي السويسري سنة 1987، والقانون الهولندي سنة 1986 بمحل الإقامة لتأكيد دولية التحكيم، أيضاً القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمعروف باسم القانون النموذجي "Model law" في المادة الأولى، وقانون التحكيم المصري 1994/27 في المادة الثالثة⁷³، كما هو الشأن أيضاً لقانون التحكيم الإماراتي في المادة الثالثة⁷⁴، وذلك ضمن المعايير العديدة للدولية سواء في القانون

⁷² عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم " التحكيم الدولي"، الجزء الثاني، م.س، ص: 12-14.

⁷³ م 1 من القانون النموذجي "Model Law".

" 1- ينطبق هذا القانون على التحكيم التجاري الدولي، مع مراعاة أي اتفاق نافذ مبرم بين هذه الدولة وأية دولة أو دلو أخرى .

2- باستثناء أحكام المواد 8،9،25،26، تنطبق أحكام هذا القانون، فقط إذا كان مكان التحكيم واقعاً في إقليم هذه الدولة .

3- يكون أي تحكيم دولياً:

أ- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين أو

ب - م 2 من قانون التحكيم المصري (1994/27)

" يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال التالية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً:....."

⁷⁴ - تنص المادة الثالثة من ق.ت.إ. : "على أنه: "يكون التحكيم ذا صفة دولية حتى لو جرى داخل الدولة، وذلك في أي من الحالات الآتية: 1- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال الأطراف يقع في دولتين مختلفتين أو أكثر وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف مراكز أعمال عدة، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد أطراف التحكيم مركز أعمال، فالعبرة بمحل إقامته المعتاد. 2- إذا كان أحد الأماكن التالية يقع خارج الدولة التي يقع فيها المقر الرئيسي لعمل أي من الأطراف: أ- مكان إجراء التحكيم كما حدده اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تحديده. ب- ومكان تنفيذه، جانباً جوهرياً من الالتزامات الناشئة عن العلاقات

النموذجي أو قانون التحكيم المصري. كذلك نلاحظ أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 قد قررت في المادة الأولى الفقرة الأولى وهي بصدد تحديد نطاق تطبيقها أنها تطبق على اتفاقات التحكيم المبرمة لتسوية النزاعات الناشئة أو التي ستنشأ عن عمليات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو معنوية شريطة أن يقع محل إقامتهم أو مقر أعمالهم وقت إبرام العقد في دول متعاقدة مختلفة، كما أن القانون البلجيكي يقر بأن التحكيم يعتبر أجنبياً إذا ما كان أطراف العملية التحكيمية مقيمين خارج الدولة التي يجري فيها التحكيم.

ومن ثم فإن هذه الاتفاقية قد وضعت شرطين لكي يكون التحكيم دولياً: الشرط الأول يجب أن يكون النزاع متعلقاً بعملية تجارية دولية – وهذا هو المعيار الفقهي الحديث لدولية التحكيم والذي سنتحدث عنه بعد قليل-. والشرط الثاني هو انتساب أطراف النزاع لدولتين موقعتين أو أكثر بموطنهم أو بمحل إقامتهم أو بمقر أعمالهم.

لذلك فإن جنسية أطراف النزاع أو محل إقامتهم لا تستطيع وحدها أن تقضى على طبيعة المنازعة أي عنصر أجنبي، وبالتالي لا تستطيع وحدها إضفاء الصفة الدولية على الحكم الصادر عنه⁷⁵. فإن مجرد وجود طرف أجنبي في اتفاق التحكيم لا يجعله دولياً بالضرورة، إذ أن جنسية المتعاقدين ليست بذاتها عنصراً مؤثراً في دولية التحكيم⁷⁶.

هذا بالإضافة إلى أن اختلاف الأفكار السائدة في كل دولة ينتج عنها اختلاف في المعيار الذي تتبناه هذه الدولة أو تلك لإضفاء صفة الدولية على التحكيم، فقد نرى أن هناك تحكيماً ما داخلها في دولة بينما يعد نفس التحكيم دولياً في دولة أخرى، ولا سبيل إلى توحيد معيار الكشف عن تحكيم دولي أو داخلي سوى عن طريق المعاهدات الدولية، وهو ما لم تفعله اتفاقية نيويورك سنة 1958، حيث أنها اعتدت بمعيار مكان التحكيم، وكذلك كل معيار صادر عن كل دولة موقعة على الاتفاقية تعد به هذه الدولة أو تلك التحكيم داخلها أو خارجياً.

الفقرة الثالثة: جنسية المحكمين:

معيار إجرائي آخر، حيث يكون التحكيم دولياً عندما تختلف جنسية المحكمين عن جنسية أطراف النزاع.

قد يكون هذا المعيار دليلاً هاماً على دولية التحكيم، أو قد يكون عديم الأثر وقد يحتاج إلى عامل آخر للمساعدة على اكتساب دولية التحكيم.

التجارية بين الأطراف، أو المكان الذي يكون له صلة وثيقة بموضوع النزاع. 3- إذا كان الذي ينصب عليه اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة. 4- إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة".

⁷⁵ - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 59.

والجدير بالذكر أن القانون الإنجليزي لسنة 1979، 1996 قد نص على أن: "اتفاق التحكيم يعتبر وطنياً" إذا كان لا ينص صراحة أو ضمناً على أن يتم التحكيم في دولة غير المملكة وأن لا يكون من بين أطرافه عند انعقاده:

أ- شخصاً من مواطني دولة غير المملكة المتحدة أو يقيم عادة في دولة غير المملكة المتحدة.

ب - شخصاً معنوياً لشركة تم تأسيسها أو لها مركز أعمالها أو يتم الإشراف عليها في دولة غير المملكة المتحدة.

ويتضح من نص القانون الإنجليزي ومن مفهوم المخالفة أنه يأخذ بمعيار الجنسية والإقامة لتحديد دولية التحكيم.

⁷⁶ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، م.س، ص: 82 وما بعدها.

مثال ذلك: إذا كانت معايير تدويل التحكيم التي يثيرها التحكيم تتعلق بنفس الدولة، إلا أن جنسية المحكين تختلف عن جنسية الخصوم، فهذا وحده غير كاف لإضفاء صفة الدولية على التحكيم، ولنا أن نتصور عملية تحكيم بحرية كل عناصرها داخلية سواء السفينة، الشاحن، الناقل، ميناء الشحن، ميناء التفريغ، فيما عدا المحكم، فإنه جنسيته مختلفة عن جنسية أطراف النزاع، فهل يطلق على هذا التحكيم تحكيم دولي؟

إلا أنه يمكن أن تكون جنسية المحكم ذات أهمية إذا كانت مؤشرات تدويل التحكيم منقسمة، فمثلا إذا كان الناقل مصري والشاحن مصري (طرفا النزاع) وقاما باختيار محكما غير مصري، فهنا توجد دلالة على الرغبة في الخروج إلى التحكيم الدولي خاصة إذا تم تحديد طريقة اختياره لنظام تحكيم دولي لا يجيز نظامه تعيين محكم من جنسية طرفي النزاع، هنا يمكن أن تكون جنسية المحكم ذات معنى يدل على دولية التحكيم، وتصبح جنسية المحكم مؤشرا هاما ومؤثرا.

الفقرة الرابعة: القانون المطبق لحسم النزاع:

يعتبر القانون المطبق ذو مغزى وهو مؤشر على طبيعة التحكيم، وتأتي مؤشرات أخرى مثل مكان إجراء التحكيم مكملة أو معطلة لأي إشارة إلى التدويل.

فالتحكيم الذي يكون طرفا نزاعه ناقل فرنسي من جهة وشاحن مصري من جهة أخرى، ليس تحكما داخليا، ولو كان يطبق القانون المصري إذا كان يجري خارج مصر وفقا لإجراءات نظام تحكيمي دولي لا ينظر إلا بمنازعات التجارة الدولية ولغة العقد هي العربية والرسائل المتبادلة بين الطرفين هي الإنجليزية.

الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي حين أخذ بالضابط الجغرافي لتمييز التحكيم الداخلي عن التحكيم الدولي، وكذلك جانب من الفقه، اعتبر أن الحكم التحكيمي الصادر في فرنسا تطبيقا للقانون الإنجليزي هو حكم تحكيم أجنبي⁷⁷.

قد يكون القانون المطبق لحسم النزاع عاملا ظاهرا وفاعلا ومؤثرا، وذلك في حالة ما إذا كان التحكيم بتأرجح بين كونه تحكما دوليا أو تحكما خارجيا.

إن معيار القانون المطبق على التحكيم يوجه إليه نفس ما يوجه إلى المعايير الإجرائية الأخرى من نقد حيث أنه يعد معيارا عرضيا يؤدي إلى نتائج سطحية غير وثيقة الصلة بموضوع النزاع وحقيقة الأمر فإن الفكر القانوني تجاوز الوقوف عند هذا الضابط وحده على أساس أنه لا يفي وحده بالفرض⁷⁸.

⁷⁷ - الأحدث موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الجزء الثاني، م.س: ص: 15.

⁷⁸ - J.Bèguim, l'arbitrage commercial international 1987, p 70.

الفقرة الخامسة: قانون إجراءات المحاكمة التحكيمية المطبق:

يعتبر هذا المعيار من معايير دولية التحكيم من المعايير الإجرائية فقد يسير التحكيم وفقا لإجراءات المحاكمة للبلد الذي يجري فيه التحكيم، أو وفقا لنظام تحكيمي دولي آخر، إذ يمكن أن يجري التحكيم في مصر وفقا لقانون التحكيم المصري، كما يمكن أن تسير الهيئة التحكيمية في القاهرة على أساس نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية مكملا بقانون إجراءات المحاكمة الفرنسي أو قانون الإجراءات المصري.

وقد شهد هذا النوع من المعايير الإجرائية "صخبا كبيرا حول نقطتين في قانون إجراءات المحاكمة المطبق على التحكيم"⁷⁹. وهما:

أ- هل تتمتع إرادة الأطراف بحرية اختيار قانون أو نظام تحكيمي معين لإجراءات المحاكمة التحكيمية أم أنه من الإلزام أن يطبق قانون إجراءات المحاكمة التحكيمية البلد الذي يجري فيه التحكيم؟

ب- هل إذا طبق قانون إجراءات محاكمة دولة أجنبية يعتبر التحكيم أجنبيا ويحسم الأمر؟

بالرجوع إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 نجد أنها قد أجازت للطرفين "التحرر" من قانون إجراءات المحاكمة في البلد الذي يجري فيه التحكيم، فبعد أن نصت في المادة الثانية فقرة أولى تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

نجد أن نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة تنص على أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

أ- إن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم".
من ثم فإن الحكم التحكيمي يرفض إذا قدم الدليل على أن الاتفاق التحكيمي غير صحيح وفقا

⁷⁹ - الأحذب موسوعة التحكيم "التحكيم الدولي"، الجزء الثاني، م.س: ص 15 وذكر أيضا في ص 4: إن هناك إمكانية لأن ترعى التحكيم خمسة أنظمة قانونية مختلفة وهي قانون يطبق على الشرط التحكيمي وعلى شرط الاعتراف به وتنفيذه أو اتفاقية دولية، وقانون يطبق على إجراءات التحكيم أو أي اتفاقية دولية، القانون المطبق لحسم النزاع أو أي اتفاق على المبادئ العامة للقانون الذي يطبق على تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية أو الأجنبية أو أي اتفاقية دولية، وأخيرا قانون العقد الذي يمكن أن لا يكون هو القانون الوطني أو قانون البلد الذي وقع العقد فيه بل قانون دولي أو مزيج من المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية أو ما يسمى قانون التجار *lex mercatoria*

للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

طالما أن قوانين الإجراءات الخاصة بالمحاكمة في كل الأنظمة القانونية يجمع بينها حق الدفاع والمساواة بين الطرفين، فإن ربط الحكم التحكيمي ببلد القانون الذي طبقت إجراءاته في العملية التحكيمية لا يكفي لإضفاء الصبغة الأجنبية على التحكيم.

لذلك، فإن مجرد اختيار تطبيق قانون الإجراءات لبلد آخر غير البلد الذي يجري فيه التحكيم ليس بحد ذاته دليلا واضحا ومؤثرا وكافيا على أن التحكيم أجنبي، إلا أن الإقدام على ذلك واختيار النظام الإجرائي الأجنبي في العقد التحكيمي له دلالة كبيرة على الرغبة في تدويل التحكيم إلا أنه يحتاج إلى عوامل أخرى مرجحة تؤكد وتثبت ذلك.⁸⁰

هكذا، فإن مجرد تطبيق قانون المحاكمة لبلد آخر غير البلد الذي يجري فيه التحكيم ليس بحد ذاته مؤشرا كافيا على أن التحكيم أجنبي، إلا أن إضافة مؤشرات أخرى من عدمه إلى هذا المعيار قد تعمل على إظهاره كمعيار هام الحكم على دولية التحكيم، وقد تبقية دون أي معنى مؤثر على دولية التحكيم.⁸¹

الفقرة السادسة: مكان التحكيم

هو معيار إجرائي، ووفقا لهذا المعيار، يكون التحكيم دوليا إذا كان التحكيم قد تم على إقليم دولة غير الدولة التي يطلب فيها تنفيذ التحكيم الصادر عنه.

⁸⁰ يرجع في هذا الخصوص إلى د سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكم، م.س، ص: 17-218، وخاصة تعليق الأستاذ الهولندي Sanders الذي صاغ مشروع البروتوكول وأشرف على دمج في صلب الاتفاقية، وتعليقه على نص المادة الثانية، ص 177 وكذلك قيام أحد تلامذة الفقه Sanderers بمزيد الشرح للمادة الثانية ص 178 ويمكن كذلك الرجوع إلى: P.Sanders, « consolidated commentary », Year Book commercial arbitration, vol 4 1979, p 237. وكذلك الأستاذ Albert Van der Berg مشار إليه في د سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكم م.س، ص 162 هامش (1).

The New York arbitration convention of 1958. Towards a Uniform judicial interpretation.

حيث فرق بين ثلاث حالات:

أ_ إذا كان اتفاق التحكيم ينص على التحكيم في دولة أخرى غير تلك المطروح اتفاق التحكيم أمام محاكمها. وفي هذا الفرض يعد اتفاق التحكيم " أجنبيا" حتى لو كانت العلاقة موضوع التحكيم وطنية بحتة، ذلك أن مجرد الاتفاق على تحكيم في الخارج يؤدي من وجهة نظر المؤلف إلى تدويل العلاقة ولو كانت بين وطنيين وتتعلق بمسألة داخلية.

ب_ إذا كان اتفاق التحكيم ينص على التحكيم في ذات الدولة المطروح اتفاق التحكيم، وهنا يرى المؤلف أن يكون اتفاق التحكيم دوليا بأحد عناصره... ويتحقق ذلك متى كان أحد أطراف النزاع أجنبيا أو كان النزاع متصلا بمعاملة دولية.

ج_ إذا لم يكن اتفاق التحكيم متضمنا تحديد مكان التحكيم، وهنا أيضا يشترط لانطباق حكم المادة الثانية من اتفاقية نيويورك توافر صفة الدولية في اتفاق التحكيم بحيث يكون أحد أطرافه أجنبيا أو أن يتعلق بمعاملة دولية، أنظر الصفحات 57-60-61-69-71 لنفس المؤلف.

وأخيرا وكما ترى سامية راشد فإن المعايير الثلاثة السابق ذكرها للفقيه Sanders وتابعه فيها تلميذه الأستاذ Van der berg تنحصر في معيار وحيد هو ارتباط اتفاق التحكيم بمعاملة دولية "International Transaction" أي وجود علاقة يصدق عليها وصف العقد الدولي حسب المفهوم السائد في القانون الدولي الخاص والمعاصر وأنظر في ذلك:

La notion de contrat international , 1962, p218 ss, G . Delauma , « What is an international contract ? An American and Gallic dilemma “ international and comparative law Quarterly, vol 28, 1979, pp.258ss, ph Fouchardn “Un arbitrage quand est-il international? “Revue de l’arbitrage , 1970 , pp 59 ss.

مشار إليه في مرجع د. سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكم م.س ص 182، هامش (2).

⁸¹ الأحدث، م. س ص 16: وراجع أيضا في هذا الاتجاه: أبو زيد رضوان، م.س، ص 72 وما بعدها.

وحقيقة الأمر، فإن مكان التحكيم لا يعتبر المؤشر الهام لتحديد دولية التحكيم من عدمه، على أساس أن الاتجاه العام في العالم يذهب إلى عزل تأثير المكان الذي يجري فيه التحكيم عن سيره وآثاره إذا كان دولياً إلى الحد الذي تدخل فيه المشرع البلجيكي وجعل من غير اختصاص المحاكم البلجيكية النظر في الطعن بالحكم التحكيمي الدولي الصادر على الأراضي البلجيكية⁸². من الاتفاقيات والقوانين التي أخذت بهذا المعيار لإضفاء صفة الدولية على التحكيم نجد اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية لسنة 1958⁸³، حيث اعتمدت هذه الاتفاقية في الفقرة الأولى من المادة الأولى معيارين لإضفاء صفة الدولية على أحكام المحكمين من أجل أن تخضع للتنفيذ بموجب الاتفاقية، أولاً: معيار مكان التحكيم حيث يعد التحكيم دولياً في مفهوم الاتفاقية إذا كان حكم التحكيم صادراً على إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف به وتنفيذه، ثانياً: كل معيار حددته كل دولة من الدول الموقعة على الاتفاقية وقررت تطبيق الاتفاقية على أحكام مكان التحكيم تتزايد إذا تعلق الأمر بتحكيم لاتفاقية نيويورك، إذ يعتبر مبرراً لرفض تنفيذ حكم التحكيم، مخالفة قانون مكان التحكيم سواء فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم، وذلك إذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على تبني قانون آخر. كما نص على هذا المقتضى أيضاً القانون النموذجي لسنة 1985 في مادته الأولى، وقانون التحكيم المصري 1994/27، المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981، وهناك كذلك قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1975، 79، 1996.

المطلب الثاني: الطابع المميز للحقوق التجارية البحرية

يلعب البحر دوراً هاماً في حياة الشعوب فهو إلى جانب كونه مصدراً هائلاً للمواد الأولية والثروات السمكية، يشكل وسيلة هامة وحيوية للمواصلات تسهل انتقال البضائع والثروات والأشخاص، وقد أصبحت التجارة الدولية في عصرنا الحاضر تلعب الدور الأهم في الحياة الاقتصادية العالمية ويأتي البحر ليساهم بقسط وفير في إنمائها وازدهارها. وتتميز الحقوق التجارية البحرية بطابعها الدولي. وهذا ما أدى إلى وضع تشريعات موحدة تنظم الملاحة الدولية وتلتزم بها مختلف الدول. كما تنفرد الحقوق التجارية البحرية بخصائص تميزها عن غيرها من فروع الحقوق، فهي تضم القواعد الحقوقية الخاصة بالتجارة في البحر والمشاكل التي تطرحها وهي تختلف عن المشاكل التي نجدها على اليابسة، فالأخطار البحرية التي تكتنف الرحلات بحراً، وطول المسافات التي تقطعها السفن بعيداً عن البلاد، وضرورة اتخاذ قائد الرحلة قرارات كثيرة دون أن يرجع إلى رؤسائه قد أوجدت نظريات حقوقية خاصة تنفرد بها عن بقية القواعد الحقوقية، ومن أبرزها نظرية الأخطار البحرية - نظام الضمان البحري-

82- الأحجب موسوعة التحكيم " التحكيم الدولي"، الجزء الثاني، م.س، ص: 17-18.

83- أهم ما جاء باتفاقية نيويورك - وهي خارج نطاق البحث - أنها أولاً: لم تعد تشترط صيغة التنفيذ في بلد المنشأ لكي تمنح صيغة التنفيذ في البلد المطلوب التنفيذ فيه، فصار حكم التحكيم معفى من الصيغة التنفيذية المكررة. ثانياً: نصت الاتفاقية على أن هناك قانونين يمكن تطبيقهما على إجراءات التنفيذ هما: قانون الإرادة الذي اتفق عليه الطرفان - أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق هكذا فإن قانون إرادة الطرفين هو الذي يرجح على قانون البلد الذي يجري به التحكيم. ثالثاً: إن الاتفاقية قد قلبت عبء الإثبات، جاعلة من حكم التحكيم في يد الطرف الحائز عليه سنداً ثابتاً يعتد به وأصبح عبء الإثبات على الطرف الجاري التنفيذ ضده والذي يجب أن يأتي بالدليل للبطالان.

ومسؤولية مجهز السفينة، وهي نظريات خاصة بأحكامها بالحقوق البحرية وتختلف عن التطبيقات المماثلة لها في الحقوق التجارية البرية، والحقوق المدنية⁸⁴.

إن كانت الحقوق التجارية البحرية إنما تضم القواعد الحقوقية المنظمة للتجارة البحرية، فإن الأداة التي تمكن منها : هي السفينة باعتبارها عمارة بحرية، وأشخاصها يشتغلون عليها، أو عقود تجري لاستغلالها واستثمارها، والأخطار التي تتعرض لها وطريقة الحفاظ عليها. كما أن الضابط المميز للرحلة البحرية هو البحر، فالرحلة يمكن أن تتم بالبحر أو بالنهر أو بكليهما معاً. فإن الفقهاء اتفقوا على كون البحر فلكي تعتبر الرحلة بحرية أو تجارية بحرية، يجب أن تتم في البحر دون النهر مع مرونة، أن تبقى الرحلة بحرية حتى ولو اجتازت نهراً معيناً. والسفينة تلعب الدور الأساسي في التجارة البحرية وحولها يدور القسم الأكبر من مواد قانون التجارة البحرية الإماراتي. وتتميز بأنها من الأموال المنقولة، إلا أنها منقول من نوع خاص، لها أحكامها الخاصة التي تجمع بين أحكام المنقول وغير المنقول في بعض الأمور وتستقل تماماً في أمور أخرى. وعليه تكون الرحلة بحرية متى تمت في البحر وتجارية متى كانت الغاية منها نقل البضائع والأشخاص من مرفأ إلى مرفأ بقصد الربح. ويعتبر عملها تجارياً ويخضع لأحكام القانون التجاري البحري ويستوي في ذلك ما يملكه الأفراد من السفن التي تتعاطى النقل وما تملكه الدول.

الفرع الأول: أطراف النزاع البحري

إن دراسة موضوع أطراف النزاع البحري بالبحث والتحليل ضروري في بحثنا هذا كونه، يلقي الضوء على سير العملية البحرية التجارية أما يظهر مسؤوليات أشخاص الملاحة البحرية ويبين حدود هذه المسؤولية وعلى عاتق من تقع، لذا فإننا سنبدأ أولاً بمالك السفينة الأصلي حيث كانت ملكية السفن تعود إلى أفراد بمعظم الأحيان تجار أغنياء يقومون بنقل بضائعهم على متن سفن يملكونها. غير أن التطور التقني الذي طرأ على صناعة السفن من جهة، ومتطلبات النقل البحري الدولي من جهة أخرى، أدّى إلى انتقال ملكية السفن إلى شركات بحرية ضخمة (بمعظم الأحيان شركات مساهمة). حيث يقوم مالك السفينة من حيث المبدأ باستغلالها التجاري بنفسه، فيتعاقد مع الربان وأفراد الطاقم، ويقوم بتجهيزها بكل المتطلبات البحرية من المؤن والوقود وغيرها، كما يبرم العديد من العقود البحرية ويمكن أن يؤجر سفينته إلى شخص آخر، يقوم بتجهيزها بكل متطلبات الرحلة ويطلق عليه تسمية المستأجر المجهز. على الرغم من أن المشرع المصري⁸⁵ وضع يده في قانون التجارة البحرية على هذا الأمر قائلاً أنه "فيما يختص بأصحاب السفينة ومجهزيها"، نلاحظ أن مواد هذا الباب لم تتعرض إطلاقاً لمسؤولية المجهز وإنما تحدثت بشكل عام عن مسؤولية المالك ما خلا نص المادة 102 من قانون التجارة البحرية

84 - علي البارودي و محمد فريد العريني و محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،

2001، ص:52.

85 - هشام فرعون، القانون التجاري البحري، المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1985، ص:13.

التي تنص على ما يلي : إن مستأجر السفينة الرئيسي ومجهزها الذي ليس بصاحبها يستفيدان من حصر المسؤولية ومن أحكام المواد التالية. وهذا ما جعل البعض يعتبر بأنه وفقاً لقواعد القانون اللبناني يبقى مالك السفينة مسؤولاً حتى في الحالة التي يقوم فيها بتأجير سفينة عارية حيث يقوم المستأجر في هذه الحالة بتجهيز السفينة بالمؤن والوقود ويتعاقد مع الملاحين. يعتبر بعض الفقهاء بأن مالك السفينة يفترض أنه مسؤول حتى في حالة تأجيره سفينة عارية تطبيقاً لنظرية الظاهر، بما أن السفينة مسجلة على اسم مالكها، فلذلك من المفترض أن يكون هو المسؤول تجاه الغير. بينما يعتبر البعض الآخر أنه من غير الممكن أن نعتبر المالك مسؤولاً في كل الأحوال، خاصة عندما يتولى المستأجر تجهيز السفينة وعندما يختار الربان وأفراد الطاقم، لأنه وبنظرهم عندما يتحدث المشرع اللبناني عن مسؤولية المالك دون غيره، إنما يفعل ذلك لأنها الوضعية الأكثر رواجاً، فمن غير المنطقي أن يبقى المالك مسؤولاً عندما يكون هذا الأخير غريب عن الرحلة البحرية⁸⁶، وهذا الرأي الأخير هو الجدير بالاتباع.

كما نشير إلى أن مالك السفينة لا يعتبر مسؤولاً فقط عن تصرفاته الشخصية. إنما أيضاً فهو مسؤول عن تنفيذ العقود التي أبرمها وكلاؤه، سواء أخطأ هو شخصياً في تنفيذ التزاماته العقدية أم أخطأ أحد عماله البحريين في إطار ما يسمى بالمسؤولية عن فعل الغير (مسؤولية التابع عن أعمال متبوعه)، لهذه الأسباب أقرت معظم التشريعات مبدأ المسؤولية المحدودة لمالك السفينة، أما عن أساس هذه المسؤولية فإنه من غير الممكن أن تكون مسؤولية المالك عامة تشمل كافة ممتلكاته، لأنه في كل رحلة بحرية توجد مساهمة من عدة أشخاص كالقبطان، أفراد الطاقم، الناقل، المالك. بما أن هذا الأخير يشارك بتقديمه سفينته فإنه من المنطقي أن تنحصر مسؤوليته بحدود سفينته. لذلك من العدل أن يصار إلى تقاسم المخاطر بين كافة المشاركين في الرحلة البحرية⁸⁷.

أما الربان فهو الذي كان يتمتع بصلاحيات واسعة تملئها متطلبات إكمال الرحلة البحرية ولكن على إثر تطور وسائل الاتصال بالسلطات الإدارية من جهة وبمجهز السفينة من جهة أخرى، فقد الربان الكثير من سلطاته وخاصة التجارية ومع ذلك بقي محافظاً على قسم لا يستهان به من الصلاحيات وهذا ما يبرر وجود نظام قانوني خاص به. ويعتبر الربان ممثلاً للمجهز ذلك أن المجهز هو من يتولى تعيين أو عزل الربان الذي يلزم بالقيام بالأعمال المطلوبة منه سواء أكان عقده محدد المدة أم غير محدد المدة لقاء الأجر المتفق عليه عند التعاقد. ويتولى الربان العديد من الاختصاصات منها الاختصاصات التقنية حيث على الربان أن يقود ويخضع سفينته للمعاينة قبل الرحلة للتأكد من صلاحيتها للملاحة ويسهر على كفاية مستلزمات الرحلة

⁸⁶ - حمزه محمد دياب، التحكيم في المنازعات التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، ص: 18.

⁸⁷ - Rodiere et Du Pontavice, Le statut du navire litec, P.229

البحرية، والاختصاصات الإدارية والتجارية كتوقيع عقود البحارة وسندات الشحن كما يستلم ويسلم البضائع وغيرها كثير من المسائل المتطلبة منه في ذلكم المجال.

والبحارة يتميزون عن غيرهم من العمال بالمكان الذي يمارسون فيه عملهم، فالملاح هو كل شخص استخدم على متن سفينة للقيام برحلة بحرية . يلتزم الملاح بعقد عمل يسمى عقد استخدام ملاح الذي يختلف عن عقد العمل العادي.

وبخصوص **المرشد** فهو الشخص الذي يعاون الربان لتوجيهه على خط السير الواجب اتباعه أثناء الدخول أو الخروج من الموانئ أو القنوات.

أما **مجهز القطر**، فيقصد بالقطر البحري الاستعانة بقوة محركية خارجية لتغيير مكان منشأة عائمة بحرية لا تتوافر لها أو لم يعد يتوافر لها، الوسائل الضرورية للقيام بالانتقال بوسائل دفعها الذاتية، كما يلعب القطر دوراً هاماً في النشاط البحري بسبب استعمالاته المتعددة: كمساعدة السفينة على القيام بالمناورات الضرورية لدخول المرافئ أو الخروج منها أو لمساعدة السفن التي تكون في حالة خطر وغيرها من الاستعمالات. وعقد القطر يعتبر من العقود الرضائية الذي يلتزم بمقتضاه مالك السفينة بجر سفينة مملوكة لآخر مقابل أجر معلوم.

في حين **أمين السفينة**، شخص يمثل المجهز، ليقوم ببعض المهام التي كانت تقع على عاتق الربان من تسليم البضائع لأصحابها وتحصيل لأجرة النقل، ويرتبط أمين السفينة بالمجهز بموجب عقد أمانة السفينة وهو يعتبر من العقود المسماة أي أنه وكيل بري عن المجهز.

أما **أمين الحمولة**، قد يلجأ المرسل إليه إلى شخص متخصص للقيام نيابة عنه بكافة الاعمال المادية والقانونية المتعلقة باستلام البضائع ويسمى هذا الشخص أمين الحمولة يلعب دوراً هاماً في تسهيل مهمة كل من المرسل إليهم والناقل معاً في آن واحد. فهو ممثل عن المرسل إليهم، وغالباً ما يحصل أن تجتمع صفتي أمين الحمولة وأمين السفينة في شخص واحد فيكون ممثلاً للناقل وممثل للمرسل إليه في وقت واحد خاصة حين يتم تسليم البضائع تحت الروافع.

ومقاول الشحن والتفريغ، يرتبط مقاول الشحن والتفريغ بعقد مقاوله يلتزم بمقتضاه أن يقوم بشحن البضاعة أو تفريغها مقابل أجر متفق عليه. ولا يعتبر ناقلاً بحرياً حتى ولو قام بعملية نقل بالمواعين⁸⁸ أو بالصنادل⁸⁹ بين مكان رسو السفينة وبين رصيف الميناء.

السمسار البحري، مع انتشار التجارة وكثرة المبادلات البحرية، أصبح من الضروري أن يستعين مجهز السفينة بشخص يساعده بإبرام العديد من العقود كعقد شراء السفينة وعقد إيجارها

⁸⁸ - عبارة عن احواض تستخدم في نقل البضائع في الانهار الملاحية حيث تشحن البضائع في الموانئ النهرية الصغيرة ونقلها الى الموانئ النهرية الكبيرة لإعادة شحنها على السفن أعالي البحار ومزودة بفتحات وعنابر واسعة، وتستخدم في نقل الحبوب.

⁸⁹ - عبارة عن قارب مسطح القاع لنقل البضائع عبر الانهار والقنوات سواء كانت ذاتية الحركة أو تجر بأخرى

وعقود النقل البحري وعقود التأمين البحري. فالسمسار هو وسيط يقوم بالتقريب بين طرفي العقد لقاء أجر يحدد عادة بنسبة مئوية من أجرة النقل أو من الثمن⁹⁰.

الفرع الثاني : النزاعات الناشئة عن العقود البحرية

إن المنازعات الناشئة عن العقود البحرية هي المنازعات الناشئة عن عقود النقل البحري بسند شحن أو بمشارطة إيجار، وكذا المنازعات الناشئة عن عقود بناء السفن، وإصلاحها، وبيعها، وعقود التأمين البحري وإعادة التأمين، وعقود البيع البحري، وغيرها من العقود البحرية ومن أبرز هذه العقود هي:

1. عقود مشارطة إيجار السفن لمدة معينة

هذه المنازعات غالبًا ما تنشأ حول مسؤولية مالك السفينة أو المستأجر عن خسارة معينة تحققت خلال مدة عقد المشاركة. مثال على ذلك النزاع الذي يثور حول تحديد مسؤولية المستأجر عن ضرر لحق بالسفينة المستأجرة.

2. عقود مشارطة إيجار السفينة لرحلة معينة

قد تنشأ هذه المنازعات لتحديد مسؤولية مستأجر السفينة أو مالكها بخصوص خسارة معينة، أو بالنسبة لمنازعات سلامة الموانئ والمراسي للشحن والتفريغ، أو حول حالة السفينة عند تسليمها إلى المستأجر، أو المنازعات المتعلقة بغرامات التأخير

3. عقود النقل

بموجب عقد النقل يتعهد الناقل بتنفيذ عدة رسائلات بحرية على سفينة واحدة، أو أكثر خلال مدة زمنية متفق عليها، وبالتالي قد يثور النزاع حول سلسلة من عقود مشارطة إيجار السفن لرحلة معينة⁹¹.

المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم البحري

إن اتفاق التحكيم البحري ما هو إلا عقد يرتب على عاتق طرفيه التزامات، وبالتالي وجب أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية العامة اللازمة لصحة الالتزام بوجه عام، كما يثور التساؤل عن لزوم الشكلية لإبرام هذا الاتفاق، وسنبحث فيما يلي الشروط الموضوعية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم، ثم نعقب بالشروط الشكلية كل في مطلب مستقل وذلك على النحو التالي:

⁹⁰ - رفعت أبادير، دروس في القانون البحري، دار الفكر العربية، العام 2005، ص 145

⁹¹ - J. F. Bourque , Le règlement des litiges multiparties dans l'arbitrage commercial international, Op.Cit, P. 365

- الشروط الموضوعية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم البحري.

-الشرط الشكلي " الكتابة".

المطلب الأول: الشروط الموضوعية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم البحري

يلزم لصحة اتفاق التحكيم البحري من الشروط الموضوعية ما يلزم كافة العقود من تراض بين أطرافه، المتمتعين بأهلية أو سلطة إبرام هذا الاتفاق، حول محل يتمثل في المنازعة المعروضة على التحكيم، بغية تحقيق منفعة من وراء إبرام هذا الاتفاق، ولذا فإننا سنتناول فيما يلي شرط الرضا بالاتفاق التحكيمي، ثم شرط الأهلية والسلطة لإبرامه، ثم شرط محل الاتفاق التحكيمي، وذلك على النحو التالي:

- الرضا.

- أهلية أو سلطة إبرام اتفاق التحكيم البحري.

- محل اتفاق التحكيم البحري.

الفرع الأول: الرضا

الرضا باتفاق التحكيم البحري هو تقابل إرادة طرفي هذا الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ مستقبلا بينهما.

الغالب أن يقع التعبير عن هذه الإرادة صريحا، فيبرم الأطراف مشاركة تحكيم يتفقون فيها على إحالة النزاع الذي نشأ بينهم إلى التحكيم، أو ينصون في العقد الأصلي على اللجوء للتحكيم عند قيام النزاع، أو يوقعون المشاركة أو العقد النموذجي الذي يتضمن شرط التحكيم، أو يتبادلون الوثائق المكتوبة كالرسائل أو البرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة والتي تظهر بوضوح إبرامهم لاتفاق التحكيم.

في جميع الأحوال، ولما لشرط التحكيم من أهمية يلزم أن تكون إرادة الأطراف على اللجوء للتحكيم صريحة وواضحة، غير أن التعبير عن الإرادة لا يقع دائما بمثل هذه الصراحة فيشير تفسير هذه الإرادة بعض الصعوبات.

ففي عقد النقل البحري بسند شحن يندر أن يتضمن سند الشحن شرط التحكيم في حين يغلب صدور هذا العقد بموجب مشاركة إيجار للسفينة الناقلة مشيرا ومحिला إلى نصوص هذه المشاركة ومن بينها شرط التحكيم. وهنا نتساءل: هل يعتبر حامل سند الشحن راضيا باتفاق التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار؟ وما هي شروط توافر هذا الرضا؟ هل تعد الإحالة إلى الوثيقة الأخرى والتي هي مشاركة الإيجار كافية للقول بانصراف نية الأطراف في سند الشحن إلى

اختيار أسلوب التحكيم الوارد ضمن محتوياتها طريقا لحل منازعاتهم أم يجب أن تكون هذه الإحالة إلى المشاركة هي إحالة خاصة واضحة ومحددة إلى شرط التحكيم الوارد بها؟

الفقرة الأولى: اتفاق التحكيم البحري بالإحالة:

الفرض هنا إذن أن العقد المبرم بين الأطراف وهو سند الشحن والذي نشأت المنازعة بمناسبة لا يتضمن اتفاقا على التحكيم في حين أشار هذا العقد إلى تطبيق شروط عقد آخر قائم بيد الأطراف⁹² وهو مشاركة الإيجار للارتباط بينهما. فما مدى تأثير اتفاق التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار على العلاقات الناشئة عن سند الشحن الذي يحيل إليها؟ وما هو تأثير هذه الإحالة الواردة في سند الشحن إلى شروط مشاركة الإيجار على رضا الشاحن أو الغير حامل سند الشحن أو المرسل إليه أو المؤمن على البضاعة أو المستأجر من الباطن أو من ظهر إليه السند ممن لم يكونوا أطرافا في مشاركة الإيجار المحال إليها؟ وهل تكفي هذه الإحالة لتوافر الرضا في حق هؤلاء؟ وهل يشترط شكلا خاصا أو صيغة معينة لتلك الإحالة؟ بمعنى هل تكفي الإحالة العامة لشروط مشاركة الإيجار للالتزام من لم يكن طرفا فيها أو للالتزام حامل سند الشحن بشرط التحكيم الوارد بها؟ أم هل يستلزم الأمر إحالة خاصة إلى شرط التحكيم نفسه؟ وهل تقتصر الإجابة على هذه التساؤلات على بحث شرط الإحالة الوارد بسند الشحن؟ أم هل يجب أن يمتد البحث لشرط التحكيم نفسه الوارد بمشاركة الإيجار المحال إليها؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات قد حظيت ببحث واسع ومستفيض من جانب القضاء الوطني والفقهاء في كل من مصر وفرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، كما نصت عليها بعض القوانين والمعاهدات الدولية، فهذه المسألة كما لا حظ الأستاذ "Merlin" من: "المسائل التي كانت ولا زالت محلا لجدل ومناقشات معقدة وغامضة وبعيدة عن الوضوح في القضاء والفقهاء، والتي تشكل دائما للمحكمين هما كبيراً".⁹³

سنبحث هذه المسألة في القضاء الوطني في الدول محل البحث ثم نعقب بالمعاهدات الدولية ثم بالممارسات التحكيمية البحرية:

الفقرة الثانية: شرط التحكيم البحري بالإحالة في القضاء المقارن

وسنحاول دراسة ذلك في عدة دول كما يلي:

1- فرنسا:

إن موقف القضاء الفرنسي ثابت ومستقر ومحدد تماما حول هذه المسألة: فينبغي لتوافر الرضا بالنسبة لحامل سند الشحن الذي أحال إلى مشاركة الإيجار الصادر بموجبها، أي ينبغي

⁹² - فادي نمور، التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 56.

⁹³ - R.J. Merlin, L'Arbitrage Maritime, Etudes offertes à René Rodière, 1981, p 407.

للاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على حامل سند الشحن الذي أحال إلى شروطها أن يتوافر في حقه العلم الثابت بشرط التحكيم الوارد ضمن بنود مشارطة الإيجار المذكورة، والقبول اليقيني المؤكد لحامل سند الشحن كشرط التحكيم.

وذلك بأن تكون الإحالة الواردة بسند الشحن هي إحالة خاصة وواضحة ومحددة إلى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار المحال إليها، أو بأن يرفق نص المشارطة بسند الشحن، أو بأن يتم إبلاغ هذا الحامل بنص مشارطة الإيجار المذكورة بطريقة ثابتة ومؤكدة لا تدع مجالاً للشك في أن هذا الحامل قد علم بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة، وأبدى رضاه كاملاً بهذا الشرط نظراً لخطورته، ونظراً لأنه لم يكن طرفاً في مشارطة الإيجار ليحتج بها وبنصوصها عليه. كما لم يكن شرط التحكيم مدرجاً بسند الشحن الذي يحمله وذلك حتى تنتفي شبهة عدم وجود رضا هذا الحامل أو عيوبه عن طريق ادعائه لهذا الشرط التحكيمي⁹⁴.

هذا وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء الفرنسي الثابت والمستقر في حكمها الصادر في دعوى السفينة "Aspilos" في 4 يونيو 1985: حيث كانت محكمة استئناف "Rouen" قد اكتفت للاحتجاج على حامل سند الشحن بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار بالإحالة العامة البسيطة الموجودة بالسند إلى شروط المشارطة. مقرر أن حامل سند الشحن يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة حيث لا يمكنه الدفع بعدم علمه بتلك المشارطة ونصوصها لأن: "سند الشحن قد أحال بصراحة ووضوح إلى مشارطة الإيجار محددا تاريخها ومشيراً إلى أن أجرة النقل تحسب بالطريقة الموضحة بمشارطة الإيجار، وبأنه قد اتفق على أن كل النصوص والشروط والإعفاءات الواردة بمشارطة الإيجار تندمج في هذا السند"⁹⁵.

لما رفع الأمر إلى محكمة النقض نقضت الحكم السابق مقرر أن: "حال سند الشحن الصادر تنفيذاً لمشارطة إيجار بالرحلة لا يمكن أن يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار والذي لم يكن منسوخاً بسند الشحن ولم يكن موضوعاً لقبوله مؤكداً من جانب حامله"⁹⁶، ثم أحالت القضية إلى محكمة استئناف باريس والتي أكدت المبدأ السابق والمستقر مقرر أن: "الإحالة البسيطة بطريقة عامة إلى نصوص وشروط وإعفاءات مشارطة الإيجار، وحتى لو

⁹⁴ - Aix, 9 décembre 1960, D.M .F 1961, p 163 & Trib.com.Marseille , 7 Février 1967, D.M .F .1967, p .682.

& Trib.com. paris, 13 Février 1974, D.M .F 1975, p 93.

&Paris, 23 juin 1976, D.M .F 1977, 87.

& Trib .Com. Nantes, 3 Avril 1980, D.M .F 1981, p .247.

& Paris, 1 janvier, 1984, D.M .F 1984, 750.

& Aix-en-provence 14 Fev, 1984, D.M.F. 1985, p 542.

& Paris, 5 janvier 1976,D.M .F. 1976, p 335.

& Paris 13 janvier 1988 , Rev.Arb 1990, p 617.

& Aix-en-provence 8 Novembre, 1988 D.M .F 1990, p 70

⁹⁵ - Rouen 24 Mars 1983 , Nouveau RECUEIL du Have No2, 1984, p 16, Note R.Achard.

⁹⁶ - Cass .Com, 4 juin 1985, D.M.F.1986n p 106 Note R.Achard.

كانت قد حددت أنها مندمجة في سند الشحن، لا تكفي للقول بوجود قبول مؤكد لدى حامل سند الشحن بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة طالما أن هذا الشرط التحكيمي لم يكن منسوخا بسند الشحن ولم تكن مشاركة الإيجار مدمجة في هذا السند⁹⁷.

هكذا يتخذ القضاء الفرنسي موقفا متشددا تجاه العلم اليقيني والقبول والرضا المؤكدين من جانب حامل سند الشحن حتى يلتزم بشرط التحكيم الوارد في المشاركة – والتي لم يكن طرفا فيها – ليعد طرفا في شرط التحكيم، فالمسألة في القضاء الفرنسي تتعلق برضا حامل سند الشحن بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة والذي ينبغي أن يكون واضحا وصريحا.

2- إنجلترا:

يقترّب القضاء الإنجليزي من القضاء الفرنسي في حالة ما إذا كانت الإحالة الواردة في سند الشحن هي إحالة خاصة إلى شرط التحكيم الوارد فيها. ففي هذه الحالة يستخدم القضاء الإنجليزي نفس المعيار الذي استخدمه القضاء الفرنسي: ألا وهو البحث في شرط الإحالة وصياغته كما وردت بسند الشحن فإذا تبين أن سند الشحن قد أحال بخصوصية ووضوح إلى شرط التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار، فإن هذا الشرط التحكيمي يعتبر مندمجا في سند الشحن بهذه الإحالة الخاصة ويحتج به على حامل سند الشحن:

ففي دعوى "the Rena K"⁹⁸: كان شرط الإحالة الوارد بسند الشحن يقضي بأن: "كل النصوص والشروط والإعفاءات، بما فيها شرط التحكيم، كما وردت بالمشاركة"، وكانت مشاركة الإيجار تتضمن شرط تحكيم. وهنا قضت المحكمة الإنجليزية بأن هذه الإحالة الخاصة لشرط التحكيم الوارد بالمشاركة تلزم حامل سند الشحن بهذا الشرط التحكيمي. ويقول القاضي: "Bradon" في تقريره: "في هذه الدعوى اضيفت إلى كلمات الإحالة العامة الشائعة في سند الشحن الكلمات الخاصة الآتية: بما فيها شرط التحكيم". إن إضافة مثل هذه الكلمات الخاصة ينبغي أن تعني أن أطراف سند الشحن قد انصرفت نيّتهم إلى تطبيق نصوص شرط التحكيم الوارد بالمشاركة على منازعات سند الشحن حتى ولو اقتضى الأمر تأويل شرط التحكيم الوارد بالمشاركة لجعله قابلا للتطبيق على منازعات سند لنحقق للأطراف عزمهم".

هكذا فإذا أحال شرط الاندماج الوارد بسند الشحن إحالة خاصة إلى شرط التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار فإن المحاكم الإنجليزية تدمج شرط تحكيم المشاركة في سند الشحن بموجب هذه الإحالة الخاصة مع قبولها درجة أكبر من حرية التصرف في تأويل وتحرير شرط التحكيم لتجعله مناسباً ومتفقاً مع حل منازعات سند الشحن.

⁹⁷ -Paris, 13 janvier 1988, Rev, Arb. 1990, p 617.

⁹⁸ - C.A.the Merak, Lloyd's Rep, 1964, Vol2, p/527.

لكن إذا وردت الإحالة في سند الشحن إلى المشاركة بطريقة عامة، فإن القضاء الإنجليزي يأخذ اتجاهها آخر مخالفا للاتجاه الفرنسي، مقررًا أن هذه الإحالة العامة لا تعنى بالضرورة عدم إدماج شرط التحكيم الوارد بالمشاركة في سند الشحن بل إن الأمر يقتضي إضافة معيار آخر ألا وهو البحث في شرط التحكيم نفسه الوارد بمشارطة الإيجار وقراءته بإمعان: فإن كان متفقًا ومنسجمًا مع التطبيق على منازعات سند الشحن اندمج في السند. والعكس صحيح.

ففي دعوى "the merak": كان شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ينص على أن "أي نزاع ينشأ عن هذه المشاركة، أو أي سند شحن صادر تنفيذًا لها سيحال إلى التحكيم"، وكان شرط الإحالة في سند الشحن هو شرط إحالة عام يقضي بأنه: "كل النصوص والشروط والإعفاءات الموجودة بالمشاركة تطبق على هذا السند". وهنا قضت محكمة الاستئناف بأن شرط التحكيم الوارد بالمشاركة هو شرط واضح يحوي عبارة: "أو أي سند شحن صادر تنفيذًا لها" وهو بهذا يجعل شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار مندمجًا في سند الشحن.

في دعوى "Thomas"⁹⁹ كان شرط الإحالة الوارد بسند الشحن ينص على أن: "كل النصوص والشروط الأخرى كما وردت بمشارطة الإيجار"، وكان شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار ينص على أن: "كل المنازعات الناشئة عن هذه المشاركة ستحال للتحكيم". وهنا رفض مجلس اللوردات إدماج شرط التحكيم الوارد بالمشاركة في سند الشحن – مستخدمًا نفس المعيار – لأن شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار يتعلق فقط بالمنازعات الناشئة عنها وليس بالمنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري.

وكذلك في دعوى "Hamilton"¹⁰⁰: كان شرط الإحالة الوارد في سند الشحن ينص على أن: "كل النصوص والشروط الأخرى كما وردت بمشارطة الإيجار" وكان شرط التحكيم الوارد بالمشاركة ينص على أن: "كل المنازعات الناشئة عن هذه المشاركة ستحال إلى التحكيم". وهنا رفضت المحكمة إدماج شرط التحكيم الوارد بالمشاركة في سند الشحن ويقول اللورد "Esher M R" في تقريره: "عندما يتضمن سند الشحن عبارة مثل: "كافة الشروط الأخرى كما وردت بالمشاركة" فإن شروط المشاركة يجب قراءتها حرفيًا في سند الشحن كما وردت بالمشاركة، وعندئذ إذا اشتملت المشاركة على شرط كان عند قراءته أو نقله إلى السند مخالفاً أو مناقضاً لهذا السند، فإن هذا الشرط لا يكون نافذاً أو مقبولا. إنه من الواضح أن شرط التحكيم الوارد بالمشاركة لا يحيل إلى المنازعات التي تنشأ عن سند الشحن وإنما إلى المنازعات الناشئة عن مشارطة الإيجار، ولهذا فإن شرط التحكيم الوارد بالمشاركة لا يطبق على المنازعات الناشئة عن سند الشحن.

⁹⁹ - H.L. Thomas, 1912 in D, Davies: incorporation of charter party terms into bills of Lading, the IVth I. C.M.A , London, 1979,p5.

¹⁰⁰ - Hamilton & co.v.Makie and Sons, C.A, 1889, in Russell, on the law of Arbitration , 1982, p 46.

نفس الشيء هو البحث في شرط التحكيم الوارد بالمشاركة عندما تكون الإحالة الواردة في السند إحالة عامة، طبقه القضاء الإنجليزي في الدعوى الأحدث وهي دعوى " the annefield"¹⁰¹ : حيث كان شرط الإحالة الوارد بسند الشحن ينص على: " كل النصوص والشروط والإعفاءات الواردة في مشاركة الإيجار بما فيها شرط الإهمال مندمجة في هذا السند"، وكان شرط التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار ينص على أن: " كل المنازعات الناشئة من وقت لآخر عن هذا العقد ستحال للتحكيم". وهنا رفضت محكمة الاستئناف إدماج شرط التحكيم الوارد في المشاركة في سند الشحن.

وكان مما ذكره اللورد " Denning " في تقريره:¹⁰² " إن الشرط الذي ينسجم مباشرة مع موضوع سند الشحن والذي هو الشحن والنقل والتفريغ هو فقط الذي يمكن أو يجب أن يندمج في سند الشحن حتى ولو اقتضى الأمر درجة من التأويل والتحويل لينسجم معه، ولكن إذا لم يكن الشرط متفقا ومنسجما مباشرة مع موضوع سند الشحن فلا يجب إدماجه في السند إلا إذا تقرر الإدماج بوضوح في كلمات واضحة وصريحة إما في سند الشحن، أو في مشاركة الإيجار". وقضى بأن شرط التحكيم لا يتفق وموضوع سند الشحن من شحن ونقل وتسليم. وهو لذلك لا يندمج في سند الشحن بواسطة كلمات عامة وردت في السند.

هذا وقد لخص الأستاذ "Tetley"¹⁰³ الطريقة الإنجليزية في إحالة السند إلى المشاركة فيما يلي:

1- إذا أحال شرط الإحالة الوارد في سند الشحن إحالة خاصة إلى شرط التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار فإن المحاكم الإنجليزية ستدمج شرط التحكيم في سند الشحن دون حاجة للنظر في شرط التحكيم وصيغته الواردة بالمشاركة لاختبار ما إذا كان يتوافق وينسجم مباشرة مع موضوع عقد النقل البحري، كما أن المحكمة ستقبل درجة أكبر من التصرف في تأويل وتحرير شرط التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار لتجعله مناسباً ومتفقاً مع سند الشحن.

2- إذا لم تكن الإحالة الواردة في السند إلى شرط التحكيم الوارد بالمشاركة إحاطة خاصة فإن المحاكم الإنجليزية ستجري اختباراً أدق لتحديد ما إذا كان شرط التحكيم نفسه الوارد بالمشاركة يتفق مباشرة أم لا مع موضوع سند الشحن من شحن ونقل وتسليم: فإذا اتفق وموضوع السند اندمج فيه وإلا فإن تلك الإحالة العامة لن تكفي لاندماج شرط التحكيم في سند الشحن.

وهكذا فإن القضاء الإنجليزي يستخدم معيارين في هذا الشأن: الأول هو: البحث في شرط الإحالة نفسه الوارد في سند الشحن وذلك في حالة الإحالة الخاصة، والثاني هو: البحث في

¹⁰¹ - C.A ; the Annefield, Lloyd's Rep, 1971, voll, p 1.

¹⁰² - Denning boot ،C.A ،2001 ،in Russell ،rapport on the law of Arbitration ،2001 ،p 201 .

¹⁰³ - W : Tetley, Arbitration clauses in ocean Bills of lading YB, Ma, L , 1985, p 70-72.

شرط التحكيم نفسه الوارد في المشاركة وذلك في حالة الإحالة العامة وفحصه بإمعان وتدبر لتقرير ما إذا كان منسجما مع موضوع سند الشحن مباشرة فيندمج فيه أو العكس، وبالتالي فإن الدعاوي الإنجليزية السابقة – وكما يقرر الأستاذ "Davis"¹⁰⁴ تؤكد أنه لاندماج شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار في سند الشحن، والاحتجاج به على حامل السند يجب أن يكون هناك أحد أمرين:

الأول: شرط تحكيم في مشاركة الإيجار يتفق وموضوع السند، كشرط التحكيم في مشاركة الإيجار في دعوى "The Merak" السالف الإشارة إليها. والثاني : أن يتضمن سند الشحن كلمات صريحة واضحة في شرط الإحالة نفسه توضح هذا الأمر.

3- الولايات المتحدة الأمريكية:

إن الموقف الأمريكي يستخدم نفس التوجه الإنجليزي المزدوج: من حيث البحث في كل من شرط الإحالة الوارد في سند الشحن، وكذا في شرط التحكيم الوارد بالمشاركة، وإن كانت الأولوية تعطى للوجه الأول من المعيار ألا وهو البحث في شرط الإحالة الوارد في سند الشحن، ففحص شرط التحكيم الوارد بالمشاركة يكون أقل شدة في القضاء الأمريكي عنه في القضاء الإنجليزي، كما أن الموقف الأمريكي يقترب من الموقف الفرنسي بشأن اشتراط درجة أكبر من تحديد وتعيين للمشاركة في شرط الاندماج الوارد في سند الشحن¹⁰⁵، ولكن هذا لا يمنع من القول بأن هناك تضاربا في الأحكام الأمريكية يقود إلى الشك وعدم التأكيد¹⁰⁶.

ففيما يتعلق باستخدام المحاكم الأمريكية الاسلوب الإنجليزي المزدوج بالبحث في كل من شرط الإحالة الوارد في السند، وكذا شرط التحكيم الوارد بالمشاركة قضى بأنه: "عندما يكون عقد النقل البحري قد أدمج شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار، فإن المحكمة لا تملك سلطة الإلزام بالتحكيم لكل من المستأجرين في مشاركة الإيجار تملك سلطة الإلزام بالتحكيم لكل من المستأجرين في مشاركة الإيجار الزمنية، والمحول إليهم سند الشحن، وذلك لأن شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار كان خاصا وليس عاما حيث أشار فقط إلى التحكيم بين المالك والمستأجر، أما هؤلاء المحول إليهم السند فلم يكونوا مالكيين ولا مستأجرين فلا يلتزمون إذن بالخضوع للتحكيم"¹⁰⁷.

باستخدام نفس الاسلوب قضى أيضا - ولكن على النقيض من الحكم السابق - بأن: "شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار المندمج صراحة في سند الشحن يطبق على غير الموقعين

¹⁰⁴ - D. Davis, incorporation of charter party terms into Bill of lading, the IV th I.C.M. A london , 1979 , p 6.

¹⁰⁵ - J.F. Bourque, le règlement des litiges multipartites dans l'arbitrage commercial international, Op.Cit p 588.

¹⁰⁶ - D. Davis, Ante, p 6.

¹⁰⁷ - Lay Cee Corp. V. Anastasias, (D.N.J 1986) A.M.C, 1986, p 2304.

على مشاركة الإيجار، وليس فقط على الملاك والمستأجرين، ويلزم الشاحن بالتحكيم في المنازعات الناشئة طبقا لسند الشحن¹⁰⁸.

أما من ناحية الاقتراب الأمريكي من الموقف الفرنسي من ناحية اشتراط تعيين وتحديد المشاركة في شرط الإحالة الوارد في سند الشحن، فقد قضى بأن: "سند الشحن قد أحال بطريقة غير كافية إلى مشاركة إيجار السفينة، ولهذا فإن شرط التحكيم الوارد بها لا يندمج في سند الشحن. إن سند الشحن بالرغم من أنه قد أحال وأشار إلى المشاركة مرات عديدة، إلا أنه لم يعين أطرافها ولم يحدد تاريخ ومكان إبرامها، وأخيرا لا توجد في سند الشحن أية إشارة إلى التحكيم أو إلى إندماج شرط التحكيم في سند الشحن¹⁰⁹".

من نفس زاوية الاقتراب من الموقف الفرنسي قضى أيضا - ولكن على نقيض الحكم السابق - بأن: "شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار يندمج بطريقة صحيحة في سند الشحن الصادر عن المستأجر حتى بالرغم من أن السند كان قد قصر في الإشارة الخاصة للمشاركة والتي تتضمن شرط التحكيم بأن ذكر في شرط الإحالة اسم المشاركة فقط تاركا مكان تحديد تاريخها فارغا¹¹⁰".

وأخيرا فإن القضاء الأمريكي يتبع أحيانا تفسيراً متحرراً جداً لشرط الإحالة الوارد في السند إلى المشاركة. حيث قضى بأن: "شرط الإحالة الذي ينص على أن: "الشروط والإعفاءات تابعة للمشاركة" - وإن كان المدعي قد ادعى بأنه لم يكن واضحاً بما فيه الكفاية، وكان مبهماً وغير محدد، لذا لا يمكن الاحتجاج عليه بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة - قضى بأن هذه الإحالة كافية ومحددة ويحتج بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة على حامل سند الشحن¹¹¹".

هكذا فإن الموقف الأمريكي يقترب ويبتعد عن كلا الموقفين الفرنسي والإنجليزي، وهو في اقترابه وابتعاده لا يخلو من التضارب البعيد عن أن يكون موقف ثابتاً ومستقراً مما يجعلنا نرى أن هذه المسألة في القضاء الأمريكي تتخذ طابعاً شخصياً وليس موضوعياً، ويكون حلها وفق ظروف كل قضية على حدة، وذلك سواء بالنسبة للأحكام القديمة أو الحديثة كما رأينا.

4- مصر :

تعرضت محكمة النقض المصرية مرات عديدة لهذه المسألة - قبل صدور قانون التحكيم المصري 1994 - استقرت فيها أحكامها على أن إحالة سندات الشحن إلى مشاركة الإيجار، وسواء كانت إحالة عامة أو خاصة من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الوارد بالمشاركة مندمجا

¹⁰⁸ - Alucentro Div, Dell' Alusuisse Italia V.M/V Hafnia , (D, Fla 1991) in M ? Cohen , Benedict on Admiralty n vol 2B , 1993 p.32.

¹⁰⁹ Associated Metals & Minerals corps. V.M/V arktis sky (S.D.N.Y 1991) A.M.C, 1991, p 1991.

¹¹⁰ - Cargil B.V.V.S/S Ocean traveler , (S.D.N.Y, 1989)A.M.C 1989 p .953.

¹¹¹ - Lowry & Co, C.S.S lemyne d'arberville , (S.D.N.Y. 1966)A.M.C. 1966, p 2195.

في سند الشحن وملزماً لحامله أو للمرسل إليه باعتباره طرفاً ذا شأن في سند الشحن يتكافأ مركزه ومركز الشحن حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل، باعتباره - أي المرسل إليه - صاحب المصلحة في عملية الشحن وبالتالي يرتبط بالسند كما يرتبط به الشاحن منذ ارتباطه به¹¹².

كما ذهب محكمة النقض المصرية إلى أنه لا يشترط في حالة صدور سند الشحن محيلاً إحالة عامة إلى شروط مشاركة الإيجار أن يكون الشاحن قد وقع سند الشحن الذي لا يعدو أن يكون في هذه الحالة إيصالاً باستلام البضاعة وشحنها على ظهر السفينة حتى يلزم المرسل إليه بشروط مشاركة الإيجار التي صدر سند الشحن بموجبها ومن بينها شرط التحكيم باعتباره طرفاً ذا شأن في النقل يتكافأ مركزه ومركز الشاحن مستأجر السفينة عندما يطالب بتنفيذ العقد الذي تثبته المشاركة¹¹³.

هكذا فإن موقف القضاء المصري من هذه المسألة هو الأكثر تحرراً حيث تكفي الإحالة العامة الواردة في سند الشحن إلى مشاركة الإيجار لالتزام حامل السند بشرط التحكيم الوارد في تلك المشاركة كما تكفي مثل هذه الإحالة لالتزام المرسل إليه بهذا الشرط التحكيمي، وهذا ما لم يقل به أحد. حيث إن اتفاق التحكيم يشكل خروجاً على الأصل العام في التقاضي فكان لا بد من التعبير عنه صراحة إذ الاتفاق التحكيمي لا يفترض، فالأصل هو اختصاص جهة القضاء ما لم يمكن هناك اتفاق بين الأطراف على التحكيم، ولذا فإنه إذا انضم أطراف آخرون إلى اتفاق التحكيم فيجب أن يكون انضمامهم صريحاً ولا يفترض هذا الانضمام لمجرد دخولهم أو اشتراكهم في علاقة الطرفين الأصليين. إن ما تذهب إليه بعض المشاركات من النص على إمكان الناقل إصدار سندات شحن بموجب المشاركة فإن مثل هذا الاتفاق إنما ينحصر نطاقه في علاقة المؤجر والمستأجر، ولا يعني تداخل علاقات الأطراف في مشاركات الإيجار، وتلك الناشئة عن سندات الشحن لاختلاف الإطار العام لهذه العلاقات، فالمرسل إليه في سند الشحن وإن كان يلتزم بالشروط الواردة في سند الشحن فإنه لا يلتزم إلا بالشروط المتعلقة بعقد النقل البحري والناشئة عند كالتفريغ والاحتجاجات والفحص ومسؤولية الناقل، أما الشروط غير المتعلقة بعقد النقل وليست ناشئة عنه كشرط التحكيم فلا تسري في مواجهة المرسل إليه¹¹⁴.

إن المرسل إليه وإن اعتبرته محكمة النقض المصرية طرفاً ذا شأن في سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن يتكافأ مركزه مع مركز الشاحن، إلا أننا لا نرى المرسل إليه ولا حتى الشاحن أطرافاً ذوي شأن في شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار التي صدر السند بموجبها إلا منذ أن يعلم به ويوافق عليه حيث أن الأمر هنا يتعلق بتوافر عنصر الرضا بإبرام اتفاق التحكيم في حق كل من الشاحن أو المرسل إليه، وكما ذكرنا سابقاً استقرار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يحتويه، وكيف يعد اتفاق التحكيم - الوارد ضمن بنود عقد

¹¹² - حكم نقض مدني جلسة 1967/2/7 س 18، ع 1، 1967، ص 300 في د. أحمد حسني . عقود إيجار السفن، م. س، ص: 323.

¹¹³ - الطعن رقم 453 جلسة 1981/2/9 س 42 في د. أحمد حسني، عقود إيجار السفن، م. س، ص: 323-324.

¹¹⁴ - رضا عبيد: شرط التحكيم في عقود النقل البحري، السابق الإشارة إليه، ص 208، 251، 267.

أصلي- كيف يعد عقدا داخل هذا العقد الأصلي لا يرتبط مصيره بمصيره ولكل نظامه القانوني الخاص به من حيث اختلاف المصدر وشروط الصحة والآثار. إن حامل سند الشحن أو المرسل إليه أو المؤمن على البضاعة أو غيرهم من الأغيار بالنسبة لاتفاق التحكيم وحتى يعد أي منهم طرفا في اتفاق التحكيم ينبغي أن يتوافر لديه العلم الكافي بهذا الاتفاق وملابساته وأن يكون راضيا بالالتزام به، وإلا عدا مدعنا.

ثم صدر قانون التحكيم المصري 1994 مقررًا في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة أنه: "يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد".

ولكن هذا النص لن يغير شيئا في موقف القضاء المصري، ولن يكون موقفا ثابتا جديدا، فهذا النص - شأنه شأن النص الأصلي المستقى منه، وهو نص المادة السابعة في فقرتها الثانية من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985 - نص غامض حيث إنه وإن أقر الإحالة العامة إلى الوثيقة المشتملة على شرط التحكيم، إلا أنه لم ينظم بطريقة واضحة شروط هذه الإحالة أو متى تكفى هذه الإحالة العامة الواردة في اتفاق الأطراف لإدماج شرط التحكيم الوارد في الوثيقة المحال إليها¹¹⁵؟ فمن الوقت الذي لم يتطلب فيه هذا النص الإحالة الخاصة والواضحة والصريحة لشرط التحكيم فإن أحدا لا يستطيع استبعاد إمكانية اختلاف التفسيرات حول ما إذا كانت الإحالة لوثيقة أخرى تحتوي على شرط التحكيم كافية لجعل شرط التحكيم هذا جزءا من العقد من عدمه¹¹⁶..

الفقرة الثالثة: شرط التحكيم بالإحالة في المعاهدات الدولية

لم تتضمن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي كاتفاقية نيويورك 1958 والاتفاقية الأوروبية للتحكم التجاري الدولي 1961. أي نص خاص حول شرط التحكيم بالإحالة. ولم يشر إليها من الوثائق الدولية سوى القانون النموذجي 1985 والذي يتفق فيها مع ما أورده القانون المصري للتحكيم 1994، كذلك لم تتضمن اتفاقية بروكسل 1924 ولا بروتوكولها المعدل 1968 حول النقل البحري الدولي للبضائع بسند شحن أية نصوص خاصة بالتحكيم وبالتالي من أي نص يتم حسم المسألة التي نحن بصددھا، مما فتح الباب - كما رأينا - إلى الاختلافات العميقة والتضارب بين الحلول القضائية المعطاة لهذه المسألة في كل من مصر وفرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، بين قضاء يربط الحل بركن الرضا والذي ينبغي توافره بشكل مؤكد لدى من يريد الاحتجاج عليه بشرط التحكيم الذي يجب أن تكون الإحالة إليه واضحة وصريحة ومحددة، وذلك بالبحث في شرط الإحالة نفسه الوارد بسند الشحن دون التطرق لشرط

¹¹⁵ - Ph.Fouchard, la loi-type de la C.N.U.D.C.I sur l'arbitrage commercial international, clunet 1987, p 884.

¹¹⁶ - H.T. Szurski , arbitration agreement and competence of the arbitral tribunal, ICCA congress, seriesn No2, Lausanne 1984, p 62.

التحكيم الوارد بالمشاركة. وقضاء يقضي بالبحث في شرط الإحالة الواردة بالسند أولاً فإن كان واضحاً ومحدداً وصريحاً في إحالته لشرط التحكيم الوارد بالمشاركة أدمج هذا الشرط في السند، وإلا تم البحث في شرط التحكيم نفسه الوارد بالمشاركة لتقرير ما إذا كان يسمح بالامتداد إلى حل منازعات سند الشحن أيضاً أو يتوافق وينسجم مباشرة مع طبيعة السند وعملية النقل البحري من شحن ونقل وتسليم حتى يندمج في السند وإلا فلن تكفى الإحالة العامة لإدماجه في السند. وقضاء يتردد بين وجود الإحالة الخاصة – ليس إلى شرط التحكيم الوارد بالمشاركة ولكن إلى المشاركة نفسها وتحديدها وتمييزها في السند تمييزاً واضحاً بذكر تاريخها وأطرافها ومكان إبرامها وما إلى ذلك – وبين الاكتفاء بالإحالة العامة. وقضاء يكتفي بالإحالة العامة في أقصى درجاتها حتى ولو لم يوقع الشاحن على سند الشحن قبل تحويله للمرسل إليه.

وأمام هذه الخلافات بين القضاء الوطني في الدول محل البحث، وحتى داخل الدولة الواحدة، انعقدت الآمال على اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البحري للبضائع بسند شحن، والمعروفة (بقواعد هامبورج 1978) لتحسم هذا الخلاف، وتوحد الحلول المتبناة بواسطة القضاء الوطني في هذه الدول.

وقد تضمنت الاتفاقية قواعد مفصلة للاختصاص القضائي (م 21) والاختصاص التحكيمي (م 22)، وفيما يختص بمسألة شرط التحكيم بإحالة سند الشحن إلى مشاركة الإيجار نصت الاتفاقية في فقرتها الثانية من المادة الثانية والعشرين على أنه: "إذا تضمنت مشاركة الإيجار نصاً على إحالة المنازعات الناشئة بموجبها إلى التحكيم، وصدر سند شحن استناداً إلى مشاركة الإيجار دون أن يتضمن شرطاً واضحاً أو صريحاً يفيد أن هذا النص يلزم حامل سند الشحن، فلا يجوز للناقل الاحتجاج بهذا تجاه حامل السند الحائز له بحسن نية".

وهكذا فإن الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار على حامل سند الشحن سيكون فقط إذا حدد ذلك السند بواسطة: "شرط واضح" أنه سيحتج على حامل السند بهذا الشرط التحكيمي، ولكن الاتفاقية لم تذكر: ما هو المقصود بالشرط الواضح؟

إن الاتفاقية - وإن استخدمت المعيار الذي نفضله - وهو البحث فقط لحل هذه المسألة في شرط الإحالة الوارد في السند الذي هو فقط يثبت رضا هذا الحامل بشرط التحكيم على خلاف ما تقرره بعض الأنظمة من البحث في شرط التحكيم الوارد بالمشاركة والتي لم يكن حامل السند طرفاً فيها - فإنها بتطلبها أن تتم الإحالة على نحو صحيح محتج به على حامل السند بواسطة "شرط واضح" في السند يفيد إلزام حامل السند بشرط تحكيم المشاركة لم تحسم بذلك الخلاف القضائي الذي رأيناه حيث إن كل قضاء يعتبر معياره هو معيار ذلك "الشرط الواضح" الكافي لإلزام حامل السند به حتى ولو كانت الإحالة إلى المشاركة إحالة عامة كما في إنجلترا والولايات المتحدة ومصر.

لعل سندنا في هذا النقد أن الاتفاقية قد فتحت خلافا حول تفسيرها فيما يختص بهذه المسألة حتى قبل أن تدخل حيز التنفيذ.

حيث ذهب رأي إلى أن: "المادة 22 من قواعد هامبورج 1978 تقرر بوضوح أن صحة شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار في مواجهة حامل سند الشحن تتبع إدراج شرط التحكيم صراحة في سند الشحن حيث لا يحتج على حامل سند الشحن حسن النية بشرط التحكيم الوارد في المشارطة إذا لم يدرج هذا الشرط في سند الشحن حتى ولو أحال السند إلى شروط مشارطة الإيجار المشتملة على شرط التحكيم"¹¹⁷.

في حين ذهب البعض أن تفسيره للمادة (2/22) من قواعد هامبورج 1978 يشمل الإحالة الخاصة، كما يشمل فضلا عنها: "الإحالة العامة إلى مشارطة الإيجار وتعيينها في السند بذكر تاريخها بطريقة تحقق ذاتيتها في السند، حيث إن الإحالة العامة هنا تعد من قبيل الشرط الواضح الوارد في الاتفاقية، ويحتج بها على حامل سند الشحن"¹¹⁸.

هكذا فإن معاهدة هامبورج 1978 لم تأت بالتوحيد المنشود حول هذه المسألة، ولم تقطع الطرق على الخلافات بين المحاكم الوطنية في حين أنه كان يجب عليها ذلك حيث إنه لا يكفي سن قواعد موحدة للوصول لتوحيد حقيقي للقانون، ولكن يجب فضلا عن ذلك السهر على وحدة تفسيرات المحاكم لهذا القانون، وإلا تعرض القانون لتباعد تدريجي جديد بدلا من الوحدة المنشودة"¹¹⁹.

يمكن تفصيل ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من ربطه هذه المسألة بتوافر عنصر الرضا لدى من يحتج عليه بشرط التحكيم، لأن الأمر يتعلق بإبرام اتفاق تحكيمي، ينبغي أن تتوافر له الشروط الموضوعية اللازمة لصحته، وأولها شرط الرضا أي اتفاق أطراف الاتفاق التحكيمي على اتخاذ التحكيم وسيلة لحل منازعاتهم، وبالتالي فحتى يحتج على حامل سند الشحن بشرط التحكيم فلا بد له من أن يكون عالما بوجوده، وذلك إما بالإحالة إليه بخصوصية ووضوح في سند الشحن، أو بإرفاق نص المشارطة بسند الشحن أو بإبلاغه أو إعلامه بنص المشارطة بطريقة ثابتة ومؤكدة، لأن الأمر يتعلق بإبرام اتفاق تحكيم في عقد نقل بحري مع ما قد يحيط هذا العقد من اعتبارات الإذعان من قبل الشحن ومن ظهر إليه السند تجاه الناقل ذي المركز القوي، فيجب حماية حامل سند الشحن من هذا الإذعان لشرط التحكيم بما يترتب عليه من خطورة خاصة واستثنائية متمثلة في استبعاد ولاية القضاء الوطني، واختصاص القضاء التحكيمي.

¹¹⁷ - J.D. Ray, l'arbitrage maritime et les règles de Hambourg D.M.F.1981, p 646.

¹¹⁸ - D.Davis, Incirporation of charter party terms into Bills of Lading, the IV th I.C.M.A London, 1979, p 8.

¹¹⁹ - O.Riese, Une juridiction supra-nationale pour l'interprétation du droit unifié, Rev iner.Dr .comp, 1961. P 717.

إن التحكيم البحري إذا كنا قد عدنا مزاياه للتجارة البحرية الدولية إلا أنه يجب أن يكون اللجوء للتحكيم اختياريًا وإراديًا وإلا فلن يكون تحكيمًا. إن هذا الرضا الواجب توافره لدى حامل سند الشحن لن يتوافر بالإحالة العامة للمشارطة، ولا بالبحث في شرط التحكيم نفسه الوارد بالمشارطة حيث لم يكن حامل السند طرفًا فيها، وإذا كان للمرسل إليه وضع خاص في عملية النقل البحري، فإن ذلك لا يجب أن يمتد لشرط التحكيم الوارد بالمشارطة بما له من نتائج وآثار تفوق نتائج وآثار أي شرط آخر في المشارطة.

الفقرة الرابعة: شرط التحكيم بالإحالة في الممارسات التحكيمية البحرية

تبنت غرفة التحكيم البحري بباريس المبدأ الفرنسي المستقر في قراراتها التحكيمية مقررًا أنه للاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على حامل سند الشحن، والذي أحال إلى نصوص مشارطة الإيجار، ينبغي أن تكون هذه الإحالة واضحة ومحددة إلى شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص المشاركة المحال إليها حيث يثبت العلم الكافي بهذا الشرط التحكيمي في حق حامل السند لينهض هذا العلم دليلًا على رضاه بشرط التحكيم والتزامه به حتى لا يكون مدعنا لهذا الشرط التحكيمي المذكور¹²⁰.

هذا وقد استخدمت غرفة التحكيم البحري بباريس في قراراتها القياس بمفهوم المخالفة على هذا القضاء الثابت والمستقر، مقررًا أنه إذا كان المؤجر لا يستطيع الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة على حامل سند الشحن طالما لم يكن معلوماً له، فإن حامل سند الشحن إذا تمسك بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة فإنه بتمسكه هذا يعد على علم كامل بشرط التحكيم الوارد بها ورضاه به، وبالتالي يحق له الاحتجاج بشرط التحكيم لمصلحته على المؤجر، حيث إنه: "وفقًا لقضاء تحكيمي، ثابت ومستقر، فإن إدماج مشارطة إيجار السفينة وشرط التحكيم الوارد بها بإحالة مكتوبة بخط اليد في سند الشحن الصادر بموجب المشارطة، يخول للغير حامل سند الشحن رخصة إدخال المؤجر أو مقاضاته تحكيمًا وفقًا لنصوص شرط التحكيم الوارد بالمشارطة، ولكنه لا يعطي ذلك المؤجر حق مقاضاه حامل السند تحكيمًا حيث إنه سيكون مدعنا بوضوح لهذا الشرط التحكيمي¹²¹". وإن الإحالة إلى وثيقة لا تعد ذات قيمة إلا إذا كانت هذه الوثيقة معلومة للغير المحتج بها عليه، وذلك كمشارطة الإيجار يحتج بها في مواجهة

¹²⁰ - Sentence 577 du 16 juin 1985 (second degré) D.M.F, 1986 p 187.

&- Sentence 578 du 30 mai 1985 D.M.F, 1986 p 241

&- Sentence 585 du 17 octobre 1985 (second degré) D.M.F, 1986 p 313.

&- Sentence 596 du 31 octobre 1985 D.M.F, 1986 p 381

&- Sentence 609 du 30 novembre 1985 (D.M.F, 1986 p 571.

&- Sentence 613 du 30 Décembre 1985 (second degré) D.M.F, 1986 p 696

&- Sentence 662 du 22 juillet 1987 D.M.F, 1988 p 88..

&- Sentence 669 du 17 novembre 1987 (second degré) D.M.F, 1988 p 194

&- Sentence 698 du 20 juin 1988 D.M.F, 1989 p 134.

&- Sentence 807 du 18 Avril 1991 D.M.F, 1976 p 636.

¹²¹ - Sentence 170 du 5 Mars 1976, D.M.F . 1976, p 636.

المؤجر، ولكن ليس في مواجهة الغير حامل السند¹²². " وحيث إن الغير حامل سند الشحن قد تمسك بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار فإنه يكون من المقطوع به أنه على علم به، ويحتج به عليه، وتكون دعواه التحكيمية مقبولة في مواجهة المؤجر"¹²³.

هذا وقد لخص الأستاذ "Merlin"¹²⁴ موقف القضاء التحكيمي الفرنسي في الثلاث نقاط هي:

1- إذا كان سند الشحن يتضمن إحالة واضحة ومحددة إلى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار، فإن هذا الشرط التحكيمي يلزم حامل سند الشحن كما يلزم المجهز.

2- إذا كان سند الشحن يتضمن شرط إحالة عام لنصوص مشارطة الإيجار، فإنه لم يمكنه بسهولة أن يؤدي إلى تطبيق شرط التحكيم الوارد بالمشارطة على منازعات سند الشحن، أو يؤدي إلى الترخيص للمجهز بمقاضاه المرسل إليه تحكيما بموجب هذا الشرط التحكيمي الوارد بالمشارطة.

3- إن حامل سند الشحن يمكنه دائما مقاضاة المجهز تحكيما بموجب شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار، لأن المجهز لم يكن ليعترض على ذلك حيث إنه كان قد قبل هذا الاختصاص التحكيمي في مواجهة الشاحن بصدد عملية النقل البحري.

هكذا فلا يكفي أن يكون حامل سند الشحن على علاقة بأطراف مشارطة الإيجار أو أن يحيل السند الذي يحمله إحالة عامة إلى هذه المشارطة ليحتج عليه بشرط التحكيم الوارد بها، ولكن ينبغي توافر علمه وقبوله لهذا الشرط التحكيمي حتى يكون راضيا بإبرامه.

الفرع الثاني: أهلية أو سلطة إبرام اتفاق التحكيم البحري

أبدت القوانين الوطنية وحدة كبيرة فيما يتعلق بأهلية الأطراف للجوء للتحكيم، فلم تقرر أي دولة شروطا خاصة بالأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم، ففي كل الأحوال تطبق هنا القواعد العامة المتعلقة بأهلية الأشخاص الطبيعية والمعنوية لإبرام العقود بوجه عام.

لا يثير شرط الأهلية فيما نحن بصدده أية صعوبات حيث يتوافر هذا الشرط غالبا في أطراف اتفاقات التحكيم البحري من العاملين في المجال البحري، ولكن يهمننا هنا بحث ثلاث نقاط أساسية وهي: البحث في أهلية أو سلطة الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم وسلطة مدير الشركة في إبرام اتفاق التحكيم البحري، أخيرا سلطة الوكيل أو السمسار في إبرام اتفاق التحكيم البحري.

¹²² - Sentence 531 du 29 mars 1984 D.M.F, 1985 p 115.

¹²³ - Sentence 653 du 8 Avril 1987 D.M.F, 1987 p 676

¹²⁴ - R.J Merlin, L'arbitrage Maritime n Etudes offertes a Renè Rodière . 1981 p 407.

الفقرة الأولى: أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم البحري:

ازداد تدخل الدولة وأشخاصها المعنوية العامة – في هذا العصر – في الحياة التجارية البحرية الدولية حيث تلاشت فكرة الدولة الحارسة، وحلت محلها فكرة الدولة التاجرة، والدولة الناقلة، والدولة الشاحنة، إن ازدياد التدخل الدولي في التجارة الدولية أظهر ما يكون في المجال البحري حيث تملك الدولة أو أشخاصها المعنوية العامة أساطيل السفن التجارية وشركات النقل البحري، وحيث احتلت دولا أخرى دور الشاحن البحري مبرمة عقود نقل وإيجار بحريين متضمنة اتفاقات على حل منازعاتها بواسطة التحكيم البحري.

هنا يثور التساؤل عن أهلية الدولة أو أشخاصها المعنوية العامة لإبرام هذا الاتفاق التحكيمي بما قد يجره من تداعيات خاصة بالحصانة القضائية لهذه الدولة أو تلك سواء أمام القضاء التحكيمي أو أمام القضاء الوطني قبل أو أثناء أو بعد اللجوء إلى التحكيم البحري المتفق عليه، وسنفصل هذه المسألة في المعاهدات الدولية ثم في القوانين الوطنية للدول محل البحث:

1- أهلية الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم البحري في المعاهدات الدولية:

لم تتضمن اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الدولية أي نص حول أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم حيث تركت الفقرة الأولى من المادة الخامسة هذه المشكلة للقانون الذي يطبق على الأطراف حيث قررت هذه المادة رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا أقام المطلوب ضده التنفيذ الدليل على أن أطراف اتفاق التحكيم كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم في إحدى صور عدم الأهلية. وهذا يقرر أن لكل دولة أن تأخذ في هذا الموضوع بالقاعدة التي تقرها دون أي التزام دولي عليها فيما يختص بما إذا كانت الدولة تملك أو لا تملك سلطة إبرام الاتفاقات التحكيمية¹²⁵.

وتحت عنوان "أهلية الأشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم" نصت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 في فقرتها الأولى من مادتها الأولى على أهلية الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم إلا أنها عادت وقررت في فقرتها الثانية ترك تحديد هذه المسألة وتقرير شروطها، ونطاقها إلى الدول الموقعة، مما لم يجعل لهذه الفقرة الثانية سوى فائدة جزئية فيما يتعلق بما ورد في الفقرة الأولى من تقرير مبدأ الأشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم¹²⁶.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985 لم يتضمن أي نص حول هذه المسألة، وننوه رغم ذلك أنه قد

¹²⁵ - R.David , L'arbitrage dans le commerce international, 1982 p, 249.

¹²⁶ - A, Buzghaia, le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage, thèse , Nice , 1980, p 93.

نص في الفقرة الخامسة من المادة الاولى على أنه: " لا يمس هذا القانون أي قانون آخر للدولة التي تتبناه لا يجوز بمقتضاه تسوية منازعات معينة بطريق التحكيم أولاً يجوز عرض منازعات معينة على التحكيم إلا طبقاً لأحكام أخرى غير أحكام هذا القانون". وبالتالي فإن هذا النص يقرر عدم مساس القانون النموذجي بالقواعد القانونية أو القضائية للدولة التي تتبنى هذا القانون فيما يتعلق بمسألة سلطة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم¹²⁷.

وهذا ما سنبحثه الآن في فرنسا وإنجلترا، والولايات المتحدة ومصر:

2- أهلية أو سلطة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم البحري في القوانين الوطنية:

أ- فرنسا:

كانت المادة (1004)¹²⁸ من قانون المرافعات الفرنسي القديم، تقضى بعدم جواز إبرام الاتفاقات التحكيمية بصدد المنازعات التي كان القانون يشترط إبلاغها للنيابة العامة، وقد حددت المادة (83)¹²⁹ من ذات القانون هذه المنازعات وذكرت من بينها المنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين العام أو البلديات أو المؤسسات العامة، وبالتالي فإن الدولة والأشخاص المعنوية العامة يحظر عليها إبرام اتفاقات التحكيم بنوعها أي سواء كانت المشاركة أو شرط التحكيم، وقد استمر هذا الحظر حتى بعد التعديلات الحديثة التي أدخلت على القانون المدني الفرنسي عام 1975 إذ لازالت المادة (206) مدني فرنسي تحظر التحكيم بشأن المنازعات التي تتعلق بالدولة أو بالهيئات والمؤسسات العامة، وتشترط بالنسبة للمشروعات العامة الصناعية والتجارية الترخيص لها بمرسوم في اللجوء للتحكيم، ولم يصدر مثل هذا المرسوم حتى الآن. وبالرغم من إلغاء نصوص قانون المرافعات الفرنسي القديم واستبداله بقانون المرافعات الفرنسي الجديد إلا أن منع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون

¹²⁷ - B . Goldman, arbitrage commercial international , J.C dr inter 1989, fasc 586-3, p.4

¹²⁸ -Article 1004

Modifié par Décret 79-941 1979-11-07 art. 3 JORF 9 novembre 1979 en vigueur le 1er janvier 1980
Lorsque la déclaration du pourvoi ne contient pas l'énoncé, même sommaire, des moyens de cassation invoqués contre la décision attaquée, le demandeur doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, faire parvenir au secrétariat-greffe de la Cour de cassation, au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la déclaration, un mémoire contenant cet énoncé.

Ce mémoire peut être établi par le mandataire de la partie sans nouveau pouvoir spécial

¹²⁹ - Article 83

Modifié par Décret 78-62 1978-01-20 art. 17 JORF 24 janvier 1978

Modifié par Décret n°82-716 du 10 août 1982 - art. 1 (V) JORF 17 août 1982

Le secrétaire de la juridiction qui a rendu la décision notifie sans délai à la partie adverse une copie du contredit, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et en informe également son représentant si elle en a un.

Il transmet simultanément au greffier en chef de la cour le dossier de l'affaire avec le contredit et une copie du jugement

طرفا في اتفاق تحكيم مازال ساريا بنص المادة (206) مرافعات والذي يقرر عدم إمكانية اللجوء للتحكيم بصدد المنازعات المتعلقة بالأشخاص العامة والمؤسسات العامة، والأشخاص العامة هي الدولة وأقاليمها الإدارية، والمؤسسات العامة تعنى الأشخاص المعنوية العامة، والمؤسسات الصناعية والتجارية، وبالتالي فإن منع الدولة والأشخاص المعنوية العامة من إبرام اتفاق التحكيم مازال ساريا في النصوص التشريعية الفرنسية¹³⁰.

لكن هذه القاعدة التشريعية الفرنسية قد قلبت رأسا على عقب عن طريق القضاء الفرنسي في مواد التحكيم الدولي، والذي قرر دون نص خصوصية هذه القاعدة التشريعية للاتفاقات التحكيمية الداخلية، بحيث لا يمتد هذا المنع للدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى الاتفاقات التحكيمية الدولية.

ففي دعوى شركة: "Myrtoon steam ship"¹³¹ المجهزة والمؤجرة للسفينة "Tasis" ضد وزارة النقل البحري الفرنسية والمستأجرة للسفينة المذكورة حكمت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 10 أبريل 1975 بأن: "منع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم مقيد باتفاقات التحكيم المتعلقة بالعقود الداخلية، ولا يطبق هذا المنع على اتفاقات التحكيم ذات الطابع الدولي".

استندت المحكمة في قضائها في هذا الخصوص على أن: "منع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم، والمقرر في المادة (1004)، والمادة (83) من قانون المرافعات المدنية كان هدفه الوحيد حماية الدولة أو الشخص المعنوي العام في الدعوى المنظورة أمام القضاء العادي الفرنسي بواسطة إبلاغ النيابة العامة وحضورها في الدعوى، ولما كان من حق الدولة التنازل مقدما عن حصانتها القضائية بقبولها اختصاص القضاء الأجنبي، والتخلي نتيجة لذلك عن حماية النيابة العامة الفرنسية، فإن المنع المذكور لا يعد من النظام العام الدولي".

وفي دعوى السفينة: "San Carlo"¹³² ضد المكتب الفرنسي الوطني للحبوب، حكمت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 14 أبريل 1964 بأن الحظر الوارد في القانون الفرنسي على الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم يستبعد في مجال التحكيم الدولي، وقالت المحكمة: "إن منع الدولة من أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم، والمقرر في المادة (1004)، والمادة (83) من قانون المرافعات المدنية إذا كان يعتبر من النظام العام الداخلي، فإنه لا يعد من قبيل النظام العام الدولي، ولا يشكل عقبة أمام المؤسسة

¹³⁰ - B. Goldman, Ante ; p 4.

¹³¹ - Myrtoon steam ship co-c/ministre de la marine marchande, paris, 10 Avril 1957 , clunet 1958; p 1002, Note Goldman.

¹³² - Office National interprofessionnel des séreale C/Capitaine de S/S « san carlo » Cass Civ, 14 Avril 1964, Clunet, 1965, p 646, note Godman.

العامة لتكون طرفا في اتفاق تحكيم وارد في عقد من عقود القانون الخاص يخضع لقانون أجنبي يجيز صحة شرط التحكيم في عقد يتمتع بالصفة الدولية".

كما قالت المحكمة: "عندما ينازع في صحة شرط التحكيم بالنظر إلى أساس هذا الحظر الوارد على الدولة، فإن هذه المسألة لا تعتبر من مسائل الأهلية بمعناها الوارد في المادة (3/3) من القانون المدني، وبالتالي فإن قاضي الموضوع يملك فقط الفصل حول معرفة ما إذا كان هذا المنع العام المقرر بالنسبة للعقود الداخلية ينبغي أيضا أن يطبق على عقود القانون الدولي الخاص، والمبرمة لضرورات وبموجب شروط عادات التجارة البحرية: وهذه المسألة تخضع لقانون العقد وليس للقانون الشخصي للمتعاقدين".

وفي دعوى "Galakis"¹³³ مالك السفينة "Aspacia" والمؤجرة لوزارة النقل البحري الفرنسية، أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 مايو 1966 قضاءها السابق مستبعدة الحظر السابق بشأن اتفاقات التحكيم الدولية، وقالت المحكمة: "إن الحظر الوارد على الأشخاص المعنوية العامة بموجب المادة (83). والمادة (1004) من قانون المرافعات المدنية لا يعد مسألة أهلية مما ورد في المادة (3/3) من القانون المدني، وهذا المنع المقرر بالنسبة للعقود الداخلية لا يطبق على العقود الدولية المبرمة لضرورات ووفقا لشروط عادات التجارة الدولية. إن شرط التحكيم الوارد بحسب هذه الشروط والمبرم بواسطة الدولة يعتبر صحيحا".

وعليه فإن القضاء الفرنسي قد قرر - دون نص - أن الأحكام الواردة في قانون المرافعات الفرنسي والتي تحظر على الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم تخص فقط اتفاقات التحكيم الداخلية ولا تمتد إلى اتفاقات التحكيم الدولية بنوعها من مشاركة تحكيم أو شرط تحكيم، معتبرا في البداية أن هذه الأحكام - التي تحظر على الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أن تبرم اتفاقا تحكيميا - يجوز مخالفتها حيث لا تعد من قبيل النظام العام الدولي، ثم معتبرا المسألة تخضع لقواعد تنازع القوانين ليستبعد بموجب قواعد التنازع تطبيق أحكام القانون الفرنسي في هذا الخصوص، ويطبق أحكام قوانين أخرى تجيز صحة شرط التحكيم المبرم بواسطة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، ثم في النهاية مستبعدا منهج التنازع كلية، ومقررا قاعدة موضوعية من قواعد قانون التحكيم الدولي مؤداها صحة شرط التحكيم المبرم بواسطة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بصدد منازعات التجارة البحرية الدولية ودون اعتبار للقانون الداخلي الفرنسي أو الأجنبي المطبق على التحكيم¹³⁴.

ب- إنجلترا:

إن أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم البحري مقررة وثابتة في إنجلترا بموجب النصوص القانونية حيث يملك التاج البريطاني الحق في أن يكون طرفا في

¹³³ - Tresoor public C/Galakakis .Cass Viv 2 Mai 1966, clunet 1966, p 648, note Level.

¹³⁴ -J.Robert et Moreau, l'arbitrage droit interne droit international privé , 1983, p 250-251.

اتفاق تحكيم بموجب نص المادة (30) من قانون التحكيم الإنجليزي 1950، والمادة السابعة من قانون التحكيم الإنجليزي على اتفاقات التحكيم التي تكون الدولة طرفاً فيها¹³⁵.

بالتالي فإنه من المستقر عليه في إنجلترا عدم السماح للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بالدفع بحصانتها القضائية أمام القضاء التحكيمي بصدد الاتفاقات التحكيمية المبرمة - من باب أولي - لتسوية منازعات معاملات التجارة البحرية.

ج - الولايات المتحدة الأمريكية:

تقررت أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة في الولايات المتحدة لإبرام اتفاقات التحكيم بواسطة القضاء الأمريكي، وذلك بصدد الاتفاقات التحكيمية في منازعات المعاملات التجارية الدولية الخاصة أي التي تشترك فيها الدولة للقيام بعمل من أعمال الإدارة وليس من أعمال السيادة.¹³⁶ وحيث إن المعاملات البحرية مع الحكومات الأجنبية تعد من قبيل الأنشطة التجارية، فإن المحاكم الفيدرالية الأمريكية نظرت دعاوي كانت أطرافها حكومات كل من إسبانيا¹³⁷ واليونان¹³⁸ والإمارات العربية المتحدة¹³⁹ وفيتنام¹⁴⁰ ورفضت ادعاء هذه الحكومات بالتملص من اتفاقاتها التحكيمية للتمسك بحصانتها القضائية، مقررّة إلزامها باتفاقاتها التحكيمية التي أبرمتها بصدد المعاملات التجارية البحرية الخاصة.

د - مصر:

قرر قانون التحكيم المصري 1994 صراحة أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم، وذلك عندما نص في مادته الأولى سريان القانون على كل تحكيم سواء كان بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

¹³⁵ - Mustill & Boyd, the law and practice of commercial arbitration in England, 1982, p 119

¹³⁶ - B.V. Bureau wismuller V. United (S.D.N.Y.1976) A.M.C 1976, p 2514.

¹³⁷ - Victory transport inc.V comisaria general de abastecimientos Y transportes, (2d cir N.Y 1964) , in M.domke , the enforcement of maritime arbitration agreements with foreign governments , J.Mar, l& com vol2, No 3 april, 1971, p 618.

¹³⁸ - Petrol shipping corp, V Kingdom of Greece, Ministry of commerce (S.D.N.Y 1965) , I M Domke , Ante , p 618.

¹³⁹ -Greenwish Marine inc V.S.S Alexandria, (2d , Cir, N.Y 1966) in .M Domke, ante , p 618.

كما يمكن الاستعانة في هذا الباب بحكم المحكمة القاعدة الصادرة سنة 2018 حقوق التي تضمنها حكم محكمة التمييز - دبي بتاريخ 2018-02-04 في الطعن رقم 993 / 2017 طعن تجاري رقم القضية : 993 / 2017 طعن تجاري

¹⁴⁰ - pan American tankers corps, V the republic of viet Nam (S.D.N.Y 1968) in M, Domke , Ante p 618.

بهذا صار التحكيم مألوفاً لحل المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها، ولا خلاف على ذلك بالنسبة للتحكيم البحري الدولي سواء تم في مصر أو في الخارج.

فإن الاتجاه السائد في الدول محل البحث يقرر أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم، حيث لا تثور مسألة الحصانة القضائية للدولة وأشخاصها المعنوية العامة أمام التحكيم بالقدر نفسه أمام القضاء الوطني في الدول الأخرى، حيث تجد الدولة في التحكيم نظاماً آخر تهرب به من اللجوء للقضاء الوطني في الدول الأخرى، إذ المحكم لا يصدر قضاءه باسم الدولة التي ينعقد على إقليمها التحكيم، ولكنه يضطلع بمهمة الفصل في النزاع المعهود إليه بواسطة أطراف اتفاق التحكيم، فالدولة إذا قبلت الدخول أمام هيئة التحكيم، إن مسألة عدم التعارض وعدم التنافر بين فكرة التحكيم، وفكرة الحصانة القضائية للدولة هي مسألة متفق عليها فقهيًا، بخلاف التردد الحاصل عندما يتعلق الأمر بهذه الحصانة القضائية أمام المحاكم الوطنية في الدول الأخرى¹⁴¹.

إن الدولة في كل من فرنسا، وإنجلترا، والولايات المتحدة الأمريكية، ومصر، وكذا الأشخاص المعنوية العامة لها سلطة إبرام اتفاقات التحكيم، وهذه السلطة - كما رأينا - مقررّة أحياناً بموجب نصوص تشريعية، وأحياناً أخرى بموجب الأحكام القضائية والآراء الفقهية. هذه السلطة لإبرام اتفاقات التحكيم تختص باتفاقات التحكيم بشأن المنازعات التجارية أو منازعات القانون الخاص والناشئة عن ممارسة الدولة أو الشخص المعنوي العام لأنشطة تجارية من نفس النوع الذي تمارسه الأشخاص الخاصة، وبمعنى آخر الأنشطة المعتبرة من قبيل أعمال الإدارة وليس من أعمال السيادة، وإذا كان معيار تجارية النشاط الحكومي اللازم لسلطة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم قد يبقى باب النقاش مفتوحاً، حيث إن قوانين الدول المختلفة تأخذ بوجهات نظر مختلفة من حيث الإحالة في تحديد هذه الطبيعة التجارية إلى طبيعة العمل الحكومي كالقانون الأمريكي للحصانات الأجنبية 1976، أو من حيث الإحالة في تحديد هذه الطبيعة إلى معيار شكلي باشتمال العمل الحكومي على شروط غير مألوفة من شروط القانون العام، وذلك بإنجاز العمل الحكومي وفقاً لنظم ومعطيات القانون الخاص - كما في فرنسا- أو من حيث الإحالة في تحديد هذه الطبيعة إلى معيار هدف النشاط الحكومي وكونه عملاً من أعمال الإدارة وليس من أعمال السيادة - كما في فرنسا أيضاً- إذا كان باب هذا النقاش حول تجارية النشاط الحكومي اللازم لسلطة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم مازال مفتوحاً بقوة في مجال التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة، فإن هذا الباب موصد في مجال التحكيم البحري بمقتضى النصوص القانونية، وبإجماع الفقهاء. وحيث - وكما

¹⁴¹ - شكري أحمد السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، مكتبة المعارف، الرباط، الطبعة الثانية، 1983 ص

رأينا في الفصل الأول - ووفقا لأي من المعايير المقررة يتمتع النشاط البحري الذي تمارسه الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بمثل هذه الصفة التجارية الدولية الخاصة.

لكن تبقى مسألة هامة: وهي المتعلقة بتدخل القضاء الوطني في التحكيم البحري، هذا التدخل الذي يأخذ أشكالا عديدة منها: التنازل من قبل الأطراف عن التمسك باتفاق التحكيم والدفع باختصاص القضاء الوطني، وكذلك عقد المدعى الاختصاص للمحاكم الوطنية قبل اللجوء للتحكيم وذلك للمنازعة على سبيل المثال في صحة اتفاق التحكيم أو في صحة اختصاص المحكمين. كذلك فإن تدخل القضاء الوطني في الإجراءات التحكيمية ليس مستبعدا وخاصة فيما يتعلق باتخاذ الإجراءات التحفظية أو إدارة الأدلة حيث يمكن للمحكمين طلب التقرير من المحاكم الوطنية حول نقطة معينة أو حول النزاع برمته، وكذلك قد يتم اللجوء للقضاء الوطني لتعيين المحكمين في حالة فشل أو تقصير من كان يجب عليه تعيين محكمه في وقت محدد، وطلب الطرف الآخر أن تقوم المحكمة الوطنية بهذا الدور، وأخيرا قد يكون تدخل القضاء الوطني في التحكيم بعد انتهاء الإجراءات التحكيمية بصدور حكم التحكيم حيث يملك الأطراف حق اللجوء للمحاكم الوطنية لممارسة حقهم في الطعن على حكم التحكيم.

في هذه الحالات السابقة، والتي تقرر إمكانية تدخل القضاء الوطني في التحكيم الذي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيه، وإذا كان من المتفق عليه أنه لا ينبغي للدولة الدفع بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، طالما أبرمت اتفاق تحكيم، فيثور التساؤل عما إذا كانت الدولة بإبرامها اتفاق التحكيم قد تنازلت - أيضا - عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني عندما يتدخل في العملية التحكيمية.

لدينا في الإجابة على هذا التساؤل اتجاهان:

يقض الاتجاه الأول: بأن إبرام الدولة أو الشخص المعنوي العام لاتفاق التحكيم يترتب عليه التنازل الضمني من قبل هذه الدولة عن حصانتها القضائية - أيضا - أمام القضاء الوطني إذا تدخل في العملية التحكيمية.

فقد قررت الاتفاقية الأوروبية للحصانات الدولية 1972 في مادتها الثانية عشرة في فقرتها الأولى أنه: "إذا قبلت الدولة كتابة اللجوء للتحكيم في المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ عن المواد المدنية والتجارية فلا يمكنها التمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة في دولة أخرى متعاقدة يقع بها محل التحكم أو يحددها قانون التحكيم" وكذلك وورد نص مشابه في المادة التاسعة من القانون الإنجليزي للحصانة القضائية 1978¹⁴².

كما قضى في إنجلترا بأن: "الحكومة الأجنبية الداخلة في معاملات تجارية مع تجار إنجلترا سواء أكانت هذه المعاملات بيعا وشراء لبضائع أم إيجارا واستئجارا لسفن، فإنها بذلك تكون قد

¹⁴² - P.Bourel , arbitrage international et immunités des Etats Etrangères, Rev, Arb, 1982 , p 130.

دخلت السوق التجاري العالمي، وبالتالي فعليها أن تلتزم بقواعد هذا السوق. إن الدولة الأجنبية ينبغي عليها احترام التزاماتها مثل باقي التجار الآخرين، ولو قصرت في القيام بالتزاماتها فإنها يجب أن تخضع لنفس القوانين التي يخضعون لها، وأمام نفس المحاكم التي يقفون أمامها حيث لا توجد قاعدة قانونية دولية تعطي الدولة أو أشخاصها المعنوية العامة حق الاحتجاج بحصانتها القضائية في مثل هذه الحالة¹⁴³.

وإذا كان القانون الأمريكي للحصانات القضائية الدولية 1976 لم ينظم صراحة هذه المسألة. إلا أن القضاء الأمريكي يسير في نفس الاتجاه الذي يستخلص من إبرام الدولة لاتفاق التحكيم تنازلها الضمني عن حصانتها القضائية سواء أمام القضاء التحكيمي. أم القضاء الوطني عند تدخله في سير التحكيم، فطالما وافقت الدولة على الدخول كطرف في الاتفاق التحكيمي فعليها الالتزام بالإجراءات التحكيمية سواء أمام القضاء التحكيمي. أم القضاء الوطني، وعليها السير في التحكيم حتى يحقق غايته من تنفيذ للحكم التحكيمي الصادر عن التمسك بالحصانة القضائية ضد تنفيذه طالما تنازلت هذه الدولة عن حصانتها القضائية بإبرام اتفاق التحكيم¹⁴⁴.

هذا وفي الاتجاه الآخر يأتي القضاء والفقه الفرنسي:

فالقضاء الفرنسي يقرر أن إدراج شرط التحكيم في العقد الذي تكون الدولة أحد أطرافه لا ينهض دليلاً للقول بأن الدولة قد تنازلت عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني، ولكن يجب ترك الأمر لقاضي الموضوع ليقدر - وفق ظروف الحال - ما إذا كانت الدولة بإبرامها اتفاق التحكيم قد تنازلت أولاً عن حصانتها القضائية في مواجهته، وذلك بالبحث في شرط التحكيم المبرم بواسطة الدولة، فإذا كان الشرط يعلن بوضوح عن تنازل الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني فإن شرط التحكيم يجب أن يعطى هذا الأثر، وإلا فلا يعد مجرد إبرام الدولة لاتفاق تحكيم دليلاً على تنازلها عن حصانتها أمام القضاء الوطني¹⁴⁵.

كذلك من المتفق عليه في الفقه الفرنسي أن توقيع الدولة على شرط التحكيم ينهض دليلاً على اختصاص المحكمة التحكيمية، أو إعلاناً لتنازل الدولة عن حصانتها القضائية أمام هذه المحكمة التحكيمية فقط، ولكن على العكس لا ينهض بالضرورة دليلاً على التنازل منها عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني أيضاً¹⁴⁶.

¹⁴³ - Thai-Europe Topioca Service Ltd V. Gouvernement of Pakistan C.A 1975 , in Domke, Gouvernement immunity Hommage, A Grederic Eisemann , p 50.

¹⁴⁴ Pan American Tankers corps V, the republic of viet Nam (S.D.N.Y . 1968) in: M. Domke the enforcement of maritime arbitration agreements with foreign governments, J.Mar, L& com vol 2, No 3 april, 1971, p 620.

¹⁴⁵ Paris , 1^{er} avril 1982, clunet 1983, p 145.

¹⁴⁶ - Ph Fouchard, L'arbitrage commercial international, thèse dijon, 1963, dalloz 1964, p 91.

إن الدولة - بإبرامها اتفاق التحكيم - فإنها وبموجب هذا الاتفاق تستبعد تدخل المحاكم الوطنية وتعهّد بذلك النزاع إلى محكمين، وبالتالي فطالما أن هذا الاتفاق على التحكيم يعبر عن إرادة الدولة التي تعد طرفاً فيه، فإنه يرخص فقط بافتراض أن هذه الدولة قد قبلت باللجوء للتحكيم التنازل عن التمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم فقط، وليس أمام المحاكم الوطنية إلا إذا أعلنت الدولة تنازلها - أيضاً وبوضوح- عن التمسك بحصانتها أمام هذه المحاكم الوطنية. إن الدعوى التحكيمية لا تماثل الدعوى القضائية وشرط التحكيم بدخول الدولة طرفاً فيه لا ينهض دليلاً على قبول الدولة لاختصاص المحاكم العادية إلا لو ظهر ذلك واضحاً من فحص شرط التحكيم¹⁴⁷.

هكذا رأينا اتفاقاً حول أهلية أو سلطة الدولة أو أشخاصها المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم البحري، ولكن بقيت المسألة الهامة - والتي هي تدخل القضاء الوطني في التحكيم البحري - مختلفاً عليها في كل من إنجلترا والولايات المتحدة من ناحية وفرنسا من ناحية أخرى.

نميل للاتجاه الفرنسي لما ذكره من أسباب، ونرى أنه يجب على الدول - وبالأخص الدول النامية ومع ازدياد اللجوء إلى التعاملات البحرية - أن تتوخى الحذر عند إبرام اتفاق تحكيم بحري. وأن تتبصر عواقبه، وبالأخص ما إذا كان هذا التحكيم قد يؤدي مستقبلاً إلى تدخل القضاء الوطني، ودراسة الوضع القانوني في كل من إنجلترا والولايات المتحدة، حتى لا تبرم الدولة اتفاق التحكيم البحري ثم تفاجأ بعواقبه من تدخل القضاء الوطني في التحكيم الذي أرادت الدولة بإبرامه تجنب اللجوء إلى هذا القضاء الوطني، هذه العواقب لم تكن لتخفى في قوانين هذه الدول الكبرى التي لها السيادة البحرية من حيث النشاط البحري والتحكيم البحري.

في نفس السياق أتاح المشرع المغربي إمكانية إجراء التحكيم فيما يتعلق بالجانب المالي الناتج عن بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعة المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية، حسب نص المادة 310¹⁴⁸ من قانون الإجراءات المدنية.

الفقرة الثانية: سلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم البحري

الوكالة عمل دائم الحدوث في التجارة البحرية، إذ طالما أن اتفاق التحكيم يعد عملاً قانونياً. فليس هناك من ضرورة لأن يبرمه ذوي الشأن بأنفسهم. ولكنهم يملكون توكيل غيرهم في إبرام هذا الاتفاق نيابة عنهم كالوكيل البحري أو السمسار البحري أو قبطان السفينة أو المستشار القانوني أو غيرهم من المفوضين اتفاقاً في إبرام اتفاق التحكيم البحري.

¹⁴⁷ - P.Bourel, arbitrage international et immunités des Etats étrangers, Rev, Arb, 1982, p 132-135.

¹⁴⁸ نصت المادة 310 من قانون المسطرة المدنية المغربي على أنه: "لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية. غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جنائي."

ونتساءل عن طبيعة هذا التفويض ؟ وما إذا كان تفويضا عاما أو تفويضا خاصا بإبرام اتفاق التحكيم.

للوكيل الاتفاقي في فرنسا¹⁴⁹، وإنجلترا¹⁵⁰، والولايات المتحدة الأمريكية¹⁵¹، ومصر¹⁵²، أن يبرم اتفاق التحكيم نيابة عن موكله شريطة أن يكون مفوضا في إبرام هذا الاتفاق بموجب تفويض خاص، فإذا كان وكيلا عاما، أو وكيلا خاصا بشأن تصرف آخر امتنع عليه إبرام اتفاق التحكيم، وذلك لخطورة اتفاق التحكيم وما يترتب عليه من آثار.

على هذا الأساس فإن الوكالة المقررة للجوء إلى التوفيق الذي لا ينهي النزاع ولا يمنع من اتخاذ الإجراءات القضائية لاحقا، لا تعطى الحق في إبرام اتفاق التحكيم¹⁵³.

كذلك فإن السلطة المخولة للمحامي بمقتضى وظيفته أو بموجب وكالة عامة لتمثيل موكله أمام القضاء لا تخوله سلطة إبرام اتفاق التحكيم، لأنه وكيل في إدارة الدعوى القضائية فقط، وليس في إبرام عقود كاتفاق التحكيم¹⁵⁴.

هذا وإذا كانت الوكالة العامة لا تكفى لإبرام اتفاق التحكيم، بل يجب أن تكون وكالة خاصة، فإننا نتساءل عن نطاق هذه الخصوصية، بمعنى هل يجب أن ينصرف التوكيل الخاص إلى إبرام اتفاق تحكيم بصدد نزاع محدد؟

إن هذه الخصوصية في التوكيل لإبرام اتفاق التحكيم يجب ألا تكون خاصة بنزاع محدد فإذا كان اتفاق التحكيم المبرم بعد نشوء النزاع في صورة مشاركة تحكيم يتحدد فيه النزاع، فإنه في معظم الأحوال يتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط التحكيم المبرم لحظة إبرام الاتفاق الأصلي كبند من بنوده، وقبل ظهور أي نزاع محدد، وبالتالي فإنه في العلاقات التجارية – وبشأن تحديد النزاع في الوكالة الخاصة – تكون الوكالة في إبرام اتفاق التحكيم تابعة للوكالة في التعاقد، وبالتالي فإن لحظة التوكيل أو لحظة التعاقد لا يكون فيها النزاع محدد¹⁵⁵.

عن نطاق هذه الخصوصية في التوكيل لإبرام اتفاق التحكيم، نتساءل ثانية عند مدى الخصوصية، وهل تقتصر على إبرام اتفاق التحكيم بحيث لا تمتد لأي عمل آخر متعلق بالتحكيم؟

¹⁴⁹ - M.Be Boisseson , Le droit français de l'Arbitrage 1990, p 136.

¹⁵⁰ - Russell ; On the law of arbitration , 1982, p 34.

¹⁵¹ - F.Mauger, L'arbitrage commercial aux Etats-Unis d'Amérique, thèse , paris 1955,p 35.

¹⁵² - سامية راشد – التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – اتفاق التحكيم – م.س، ص: 275.

¹⁵³ - Trib-com la Seine, 25 mars 1955, Gaz, Pal 1955 I ;p 391.

¹⁵⁴ - La seine , 14 Mars 1963 , Rec, Arb 1963, p 98.

¹⁵⁵ - Paris, 21 Février 1974, Gaz Pal 1974 II p 855.

يجيب جانب من الفقه بأن الوكالة في إبرام اتفاق التحكيم يمكن أن تعطى الوكيل حرية التصرف في اتخاذ القرارات المتعلقة بالتحكيم، حيث إن الممارسة العملية للعقود النموذجية، والعادات والأعراف المهنية الموحدة تذهب قطعا إلى هذا المعنى ففي غالبية الحالات يحيل أطراف العقد الأصلي المرتبطون باتفاق تحكيم إلى لائحة تحكيم يخضع لها تحكيمهم تقرر أن مستشاري الأطراف يملكون كل السلطات لاتخاذ القرارات المتعلقة بالتحكيم، فضلا عن أن بعض اللوائح التحكيمية تخول لرئيس المؤسسة التحكيمية سلطة تعيين المحكمين ومد مهلة التحكيم¹⁵⁶.

لكن هل يشترط لإبرام الوكالة الخاصة اتفاق التحكيم شكلا معينا؟ وبمعنى آخر- وكما سنرى- فإن بعض الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية تتطلب ضرورة توافر الشكل المكتوب لصحة إبرام اتفاق التحكيم - فهل يشترط أن تكون الوكالة الخاصة لإبرام اتفاق التحكيم قد أبرمت بمقتضى وثيقة مكتوبة؟ أم أنه لا حاجة لوجود وثيقة مكتوبة مادامت العلاقة بين الوكيل والموكل غير منكرة؟

إذا كانت الوكالة يجب أن تكون صريحة، فإن هذا لا يعني تطلب الشكلية لإبرامها بالرغم من أن اتفاق التحكيم نفسه يجب أن يكون مكتوبا، فالوكالة لإبرام اتفاق التحكيم لا تخضع لنفس الشروط الشكلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم نفسه¹⁵⁷.

كما أن المادة (109) تجاري فرنسي لا تشترط الكتابة في المواد التجارية، وبالتالي ففي كافة الأحوال التي يتم فيها الاتفاق على التحكيم تصح الوكالة الشفوية، ويمكن إثبات وجود سلطة التوكيل بالبيئة¹⁵⁸.

في القانون المصري: الأصل في المعاملات التجارية هو إطلاق حرية الإثبات دون التقيد بالقيود الواردة في القانون المدني، ومنها ما ورد في المادة (700 مدني) من أن القاعدة هي وجوب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محلها فهذا النص وإن كان هو الأصل العام إلا أنه لا يقرر قاعدة مطلقة حيث أردف مؤكدا: "ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك".

من ناحية أخرى، فإن تضمين المعاملات التجارية، وبخاصة البيوع الدولية، والعقود البحرية اتفاقا على التحكيم قد صار من الشروط المألوفة على نحو يمكن معه القول بوجود قرينة مفادها أن تفويض الوكيل التجاري أو البحري في إبرام أو تضمين العقد شرط تحكيم يعد حاليا من قبيل التعهدات المقبولة ضمنا والتي أساسها العرف التجاري، ويبقى بعد ذلك الأسلوب

¹⁵⁶ - P/Ancel, L'arbitrage, J.C.Dr. Com 1986, Fasc 211 ; p 16.

¹⁵⁷ - Pomel, L, Arbitrage conventionnel en droit privé Anglais, thèse, paris, 1958, p 43-44 and, Russell, on the law of arbitration 1982, p 34.

¹⁵⁸ - J.Robert & B Moreau, L'arbitrage. Droit interne et droit international privé, 1983, p 17.

الفني للقانون الدولي الخاص المصري الذي يجعل قاعدة الإسناد المتعلقة بشكل التصرفات والواردة في المادة (20 مدني) قاعدة تختيارية مقتضاها تصحيح التصرف إذا استوفى واحدا من الأشكال الآتية:

أ- الشكل المقرر في البلد الذي تم فيه التصرف.

ب- الشكل المقرر في ظل القانون الذي يحكم موضوع التصرف.

ج- الشكل المتبع في قانون موطن المتعاقدين.

د - أو وفقا لقانونهما الوطني إذا اتحدا جنسية.

فإذا كان أي من القوانين المذكورة لا يتطلب صدور سلطة التفويض كتابة اعتبر اتفاق التحكيم بوصفه التصرف المطلوب إبرامه مستوفيا لشرائط وجوده من الناحية الشكلية.¹⁵⁹

الفقرة الثالثة: سلطة مدير الشركة في إبرام اتفاق التحكيم البحري

إن السلطات المخولة للمديرين لإبرام اتفاقات التحكيم، ونطاق هذه السلطات ومدى اتساعها وتقيدتها، يحددها القانون الحاكم للشركة تطبيقا لمنهج التنازع، والذي قد يكون قانون مقر الشركة أو قانون مركز تأسيسها تبعا للحلول المقررة في الأنظمة القانونية المختلفة¹⁶⁰.

ففي فرنسا: رفض القضاء الفرنسي في البداية تحويل السلطة للمديرين لإبرام اتفاقات التحكيم إلا في حالة وجود تفويض خاص حيث إن: "الوكالة المبرمة في عبارات عامة لا تكفي إلا لسلطة إدارة أموال الغير، أما بالنسبة لإبرام اتفاقات التحكيم فإن الوكيل يجب أن يعهد إليه بسلطات خاصة"¹⁶¹.

ثم تطور القضاء الفرنسي، واستقر على أن مديري الشركات يجوز لهم إبرام اتفاقيات التحكيم دون وكالة خاصة حيث إن: "التحكيم يعد طريقا من الطرق المعتادة لتسوية المنازعات بين التجار، والتوقيع على اتفاق التحكيم في المواد التجارية يعد عملا من أعمال الإدارة العادية"¹⁶²، فعندما يبرم اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم مدرج في أحد العقود البحرية

¹⁵⁹ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق التحكيم- م.س، ص 29.

¹⁶⁰ - P.Ancel , arbitrage , J . C.Dr.com 1986 , Fasc 211, p 18.

¹⁶¹ - Douai , 8 juillet 1954, D 1954, Somm , p 65.

& Nancy 20 janvier 1958, Rev , Arb, 1959, p 122.

Et paris 7 mai 1964, Rev , Arb, 1963, p 138.

¹⁶² - Paris 4 janvier 1980 , rev Arb 1981, p 160 & cass.com.

30 janvier 1963 , Rev , Arb, 1963, p 91 et cass . com 25 Mai 1959 D 1959 p 557.

كعقد إيجار السفينة، فإن اتفاق التحكيم في المواد الدولية هذه يصبح من المستلزمات الطبيعية أو الضرورية للعقود التي تبرمها الشركة وهي بصدد ممارسة نشاطها¹⁶³.

هذه الحرية في إبرام اتفاق التحكيم المخولة لمديري ورؤساء الشركات في القانون الفرنسي مقيدة بقيود قانونية وأخرى اتفاقية، ففيما يتعلق بالقيود القانونية نجدها تتمثل في قيدين:

الأول: القيد المتمثل في غرض الشركة

وفيه تختلف شركات الأشخاص عن شركات الأموال: ففي شركات الأشخاص يحدد غرض الشركة سلطة مديرها في إبرام اتفاق التحكيم، فلا يمكنه إبرام اتفاق التحكيم إلا بصدد نزاع متعلق بغرض الشركة. وفي شركات الأموال - وعلى العكس - لا يحدد غرض الشركة من حيث المبدأ سلطة المديرين في إبرام اتفاق التحكيم إلا في العلاقات الداخلية لهذه الشركات أي في العلاقة بين المديرين والشركاء أو الشركة، وأنه في العلاقة مع الغير، فلا يضع غرض الشركة على عاتق المديرين أي قيود بشأن إبرام اتفاق التحكيم، ولذلك يستطيع المدير إبرام اتفاق التحكيم باسم الشركة لكل الأغراض حتى ولو تجاوز غرض الشركة لأن سلطته يصعب على الغير معرفتها بسبب الصفة الطبيعية للتحكيم كعمل من أعمال إدارة الشركات، باستثناء حالة ثبوت سوء نية الغير الذي كان يعلم بتجاوز المدير لغرض الشركة.

الثاني: القيد الاتفاقي:

يتمثل فيما قد يخوله القانون بوضوح من سلطات لأعضاء آخرين في الشركة كما في عدم السماح للمدير في شركة المساهمة بممارسة بعض الأنشطة الهامة كالأنشطة البنكية وتقديم الكفالة إلا بترخيص من مجلس الإدارة، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم المبرم بشأن مثل هذه الأمور يجب أن يرخص له أيضا بنفس الشروط.

كما يتمثل القيد الاتفاقي في استطاعة الشركاء الاتفاق على تحديد سلطات المديرين، حيث يمكن للشركاء الاتفاق على تحويل المدير سلطة إبرام اتفاق التحكيم أو نزعها منه، ولكن هذا التقيد يسري فقط على العلاقات الداخلية لهذه الشركات في حين تعد هذه الاتفاقات بدون قيمة في العلاقات الخارجية حيث لا يحتج بها على الغير¹⁶⁴.

وفي إنجلترا يفرق القانون الإنجليزي بين نوعين من الشركات:

(النوع الأول): هو الشركات البسيطة أو ما يطلق عليها "Partnerships" وهي التي تنشأ على نطاق ضيق من حيث أعضائها ورؤوس أموالها، وأعضاؤها جميعا وكلاء بعضهم لبعض، وتقوم علاقاتهم على الثقة المتبادلة.

¹⁶³ - P.Level, Note sur : paris 4 janvier 1980, précité.

¹⁶⁴ - D.Cohen, arbitrage et société , 1993, p 220-225.

(والنوع الثاني): هو الشركات الكبيرة أو ما يطلق عليه "companies" وهي الشركات ذات التجمعات الكبيرة فليس لأعضائها عدد محدد، ورأس مالها كبير وتحمل عادة اسما خاصا بها لا يكشف عن أسماء المشاركين فيها.

أما من ناحية سلطة المديرين في إبرام اتفاق التحكيم فإن الأمر على خلاف الوضع الفرنسي:

ففيما يتعلق بسلطة مديري الشركات الكبيرة Companies: فإنه لا يمكنهم إبرام اتفاق التحكيم إلا بموجب توكيل خاص وارد بمقتضى القانون الأساسي للشركة، فالشركاء سيلتزمون باتفاق التحكيم فقط إذا رخصوا بذلك وبصراحة ووضوح قبل إبرامه، أو أقروه بعد ذلك بأن حضروا الجلسات التحكيمية مثلا ولم يعترضوا على التحكيم. حقيقة أن الشريك المدير عندما يبرم أي اتفاق فإنه يفعل ذلك عن نفسه وعن باقي الشركاء الآخرين لا تنطبق على اتفاق التحكيم، وإذا تعهد المدير بإلزام شركائه بهذا الاتفاق وفشل في ذلك فإنه سيتحمل مسؤولية هذا الفشل لأنهم غير ملتزمين به¹⁶⁵.

أما بالنسبة للشركات البسيطة فالموقف أكثر دقة: فإذا كان أحد الشركاء قد تصرف بموجب وكالة خاصة عن باقي الشركاء فلا مشكلة، فهو هنا بمثابة مدير الشركة الكبيرة، وأما في غياب هذه الوكالة الخاصة فهل تكفي الوكالة العامة؟ جرى العرف هنا على تعلق إبرام اتفاق التحكيم بحياة الشركة وبإدارتها المعتادة في حالة إبرام في صورة شرط تحكيم كبند ضمن بنود الاتفاق الأصلي قبل حدوث النزاع، وعلى العكس فيما يتعلق بمشارطة التحكيم، والمبرمة بعد حدوث النزاع فلا يستطيع الشريك المدير إبرام اتفاق التحكيم دون وكالة خاصة¹⁶⁶.

هكذا، فإن تطبيق منهج التنازع يفضي إلى اختلاف الحلول تبعا لاختلاف الأنظمة القانونية المطبقة على الشركة، ولذلك نرى مع جانب من الفقه الفرنسي أن علاج هذه المسألة يكمن في إنشاء قاعدة موضوعية تطبق على التحكيم الدولي يكون بمقتضاها للأعضاء مديري الشركات سلطة إبرام اتفاق التحكيم يحتج به على الشركة دون عوائق من قانونها الأساسي، أو قانونها الحاكم، فإقرار مثل هذه القاعدة الموضوعية سيقابل مقاومة أقل فيما يختص بالشركات على عكس الأشخاص الطبيعية لعدم تأثيره على الحقوق الشخصية أو العائلية¹⁶⁷.

قد بدأ القضاء الفرنسي أولى خطواته نحو إقرار هذه القاعدة الموضوعية لتطبيق على التحكيم الدولي كما أنشأ سابقا الكثير من القواعد الموضوعية التي تطبق على التحكيم الدولي بعيدا عن منهج التنازع، وبعيدا عن البحث عن القانون المطبق كما في استقلال اتفاق التحكيم

¹⁶⁵ - Russell, on the law of arbitration, 1982, p 31-32.

¹⁶⁶ - Pomel l'arbitrage conventionnel en droit privé anglais thèse, paris , 1958, p 46.

¹⁶⁷ - B. Goldman, arbitrage commercial international, J.C .Dr inter, 1989, Fasc 586-2, p-18.

عن العقد الأصلي، ومبدأ سلطة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة في إبرام اتفاق التحكيم وغيرها.

ففي حكم لمحكمة استئناف باريس في 4 يناير 1980 حول مشاركة إيجار بحرية، وحيث كانت إحدى الشركات قد وكلت مديرها الفني في إدارة الدعوى القضائية فقط، ولم تكن الوكالة شاملة لسلطة إبرام اتفاق تحكيم، وحيث وقع المدير الفني مشاركة إيجار، فقررت المحكمة صحة هذا التوقيع والتزام الشركة باتفاق التحكيم ليس استنادا على منهج التنازع ولكن على أساس نظرية الوكالة الظاهرة حيث كان المتعاقد الآخر قد اعتقد بحق في سلطة المدير الفني في إبرام اتفاق التحكيم¹⁶⁸.

هذا الحكم وإن انتقده جانب من الفقه - بحق - على أساس أن استناده على فكرة الوكالة الظاهرة لم يكن إلا واجهة لأنه لم يكن موجودا في الدعوى أي ظرف خاص يدعو للاعتقاد للمدير الفني بصفة قانونية لإبرام اتفاق التحكيم¹⁶⁹، إلا أنه يعتقد أن المحاكم الفرنسية ستستمر في إجازة صحة اتفاق التحكيم الموقع من مدير الشركة على خلاف القانون المطبق على الشركة، وذلك لحماية المتعاقد الآخر الذي وثق في ظاهر سلطة المدير الموقع على اتفاق التحكيم بحسن نية¹⁷⁰.

إن فكرة الظاهر وحسن النية المبنية على أسباب معقولة تلعب من الآن فصاعدا دورا ملفتا للنظر لإلزام الشركة بالتحكيم المبرم اتفاهه عن طريق المدير، وذلك في المواد الدولية نظرا لاستقلال اتفاق التحكيم، حيث ينبغي أن تقتصر القيود الواردة على سلطة المديرين في إبرام اتفاق التحكيم، والمستمدة من القانون الأساسي للشركة أو قانونها الحاكم على التحكيمات الداخلية، في حين يجب إزالة العقوبات من طريق التحكيم الدولي بتحويل المديرين سلطة إبرام اتفاق التحكيم في المواد الدولية¹⁷¹.

هكذا، فإن إقرار مثل هذه القاعدة الموضوعية للأصول تطبيقها على سلطة مديري الشركات في إبرام اتفاق التحكيم في المواد الدولية قد تضع نهاية لاختلاف الحلول الواردة في هذا الشأن في القوانين المختلفة الحاكمة للشركات، مزيلة إحدى العقوبات عن طريق التحكيم الدولي.

الفرع الثالث: محل اتفاق التحكيم البحري

إن موضوع اتفاق التحكيم البحري هو النزاع الناشئ عن العقد. هذا النزاع هو الذي يحدد اختصاص المحكم الذي لا يمكنه الفصل إلا في النزاع أو المنازعات التي اتفق الأطراف على

¹⁶⁸ - Paris , 4 janvier 1980, préciité.

¹⁶⁹ - P. Ancel, Arbitrage J .C.Dr.com 1986, fasc 211, p, 16.

¹⁷⁰ - B. Goldman, arbitrage commercial international, J.C .Dr inter, 1989, Fasc 586-2, p-19.

¹⁷¹ - D.Cohen, arbitrage et société 1993p.219.

أن يعهدوا بها إليه، وتفرض القوانين مبدئين في هذا الشأن: (الأول) أن يكون موضوع اتفاق التحكيم محددا بما فيه الكفاية (والثاني) عدم مخالفة هذا الموضوع للنظام العام:

ففيما يتعلق بتحديد موضوع الاتفاق التحكيمي أي تحديد موضوع النزاع أو المنازعات التي سيفصل فيها المحكم أو المحكمون يختلف الأمر حسب الصورة التي أبرم فيها اتفاق التحكيم، أي حسب ما إذا كان اتفاق التحكيم البحري قد أبرم في صورة مشاركة تحكيم أو شرط تحكيم، فمشكلة تحديد النزاع أو المنازعات التي ستعرض على التحكيم لا تثار عندما يبرم اتفاق التحكيم البحري في صورة مشاركة تحكيم: حيث يكون النزاع قد نشأ بالفعل قبل إبرام المشاركة، وبالتالي يكون من السهل تحديده فيها وبالتالي تحديد المهمة الموكول بها إلى المحكم أو المحكمين وغيرها من البيانات التي تحسم الأمور ولا تدع مجالا للشك والخلاف. كل ذلك على عكس إبرام اتفاق التحكيم البحري في صورة شرط تحكيم. حيث يتم إبرامه قبل نشوء أي نزاع وبين أطراف لا يأملون ولا يتوقعون حدوث أي نزاع على الإطلاق مما يجعلهم لا يولون عناية كبيرة لصياغة هذا الشرط التحكيمي، لذا لا مفر وقتها من إبرامه في شكل نص عام لا يحدد فيه النزاع بصورة كافية¹⁷².

لكن كما رأينا، فإن إبرام اتفاق التحكيم البحري في صورة شرط تحكيم هي الصورة الغالبة، وإذا كان من الصعب تحديد النزاع بدقة في شرط التحكيم فمن المقرر عدم جواز الاتفاق على عرض كل المنازعات الناشئة بين الأطراف مستقبلا بصدد جميع علاقاتهم وبصفة عامة على التحكيم، إذ من المتفق عليه ضرورة أن تكون المنازعات التي يتفق على عرضها على التحكيم تتصل بعلاقات بحرية محددة كعقد النقل البحري محل التعاقد، أو مشاركة الإيجار محل التعاقد، وغيرها.

بحيث لا يتصور الاتفاق على التحكيم بشأن علاقات بحرية غير محددة، أو علاقات بحرية لم تنشأ بعد. هذه العلاقات البحرية المحددة حرصت اتفاقية نيويورك 1958 على استبعاد أية شبهة ممكنة حول مفهومها ونطاقها حين أوضحت في فقرتها الأولى من المادة الثانية أن العلاقة المعنية والتي يتفق بمناسبةها على التحكيم يمكن أن تكون "تعاقدية أو غير تعاقدية". حيث إنه إذا كان من المألوف ورود اتفاق التحكيم بمناسبة عقد بحري كعقد النقل البحري، وعقد إيجار السفينة، وعقد التأمين البحري، وغيرها من العقود البحرية، فإن نطاق العلاقات البحرية التي يمكن أن يشملها التحكيم البحري من الاتساع بحيث تضم صور المسؤولية غير التعاقدية الناشئة عن العمل غير المشروع كالاتفاق على اللجوء للتحكيم في خصوص التصادم البحري، والمساعدة البحرية والإنقاذ، وكذا حالات الإثراء بلا سبب كمنازعات توزيع الخسارات البحرية المشتركة.

¹⁷² - R. David , L'arbitrage dans le commerce international 1982, P 256.

حيث إن موضوع اتفاق التحكيم يوجد بالضرورة عندما يوجد النزاع نفسه، فإنه يقع على عاتق المحكم لحظة تنفيذ اتفاق التحكيم وبدء نظر النزاع عندما يتعلق الأمر بشرط تحكيم بحري مبرم بصيغة عامة أن يحث الأطراف على تحرير مشارطة أو يحررها هو ويحثهم على توقيعها يحدد فيها النزاع وسلطاته بشأنه والقواعد المتعلقة بالإجراءات، وتحديد القانون المطبق وغيرها من البيانات التي تسهل العملية التحكيمية، ولا تدع مجالا للشك والخلاف¹⁷³. حيث إن التحكيم يجب أن يستند على اتفاق تحكيم صحيح حتى لا يتطرق الشك إلى اختصاص القضاء التحكيمي، حيث إن المحكم لا يمكنه الفصل إلا في النزاع أو المنازعات التي اتفق الأطراف على أن يعهدوا بها إليه، وبالتالي فإن حكم التحكيم الصادر مغفلا موضوع اتفاق التحكيم - فاصلا فيما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر منه - يتعرض للبطلان أو لرفض الاعتراف به ورفض تنفيذه¹⁷⁴.

هذا ما يفعله المحكمون الإنجليز عند افتتاح خصومة التحكيم، حيث يطلبون أولا من الأطراف تقديم تقاريرهم محددين فيها موضوع التحكيم من حيث تحديد طبيعة منازعاتهم، وتحديد نطاقها وذلك على وجه الخصوص عندما يتعلق الأمر باتفاق تحكيم بحري مبرم في صورة شرط تحكيم، وحيث لا يلزم القانون الإنجليزي أطراف النزاع بإبرام مشارطة تحكيم قبل نظر المحكم للنزاع¹⁷⁵. وحيث يبدي قانون التحكيم الإنجليزي، وكذا قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي مرونة كبيرة حيال تحديد موضوع اتفاق التحكيم، حيث لا يشترط في كل منهما أكثر من صورة إبرام اتفاق التحكيم كتابة حتى تطبق عليه قوانين التحكيم¹⁷⁶، حيث يكفي كقاعدة عامة عزم الأطراف على الارتباط باتفاق تحكيم، وأن يكون هذا العزم وتلك النية واضحة على عرض نزاعاتهم على التحكيم، تلك المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ عن رابطة قانونية محددة، وإذن ليس هناك حاجة إلى تحديد موضوع النزاع بدقة في اتفاق التحكيم¹⁷⁷.

يجرى تحديد صيغة النزاع في شرط التحكيم في العقود البحرية النموذجية بطرق مختلفة، فقد يطلق عليه اصطلاح " نزاع Dispute " أو " خلاف Difference " أو " مطالبة Claim " يرى البعض أن هذه المصطلحات العامة تعطي للمحكم اختصاصا كأوسع ما يكون الاختصاص بالنسبة للموضوعات التي يشملها العقد محل الاتفاق، ثم رتب هذه المصطلحات من حيث الضيق فالاتساع كالتالي: " مطالبة ثم نزاع ثم خلاف " حيث إن معظم المنازعات تنتج عن مطالبات، ولكن وجود مطالبة ليس ضروريا ولا كافيا لخلق نزاع إذ قد يكون هناك خلاف في الرأي حول ما إذا كانت البضاعة المسلمة سليمة أم لا، ولكن المترتبات المالية للنزاع من الممكن ألا تنشأ على الإطلاق حتى تقديم طلب التحكيم، وكذلك فكلمة " خلاف " أوسع نطاقا من كلمة " نزاع "

¹⁷³ - R,David, L'arbitrage dans le commerce international 1982, p 256.

¹⁷⁴ - R/Bourdin, la convention d'arbitrage international en droit Français depuis le décret du 12 Mai 1981, in y Derains, droit et pratique de l'arbitrage international en France, 1984, p 23.

¹⁷⁵ - Pomel, L'arbitrage conventionnel en droit privé anglais, thèse, paris 1958, p 124-125.

¹⁷⁶ - Van den Berg, Etude comparative du droit de l'Arbitrage commercial dand les pays de common law , thèse, Aix, 1977, p 32-33.

¹⁷⁷ - Pomel ante, p 16

وإن كان العمل يظهر استخدامها بالتناوب حسب اللغة المستخدمة، واختلافها من المجاملة إلى العنف الذي يسود العلاقة بين أطراف اتفاق التحكيم¹⁷⁸.

كذلك تختلف صياغة نص شرط التحكيم في العقود النموذجية البحرية من عقد إلى آخر، ففي معظم شروط التحكيم الواردة في العقود النموذجية البحرية تجري صيغة الشرط على أن: "Any (All) disputes arising out (of) the "contract"¹⁷⁹ وتجرى صيغ أخرى بعبارة: "Any/ALL disputes arising under this contract"¹⁸⁰، وصيغ أخرى بعبارة: "Any dispute arise between"¹⁸¹، وصيغ أخرى بعبارة: "Any dispute arising from"¹⁸²، وصيغ أخرى بعبارة: "Any dispute arising during execution of this "contract"¹⁸³، وصيغ أخرى بعبارة: "Any dispute arise in connectionn with the contract"¹⁸⁴.

وأخيراً فقد تأتي صيغ آخر جامعة لأكثر من صيغة من الصيغ السابقة مضيئة معنى أكثر اتساعاً على النزاع موضوع اتفاق التحكيم، وموسعة بالتالي من اختصاص المحكمين، مقررّة على سبيل المثال: "أي نزاع بين أطراف العقد بخصوص أي موضوع ناتج من أو متعلق بهذا العقد أو بأي شرط فيه أو بشأنه

« Any dispute between the parties hereto as to any matter arising out of or relating to this contract or any stipulation herein or with respect hereto.... »¹⁸⁵

أو مقررّة في مثال آخر أن: "أي خلاف أو نزاع سينشأ بين المؤمن وجمعية التأمين ناتج أو بالنسبة لهذه الشروط أو ناتج عن أي عقد بينهما بخصوص حقوق أو التزامات جمعية التأمين أو المؤمن، أو بالنسبة له، أو بالنسبة لأي موضوع أيا كان....

¹⁷⁸ - Mustill & Boyd, The law and practice of commercial arbitration in England, 1982, p 86, and 97.

¹⁷⁹ - Par Ex : Nubaltwood charter- party 1973, by General council of British shipping, F.No 19-4 and wold food way bill of lading, by Bimco, F.No24-32 in , M- Cohen Benedict on Admiralty , 7th ed 1993, vol 2B, and 2C.

¹⁸⁰ - Par Ex ; Baltim charter party 1939, by Bimco, F.No 7-1 and Ferticon charter party 1942, by General council of British shipping, F, No 6-2, in M .Cohen ante , vol 2B.-

¹⁸¹ - Par Ex : New York Produce time charter party 1946, G.No 7-12 in M cohen, Ante , vol 2B.

¹⁸² - Par Ex ; Vegolivoy charter party 1950 F, No, 17-18 in m.Cohen ante, voll 2C.

¹⁸³ - Par Ex : Tank vessel voy charter party F.No 17-15 in M Cohen , Ante, vol 2C

¹⁸⁴ - Par Ex : Ship sale contrat « Norwegian sale form 1987 F.No 23-2in M Cohen , Ante, vol 2B

¹⁸⁵ - Par Ex : Japanese standard shipbuilding contract 1969, in M Cohen , Ante, vol 2B F.No 22-1.

Any difference or dispute shall arise between a Member and the association out of or in connection with these rules or out of any contract between the Member and the association or as the member there under or in connection there with or as to any other mater whatsoever....»¹⁸⁶

هكذا فإن اختلاف الصيغ التي تبرم بها الاتفاقات التحكيمية ترتب أثرها بالنسبة لضيق أو اتساع كل هذه الاتفاقات التحكيمية من حيث المنازعات المعروضة على التحكيم.

فقد أعطي القضاء الإنجليزي لعبارة: " أي منازعات ناتجة عن العقد Any dispute arising out of contract " معنى واسعا. حيث قضى بأن هذه الصيغة تغطي كل المنازعات الناتجة عن العقد بحيث لا يخرج عنها سوى المنازعات الخاصة بما إذا كان هناك عقد أصلا أو كان باطلا من أساسه لعدم المشروعية مثلا¹⁸⁷.

كما قضى في انجلترا بأن شرط التحكيم الوارد في " مشاركة charter party " الذي ينص على التحكيم في المنازعات "الناتجة عن العقد Arising out of contract " يشمل المنازعات الخاصة بالمطالبات المتعلقة بالخسارات البحرية المشتركة وفقا لقواعد يورك وأنفرس في لندن، وبالتالي فقد كان موضوع تسوية الخسارات البحرية المشتركة محلا للتعاقد في المشاركة حيث اتفق الأطراف في العقد على حقوقهم في مختلف الحوادث البحرية، وبالتالي فإن النزاع التالي لنشوء هذه الحوادث يعد ناشئا عن العقد والذي اشتمل على شرط التحكيم، فليس هناك أي تضارب بين شرط التحكيم وشرط تسوية الخسارات البحرية المشتركة. وليس هناك من شك في القول بخضوع المطالبات الخاصة بتسوية الخسارات البحرية المشتركة للحل بواسطة التحكيم¹⁸⁸.

كذلك قضى في انجلترا بأنه طبقا للاتفاق على التحكيم بموجب نموذج اللويدز للإنقاذ البحري، والذي ينص على التسوية التحكيمية للمنازعات الناتجة عن الاتفاق " Arising from the agreement of " فإن المطالبة بواسطة مالك السفينة المنقذة ضد المنقذ عن الإهمال في عملية الإنقاذ تعد من قبيل الخلاف الناتج عن نموذج اللويدز للإنقاذ البحري، والعمليات التي تمت بموجبه¹⁸⁹.

¹⁸⁶ - Par Ex : The rules of the vest of angland ship owners mutual protection and indemnity association 1992, in M Cohen , Ante, vol 7A F.No 1-03.

¹⁸⁷ - Per pilcher K;In HE Daniel ltd V. Carmel exporters and importers ltd 1953, in, Mustill & Boyd, Ante , p 87.

¹⁸⁸ - A.C, The Evje, Lloyd's Rep 1973, vol 2, p 129.

¹⁸⁹ - A .C, The Esvhershein, Lloyd's Rep, 1974 ; vol ; 2 p, 188.

ثم فرق القضاء الإنجليزي بين صيغة " ناشئ عن Arsing out of " وناشئ طبقا "Arising Under" معطيا العبارة الأولى معنى أوسع من العبارة الثانية من حيث المنازعات التي يجوز للمحكم نظرها وفقا لإحدى الصيغتين:

ففي دعوى " Heyman V/Darwins Ltd"¹⁹⁰، قرر اللورد " Porter " أن: عبارة " ناشئ عن العقد Arising out of the contract " أوسع معنى من عبارة: " ناشئ طبقا للعقد Arising Under the contract ". وتكررت نفس العبارة بواسطة اللورد " Sellers " في دعوى " Goverement of Gibraltar V. Kenney "¹⁹¹.

في حين ذهب جانب من الفقه إلى أنه رغم اختلاف العبارتين إلا أنه لا يمكن التمييز بينهما من حيث المضمون¹⁹².

هذا ورغم إعطاء صيغة: " ناشئ طبقا Arising Under " مع أضيق من عبارة: " ناشئ عن Arising out of ". إلا أنه قد قضى في انجلترا بشمولها للمطالبات المتعلقة بالخسارات البحرية المشتركة: فقد قضى بأي شرط التحكيم الوارد في مشاركة Centrocon " والذي ينص على أن: " أي نزاع ناشئ طبقا لهذه المشاركة أو أي سند شحن صادر بموجبها سيحل بالتحكيم Any dispute arising Under this charter ot Any Bill of lading issued hereuder tio be settled by arbitration " واسع بما فيه الكفاية ليشمل المطالبات الخاصة بتسوية الخسارات البحرية المشتركة التي سببتها السفينة للشحنة، فأيا كان الأصل التاريخي للحق في تسوية الخسارات البحرية المشتركة فإن المطالبات الخاصة بتسويتها تعتبر ناشئة طبقا للعقد إذا كان هذا العقد يتضمن تطبيق قواعد يورك وانفرس أو كان يتضمن قواعد خاصة بالخسارات البحرية المشتركة في حالة الإهمال¹⁹³.

وذهب بعض الفقه إلى أن عبارة: " كل المنازعات All disputes " أو " كل المطالبات All Claims " إذا وردت بمفردها يمكن أن تكون أكثر اتساعا من عبارة: " كل المنازعات الناتجة عن العقد All disputes arising out of the contract "¹⁹⁴.

كما قضى في انجلترا بأن عبارة: " المنازعات الناشئة بين الأطراف All disputes arising between the parties " تعني المنازعات الناشئة طبقا للاتفاق " Dispute arising Under the Agreement " أكثر من المنازعات الناشئة بخصوص موضوع

¹⁹⁰ - H.L. Heyman V, Derwins Ltd, 1942, in Russel , on the law of arbitration 1982, p 86.

¹⁹¹ - Q. B, Governement of Gibraltar, V , Kenney 1956, in russell, ante , p 86.

¹⁹² - Russell ; ante , p 86.

¹⁹³ - A.C, the Astraea Llod's Rep, 1971, vol2; p 494.

¹⁹⁴ - Russell ; ante, p 89.

الاتفاق "Disputes in relation of the sibkecy- Matter of the agreement"¹⁹⁵.

ويذهب البعض إلى القول بأن القضاء الأمريكي يفسر صيغة "أي نزاع بين الملاك والمستأجرين" "any dispute ... between owners and charterers" بطريقة واسعة بحيث يغطي الشرط أي منازعات بين الملاك والمستأجرين فيما يتعلق بحقوقهم المكتسبة والتزاماتهم المتبادلة طبقا للمشاركة كما تغطي فضلا عن هذه المنازعات التعاقدية المنازعات الناشئة عن عمليات قانونية¹⁹⁶. فقد قضى في الولايات المتحدة بتغطية شرط التحكيم الوارد بالصيغة المذكورة لمطالبة عامل لمالك السفينة بتعويض شخص، عن إصابته أثناء عملية الشحن، وكان العامل قد رفع دعواه بهذه المطالبة إلى المحكمة القضائية، فأحال المالك المطالبة إلى المستأجر على أساس أنها ضد المستأجر أصلا، كما أنها لا تستند إلى المشاركة بل بسبب الحقوق والالتزامات الناتجة عن عمليات قانونية، في حين دفع المستأجر بوقف الدعوى القضائية لإحالة النزاع للتحكيم، وقد قضت المحكمة بأن المطالبات المذكورة كانت موضوعا لشرط التحكيم وقررت أن: "الصيغة الواسعة لشرط التحكيم تغطي النزاع الحالي بين مالك السفينة والمستأجر. حيث إن شرط التحكيم يطبق بوضوح على أي نزاع وإن شرط التحكيم ليس محددًا وليس محصورًا في المنازعات التعاقدية البحتة، ولكن يغطي أيضا تلك المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون وسريانه"¹⁹⁷.

كذلك وبشأن صيغة "أي نزاع ناشئ أثناء تنفيذ العقد" "During execution of the contract" قضى في انجلترا بأنها تشير إلى تنفيذ العقد أو إلى تنفيذه الأمثل، ولا تشمل منازعات إبرامه، وبالتالي فإن شرط التحكيم الوارد بهذه الصيغة يخضع لتحكيم المنازعات الناشئة عن مطالبات التأخير إذا كان هناك علاقة بين التأخير وتنفيذ العقد، وكذلك تغطي المنازعات الخاصة بتسوية الخسارات البحرية المشتركة¹⁹⁸.

هكذا فإن شروط التحكيم الواردة في العلاقات البحرية يغلب عليها أن ترد بنص عام لا يحقق تحديدا كافيا للنزاع محل اتفاق التحكيم إذ لا يكون النزاع وقت إبرام اتفاق التحكيم قد نشأ بعد، وهذا هو الوضع السائد في المجال البحري ولم ينكره أحد. ولكن يقع على الأطراف دراسة الصيغ السائدة لاختلاف النتائج القضائية المترتبة عليها من حيث ضيق أو اتساع موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم، ويقع على عاتق القضاء الوطني التحقق من وجود النزاع من عدمه، أو التحقق مما إذا كان النزاع يعد داخلا ضمن نص شرط التحكيم الوارد في العلاقة البحرية

¹⁹⁵ - H.L, per Roxburgh, J. Haperprt V, Destrol (1954) in , Russell, Ante, p 89.

¹⁹⁶ - Wilford & Others, Time chartes, 1989, p 377.

¹⁹⁷ - Boyle V, Rederij VI, 1979, in M, Wilford & Others , Ante, p/ 377-378.

¹⁹⁸ - C.A.Astro Vencedor V. Mabanaft, Lloyd's Rep 1971, vol 2 p 502.

وذلك عند النظر في صحة شرط التحكيم لتقرير ما إذا كانت المحكمة القضائية ستستمر في نظر الدعوى لو رفعت أمامها أم ستحيلها إلى التحكيم.

يذهب بعض الفقه إلى القول بأنه لا توجد لغة محددة يمكن عن طريقها الإشارة إلى طبيعة شرط التحكيم لتقرير ما إذا كان موسعا أو مضيقا لمفهوم النزاع، فالأمر متروك للمحكمة التي تنظر النزاع حول صحة اتفاق التحكيم¹⁹⁹.

فقد قضى في إنجلترا بأن شرط التحكيم الذي اكتفى بالنص على أن: "التحكيم بعقد في لندن" يفسر على أساس أنه يعني أن أي منازعة طبقا لمشارطة الإيجار تحل بطريق التحكيم في لندن²⁰⁰.

كما قضى بأنه إذا نص شرط التحكيم الوارد في عقد نقل بحري لشحنة أخشاب على أن "أي منازعات طبقا لهذا العقد والتي لا يتوصل إلى حل ودي لها تحال إلى التحكيم في موسكو فيما عدا المنازعات الخاصة بالمواصفات وحالة البضاعة والمقاسات وصحة المستندات. للبضائع المشحونة فتكون محلا للتحكيم في لندن" فإن المطالبة بالتعويض عن عدم تسليم المستندات لا يختص بنظرها التحكيم في لندن طبقا لشروط عقد البيع البحري لأنها مطالبة لا تتعلق بصحة المستندات²⁰¹.

قضى كذلك بأنه ليس هناك حق في نظر دعوى المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ المؤجر لالتزاماته الواردة بالمشارطة كدعوى فرعية عن دعوى المطالبة بالأجرة المرفوعة أمام المحكم، حيث ينص شرط التحكيم على أن: "التحكيم يعقد في لندن". وهو بهذا المعنى الضيق لا يمتد ليشمل المنازعات المتعلقة بالمطالبة بالتعويض طالما ليس هناك نية واضحة لعرض هذه المطالبات الفرعية بالتعويض على التحكيم²⁰².

يذهب بعض الفقه إلى القول بأن المنازعات التي تعتبر محلا للتحكيم هي تلك الناشئة في الفترة السابقة على تعيين المحكم، فالمحكم ليس له اختصاص في المنازعات التي لم تكن موجودة عند تعيينه إلا لو اتفق الأطراف على غير ذلك²⁰³.

وعليه، تختص المحكمة العادية بالنظر في وجود النزاع من عدمه أو بالنظر فيما إذا كان هذا النزاع داخلا في موضوع اتفاق التحكيم أم لا، وعلى الجانب الآخر تنص لوائح التحكيم

¹⁹⁹ - Aksen, a practical guide to international Arbitration New York p 57, in.

انظر في رضا عبيد - شرط التحكيم في عقود النقل البحري - سابق الإشارة إليه ص 217.

²⁰⁰ - C.A, Tritonia Shipping inc, V, South Nelson Forest products, Lloyd'y rep, 1966 ; vol, 1, p 114.

²⁰¹ - May & Hassell Lid V , Exporties 1940, in Rusell , Ante, p 83.

²⁰² - C.A.The alpha Nord, Lloyd's Rep, 1977, vol 2, p 434.

²⁰³ - Russell, Ante , p 95-96.

الصادرة عن المؤسسات التحكيمية البحرية على ضرورة اشتمال طلب التحكيم المقدم إليها على وثائق وكل ما من شأنه توضيح موضوع النزاع.

فتقرر المادة الرابعة من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس على أنه حتى ينعقد الاختصاص للغرفة يجب على المدعى تقديم طلب للتحكيم شارحا فيه بإيجاز موضوع التحكيم.

كذلك تقرر الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري ضرورة أن يشتمل طلب التحكيم المقدم من المدعى على ملخص بادعاءاته وكذا الوثائق المثبتة للاتفاق التحكيمي، وأي وثيقة من شأنها أن توضح موضوع النزاع.

كما تقرر المادة السادسة من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحريين بنيويورك أن يجب على طالب التحكيم إرسال مذكرة مكتوبة بذلك إلى الطرف الآخر، وينبغي أن تحتوي مذكرة الإعلام هذه ما يوضح طبيعة النزاع.

وأخيرا تقرر الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحريين بلندن اجتماعا تمهيديا بين الأطراف أو ممثليهم مع هيئة التحكيم لتجهيز قائمة بالموضوعات التي ستكون محلا للتحكيم.

ثم بعد ذلك قد ينظر المحكم نفسه في صيغة شرط التحكيم مفسرا إياه لتقرير ما إذا كان هناك نزاع أم لا، وما إذا كان هذا النزاع - في حالة وجوده - مما تشمله المنازعات محل اتفاق التحكيم، وهو في ذلك يفصل في صحة وحدود اختصاصه الأصيل - وذلك كما سنرى لاحقا.

هذا وقد رأينا، عند بحث توافر عنصر الرضا في حق حامل سند الشحن، أنه من الممكن أن يتسع شرط التحكيم الوارد بالمشاركة ليشمل منازعات سندات الشحن الصادرة بموجبه، فما هي شروط هذا الامتداد؟

وأخيرا، فمن قابلية المنازعات البحرية الدولية الخاصة للحل بواسطة التحكيم البحري: فإنه حتى يكون موضوع اتفاق التحكيم - وهو النزاع - مشروعا يشترط أن يكون من بين المنازعات التي يجوز حلها بواسطة القضاء التحكيمي البحري.

إن مسألة قابلية النزاع البحري للحل عن طريق التحكيم البحري تثار بأحد سببين:

(الأول): أن يكون أحد أطراف النزاع المتفق على حله تحكيميا هي الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، وهنا نكون بصدد عدم قابلية شخصية لحل النزاع بالطريق التحكيمي.

(والثاني) أن يكون النزاع المتفق على حله تحكيمياً من بين الموضوعات التي ثبت أن القانون الوطني أو المبادئ القانونية العامة تقرر بصفة أمرة عدم جواز حلها تحكيمياً وهنا نكون بصدد عدم قابلية موضوعية لحل النزاع بالطريق التحكيمي²⁰⁴.

وقد رأينا سابقاً - عند بحث مسألة سلطة الدولة أو الشخص المعنوي العام في إبرام اتفاق التحكيم البحري- كيف أن الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة يحق لها في فرنسا ومصر وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية إبرام اتفاق التحكيم البحري وبالتالي أن تكون طرفاً في نزاع يعد محلاً لاتفاق تحكيم بحري. ورأينا كذلك عند بحث العلاقات البحرية التي يجوز حل منازعاتها تحكيمياً كيف أنها جميعها من المسائل التي يجوز حلها بالطريق التحكيمي طالما أنها لا تعد علاقات دولة / دولة في منازعات متعلقة بمنازعات سياسية أو اجتماعية، وبالتالي فلا عقبات شخصية أو موضوعية تحول دون عرض المنازعات المتعلقة بالعلاقات البحرية الدولية الخاصة على التحكيم البحري.

الفقرة الأولى: الشرط الشكلي لصحة اتفاق التحكيم البحري " الكتابة "

قلنا فيما سبق أنه يشترط لصحة اتفاق التحكيم البحري ما يشترط لصحة العقود بوجه عام من ضرورة توافر الرضا، والمحل، والسبب، ونتساءل هنا عما إذا كان يشترط شكلاً معيناً لإبرام اتفاق التحكيم كالرسمية أو الكتابة أم يكفي إبرامه شفاهة.

وللإجابة على هذا التساؤل تنقسم القوانين الوطنية في الدول محل البحث، والمعاهدات الدولية، ولوائح التحكيم البحري إلى طائفتين:

(طائفة) : تتطلب ضرورة الكتابة لإبرام اتفاق التحكيم.

(وطائفة): لا تتطلب مثل هذا الشكل المكتوب.

وسنتناول هاتين الطائفتين على النحو التالي:

- أنظمة تتطلب ضرورة توافر الشكل المكتوب لإبرام اتفاق التحكيم البحري.

- أنظمة لا تتطلب ضرورة توافر الشكل المكتوب لإبرام اتفاق التحكيم البحري.

أولاً: أنظمة تتطلب ضرورة توافر الشكل المكتوب لإبرام اتفاق التحكيم البحري

وهذه الأنظمة تشمل من قوانين التحكيم: قانون التحكيم المصري 1994، وقانون التحكيم الانجليزي 1950، وقانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي 1925، وكافة المعاهدات والوثائق الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: وهي معاهدة هامبورج 1978 بشأن

²⁰⁴ - B.Goldman, arbitrage commercial international, J.C Dr inter 1989 ; Fasc 586-3, p 3.

النقل البحري للبضائع، واتفاقية نيويورك 1958، والقانون النموذجي 1985، ومن اللوائح التحكيمية لائحة اليونسترال 1976، ولائحة المنظمة الدولية للتحكيم البحري.

هذا ويمكن تقسيم هذه الأنظمة إلى طائفتين: طائفة تستوجب الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم، وطائفة تستوجب الكتابة لإثباته فقط²⁰⁵.

ثانياً: أنظمة تتطلب ضرورة توافر الشكل المكتوب لانعقاد اتفاق التحكيم

وهذه الأنظمة هي: اتفاقية نيويورك 1958 وقانون التحكيم المصري 1993:

فقد تطلبت الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الدولية أن: "كل دولة موقعة ستعترف باتفاق التحكيم المكتوب..." ثم عرفت هذا الاتفاق المكتوب في الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه: "شرط التحكيم في عقد، أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف، أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

وشرط الكتابة المطلوب في اتفاقية نيويورك 1958 يضع التزاماً على عاتق الدول الموقعة على الاتفاقية بالاعتراف باتفاق التحكيم في مرحلتين:

(المرحلة الأولى): هي مرحلة الاعتراف باتفاق التحكيم. حيث قررت الاتفاقية في الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه: "يجب على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم...."

(والمرحلة الثانية): مرحلة الاعتراف بالحكم التحكيمي، حيث تقرر المادة الرابعة من الاتفاقية – في فقرتها الأولى/ ب أن: "على من يطلب الاعتراف والتنفيذ... أن يقدم مع الطلب... أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية..." (أي اتفاق التحكيم المبرم كتابة بالشكل المقرر في المادة الثانية). كما تقرر المادة الخامسة في فقرتها الأولى/ أ أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على... أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية...."

²⁰⁵ - في التمييز بين الكتابة كشرط انعقاد، والكتابة للإثبات تقرر أن الكتابة اللازمة لانعقاد شرط ضروري لوجود التصرف قانوناً، وتختلف الشكل عندئذ يعني نقص ركن من أركانه وانعدم أثره نتيجة لبطالته، مهما قام الدليل على اتجاه الإرادة إليه، ومهما اعترف طرفاه باتفاقهما المجرد من الشكل – أما الكتابة كوسيلة للإثبات فلا أثر لانعدامها على وجود العقد بل يكون هذا العقد موجوداً ومنتجاً لأثره، فإذا كان معترفاً به من طرفه لم يكن في حاجة إلى إثباته بالكتابة كما أن الإقرار يحل محل الدليل الكتابي في هذا الإثبات، كما يمكن إثباته بالجوء لليمين الحاسمة جميل الشرقاوي – الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ط 1976، ص: 38.

هذا وإذا لم تكن الاتفاقية قد رتببت صراحة جزاء البطلان على مخالفة مقتضى الشكلية المطلوبة لاتفاق التحكيم، إلا أن الفقه²⁰⁶ مجمع على أنها وضعت بوجوب كتابة اتفاق التحكيم قاعدة موحدة تسمو على القواعد الواردة في قوانين الدول الموقعة تقرّر ضرورة توافر الشكل المكتوب كما قرّرتة الاتفاقية حصرا بشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو بتبادل الأطراف للرسائل أو البرقيات، وليس بأي طريق آخر، فهذه القاعدة الموحدة تشمل الحد الأقصى والحد الأدنى لما تتطلبه الاتفاقية معا وفي آن واحد، فالحد الأقصى يجب على المحاكم عدم تجاوزه بمتطلبات أشد شكلية والحد الأدنى الذي يجب على المحاكم ألا تقبل أقل منه بالنسبة لشكل اتفاق التحكيم.. إن الاتفاقية قد وضعت قاعدة تتطلب توافر الشكل المكتوب لصحة انعقاد اتفاق التحكيم وليس لإثباته فقط. بمعنى بطلان اتفاق التحكيم الغير مكتوب، وعدم جواز إثباته بوسائل أخرى حيث إن النص لا يدع مجالا للخلط لأنه يحدد تماما المقصود باتفاق التحكيم المكتوب، وسيفقد النص الكثير من معناه لو قصد منه أن يكون ما أورده على سبيل المثال فقط، كما أن تاريخ الاتفاقية لا ينتج عنه مفهوما مخالفا لذلك، فلو كان قد قصد إمكانية الإثبات بطرق أخرى لكان قد أثير الإشكال حول ماهية هذه الطرق²⁰⁷.

كما اشترط قانون التحكيم المصري 1994 لصحة اتفاق التحكيم أن يكون مكتوبا مقررا صراحة أن الكتابة المطلوب توافرها في اتفاق التحكيم هي لانعقاد اتفاق التحكيم وليس لإثباته فقط حيث رتب القانون على تخلف الكتابة بطلان اتفاق التحكيم. فالمادة الثانية عشرة من القانون تنص على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا..."، ثم استطرده النص معرفا اتفاق التحكيم المكتوب بأنه يكون كذلك ".... إذا تضمنه محرر وقعة الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصالات المكتوبة".

بالتالي فإن المحررات المكتوبة المعنية في القانون المصري تنقسم إلى نوعين: (الأول) ينبغي توقيعه من الطرفين إضافة إلى كتابته كأن يوقع الطرفان مشاركة إيجار متضمنة شرط التحكيم (والثاني) لا يشترط توقيعه بل تكفي كتابته كالرسائل المتبادلة أو البرقيات المتبادلة والتي تظهر بوضوح اتفاق الأطراف كتابة على التحكيم، وإلى هنا يكون القانون المصري مقررا ما سبق وأن قرّرتة اتفاقية نيويورك 1958، إلا أنه وحسنا فعل المشرع المصري عندما استطرده مقررا: ".... أو غيرها من وسائل الاتصالات المكتوبة" وذلك ليتمشى مع العلم الحديث، وما يستحدثه من وسائل اتصال مكتوبة كالتلكس وغيرها.

وهكذا فإنه يجب – وفقا لاتفاقية نيويورك 1958، وقانون التحكيم المصري 1994 – أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، وبالتالي يعد باطلا في مفهومها اتفاق التحكيم المبرم شفاهة، وكذا لا يجوز القبول الضمني لاتفاق التحكيم المبرم شفاهة والمقبول أمام هيئة التحكيم

²⁰⁶ - محمود سامي فوزي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة السابعة 2015 ص 133.

²⁰⁷ - Van den Berg, the New York arbitration convention of 1958, 1981, p 170, 180.

و سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة- اتفاق التحكيم- م.س، ص 235.

بأن يدعي أحد الطرفين وجود اتفاق تحكيم ولا ينكره الطرف الآخر بل يستمر في إجراءات التحكيم.

ثالثا: أنظمة تتطلب توافر الشكل المكتوب لإثبات اتفاق التحكيم

تشمل هذه الأنظمة قانون التحكيم الانجليزي، وقانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي ومعاهدة هامبورج 1978، والقانون النموذجي 1985، ولائحة تحكيم اليونسترال 1976، ولائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري:

فقد نص قانون التحكيم الانجليزي 1950 في مادته الثانية والثلاثين معرفا اتفاق التحكيم بأنه " اتفاق مكتوب.."، كذلك نص قانون التحكيم الانجليزي 1975 – متأثرا بما ورد في اتفاقية نيويورك 1958 حيث إنه التشريع الذي أدمجها في قانون التحكيم الانجليزي 1950- في مادته السابعة على أن اتفاق التحكيم هو " اتفاق مكتوب، ويشمل الاتفاقات الضمنية عن طريق تبادل الخطابات أو البرقيات لإخضاع المنازعات الحالة أو المستقبلية على التحكيم".

كذلك نص قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي 1925 في مادته الثانية تحت عنوان " صحة ونهائية ونفاذ اتفاقات التحكيم" على أن: " أي نص مكتوب وارد في أي معاملة بحرية... يقرر عرض المنازعات التي ستنشأ عنها، أو المنازعات الناتجة عن عدم تنفيذها كليا أو جزئيا على التحكيم، أو أي اتفاق مكتوب يقرر عرض أي خلاف ناتج عن هذه المعاملة... أو عن عدم تنفيذها كليا أو جزئيا على التحكيم سيكون صحيحا ونهائيا ونافذا.

هكذا فإن قوانين التحكيم في إنجلترا، والولايات المتحدة الأمريكية تقرر أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبا، ولكن هذه القوانين مرنة جدا فيما يتعلق باستلزام هذا الشكل المكتوب، حيث لا تفرض أي شروط خاصة بهذا الخصوص، فليس من الضروري إبرام اتفاق التحكيم في وثيقة واحدة. فيمكن أن ينتج عن تبادل خطابات أو برقيات أو تلكسات أو أي وثائق أخرى متبادلة بين الأطراف المتعاقدة وكل هذا يعتمد على الممارسات التجارية في العصر الحاضر، فيكفي إذن عزم الأطراف على الارتباط باتفاق تحكيم مكتوب وأن يكون هذا العزم وتلك النية واضحة²⁰⁸.

كما لا يوجد أي نص خاص يستلزم توقيع الأطراف على اتفاق التحكيم في القانونين والراجح أنه طالما أن عزم الأطراف على الارتباط باتفاق تحكيم متوافر، وطالما أن شرط الكتابة متوافر في هذا الاتفاق، فإنه لا يحتاج إلى توقيع الأطراف حتى يكون صحيحا²⁰⁹. ففي

²⁰⁸ - Van Den Berg, Etude comprative du droit de l'arbitrage commercial dans les pays de common law, thèse , Aix 1977, p 32.

²⁰⁹ - Pomel, L'arbitrage conventionnel en droit privé anglais thèse , p 30.

الممارسات البحرية الدولية لا تحتاج مشارطات الإيجار إلى توقيع الأطراف فتكفى البرقيات أو اي مستند كتابي لإبرام اتفاق التحكيم الذي تعترف به قوانين التحكيم²¹⁰.

إن الكتابة تكون شرط للإثبات فقط وليس للانعقاد حيث لم ترتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب، وحيث إن اتفاق التحكيم المبرم شفاهة يعد صحيحا كذلك، حيث لم يلغ التحكيم وفقا للقانون العام وإن كان من الصعب وجود مثل هذا الاتفاق الشفوي لأنه سيخرج من نطاق تطبيق قوانين التحكيم، ولن يكون نافذا في المحاكم القضائية، وبالتالي فإن مثل هذا الاتفاق الشفوي لن يستفيد بقوانين التحكيم البرلمانية بل سيظل محكوما بمبادئ التحكيم في القانون العام بما يترتب على ذلك من مخاطر سيتعرض لها مثل هذا الاتفاق بداية من صعوبة إثباته، والمنازعة في وجوده أصلا، حتى رفض تنفيذه، مروراً بفقدان حمايته وتأمينه عن طريق قوانين التحكيم، حيث إنه سيجوز الرجوع فيه في أي وقت طالما لم يصدر حكم التحكيم بعد. وسيفقد الأطراف إمكانية تدخل المحاكم القضائية لتأمين مثل هذا الاتفاق بتعيين المحكم بدلا من الطرف المهمل أو المتخلف، أو بإلغاء اتفاق التحكيم عند توافر ما يستلزم ذلك، أو بعزل المحكم عند عدم مراعاته للإجراءات، أو باستبدال المحكم المعزول، أو غيرها من وسائل تدخل المحاكم القضائية بناء على طلب أحد الأطراف أو المحكمين لحماية اتفاق التحكيم وتأمين سريانه²¹¹.

لما كانت الكتابة للإثبات فإن اتفاق التحكيم قد ينتج دون اتفاق صريح من الأطراف من مناقشتهم أمام المحكم، ويلتزم الأطراف بحكم المحكم حول هذا النزاع، والحالة الشائعة لمثل هذا الاتفاق التحكيمي الناتج عن حضور الأطراف أمام المحكمين ومناقشتهم للمسألة محل النزاع هي حالة نظر المحكم في اتفاق تحكيم ناشئ عن نزاع موجود ثم تنشأ أثناء نظر الدعوى مطالبة جديدة خارج نطاق اتفاق التحكيم الأصلي، فإذا لم يعترض أحد الأطراف (وهو المدعى عليه هنا) فإن المحكم يكون له الاختصاص بنظر هذه المسألة الجديدة وسيلتزم الأطراف بقراره بشأنها²¹².

ثم تأتي اتفاقية هامبورج 1978 على رأس المعاهدات الدولية كأول نص دولي يختص بالتحكيم في المنازعات البحرية مقررة في الفقرة الأولى من المادة الثانية والعشرين على أنه: "... يجوز للطرفين النص باتفاق مثبت كتابة على أن يحال إلى التحكيم أي نزاع قد ينشأ فيما يتعلق بنقل بضائع بموجب هذه الاتفاقية". فالنص صريح على أن الكتابة اللازمة لاتفاق التحكيم البحري هي للإثبات.

كذلك نص القانون النموذجي 1985 في الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا..."، ثم عرف اتفاق التحكيم المكتوب بأنه يكون كذلك: "... إذا ورد

²¹⁰ - Ocean industries inc, V , soros association international inc, (S.D.N-y, 1971)in M, Wilford & others, time chartes, 1989, p 374.

²¹¹ - Russell, on the law of arbitration, 1982, p 52-53.

²¹² - Mastill & Boyd , the law and practice of commercial arbitration in England, 1982, p/102-103.

في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي واللاسلكي التي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق تحكيم، ولا ينكره الطرف الآخر" وبالتالي فإن القانون النموذجي 1985 لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب حيث وضع في الاعتبار أن هذا القانون النموذجي قد وضع كنموذج يحتذى به عن طريق كافة الدول التي تتطلب ضرورة توافر الشكل المكتوب لإبرام اتفاق التحكيم، والتي تقرر صحة اتفاقات التحكيم الشفوية، ووضع كذلك ليطبق على كافة الممارسات التجارية، ولهذا تضمن نصا أكثر عمومية من حيث التطبيق يقرر قاعدة واسعة مما يعطي أطراف اتفاق التحكيم الشفوي إمكانية التغلب على عدم كتابته عن طريق المشاركة في الإجراءات التحكيمية²¹³.

وهكذا فإن اتفاق التحكيم الشفوي الأصل - في مفهوم القانون النموذجي 1985 - يعتبر صحيحا لما أورده النص السابق، ولما ورد في المادة (2/16) منه والتي تقرر أن: "يشار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع والذي يمكن أن يتعلق وفق الفقرة الأولى من نفس المادة بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته وبالتالي من حيث الشكل -" فقبول الدفاع حول الموضوع يصحح اتفاق التحكيم من حيث الشكل حتى ولو لم يكن ثابتا بالكتابة أصلا.

كما قررت لائحة تحكيم اليونسترال 1976 ضرورة تطلب الكتابة لاتفاق التحكيم للإثبات لا للإنعقاد حين قررت الفقرة الأولى من المادة الأولى على أنه: "عندما يتفق طرفا عقد ما كتابة على أن تحال المنازعات التي تتعلق بذلك العقد للتحكيم وفقا لقواعد اليونسترال للتحكيم فإن تلك المنازعات ستسوى وفقا لهذه القواعد مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة"، فاللائحة لم ترتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب في اتفاق التحكيم، وبالتالي فإن الكتابة اللازمة لاتفاق التحكيم في مفهوم اللائحة هي لازمة لإثبات الاتفاق لا لانعقاده.

ونتساءل بالنسبة للائحة اليونسترال 1976 عن الاتفاق التحكيمي الشفوي الأصل، والمقبول بعد ذلك ضمنا أمام محكمة التحكيم. هل يصحح هذا القبول الضمني اتفاق التحكيم الشفوي الأصل حتى ولو لم يكن متشبها بالكتابة؟ كما في القانون النموذجي 1985؟

ذهب جانب من الفقه استنادا إلى نص المادة (3/21) من اللائحة والتي تقرر وجوب إبداء الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم- والذي قد يتعلق وفقا للفقرة الأولى من نفس المادة بقيام أو صحة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المنفصل - في بيان الدفاع على الأكثر، أو في الرد على الدعوى المقابلة فيما يتعلق بها، مستنتجا أن قبول الدفاع حول الموضوع يستبعد المنازعة في

²¹³ - I.Szaz, introduction to the model law of UNCITRAL o international commercial arbitrationn, I CC A congress, series, No 2, Lausanne , switzerland 9-12 may 1984, p 58.

اتفاق التحكيم من حيث الشكل إذا كان مبرما أصلا شفويا²¹⁴.

ولكننا نخالف هذا الرأي حيث أن المادة (1/18) من اللائحة نصت على أن: "يقوم المدعى بإرسال بيان الدعوى كتابة إلى المدعى عليه وإلى كل من المحكمين في خلال مدة زمنية تحددها محكمة التحكيم ويرفق بالبيان صورة من العقد، وصورة من اتفاق التحكيم إذا لم يكن مضمنا في العقد. وهكذا فإن عدم إرفاق صورة اتفاق التحكيم مع طلب التحكيم سيترتب عليه عدم نظر الدعوى أصلا حتى يصحح اتفاق التحكيم من حيث الشكل بقبوله ضمنا أمام هيئة التحكيم حتى لو لم يكن مثبتا بالكتابة. وهذا وضع عملي، حيث يندر إبرام اتفاق التحكيم شفاهة، وحيث ينبغي إرفاق اتفاق التحكيم أو صورته مع طلب التحكيم إيدانا ببدايته كما تقرر المادة الثالثة في فقرتها الثالثة من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري من إرفاق الوثيقة المتضمنة لشرط التحكيم أو مشاركة التحكيم بطلب التحكيم الذي يقدمه المدعى طالبا بدء التحكيم.

الفقرة الثالثة: الأنظمة التي لا تتطلب توافر الشكل المكتوب لصحة اتفاق التحكيم البحري

وهي الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961²¹⁵، والمرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981.

فقد قررت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 السالف ذكرها في مادتها الأولى في فقرتها الثانية أنه: "يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في عقد، أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف، أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات..." وإلى هنا يقرر النص ما سبق وأن قررته اتفاقية نيويورك 1958، ولكنه يذهب لأبعد من ذلك من حيث المرونة عندما يستطرد: "... وفي العلاقات التي تقوم بين رعايا دول لا تتطلب تشريعاتها الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم فكل اتفاق تحكيم يتم وفقا للشكل المقرر في هذه التشريعات يكون سائغا". وبالتالي يقرر النص صحة الأشكال المقررة في قوانين البلاد التي لا تتطلب ضرورة توافر الشكل الكتابي لصحة اتفاق التحكيم.

ونتساءل: هل هناك تعارض بين ما جاء في اتفاقية نيويورك 1958، والاتفاقية الأوروبية

1961؟

ويجيب B.Goldman بأنه لا تعارض بين الاتفاقيتين حيث تكمل الاتفاقية الأوروبية اتفاقية نيويورك ولكن في موضوع مختلف، ولهذا فليس هناك أي صعوبات في تطبيقهما معا، حيث يتفقان في حكم، وتزيد الاتفاقية الأوروبية حكما آخر يجعلها أكثر تحررا من اتفاقية نيويورك في

²¹⁴ - B.Gomdman, Arbitrage commercial international, J.C Dr , inter, 1989 , Fasc 586-4 p 14.

²¹⁵ - European Convention on International Commercial Arbitration. Geneva ,21 Apr il 1961

DOCUMENT INFORMATION FILE NAME Ch XXII 2 VO L-2 Chapter XX II . Commercial Arbitration.

هذا الميدان عندما أجازت تبعا لقواعد التنازع صحة شكل اتفاق التحكيم حتى ولو لم يستوف الشكل المكتوب في الدول التي لا تتطلب هذا الشكل المكتوب²¹⁶.

أما بالنسبة للمرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي لسنة 1981، فبعد أن تطلب المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي 1980 في المادة (1443) أن يكون شرط التحكم مكتوبا وإلا كان باطلا ويعد أن قرر في المادة (1449) وجوب أن تكون مشاركة التحكيم ثابتة بالكتابة، فإن المشرع الفرنسي - وبخصوص التحكيم الدولي - لم يورد أي قاعدة تحكم اتفاق التحكيم من حيث الشكل. وبالتالي فإنه ليس مطلوبا أي شكل خاص ولا ماهية معينة في اتفاق التحكيم الدولي، كما أن الشكل الكتابي ليس مطلوبا كذلك، فالقانون الفرنسي إذن ترك هذه المسألة وتبني فيها الحرية المتبناة في الاتفاقية الأوروبية 1961²¹⁷.

كما أن المادة (1495) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد - بشأن التحكيم الدولي - قد سمحت للأطراف بمخالفة مقتضيات الشكل الواردة في نصوص التشريع الفرنسي للتحكيم الداخلي حينما سمحت بعدم تطبيق أحكام الأبواب 1، 2، 3 من القانون - المتعلقة بالتحكيم الداخلي - إلا باتفاق خاص، وذلك عندما يكون التحكيم الدولي خاضعا للقانون الفرنسي، وبالتالي فإن الكتابة ليست ضرورية لصحة اتفاق التحكيم في قانون التحكيم الدولي الفرنسي، وهنا يكون من المقصود غياب كل مستند كتابي لإبرام اتفاق التحكيم، ويكون القانون الفرنسي بذلك أكثر تحررا من اتفاقية نيويورك 1958، كذلك يمكن القبول الضمني لاتفاق التحكيم، وذلك على سبيل المثال في حالة الحضور الاختياري للخصوم أمام المحكمة في غياب اتفاق تحكيم مكتوب، وهذا الحل المتحرر لم تتطرق له اتفاقية نيويورك 1958²¹⁸.

لكن بالبحث في القانون الفرنسي للتحكيم الدولي يوجد نص قد تنشأ عنه ضرورة الشكل المكتوب لاتفاق التحكيم الدولي، وهو نص المادة (1449) مرافعات جديد، الذي ينص في إطار الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر في الخارج، أو في مواد التحكيم الدولي على أن يقدم حكم التحكيم مع ترجمة لأصل اتفاق التحكيم أو لصورته. فهل يرتب هذا النص أوضاعا مختلفة عن القاعدة المقررة سابقا؟ وهل سينتج عن هذا النص ضرورة توافر الشكل المكتوب لاتفاق التحكيم الدولي؟ وماذا عن التعارض بين الحرية المقررة في التشريع الفرنسي واتفاقية نيويورك 1958؟

²¹⁶ - B.Goldman, Ante P.13-14.

²¹⁷ - R.Bourdin, la convention d'arbitrage international en droit Français depuis le décret du 12 Mai 1981, in y derains , droit et pratique de l'arbitrage international en France, 1984, p 21.

²¹⁸ - M/De Boissésou, Le droit français de l'arbitrage, 1990, p/77-79 et E- Mezger, Dix questions relatives au titre VI du livre IV NC Pc, Rev Arb, 1981, p 544.

يجب الفقه الفرنسي²¹⁹ بأن هذا النص لا يغير من الحكم السابق حيث يجب الفصل بين مسألة الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أو الدولي، ومسألة إثبات قبول اتفاق التحكيم أو قبول مبدأ التحكيم. وبالتالي يظل جائزا في القانون الفرنسي إبرام اتفاق التحكيم الدولي شفاهه، وكذا إبرامه ضمنا بالحضور أمام محكمة التحكيم، وعند التعارض مع اتفاقية نيويورك 1958 فإن المادة السابعة من هذه الاتفاقية تسمح لكل طرف يود التمسك بحكم تحكيمي بالاستفادة بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم وتنفيذه، ودون شك فعندما يصدر حكم تحكيم فإن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك - والتي توجب الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم - لن يتمسك بها للدفع بعدم اختصاص المحاكم الفرنسية، ولكن من الممكن التمسك بها للإبطال أو إعاقه الاعتراف أو تنفيذ الحكم حيث يمكن أن يشار الجدل حول صحة اتفاق التحكيم المبرم شفاهه وفق القانون الفرنسي للتحكيم الدولي²²⁰.

ونتساءل ثانية عن حالة تطبيق القانون الفرنسي الداخلي على النزاع وفقا لقاعدة التنازع حسبما ورد في المادة (1496) من أن المحكم يفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون الذي يختاره الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار فطبقا للقانون الذي يراه المحكم مناسبا مع الأخذ في الاعتبار قواعد وأعراف التجارة الدولية، هذا النص المتعلق بالقانون المطبق على الموضوع قد تطبقه محكمة التحكيم بسبب عموميته على الشكل أو الإثبات حيث تعتبر النزاع حول الشكل أو عدم كفاية الإثبات جزء من النزاع، أو لو اختار الأطراف في اتفاق تحكيم دولي إخضاعه للقانون الفرنسي الداخلي بالأبواب 1، 2، 3 وذلك بنص المادة (1495). هل لو طبق القانون الفرنسي على النزاع: هل تطبق قواعد الشكل الواردة فيه بما فيها جزاء البطلان المقرر في المادة (1443) بشأن شرط التحكيم؟

اختلف الفقه الفرنسي في الإجابة على هذا التساؤل:

فذهب أحدهم إلى أنه (خلافا للمادة "1/1443" فإن اتفاق التحكيم لا يخضع لأي شكل)²²¹. وإن تأمين العملية التحكيمية برمتها بداية من إثبات اتفاق التحكيم نفسه وحتى عدم تنفيذ الحكم اختيارا، مروراً بتعرض العملية التحكيمية ذاتها للخطر عند عدم الوجود المادي لاتفاق التحكيم. حيث لن نتعرف على النزاع الواجب حله تحكيميا، ولا على سلطات المحكمين، ولا على مكان التحكيم، ولا على القانون المطبق وغيرها من الشروط اللازمة لتسيير العملية التحكيمية حتى نهايتها، وينبغي إذن مراعاة هذين الاعتبارين، وعدم التضحية بأحدهما في سبيل الآخر، ونرى أن ذلك يتحقق باشتراط توافر الشكل المكتوب بالمعنى الوارد في قانون التحكيم المصري 1994 واتفاقية نيويورك 1958، أي الكتابة لصحة انعقاد اتفاق التحكيم البحري

²¹⁹ - M.De Boissésou, Ante, P 77-79.

²²⁰ - M.De Boissésou, Ante, P 77-79.

²²¹ - Bellet & Mezger, L'arbitrage international dans le nouveau code du procédure Civile-Rev Dr inter, pri 1983, p 627.

الدولي، وذلك بتوقيع الأطراف على الشرط أو المشاركة المكتوبة أو بتبادل الوثائق والمستندات المكتوبة بالطرق الحديثة للاتصال بين الأطراف المتعاقدة.

هذا الحل يوازن بين اعتباري المرونة والتأمين: حيث يصرح بتوافر الشكل الكتابي بتبادل المستندات المكتوبة بالطرق الحديثة للاتصال كالتلغراف والبرقيات والتلكسات والخطابات وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة كما يؤمن الاعتراف باتفاق التحكيم وإثباته. ويؤمن سير العملية التحكيمية نفسها ثم يؤمن تنفيذ حكم التحكيم الصادر بعد ذلك. وهذا الحل يتطابق مع الممارسات التحكيمية البحرية فكما رأينا كيف تشترط لوائح التحكيم أن يرفق اتفاق التحكيم أو صورته بمستندات الدعوى التحكيمية أن يرفق اتفاق التحكيم أو صورته بمستندات الدعوى التحكيمية عند طلب التحكيم، وبالتالي فلو لم يكن لاتفاق التحكيم وجود مادي حتى هذه اللحظة فلن يقبل طلب التحكيم أصلاً، ولن تنظر الدعوى التحكيمية ابتداءً، وبالتالي فمن غير العملي القول باشتراط الكتابة للإثبات فقط مع ما يترتب على ذلك من إثبات اتفاق التحكيم في محضر شفوي أمام هيئة التحكيم، فمثل هذا الوضع سيكون نظرياً صعب التحقيق، أو ما يترتب على ذلك أيضاً من القول بجواز إثبات التحكيم بكافة طرق الإثبات في المواد التجارية في التحكيم الدولي كالإقرار واليمين - كما رأينا - أو بالشهادة أو بالقرائن²²². فهذا وإن أمكن الأخذ به في صدد اتفاقات التحكيم الوطنية البحتة، فإنه لا يسري في شأن اتفاقات التحكيم الدولية التي تخضع لاتفاقية نيويورك حيث الكتابة شرط وجود لا إثبات²²³. كما أنه إن صلح أمام محكمة التحكيم أو المحكمة الوطنية لو رفع الأمر إليها من الطرف الذي ينكر وجود اتفاق التحكيم، فإنه لن يصلح عند طلب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم حيث سيكون ادعاء الإثبات بالشهادة أو القرائن - وغيرها من طرق الإثبات غير المستندات المكتوبة - بهذا المستوى متأخراً جداً، وسيكون الأمر متعلقاً ساعتها بطلب موضوعي محض مؤداه إذن القاضي الوطني بالاعتراف والتنفيذ بعيداً عن صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم²²⁴.

إن هذا الحل الوارد في اتفاقية نيويورك 1958 - فضلاً عن إلزامه في الدول محل البحث - فإنه يتمشى مع ما سبق أن قررناه بشأن اتفاق التحكيم البحري بالإحالة عندما يحيل سند الشحن إلى شرط التحكيم الوارد بالمشاركة حيث قلنا بوجوب أن تكون هذه الإحالة مكتوبة وواضحة وصريحة إلى شرط التحكيم المكتوب الوارد بالمشاركة التي صدر سند الشحن تنفيذاً لها. إن المعاملات البحرية الدولية تقتضي السرعة وتحقيقها بإبرام العقود البحرية بوسائل الاتصال الحديثة فلا مانع من أن يبرم الاتفاق شفويًا بالهاتف. ولكن يجب أن يعزز ويعقب مباشرة بتبادل مستندات كتابية كالخطابات أو البرقيات وغيرها تحقيقاً - كما قلنا - لاعتباري المرونة والتأمين معاً، ولخطورة اتفاق التحكيم وما يترتب عليه من نتائج.

²²² - Paris, 26 Fevn 1988, in B, Goldman, Ante p7.

²²³ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكم، م.س، ص: 235.

²²⁴ - B. Goldman, Ante, p.7.

أنه حتى عندما يخضع التحكيم الدولي للقانون الفرنسي فإن الأطراف يمكنهم مخالفة المادة (1443) طبقا لنصوص الأبواب 1،2،3 مختارين شكلا آخر غير الشكل المكتوب المدرج في عقد أصلي أو في وثيقة يحيل إليها الأطراف مثل: تبادل التلكسات أو شرط تحكيم مقترح من جانب واحد، ومقبول ضمنا من الآخر باشتراكه في إجراءات التحكيم دون تحفظ، بل إن إبرام اتفاق التحكيم في شكل مختلف عن الشكل المقرر في المادة (1443) التي تعبر عنه بشرط التحكيم بينما المادة (1449) عبرت عنه حيث بمشارطة التحكيم – عندما يكون التحكيم الدولي خاضعا للقانون الفرنسي – الذي في حد ذاته لتعبير عن مخالفة الاتفاقية لهذه النصوص الواردة في القانون الفرنسي²²⁵.

في حين ذهب Fouchard إلى عكس ذلك مقرا أن: (المادة 1/1499) تؤدي إلى وجوب إرفاق أصل اتفاق التحكيم بالحكم المطلوب تنفيذه، وبالتالي فحتى يتحقق هذا الإرفاق ينبغي على الأقل أن يكون للاتفاق التحكيمي وجود مادي²²⁶، كما ذهب البعض الآخر - في نفس الاتجاه - إلى وجوب أن يكون اتفاق التحكيم الدولي ثابتا بالكتابة استنتاجا من نص المادة (1499) مرافعات لصعوبة تخيل ورود اتفاق تحكيم غير مكتوب²²⁷.

في الحقيقة، فإن المشرع الفرنسي – فيما يتعلق بالتحكيم الدولي- قد اعتبر حرية الأطراف في حدها الأقصى، فإذا اتفق الأطراف على عدم كتابة اتفاق التحكيم فعليهم إثباته، فإذا قدم مشتر في علاقة دولية طلب بضاعة هاتفيا من الخارج وقبل الشروط العامة للبائع. فإن كلا منهما يعتبر موافقا على عدم إبرام اتفاق تحكيم مكتوب، ويمكنهم الاتفاق على عدم مراعاة نصوص القانون الفرنسي للتحكيم الداخلي، وبالتالي فلن يكون بينهما اتفاق تحكيم مكتوب، وتلك هي المرونة في القاعدة المطبقة على التحكيم الدولي، ولكن في الحقيقة فإن القانون الفرنسي لم يفرض قاعدة الكتابة لحظة إبرام اتفاق التحكيم، ولكنه فرضها لحظة طلب اعترافه وتنفيذه لحكم التحكيم، إذن فقد فرض المشرع الفرنسي قواعد أخرى أنقصت كثيرا من المرونة المقررة بشأن إبرام اتفاق التحكيم، في المادة (1495) حيث يجب تقديم أصل اتفاق التحكيم أو صورته مترجمة لو كانت بلغة غير اللغة الفرنسية، وذلك عند طلب الاعتراف بالحكم وتنفيذه، وبالتالي فإن هذا النص الأخير يقلل من المرونة المقررة في التشريع الفرنسي²²⁸.

نرى في هذا الصدد، أنه في جميع الأنظمة التي عرضنا لها سواء تلك التي تطلبت ضرورة الشكل المكتوب أو تلك التي لم تتطلبه، فإنها جميعها تتردد بشأن شكل اتفاق التحكيم بين مراعاة اعتبارين هما: المرونة: والتأمين:

²²⁵ - B. Goldman, Arbitrage commercial international , J.C Dr inter 1989, Fasc 586-4 p5.

²²⁶ - J. Robert et Moreau, Arbitrage, droit interne ,droit international privé, 1983 , p235.

²²⁷ - Ph . Fouchard, L'arbitrage international en France après le décret du 12 Mai 1981, Clunet , 1982, p 385.

²²⁸ - J.Béguin l'arbitrage commercial international, 1987, p 130-131.

المطلب الثاني : وسيلة اللجوء للتحكيم البحري

يعتبر النقل البحري أحد أهم صور استغلال السفينة، فثمة صور عديدة لاستغلال السفينة لذلك نرى من الضرورة بمكان أن نميز النقل البحري عن غيره من صور استغلال السفينة لأنه المرتكز الأساس في بحثنا هذا فقد يحصل استغلال السفينة بوصفها أداة الملاحة البحرية بعدة صور منها:

1. استغلال المالك للسفينة بنفسه لنقل بضائعه الخاصة : ويكون ذلك عندما يقوم مالك السفينة، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، بنقل بضائعه أو عماله عليها، كانت هذه الصورة من صور استغلال السفينة منتشرة في الماضي البعيد عندما كان مالك السفينة يشتغل بالتجارة وكانت السفينة إحدى أدوات مشروعه التجاري مثلاً في الوقت الحالي نجد شركات عملاقة تقتني ناقلات بترول تخصصها لنقل البترول الذي تستخرجه من قعر البحار من أماكن استخراجها إلى أماكن تكريره أو تصنيع منتجاته، حيث لا يتم النقل بعقد نظراً لكون السفينة والبضائع تعود لمالك واحد ولا يثور في هذه الصورة أية مشكلة تذكر.
2. استغلال المالك للسفينة عن طريق استعمالها لغير أغراض النقل : فقد يستغلها في القيام بعمليات القطر البحري، أو الإرشاد البحري، أو الإسعاف والإنقاذ البحريين، وكل هذه العمليات تتم بعقود ولها أحكامها الخاصة²²⁹.
3. تأجير السفينة : حيث لا يرغب مالك السفينة في استغلال سفينته بنفسه لأي سبب كان، فيعتمد إلى تأجيرها إلى الغير، فيقوم هذا الأخير باستغلالها لحسابه الخاص. ويعرف عقد إيجار السفينة لدى فقهاء القانون البحري بمشارطة الإيجار ويأخذ عقد إيجار السفينة إحدى الصور الثلاث:
 - أ- إيجار السفينة غير المجهزة
 - ب- إيجار السفينة المجهزة لمدة معينة
 - ت- إيجار السفينة بالسفرة

الفرع الأول : الوثائق التي يتم بها النقل البحري

عرّف قانون التجارة البحرية المصري عقد النقل البحري بأنه "عقد يتعهد فيه الناقل لقاء أجره أن يوصل إلى مكان معين أمتعة أو بضائع على أن ينقلها بطريق البحر في آل مدة السفر أو في بعضها." عندما يتم التحدث عن عقود النقل يخطر بالبال فوراً سندات شحن البضائع التي تعتبر من أهم المستندات المتداولة في الحياة البحرية، أو مشارطات الإيجار التي تتأتى من أهمية النقل البحري بشكل عام في الحياة البحرية، فهذه المشارطات تؤمن لشخص معين وهو المستأجر استغلال منقول باهظ التكلفة، إلا أن هذين النوعين وإن كانا الأكثر انتشاراً وأهمية في

229 - علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، م، س، ص: 5.

الحياة التجارية البحرية إلا أنهما ليسا الوحيدين إذ يوجد العديد من العقود الأخرى منها عقود بناء السفن، وإصلاحها، وعقود التأمين، وعقود البيوع البحرية وغيرها²³⁰.

فالذي يهمننا في هذا الفرع العقود المتعلقة بالنقل البحري للبضائع والركاب وهما سند الشحن ومشاركة الإيجار.

1. سندات الشحن: هو السند الذي يقوم الناقل بإصداره للشاحن، بغية إثبات حق المرسل أو الشاحن في بضاعته التي سلمها للناقل وشحنها على متن السفينة وهو الذي يعطيه الحق بتداول البضاعة بنقل الحق المثبت في السند، كما يستعمله المرسل كأداة لإثبات شحنه للبضاعة على متن السفينة، ويستعمل أيضاً لإثبات عقد نقل البضاعة نفسها. هذا التنوع في استعمالات سند الشحن خضع لمبدأ التطور الذي دفعت إليه الحاجات التجارية في البيئة البحرية الأمر الذي جعل أهمية سند الشحن تزداد لأنه يتماشى مع الحاجات المتطورة إليه حتى أصبح ممثلاً للبضاعة.

وعليه يمكن أن يكون سند الشحن سنداً إسمياً وهو الشكل الأساسي، ويكون هذا الشكل بأن يتعهد الربان بتسليم البضاعة للشخص المعين في سند الشحن وغالباً ما يكون هذا الشخص هو المرسل أي عندما تندمج شخصية المرسل والمرسل إليه في شخص مالك السند. فلا تنتقل الملكية في هذا النوع إلا عن طريق حوالة الحق المدنية. وإما أن يكون سنداً إذنياً أو لأمر، الشكل الذي يقرب سندات الشحن من الأوراق التجارية فبمجرد اشتراط شرط الأمر بالقول بأن سند الشحن للأمر، فإن هذا الشرط يؤدي إلى قابلية انتقال الشحن بالطرق التجارية أي بالتظهير، هذا الشكل هو الأكثر ذبوعاً وانتشاراً. كما يمكن أن يكون سنداً للحامل، كأن يصدر السند للحامل فيجوز في هذه الحالة أن يسلم ربان السفينة البضائع المثبتة في السند إلى حامل هذا السند، دون التحقق من شخصه، فهو الأخطر بين باقي الأنواع لذا منعت العديد من القوانين إصداره.

إن سند الشحن له وظيفتان الأولى كونه أداة لإثبات شحن البضاعة على متن السفينة، فعلى الرغم من أن شحن البضاعة على متن السفينة هي واقعة يستطيع المرسل إثباتها بكافة طرق الإثبات نجد أن هذا الأخير يكتفي باستخراج سند مزيل بتوقيع الناقل أو من ينوب عنه لإثبات هذه العملية. أما الوظيفة الثانية الأحدث نسبياً فهي اعتبار سند الشحن سند ملكية البضاعة المثبتة فيه أوصافها. فالرحلة البحرية قد تستغرق شهوراً في عرض البحر وتظل الأموال مجمدة الأمر الذي يخالف منطق الحياة البحرية مما حدا بالتجار إلى استعمال سند الشحن في تداول هذه البضاعة بل حتى في الحصول على الأموال اللازمة للتاجر فيجري عليها العديد من العمليات القانونية وهي ليست بيده.

²³⁰ - المجلة القضائية، قانون التجارة البحرية، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، 2002، ص: 48.

أشارت معاهدة بروكسل إلى هذا السند بشكل عام فقد اشترطت قبل منح الشاحن سند الشحن مؤشراً عليه بكلمة مشحون أن يرد أي وثيقة تثبت له الحق في هذه البضاعة إذا كان قد سبق على استلام مثل هذه الوثيقة، فهي عملية استبدال للوثائق مشروطة بطلب الشاحن، فإن لم يطلب ذلك تركز حقه في السند برسم الشحن وهو كاف²³¹.

ويذكر أن القانون الفرنسي اعترض على حجية هذا السند وذلك في المادة 33²³² من المرسوم الصادر بتاريخ 1966-12-31 حيث أشارت إلى استلام سند الشحن بعد استلام البضائع من قبل الناقل دون اشتراط وضعها على سطح السفينة الأمر الذي يترك حيزاً لوجود السند برسم الشحن وبالتالي سريان هذه المادة عليه. كما يشتهب السند برسم الشحن مع الإيصال المؤقت فهذا الأخير يعطى بعد إتمام شحن البضاعة على السفينة، فلا يمثل البضاعة تمثيلاً كاملاً ولا يعتبر سند ملكية لها، لكنه يثبت عملية الشحن على متن السفينة ويسبق هذا الإيصال تصريح بالشحن يصدره الناقل على عكس السند برسم الشحن، فإذا سلمت البضاعة على الرصيف أو في مخازن الناقل فإنه يعطى وصلاً بالاستلام ثم بعد إتمام الشحن يعطى الإيصال المؤقت ليتم إبداله بسند شحن مشحون.

الفرع الثاني: اتفاق التحكيم البحري المدرج في عقد النقل

إن التعبير عن إرادة الطرفين باللجوء إلى التحكيم يتم بإحدى صورتين: إحداهما شرط في العقد يضعه الطرفان ويسمى بشرط التحكيم وينص في هذا الشرط عادةً على أنه إذا حدث خلاف أو نزاع عن العقد أو في مسألة معينة يصار إلى حلها بالتحكيم، أما الصورة الثانية فهي إبرام اتفاق مستقل عن العقد ويسمى بمشارطة التحكيم وهذا الاتفاق يتم بعد نشوء النزاع أي أن الطرفين يقرران اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الذي نشأ عن العقد بينهما. إن الفرق واضح بين الصورتين أو الحالتين ففي الأولى يتم الاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم بالنسبة للمنازعات التي ستنشأ عن العقد مستقبلاً، أما الحالة الثانية فالاتفاق ينصب على حسم النزاع الذي نشأ عن العقد. إن معظم التشريعات الوطنية تجيز الاتفاق طبقاً للصورتين آفتي الذكر، كما نشير أن تعبير " اتفاق التحكيم " يقصد به الصورتان المذكورتان. من المفيد أن نورد في هذا الصدد التعريف الذي أورده القانون النموذجي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي (Uncitral) وذلك في الفقرة الأولى من المادة السابعة وتحت عنوان تعريف اتفاق التحكيم وشكله بنصه على أن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات

²³¹ - مجيد العنبيكي، سندات الشحن وتطور أساليب النقل البحري، مجلة العلوم القانونية، المجلد السابع، العدد الأول والثاني، 1988، ص 50.

²³² - Article 33

Créé par Décret 66-1078 1966-12-31 JORF 11 janvier 1967 rectificatif JORF 23 avril 1967 en vigueur le 11 avril 1967

Abrogé par Décret n°2016-1893 du 28 décembre 2016 - art. 4 (V)

Le connaissance est délivré après réception des marchandises. Il porte les inscriptions propres à identifier les parties, les marchandises à transporter, les éléments du voyage à effectuer et le fret à payer.

المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل. أما عن الصيغة التي يرد فيها شرط التحكيم فليس هنالك صيغة معينة، إنما يجب أن تكون الصيغة واضحة ومحددة المعالم كي لا تثير تفسيرات مختلفة لدى الأطراف المتنازعة أو لدى المحكمين. وقد أوردت بعض القواعد التحكيمية الدولية أمثلة على صيغ شرط التحكيم لكي يتمكن الأطراف من الاستئناس بها عند وضعهم للشرط أو وضع الشرط المذكور كما جاء في تلك القواعد، ومن هذه القواعد ما جاء في قواعد التحكيم التي وضعتها الأونسترال حيث جاء في هامش المادة الأولى من القواعد المذكورة النموذج التالي لصياغة شرط التحكيم:

كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حالياً. " وأضيفت ملحوظة إلى هذا الشرط حيث جاء فيها " قد يرغب الطرفان في اضافة البيانات التالية:

أ - تكون سلطة التعيين... (اسم منظمة أو شخص).

ب - يكون عدد المحكمين (محكم واحد أو ثلاثة).

ت - يكون مكان التحكيم... (مدينة أو بلد معين).

ث - تكون اللغة (أو اللغات) التي تستخدم في إجراء التحكيم هي... يحدد لغة أو أكثر.

يتبين من نموذج شرط التحكيم المذكور أنه يحتوي على اتفاق الطرفين على حل النزاعات التي تنشأ عن العقد بالتحكيم، ويحتوي الشرط كذلك على اختيار الطرفين للقواعد التي يجري بموجبها التحكيم كما أن الملحوظة التي وردت في نهاية الشرط جاءت لكي تلفت نظر الأطراف إلى أمور أخرى لها أهميتها في التحكيم التجاري الدولي وقد ترى الأطراف ضرورة الاتفاق عليها وتضمينها اتفاق التحكيم وهذه الأمور هي تحديد سلطة التعيين، عدد المحكمين، مكان التحكيم، وتعيين اللغة، أو اللغات التي يجري بموجبها التحكيم²³³.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق عند بدء الخصومة التحكيمية

تعتبر القواعد الإجرائية المحدد الأساسي في سير العملية التحكيمية، ولسلطان الإرادة دور كبير في تحديد هذه القواعد على اعتبار أن هذه الإرادة مصدر سلطة المحكم، لذلك على المحكم الاستناد بالدرجة الأولى على إرادة الأطراف في تحديد القانون الإجرائي، وعند غياب هذه الإرادة، يتعين على المحكم حسن إعمال سلطته التقديرية في اختيار القانون الإجرائي للتحكيم بما يتوافق وتوقعات الأطراف و في إطار عدم الإخلال بالقانون.

²³³ - محمد سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة السابعة، ط 2015، م.س، ص 109.

تبدأ الخصومة التحكيمية بمجرد الاتفاق على إسناد النزاع للبت فيه عن طريق التحكيم ثم تليه تحديد القواعد الإجرائية المتبعة في التحكيم، ومن ثم ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: سنتطرق فيه للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم كما سنتناول تنفيذ إجراءات سير المنازعة التحكيمية.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم

عرفت المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم الدولي الأونسترال اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"²³⁴.

فهذا الاتفاق لا يخرج عن إطار أي اتفاق، فهو تعبير عن إرادتين تراضيتا على أن تكون وسيلة تسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما هي التحكيم. عرف القانون المصري التحكيم أيضا على أنه اتفاق التحكيم هو: "اتفاق الطرفين على اللجوء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"²³⁵.

هذا وقد جاء تعريف اتفاق التحكيم في اتفاقية عمان العربية للتحكيم منسجما مع ما سبق، حيث نصت المادة الأولى من الاتفاقية المذكورة على أن "اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده"²³⁶.

من خلال كل ما سبق، فإن اتفاق التحكيم التجاري يأخذ شكلين، فهو إما اتفاق لاحق لقيام النزاع وهو ما يسمى بـ "مشارطة التحكيم" حسب جل التشريعات العربية والأوربية، والشكل الآخر لا ينتظر فيه الأطراف نشوب النزاع وإنما يتم النص عليه وتضمينه في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق للعقد على أن يكون التحكيم هو وسيلة تسوية المنازعات فيما بينهم، وهو ما يسمى بـ "البند التحكيمي أو الشرط التحكيمي".

وسواء أكان اتفاق الأطراف في صورة مشارطة التحكيم أم شرط التحكيم، فإن معظم التشريعات الوطنية تجيز الاتفاق للصورتين أنفتي الذكر²³⁷.

²³⁴ - المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والمعروف بقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي تم إصداره من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في 21 يونيو سنة 1985، حيث ينطبق هذا القانون على التحكيم التجاري الدولي مع مراعاة أي اتفاق نافذ مبرم بين الدولة المعنية وأي دولة أخرى، حيث ينظم هذا القانون كل ما يتعلق باتفاق التحكيم التجاري الدولي.

²³⁵ - انظر المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

²³⁶ - اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي حُررت في مدينة عمان سنة 1987 م ووقعت عليها عدد من الدول العربية.

²³⁷ - سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، م.س، ص: 75 وما بعدها.

ولما كان الاتفاق على التحكيم في كلتا صورتين هو تصرف قانوني شأنه في ذلك شأن أي تصرف قانوني آخر وأنه تصرف إرادي ينصب على محل معين لإحداث أثر قانوني معين، فإنه كغيره من الاتفاقات لا بد أن يستند إلى قانون معين يمدّه بقوته الملزمة وينظم وجوده وآثاره ومصيره، لذلك فإن القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم هو الفصيل في كل ما يتعلق بوجوده وصحته.

ولدراسة مسألة القانون الواجب التطبيق الذي يخضع له كل من اتفاق التحكيم و كذا القانون الذي ستنبني عليه مختلف الإجراءات التي سنتطرق إليها في المبحث القادم، يتعين بداية التطرق لأهم المقتضيات التي يتحدد بها الإطار القانوني لاتفاق التحكيم، حيث سنخصص في ذلك المطلب الأول من هذا المبحث للحديث عن المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم و القانون الذي يحكمها، على أن نخصص المطلب الثاني لدور قانون الإرادة في اختيار القانون الإجرائي، أما المطلب الثالث والأخير فسنتناول فيه القانون الإجرائي وضوابط القواعد الآمرة.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها

يثور التساؤل حول ما هو القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم المتعلقة باتفاق التحكيم، فهو يخضع لقانون الإرادة، وهو القانون الذي يختاره المتعاقدون حيث أنه مبدأ سائد في التحكيم التجاري الدولي، كما أكدته أيضا كل الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم مثل اتفاقية جنيف سنة 1961 م²³⁸، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي السالفة الذكر، ولا تخضع إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لأية قيود إلا ما يتعلق منها بالنظام العام الدولي²³⁹.

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين : يتناول الفرع الأول المقتضيات الموضوعية في اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليها، ويتناول الفرع الثاني المقتضيات الشكلية في اتفاق التحكيم والقانون المطبق على هذه المقتضيات.

الفرع الأول :المقتضيات الموضوعية في اتفاق التحكيم

لا بد لصحة اتفاق التحكيم أن تكون هناك شروط أو مقتضيات موضوعية كما عبرنا عنها متوفرة، وهذه الشروط تتمثل في ثلاثة عناصر أساسية: أولها توفر التراضي الصحيح، وثانيها أن يرد هذا التراضي على محل ممكن، ثالثا أن يكون السبب مشروعاً²⁴⁰.

²³⁸ - المعاهدة الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة 1961 ، حيث تعد من أهم اتفاقيات التحكيم العالمية التي تعالج موضوعات التحكيم التجاري الدولي.

²³⁹ - شفيق، محسن :م، ص. 213

²⁴⁰ - بريري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط 1995، ص: 45 .

1. وجود التراضي وصحته:

يعد التراضي أول شرط موضوعي لصحة اتفاق التحكيم، ويعني تطابق إرادتين في ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون الاتفاق²⁴¹، فلا بد أن يطابق الإيجاب قبولاً لاختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بين طرفي العلاقة، فيجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما²⁴².

تجدر الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى كون اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة، فإنه قد يخضع لقانون غير القانون الذي يخضع له الاتفاق الأصلي، بالتالي يكون المرجع في كافة ما يتعلق بهذا الاتفاق للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وهو إما قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الاتفاق، والتراضي أيضاً يخضع لقانون الإرادة، وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم²⁴³.

لما كان تراضي الأطراف أساس العملية التحكيمية، فإنه قد أصدرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عدة أحكام تفعيلاً لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم، فقضت ببطالان التحكيم الإجباري باعتبار أن التحكيم الإجباري يصادر حرية أطراف النزاع، كما تصدر حقهم في الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعي (المحكم)²⁴⁴. وقد أسست المحكمة المذكورة قضاءها في إبطال حالات التحكيم الإجباري وفقاً لهذه الأحكام، على أساس أن التحكيم في المفهوم الحديث نتاج منطقي لمبدأ سلطان الإرادة الذي يجيز للأطراف بإرادتهم الحرة الصحيحة التنازل عن الحق في الالتجاء إلى محاكم الدولة للفصل في منازعة أو منازعة معينة و تفويض هيئات تحكيم للفصل فيها سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، "وأن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان و أن مقتضاه عزل المحاكم جميعها عند نظر المسائل التي انصبت عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها و على تقدير أن المحكمين يستمدون ولايتهم عند الفصل فيها إما عن اتفاق يكون سابقاً على قيام النزاع أو لاحقاً لوجوده و أن ولاية التحكيم لا تستثنى عنها قاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، بل مردها الإرادة التي يفصح عنها اتفاق التحكيم و من ثم فقد اعتبرت المحكمة أن التحكيم الإجباري الذي يبسط مظلمته على بعض المنازعات جبراً يكون منافياً للأصل فيه باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة و لا

²⁴¹ - بريري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 45 .

²⁴² - شفيق محسن، م.س، ص : 174 .

²⁴³ - المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك.

²⁴⁴ - من هذه الأحكام

... (3) إبطال التحكيم الإجباري في قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم 11 لسنة 1991 في الحكم الصادر في 2001/1/6.

(4) إبطال التحكيم الإجباري في قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء و الإسكان في حكمها الصادر في 2003/5/11.
(5) إبطال التحكيم الإجباري في قانون سوق المال الصادر بالقانون رقم 95 لسنة 1991 في حكمها الصادر في 2002/1/13. انظر محمد أبو العينين: "الاتجاهات العامة بشأن دور المحاكم الدستورية بشأن التحكيم (النموذج المصري)". مقدم إلى مؤتمر الدور الفعال للقضاء الوطني في التحكيم، مدينة شرم الشيخ بجمهورية مصر العربية، تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، في الفترة من 19 نوفمبر إلى 21 نوفمبر 2007، ص5.

يجوز إجراؤه تسلطاً و كرهاً و أن التحكيم الإجباري يكون منتحلاً و منطوياً بالضرورة على إخلال بحق التقاضي بحرمان المتداعين من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي بالمخالفة للمادة 68 من الدستور و معدماً بالتالي من زاوية دستورية²⁴⁵.

بما أن الرضا من قبل طرفي الاتفاق يعتبر شرطاً أساسياً وموضوعياً لصحته وينطبق عليه القانون المطبق على اتفاق التحكيم، بالتالي فإن عيوب التراضي في هذا الاتفاق ونطاقه وتفسيره تكون محكومة بالقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم كما يخضع لنفس القانون السبب غير المشروع وجزاء عدم المشروعية.

الملاحظ أن الأحكام الفرنسية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والتي صدرت بشأن عيوب الإرادة "الغش والخطأ" لا تستند إلى قانون معين أو حتى إلى القانون الفرنسي و لكنها تستند إلى عادات و أعراف التجارة الدولية²⁴⁶.

التعبير عن الإرادة الذي يفيد قبول التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الحالة أو المستقبلية يصدر بالضرورة عن أشخاص أطراف التحكيم أو ممثليهم، ومن هنا ضماناً لصحة الرضا يجب التأكد من أهليتهم القانونية لإبرام هذا النوع من التصرفات وسلامة رضاهم، والأهلية المشترطة في طرفي اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف، وأهلية التصرف لا تثبت بحسب الأصل إلا لمن بلغ سن الرشد غير محجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة، كذلك يجب ألا يكون قد أشهر إفلاسه لأنه يترتب على شهر الإفلاس غل يد المدين عن التصرف في أمواله من تاريخ شهر الإفلاس، ومن ثم فإنه يمتنع الاتفاق على التحكيم اعتباراً من هذا التاريخ، غير أن المنع لا يشمل بالطبع الأموال غير الداخلة في التفليسة²⁴⁷.

عدم توافر أهلية أحد أطراف التحكيم يعد سبباً لبطلان الاتفاق على التحكيم وهذا أمر مفترض، ونصت عليه اتفاقية نيويورك صراحة في المادة 1/5²⁴⁸.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف اتفاق التحكيم حتى يمكن الرجوع إليه لمعرفة أهلية أطراف اتفاق التحكيم؟

²⁴⁵ - محمد أبو العينين: "م.س، ص 6.

²⁴⁶ - عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دون ط، القاهرة، دار المطبوعات الجامعي 1995، ص: 82.

²⁴⁷ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكم م.س. ص: 242-243.

²⁴⁸ - هذه العلة التي قال بها القضاء الإيطالي لرفض تنفيذ حكم التحكيم المشار إليه في المتن، لم تكن هي بمفردها وبالطريقة المصاغة بها من قبل المؤلفة القاضية برفض الطعن بالبطلان، وإذا كان الأمر كذلك فيمكن لي القول أن محكمتي الاستئناف والنقض الإيطاليين لم تكونا موفقين فيما قضيا به لأنه عند إثارة الطعن ببطلان اتفاق التحكيم، يجب البحث كمسألة أولية على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم لمعرفة صحته من عدمه طبقاً للفقرة 5/1 من اتفاقية نيويورك، وعلى هذا إذا كان القانون الإيطالي هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في هذا الحكم كان لدفع المدعى عليها محلاً وسنداً من الاتفاقية نفسها لأنها تحيل إلى القانون الإيطالي في تقدير صحة اتفاق التحكيم، ومن ثم يكون الحكم متناقضاً مع نفسه لأنه في الوقت الذي يتمسك به في الاتفاقية لإهمال القانون الإيطالي، نجد أن الاتفاقية تشير إلى تطبيق القانون الإيطالي، ولكن عموماً يبدو لي أن القانون الإيطالي لم يكن هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وإنما القانون الإنجليزي لكون التحكيم قد تم في بريطانيا وقد لا يشترط القانون الإنجليزي في اتفاق التحكيم ما أشارت إليه الطاعنة في المواد 1341، 1342 من القانون الإيطالي.

للجواب على ذلك، فإنه باستقراء قوانين الدول في هذا الشأن نجد أن بعضها تطبق على الأهلية قانون الجنسية بالنسبة للأفراد وقانون الموقع بالنسبة للأشخاص المعنوية كقوانين البلاد ذات التقاليد اللاتينية، والبعض الآخر من القوانين يطبق قانون الموطن بالنسبة للأفراد وقانون بلد التأسيس بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة كقوانين البلاد ذات التقاليد الأنجلو سكسونية، وقد تطبق بعض القوانين ضابطاً موضوعياً وليس شخصياً مثل ضابط محل إبرام العقد المعمول به في الولايات المتحدة الأمريكية، أو أن يكون قانون الأهلية هو القانون الذي يخضع له العقد بوجه عام²⁴⁹.

لم تقرر اتفاقية نيويورك مسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية بل تركت لمحاكم الدول المختلفة أن تطبق قواعد التنازع المعمول بها في كل دولة²⁵⁰، ولعل السبب في عدم وضع قاعدة موحدة بخصوص أهلية أطراف التحكيم راجعة لتخوف واضعي الاتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييفات. ونظراً لاختلاف قواعد الإسناد ولتعدد وضع نصوص موحدة، لذا فقد أثروا ترك تقدير أهلية أطراف اتفاق التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ²⁵¹، ومن ثم فإن اتفاقية نيويورك قد تركت للقاضي الذي يطرح عليه طلب الأمر بالتنفيذ عند النظر في مسألة الأهلية لتقرير مدى صحة الاتفاق على التحكيم صادر بناء على ذلك الاتفاق، بيان ما هو القانون الذي يحكم أهلية طرفي الاتفاق على التحكيم، فإذا كان الأمر مطروحاً على قاض فرنسي أو مصري مثلاً يأخذ نظامه القانوني بقانون الجنسية، وجب تحديد مدى توافر أو عدم توافر أهلية الشخص وفقاً لقانون جنسيته، أما إذا طرح الأمر على قاض بريطاني أو أمريكي يأخذ نظامه القانوني بقانون الموطن، فإن المناط عندئذ لتقرير مدى توافر أو عدم توافر أهلية الشخص يكون بالقواعد الموضوعية في قانون موطن الشخص الطرف في اتفاق التحكيم²⁵².

السؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هو الحال عند وجود قيود في القوانين الداخلية للدول تؤثر على أهلية الأفراد عند إبرامهم لاتفاق التحكيم كما هو الحال في القانون الإيطالي الذي ينص في المادة الثانية من قانون المرافعات على بطلان أي اتفاق تحكيم بين أشخاص إيطاليين أو متوطنين في إيطاليا لإجراء تحكيم خارج إيطاليا؟ وكما هو الحال في القانون الفرنسي الذي ينص على حظر الاتفاق على التحكيم من قبل أشخاص القانون العام كالدولة وأجهزتها وهيئاتها العامة؟

للجواب على ذلك، فبالنسبة للحالة الأولى: فقد حسم القضاء الإيطالي الإجابة على هذا التساؤل بقول محكمة النقض الإيطالية مراراً في العديد من أحكامها بتقرير وجوب الاعتراف

²⁴⁹ - محسن شفيق، القانون التجاري المصري، ط1، ج2. م، س، ص 460.

²⁵⁰ - عزت البحيري، م، س، 239.

²⁵¹ - المادة 1/5 من الاتفاقية.

²⁵² - عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم. بدون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط 1998،

ص: 75.

بصحة الاتفاق على التحكيم في الخارج المبرم بن رعايا إيطاليين مقيمين في إيطاليا أو بينهم وبين أجناب متوطنين في إيطاليا إعمالاً لاتفاقية نيويورك، لأنه بالتصديق على الاتفاقية صارت جزء من النظام القانوني الإيطالي بحيث يجب تطبيق مضمونها باعتبارها تتضمن قواعد تسمو على القواعد الداخلية، ولو كانت الاتفاقية لم تشترط انتماء أطراف التحكيم إلى جنسية دولة معينة أو توطنهم في دولة ما كشرط لصحة اتفاق التحكيم، فلا يجوز الادعاء بعدم صحة اتفاق التحكيم لأم أحد طرفية جنسيته إيطالية أو متوطن في إيطاليا²⁵³.

بالنسبة للحالة الثانية، فقد استقر القضاء الفرنسي على أن القيود المذكورة تسري فقط في شأن المعاملات الداخلية، ولكنها لا تمنع أشخاص القانون العام من أن تكون طرفاً في اتفاق تحكيم ذي طبيعة دولية، وأثيرت هذه الحالة أيضاً أمام المحاكم التونسية في نزاع طرح أمام القضاء التونسي حول صحة اتفاق تحكيم أبرم بين شركة الكهرباء والغاز التونسية وهي مؤسسة عامة وبين شركة فرنسية، وتمسكت الشركة التونسية ببطلان اتفاق التحكيم على أساس أن القانون التونسي يحظر على المؤسسات العامة الالتجاء إلى التحكيم، ورفضت المحكمة التونسية هذا الدفع واستندت إلى واقعة انضمام تونس لاتفاقية نيويورك، وقررت أن الحظر القائم في القانون الداخلي لا يسري على الحالات التي يكون فيها الاتفاق على التحكيم متعلقاً بمعاملة دولية وخلصت المحكمة إلى صحة اتفاق التحكيم بغض النظر عن القيود التي يفرضها القانون الداخلي²⁵⁴.

ما يمكن ملاحظته أن بطلان حكم التحكيم لبطلان اتفاق التحكيم لنقص أهلية أحد طرفية، قد يكون بطلان مطلق وذلك إذا وجهت إجراءات المحاكمة إلى ناقص الأهلية نفسه أو باشرها بنفسه، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، أما إذا وجهت إجراءات المحاكمة إلى ممثل أو نائب ناقص الأهلية القانونية، فإن البطلان يكون بطلان نسبي، حيث يجب على الممثل أو النائب القانوني أن يحضر إجراءات المحاكمة ويتمسك ببطلان اتفاق التحكيم لنقص الأهلية، أما إذا حضر ولم يعارض في ذلك اعتبر اتفاق التحكيم صحيحاً من هذا الوجه لأن ذلك بمثابة إجازة من الممثل أو النائب القانوني لاتفاق التحكيم الذي وقعه ناقص الأهلية وعلى ذلك يجب على الطرف الآخر تجنب مباشرة إجراءات قابلة للزوال بأن يوجه إجراءات التحكيم إلى نائب أو ممثل ناقص الأهلية من البداية كمحاولة لتصحيح البطلان الذي أصاب اتفاق التحكيم لنقص أهلية الطرف الآخر.

لا يكفي فقط أن يتمتع أطراف اتفاق التحكيم بالأهلية حتى يكون اتفاقهم على التحكيم صحيحاً، بل يجب أيضاً أن تكون إرادتهم سليمة خالية من عيوب الرضا (الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال)، وسلامة رضا طرفي اتفاق التحكيم مطلب ضروري لتلاقي إرادة الطرفين على الاتفاق على التحكيم، والتحقق من وجود الرضا وعدم وجوده وما يتعلق بصحته أو فسادة

²⁵³ - م،س، ص 333 .

²⁵⁴ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، م،س، ص: 323 .

إنما هي أمور تخضع للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ذاته²⁵⁵، والذي تجدر الإشارة إليه حقاً في هذا النطاق أن هناك مبدأ يقتضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أي أن إبطال العقد الأصلي لعيب من عيوب الإرادة لا يعني ذلك إبطال شرط التحكيم المحتوي عليه ذلك العقد بناء على ذلك العيب، كما أن إبطال شرط التحكيم لعيب من عيوب الإرادة لا يعني ذلك إبطال العقد الأصلي المحتوي على ذلك الشرط بناء على هذا العيب²⁵⁶.

لم تتضمن اتفاقية نيويورك نص يعالج المشكلات التي تتعلق بركن الرضا في اتفاق التحكيم، واكتفت بما ورد في المادة الخامسة من بيان قاعدة الإسناد التي يتم على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالرضا وهو القانون الذي أخضع الأطراف للاتفاق له، وفي حالة غياب أي إشارة إلى ذلك يكون قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم²⁵⁷، ولهذا يجب الرجوع بصفة أصلية إلى القانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو ضمناً ليحكم اتفاقهم على التحكيم أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم للحكم على كافة المسائل المتصلة بالتراضي وصحته.

لا يختلف الحال بالنسبة إلى الشخص الاعتباري كقاعدة عامة، لأن الرأي الراجح لدى الشراح هو الاعتراف للشخص الاعتباري بأهلية الأداء بالنسبة لحقوقه والتزاماته التي تدخل في الغرض من إنشائه²⁵⁸، غير أن الأمر هنا يتم على خطوتين، الخطوة الأولى التحقق من أن الشخص الذي وقع نيابة عن الشخص الاعتباري يملك سلطة التوقيع باسمه على اتفاق التحكيم عن طريق القانون الذي يحكم الشخص الاعتباري، فإذا كان الشخص الاعتباري شركة وجب الرجوع إلى القانون الذي يحكم الشركة وهكذا.

الخطوة الثانية التحقق من توافر الأهلية وسلامة إرادة ممثله وخلوها من عيوب التراضي، فتحدد أهلية الشخص الاعتباري وصحة إرادته وفقاً للقانون الواجب التطبيق، وقد خلت المادة 1/5 أ/ اتفاقية نيويورك من نص يدل صراحة على من له سلطة تمثيل الشخص الاعتباري في اتفاق التحكيم والتوقيع نيابة عنه ولا عن أهليته وصحة إرادته ولكن استقر الحال على تطبيق ذات القواعد التي أوردتها المادة 1/5 أ/ من الاتفاقية على الشخص الطبيعي استصحاباً للحال على أساس أن العبرة بالقانون الذي يحكم الطرف الأصيل الصادر التصرف باسمه²⁵⁹.

²⁵⁵ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، م.س، ص 330.

²⁵⁶ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، م.س، ص 312.

²⁵⁷ - غير أنه يجب ملاحظة ما تقضي به نظرية امتداد البطلان إذا تبين من الظروف إن إرادة المتعاقدين ما كانت لتنتهي إلى إبرام العقد الأصلي فيما لو كان قد تبين أن شرط التحكيم باطل عند التعاقد.

²⁵⁸ - رضا محمد إبراهيم عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ع6، يونيو 1984م، 207.

²⁵⁹ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، م.س، ص: 334.

تطبيقاً لذلك، أثير هذا الموضوع في قضية هضبة الأهرام المصرية، وتتلخص وقائع هذه القضية، في أن شركة أوربية تدعى S.P.P أبرمت عقداً مع الهيئة المصرية للسياحة والفنادق من أجل بناء مركزين سياحيين أحدهما في الأهرامات، وصادق وزير السياحة على العقد بتوقيعه مع كلمات للموافقة والمصادقة والاعتماد وتضمن العقد شرطاً تحكيمياً يحيل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، وأثار المشروع عاصفة في مصر، لاسيما في البرلمان، وكان المأخذ أن هذا المشروع من شأنه تشويه الأهرامات فتخلت عنه الحكومة المصرية وارتدت الشركة الأوربية S.P.P على الحكومة المصرية بدعوى تحكيمية تطالبها بالعدل والضرر لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية وعدم إنفاذها للعقد، وطرح موضوع العقد التحكيمي هل هو صحيح أم أنه باطل، وبحث المحكمون أول ما بحثوا اختصاصهم واعتبروا أنفسهم مختصتين للنظر في النزاع، وانحصر موضوع النزاع كله في معني توقيع الوزير على العقد.

فقد أدلت الحكومة المصرية بأن توقيع الوزير هو عمل شكلي إداري بموجبة تخول سلطة الوصاية (أي الوزارة) هيئة السياحة والفنادق المصرية، وردت الشركة أنه طلبت توقيع الوزير على العقد لإثبات التزام الحكومة المصرية به، وكان مكان التحكيم باريس، وصدر الحكم التحكيمي في باريس يعطي للشركة الأوربية 12500000 دولار، تقدمت الحكومة المصرية بطلب بإبطال الحكم التحكيمي أمام المحاكم الفرنسية مدلية، بغياب العقد التحكيمي كسبب للبطلان، وفقاً لقانون التحكيم الدولي الفرنسي، أبطلت المحاكم الفرنسية الحكم التحكيمي على أساس أن المحكمين نظروا بالدعوى دون أن يكون هناك عقد تحكيمي، كما أبطلت المحكمة القضائية الفرنسية قرار المحكمين باعتبار أنفسهم مختصين للنظر بالنزاع الذي بني على أن هناك عقد تحكيمي صحيح، وهكذا أبطلت المحكمة القضائية الحكم التحكيمي برمته²⁶⁰.

2. محل التحكيم:

أما فيما يتعلق بالشرط الموضوعي الثاني وهو محل التحكيم، فهو يعني أن يكون النزاع قابلاً للتسوية بطريق التحكيم، وفي ذلك نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري على أنه " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"²⁶¹.

من خلال ما سبق، يتبين على أن القانون المصري قد حدد محل التحكيم بشكل واضح لا لبس فيه، حيث أورد الاستثناء على سبيل الحصر للحالات التي لا يجوز فيها اللجوء الى التحكيم، وما عدا هذه الحالات يجوز فيها للأطراف اللجوء للتحكيم و اتخاذه وسيلة لحل المنازعات التجارية التي تثور بينهم.

²⁶⁰ - عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم " التحكيم الدولي"، الجزء الثاني م.س، ص: 348- 349 .

²⁶¹ - انظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

بذلك يكون محل اتفاق التحكيم، موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها بطريق التحكيم، وفي بعض الأحيان لا يتضمن الاتفاق الإشارة فقط الى النزاع في موضوع معين، كأن يقال إن الخلافات التي ستنشأ بين الطرفين بالنسبة لنوعية البضاعة يصار إلى حلها بالتحكيم، أو يقال إن جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد، يصار الى حلها بالتحكيم، هذا في حالة وضع شرط التحكيم في العقد، أما في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط فاتفاق التحكيم " مشارطة التحكيم" يتم بعد نشوء الخلاف أو النزاع، وفي هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروفاً، ويمكن تحديده بدقة²⁶² أو بشكل عام دون تفصيل أوجه النزاع²⁶³. ولعل موضوع الاتفاق أو محله يثير مسألتين أساسيتين:

أولهما: القابلية الشخصية للتحكيم، التي تتعلق بأهلية الدول أو الدولة التي تخضع للمجموعات العامة والأشخاص المعنوية للقانون العام في الالتجاء إلى التحكيم، و يحكمها سواء القانون الشخصي للدولة الطرف في الاتفاق أو الشخص المعنوي في القانون العام، أو سواء لقانون العقد الأصلي الممتد لاتفاق التحكيم، مع مراعاة أن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية في القانون العام تعتبر قاعدة قانون دولي مادي، تتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات.

ثانيهما: القابلية الموضوعية، المتعلقة بموضوع النزاع فإنها تتحدد طبقاً للقانون المطبق على اتفاق التحكيم للمسألة المتنازع عليها إذا كانت تخرج عن نطاق العقد²⁶⁴.

يعد هذا العنصر من أهم عناصر اتفاق التحكيم، لذلك غالباً ما تحدد قوانين الدول المسائل التي يجوز حلها عن طريق التحكيم، وبالتالي يعد الاتفاق على التحكيم بشأنها صحيحاً، والمسائل التي لا يجوز حلها عن طريق التحكيم وبالتالي يعد الاتفاق على التحكيم بشأنها باطلاً، وبذلك يجب النظر إلى هذه المسألة في قانون كل دولة. والملاحظ أن بعض الدول تأخذ موقفاً مشجعاً للالتجاء إلى التحكيم، وبالتالي تجعل الأصل فيه جواز ذلك في كافة المسائل مع وجود استثناءات محدودة مقررة على سبيل الحصر في أضيق نطاق ممكن كما هو الحال في الدول الأنجلو أمريكية والاسكندنافية، وعلى العكس تماماً فإن هناك دول تقف من التحكيم موقفاً حذراً باعتباره طريقاً استثنائياً مما ينعكس في توسيع نطاق المسائل التي يجوز التحكيم بشأنها واستعمال عبارات معروفة بأنها غير منضبطة الحدود في هذا المجال مثل فكرة النظام العام كما هو الحال في غالبية الدول اللاتينية والعربية، وتوسطت دول أخرى وأخذت بحلول توفيقية عن طريق النص على تحديد المسائل التي لا يجوز في شأنها التحكيم عن طريق نصوص القانون الداخلي أو الاجتهاد القضائي كما هو الحال في فرنسا وإيطاليا واليابان ومصر²⁶⁵.

²⁶² - سامي، فوزي محمد التحكيم التجاري الدولي، الطبعة السابعة، ط 2015، م.س، ص: 126.

²⁶³ - تنص بعض القوانين على ضرورة تحديد موضوع النزاع الذي يتم حسمه بالتحكيم بموجب مشارطة التحكيم وإلا اعتبر الاتفاق باطلاً لان النزاع يكون عندئذ معلوماً كما هو الحال في قانون المرافعات المصري، المادة 501

²⁶⁴ - عبد المجيد، منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، م.س، ص: 85.

²⁶⁵ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، 393-394.

لم تفصح اتفاقية نيويورك المسائل التي يجوز حلها عن طريق التحكيم، أو تلك التي لا يجوز حلها عن طريق التحكيم حيث اكتفت بالإحالة إلى قانون الدولة التي يطلب إليها تنفيذ حكم التحكيم لمعرفة إذا كان قانون هذه الدولة يجيز حل النزاع الصادر فيه حكم التحكيم المراد تنفيذ من عدمه²⁶⁶، ويعد هذا الشرط في حد ذاته حالة من الحالات التي يرفض فيها تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الذي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

3- السبب المشروع:

يعتبر الشرط الثالث من الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم، فهو ضروري ولازم لتكوين اتفاق التحكيم إسوة بأي عقد آخر، فاتفاق الأطراف يجد سببه في إرادتهم في استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، ويعد هذا السبب سبباً مشروعاً إلا إذا ثبت أن المقصود منه التهرب من أحكام القانون الذي كان سيطبق في حال طرح النزاع على القضاء، نظراً لوجود قيود معينة يرغب الأطراف في التخلص منها²⁶⁷، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق²⁶⁸.

مما تجدر الإشارة إليه أنه لا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكيم؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم وهل هو مشروع أم لا²⁶⁹؟

فنظراً لكون التحكيم هو طريق استثنائي لحل المنازعات بين الأطراف فلا بد أن يكون السبب مشروعاً، حتى يحقق التحكيم الهدف المرجو منه، وأن لا يكون وسيلة لدى الأطراف للتهرب من الخضوع لأحكام القضاء.

من الطبيعي أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم يجب أن يكون لحل نزاع وأن يكون ذلك النزاع بصدد علاقة قانونية محددة سواء كانت علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، وإذا كان من الشائع أن يرد اتفاق التحكيم بمناسبة علاقة تعاقدية إلا أنه لا يوجد ما يمنع من ورود اتفاق التحكيم بمناسبة علاقة غير تعاقدية، مثل التعويض عن العمل غير المشروع، أو عن الإثراء بلا سبب، أو التصادم البحري، أو المسؤولية عن حوادث النقل البري والبحري والجوي، وما إلى ذلك من مجالات حديثة يلعب فيها التحكيم دوراً مهماً²⁷⁰، وهذا هو ما نص عليه كل من قانون التحكيم المصري الجديد في المادة 1/10 وقانون التحكيم اليوناني في المادة 868 مرافعات،

²⁶⁶ - الترجمة العربية لاتفاقية نيويورك، المادة 5/2، عبد الحميد الأحذب، م.س، 379.

²⁶⁷ - رضوان أبو زيد: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 58.

²⁶⁸ - رضوان، أبو زيد، م.س، ص: 13.

²⁶⁹ - بريري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 58.

²⁷⁰ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكم، م.س، ص: 390.

والقانون التونسي، والقانون النموذجي للأنستريال في المادة 70 و كذا اتفاقية نيويورك في المادة الثانية منها²⁷¹.

أما بعض القوانين الأخرى فقد قصرت مجال اتفاق التحكيم عن العلاقة الناشئة عن العقد كالقانون الفرنسي في المادة 1442 مرافعات، وقواعد الانستريال في المادة (39)، وقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC في المادة 2/3 ج والمادة 4/8، والفارق بين الاتجاهين واضح حيث أن العلاقة القانونية في القوانين الأولى أوسع نطاقاً من العقد .

وتطبيقاً لذلك فقد عرض على القضاء البريطاني قضية أقامتها شركة LONRHO وشركة خط أنابيب MOCAMBIQUE ضد شركة SHLE للبترول وشركة BP وشركة بترولية أخرى بمناسبة نكولهم عن استخدام خط الأنابيب المذكور بناء على ما وصفه المدعون بأنه عمل غير مشروع ناتج عن تأمر، فقد لجأت الشركات البترولية إلى التمسك بضرورة إحالة النزاع إلى التحكيم استناداً إلى المادة (22) من الاتفاقية المعروفة باسم 'SHIPPERS' AGREEMENT الذي يتضمن اتفاقاً على اللجوء إلى التحكيم، وانتهت المحكمة إلى قبول وجهة النظر هذه بعد أن تأكدت من أن صياغة اتفاق التحكيم تسمح بإدخال المطالبات الناشئة عن العمل غير المشروع في إطاره²⁷².

يثور التساؤل عن النزاع بصدد العلاقة القانونية المحددة الذي يبرر اللجوء إلى التحكيم وتأثير ذلك على الدعوى التي يقيمها أحد أطراف اتفاق التحكيم أمام القضاء ومدى دخولها في مجال اتفاق التحكيم من عدمه فقد عرض على القضاء البريطاني قضية متعلقة بهذا الشأن نعرض لها لأنها تفيد في تقريب وتحديد موضوع النزاع الذي يدخل في اتفاق التحكيم من عدمه فقد أبرمت شركة بريطانية مع شركة ألمانية عقداً للتعاون معاً في مجال تصنيع المنسوجات وتضمن عقد الشركة تحكيم من شأنه إحالة جميع الخلافات التي قد تثور بين الطرفين إلى التحكيم في ميونيخ، وفي إطارا المعاملات بين الطرفين قامت الشركة البريطانية بتوريد آلات صناعية تم دفع ثمنها بكمبيالات استحق بعضها وتم سداها وظلت الكمبيالات الباقية تحت التحصيل في مواعيد استحقاقها، وعندما نشأ خلاف بين الطرفين حول عدة أمور من بينها عدم قيام الشركة البريطانية بتنفيذ التزاماتها المتعلقة بالمعونة الفنية وكون الآلات الموردة معيبة ومستعملة على خلاف ما كان مشترطاً في العقد، قامت الشركة الألمانية برفع الأمر إلى التحكيم مطالبة بالتعويضات المناسبة، وعقب ذلك لجأت الشركة البريطانية من جانبها إلى إقامة دعوى قضائية للمطالبة بقيمة الكمبيالات التي حلت تواريخ استحقاقاتها ولم يتم دفعها فتمسكت الشركة الألمانية باتفاق التحكيم طالبة من المحكمة البريطانية وقف الإجراءات المقامة أمامها وإحالة المطالبة بقيمة الكمبيالات إلى هيئة التحكيم باعتبار أنها موضوع دعوى مضادة مرفوعة أمام

²⁷¹ - عزت محمد على البحيري، م،س، 247 .

²⁷² - راجع عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، م،س، ص: 198.

هيئة التحكيم، فرفضت محكمة أول درجة الأمر بوقف الدعوى المقامة للمطالبة سداد قيمة الكمبيالات على أساس أنها غير مجودة وليست صحتها كورقة تجارية محلاً لأي نزاع، فقامت الشركة الألمانية باستئناف هذا الحكم، فحكمت محكمة الاستئناف بوقف الدعوى القضائية أمام المحاكم البريطانية باعتبار أن سبب الالتزام الصرفي هو بيع الآلات للشركة الألمانية حيث صدرت الكمبيالات وفاء بثمانها، وما دام عقد البيع مطروحاً على هيئة التحكيم لتقدير مدى جودة الآلات واستحقاق الثمن المتفق عليه فإن الكمبيالات التي تمثل ذلك الثمن تعد من الأمور المتنازع عليها والتي تدخل بالتالي في إطار التحكيم، وعندما طعن بعد ذلك في هذا الحكم أمام مجلس اللوردات، قضي بإلغاء حكم محكمة الاستئناف مستنداً إلى أن الأوراق التجارية لا تعد متنازع عليها ومحلاً لخلاف إلا في حالة واحدة وهي صدورهما بناء على غش، وبالتالي ففي غير هذه الحالة لا يجوز اعتبار قيمتها محلاً لخلاف بين الساحب والمسحوب عليها وإلا انهارت الثقة في الكمبيالات وما في حكمها.

هذه هي شروط صحة اتفاق التحكيم من حيث كونه تصرف قانوني والتي إذا ما توافرت أنتج اتفاق التحكيم أثره، وألزمت محاكم الدول المنتمي إليها أطرافه بالاعتراف به والامتناع عن نظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم وإحالة الأطراف إلى التحكيم²⁷³.

يجدر الملاحظة أنه قد يكون هناك عناصر أخرى لصحة اتفاق التحكيم بحسب القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وإنما عنينا بالإشارة إلى العناصر السابقة بوصفها موضع تقدير من القانون والقضاء في مختلف الدول.

من العناصر الأخرى اللازمة لصحة اتفاق التحكيم تعيين أسماء المحكمين، وقد أثار هذا العنصر خلافاً كبيراً بين الشراح المصريين، حيث أن منهم رأي صحة اتفاق التحكيم الخالي من تعيين أسماء المحكمين على أساس أن القانون المصري لم يجعل من تخلف هذا العنصر سبباً لبطلان الحكم التحكيمي وأن ومنهم من رأي بأن تعيين أسماء المحكمين يعد ركناً من أركان اتفاق التحكيم لا ينعقد بدونه، ويترتب على ذلك لزوماً الحكم ببطلان اتفاق التحكيم إذا ما كان خالياً من أسماء المحكمين ولم يتم تعيينهم في مرحلة لاحقة في اتفاق مستقل، ولم يكن الخلاف بين الشراح المصريين بشأن هذا العنصر أقل من الخلاف بين المحاكم المصرية حيث ذهبت محكمة جنوب القاهرة الابتدائية إلى أن "الثابت أنه لم يتم تحديد أسماء المحكمين أو المحكم في اتفاق مستقل أو لاحق لمشارطه التحكيم ومن ثم فإن الاتفاق على التحكيم في الدعوى الماثلة لم يستكمل شروطه وبالتالي فإن الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى لوجود شرط التحكيم يكون قد قام على غير سند من القانون وترفضه المحكمة"، ويتضح من هذا الحكم أنه رتب بطلان اتفاق التحكيم جزاء على مخالفة شرط تعيين أسماء المحكمين وذهبت محكمة استئناف

²⁷³ - الشافعي محمد بشير : القانون الدولي المنظم للتحكيم مقارنة نظرية، مطبعة دار السلم 2012، ص: 34.

الإسكندرية إلى أن "عدم تضمين شرط التحكيم أسماء المحكمين لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم سواء في ذلك أن يكون متفقاً على إجراء التحكيم في الداخل أو في الخارج"²⁷⁴.

و نعتبر أن الخلاف الناشئ بين الشراح المصريين وبين المحاكم المصرية ناتج من الطريقة التي صيغت بها المادة 503 من قانون التحكيم المصري، حيث لم تنص في الفقرة الثالثة التي تناولت أسباب البطلان على البطلان كجزء على عدم تعيين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل، ومع ذلك نصت في الفقرة الثانية من نفس المادة على البطلان لمخالفة قاعدة الوترية، حيث يصعب في رأينا الجمع بين الفقرتين بطريقة توضح مقصد القانون المصري، وعلى كل فإن اتفاق التحكيم كغيره من الاتفاقات لا بد أن يستند إلى قانون معين يمدّه بقوته الملزمة وينظم وجوده وصحته ومصيره فإننا نرى هذا الخلاف لا تظهر أهميته إلا عند التمسك بالدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع لوجود اتفاق التحكيم بينما بعد صدور حكم التحكيم لا يمكن التمسك ببطلان حكم التحكيم لبطلان اتفاق التحكيم ما لم يكن قد تم التمسك بداية بالدفع بعدم صحة اتفاق التحكيم أمام محكمة التحكيم في بداية نظر النزاع ورفضته محكمة التحكيم واستمرت في نظر النزاع لأن البطلان الناشئ على عدم صحة اتفاق التحكيم في هذه الحالة هو بطلان نسبي يجب التمسك به من صاحب المصلحة في بداية نظر النزاع، فقبول الخصوم المثل أمام محكمين معينين بالرغم من عدم تعيينهم من قبلهم في اتفاق التحكيم أو اتفاق لاحق يعني تنازلهم عن التمسك بهذا البطلان .

ويمكن لنا في النهاية أن نضع قاعدة مهمة في حالة بطلان حكم التحكيم لعدم صحة اتفاق التحكيم وهي أن الدفع ببطلان حكم التحكيم لعدم صحة اتفاق التحكيم يجوز إثارته لأول مرة من خلال دعوى البطلان متى كان عدم صحة اتفاق التحكيم راجع إلى كون اتفاق التحكيم غير جائز حله عن طريق التحكيم أما إذا كان عدم صحة اتفاق التحكيم راجع إلى أسباب أخرى، فإنه لا يجوز إثارة ذلك من خلال دعوى البطلان ما لم يتم التمسك به قبل ذلك أمام محكمة التحكيم .

الفرع الثاني: المقتضيات الشكلية في اتفاق التحكيم

بعدما تطرقنا لبيان المقتضيات الموضوعية، فإن الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم تتمثل بضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً باعتبار أن اتفاق التحكيم هو عقد كباقي العقود الخاضعة لشكلية معينة، حيث يعد اتفاق التحكيم صحيحاً في إطار المبادئ العامة إذا أبرم حسب ما يتطلبه القانون المحلي، وهو في الغالب مكان الإبرام أو القانون الذي يحكم الموضوع، أو قانون الوطن المشترك، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين²⁷⁵.

²⁷⁴ - حكم محكمة جنوب القاهرة بتاريخ 1984/4/26م في الدعوى رقم 3061 لسنة 1983م

²⁷⁵ - عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، م.س، ص: 85 .

قد حددت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى المؤرخة في **1965/03/18**، في ديباجتها أن المصادقة على هذه الاتفاقية لا تكفي وحدها لعرض النزاع المحتمل على التوفيق أو التحكيم، بل يتعين أن تكون هناك موافقة صريحة و التي لا يمكن لنا تصورهما إلا من خلال عقد أو شرط تحكيم مكتوب، كما يتبين من المادة 25 من هذه الاتفاقية أنه: "يمتد الاختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة أو أي إقليم فرعي أو أية وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق أن عينته الدولة المتعاقدة إلى المركز وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة و يشترط أن يوافق طرفي النزاع كتابة على تقديمها للمركز. وعند إعطاء الطرفين موافقتهما لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الآخر..."²⁷⁶.

ذهبت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 17 مايو 1973 إلى "أن الشكلية المعتبرة ركنا في انعقاد التصرف دون تلك المفضية إلى إثباته تخضع لقانون الموضوع." وهذا ما اتجه إليه المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني²⁷⁷، حيث نص قانون التحكيم المصري في المادة (12) منه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة"²⁷⁸.

وتتحقق الكتابة، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادل بين الطرفين ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة، لكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم، فإذا أرسل طرف رسالة أو تلکس، يتضمن عرض اللالآء إلى اللآكلم في آسوية المنازعات اللآي قد آآور بمناسبة العقد اللآي آآري الآفآوض لإآرامه، فيلزم صدور قبول الطرف الآآر، وآآصال آذا القبول بعلم الطرف الأول، أما السآوت فقد يعد قبولاً إذا كانت آناك معاملات آارية بين الأطراف وكان اللآكلم شرطاً فيها، أو إذا آعلق الأمر بآآديد عقد آآضمن شرط اللآكلم، أو إبرام عقد آآديد آآيل إلى العقد السابق الآآضمن لآط اللآكلم²⁷⁹.

وفي آال كان اتفاق اللآكلم آآم بوساطة وكيل فيآب أن آكون الوآالة مكتوبة، ولا بد أن آكون الوآالة آاصة، فلا آآول الوآالة العامة الوكيل سلطة إبرام اتفاق آكلم أو وضع شرط آكلم في العقد اللآي آآمت الوآالة لإآرامه²⁸⁰.

²⁷⁶ - يمكن الرجوع لاتفاقية واشنطن لسنة 1965.

²⁷⁷ - مجموعة الأعمال التحضيرية: ج. 1 ص 296 وما بعدها.

²⁷⁸ - انظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

²⁷⁹ - بريري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 59 .

²⁸⁰ - تنص المادة 76 مرافعات مصري على ضرورة وجود تفويض خاص بالتحكيم، فالتوكيل العام لأحد المحامين لا يخوله إبرام اتفاق التحكيم بل يستلزم شرط أو اتفاق التحكيم تفويضا جديدا.

إذا كانت القاعدة العامة في شأن اتفاق التحكيم تقضي بخضوعه للقانون الموضوعي المطبق على العقد،²⁸¹ لذلك يجب الرجوع إلى مثل هذا القانون لمعرفة مدى تطلبه شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم من عدمه، وباستقراء مواقف قوانين الدول من النص على هذا الشرط نجد أنها اختلفت وتباينت فمجموعة الدول ذات التقاليد اللاتينية سعت إلى إحاطة اتفاق التحكيم بضمانات معينة وإدخاله في دائرة التصرفات التي يجب إفراغها في شكل معين كالهبة والوصية والصلح ومن ثم تطلبت شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، وذلك حتى يمكن التحقق من إرادة الأفراد قد اتجهت بالفعل إلى الالتجاء إلى التحكيم.

على النقيض تماماً، فإن الدول ذات النظم الانجلوسكسونية لم تجد مبرراً يوجب إخضاع اتفاق التحكيم لشكل معين فأخضعته للقواعد العامة التي تحكم التصرفات القانونية، واكتفت بتدخل القاضي للتحقق من انصراف إرادة الأطراف إلى اللجوء للتحكيم في حالة ما إذا كان الاتفاق شفهيّاً أو يمكن استخلاصه ضمناً من الظروف القائمة²⁸²، فعلى سبيل المثال يجري قضاء محكمة استئناف باريس على أن انعدام الكتابة في حد ذاتها لا يترتب عليه بطلان مشارطة التحكيم، حيث يمكن التحقق من وجود مشارطة التحكيم من مسلك الخصوم أثناء سير خصومة التحكيم، فإذا شارك الخصوم في خصومة التحكيم بدون أي تحفظ أو اعتراض على وجود مشارطة التحكيم أمكن القول بوجود اتفاق صحيح على التحكيم²⁸³.

كما اختلفت بعض قوانين الدول العربية في النص على هذا العنصر، فالقانون المصري يتطلب الكتابة لصحة اتفاق التحكيم من خلال نص المادة 12 من قانون التحكيم الجديد²⁸⁴، وكذلك القانون الإماراتي من خلال المادة 2/203²⁸⁵ من قانون الإجراءات المدنية والقانون الكويتي من خلال نص المادة 2/173 من قانون المرافعات، أما القانون اللبناني فيفهم من نص المادة 1/766 من قانون أصول المحاكمات المدنية أن الكتابة شرط للإثبات. فاختلقت الأنظمة

²⁸¹ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الفتح للطباعة والنشر بالإسكندرية، الجزء الأول، الطبعة الأولى 1998، ص: 308.

²⁸² - محمود السيد عمر التحيوي، عقد التحكيم وإجراءاته، رسالة دكتوراه، جمهورية مصر العربية: جامعة المنوفية، كلية الحقوق، 1995، 374 - 376.

وتنص المادة 12 من قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما يتبادلّه الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة".

²⁸³ - م، س، 232 - 234.

²⁸⁴ - نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما يتبادلّه الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

²⁸⁵ - تنص الفقرة الثانية من المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم 11 لسنة 1992 على أنه: "ولا يثبت الإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة".

الوضعية فيما بينها بشأن كتابة اتفاق التحكيم، فتذهب بعض الأنظمة إلى اعتبار الكتابة التي تطلبها في الاتفاق على التحكيم مجرد وسيلة للإثبات²⁸⁶.

أما بخصوص هذا العنصر على مستوى التنظيمات الدولية الموحدة، فإن بروتوكول جنيف لعام 1923م واتفاقية جنيف لعام 1927م، قد رأيا أن يترك الأمر لتقدير كل دولة حسب قانونها الداخلي بالإحالة على التشريع الوطني لكل دولة لتحديد شروط إثبات اتفاق التحكيم، ولكن اتفاقية نيويورك لعام 1958 حسمت هذا الأمر بالنص صراحة في المادة الثانية على ضرورة الكتابة لصحة اتفاق التحكيم²⁸⁷، والكتابة في هذه الحالة تعد شرط لصحة الاتفاق وليست دليلاً للإثبات، ولا يكفي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بل لا بد أن يكون موقعاً عليه من الطرفين.

وتعترف الاتفاقية كذلك بالخطابات أو البرقيات المتبادلة بين الأطراف دون اشتراط وجود عقد مسايرة لضرورات التجارة الدولية بموجب المادة 2/2، أما بالنسبة للاتفاقيات المتبادلة عن طريق الفاكس، فلم تنص المادة 2/2 من الاتفاقية على هذا النوع من طرق الاتصال، لكن لا يوجد ما يمنع من الاعتراف بهذه الوسيلة من وسائل الاتصال حيث اعترفت القوانين الوطنية الحديثة بوسائل الاتصال المكتوبة كالفاكس مثل قانون التحكيم المصري في المادة (12)، والقانون الإيطالي لعام 1994م في المادة (807)²⁸⁸.

من التطبيقات القضائية المهمة بخصوص هذا الشرط، أنه قامت شركة إيطالية باستئجار سفينة مملوكة لشركة مسجلة في بنما ومملوكة لمصالح يونانية ونص في عقد الإيجار المطبوع على التحكيم في لندن، وعندما نشأ نزاع بين الطرفين امتنعت الشركة الإيطالية عن تعيين محكمها أو الاشتراك في إجراءات التحكيم، فأصدرت محكمة التحكيم حكماً لصالح مالك السفينة، وتقدم مالك السفينة بهذا الحكم لتنفيذه على المحكوم عليها (الشركة الإيطالية) في إيطاليا، فتمسكت الشركة الإيطالية أمام محكمة استئناف تريستا الذي طرح عليها طلب الأمر بالتنفيذ ببطان اتفاق التحكيم في هذا النطاق لعدم توافر ما تتطلبه المادتين 1341 و 1342 من القانون الإيطالي، التي تشترطان في العقود التي تتضمن شروط عامة مطبوعة أن يقوم الأطراف بالتوقيع على شرط التحكيم ذاته توقيعاً خاصاً بحيث لا يكفي التوقيع بصفة عامة على العقد في مجموعه، فرفضت محكمة استئناف تريستا هذا الطعن وقالت أن التنفيذ يتم وفقاً لاتفاقية نيويورك لعام 1958م وهي لا تتطلب شيئاً من هذا القبيل، وأعادت محكمة النقض الإيطالية التأكيد على انطباق المادة الثانية من اتفاقية نيويورك²⁸⁹.

²⁸⁶ - ونفس الشيء بالنسبة لقانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 (المادة 252) وقانون أصول المحاكمات السوري رقم 84 لسنة 1953 (المادة 509)....

²⁸⁷ - وإذا كان القانون المصري قد تطلب الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، إلا أنه يفهم من نص المادة الثانية عشر من قانون التحكيم الجديد والتي تنص على " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة " أنه لم يشترط شكلاً معيناً لهذه الكتابة .

²⁸⁸ - مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، م،س، ص: 377.

²⁸⁹ - عزت البحيري، م،س، 245 .

نرى أن التشريعات التي اعتبرت الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم كالتشريع المصري بقوله في المادة 12 من قانون التحكيم الجديد " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً "، لم تكن موفقة تمام التوفيق لأن الهدف من الكتابة هو الإثبات من أن إرادة الأطراف أنها كانت واضحة وصريحة على اللجوء إلى التحكيم، وهو أمر قد يتحقق بوسائل أخرى غير الكتابة كرفع المدعى دعوى تحكيم وعدم اعتراض المدعى عليه على ذلك، وعلى ذلك كان من الأجدر عدم ترتب البطلان كنتيجة مباشرة وتلقائية على عدم الكتابة، كما فعل القانون المصري وعاود التأكيد على ذلك من خلال نص المادة 56 من ذات القانون باشتراط أن يرفق بطلب تنفيذ حكم التحكيم صورة من اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة 12، وكان من الأفضل اشتراط الكتابة . أما تقدير البطلان من عدمه كنتيجة مباشرة وتلقائية على عدم الكتابة فكان من الأجدر تركها للمحكم أو القاضي حسب الأحوال يعملها على حسب كل حالة طبقاً لمقتضيات الظروف ومن مسلك الأطراف في الدعوى، أما تقدير البطلان مقدماً وصراحة من خلال النص، فهو أمر قد لا يترك للمحكم أو القاضي أي سلطة تقديرية في تقرير البطلان من عدمه، ونتوقع أن يجتهد القضاء المصري في تفسير هذا النص بطريقة تحقق الحكمة من وجوده خصوصاً إذا ما أثبتت مسألة البطلان في مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم (عند التنفيذ، أو دعوى بطلان حكم التحكيم)، أخذاً في الاعتبار عنصري الرضائية والحرية اللذين يسيطران على نظام التحكيم علماً بأن اتفاقية نيويورك لم تقرر البطلان كجزء لعدم كتابة اتفاق التحكيم كما فعل المشرع المصري من خلال نص المادة 12 المشار إليه، حتى يمكن القول أن المشرع المصري أراد مسايرة اتفاقية نيويورك، فصحیح أن اتفاقية نيويورك اشترطت الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم، لكنها لم تقرر البطلان كجزء لتخلف هذه الكتابة، بل تركت ذلك حسب الأحوال وفقاً للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وقالت في صدر المادة الخامسة أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية، " أ- ...أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف ".

وبالتالي في مقام تحليلنا لحالة بطلان حكم التحكيم لعدم صحة اتفاق التحكيم، نقول في النهاية أنه يجب التمييز بين الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم غير صحيحاً للوقوف على الغاية منها، فمثلاً قد يكون اتفاق التحكيم غير صحيح لعدم كتابته، ولما كانت الكتابة شرط لإثبات اتفاق التحكيم فإنه الاتفاق يكون صحيحاً متى كان ثابتاً بطريقة قاطعة من مسلك الخصوم في خصومة التحكيم كما إذا رفع المدعي دعوى إلى التحكيم ولم يعترض المدعى عليه على ذلك، فما الفائدة من بطلان اتفاق التحكيم لعدم كتابته بينما يستفاد من موقف الطرفين إقرارهما بوجوده وبمضمونه، وكذلك أيضاً قد يكون اتفاق التحكيم باطلاً لوقع إرادة أحد الطرفين في غلط، فإذا ثبت بطريقة قاطعة تنضح من مسلك الخصوم علم الطرف الذي وقع في هذا الغلط بهذا الغلط ولم يتمسك به، فإن اتفاق التحكيم يكون صحيحاً، بعكس حالة عدم صحة اتفاق التحكيم لأن موضوع اتفاق التحكيم غير جائز حله عن طريق التحكيم حيث أن اتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون غير صحيحاً لبطلانه بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام.

المطلب الثاني: تنفيذ إجراءات سير المنازعة التحكيمية

بعدما تم التطرق للأسس المعتمدة في تحديد القانون الإجرائي لاتفاق التحكيم - قانون الارادة - وللإجراءات التي ستتبع فيما بعد، والضوابط المعتمدة في ذلك، فلا يبقى سوى الدخول مباشرة في سير المسطرة المتبعة في التحكيم التجاري الدولي، و نخص بالذكر تلك التي تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم وما يعترضها من تجريح، و كذلك ما يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفيزية، وأخيرا ما يتعلق بقواعد أو وسائل الإثبات المستند إليها في التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول: الجوانب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم و تجريحها

فيما يتعلق بمسائل الإجراءات في التحكيم، فإن أول ما يطرح في هذا الإطار هو موضوع هيئة التحكيم التي قد تكون إما مكونة من محكمين يختارون لنظر النزاع سواء في إطار تحكيم خاص، أو منظمة دائمة تتولى إدارة التحكيم وفقا للوائحها، وفي كلا الحالتين قد تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين (و التي تسمى بالهيئة التحكيمية) تبعا لاتفاق الأطراف.

ففي حالة المحكم الفرد يفصل النزاع بشكل أسرع بالإضافة إلى أن النفقات تكون أقل، في حين أن تعدد المحكمين يشكل ضمانا أكبر للعدالة والحييدة للفصل في النزاع المثار.

من الملاحظ أن لوائح المنظمات الإنجليزية والأمريكية تميل إلى نظام المحكم الفرد، إلا إذا كان النزاع ضخما يبرر التعدد²⁹⁰.

قد يتعرض المحكم أو أحد المحكمين المختارين (إذا كان التحكيم يضم أكثر من محكم) لأحد العوارض التي قد تؤدي إلى تجريحه من قبل أحد الأطراف لوجود سبب معين يمس بحياده أو استقلاله أو إثبات إهماله يؤدي به إلى إنهاء مهمته، اللهم إذا تم تخليه عن هذه المهمة لسبب قاهر أو لوفاة إلخ..

من ثم سوف ندرس تشكيل الهيئة التحكيمية، على أن نتناول تجريح المحكم.

الفقرة الأولى: تشكيل الهيئة التحكيمية

تعرضت مختلف التشريعات لطريقة تشكيل الهيئة التحكيمية في القانون المتعلق بالتحكيم و كذا الإجراءات المتبعة في ذلك بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بمحكم فرد أم هيئة تضم أكثر من ثلاثة محكمين كما سنرى.

²⁹⁰ - وفقا للائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم تشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين إذا جاوزت قيمة النزاع 100000 دولار. أن هذا الاستثناء يكاد يكون هو الأصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية Domke. ويقول الأستاذ

فقد أسندت هذه التشريعات في ذلك للأطراف كالعادة الحرة في اختيار كل طرف محكمه أو الاتفاق على اختيار محكم واحد إن تم اختيار محكم فرد، في إطار احترام مبدأ سلطان الإرادة دائماً هذا من حيث الأصل، إلا أنه قد تعترض الأطراف صعوبة في اختيار المحكم أو الهيئة التحكيمية، و في هذه الحالة لا يبقى سوى اللجوء إلى القضاء لحل هذا الإشكال لاستئناف مسيرة إجراءات التحكيم.

الفقرة الثانية: تشكيل الهيئة التحكيمية من قبل الأطراف من حيث الأصل

يقوم التحكيم التجاري الدولي من حيث الأصل كما ذكرنا على سلطان الإرادة، من هذا المنطلق فلإرادة دور كبير في اختيار المحكم الذي سيتولى البت في المنازعة التحكيمية.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان التحكيم الذي اختاره الأطراف يتم وفق مؤسسة تحكيمية معينة أي التحكيم المؤسسي، فإن هذا المركز أو المؤسسة هي التي تتولى إجراءات تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم الفرد فتتولاه هيئة مستقلة كالمحكمة أو الغرفة التجارية أو المنظمة الدائمة التي تتولى التحكيم²⁹¹.

في حين أن سلطان الإرادة يبرز بجلاء في التحكيم الخاص، و بناء على ذلك تتبع الإجراءات التالية في اختيار المحكم:

❖ من حيث عدد المحكمين :

- إذا كان الأطراف قد اختاروا²⁹² تشكيل الهيئة التحكيمية، أي أكثر من محكم واحد، فلا بد من أن تكون هذه الهيئة مشكلة على الأقل من ثلاثة محكمين، نسبة لمبدأ "الوترية" كما هو متعارف عليه في مختلف التشريعات العربية و الأوروبية، ما عدا بعض المؤسسات التحكيمية التي لا تتطلب شرط الوترية، و من ثم فإن كل طرف من الطرفين يختار محكمه، وأما الثالث فيختار بطريقة مختلفة، بحيث يعهد باختياره إلى المحكمين المعينين، في حالة عدم اتفاق المحكمين المعينين على اختيار المحكم الثالث يتم اختياره من قبل القضاء بناء على طلب أحد الأطراف أو المحكمين، و يكون في هذه الحالة المحكم الثالث المختار هو رئيس الهيئة.

تبعا لذلك، فإن قانون التحكيم تضمن النص على كيفية تشكيل هيئة تحكيم، ففي حالة عدم اتفاق الأطراف على تشكيل الهيئة يقوم المحكمين باختيار محكم إذا لم يعارض الأطراف ذلك أو قد تعمل المحكمة على اختيار محكم ثالث تكون له رئاسة هيئة التحكيم²⁹³.

²⁹¹ - شفيق، محسن م، ص 222

²⁹² - قد يكون أطراف العلاقة التحكيمية أكثر من طرفان، مادامنا بصدد تحكيم تجاري دولي الذي قد يقتضي وجود تعدد الأطراف في المعاملة التجارية الدولية.

²⁹³ - أنظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 94 المواد (18 (8-12). 15)

- أما إذا كان التحكيم قد أسند لمحكم فرد، تتبع نفس الإجراءات من حيث تعيينه، حيث يتفق الطرفان على تعيين محكم واحد، و في حالة عدم اتفاقهما يتم تعيينه من قبل القضاء بناء على طلب أحد الطرفين.

و في ذلك تضمنت بعض التشريعات النص على هذه الإجراءات، فعلى سبيل المثال نص الفصل 327-5 من قانون التحكيم المغربي على ما يلي:

"إذا لم يتم تعيين الهيئة التحكيمية مسبقا و كيفية و تاريخ اختيار المحكمين أو لم يتفق الأطراف على ذلك، تتبع الإجراءات التالية:

1- إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد، يتولى رئيس المحكمة المختصة تعيين المحكم بناء على طلب أحد الطرفين.

2- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، يعين كل طرف محكما و يتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال 15 يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال 15 يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولى رئيس المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب أي من الطرفين، و تكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي عينه رئيس المحكمة.

3- تتبع الإجراءات المذكورة في الفقرة 2 أعلاه من هذه المادة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من ثلاثة محكمين.

4- يجب أن يراعي رئيس المحكمة المختصة في المحكم الذي يختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون و تلك التي اتفق عليها الطرفان و يصدر قراره بعد استدعاء الأطراف و لا يكون هذا القرار قابلا للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

تطبق نفس المقتضيات كلما اعترض تشكيل الهيئة التحكيمية صعوبة بسبب أحد الأطراف أو صعوبة في تطبيق إجراءات التعيين."

كما نصت المادة 17 من قانون التحكيم المصري في الفقرة الأولى منها على ما يلي:

" 1- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين و على كيفية و وقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا

القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين و يكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، و تسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين..."

إن هذا الأمر بات متجاوزا في ظل انتشار التحكيم المؤسسي الذي تضطلع به المراكز المتخصصة كالمركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط ومركز التوفيق والتحكيم التجاري بمراكش وغيرها من المراكز الوطنية والدولية الأخرى²⁹⁴.

فبعد أن يتم اختيار هيئة التحكيم و تحديدها لنظر النزاع، تبقى الأمور الأخرى مقرونة بالقانون الذي سيحكم العلاقة خاصة ما يخص المكان الذي سيجري فيه التحكيم والقانون الواجب الانطباق على النزاع حيث أن لاختيار مكان التحكيم في مجال التجارة الدولية أهمية قصوى، إذ كثيرا ما يتوقف عليه تعيين القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم، كما يتوقف عليه أحيانا تعيين جنسية القرار، أي الفصل فيما إذا كان قرارا وطنيا أو أجنبيا، وهي مسألة تبدو أهميتها على وجه الخصوص عند طلب تنفيذ القرار، يضاف إلى ذلك أن التحكيم لا يكون مفيدا حقا إلا إذا جرى في ظروف ملائمة للخصوم، وفي مقدمتها إجراؤه في مكان مناسب²⁹⁵.

وتتصح بعض مراكز التحكيم الدولية مراعاة جملة اعتبارات عند اختيار هذا المكان، منها أن يكون قريبا من الخصوم لكي لا يكلفهم الانتقال إليه نفقات عالية، وقريبا من الشهود إذا اقتضى الأمر سماعهم لكي لا يثنيهم بعد المكان عن أداء الشهادة، وأن يجري في مكان وجود البضاعة إذا تعلق النزاع ببيع دولي ليسهل معاينة البضاعة وفحصها، واختيار المكان الذي يكون قرار التحكيم واجب التنفيذ فيه تيسيرا للإجراءات هذا من جهة²⁹⁶.

❖ من حيث الشروط المتطلبية في المحكم:

إذا كان للأطراف الحرية في اختيار المحكم إلا أن ذلك مقيد بضوابط معينة، و لأجل ذلك تشترك جميع التشريعات على ضرورة احترام جملة من الشروط الأساسية المتطلبية في تعيين المحكم المختار سواء من قبل الأطراف أو من قبل المؤسسة التحكيمية التي تتولى إدارة التحكيم حتى لا يتم إبطال القرار التحكيمي فيما بعد أمام القضاء، و تبعا لذلك فإنه:

1- يحظر اختيار القاصر أو المحجور عليه أو المفلس ليكون محكما، ذلك أنه " لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا، أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا ما لم يرد إليه اعتباره"²⁹⁷.

²⁹⁴ - محمد النظاري، الرقابة القضائية على التحكيم في التشريع المغربي واليميني، دراسة مقارنة، جامعة محمد الأول وجدة سنة 2006-

2007، ص: 49.

²⁹⁵ - شفيق، محسن م، ص، ص 240

²⁹⁶ - م، ص، ص 241

²⁹⁷ - الفقرة الأولى من المادة (502) من قانون المرافعات المصري.

هذا و إن الاتجاه السائد هو إخضاع مسائل الأهلية للقانون الشخصي للأطراف²⁹⁸، حسب ما جاء بالفقرة 1- أ من المادة 5 من اتفاقية نيويورك.

2- أن المحكم في منزلة القاضي يجب أن تتوفر فيه شرط الحيادة والنزاهة والاستقلال، فإذا كان هناك حرج لدى المحكم في نظر النزاع يجوز له التثني عن نظره.

القانون المصري نص في الفقرة الأولى من المادة (503) من قانون المرافعات على جواز التثني بعد قبول التحكيم بشرط أن يكون لسبب جدي ويرتب النص على التثني لغير هذا السبب إلزام المحكم بتعويض الضرر، وتجيز الفقرة الثانية من النص ذاته الرد بشرط أن يكون لسبب يحدث أو يظهر بعد إبرام وثيقة التحكيم وان يكون لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم.

كما تم النص أيضا في نفس القانون على أنه " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده أو استقلاله"²⁹⁹.

كذلك بالنسبة لقانون التحكيم المغربي الذي تضمن النص على شرط الحياد و الاستقلالية، بل ألزم المحكم نفسه الإفصاح عن أي ظرف يثير الشك في نزاهته و استقلاله، حيث نص على ما يلي: "...يجب على المحكم الذي قبل مهمته أن يفصح كتابة عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده و استقلاله..."³⁰⁰.

في ذلك أكدت محكمة استئناف القاهرة، في قرار لها جاء فيه: "تعتبر قواعد التحكيم المتعلقة بحيادة المحكم و استقلاله من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بحيث أن سكوت الأطراف على المطالبة بالإفصاح لا يشكل تنازلا عن هذا المبدأ"³⁰¹.

3- شرط الخبرة و الكفاءة: فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن أعضاء هيئة التحكيم المختارة للفصل في النزاع وإن لم يكونوا من رجال القانون، فإنه يجب على الأقل أن يكونوا متخصصين في المنازعة التي يفصلون فيها، وأن يكون لهم خبرتهم بها و التي تغنيهم عن الاستعانة بالخبراء و هو ما يحقق مصلحة مؤكدة للأطراف المحكّمين³⁰².

على خلاف بعض الفقه الآخر الذي ذهب إلى أنه "ليس هنالك ما يمنع من أن يكون المحكم غير متخصص ولا خبرة له في موضوع النزاع، أو جاهلا للقانون وإن كانت المسألة المطروحة عليه قانونية، لأن القانون لا يتطلب ذلك، ويجوز أن يكون المحكم جاهلا لغة

²⁹⁸ - انظر على سبيل المثال ما جاء بالمادة 5 فقرة 1- أ من اتفاقية نيويورك.

²⁹⁹ - في المادة 18 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

³⁰⁰ - انظر الفصل 6-327 من قانون التحكيم المغربي رقم 08-05.

³⁰¹ - قرار محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 91، قضية رقم 78 لسنة 120 ق. تحكيم بتاريخ 2004/3/30. منشور بالم.ل. ت.ع. د، ع

³²، ص 69.

³⁰² - محمود التحيوي: العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، 2002، ص: 304.

الخصوم فيحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه ولو كانت مترجمة، كما يجوز أن يكون المحكم على غير ديانة الخصوم و لو كان موضوع النزاع يمس الدين عن قرب، كما أنه يجوز أن يكون المحكم أصما أو أبكما، لأن القانون لا يمنع ذلك عند اتفاق الخصوم على اختياره، وعندئذ يحكم من خلال الأوراق المقدمة إليه ومن الجائز أن يكون المحكم أعمى لأن القانون لا يمنع ذلك³⁰³.

أما غير ذلك من الشروط كان يكون المحكم من جنسية معينة، فهذا ليس شرط ضروري، لضمان حياده واستقلاله عن الأطراف.

❖ من حيث البدء بإجراءات التحكيم :

فقد نصت المادة (27) من قانون التحكيم المصري، على أن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يستلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر لإفادة الأطراف هي التي يسند إليها تحديد تاريخ بدء إجراءات التحكيم.

تنص المادة 25 من نفس القانون على أنه يستلزم تقديم بيان الدعوى خلال الموعد المتفق عليه أو الذي تحدده الهيئة.

فقد جاء بالقانون المصري تحديد بدء إجراءات التحكيم بيوم إعلام المدعى عليه بطلب التحكيم يتفق مع ما جاء بقواعد الأونيسترال وهي ما نصت عليه المادة(21) من القانون النموذجي، ونص المادة 3 في القواعد المطبقة أمام المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة.

وقد جاء نص المادة (27) من قانون التحكيم المصري محددا لا يثير لبسا أو جدلا حول بيان بدء الإجراءات، وذلك على عكس نصوص قانون المرافعات الفرنسي، حيث نصت المادة 1456 الواردة بخصوص التحكيم الداخلي على أن مهمة المحكمين تنتهي بمضي ستة أشهر من اليوم الذي أعلن فيه آخر المحكمين قبوله لمهمته، ولم يستلزم القانون الفرنسي صدور قبول المحكمين لمهمتهم في شكل معين مما يعني إمكان القبول ضمنا بتولي ومشاركة المحكم في عملية التحكيم، وهذا يعني أن المدة تحسب عمليا من أول إجراء تتخذه الهيئة³⁰⁴.

لا شك أن إثبات قبول المحكمين قد يثير بعض الصعوبات من الناحية العملية، مما حدا بالبعض إلى اقتراح تحديد محضر يعتبر بمثابة وثيقة حاسمة في تحديد بدء الإجراءات، على أن

³⁰³ - أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري و الاجباري، منشأة المعارف الاسكندرية، 2001، ص: 154.
و للمزيد من التفصيل، انظر على سبيل المثال: مقال سميحة القليوبي: "مسؤولية المحكم". منشور بمجلة التحكيم، العدد الثامن - أكتوبر 2010، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، مطبعة دار التعاونية الطباعية. و عامر فتحي البطاينة، ص93.
³⁰⁴ - بريري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 109.

يتضمن هذا المحضر توقيع ممثلي الأطراف وتوقيع المحكم الذي يأتي تأكيدا لقبول مهمة التحكيم، ويعتبر تاريخه بداية لسريان المهلة التي يجب أن تنتهي فيها مهمة المحكمين³⁰⁵.

يترتب على الطرف الذي يطالب بالتحكيم أن يقدم بيانا مكتوبا و مفصلا فيه كافة الأمور المتعلقة ببياناته الشخصية وكل ما يتعلق بالدعوى لهيئة التحكيم وللمدعى عليه وذلك ضمن مدة يتم تحديدها إما من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم، وبالتالي يجب على المدعى عليه تقديم مذكرة مكتوبة متضمنة أوجه دفاعه وطلباته، ويحق له تقديم باقي طلباته التي لم يوردها في وقت لاحق، وذلك في حال كانت هناك ظروف تبرر التأخير يتم تقديرها من قبل هيئة التحكيم³⁰⁶.

هنا يجب أن يتم إعداد المذكرة من المدعى عليه ونظرها من الهيئة خلال المدة المحددة دون تباطؤ أو تقاعس وذلك لتحقيق أهم مزايا التحكيم وهي السرعة في فصل النزاع، ولا تخضع هيئة التحكيم في تنظيم سير عملية التحكيم إلا للقواعد التي اتفق عليها الأطراف، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تختار الهيئة القواعد والإجراءات الملائمة تبعا لطبيعة النزاع، ومفاد ذلك عدم التزام الهيئة بنصوص قانون المرافعات إلا في الحالات التي يحيل فيها قانون التحكيم هذه النصوص أو إذا تضمن اتفاق الأطراف التراضي على تطبيق نصوص المرافعات على تسيير وإدارة عملية التحكيم³⁰⁷.

قد يقوم الأطراف بتحويل هيئة التحكيم الفصل بالنزاع استنادا إلى الوثائق والمستندات المقدمة دون الحاجة إلى عقد جلسات للترافع، أيضا يجب مراعاة إتباع إجراءات التبليغ بشكل صحيح يسمح لكلا الطرفين بالحضور في الوقت المحدد، كما يجب احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم بأن يتم إرسال صور المستندات والوثائق لكلا الطرفين.

كل ما يحدث في الجلسات يجب تدوين محاضر به وتسليم نسخة منها لكل واحد من الأطراف، أما علنية أو سرية الجلسات فأمره متروك لاتفاق الأطراف³⁰⁸.

الفقرة الثالثة: اعتراض الأطراف صعوبة تشكيل هيئة التحكيم

إذا كان التحكيم كمؤسسة اختيارية تقوم على مبدأ سلطان الإرادة في كل مراحلها، يجعلها بشكل أو بآخر خاضعة لإرادة هؤلاء الأطراف، إلا أنه قد يؤدي أحيانا نشوب نزاعات وخلافات حول تشكيل هيئة التحكيم أو استبدال المحكمين أو تجريحهم، وهنا لا يصح أن يعمل التحكيم نفسه في مثل هذه الأمور وإنما تكون الوصاية للقضاء ليعمل فيها:

305 - انظر دوبرت -جين - م، س ص 116 وما بعدها.

306 - بريري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، م، س، ص: 113 .

307 - انظر المادة (25) من قانون التحكيم المصري.

308 - تنص المادة 21 إلا بموافقة محكمة التحكيم والأطراف.

1- اختلاف الأطراف حول اختيار المحكم:

كما رأينا سابقا على أن تشكيل واختيار الهيئة التحكيمية يخضع لإرادة الأطراف وفقا لمبادئ سلطان الإرادة، إلا أن هذا المبدأ ليس على إطلاقه، بل إن المشرع في مختلف التشريعات المنظمة للتحكيم قد وضع حدودا له تتجلى في حالة اختلاف الأطراف على تعيين المحكم يتم اللجوء للقضاء من أجل البت في هذه الصعوبة.

ونشير هنا إلى أن المحكمة التي تعين المحكم ينعقد لها الاختصاص في جميع إجراءات الخصومة التحكيمية³⁰⁹.

إلا أن مسألة اختيار المحكمين بعد نشوب النزاع، تظل فكرة نسبية جدا بل وتفرغ التحكيم من محتواه القانوني، لأنه وببساطة شديد من النادر أن يتفق الأطراف بعد نشوب النزاع بينهم³¹⁰.

نص قانون التحكيم المغربي في الفصل 327-41 على ما يلي:

إذا اعترضت صعوبة تشكيل الهيئة التحكيمية، يجوز للطرف الأكثر استعجالا، ما لم ينص على شرط مخالف:

1- أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة الذي سيتولى فيما بعد تخويل الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي إذا كان التحكيم جاريا بالمملكة.

2- أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التجارية بالرباط إذا كان التحكيم جاريا بالخارج و اتفق الأطراف على تطبيق قانون المسطرة المدنية المغربي³¹¹.

وكذلك القانون المصري من خلال المادة 502 (فقرة ثالثة منها) إلا أن هذا الأخير يشترط ذكر اسم المحكم أو المحكمين في شرط التحكيم أو في مشاركة التحكيم، إلا ترتب على عدم ذكر الاسم بطلان اتفاق التحكيم، حيث جاء في نص هذه المادة: "و مع مراعاة ما تقضي به القوانين الخاصة يجب تعيين أشخاص المحكمين في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل"³¹².

هذا و قد تضمنت المادة 17 من قانون التحكيم المصري المشار إليها سابقا في الفقرة الثانية على ما يلي: "... 2- و إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن

³⁰⁹ - رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم - دار النهضة العربية الطبعة 1989، بيروت ص: 31.

³¹⁰ - محمد لفروجي، التاجر والأعمال التجارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1997، ص: 382.

³¹¹ - وفي نفس السياق دائما فإن المحكمة المختصة بالإشراف على الخصومة التحكيمية هي رئيس المحكمة التجارية أو الابتدائية حسب طبيعة النزاع، والتي تشرف أيضا على تعيين المحكم القضائي بطلب ممن له المصلحة في ذلك بمعنى آخر الشخص الذي يرغب في إجراء مسطرة التحكيم شريطة توفر شروط التقاضي من مصلحة وأهلية وصفا كما يشترط أن تتوفر في المقال جميع الشروط المتعلقة بالمقال الافتتاحي وفق نص الفصل 32 من ق.م.م. تحت طائلة عدم القبول.

³¹² - فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص: 139.

أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن، تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناء على طلب أحد الطرفين، القيام بالإجراء، أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل".

2- حالة الاختلاف في الإجراءات التحكيمية

قد يثور نزاع بين الأطراف حول تحديد مدة معينة لاختيار المحكم أو اشتراط أن يكون المحكم من جنسية معينة وفي هذه الحالة يتم اللجوء للمحكمة للفصل في النزاع، هذا الأخير غالبا ما يكون نتيجة غموض في الألفاظ التي يستعملها الأطراف بسبب نقص خبرتهم ودرايتهم في هذا الميدان، ومن أجل تجاوز مثل هذه المشاكل عمدت مجموعة من التشريعات إلى هيكلة مجال التحكيم بصفة عامة وتحديد المصطلحات بدقة حيث اشترط المشرع السعودي على سبيل المثال عرض اتفاق التحكيم على القضاء قبل العملية التحكيمية، وذلك باعتماد وثيقة التحكيم والمصادقة عليها وصدور قرار قضائي مستقلا يتضمن موضوع النزاع وأسماء الخصوم والمحكمين³¹³.

كما يتسع نطاق تدخل القضاء ليشمل الإجراءات والأسس المتعلقة بتعيين المحكمين وكذلك اضطلاع المحكمة مهمة اختيار المحكمين في حالة عدم قيام الغير المعين من الأطراف بهذه المهمة، ونشير هنا إلى أن مجالات تدخل القضاء مرتبطة باختلاف الأطراف حول اختيار المحكمين أو إجراءات هذا الاختيار، أما في حالة اتفاقهم فلا مسوغ لتدخل القضاء في الإجراءات التحكيمية³¹⁴.

مما سبق نخلص إلى أن تدخل القضاء في تشكيل الهيئة التحكيمية يستدعي توافر مجموعة من الضوابط لعل أهمها وجود نزاع بين الخصوم حول اختيار المحكمين وهو ما يعني توفر المصلحة في طلب الأمر من القضاء بالتدخل، أضف إلى ذلك ضرورة صدور قرارات المحكمة على وجه السرعة وهو ما يكرس خصوصية وميزة التحكيم من حيث سرعة البت في النزاعات، علاوة على ذلك فقد ذهبت جل التشريعات إلى إقرار مبدأ عدم قابلية قرار المحكمة باختيار المحكمين للطعن ومنها التشريع المغربي في قانون 08-05 في مادته 327-04 وهو نفس المقتضى الذي أكدته المشرع المصري في المادة 17 من القانون رقم 27 لسنة 1994 وكذلك المشرع السعودي في مادته 4 وذلك تحقيقا لمبدأ السرعة المتطلبة في التحكيم كمؤسسة بديلة لحل النزاعات.

³¹³ - انظر المادتين 5 و6 من القانون السعودي.

³¹⁴ - رضا السيد عبد الحميد، م.س، ص: 39.

الفرع الثاني: تجريح المحكم أو عزله أو رده

لقد رسم القانون للمحكم ما رسمه للقاضي بصدد حماية مظهر الحياد الذي يجب أن يتحلى به، وإذا كان - كقاعدة عامة - يتطلب من القاضي غير ما يتطلب من المحكم لأن الأول يحمي مظهر العدالة بإسم الدولة، بينما الآخر يحمي أساسا الحياد في نطاق الخصومة القائمة أمامه. وبما أن القاضي والمحكم يشتركان في التمسك بالمبادئ الأساسية للتقاضي، فإنه تأسيسا على ذلك يجب على المحكم الابتعاد عن كل ما يمس بحياده واستقلاله، ومن ثم سوف نتعرض لمعالجة مفهوم التجريح بالنسبة للمحكمين (في الفقرة الأولى)، وآليات ذلك التجريح (في الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم تجريح المحكمين أو الرد

قد يتعرض المحكم بعد تعيينه لأحد أسباب التجريح من قبل أحد الأطراف مما يتعين عليه التنحي، وقد تعرضت مختلف التشريعات لتجريح المحكم.

فتجريح المحكمين وردت بشأنه عدة تعاريف في أوساط الفقه، فمنها ما يقصد برد المحكم أن يعبر أحد الأطراف خصومة التحكيم عن إرادته طبقا لإجراءات معينة في عدم الامتثال أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون وطبقا للشروط التي رسمها³¹⁵.

إن رد المحكمين ليس من الأمور النادرة في الميدان العملي³¹⁶، ومن مبررات الرد الشائعة في المجال التجاري وجود علاقات عمل سابقة بين المحكم وأحد الخصوم أو اتجاه النية إلى إنشاء مثل هذه العلاقات في المستقبل القريب، يتضح في هذا الصدد أنه لا يكفي تبرير الرد مجرد وجود هذه العلاقات بين المحكم والخصم لأن وجودها لا غرابة ولا شذوذ فيه نظرا لأن المحكمين يكونون في الغالب من التجار ورجال الأعمال الذين تربطهم بمختلف المنشآت التجارية صلات أعمال عديدة، إنما الذي يبرر الرد هي العلاقة المؤكدة التي توحى في ضمير المحكمة بالشك في حيده المحكم، وعلى هذا الأساس حكم قبول طلب رد محكم سبق أن أعطي أحد الخصوم فتوى في موضوع النزاع³¹⁷.

كما حدد المشرع المغربي أسباب تجريح أو رد المحكم وفق حالات محددة والمدرجة في الفصل 323 من نفس القانون بقوله:

³¹⁵ - أحمد عبد المنعم: حدود الرقابة القضائية على التحكم الداخلي في منازعات العقود ط. 2002، ص: 160.

³¹⁶ - لا تحدد بعض التشريعات ميعادا لتقديم طلب الرد وتترك الأمر لتقدير المحكمة، فإذا تبين أن الخصم كان على علم بسبب الرد ولم يقدم الطلب عند البدء بالإجراءات فقد تستخلص المحكمة من ذلك نزوله عن الرد.

³¹⁷ - استئناف باريس 30 ابريل 1969 مجلة التحكيم 1969 ص: 36.

" يمكن تجريح المحكم إذا:

- 1- صدر في حقه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أحد الأفعال المبينة في الفصل 320 أعلاه.
- 2- كانت له أو لزوجته أو لأصوله أو لفروعه مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع.
- 3- كانت قرابة أو مصاهرة تجمع بينه أو زوجته و بين أحد الأطراف إلى درجة أبناء عمومة الأشقاء.
- 4- كانت هناك دعوى جارية أو دعوى منتهية في أقل من سنتين بين أحد الأطراف و المحكم أو زوجته أو أحد الأصول أو الفروع.
- 5- كان المحكم دائنا أو مدينا لأحد الأطراف.
- 6- سبق أن خاصم أو مثل غيره أو حضر كشاهد في النزاع.
- 7- تصرف بوصفه الممثل الشرعي لأحد الأطراف.
- 8- كانت توجد علاقة تبعية بين المحكم أو زوجته أو أصوله أو فروعه و بين أحد الأطراف أو زوجته أو أصوله أو روعه.
- 9- كانت صداقة أو عداوة بادية بينه و بين أحد الأطراف..."

فالمشرع المغربي لم يتعرض لحالات تجريح المحكمين، بل اكتفى بإمكانية تجريحهم لسبب نشأ بعد التعيين، مما يعنى استبعاد السبب الذي كان موجودا قبل تعيين المحكم، وطبقا للفصل 327-7 من ق.ت.م 08/05 فإنه ينص على ما يلي: "يتعين على المحكم الذي يعلم بوجود أحد أسباب التجريح في نفسه أن يشعر الأطراف بذلك وفي هذه الحالة لا يجوز له قبول مهمته إلا بعد موافقة الأطراف"³¹⁸.

ذلك أن المشرع المغربي أخذ بإعمال نفس أحكام تجريح القضاة ويتعين تبعا لسكوت المشرع عن بيان أسباب التجريح.

وبالرجوع إلى مسطرة تجريح القضاة، نجد أنه إذا تعلق الأمر بقاض محكمة ابتدائية يرفع طلب التجريح إلى محكمة الاستئناف لكن الأسباب المبررة لتدخل محكمة الاستئناف باعتبارها أعلى درجة بالنسبة للقاضي المطلوب تجريحه لا تنطبق على تجريح المحكم، وبالتالي يمكن القول أن المحكمة الابتدائية هي المختصة بدلا عن المحكمة الاستئنافية في تجريح محكم ما³¹⁹،

³¹⁸ - الفصل 327-7 من قانون 08/05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية

³¹⁹ - ليلي بن جلون: التحكيم التجاري في القانون المغربي، ص: 413.

لكن بإصدار القانون الجديد³²⁰ يكون المشرع قد تلافى بعض النقص الذي كان يشوب أو يعتري مسار التحكيم وما يترتب عن ذلك من تجريح للمحكّمين، هذا ويختص رئيس المحكمة بالبت في الصعوبات الناتجة عن تجريح أو عزل المحكّمين بأمر غير قابل للطعن في إطار مسطرة تواجيهه³²¹ طبقا للفصل 327/8 من قانون 08/05³²².

ذلك أن الهدف من تدخل القضاء هو تشكيل هيئة التحكيم أو استكمال النقض فيها أو وضع حل للمحكمة التي تتعرض تشكيّلها وعندما يقوم القضاء بتعيين الحالات التي يسمح له فيها القانون بذلك، فإنه يجب أن تتوافر في الحكم الذي يعينه الشروط التي يتطلبها القانون والتي اتفق عليها الأطراف³²³.

بالنسبة لقواعد تحكيم اليونسترال، فقد فصلت في أسباب كيفية رد المحكّمين، و لم تجعل البت في ذلك من اختصاص القضاء، بل جعلت الأمر متروكا للمحكم الذي يراود رده لكي يتنحى أو أن سلطة التعيين هي التي تكون مختصة في إصدار قرار الرد³²⁴.

كما جاء في المادة (12) من قانون اليونسترال على أنه: " لا يجوز رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده، أو استقلاله أو إذا لم يكن حائزا لمؤهلات اتفق عليها الطرفان و لا يجوز لأي طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين هذا المحكم".

كما تضمن قانون التحكيم المصري النص على تجريح المحكم أو رده، و إن كان نص المشرع المصري جاء مطلقا و هو "فقدان المحكم للحيدة و الاستقلال"³²⁵، فبالتالي يجوز رد المحكم لسبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها بالمادتين (146 و 148) من قانون المرافعات المصري³²⁶.

الفقرة الثانية: آليات تجريح المحكّمين

يرى أحد الفقهاء أن طلب رد المحكم أو تجريحه ليس له شكل خاص وبالتالي يمكن أن يتم عن طريق تقرير أو عريضة دعوى، أو طلب شرط أن يعلن وإذا كانت المحكمة قد انتهت

³²⁰ - قانون التحكيم المغربي رقم 08-05.

³²¹ - انظر عبد المجيد اغميجة، قراءة مشروع مدونة التحكيم "مداخله في ندوة الطرف البديلة في لتسوية المنازعات منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية سلسلة الندوات والايام الدراسية، العدد 2 / 2004.

³²² - ينص الفصل 8-327 من قانون 08-05 الفقرة الأخيرة ترفع الصعوبات الناتجة عن تجريح أو عزل المحكّمين إلى رئيس المحكمة الذي يأمر غير هائل للطعن في إطار مسطرة

³²³ - رضا السيد عبد المجيد: م.س، ص: 42.

³²⁴ - المواد 10، 11، 12 من قواعد اليونسترال سنة 2010. م.ل. ت. ع. د، ع. 53، ص 65.

³²⁵ - جاء في المادة 1/18 من قانون التحكيم المصري أنه: "لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده أو استقلاله".

³²⁶ - علي عوض حسن: التحكيم الاختياري و الإجباري في المنازعات المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، 2001، ص: 106.

إلى جواز الرد عن طريق الطلب أو التقرير فإنها قد وصلت إلى نتيجة سليمة وإن كانت أسبابها القانونية غير صحيحة³²⁷، بينما يرى جانب آخر من الفقهاء أن الإجراءات الواجبة الإلتفاع في نظر الخصومة بطلب الرد أو عدم الصلاحية أو في الطعن، فالحكم الصادر منها هي الإجراءات العامة والمعتادة لرفع الدعوى معتبرا طلب الرد يقدم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى³²⁸.

ذلك أن طلب الرد أو التجريح بالنسبة للمحكم أو أحد المحكمين يوجب إيقاف إجراءات التحكيم شأنها شأن توقيف الخصومة أمام القاضي المطلوب رده من عدم السير في خصومة التحكيم لحين الفصل في طلب الرد من قبل المحكمة المختصة لعدة اعتبارات منها:

- أنه لن يستغرق الفصل في طلب رد المحكمين وقتا طويلا تخشى معه إطالة أمد الفصل في الدعوى.

- توفير الجهد والمال الذي يبذل في حال الاستمرار في الإجراءات، والتي قد يصدر حكم التحكيم خلالها ومن تم تلغى من قبل المحكمة المختصة استنادا إلى حكم رد المحكم وهو ما سيحدث أضرارا بالغة لجميع أطراف خصومة التحكيم³²⁹، وقد نحا القضاء المغربي في هذا الصدد المنحى نفسه من خلال قرار اعتبر فيه أن "تجريح المحكم يترتب عليه توقف الخصومة إلى حين الفصل في طلب التجريح وأن هذا الوقف يتم دون حاجة لحكم يقضى بذلك، كما يوقف الميعاد المقرر للتحكيم إلى حين البت في طلب التجريح بحكم نهائي، وأن صدور مقرر تحكيمي من هيئة تحكيم شارك فيها محكم تم تجريحه بمقتضى حكم أصبح نهائيا يجعله باطلا لا يمكن تصحيحه بحضور الخصوم أمامه أو الإدلاء بطلبات موضوعية"³³⁰. ويبقى دور القضاء أساسيا فيما يصدره من أحكام متعلقة برد أو تجريح المحكم أو المحكمين والتي يمكن حصرها في فرضين:

الأول: أن تفرض المحكمة طلب الرد بعد أن تتأكد من حياد المحكم واستقلاله وبالتالي يستمر المحكم في أداء مهمته التي لم يتوقف عن أدائها.

الثاني: أن تقبل المحكمة طلب الرد ويترتب على ذلك اعتبار ما قد تم من إجراءات بما في ذلك حكم المحكمين الذي يعد كان لم يكن، وهذا الأمر يعكس حدود ولاية القضاء على التحكيم فيما يترتب على حكم المحكمة من آثار بعيدة المدى على العملية التحكيمية³³¹، على اعتبار أن مهمة وهدف القضاء وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ الفعال هذا من جهة، ومن جهة أخرى

³²⁷ - عزمي عبد الفتاح: إجراءات رد المحكم، مجلة الحقوق الكويتية العدد الرابع، الطبعة الثانية 1994، ص: 525.

³²⁸ - أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة 5 الإسكندرية 2000، ص: 167.

³²⁹ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الحنبلي: التحكيم في القوانين العربية، ط. 2006، ص: 282.

³³⁰ - قرار صدر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 93/1559 بتاريخ 1995/1/8م.

³³¹ - حفيظة السيد الحداد: الإجراءات الوقتية والتحفظية والمنازعات الخاصة الدولية، مطبعة الانتصار، 1996، ص: 3.

فإن تدخل القضاء قد يكون أساسه تحقيق غاية أخرى تتمثل في ضمان فعالية التحكيم كتدخله في إصدار الإجراءات الوقتية والتحفطية والإجراءات الأخرى المتعلقة بفعالية إجراءات التحكيم.

ويتم في غالبية التشريعات إسناد الاختصاص للقضاء للنظر في طلب الرد، حيث يترتب على هذا الأمر توقف هيئة التحكيم عن نظر النزاع لحين البت في طلب الرد، وهذا الأمر قد يسبب عرقلة إجراءات التحكيم من قبل الطرف سيئ النية الذي قد يسعى إلى المماطلة.

أيضا فيما لو تم النظر في الطلب من قبل هيئة التحكيم، فإن هذا الأمر يصعب اقتناع الخصم الذي فقد الثقة في هيئة التحكيم أو أحد أعضائها بالسير في الإجراءات حتى يصدر القرار، ويكون النظر في طلب الرد من قبل المحكمة المختصة بنظر الدعوى كما نص على ذلك التشريع المصري.

وهناك وقائع أخرى تعد حلولها مثار جدل بين التشريعات حيث قد يتفق الأطراف على عزل المحكم أو قد يتوفى أو قد ينسحب أو يمرض، وهذا يترتب عليه إنهاء اتفاق التحكيم وما تم من إجراءات لأن اختيار المحكم يكون قائما على الاعتبار الشخصي.

لكن هذا الأمر لا يتناسب مع المعاملات التجارية الدولية لأن اختيار المحكمين يكون في الغالب من قوائم تضعها مؤسسات تحكيمية ولا يعرفها الأطراف المحكمين، بالإضافة إلى أن مصالح التجارة الدولية لا يجب أن تترك لظروف يحكمها القدر، وعليه عالجت بعض لوائح المنظمات الدائمة هذا الأمر من خلال عدة حلول كالاكتفاء بالمحكمين الباقين ولكن تثار الصعوبة إذا كان العدد المتبقي زوجيا وكان القانون الواجب التطبيق يشترط أن يكون العدد وترا. كما أشرنا سابقا، وقد يتم اللجوء إلى المحكمة لتعيين محكم.

كما أن من المواضيع التي تتعلق بالهيئة أنه قد تتغير هيئة التحكيم وذلك بالرد أو الوفاة لأحد المحكمين أو استبداله وبالتالي تتأثر إجراءات التحكيم تلقائيا بسبب هذا التغير، على الرغم من أن القانون المصري لم يعالج هذه المسألة بالإضافة إلى القانون النموذجي، فالأمر هنا متروك لاتفاق الأطراف أو تخول به هيئة التحكيم، في حين أن قواعد الأونسترال التي يطبقها المركز الإقليمي بالقاهرة قد نصت المادة (14) منها على وجوب إعادة الإجراءات إذا كان المحكم واحدا أو تم تغيير رئيس المحكمة أما في حال تغير أحد الأعضاء فالأمر متروك لتقدير محكمة التحكيم.

وقد نصت المادة (482) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس على ترك الأمر لتقدير المحكمة بعد استشارة وتشاور الأطراف³³².

³³² - نصت المادة (27) من القانون النموذجي على إمكانية اتفاق الأطراف بموافقة الهيئة على طلب المساعدة من قضاء الدولة للحصول على الأدلة وهو نص لم يرد ما يقابله في القانون المصري أو الفلسطيني.

المبحث الثاني: الإجراءات الوقتية والتحفظية ووسائل الإثبات

من بين أهم المسائل الإجرائية المتبعة في مرحلة الخصومة التحكيمية ما يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية ووسائل الإثبات، باعتبار أن طبيعة عمل المحكم ذو صبغة خاصة تفتقر لعنصر الإلزام تجاه الطرف المماطل أو المتحايل، فغالبا ما يتم الاستعانة بتدخل القضاء في هذا المجال لصيرورة العملية التحكيمية لنهايتها.

بناء على ذلك، سنناقش الإجراءات الوقتية والتحفظية، وكذا وسائل الإثبات.

المطلب الأول : الإجراءات الوقتية والتحفظية

عالجت مختلف القوانين الحديثة الصادرة في العديد من الدول والمنظمة للتحكيم سواء أكان تحكيما داخليا أو دوليا مسألة مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بشأن المنازعات المتفق على حسم موضوعها بواسطة التحكيم، وكيفية توزيع الاختصاص باتخاذ هذه الإجراءات بين كل من القضاء و التحكيم³³³.

إن الحصول على إجراءات وقتية و تحفظية في نطاق التحكيم ليست مسألة هينة بل تعترىها عدة مصاعب، على أن عددا من الشراح يعتبرون و عن صواب أن طرح هذه المسألة بالحدة و الأهمية التي تعرفها هو برهان قوي على الرغبة في تمكين أداء التحكيم التجاري الدولي لدوره كنظام "قضائي" عالمي يعلو فوق النظم القضائية الوطنية³³⁴.

من التعاريف للتدابير المؤقتة أو التحفظية "بأنها مجموعة من التدابير أو الإجراءات المؤقتة التي تتميز عادة بطابعها المستعجل، والتي تأمر بها المحكمة القضائية أو التحكيمية الدولية أو هيئة أو مركز للتحكيم التجاري الدولي، وذلك بصدد نزاع مطروح أمامها بهدف المحافظة على حقوق طرفي النزاع أو أحدهما، أو لمنع تفاقم النزاع أو للإبقاء على الحالة الراهنة له، أو لضمان تنفيذ الحكم النهائي، وذلك لحين الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الشيء المقضي به، أو الوصول إلى تسوية نهائية له"³³⁵.

لا ريب في أن هذه الإجراءات الوقتية و التحفظية تتميز بأنها تساهم في التنفيذ الجبري ولها أثرها الفوري والوقتي، ونظرا لأن التنفيذ الجبري قاصر على الدولة كأثر لاضطلاعها بعبء إقامة العدالة، فلأجل هذا فإن مسألة معرفة ما إذا كان المحكم يملك سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية مسألة لا طائل من ورائها لأول وهلة لافتقاره لسلطة الأمر³³⁶.

³³³ - الحداد، حفيظة: مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية.دون ط. الاسكندرية. دار الفكر. الجامعي .

دون سنة نشر، ص 48

³³⁴ - أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 7 .

³³⁵ - انظر عبد العزيز مخيمر عبد الهادي: القضاء المستعجل، جامعة الكويت 1996، ص 15-18.

³³⁶ - محمد شحاته: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، 1993، ص: 180.

لأجل ذلك يعتبر التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات ضرورة لابد من توافرها، ويتجلى ذلك من خلال طلب المحكم المساعدة في الحصول على الأدلة، بالإضافة إلى المسائل الأولية والإجراءات التحفظية والوقائية التي تخرج عن نطاق اختصاص هيئات التحكيم³³⁷.

وتبعاً لذلك، فإنه يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين بموافقتها طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة، للحصول على أدلة وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة، ويجوز للمحكمة أن تستجيب للطلب في حدود سلطتها المخولة لها وطبقاً للقواعد القانونية التي تطبقها والخاصة بالحصول على الأدلة.

في هذا الإطار نص الفصل 327-15 في الفقرة الثانية منه من ق. ت. م. رقم 08-05 على أنه: "إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، يجوز للطرف الذي صدر الأمر لصالحه اللجوء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ".

كذلك تضمنت مقتضيات **لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس** على أنه "يجوز للأطراف قبل تسليم ملف الدعوى إلى المحكم، و استثناء من ذلك بعد تسليمهم إياه، الحق في طلب اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية من السلطة القضائية، وذلك دون أن يُشكل هذا الأمر مخالفة أو انتهاكاً لاتفاق التحكيم الذي يجمع بين الأطراف ودون المساس بالسلطة المحجوزة للمحكم في هذا الشأن"³³⁸.

نفس الشيء في المادة 24/1 من قانون التحكيم المصري التي نصت على أن "يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به".

وعليه فإن شكل الإجراء المراد تنفيذه بمقتضى المساعدة القضائية يخضع لقانون القاضي المراد منه تنفيذها، وذلك تطبيقاً لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، ويجب أن يكون موضوع المساعدة مسألة مدنية، أو تجارية، أو مسألة مقررة، بموجب معاهدة دولية³³⁹، لأن الهيئة هي التي تقرر الحاجة إلى المساعدة القضائية سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب

³³⁷ - نظراً لأن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإلزام التي يملكها القاضي فمن المتوقع أن تجاهل من صدر ضده الأمر أن يتمتع عن تنفيذ الحكم الصادر بحقه لذلك نصت المادة 24 يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به، ونصت الفقرة الثانية أنه إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف أن يطلب من رئيس المحكمة الأمر بالتنفيذ. عبد التواب، معوض: المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، ط. 1. الإسكندرية. دار الفكر الجامعي 1997.

338 - المادة 2/23 من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس.

339 - يجوز لهيئة التحكيم أثناء نظر النزاع أن تصدر أمراً باتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد أطراف التحكيم إذا نص اتفاق التحكيم على ذلك ويكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة، ويجري تنفيذه بذات الطريق الذي تنفذ به الأحكام والقرارات القضائية.

الأطراف، فإن لها في نفس الوقت أن تعدل عن طلبها متى وجدت من الأدلة ما يغني عن تنفيذ المسألة موضوع الطلب أو تبين لها أن هذا الأجراء أصبح غير منتج في الخصومة لتوفر أدلة أخرى مكانه.

بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم سواء أكان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي - قواعد الأمم المتحدة - أو كان هذا القانون قد تم اختياره بمعرفة الأطراف أو حدد عن طريق التركيز الموضوعي للإجراءات، فإن هذا القانون هو الذي يحدد سائر المواضيع المتعلقة بالإجراءات من حيث شروط المحكم والجلسات والدفع والطلبات وعوارض الخصومة وغيرها من الجزئيات المتعلقة بهذا الموضوع³⁴⁰.

أما فيما يتعلق بالتقادم فإنه يتم الرجوع فيه إلى القانون الذي يحكم الموضوع، أيضا تحديد صفه الخصوم وأهليتهم في التقاضي والنيابة في التقاضي تعد من المسائل الموضوعية.

الفرع الأول: وسائل الإثبات

الإثبات هو تكوين اقتناع القاضي أو المحكم بشأن وجود أو عدم وجود واقعة قانونية متعلقة بالدعوى، والإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء والتحكيم بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها، وتظهر أهمية الإثبات أمام القضاء أو المحكم فإن استطاع صاحب الحق إثباته كان الحكم له.

كما أن "محل الإثبات، يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع باعتبار أن تحديد محل الإثبات يعتبر أمرا فاصلا في موضوع خصومة التحكيم، وكذلك فإن هذا القانون هو الذي يحدد الخصم الذي يقع على عاتقه عبء إثبات الحق المدعى به، ومدى مشروعية الاتفاقات بين الأفراد المعدلة لنقل الإثبات.

كذلك فإن عبء الإثبات، يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع باعتبار أن تنظيم الأدلة يعود إلى ترتيب القانون ذاته، سواء تعلق الأمر بإثبات واقعة ايجابية مثل الفعل الضار، أم واقعة سلبية مثل انتفاء الإهمال في تنفيذ الالتزام³⁴¹.

هذا وإن أدلة الإثبات فإنها مقرونة باتفاق الأطراف إما إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات، وإما أن تقوم الهيئة باختيار قانون معين لتطبيقه على قواعد الإثبات.

لم تعالج نصوص القانون المصري حالة طلب أحد الأطراف إلزام خصمه بتقديم دليل أو مستند تحت يده، ذلك على عكس القانون الفرنسي الذي خول الهيئة إمكانية إصدار أمر لأحد الأطراف بتقديم ما تحت يده من عناصر الإثبات إذا طلب الطرف الآخر ذلك³⁴².

340 - عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية م.س، ص: 153 .

341 - انظر م.س، ص: 152

ولا صعوبة إذا عالج الأطراف تنظيم المسألة في اتفاقهم، واتفقا مثلا على جواز الالتجاء للقضاء لاستخدام سلطاته وفقا لقانون الإثبات وترتيب آثار امتناع الخصوم عن تقديم الدليل، وفقا لنصوص المواد 20 وما بعدها من قانون الإثبات المصري، كما يجوز الاتفاق على اعتبار الامتناع تسليما بصحة ما يدعيه الطرف الآخر³⁴³.

وقد نصت المادة 19 من قانون الأونسترال وفق الصيغة الجديدة في الفقرة الأخيرة على ما يلي: "... وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع و جدواها و أهميتها"³⁴⁴.

إلا أنه و رغم الصلاحيات التي تتمتع بها الهيئات التحكيمية، والتي تمكنها من الحصول على أدلة الإثبات في موضوع النزاع المطروح عليها، فإنها تصطدم مع عدم تمتع هيئة التحكيم بسلطة الإلزام مما يجعلها دائما في حاجة إلى القضاء للحصول على أدلة الإثبات أثناء سير الخصومة (أولا) وكذلك طلب الهيئة التحكيمية من المحكمة الإنابة القضائية (ثانيا)

- و فيما يخص استدعاء الشهود وسماعهم: فلا بد من الإشارة إلى أن قانون المسطرة المدنية المغربية لم تتعرض لإجراءات الشهادة في ميدان التحكيم، وهذا على خلاف قانون 08-05 المتعلق بالتحكيم والذي تطرق إلى استدعاء الشهود وسماعهم من خلال الفصول 10-327، 11-327، 12-327.

فمن خلال هذه الفصول يتبين لنا بأن المشرع أعطى للهيئة التحكيمية صلاحية القيام بجميع إجراءات التحقيق وذلك بالاستماع إلى الشهود وتعيين الخبراء أو أي إجراء آخر³⁴⁵، إلا أن الإشكال المطروح الذي لم يتطرق إليه المشرع وهو في حالة امتناع الشاهد عن الحضور، أو حضوره وامتناعه عن الشهادة أو عدم إجابته عن الأسئلة التي توجهها إليه هيئة التحكيم، ففي هذه الحالة لا يكون أمام الهيئة سوى اللجوء إلى القضاء لإلزام الشهود بالحضور أو توقيع الجزاءات المنصوص عليها في قانون الإثبات في حالة الامتناع عن الحضور والإجابة عن أسئلة الهيئة، وهو ما أقره المشرع المصري³⁴⁶ وأغفله المشرع المغربي.

أما ما يتعلق بسماع الشهود فقد نص الفصل 10-327 من الفقرة الثانية على أنه: لا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك.

³⁴² - من قانون المرافعات الفرنسي . المادة 1460 .

³⁴³ - بريري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 115 .

³⁴⁴ - قانون نموذجي وفق صيغة 2010 المنقحة، منشور بالمجلة اللبنانية لتحكيم العربي و الدولي، ع.53، م.س، ص 56.

³⁴⁵ - الفقرة الأولى من الفصل 11-327 من قانون المسطرة المدنية المعدل 08-05.

³⁴⁶ - نصت المادة 37 من قانون التحكيم المصري على أنه: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون ببناء على طلب هيئة التحكيم بما يلي: (أ) الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور لو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها ف المادتين 78 و 80 من قانون الإثبات المواد المدنية التجارية."

فالمحكم يتمتع بسلطة واسعة في الإثبات فله أيضا الحق في سماع الشهود بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه عملا بالفصول³⁴⁷ 10-11-12 من قانون 05-08.

وإذا اتفق الأطراف في التحكيم أو اتفاق مستقل على تحديد شهود بشخصيتهم كان المحكم ملزم بذلك ويستطيع المحكم سماع في غيبة الخصوم وإذا كان الأمر كذلك فعليه كتابة محضر بذلك وأن يمكن الخصوم من الاطلاع على موضوعها، إعلانهم بمضمون الشهادة وإلا كان ذلك إخلال بمبدأ المواجهة³⁴⁸.

- بالنسبة لإجبار الخصم الغير بتقديم مستند تحت يده: فتعتبر المستندات من أهم وسائل الإثبات، نظرا لما تتضمنه من بيانات ومعلومات تعين المحكم على إظهار وجه الحق في النزاع المعروض عليه، ويحق للهيئة التحكيمية المضي قدما في إجراءات التحكيم وإصدار حكمها استنادا على الأدلة المطروحة إذا رأت كفايتها أمامها. شرط ألا يخل ذلك بحقوق الطرفين، خصوصا وقد أعطى المشرع قانون المسطرة المدنية رقم 05 - 08 المغربي الصلاحية لهيئة التحكيم القيام بجميع إجراءات التحقيق بالاستماع الى الشهود او بتعيين خبراء أو...³⁴⁹، كما رقم 05-08 المغربي الصلاحية لهيئة التحكيم بالقيام بجميع إجراءات التحقيق بالاستماع إلى الشهود من صلاحية هيئة التحكيم بأن خول لها سلطة الأمر على الطرف الذي يملك وسيلة إثبات تحت يده³⁵⁰.

إلا أن المشرع في قانون 05-08 أغفل الحالة التي يتمتع فيها أحد الأطراف من الامتثال إلى أمر هيئة التحكيم ومع ذلك فإن واقع الحال لا يمنع هيئة التحكيم من طلب المساعدة من القضاء لتحقيق هذا الأمر باعتبار أن سلطة الأمر الفعلية هي بيد القضاء، وتلك الممنوحة لهيئة التحكيم وفق نص الفصل 11/327 في واقع الأمر ما هي إلا سلطة معنوية.

- بالنسبة للإنابة القضائية:

فالإنابة القضائية صورة من صور المساعدة القضائية التي يقدمها القضاء الرسمي لنظام التحكيم أثناء إجراءات مسطرة التحكيم³⁵¹.

المشرع المغربي لم يتعرض للإنابة القضائية في خصومة التحكيم، بينما المشرع المصري نص عليها في المادة الثالثة من التحكيم التي تنص على أنه يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة بالأمر بالإنابة القضائية بناء على طلب التحكيم³⁵².

³⁴⁷ - المادة 37 من قانون التحكيم المصري

³⁴⁸ - نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي، م.س، ص:378...

³⁴⁹ - الفصل 11-327 من قانون المسطرة المدنية المعدل.

³⁵⁰ - الفصل 10-11-327 من قانون المسطرة المدنية المعدل.

³⁵¹ - مروان كركبي: تدخل القضاء في المحاكمة التحكيمية الملتي القضائية للتحكيم، المركز اللبناني للتحكيم، مطبعة صادر 2005،

ص: 41.

³⁵² - للتوسع حول هذا الموضوع يراجع مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، م.س، ص:715.

فضلا عن ما سبق، قد تعترض المحكم أثناء مسطرة التحكيم مسألة خارجة عن حدود ولايته، إما لكونها غير قابلة للتحكيم أصلا، وإما لعدم شمولها في اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة يجوز أن يوقف إجراءات الخصومة أمامه حتى يتم الفصل فيها من قبل المحكمة المختصة³⁵³.

يترتب عن وقف سير الإجراءات سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم، والتطبيقات في هذه الحالة عديدة أبرزها كأن يعرض خلال مسطرة التحكيم مسائل جنائية كالطعن بالتزوير في ورقة قدمت لهيئة التحكيم أو اتخذت إجراءات جنائية على تزويرها أو عن فعل جنائي آخر.³⁵⁴

- الأمر بإجراءات الطعن بالتزوير وتحقيق الخطوط:-

إذا حدث أثناء مسطرة التحكيم أن طعن أحد الأطراف بتزوير وثيقة ما، أو وقع حادث جنائي آخر، فإن المحكم ملزم بإيقاف البت في النازلة المعروضة عليه لحين بت المحاكم العادية في الدعوى المعروضة عليها بشأنه بصفة نهائية³⁵⁵.

فالتساؤل المطروح، هل يحق للأطراف منح الهيئة التحكيمية في اتفاق التحكيم السلطة في إجراءات تحقيق الخطوط والادعاء بالتزوير؟

للإجابة على هذا السؤال لابد من الإشارة إلى صورة الدعوى وهي الدعوى الأصلية، والدعوى الفرعية اللتين قد يتخذهما شكل الدعوى.

بالنسبة للدعوى الأصلية، فلا مجال لقيامها أمام هيئة التحكيم لأن ولاية هذه الهيئة قاصرة على النظر في النزاع على الحق الموضوعي³⁵⁶، أما ما يتعلق بالدعوى الفرعية فليس هناك نص في ق.م.م. أو في قانون المسطرة المدنية المعدل 05-08 يجيز ذلك وقد كان المشرع المغربي صريحا لسد الباب أمام هيئة التحكيم بالقيام بإجراء من إجراءات تحقيق الدعوى ويتبين هذا من خلال المادة 313 ق.م.م. التي تنص في فقرتها الثانية على أنه "...ويوقف المحكمون أشغالهم إذا وقع الطعن بالتزوير، ولو مدنيا أو طرأت أثناء التحكيم عوارض جنائية إلى أن تبت المحاكم العادية في المسألة العارضة ويوقف الأجل المحدد ولا يسري من جديد إلا من تاريخ البت فيها نهائيا". إلا أن قانون المسطرة المدنية المغربي رقم 08-05 أعطى الصلاحية للمحكمين من خلال الفصل 11-327 لاتخاذ كل إجراءات التحقيق حيث جاء من آخر الفقرة عبارة "أو أي إجراء آخر" فإذا أخذنا هذه العبارة بالمفهوم الواسع فهذا يعني أن واضعي المشرع المغربي 08-05 لم يقيدوا الهيئة التحكيمية فيما يتعلق بإجراءات التحقيق وبالتالي يمكن أن تدخل في إطارها الإجراءات المتعلقة بالتزوير الفرعي وتحقيق الخطوط، ولم ينص

353 - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، م.س، ص: 253.

354 - أحمد سعيد يحي، دور القضاء في معاوننة التحكيم والرقابة عليه، مجلة التحكيم، العدد 50 أبريل 2004، ص: 27.

355 انظر ليلي بنجلون، التحكم التجاري في القانون المغربي، مجلة المحاكم المغربية، العدد 9، ص 73.

356 - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، م.س، م.س، ص: 697.

المشروع المغربي 05-08 من هذه الفقرة على أن قرارات المحكمين في هذه الحالة تخضع لرقابة القضاء الوطني وتذليلها بالصيغة التنفيذية.

من خلال ما تقدم فإن القانون الذي يتم تحديده بناء على الشكل الذي رأيناه، هو الذي يتحكم في جميع الجزئيات الإجرائية المتعلقة بالعملية التحكيمية بكافة جوانبه.

الفقرة الأولى: القانون الواجب التطبيق على القرار التحكيمي

اعتباراً من أن مبدأ الحرية الإجرائية مطبق في جميع مراحل التحكيم، فإن للأطراف أيضاً الحرية في اختيار مكان صدور الحكم التحكيمي، وكذا اختيار القواعد الإجرائية المتبعة في تنفيذ هذا الحكم والتي ستتبع في حالة وجود سبب من أسباب الطعن في الحكم التحكيم.

بالرغم من ذلك لما كان الحكم التحكيمي حكماً نهائياً حائزاً لقوة الشيء المقضي به فيتعين على الأطراف احترام القرار التحكيمي³⁵⁷ أما تنفيذه فهو اختياري من قبل الطرف المحكوم عليه، وفي هذه الحالة فإن الطرف المحكوم له يلجأ إلى طلب التنفيذ من قبل الجهات المختصة، والعمل على إضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي. ما لم يبادر الطرف الآخر بإثارة الطعن على هذا الحكم التحكيمي.

الفقرة الثانية: ماهية حكم التحكيم

لما كان الحكم التحكيمي حكماً نهائياً شبيهاً بالحكم القضائي فإنه تتطلب فيه مجموعة من الشروط والمقتضيات تتحدد بحسب القواعد الإجرائية المختارة في ذلك، ومن ثم سوف نتعرض لتعريف حكم التحكيم، على أن نتعرض لكيفية صدور حكم التحكيم ومحتوياته وبياناته.

الفقرة الثالثة: تعريف حكم التحكيم ومدلوله

ذهب الأحذب إلى أن "الحكم التحكيمي هو الذي يفصل في حل النزاع أو في نقطة ومطلب من نقاط و مطالب النزاع فصلاً نهائياً، ويكون إلزامياً على أطراف النزاع"³⁵⁸.

كما ذهب اتفاقية نيويورك لبيان مفهوم حكم التحكيم، إذ نصت على أنه يقصد "بأحكام المحكمين" ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات دائمة يحتكم إليها الأطراف³⁵⁹.

³⁵⁷ - حيث ذهب البعض إلى تسمية الحكم بالقرار، إلا أن هذه التسمية ليست من جانب الفقه وإنما هناك بعض التشريعات العربية التي

تبنت هذه التسمية بدلاً من حكم التحكيم. انظر صرخوة يعقوب يوسف: أحكام المحكمين وتنفيذها. دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،

الكويت، 1996 ص 29. وكذلك القانون الفرنسي وقانون الانسترا ل يسميانه بالقرار التحكيمي، الرجوع لنص القانونيين.

³⁶³ - عبد الحميد الأحذب: التحكيم الدولي، الجزء الثاني، م.س، ص: 300.

³⁵⁹ - الفقرة 2 من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك

هذا وقد ذهبت محكمة استئناف باريس في قرار لها صادر بتاريخ 1994/3/25، أعطت فيه تعريفا للحكم التحكيمي في "قضية Sardisud" فقالت بأنه:

"الحكم التحكيمي هو الذي يفصل في النزاع و كل قرار أو تدبير يتخذه المحكمون و لا يكون من أثره فصل جزئي أو كلي للنزاع لا يشكل حكما تحكيميا"³⁶⁰.

فمن خلال بعض التعريفات المشار إليها أعلاه، يمكن إعطاء تعريف مناسب للحكم التحكيمي وفقا للتعريف الذي اعتمده بعض الفقه الفرنسي، و هو أن "الحكم التحكيمي هو كل حكم قطعي في جميع المسائل المعروضة على هيئة التحكيم بما في ذلك موضوع النزاع و كذا الحكم الذي يفصل في مسألة اختصاص هيئة التحكيم أو أي مسألة أخرى تتعلق بالمسطرة، و على العموم فكل حكم تصدره هيئة التحكيم و تصفه بأنه حكما تحكيميا فإنه يعد كذلك"³⁶¹.

الفرع الثاني: أنواع الحكم التحكيمي

تتعدد أنواع الأحكام التحكيمية:

فقد يكون القرار النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع، سواء كان هذا القرار شاملاً لكل النزاع أو لجزء منه، وسواء قبلت هيئة التحكيم طلبات أي من الطرفين كلها أو رفضتها كلها، أو قبلت جزءاً منها ورفضت الجزء الآخر. ففي النزاع المعروض على هيئة التحكيم، قد يطلب أحد الطرفين طلبات معينة يرفضها الآخر كاملة، بل ويتقدم بدعوى متقابلة، وبعد تبادل اللوائح والمذكرات وتقديم البيانات، تحجز الهيئة الدعوى للحكم، وتصدر حكمها النهائي في كل طلبات الطرفين مرة واحدة، وهذا هو الحكم النهائي الشامل³⁶².

إذا كان المعروض على هيئة التحكيم أكثر من نزاع، يمكن لهيئة التحكيم تسوية هذه النزاعات بحكم واحد و هو ما يسمى بالحكم التحكيمي المختلط، أو الفصل بينها وإصدار حكم تحكيم نهائي، في كل نزاع على حدة، ما دام بالإمكان ذلك.

مثاله أن يكون العقد مقاوله بناء تعهد فيه المقاول بتوريد المواد وإنشاء البناء، وكان العقد ينص على شرط تحكيم لتسوية المنازعات، و حصل نزاع بين الطرفين حول أسعار المواد من جهة، ونوعية البناء من جهة أخرى، وتمت إحالته للتحكيم. في هذا المثال، يمكن للمحكم الفصل

³⁶⁰ ياسين غانم: "حكم التحكيم في القوانين العربية و مراكز التحكيم العربية و الاتفاقات الدولية". منشور بمجلة المعيار، عدد 41، يونيو 2009، ص 110.

³⁶¹ - Emanuel. Gaillard : arbitrage commercial international, sentence arbitral . J cl Dr inter Fasc 586 - 9 - 2 n°5.

³⁶² - بالمقارنة، قضي في الكويت بأن العبرة في تكييف الحكم لمضمونه وليس لمجرد ذكر أنه حكم تحكيم. لذا، إذا كانت الأوراق المقدمة على أنها حكم تحكيم، عبارة عن صور فوتوساتية لمستندات تتعلق بالنزاع، ولا تحتوي بأي شكل من الأشكال على مضمون الحكم من أسماء المحكمين وتوقيعهم وأسباب الحكم ومنطوقه، فإن مثل هذه الأوراق لا تعتبر حكماً (تميز الكويت، طعن 419 تجاري، تاريخ 1997/6/23، عدد 25، ص 57).

بمسألة أسعار المواد بحكم، وبمسألة نوعية البناء بحكم آخر، ما دام ذلك ممكناً، أو الفصل بهما معاً بحكم واحد، حسبما يراه المحكم مناسباً. وإذا أصدر حكمه في بعض هذه الخلافات دون الأخرى على النحو المذكور، يكون الحكم قابلاً للطعن والمصادقة والتنفيذ، بمعزل عن الخلافات الأخرى. وتماشياً مع هذا النهج، قضت محكمة النقض السورية، بأن الطرفين في هذه الحالة، ملزمان بتنفيذ الحكم الصادر في أحد الخلافات، ولو لم يصدر المحكم حكمه بباقي الخلافات³⁶³.

قد تفصل هيئة التحكيم ببعض طلبات أحد الطرفين كمسألة أولية، في حين ترجئ البت في الطلبات الأخرى لتفصل بها في وقت لاحق. ومثال ذلك، أن يقوم (أ) بمطالبة (ب) بمليون درهم، فيقر الأخير بأن ذمته مشغولة بمائة ألف درهم فقط دون فوائد، وينازع بالباقي والفوائد، فيطلب (أ) الحكم له بالمائة ألف درهم بقرار أولي نهائي، وتستجيب هيئة التحكيم لذلك، وفي وقت لاحق تصدر قرارها النهائي بباقي المطالبة. ففي هذا الفرض، نكون أمام حكمي تحكيم، يجب أن يتوفر في كل منهما شروط الحكم، كما يخضعان للقواعد الخاصة بأحكام التحكيم، من حيث تصديقها وتنفيذها أو الطعن بها.

وحكم التحكيم، على غرار الحكم القضائي، يجب أن يكون واضحاً وحاسماً خاصة في منطوقه، وفق ما قررته محكمة النقض السورية³⁶⁴، بحيث يبين بصورة لا تدع مجالاً للشك، الواجبات المفروضة على كل من الطرفين والحقوق المعطاة له³⁶⁵، وأن يرد الحكم على كافة طلباتهما (الموضوعية) سلباً أو إيجاباً، وإلا كان عرضة للطعن به، مع اختلاف وسيلة الطعن كما سنرى فيما بعد.

قد يكون حكماً تحكيمياً غائباً، فغياب طرف عن التحكيم لا يفضي إلى شل التحكيم، ولكنه بالمقابل لا يعني أن تسلم المحكمة التحكيمية بكل ما يقوله الطرف الحاضر، ولا يعني أن غيابه هو قرينة على صحة ما يدلي به خصمه الحاضر. والمحكمة التحكيمية ملزمة إذا غاب المدعى عليه، بأن تضاعف دورها في السهر والعناية التيقظ والتدقيق في النقاط القانونية المطروحة والوقائع المدلى بها، وأن تلعب دور محامي مع الطرف الحاضر، بحيث تسأله وتدقق في كل نقطة يدلي بها طالما أن الطرف الآخر غائب ولا يسأله...³⁶⁶.

والاجتهاد القضائي الذي يراقب الحكم التحكيمي الصادر في غياب طرف و لا يجوز إبطال الحكم التحكيمي الغيابي، فمحكمة استئناف باريس في إحدى قراراتها لاحظت أن التبليغات قد تمت وفقاً للأصول و بواسطة بريد خاص، وبالتالي فإن الطرف المتغيب قد جرى إبلاغه أصولاً، وبالتالي فإن قاعدة الوجاهية قد طبقت طالما أن المدعى عليه تبلغ و امتنع بكامل إرادته

³⁴³ - نقض مدني سوري، تاريخ 1953/1/24، ضاحي وبدر، ج1، رقم 1193.

³⁴⁴ - نقض مدني سوري، رقم 4468، في 1955/12/26 (ضاحي وبدر، ج1، رقم 1156).

³⁴⁵ - وبالمقارنة، قضى في مصر بأنه إذا حدد شرط التحكيم في وثيقة التأمين، أن مهمة المحكم إثبات الأضرار والخسائر الناشئة عن الحادث المؤمن ضده وتقدير قيمتها، فليس للمحكم صلاحية إلزام شركة التأمين بدفع التعويض الناجم عن ذلك للمؤمن له، وإنما يكون ذلك من صلاحية القضاء (استئناف القاهرة 2003/2/26، المجلة اللبنانية، ع. 32، ص 22).

³⁶⁶ عبد الحميد الأحدب: التحكيم الدولي، الجزء الثاني، م.س، ص: 307.

عن حضور جلسات المحاكمة التحكيمية، وردت المحكمة الاستئنافية طلب إبطال الحكم التحكيمي الغيابي³⁶⁷.

من ناحية أخرى، تصدر هيئة التحكيم قرارات كثيرة أثناء الإجراءات، ويشمل ذلك مختلف القرارات الوقتية أو الجزئية أو الإجرائية، وهي ما يسمى بالأحكام الوقتية مثل القرارات الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ومكان التحكيم، والاستماع للشهود، واللجوء للخبرة، ولغة التحكيم بما في ذلك لغة البيانات وكيفية تقديمها، وتبادل المذكرات واللوائح وتواريخ تقديمها، والجدول الزمني للسير في إجراءات التحكيم. ومثل هذه القرارات التي لا تمس موضوع النزاع لا تعتبر، كما نرى، قرارات تحكيم، وبالتالي لا يشترط أن يتوفر بها شروط الحكم، كما أنه لا يجوز الطعن بها بصورة مستقلة عن الحكم النهائي. والمسألة بالنسبة للقرارات الإجرائية البحتة، متفق عليها ولا خلاف حولها، مثل القرار بقبول بينة أو رفضها، أو تحديد مواعيد لجلسات المحاكمة، أو تحديد لغة ومكان التحكيم، أو رفض أو قبول طلب أحد الطرفين بتقديم مذكرة. وكقاعدة عامة، فإن هيئة التحكيم لها صلاحية الرجوع عن القرار الإجرائي البحت، بافتراض أن مثل هذا الرجوع له ما يبرره³⁶⁸، في حين ليس لها ذلك في حكم التحكيم النهائي كقاعدة عامة.

المطلب الثاني: كيفية صدور حكم التحكيم

لمعرفة كيفية صدور حكم التحكيم، سوف نتعرض للإجراءات اللازمة لإصدار الحكم التحكيمي وفق التشريعات المقارنة، ثم للإجراءات المتبعة لإصدار الحكم التحكيمي وفق قانون الإمارات العربية.

الفرع الأول: الإجراءات اللازمة لإصدار الحكم التحكيمي وفق التشريعات المقارنة.

هناك مجموعة من البيانات اللازم توافرها في الحكم التحكيمي وفق غالبية التشريعات المنظمة للتحكيم والتي يجمع على أحكامها:

1- كتابة الحكم التحكيمي:

يتبين من المادتين (41 و 42) من قانون التحكيم المصري، بأن الحكم يجب أن يكون مكتوباً، وأن يصدر بالإجماع أو بأكثرية الآراء، وفي حال عدم توفر الأغلبية، يصدر الحكم من رئيس هيئة التحكيم منفرداً، وأن يتضمن كتابة أسماء أعضاء هيئة التحكيم، وأسماء الخصوم وعناوينهم وصفاتهم وجنسياتهم، وتسبب الحكم، وصورة من اتفاق التحكيم، وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم، ومنطوق الحكم، وتاريخ ومكان إصداره، وتوقيع المحكمين عليه. هذه الشروط هي الحد الأدنى التي يجب توفرها في حكم التحكيم.

³⁶⁷ - عبد الحميد الأحمد: التحكيم الدولي، الجزء الثاني، م.س، ص: 307.

³⁴⁸ - حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، فقرة 433-434.

وعليه، يمكن إضافة بيانات أخرى في الحكم، سواء بناءً على اتفاق الأطراف، أو من المحكمين دون حاجة لاتفاق، مثل ملخص لإجراءات التقاضي والجلسات، وأسماء وعناوين وجنسية ممثلي أطراف النزاع.

تعتبر كتابة الحكم شرط جوهري لقيام الحكم، بحيث يؤدي تخلفه لا إلى التأثير في مضمون الحكم فحسب، بل إلى عدم معرفة هذا المضمون، لدرجة انعدام الحكم. ولا يكفي لاعتبار الحكم مكتوباً الحصول مثلاً على إقرار من المحكمين بأنه سبق لهم وأصدروا حكماً شفوياً بمضمون معين، لصالح أحد الأشخاص ضد شخص آخر، في ضوء المستندات والبيانات الأخرى المقدمة في الدعوى التحكيمية، أو تسجيل الحكم الشفوي على شريط مسجل أو فيديو. كما أن شرط توقيع الحكم من المحكمين، مما هو منصوص عليه في القوانين العربية، يستحيل توفره إلا إذا كان الحكم مكتوباً. وأخيراً، فإن العرف التحكيمي يقضي بصور حكم التحكيم كتابة، وهذا هو الواقع في الحياة العملية في قضايا التحكيم³⁶⁹.

يستوي أن تكون الكتابة بخط اليد أو طباعة عن طريق الآلة الكاتبة أو الحاسوب أو مزيجاً من الاثنين: الكتابة والطباعة. ومرة أخرى، نقول بأنه يترتب على عدم كتابة الحكم أو أي جزء منه، انعدام الحكم برمته لارتباط الحكم ببعضه على أساس أنه كل لا يتجزأ.

هناك مسألة هامة تتعلق بديباجة الحكم القضائي المفروضة بحكم القانون أي فيما إذا كان يتوجب كتابتها أيضاً في الأحكام التحكيمية أم لا. ونقصد بذلك أن الحكم القضائي في الدول العربية، يجب أن يصدر باسم جهة معينة، مثل أن يصدر الحكم باسم رئيس الدولة بدولة الامارات العربية المتحدة والملك بالنسبة للأردن، أو الأمير بالنسبة للكويت. والسؤال المطروح هنا فيما إذا كان يتوجب ذكر هذه العبارة في حكم التحكيم أم لا. وقبل الإجابة على هذا التساؤل، يجدر القول بأن هذه العبارة، هي إجراء شكلي محض، تم تقنينه في النصوص بشكل تقليدي متوارث، وأصبح ملزماً للقضاء تطبيقاً للقانون. وخشية نسيان هذه العبارة عند تلاوة الحكم القضائي، أصبحت تطبع على أوراق المحاكم مسبقاً بصيغة نموذجية، وإجراء شكلي على هذا النحو ليس جوهرياً، ولا يمكن اعتباره من إجراءات التقاضي الأساسية، التي يتوجب على المحكم إتباعها، حتى لو لم يكن معفى من التقيد بقواعد الأصول وإجراءاته، وهو فرض نادر الوقوع في الحياة العملية. وما نخلص إليه، أن هذا الإجراء، إذا كان لا بد من إتباعه في الأحكام القضائية نرى أن ذلك لا يمتد ليشمل أحكام التحكيم، وبالتالي فإن خلو الحكم التحكيمي منه لا يؤثر عليه سلباً³⁷⁰.

349 - وبالمقارنة، يمكن الرجوع لاستئناف بيروت 96/762، تاريخ 996/7/11 (المجلة اللبنانية، عدد 2، ص38). وجاء في هذا القرار، أن من حالات إنعدام حكم التحكيم، صدوره عن غير المحكم، أو عدم كتابته.

350 - من هذا الرأي تمييز دبي، طعن 260، وطعن 94/261، في 1994/10/16، عدد 5، ص662، والمحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي، طعن 254، في 1991/3/26، السنة 13، ص 23، وجاء في هذه الأحكام أن خلو حكم التحكيم من اسم الحاكم لا يبطله ولا يؤثر فيه سلباً. وكذلك حكم المحكمة الابتدائية في بيروت، الغرفة الثالثة، قرار رقم 65، في 1994/3/23 (المجلة اللبنانية، عدد 1، ص 64)، وجاء فيه أنه ليس من شروط الحكم صدوره "باسم الشعب" خلافاً للقرارات القضائية. قارن حكم محكمة النقض السورية، وجاء

2- أسماء الخصوم والمحكمين:

يعتبر ذكر أسماء الخصوم في الحكم بياناً جوهرياً، ولا يعقل أن يصدر حكم تحكيم بين طرفي نزاع، دون ذكرهما فيه، وهو أمر مسلم به في كل قضية تحكيم. وجرت العادة في التحكيم، بأن يذكر أسماء الخصوم في الصفحة الأولى للحكم بشكل واضح وبارز، ولكن عدم ذكر ذلك في الحكم على هذا النحو، لا يؤثر على مضمونه، ويمكن بالتالي أن ترد أسماؤهم في أي مكان في الحكم. ولكن يجب أن ترد أسماء الخصوم بطريقة يمكن معها التمييز بين المحكوم له والمحكوم عليه، بشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض، فمن غير المعقول عدم بيان أسماء أطراف النزاع، وأن لا يرد لهم أي ذكر في الحكم، أو الإشارة لهم أو لبعضهم بالرمز أو المركز أو المنصب، كالقول مثلاً أن (أ) أقام هذه الدعوى التحكيمية ضد (ب) دون تعريف من هو (أ)، ولا من هو (ب)، ويستمر الحكم بذكر (أ) و(ب) حتى نهايته، ثم يأتي منطوق الحكم ليقضي لصالح أحدهما ضد الآخر، أيضاً بالرموز، أي (أ) و(ب). ونرى أن إغفال أسماء الخصوم على هذا النحو، يؤثر في مضمونه لعدم معرفة المحكوم له من المحكوم عليه، مما يجعل الحكم معيباً، ويشكل هذا سبباً صحيحاً للطعن به بالبطلان³⁷¹.

ويضيف القانون المصري في المادة (42)، بأنه يجب أيضاً ذكر عناوين الخصوم وصفاتهم وجنسياتهم.

وكما نرى، فإن هذا البيان ليس جوهرياً في الحكم، وإنما هو بيان ثانوي لا يؤثر إغفاله على حكم التحكيم. وبمعنى آخر، يكفي أن يرد في الحكم أسماء الخصوم بشكل واضح يدل عليهم، ولا يلتبس بغيرهم، دون حاجة لذكر عناوينهم وصفاتهم وجنسياتهم.

يوجب القانون أيضاً، ذكر أسماء المحكمين في الحكم، وهو بيان جوهري دون حاجة للنص عليه، ويترتب على إغفاله اعتبار الحكم معيباً، ويشكل ذلك سبباً صحيحاً للطعن به. إذ من غير المقبول صدور حكم التحكيم دون ذكر أسماء المحكمين. ويجوز أن ترد أسماؤهم عند توقيعهم على الحكم ومع هذا التوقيع، وقد ترد في مكان آخر منفصل عن التوقيع، كما قد ترد الأسماء على صفحة واحدة من صفحات الحكم، وقد يرد على كل صفحة منه، وفي الحالة الأخيرة، إذا أغفل واحد أو أكثر من المحكمين ذكر اسمه على صفحة أو أكثر من صفحات الحكم، فلا يؤثر ذلك في الحكم.

فيه بأنه على فرض وجوب صدور حكم التحكيم باسم السلطة العليا في البلاد، يكون الحكم معدوماً ومخالفاً للقانون، ولا يمكن إكساؤه صيغة التنفيذ إذا خلا من ذكر هذه العبارة (تاريخ 2000/3/6، الألوسي، قاعدة 32).

³⁷¹ - انظر على سبيل المثال عبد الحميد الأحمد: التحكيم الدولي، الجزء الثاني، م.س، ص، 318.

3- طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم

نرى بأن هذا الشرط هو أيضاً جوهري في حكم التحكيم، إذ من خلاله فقط يمكن معرفة ما إذا تجاوزت الهيئة صلاحياتها أم لا، وكذلك معرفة الصلة بين مضمون الحكم وطلبات الخصوم، فمضمون الحكم مبني أساساً على هذه الطلبات، ويستحيل معرفة مدى صحة هذا المضمون، وفيما إذا تجاوز المحكم الحدود المرسومة له في الاتفاق والقانون، دون معرفة تلك الطلبات. ولا يطلب من المحكمة المختصة الرجوع للوائح ومذكرات الخصوم، لمعرفة طلباتهم ومن ثم ربط ذلك بمضمون الحكم، بل هذا من واجب هيئة التحكيم، التي يجب أن يكون لحكمها كفايته الذاتية، إلى أقصى درجة ممكنة، ومن ذلك بيان طلبات الخصوم³⁷².

لا يشترط أن يورد الحكم طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم وحججهم بشكل تفصيلي، وإنما بشكل موجز، بل يمكن الإيجاز إلى أقصى درجة ممكنة، على أن لا يصل الإيجاز إلى درجة الإبهام أو الغموض أو التعقيد غير المفهوم. كما أنه ليس بالضرورة إيجاز كافة طلبات وأقوال ومستندات الخصوم، بل يكفي الإشارة إلى أهم هذه الطلبات والأقوال، والتي يغلب عليها طابع الجدية أو التي لها أثر في الفصل بالنزاع³⁷³. ومثال ذلك، أن يطلب المشتري من هيئة التحكيم، الحكم له بإرجاع البضاعة للبائع، مع استرداد ما دفعه من ثمن لها يساوي خمسين مليون درهم، بالإضافة لمائة درهم كنفقات بدل مواصلاته الشخصية من مكان عمله، إلى مكان عمل البائع الذي توجد فيه البضاعة، أو يطالب الكفيل المدين بمبلغ الكفالة التي دفعها عنه ومقدارها مائة مليون درهم، بالإضافة لألف درهم رسم طابع. في هذين المثالين، يكفي أن تشير هيئة التحكيم للمطالبة الكبيرة وأساسها والفصل فيها، وإن أغفلت الإشارة للمطالبة الصغيرة المشار إليها³⁷⁴.

الشيء ذاته يقال بالنسبة لأقوال ودفع الخصوم الأخرى، إذ يمكن تقسيمها إلى أقوال ودفع هامة أو جوهريّة أو جدية قد تؤثر على مسار الدعوى، وأخرى ليست كذلك. ومثال الأولى، الدفع بالتقادم، وسداد الدين، وعدم الخصومة، وعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى، والدفع بعدم التنفيذ. ومثال الثانية أي دفع لا علاقة له بموضوع الدعوى، كأن يكون موضوع المطالبة سداد ثمن بضاعة، فيثير المشتري الدفع بأنه سدد أجرة المنزل المستحقة عليه، أو يطالب البنك عميله بسداد القرض الذي عليه، فيثير العميل الدفع بسداد قرض آخر، لبنك آخر

³⁷² - انظر في هذا المعنى حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص457.

³⁵³ - و بالمقارنة، قضي من لبنان بأن المحكم، كما القاضي، ليس ملزماً بذكر الوقائع التي لا أثر لها على الحل الذي سيعتمده، إذ يكون ذلك أمراً ينقص من قيمة القرار، المهم في هذا الشأن أن يتضمن القرار الوقائع المنتجة والضرورية لحسم النزاع (استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، رقم 2003/1405، في 2003/10/9، المجلة اللبنانية، عدد 28، ص64؛ أنظر أيضاً محكمة استئناف بيروت المدنية، الغرفة الأولى، في 987/11/10، المجلة اللبنانية، عدد 1، ص59). أنظر أيضاً حكم محكمة هامبورغ/ألمانيا بتاريخ 2001/6/8 (CLOUT, Case No. 569).

³⁵⁴ - وبالمقارنة، قضت محكمة استئناف بيروت بأنه ليس من الضروري أن يتناول المحكم كل قول أو زعم أو مستند لتمحيصه، وإعطائه مدلولاته القانونية، أو أبعاده كلها في التحكيم المطلق (التحكيم بالقانون)، بل له تجاوز بعض الوقائع إذا لم يقتنع بها (رقم 96/762، تاريخ 996/7/11، المجلة اللبنانية، عدد 2، ص38).

مما لا علاقة له بالنزاع المعروض أمام هيئة التحكيم³⁷⁵. في هذين المثالين أيضاً، يكفي أن توزع الهيئة طلبات الخصوم وأقوالهم ودفعهم التي تنسم بالجوهرية أو الجدية، والتي لها علاقة بموضوع النزاع، دون الأخرى³⁷⁶.

بطبيعة الحال، لا يشترط أن يذكر الحكم طلبات الخصوم وأقوالهم في فقرة مستقلة، أو بصورة متتابعة أو متسلسلة بصورة منطقية، بل يمكن أن يكون ذلك في عدة فقرات متباعدة، وبمناسبات مختلفة أثناء تدوين الحكم³⁷⁷.

4- صدور الحكم من العدد المطلوب:

لقد أشرنا سابقاً طبقاً لمبدأ الوترية، تقضي المادة (41) من قانون التحكيم المصري، بأن يصدر حكم التحكيم بالإجماع أو أكثرية الآراء. وإذا لم تكن هناك أكثرية، وهو ما يعبر عنه بتشتت الآراء، يصدر الحكم من رئيس الهيئة منفرداً. وكما هو واضح، يطبق هذا الشرط على هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم، فلو فرضنا أن الهيئة مكونة من ثلاثة محكمين، وهذه هي الحالة الغالبة، قد يصدر الحكم بالإجماع أو بالأغلبية من محكمين اثنين، ولو كان عدد المحكمين خمسة، فإن الحكم يجب أن يصدر عن أغلبية ثلاثة منهم على الأقل، وهكذا. وبخلاف ذلك، يصدره رئيس الهيئة منفرداً، ومثل هذا المبدأ، مألوف في بعض قواعد التحكيم الدولية، مثل قواعد غرفة التجارة الدولية، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي³⁷⁸، إلا أنه غير مقبول بالنسبة لقواعد أخرى مثل قواعد اليونسيترال لسنة 1976، التي تشترط في الحكم أن يصدر بالإجماع أو الأكثرية، وإلا لا يكون هناك حكم³⁷⁹.

لكن، كما نرى، يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على غير ذلك، ويكون اتفاقهم ملزماً. ففي التحكيم بثلاثة محكمين مثلاً، يجوز للأطراف الاتفاق على وجوب توفر الإجماع أو الأغلبية في الحكم. ولو كان عدد المحكمين خمسة، يجوز الاتفاق على صدور الحكم من اثنين فقط في حال عدم توفر الأغلبية، أو من محكمين اثنين على أن يكون رئيس الهيئة أحدهما.

قد تتوفر الأغلبية المطلوبة أو يتوفر الإجماع في جزء من الحكم، ولا تتوفر في الجزء الآخر. ومثال ذلك أن يكون عدد المحكمين ثلاثة، ويطلب البائع المشتري بالثمن مع الفوائد،

³⁵⁵ - وبالمقارنة، قضي في دبي أنه لا تثريب على المحكم، إن هو التفت عن الرد على دفاع لا دليل عليه في أوراق الدعوى، أو دفاع ظاهر الفساد (تميز دبي 250، تاريخ 2001/11/3، عدد 12، ص 762).

³⁵⁶ - وبالمقارنة، قضي في أبو ظبي بأن إغفال الحكم ذكر أوجه دفاع الخصم لا يترتب عليه بطلان الحكم، إلا إذا كان هذا الدفاع جوهرياً، مما قد يؤثر في الدعوى (المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي، طعن 546، لسنة 22 ق، في 2002/11/12، سنة 24، ص 2055).

³⁵⁷ - وبالمقارنة، قضي في لبنان، بأن المقدمة التي أوردها المحكم في حكمه، والتي تشرح ظروف التحكيم وموضوعه وطلبات الفرقاء والمستندات، تعتبر كافية بغض النظر عن صحتها أو عدم صحتها (استئناف بيروت، 2004/10/14، المجلة اللبنانية، عدد 32، ص 16).

³⁵⁸ - المادة (1/25) من قواعد غرفة التجارة الدولية، والمادة (3/26) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي.

³⁵⁹ - المادة (1/31) من قواعد اليونسيترال.

فتقتضي له الهيئة بالإجماع بالثمن. وبالنسبة للفوائد، يرى أحد المحكمين عدم الحكم بالفوائد مطلقاً، ويرى محكم آخر الحكم بالفوائد بنسبة 10% من تاريخ المطالبة، في حين يرى المحكم الثالث الحكم بالفوائد بنسبة 5% من تاريخ الحكم.³⁸⁰

ما دام الحكم صدر بالإجماع أو الأغلبية، وتم توقيعه على هذا الأساس فلا يعيبه، كما نرى أن النطق به من أحدهم في جلسة الحكم بغية المحكمين الآخرين، بصرف النظر عن سبب غيابهم أو غياب بعضهم، مثل المرض أو السفر أو الانشغال بأمر آخر.

5- أسباب الحكم التحكيمي:

يقصد بأسباب الحكم، حيثياته والسند الذي قام عليه، سواء من حيث الواقع أو القانون، ويشمل ذلك أيضاً الردود التي يجب أن يقدمها الحكم على طلبات الخصوم وأقوالهم على النحو المبين سابقاً. و هو من أهم عناصر الحكم ويؤثر بدون شك على مضمونه، بل هو أساس مضمون الحكم ما دام أن اختلاف الأسباب قد يؤدي إلى اختلاف مضامين الأحكام.³⁸¹

يشترط أسباب أو التسبب في كل طلب أو دفع استجابت أو لم تستجب له هيئة التحكيم كلياً أو جزئياً، فلو طالب البائع بمبلغ مائة ألف درهم ثمناً للبضاعة، وقبلت الهيئة هذا الطلب كلياً، أو رفضته كلياً أو جزئياً، فيجب عليها تسبب ذلك. وكذلك الأمر لو أثار المشتري الدفع الجدي بالتقادم، أو بأنه سدد ثمن البضاعة كلياً أو جزئياً، إلا أن الهيئة رفضت هذا الدفع كلياً أو جزئياً، فيجب عليها بيان سبب ذلك.³⁸²

بناءً عليه، فإن أي جزئية في الحكم غير مسببة أصلاً، أو غير مبنية على أسباب واضحة، تعيب مضمون الحكم وتجعله مشوباً بالقصور لعيب عدم التسبب³⁸³، لكن لا يشترط بطبيعة الحال أن تتبنى هيئة التحكيم هذا السبب أو ذاك في حكمها، مما يطرحه عليها الخصوم أو يدعون به. فلهيئة مطلق الصلاحية في تسبب حكمها، بالأسباب التي تراها مناسبة، إلا أنه يشترط في ذلك شرطين أساسيين: الأول- أن يبنى التسبب على وقائع ثابتة في ملف الدعوى، أو

³⁸⁰ - في هذه الحالة، إذا وقعت الأغلبية على الجزء الأول من الحكم، ووقع رئيس الهيئة منفرداً على الجزء الثاني منه، يكون الحكم صحيحاً وغير قابل للطعن به لهذا السبب.

³⁸¹ - وبالمقارنة، قضي في لبنان بأن تفسير العقد بشكل يناقض مضمونه، يعادل غياب التعليل، الأمر الذي إن توفر في حكم التحكيم، يعرضه للإبطال (استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، في 2004/4/29، المجلة اللبنانية، عدد 30، ص 40). ولكن قضي بأن التعليل الخاطي لا يشكل سبباً لإبطال الحكم (استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، رقم 2003/1398، في 2003/10/9، المجلة اللبنانية، عدد 28، ص 66).

³⁸² - قضي في مصر بأنه يكفي حتى يعتبر الحكم مسبباً، أن يتضمن رداً على ادعاءات الخصوم وأوجه دفاعهم الجوهرية، ولا يهم بعد ذلك مضمون هذا الرد، أو مدى ملاءمته أو سلامته من ناحيتي القانون والواقع لغايات دعوى البطلان (استئناف القاهرة، 2004/5/26، المجلة اللبنانية، عدد 35، ص 48). ولكن قضي بأن صحة أحكام المحكمين لا يقاس بالأقيسة التي تقاس بها الأحكام القضائية، ولا يعيبه إirاده بأسباب عامة أو مجملة، ما دام لم يقع في مضمونها مخالفة للقانون (طعن 27 تجاري، تاريخ 1981/7/8، عدد 6 ؛ أيضاً طعن 46 تجاري، تاريخ 1983/2/22، عدد 6).

³⁸³ - وبالمقارنة، قضي بأنه إذا أحال الحكم للكشف المرفق به، وكان الكشف يتضمن الإيضاحات اللازمة، فإن ذلك يكفي لغايات تسبب الحكم (استئناف رقم 2002/240، في 2002/10/28).

استخلصتها هيئة التحكيم من الملف بصورة معقولة، أو على الأحكام القانونية المطبقة على النزاع. والثاني- أن يؤدي التسبب إلى النتائج التي توصلت إليها الهيئة في حكمها³⁸⁴.

وبالنسبة للشرط الأول، لا يجوز أن يبنى التسبب على وقائع أو أحكام قانونية وهمية أو افتراضية لا وجود لها. مثال ذلك، أن تفترض هيئة التحكيم افتراضاً بأن البائع سلم البضاعة، فتحكم على المشتري بدفع الثمن، أو تفترض بأن المشتري دفع الثمن لحسن سمعته في السوق، فتقضي برد الدعوى عنه³⁸⁵.

وبالنسبة للشرط الثاني، يتوجب بدهة أن يؤدي السبب الذي استندت إليه الهيئة، إلى النتيجة التي قالت بها في مضمون الحكم. فالقول مثلاً أن شروط التقادم أو تسليم البضائع أو الفائدة متوفرة، يستوجب حتماً الحكم برد الدعوى في الحالة الأولى، والحكم بالتسليم في الحالة الثانية، وبالفائدة في الحالة الثالثة، ما دام القانون المطبق على النزاع يوجب ذلك. فلا يصح لهيئة التحكيم، مثلاً، أن تقول في حيثيات حكمها، بأنه ما دام أن شروط الحكم بالفائدة على المحكوم ضده متوفرة، فإن الهيئة تقضي بعدم الحكم بها، أو أن شروط فسخ العقد الذي يطالب به المحكوم متوفرة، ومع ذلك، تقرر الهيئة عدم فسخ العقد³⁸⁶.

لكن يستثنى من تسبب الحكم حالتان نص عليهما القانون صراحة: الأولى- إذا اتفق الطرفان على غير ذلك، أي اتفقا على عدم تسبب الحكم. كما نرى، يجوز الاتفاق على عدم التسبب، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى التحكيمية. بل يجوز الموافقة على عدم التسبب حتى بعد صدور الحكم، ما دام هذا الأمر ليس من النظام العام. و الثانية- إذا كان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، لا يشترط ذكر أسباب الحكم. ومثال ذلك الاتفاق على تطبيق قانون الدولة (أ) على إجراءات التحكيم، علماً بأن هذا القانون لا يشترط تسبب الحكم، فيصدر الحكم دون تسبب.

هناك حالة ثالثة يمكن أن نضيفها لهذين الاستثناءين، وهي الحالة التي يتفق فيها الطرفان على تسوية نزاعهما ودياً أثناء إجراءات التحكيم، ويطلباً تثبيت اتفاقية التسوية في صيغة حكم تحكيم صادر عن الهيئة. في هذه الحالة، يجب على الهيئة أن تصدر حكماً يتضمن ما اتفق عليه الطرفان، ويكون لهذا الحكم ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ، وهو ما نصت عليه

³⁶⁴ - قضي في مصر بأن أسباب الحكم، يجب أن تبنى على أوراق في ملف الدعوى تؤدي إلى النتيجة التي وصل إليها الحكم. لذا، فإن خلو الحكم من الأسباب هو عيب شكلي يؤدي إلى بطلانه، وكذلك لو كان التسبب خاطئاً أو مشوهاً أو غامضاً أو مبهماً أو عاماً مجملأ (استئناف القاهرة، رقم 119/47 ق، في 2003/6/29). وفي حكم آخر، يكفي لصحة الحكم أن يكون مسبباً. أما مضمون هذه الأسباب، وصحتها، أو تناقضها فمسألة تخرج عن اختصاص قاضي البطلان (استئناف القاهرة، الدائرة 10 تجاري، رقم 133/64 ق، في 1966/5/30)

³⁶⁵ - وبالمقارنة، قضي في أبو ظبي بأن هذا لا يمنع من أن يعتمد المحكم في حدود معينة، على خبرته في النزاع المعروض عليه خلافاً للقاضي (بهذا المعنى، المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي، طعن 176، في 1995/1/21، السنة 16، ص 1068).

³⁶⁶ - قضي في لبنان بأن قاضي البطلان لا ينظر في صحة التعليل، ولا في مدى انطباقه على الحكم ولا في تناقض الأسباب (تمييز 2005/222، الغرفة الخامسة، 2005/11/29، المجلة اللبنانية، عدد 36، ص 36).

المادة (39) من القانون السوري . وفي وضع كهذا، تعتبر التسوية بحد ذاتها هي عملياً حكم التحكيم، سواءً كانت التسوية مسببة أم لا، ما دام أن القانون لا يشترط في أي اتفاق عقدي أن يكون مسبباً، ويشمل ذلك أي اتفاقية تسوية يتوصل إليها الأطراف، وما على هيئة التحكيم في هذه الحالة، إلا أن تصدر قراراً، بناءً على طلب الأطراف، يحتوي على اتفاقية التسوية كما وردت منهم، ويتضمن إنهاء الإجراءات. ويعتبر هذا القرار بمثابة حكم تحكيم، ويطبق عليه ما يطبق على الأحكام الأخرى، سواء من حيث الطعن به، أو تصديقه وتنفيذه ما دام ذلك ممكناً³⁸⁷.

وتجدر الإشارة أيضاً، إلى أنه في التحكيم بالصلح³⁸⁸، لا يتوجب على المحكم بالصلح تسبیب حكمه تسبیباً وافياً ودقيقاً وأن يسبب كل فقرة حكمية فيه، وإنما يكفي التسبیب الإجمالي بما يشير إلى أن المحكم لم يحكم على هواه، وإنما كانت هناك أسس معقولة ولو بصورة إجمالية، بني عليها هذا الحكم، وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض³⁸⁹.

6- صورة من اتفاق التحكيم:

يجب أن يشتمل حكم التحكيم على صورة عن اتفاق التحكيم، سواء ورد الاتفاق في صيغة شرط تحكيم أو اتفاق مستقل سابق على النزاع، أو مشاركة تحكيم بعد وقوع النزاع³⁹⁰. وتنفيذاً لذلك، جرت العادة في أحكام التحكيم، أن يفرد المحكم بنداً خاصاً باتفاق التحكيم، يدرج تحته إما موجزاً عن الاتفاق وهو الأفضل، أو الاتفاق بالكامل. والدافع لهذا الشرط، هو أن يكون لحكم التحكيم ذاتيته الخاصة به، بحيث عند الطعن به أو طلب المصادقة عليه، ترجع المحكمة المختصة للحكم ذاته وليس لغيره، لتجد فيه كافة بيانات التحكيم، ومن ضمنها الاتفاق على اللجوء للتحكيم. واستناداً لهذا الاتفاق الموجود في الحكم ذاته، يمكن للمحكمة بسط رقابتها على الحكم، وخاصة للفصل بالدفع بتجاوز الهيئة لاختصاصها حسب الاتفاق، والذي تكثر إثارته في الحياة العملية.

اعتبرت بعض المحاكم العربية أن هذا الشرط جوهرى في حكم التحكيم، بحيث يترتب على إغفاله بطلان الحكم³⁹¹. ومع ذلك، نرى عدم المغالاة بتفسير النصوص التشريعية ضد التحكيم. ومفاد هذه النظرة السلبية نحو التحكيم، أن الأصل بالاختصاص في نظر النزاع، هو للقضاء

³⁶⁷ - ويكون تنفيذ الحكم ممكناً، إذا تضمنت التسوية أحكاماً واضحة قابلة للتنفيذ بالنسبة لحقوق والتزامات الطرفين. كأن تكون خلاصة التسوية، إلزام أحد الفريقين بأن يدفع للآخر مبلغاً محدداً من المال في تاريخ معين. أما إذا كانت التسوية بحد ذاتها غير قابلة للتنفيذ، كأن تتضمن حقوقاً والتزامات متبادلة وفق شروط وأحكام معينة، فلا يكون الحكم قابلاً للتنفيذ. وإذا حصل خلاف حول الحكم يكون الخلاف في حقيقته حول اتفاقية التسوية، ويتم حل هذا الخلاف باللجوء للقضاء، أو التحكيم إذا تضمنت الاتفاقية شرط التحكيم.

³⁶⁸ - في التحكيم بالصلح، أنظر المادة (4/38) من قانون التحكيم.

³⁶⁹ - نقض مدني سوري، تاريخ 1988/3/12 (الألوسي، قاعدة 14).

³⁷⁰ - ويستوي في ذلك أن يكون التحكيم مؤسساً أو طليقاً حراً. ولا يغني عن ذلك تقديم شهادة من مؤسسة التحكيم، في التحكيم المؤسسي، تفيد بأن اتفاق التحكيم، قدم للمؤسسة منذ بداية الإجراءات (تميز دبي، طعن 328، تاريخ 2002/11/23، عدد 13، ص819).

³⁷¹ - مثلاً تمييز دبي، طعن 96/173، في 1997/3/16، عدد 8، ص181؛ أيضاً تمييز دبي، طعن 88، في 2001/4/29، عدد 12، ص370؛ تمييز الكويت، طعن 113 تجاري، تاريخ 1994/10/25، عدد 22، ص134.

وأن التحكيم هو الاستثناء. لذلك، حيث يكون هناك مجال ضيق للطعن بحكم التحكيم وإبطاله، يميل القضاء لذلك، حتى لو كان هناك، بالمقابل، مجال واسع للتصديق على الحكم. ويكون ذلك عادة تحت غطاء تفسير النصوص العقدية أو التشريعية. فالنص العقدي الخاص بالإحالة للتحكيم، حسب هذه النظرة السلبية، يجب تفسيره بأضيق الحدود، لإخراج ما يمكن إخراجه من منازعات من إطار التحكيم، وتقديمها للقضاء. والنص التشريعي الخاص بحكم التحكيم، أيضاً حسب هذه النظرة السلبية، يجب تفسيره حرفياً، إلى درجة القول بأن كافة البيانات التي يجب أن يتضمنها الحكم هي بيانات جوهرية، ويؤدي الخروج على حرفيتها إلى تعرض الحكم للبطلان، وهو مالا نؤيده. كما نرى النظر للتحكيم بنظرة موضوعية وعقلانية، بعيداً عن الطقوس والإجراءات ما أمكن، بما يحقق الغرض من التحكيم، وهو تسوية النزاع وإعطاء كل ذي حق حقه بأقصر وقت ممكن وفقاً للظروف والمعطيات.

مهما يكن من أمر، فإننا نرى أن هناك حالات يمكن القول أن توفر إحداها يكفي لغايات النص، بعيداً عن تفسيره الحرفي. ومثال ذلك، ذكر اتفاق التحكيم في الحكم بشكل موجز ولكن شامل بما يفي بالغرض منه³⁹²، أو إرفاق صورة عن الاتفاق بالحكم، مع الإشارة له في الحكم، كالقول مثلاً، أن الطرفين اتفقا على التحكيم حسب الاتفاق المرفق³⁹³.

7- منطوق الحكم:

يقصد بمنطوق الحكم، الفقرة أو الفقرات الحكمية التي تتضمن على سبيل الإلزام، رد طلبات المحتكم أو المحتكم ضده كلياً أو جزئياً، أو قبولها كلياً أو جزئياً، وعادة ما يرد هذا المنطوق، في نهاية الحكم بعد استعراض طلبات وأقوال ودفع الخصوم، وبياناتهم، ورد هيئة التحكيم عليها وقراراتها بشأنها، فهو بمثابة خلاصة نهائية لتلك القرارات. ولكن ليس بالضرورة أن يكون الأمر كذلك في كل حكم تحكيم، إذ قد يرد هذا المنطوق على شكل قرارات متعددة داخل الحكم، حين الرد على كل طلب أو دفع من طلبات ودفع الخصوم، وإن كان ذلك نادراً في الحياة العملية.

سواء ورد منطوق الحكم في صيغة قرار نهائي، شامل وجامع للقرارات التي اتخذتها الهيئة أثناء استعراضها لطلبات الخصوم ودفعهم، أو اكتفت الهيئة بتلك القرارات المتخذة داخل الحكم بصورة متفرقة، فإنه يشترط في منطوق الحكم، أن يكون على صيغة قرار أو قرارات ملزمة، وأن يكون واضحاً، وغير متناقض مع بعضه أو مع حيثياته. فمثلاً، لا يجوز أن تقرر الهيئة عند استعراض الطلبات والدفع، إلزام المشتري بالثمن، ثم تعود ثانية في نهاية حكمها، لتقرر حق

³⁷² - وبالمقارنة، قضي في هذا الشأن بأنه يكفي لغايات النص إثبات مضمون اتفاق التحكيم في الحكم، دون حاجة لإيراد ذات نصوص الاتفاق (تميز دبي، طعن 277، تاريخ 2002/10/13، عدد 13، ص 718).

³⁷³ - وبالمقارنة، قضي في دبي أن عدم اشتغال الحكم على صورة من اتفاق التحكيم يؤدي إلى بطلان الحكم، ولا يقبل تكملة هذا النقص، بأي طريق أو بورقة أخرى منفصلة عن الحكم. وهذا يؤكد نظرة القضاء السلبية للتحكيم أحياناً، مما يؤدي إلى إطالة أمد النزاع دون مبرر موضوعي معقول. (تميز دبي 88، تاريخ 2001/4/29، عدد 12، ص 370).

المشتري بعدم دفع الثمن استناداً لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ، ولا أن تعطي للمشتري الذي طالب بتسليم البضاعة، الخيار بين هذا التسليم أو مطالبة البائع بالتعويض حسبما يتفق عليه بينهما، ولا أن تورد طلباً أساسياً للبائع، وتقوم باستعراضه ومناقشته، ثم تسكت عنه دون إصدار قرار بشأنه، ولا أن تشير في حيثيات حكمها إلى العملة، في علاقة تجارية بين شركة اماراتية وأخرى مغربية، ثم تقضي لإحدهما بمبلغ بالدرهم، دون بيان ما إذا كانت ذلك الدرهم بالعملة الاماراتية أو المغربية، ولا أن تقضي بمبلغ من المال، دون بيان نوع العملة التي سيدفع بها.

في هذه الأحوال وغيرها، نلاحظ أن الحكم إما أنه لا يتضمن منطوقاً لمطالبة أو أكثر من مطالبات الأطراف، أو يتضمن مثل هذا المنطوق، إلا أنه لم يرد على سبيل الإلزام وبالتالي لم يحسم النزاع، أو جاء غامضاً، ويؤثر كل ذلك على مضمون الحكم مما يجعله معيباً، وسبباً صحيحاً للطعن به.

8- مكان وتاريخ التحكيم:

يتوجب كذلك ذكر مكان التحكيم في الحكم، وتبرز أهمية هذا الشرط، بشكل خاص في أن معرفة مكان إصدار الحكم، تبين لنا فيما إذا كان الحكم قد صدر على أراضي الدولة أم في دولة أخرى. فإذا صدر في دولة أخرى، يعتبر الحكم كقاعدة عامة، حكماً أجنبياً وينفذ في الدولة باعتباره كذلك، ولا يخضع عندئذ لطرق الطعن المنصوص عليها قانوناً، من استئناف أو إبطال أو غير ذلك، حسب القانون الوطني المطبق³⁹⁴. وهذا بخلاف الحكم الذي يصدر داخل الدولة، إذ يعتبر حكماً وطنياً يخضع للطعن به وللمراجعة حسب ما ينص عليه القانون³⁹⁵.

يجب كذلك ذكر تاريخ صدور الحكم في الحكم ذاته. وذكر هذا التاريخ له أهمية من جانبين على الأقل، الأول: تنتهي مهمة المحكم، مبدئياً، من تاريخ صدور حكم التحكيم، وبعد ذلك ليس له كمبدأ عام، فتح ملف القضية ثانية، للنظر في أي مسألة قانونية أو واقعية تتعلق بالنزاع، إلا حين ينص القانون على ذلك صراحة، وهو استثناء من الأصل³⁹⁶. وبناءً عليه، عندما يدون المحكم في حكمه تاريخ صدور الحكم، ثم يتبين أنه اتخذ أي إجراء تحكيمي بعد ذلك التاريخ، فإن مثل هذا الإجراء يكون باطلاً، ويعرض الحكم ذاته للطعن به.

والثاني: أن مهمة المحكم محددة زمنياً بالمدة المتفق عليها بين الأطراف، أو التي حددها القانون في حال عدم الاتفاق. لذلك، فإن ذكر تاريخ الحكم يبين فيما إذا كان المحكم قد تجاوز

³⁷⁴ - مع ذلك، انظر المادة (1/2) من قانون التحكيم بالمغرب، التي تجيز تطبيق هذا القانون، حتى على التحكيم الذي يجري خارج المغرب، إذا توفرت شروط معينة.

³⁷⁵ - إلا إذا كانت الدولة التي صدر بها حكم التحكيم لا تعتبره حكماً داخلياً، بل حكماً أجنبياً حسب المادة (1) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

³⁷⁶ - ومثال ذلك ما نص عليه قانون التحكيم، من جواز إعادة فتح ملف القضية من قبل المحكم لتصحيح الأخطاء المادية أو المحاسبية الواردة فيه أو لتفسير الحكم (المادتان 46 و 47).

تلك المدة، حيث يكون هذا سبباً للطعن به، أم لم يتجاوزها حيث يكون الحكم سليماً من هذه الناحية.

عادة ما يرد تاريخ الحكم في مقدمة الحكم وعلى الصفحة الأولى منه، التي يذكر فيها أسماء الخصوم وممثليهم وأسماء المحكمين ومكان التحكيم وتاريخ صدوره، ولكن يجوز للهيئة ذكر تاريخ الحكم في أي مكان داخل الحكم، حتى آخر صفحة منه. ومن المؤلف أيضاً في التحكيم، أن كل محكم يذكر التاريخ عند توقيعه على الحكم، حتى لو سبق وورد هذا التاريخ في مقدمة الحكم. وأبعد من ذلك، لا يشترط أن تذكر عبارة "تاريخ الحكم" في الحكم ذاته، ولا أن يرد التاريخ على الحكم بعنوان مستقل، وإنما يكفي أن يذكر أحد المحكمين التاريخ بجانب توقيعه³⁹⁷، ليعتبر شرط وجوب ذكر تاريخ الحكم قد تحقق، حتى لو لم يذكر المحكمون الآخرون التاريخ بجانب توقيعه، أو كان الذي ذكر التاريخ بجانب توقيعه ليس رئيس هيئة التحكيم، وإنما أحد أعضائها.

الأصل أن يكون تاريخ توقيع كل محكم على الحكم، هو ذات التاريخ بالنسبة للمحكمين الآخرين. ولكن استثناءً، قد تختلف هذه التواريخ لأسباب تحدث في الحياة العملية. فقد يوقع محكمان على الحكم، ولكن قبل لحظة توقيع الثالث عليه، يصاب بوعكة صحية تستمر معه ليوم، فيضطر للتوقيع في اليوم التالي. أو يوقع أحد المحكمين على الحكم قبل منتصف الليل بثوانٍ، وبعد توقيعه ولكن قبل توقيع الآخرين، يكون اليوم التالي قد دخل، فيوقع الاثنان على الحكم في اليوم الجديد. ونرى في هذه الفروض وغيرها، حيث تختلف تواريخ توقيع الحكم، أن العبرة في تاريخ الحكم، هو التاريخ الذي تتحقق الأغلبية فيه، إذا كان يعتد بالحكم بتوقيع الأغلبية³⁹⁸. وإذا كان لا بد من صدور الحكم بالإجماع، نتيجة اتفاق مثلاً، تكون العبرة بتاريخ توقيع آخر محكم على الحكم. كما تكون العبرة بتاريخ ووقت مكان صدور الحكم، وليس لأي مكان آخر، في حال إرتباط التحكيم في أكثر من مكان، وكانت أوقات وتواريخ هذه الأمكنة مختلفة عن بعضها. مثال ذلك: أن يبرم اتفاق التحكيم في الإمارات، وتعد بعض جلسات التحكيم في المغرب، في حين تعقد جلسات أخرى بما فيها جلسة توقيع الحكم في سوريا. في هذا المثال، يُعتد بسوريا لتحديد وقت وتاريخ صدور الحكم، وليس للإمارات، بافتراض اختلاف الوقت والتاريخ في هذه الأمكنة.

يحصل في الحياة العملية، أن يصدر المحكم حكمه وينطق به أثناء مدة التحكيم، بحضور الأطراف، ولا تتم طباعته بصيغته النهائية وتوقيعه عملياً إلا بعد هذه المدة. وفي هذه الحالة، نرى أن العبرة تكون لتاريخ النطق بالحكم³⁹⁹ وتدوين ذلك فيه ذاته مع ذكر تاريخ النطق به⁴⁰⁰

³⁷⁷ ذهبت محكمة استئناف القاهرة لهذا المعنى (دائرة 62 تجاري، رقم 115/37 ق، في 2000/4/15).

³⁷⁸ واختلاف تواريخ توقيع الحكم لا يعيبه، وهذا هو رأي محكمة استئناف باريس

Fouchard, Gaillard and Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1999("Fouchard" para. 1409 et. Seq., (ويطلق عليه فيما بعد بـ "Fouchard"

³⁷⁹ انظر أيضاً، استئناف حلب 371، في 1955/3/2 (استانبولي، رقم 1719).

وليس للتاريخ الفعلي لتوقيعه. والعكس أيضاً، لو تم التوقيع على الحكم في تاريخ معين، وتم النطق به في تاريخ لاحق، فالعبرة كما نرى للتاريخ الأول وليس الثاني. وبمعنى آخر يعتد بتاريخ الحكم، بتاريخ توقيعه أو النطق به أيهما يقع أولاً.

وإذا لم يتم النطق بالحكم، وإنما تم توقيعه من المحكم الذي سلمه للأطراف فيما بعد، أو لمؤسسة التحكيم في التحكيم المؤسسي، أو تم إيداعه لدى المحكمة أصولاً وفق ما ينص عليه القانون فالعبرة تكون عندئذٍ لتاريخ توقيع الحكم وليس لتاريخ تسليمه أو إيداعه⁴⁰¹.

9- توقيع الحكم:

ويشترط توقيع الحكم من المحكمين المؤيدين له. وإذا صدر الحكم بالأغلبية، فمن حق، بل من واجب المحكم المخالف بيان سبب مخالفته سواءً في الحكم ذاته أو في ورقة مستقلة. وفي هذه الحالة، يعتد بالحكم الموقع من الأغلبية، بصرف النظر عن المستند المتضمن لرأي الأقلية، والذي لا يعتبر جزءاً من الحكم⁴⁰²، وتبرز أهمية هذه المسألة في الحياة العملية، في أن المادة (1/56) من قانون التحكيم المصري تشترط لتنفيذ الحكم، أن يرفق أصل حكم التحكيم أو صورة موقعة عنه بطلب التنفيذ⁴⁰³، وفي حال صدور الحكم بالأغلبية، نرى أنه يكفي إرفاق طالب التنفيذ مع طلبه، المستند المتضمن رأي الأغلبية، دون المستند المتضمن رأي الأقلية⁴⁰⁴.

الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة لإصدار الحكم التحكيمي وفق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة:

بعدما رأينا شكليات إصدار الحكم التحكيمي أو إجراءاته وفق التشريعات المقارنة، فإننا سنتعرض لهذه الإجراءات بصفة خاصة بالنسبة لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة.

عرف المشرع الإماراتي التحكيم بالمادة الأولى من قانون التحكيم الإماراتي⁴⁰⁵ بأن التحكيم وسيلة ينظمها القانون يتم من خلالها الفصل بحكم ملزم في نزاع بين طرفين أو أكثر بواسطة هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف. ويمكن معه الفصل بدقة بين الحكم وباقي القرارات التي

³⁸⁰ - مثل ذكر عبارة "صدر هذا الحكم وتم النطق به بحضور الأطراف، في 1/1"، كما هو الحال في الأحكام القضائية. ولو تم توقيع الحكم فعلياً بتاريخ لاحق (1/5 مثلاً)، نرى أنه لا يمنع من ذكر تاريخ التوقيع في وقت سابق، وعلى التحديد تاريخ النطق بالحكم، أي 1/1، ولا يعتبر ذلك عيباً في الحكم، من ادعاء بتزوير أو غيره.

³⁸¹ - المادة (1/34) من القانون اللبناني، التي تقضي بأنه إذا صدر حكم التحكيم في سوريا، كان على من صدر الحكم لصالحه، إيداع أصل الحكم مع اتفاق التحكيم لدى ديوان المحكمة المختصة.

³⁸² - ومن هذا الرأي Fouchard، رقم 1404، هامش 175.

³⁸³ - انظر أيضاً المادة (1/43) التي توجب إيداع الحكم لدى ديوان المحكمة المختصة.

³⁸⁴ - انظر أيضاً، استئناف القاهرة، رقم 119/70 ق، في 2002/11/27.

⁴⁰⁵ - قانون التحكيم الإماراتي رقم 6 لسنة 2018م

يصدرها المحكم أو المحكمين، خلافا لأغلب الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن وكذا التشريعات الوطنية للدول المختلفة المنظمة للتحكيم، كما أن القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في وضع تعريف محدد لحكم التحكيم، حيث اقترحوا نصا للتعريف ثم اختلفوا فيه وتم حذفه. وأمام هذا الفراغ التشريعي حاول الفقه الوطني والمقارن وضع تعريف لحكم التحكيم.

مما سبق يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وتجب كتابته مع الرأي المخالف ويجب أن يشمل بوجه خاص على صورة من الاتفاق على التحكيم وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقة وتاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه وتوقيعات المحكمين وإذا رفض واحد أو أكثر من المحكمين توقيع الحكم ذكر ذلك فيه ويكون الحكم صحيحا إذا وقعت أغلبية المحكمين، وفي حالة النقص أو الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم وكذلك عدم بيان أسماء المحكمين الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم وكذلك القصور في أسباب الحكم وكذلك القصور في أسباب الحكم الواقعية تؤدي إلى بطلانه⁴⁰⁶.

صدور الحكم يتم بعد المداولة السرية يجب ألا يشترك في المداولة غير المحكمين الذين أنيط بهم التحكيم وإذا فرض جدلا أن كتب أحد المحكمين الحكم ثم وقعه أغلبيتهم فإنه يكون صحيحا ولو لم يسبق إصداره مداولة⁴⁰⁷.

من المبادئ الأساسية صدور الحكم من ذات المحكم الذي كلف بالمهمة والذي سمع المرافعة وفي حدود سلطته، فلا يملك أن يشترك غيره معه لأن المهمة التي يقوم بها ذات طابع شخصي بحت، ولا يملك المحكم إشراك غيره في المداولة أو أخذ رأيه وإلا كان حكمه باطلا وذلك ينطبق على الخبير الذي يستعين به المحكم إذ لا يحق للمحكم الاشتراك مع الخبير في إصدار الحكم وإذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم أجلا كان على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ جلسة التحكيم الأولى وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة أو المضي فيه أمامها إذا كان مرفوعا من قبل⁴⁰⁸.

للخصوم الاتفاق - صراحة أو ضمنا - على مد الميعاد المحدد اتفاقا أو قانونا ولهم تفويض المحكم في مده إلى أجل معين ويجوز للمحكمة بناء على طلب المحكم أو أحد الخصوم مد الأجل المحدد بالفقرة السابقة للمدة التي تراها مناسبة للفصل في النزاع⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ - فقرة 5 من المادة 212 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية. علما بأن قانون التحكيم الإماراتي المشار إليه عليه وفي مادته رقم 60 قد قام بإلغاء نصوص المواد من 203 إلى 218 من قانون الإجراءات المدنية رقم 11 لسنة 1992 التي كانت تنص على التحكيم ونشير إلى تلك المواد في بحثنا هذا للتوضيح ما كان عليه العمل قبل صدور قانون التحكيم.

⁴⁰⁷ - انظر المادة 17 من القانون الإماراتي.

⁴⁰⁸ - فقرة أولى من المادة 210 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية.

⁴⁰⁹ - فقرة 2 من المادة 210 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية .

يتوقف الميعاد كلما أوقفت الخصومة أو انقطعت أمام المحكم ويستأنف سيره من تاريخ علم المحكم بزوال سبب الوقف أو الانقطاع وإذا كان الباقي من الميعاد أقل من شهر أمتد إلى شهر طبقا لما جاء بالفقرة 3 من المادة 210 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية.

المحكم غير ملزم باتباع إجراءات المرافعات إلا بالنسبة لإجراءات التقاضي الأساسية فعليه دعوة الخصوم وسماع أوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها (ف 1 من المادة 210 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية).

الواقع أن إعفاء المحكم من اتباع إجراءات المرافعات لا يعفيه من ضرورة التقيد بنصوص وقواعد النفاذ المؤجل سواء من حيث وجوبه أو جوازه أو من حيث اشتراط الكفالة أو عدم اشتراطها⁴¹⁰.

طبقا للفقرة أ من المادة (212) من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية، يحرر الحكم باللغة العربية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك وعندئذ يتعين أن ترفق به عند إيداعه ترجمة رسمية ولا أثر للغة التي كتب بها حكم المحكم - ومن باب أولى لغة المرافعة - في تحديد طبيعة الحكم وما إذا كان يعتبر حكما أجنبيا أو غير أجنبي كذلك جنسية المحكم لا أثر لها في هذا الصدد.

كما نصت الفقرة 7 من المادة (212) من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية على أن الحكم يعتبر صادرا من تاريخ توقيع المحكمين عليه بعد كتابته .

من المقرر أن التاريخ الذي يثبت به الحكم لحكمه يعتبر حجة على الخصوم ولا يستطيع جرده إلا باتخاذ طرق الطعن بالتزوير في الحكم لأن حكم المحكم يعتبر ورقة رسمية شأنه في ذلك شأن الأحكام التي يصدرها القضاء.

يترتب على عدم بيان تاريخ صدور الحكم بطلان التحكيم باعتبار أن ذكر التاريخ يبين فيما إذا تم إصدار الحكم خلال الأجل المحدد للتحكيم أو بعد انقضائه وهذا البطلان لا يعتبر من النظام العام إذ لمن يملك حق التمسك بالبطلان أن التنازل عنه علما بأنه لا بطلان في حالة عدم ذكر تاريخ صدور الحكم إذا كان هناك تاريخ ثابت يقطع أن المحكمون قد أصدروا حكم خلال الأجل المحدد للتحكيم كما في حالة إيداع حكم المحكمون في خلال الميعاد المقرر لإصدار الحكم في قلم المحكمة .

⁴¹⁰ - الحكم الصادر عن محكمة استئناف الشارقة في الدعوى 87/73 بتاريخ 1998/11/29 موسوعة الأحكام القانونية للمحامي/عبد الله راشد هلال.

لا يلزم النطق بالحكم في جلسة علنية ويجب تسبيب الحكم وإلا كان باطلا حتى لو كان المحكم مفوضا بالصلح لأن رغبة الأطراف منصرفة إلى إجراء تحكيم وليس إجراء مصالحة. وأيا كانت أسباب حكم المحكمين واقعية أو قانونية أو مستمدة من العدالة فيكفي أن يعبر عنها بإيجاز أو ضمنا وأن تكون ملائمة وخالية من التناقض .

بالنسبة لتقدير أتعاب ومصاريف التحكيم يترك أمر الفصل فيها للمحكمين في منطوق الحكم فلهم أن يحكموا بها كلها أو بعضها على طرف الخاسر وفي حالة المنازعة في التقدير للمحكمة بناء على طلب أحد الخصوم تعديل هذا التقدير بما يناسب الجهد المبذول وطبيعة النزاع⁴¹¹.

بالنسبة لإيداع حكم المحكمين: ففي التحكيم الذي يتم عن طريق المحكمة يجب على المحكمين إيداع الحكم مع أصل وثيقة التحكيم والمحاضر والمستندات قلم كتاب المحكمة المختصة أصلا بنظر الدعوى خلال خمسة عشر يوما التالية لصدور الحكم كما يجب عليهم إيداع صورة من الحكم قلم كتاب المحكمة لتسليمها إلى كل طرف، وذلك خلال خمسة أيام من إيداع الأصل، ويحرر كاتب المحكمة محضرا بهذا الإيداع يعرضه على القاضي أو رئيس الدائرة حسب الأحوال لتحديد جلسة خلال خمسة عشر يوما لتصديق على الحكم ويعلن الطرفان بها.

إذا كان التحكيم واردا على قضية استئناف كان الإيداع في قلم كتاب المحكمة المختصة أصلا بنظر الاستئناف أما في التحكيم الذي يتم بين الخصوم خارج المحكمة فيجب على المحكمين أن يسلموا صورة من الحكم إلى كل طرف خلال خمسة أيام من صدور قرار التحكيم وتتنظر المحكمة في تصديق أو إبطال القرار بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى⁴¹².

يقوم المحكم بالإيداع إذا كان مفردا، أو أحد المحكمين إذا تعددوا ويمكن أن يتم الإيداع بواسطة أحد الخصوم أو كاتب المحكمة باعتبار أن ذلك الإجراء لا يترتب عليه أي أضرار بأطراف التحكيم، ويترتب على عدم الإيداع في الميعاد القانوني التزام المحكوم بالتعويض، ويلزم قلم كتاب المحكمة قبول إيداع الحكم ومرفقاته دون أن تكون له سلطة بحث هذا الحكم من الناحية الموضوعية وما إذا كان قد صدر وفق ما اشترطه القانون من قواعد وإجراءات أم أنه خالفها.

من خلال هذه المقتضيات يمكن القول على أن القانون الإجرائي لدولة الإمارات لم يختلف عن غيره من القوانين المقارنة المعروضة سابقة.

⁴¹¹ - نص المادة 218 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية.

⁴¹² - المادة 213 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

خاتمة القسم الأول:

يمكن القول في خلاصة هذا القسم، ما يمكن قوله هو أن مسألة غياب القانون الدولي المستقل يجب أن يعوض عنه بالاعتراف في كل قانون وطني بالواقع الدولي، ويجب أن نتساءل إلى جانب مسألة تنازع القوانين وبعد حل هذه المسألة، ما إذا كان القانون الوطني الذي سيطبق قواعد أساسية مخصصة للعلاقات الدولية؟ وإن الفكرة الأساسية التي توحى بهذه الازدواجية هي أن القواعد القانونية التي تناسب مجموعة من الناس لا تطبق بالضرورة في العلاقات ما بين مجموعات مختلفة من الناس، وأن ضرورة التفريق يمكن أن تنجم عن عوامل دينية، اجتماعية، ثقافية، أو فقط عن عوامل مادية كالبعد الجغرافي.

يخشى إذا ما وضعت قواعد موحدة بالنسبة للعلاقات الداخلية و الدولية أن لا يكون ذلك عادلا، ففي داخل كل قانون وطني يتطور في عصرنا قسم خاص يطبق في العلاقات الدولية، و النظرية الغالبة اليوم أن يوجد في كل دولة قانون دولي خاص...و فيما عدا الاتفاقيات الدولية التي يمكن أن توقع ما بين الدول فإنه لا يوجد أي قانون دولي عندما يتعلق الأمر بعلاقات القانون الخاص، و بالتالي فإن كل تحكيم يجب ربطه بقانون وطني إما وفقا لاختيار الأطراف أو الهيئة التحكيمية بما يتوافق مع توقعات الأطراف و لكن دون الإخلال بالقواعد الآمرة و إن كانت معادلة صعبة بعض الشيء.

إن لكل من القوانين الوطنية و القانون الدولي نطاق تطبيق خاص بكل منهما، وأن هذا الأخير لا يمكن حصره بالقوانين الوطنية.

ينبغي التخلي إذا عن الفكرة القائلة بأن ارتباط التحكيم بقانون بلد ما يجعله بالضرورة آخذا هوية هذا البلد فالتحكيم الذي يجري في فرنسا ليس فرنسيا والتحكيم الذي يطبق القانون المصري ليس حتما مصريا بل قد يجري التحكيم في فرنسا و يكون دوليا و يطبق القانون المصري و يكون دوليا. من هنا ضرورة ربط التحكيم الدولي بالقانون الدولي مباشرة كلما كانت هناك علاقة قانونية دولية⁴¹³.

لذا فالتحكيم البحري هو نظام قانوني أساسي لا غنى عنه في تسوية المنازعات البحرية وقد تم تطويره من أجل دفع عجلة التجارة الدولية البحرية إلى مزيد من التقدم والازدهار. وقد أضحى هذا النوع من التحكيم فرعا هاما من فروع التحكيم التجاري الدولي لكونه يتمتع بالصفة التجارية غالبا وذلك وفقا للمعايير الضيقة لتجارة الأعمال البحرية المستمدة من طبيعة النشاط البحري، وصفة القائمين بممارسته وكونهم تجارا ويتمتع بهذه الصفة دائما وفقا للمعيار الاقتصادي الواسع لتجارية الأعمال البحرية المستمد من الصفة الاقتصادية لموضوع العلاقة البحرية وكونها تتعلق بعملية تجارية دولية أي بانتقال الأموال والبضائع والخدمات عبر حدود أكثر من دولة، سواء بوشرت هذه العلاقة بين أشخاص خاصة أو بينهم وبين أحد الأشخاص المعنوية العامة.

⁴¹³ - عبد الحميد الأحمد: موسوعة التحكيم الدولي، ج2، م.س، ص: 6.

الباب الثاني: القواعد الإجرائية للتحكيم البحري وآثارها في عقود التجارة الدولية

أصبحت التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة وتعد المحور الرئيسي التي تدور حوله هذه العلاقات حيث شهدت نمواً متسارعاً بفضل اتخاذ الدول منهج التعاون والتكامل بينهما والاندماج في نظام التجاري الدولي، الشيء الذي ترتب عنه نشوء علاقات تعاقدية لم تكن معروفة في السابق، حيث ظهرت أنواع جديدة من العقود تتجاوز طبيعة العقود البسيطة التي كانت تتلاءم إلى حد ما مع الأنظمة القانونية والقضائية الوطنية، وأصبحنا أمام عقود مركبة تثير عدة إشكالات على المستوى العملي سواء فيما يخص صعوبة الوقوف على طبيعتها القانونية أو تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وكذا الجهة المختصة في الفصل في النزاعات الناشئة عنها. ومن بين هذه العقود نجد عقود الترخيص وعقود التمويل الإيجاري وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها من العقود الأخرى.

أمام هذا الوضع نادى بعض الفقه بأن السبيل إلى نمو وازدهار وحل مشاكل عقود التجارة الدولية يستلزم تخلص هذه الأخيرة من قيود القوانين الوطنية التي تجعل القلق وعدم الأمان القانوني ملازمين للعقود التي تتم بين رجال الأعمال والتجارة عبر الحدود مما دفع المتعاملين في حقل التجارة الدولية إلى التحكيم التجاري الدولي باعتباره آلية لتسوية المنازعات تتلاءم مع خصوصيات ومتطلبات عقود التجارة الدولية من جهة ويمكن أطراف المنازعة في هذا النوع من العقود من التخلص من قيود القوانين الوطنية من جهة ثانية⁴¹⁴.

حيث من الصعب أن نجد اليوم عقد تجاري دولي يخلو من شرط التحكيم نظراً للمزايا التي يوفرها في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ويراد بالتحكيم عرض بعض أصناف النزاعات على هيئة تحكيمية تتشكل من محكم أو محكمين من الغير يعينون باختيار من الأطراف المتنازعة أو بتفويض منها أو على ضوء شروط يتم تحديدها من قبل هؤلاء الأطراف أو بواسطة القانون، لتفصل هذه الهيئة التحكيمية في النزاع بحكم يكون منهيًا للخصومة في جوانبها المحالة على الهيئة المذكورة⁴¹⁵.

من الجدير بالذكر أن المنازعات القضائية البحرية الحالية سواءً منها المحلية أو الدولية والتي تضم " شرط التحكيم " Arbitration Clause " يتضمن النص في هذا البند على أن "أي نزاع ينشأ بخصوص هذا التعاقد أو الاتفاق تختص به محكمة التحكيم في بلد التعاقد الأجنبي " ولما كان من المقرر قانوناً بأن العقد شريعة المتعاقدين ويلتزم كل من الطرفين ببند وشروط العقد المبرم بينهما لذا ينعقد الاختصاص الدولي لمحكمة التحكيم في البلد الأجنبي للمتعاقد الأجنبي، مما يكون له بالغ الآثار السلبية السيئة على أطراف التعاقد.

⁴¹⁴ - حسين عبد العزيز عبد الله النجار، البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية والتجارية : التحكيم والوساطة والتوفيق.

الطبعة الأولى. مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء، 2014، ص: 32.

⁴¹⁵ - أسماء عبيد " التحكيم في التشريع المغربي " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص. كلية العلوم القانونية والاقتصادية، سلا السنة الجامعية 2009 ص: 63.

وبذلك، كقاعدة عامة لا يلزم المحكم اتباع إجراءات معينة إلا إذا اتفق الأطراف على إتباع قواعد إجرائية أو قانون إجراءات معين، حيث تنص بعض القوانين على وجوب إتباع المحكمين لقواعد الإجراءات الموجودة في قانون المرافعات ما لم ينص الأطراف صراحة على غير ذلك، ويكون المحكم المفوض بالصلح غير مقيد بقواعد الإجراءات في المرافعات إلا بالقدر الذي يتعلق بقواعد النظام العام⁴¹⁶.

كما تنتهي إجراءات التحكيم بإصدار الحكم التحكيمي للأطراف، هذا الحكم يكون حكماً نهائياً ملزماً للأطراف النزاع يتطلب ضوابط وقواعد معينة للاتباع، أي النص على القانون الإجرائي الذي ينظم كل ما يتعلق بالجوانب الشكلية للحكم التحكيمي، ومن ثم لا ينقصه سوى الاعتراف والتنفيذ، وعندئذ تتخذ الإجراءات والقواعد الخاصة بتنفيذه، ما لم يتم الدفع ببطلانه.

هذا ما يستوجب تحليل كيفية تسوية منازعات عقود التجارة الدولية في إطار التحكيم الدولي بناء على ما توفره مصادره لهذه الآلية من إمكانيات بخصوص تسوية منازعات عقود التجارة الدولية بشكل سريع و فعال و عادل، و بالتالي سأحاول معالجة الإشكالية المطروحة من خلال الفصلين التاليين:

الفصل الأول: القواعد الإجرائية المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية

الفصل الثاني: آثار اتفاق التحكيم البحري في عقود التجارة الدولية

⁴¹⁶ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، 1997، م.س، ص: 260.

الفصل الأول: القواعد الإجرائية المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية

إن تنفيذ قرارات التحكيم الوطنية تختلف عن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، فالقرار التحكيمي يعتبر وطنياً إذا صدر في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه، وهذا المعيار هو المعيار الأكثر شيوعاً وإتباعاً في أغلب التشريعات، حيث أن الصفة التنفيذية لقرارات التحكيم الوطنية تنظم بموجب القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم أو ضمن نصوص قوانين المرافعات المدنية.

أما الأسلوب الشائع الذي أخذت به القوانين اللاتينية وقوانين الدول العربية منها العراق يتلخص في أن تقوم جهة قضائية بإضفاء الصفة التنفيذية⁴¹⁷ على قرار التحكيم لكي يمكن تنفيذه على المحكوم ضده جبراً⁴¹⁸، إلا إنه في بعض القوانين قد يلجأ الطرف المحكوم له حتى يتمكن من تنفيذ القرار التحكيمي إلى رفع دعوى أمام المحكمة، أو الحصول على أمر من المحكمة لتنفيذ القرار تنفيذاً جبرياً⁴¹⁹.

أما تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، فإن صدوره في دولة وتنفيذه في دولة أخرى يثير صعوبة كبيرة في التنفيذ، نظراً لاختلاف الأنظمة القانونية والإجراءات الواجب إتباعها

للاعتراف وتنفيذ تلك القرارات، فعندما يتعلق الأمر بقرار أجنبي نجد أن الحديث يتطرق إلى الاعتراف والتنفيذ، وهذا ما نجده في نصوص الاتفاقيات الدولية التي تعالج هذا الموضوع كاتفاقية نيويورك لعام 1958 واتفاقيات جنيف لعام 1927⁴²⁰.

فالفرق بين الاعتراف بالقرار التحكيمي، وبين تنفيذ القرار التحكيمي متمثل في أن القرار قد يعترف به ولكن لا ينفذ، وفي حال نفذ فمن الضروري أن يكون قد تم الاعتراف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية.

الاعتراف يعني أن القرار قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف والتنفيذ يعني الطلب إلى الخصم الذي صدر القرار ضده أن ينفذ ما جاء في القرار التحكيمي، وفي حال امتناعه عن التنفيذ يتم إجباره على ذلك بموجب الإجراءات التنفيذية لقانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه.

هذه الإجراءات قد تكون بحجز الأموال أو الحبس بالنسبة للأشخاص الطبيعية أما إذا كان المحكوم عليه شخصاً معنوياً فإجراءات التنفيذ تشمل أموال الشخص المذكور وفي بعض

⁴¹⁷ - على طالب الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يبرز للمحكمة المختصة ما يلي 1- قرار التحكيم الأجنبي مصادق عليه من المعتمد السياسي أو القنصلي الفلسطيني في ذلك البلد إن وجد - 2. أن يكون القرار مترجماً إلى اللغة العربية من مترجم قانوني معتمد لدى جهات الاختصاص ومصدق على صحة توقيع المترجم من المعتمد السياسي أو القنصلي للدولة التي ينتمي إليها طالب التسجيل، أو أن يكون القرار مترجماً بعد حلف اليمين من مترجم قانوني فلسطيني المادة 50 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

⁴¹⁸ - سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، 1997، م.س، ص: 370.

⁴¹⁹ - من القوانين العربية التي جعلت المحكمة هي الجهة التي تضيف الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي، قانون التحكيم الأردني المادة 15 "وقانون الإمارات العربية المتحدة المادة 91 وأغلب قوانين الدول العربية الأخرى.

⁴²⁰ - سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ط 1997، م.س، ص: 374 - 373.

الأحيان يصار إلى مسألة ممثل الشخص المعنوي كمدير الشركة التي صدر القرار ضدها إذا ثبتت مسؤوليته⁴²¹.

أما فيما يتعلق بالقواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للقرارات التحكيمية فسيتم علاجها على النحو التالي، حيث سندرس الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم. على أن ندرس كذلك تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية بموجب القوانين الوطنية.

المبحث الأول: الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم

تقسم القواعد التي تحدد إجراءات الاعتراف و التنفيذ للقرارات التحكيمية بالنسبة التي عالجت ذلك إلى الاتفاقيات الدولية الجماعية، والاتفاقيات الثنائية.

المطلب الأول: تنفيذ القرارات التحكيمية بموجب الاتفاقيات الدولية الجماعية

جرت محاولات عديدة وحثيثة بهدف توحيد القواعد الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث تم عقد العديد من الاتفاقيات الدولية أهمها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، واتفاقية جنيف لعام 1927 واتفاقية واشنطن لعام 1965 ، فجميع هذه الاتفاقيات تركت إجراء تنفيذ القرار التحكيمي إلى القواعد القانونية للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه، بالإضافة إلى حصر رقابة المحكمة أو الجهة المختصة بإضفاء الصفة التنفيذية للقرار على مراجعة القرارات لمعرفة استيفائها للشروط الشكلية وإتباع القواعد الإجرائية بشكل صحيح.

مما يجدر الإشارة إليه، أن الاتفاقيات الدولية التي عُنيت بمشكلة النفاذ الدولي لأحكام التحكيم أو كما يطلق عليها مشكلة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لم تكن بمسألة جنسية حكم التحكيم، بل إن اهتمامها لم ينصرف على الأقل إلى تحديد متى يعتبر حكم التحكيم وطنياً أو أجنبياً، فقد تركز اهتمامها – فقط - حول المعاملة التي يجب أن تلقاها أحكام التحكيم الصادرة في إطارها.

أما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فقد جعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي، إذ أوجبت مادتها الثانية أن لا تفرض من أجل ذلك شروطاً أكثر شدة و لا رسوماً قضائية أكثر ارتفاعاً مما هو مفروض للاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية.

وتهدف اتفاقية نيويورك إلى توحيد الأحكام القانونية الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة خارج إقليم الدولة المطلوب تنفيذها فيها من أجل تيسير تنفيذ هذه الأحكام.

وبالتالي فإن تحقيق هذا الهدف سيعمل على تشجيع اللجوء للتحكيم كوسيلة ملائمة لحسم المنازعات التجارية ذات الطابع الدولي.

وتتسم اتفاقية نيويورك بطابعها الدولي، ليس من حيث نطاق تطبيقها فحسب، والذي يشمل: جميع أحكام التحكيم الصادرة خارج إقليم الدولة المطلوب فيها بالإضافة للأحكام التي يعتبرها قانون هذه الأخيرة ذات طابع أجنبي، بل لأن عدد الدول المنضمة إليها لغاية الآن قد بلغ 137 دولة، منها معظم الدول التي تسيطر على نصيب وافر من حجم التجارة الدولية كالولايات المتحدة ودول الاتحاد الأوروبي والصين واليابان، علماً بأن باب الانضمام إليها ما زال متاحاً لكل دول العالم الأعضاء في الأمم المتحدة أو الذين سيصيرون كذلك، كما انضم إلى الاتفاقية لغاية الآن 15 دولة عربية منها، وبحسب ترتيبها الهجائي في الأمم المتحدة وسنة انضمامها: مصر 1959، المغرب 1959، السعودية 1994، الإمارات العربية المتحدة 2006.

وعليه فإن هذه الاتفاقية تعتبر - وبحق - العمود الفقري، أو حجر الزاوية للتحكيم التجاري الدولي، بل وأصبحت المعيار الأساسي الذي يعتمد عليه للحكم على فعالية النظام القانوني للتحكيم في كل دولة، وفيما إذا كان هذا النظام يشجع التحكيم التجاري الدولي أم لا ؟

وتمشياً مع الهدف منها، نجد أن المادة الثالثة من هذه الاتفاقية تلزم جميع الدول المتعاقدة بالاعتراف بحجية أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها وفقاً للشروط المنصوص عليها فيها.

ولا تفرض الاتفاقية هذا الالتزام إلا بخصوص أحكام التحكيم الأجنبية، ويعد هذا القيد أمراً طبيعياً، باعتبار أن اتفاقية نيويورك هي اتفاقية دولية لا شأن لها بالتحكيم الوطني الصرفة .

وقد اعتبرت المادة الأولى من الاتفاقية حكم التحكيم أجنياً بالنظر إلى الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه إذا صدر في دولة أخرى، ولم تشترط الاتفاقية أن تكون هذه الدولة إحدى الدول المتعاقدة، إلا إذا كانت الدولة المطلوب التنفيذ فيها قد أبدت تحفظها عند الانضمام للاتفاقية بعدم تطبيق الاتفاقية إلا إذا كان حكم التحكيم المطلوب من محاكمها تنفيذه صادراً في دولة متعاقدة كما أجازت الفقرة الأولى من المادة الأولى تطبيق الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة في دولة مقر التحكيم إذا اعتبرت أجنبية وفقاً لقانون هذا البلد.

وتسرى أحكام هذه الاتفاقية على جميع أحكام التحكيم المتقدم بيانها سواء صدرت بمناسبة نزاع بين أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتبارية، وسواء أكان الشخص الاعتباري من أشخاص القانون الخاص كالشركات التجارية أم من أشخاص القانون العام كالدولة والشركات والمؤسسات العامة.

وعلى الرغم من أن الهدف من الاتفاقية هو تشجيع اللجوء للتحكيم في مجال العلاقات التجارية الدولية، فإنها لم تشترط أن يكون موضوع النزاع " تجارياً "، وذلك لأن دولة النظام القانوني الأنجلو - أمريكي لا تعرف التفرقة القانونية بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية، كما تفعل دول النظام اللاتيني، ولكن، وعلى الرغم من ذلك، فقد أجازت الفقرة الثالثة من المادة

الأولى من الاتفاقية لأية دولة ترغب فى حصر نطاق تطبيق الاتفاقية على العلاقات التجارية فقط أن تبدى تحفظها هذا عند التوقيع على الاتفاقية.

وعودة إلى التوصيف العام لموقف الاتفاقية الداعم والمشجع للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، نجد أن المادة الثالثة تنص صراحة على ما يلى:

"يجب على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأحكام التحكيم كأحكام ملزمة وأن تقوم بتنفيذها وفقاً للقواعد الإجرائية في الإقليم الذى يحتج فيه بالحكم، وطبقاً للشروط الواردة في المواد التالية، ولا يجوز أن تفرض على الاعتراف بأحكام التحكيم التي تنطبق عليها الاتفاقية شروطاً أكثر شدة أو رسوماً أو مصاريف أعلى بكثير مما يفرض على الاعتراف بأحكام التحكيم المحلية أو تنفيذها."

وقد وضعت المادة الرابعة شروطاً ميسرة لطلب التنفيذ، إذ إن الاتفاقية قد افترضت أن مجرد صدور حكم التحكيم قرينة على صحته، ولذلك تكتفى الاتفاقية من طالب التنفيذ أن يرفق بطلبه:

(1) أصل حكم التحكيم أو صورة مصدقة عنه.

(2) أصل اتفاق التحكيم أو صورة مصدقة عنه.

وإذا كانت إحدى هاتين الوثيقتين محررة بلغة غير لغة الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، وجب على طالب التنفيذ تقديم ترجمة رسمية معتمدة لها.

وتأكيداً على رغبة المشرع الدولي في تدعيم مبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، نجد أن المادة الخامسة من الاتفاقية قد جعلت أن الأصل هو قابلية الحكم للتنفيذ مفترضة توافر جميع شروط صحته بمجرد تقديم وثيقة الحكم ووثيقة اتفاق التحكيم على النحو المبين في المادة الرابعة، وجعلت من رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه هو الاستثناء على ذلك الأصل، وجعلت هذه حالات الرفض المحددة فيها محددة على سبيل الحصر.

وبالرجوع إلى نص المادة الخامسة من الاتفاقية نجد أنها قسمت حالات الرفض إلى طائفتين: الطائفة الأولى وتشمل الحالات التي يقع عبء إثارتها وإثباتها على عاتق من صدر ضده حكم التحكيم، وهى الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الخامسة، وتشمل:

أ - أن أطراف اتفاق التحكيم كانوا طبقاً للقانون الذى ينطبق عليهم عديمى الأهلية أو أن الاتفاق غير صحيح وفقاً للقانون الذى أخضعه إليه أطرافه أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذى صدر فيه الحكم.

ب - أن الخصم المطلوب التنفيذ ضده لم يبلغ تبليغاً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

ج - أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في بنود الإحالة للتحكيم أو تجاوز حدود ذلك، ومع ذلك يجوز تجزئة الحكم، وبالتالي تنفيذ الجزء الخاضع للتسوية عن طريق التحكيم ورفض تنفيذ الباقي، إذا كانت التجزئة ممكنة.

د - أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

هـ - أن الحكم لم يصبح ملزماً للأطراف أو أبطلته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

أما الطائفة الثانية فتشمل حالتين يحق بموجب أي منهما للمحكمة المطلوب التنفيذ منها أن ترفض تنفيذ الحكم من تلقاء نفسها حتى وإن لم يطلب منها أحد الخصوم ذلك، وهاتان الحالتان هما:

1- أن قانون بلد التنفيذ لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

2- أن في الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

- كما لم تتضمن اتفاقية جنيف الصادرة في 21 أبريل 1961 (الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي) أي معيار خاص بالتعرف إلى جنسية حكم التحكيم الأجنبي، وهذا يتفق في الواقع مع الرؤى الطموحة لهذه الاتفاقية واستهدافها إقامة مرحلة للانطلاق نحو الاعتراف بحكم التحكيم الدولي⁴²².

من ناحية أخرى، فإن هذه الاتفاقيات الدولية التي عنيت بمشكلة النفاذ الدولي لأحكام التحكيم من لم تهتم ببيان الصفة الوطنية أو الأجنبية لحكم التحكيم بحد ذاته وإنما من خلال تحديد مجال تطبيق أحكامها، أي أن أحكام التحكيم المنوه عنها في الاتفاقية تكون أجنبية طبقاً للمعيار أو المعايير التي وضعتها هذه الاتفاقية بصرف النظر عن الصفة التي قد تلحق بهذه الأحكام في إطار نظم قانونية اتفاقية أخرى. و هكذا تنص اتفاقية نيويورك 1958 على أنه " تطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب الاعتراف والتنفيذ على إقليمها، كما تطبق أيضاً على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام"⁴²³.

⁴²² - هذه الاتفاقية أبرمت في 18 مارس 1965 ودخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966 .

⁴²³ - انظر الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 .

يتبين من هذا النص أن أحكام التحكيم الأجنبية التي عنيت الاتفاقية بتنظيم الاعتراف بها وتنفيذها هي تلك الأحكام الصادرة في دولة أخرى غير تلك المراد الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على إقليمها.

بصرف النظر عن القانون الإجرائي الذي تم التحكيم وفق أحكامه، و سواء كانت الدولة التي صدر فيها هذا الحكم من الدول المتعاقدة أي التي انضمت إلى هذه الاتفاقية أم لا، هذا المعيار الموسع لمجال تطبيق اتفاقية نيويورك يمثل في الواقع اتجاها حديثا في الاتفاقيات الدولية يرمي إلى تحقيق قدر من العالمية لهذه الاتفاقيات⁴²⁴.

إلا أنه ينبغي أن لا يتم الإفراط في التفاؤل حول التأثير الذي يمكن أن يحدثه هذا المعيار الواسع والذي يوحى بالخروج من إطار الفكرة التقليدية الخاصة بنسبية أثر الاتفاقية الدولية كونها أداة لتنظيم العلاقات بين أطرافها فحسب.

مبعث عدم التفاؤل هذا ما ذهبت إليه الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك من الاعتراف بحق " كل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الأخطار بامتداد تطبيقها عملا بنص المادة العاشرة أن تصرح على أساس المعاملة بالمثل أنها ستطبق الاتفاقية فقط على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة".

هكذا، فقد أفسحت الاتفاقية المجال أمام الدول الأطراف فيها أن تقتصر مجال أعمالها على الأحكام الصادرة في دولة متعاقدة أي منحت الدول الأطراف الحق في التحفظ سواء عند التوقيع على الاتفاقية أو عند التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الأخطار بامتداد تطبيقها إليها، وعلى أساس المعاملة بالمثل فإنها لن تطبق هذه الاتفاقية إلا على الأحكام التحكيمية الصادرة في دولة من الدول المتعاقدة، ولعل الغرض الذي سعت إليه الاتفاقية من إتاحة الفرصة أمام الدول الأعضاء لاستخدام هذا التحفظ هو إقامة نوع من التوازن بين العالمية المنشودة في هذه الاتفاقية والنسبية المعترف بها في مجال الاتفاقيات الدولية بصفة عامة والتي يعبر عنها بأن الحقوق التي توفرها اتفاقية لدولة متعاقدة هي مقابل الالتزامات التي تلتزم بها هذه الدولة قبل الدول المتعاقدة الأخرى، ومن ناحية أخرى فإن تضمين الاتفاقيات المذكورة مثل هذا النص قد يعد حافزا أمام الدول غير المتعاقدة على الدخول والانضمام إليها.

لكن ما المقصود بعبارة المعاملة بالمثل هنا، أو كما يطلق عليها أحيانا the reciprocity reservation. وأن هذا التحفظ يفهم منه أن الدولة (أ) تطبق الاتفاقية على حكم تحكيم صادر

⁴²⁴ - يلاحظ أن اتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المبرمة في 26 سبتمبر 1927 قد أخذت بمعيار مزدوج للتعرف إلى الصفة الأجنبية للحكم واجب التنفيذ، فهذا المعيار يستند إلى عامل إقليمي يتمثل في ضرورة صدور الحكم في دولة متعاقدة ثم يجب أن يتوفر أيضا عامل شخصي مقتضاه صدور الحكم التحكيمي بين أشخاص خاضعة لقضاء إحدى الدول المتعاقدة.

في الدولة (ب)، لأن هذه الدولة الأخيرة عندما انضمت للاتفاقية قد أعلنت أنها ستطبق الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة في الدولة (أ).

في الواقع فإن هذا التفسير قد عكس الفرض الذي أراد واضعوا الاتفاقية معالجته، و بهذا النص فنحن أمام فرض خاصته أن دولة ما تشترط عند انضمامها للاتفاقية أو عند التصديق عليها أنها لن تطبق نصوصها، إلا على الأحكام الصادرة من دولة متعاقدة أخرى خروجاً على المبدأ العام الذي نصت عليه اتفاقية نيويورك والذي بمقتضاه لا يشترط في الحكم التحكيمي لكي يعترف به أو ينفذ أن يكون صادراً في إقليم دولة متعاقدة. هنا لا يمكن فهم عبارة "على أساس المعاملة بالمثل" إلا على أساس أن هذا التحفظ يمنح للدولة العضو الحق في الامتناع عن الاعتراف أو تنفيذ الحكم الصادر في إقليم دولة أخرى غير متعاقدة إذا كانت هذه الأخيرة تعترف وتنفذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم الدولة الأولى⁴²⁵.

ولم تقف الاتفاقية في تحديد مجال تطبيقها عند معيار محل صدور حكم التحكيم، وإنما نصت على سريانها كذلك على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب فيها تنفيذها أو الاعتراف بها، وأن تطبيق هذا المعيار يحده حدين أولهما أن يكون الحكم صادراً في الدولة المراد تنفيذه فيها، وثانيهما أن اعتبار حكم التحكيم أجنبياً بالرغم من صدوره في إقليم هذه الدولة يعد أمراً متروكاً للمحكمة المطلوب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه حسب تقديرها.

مفاد ذلك إذن أن هذا المعيار يمثل طبقاً لحده الأول معياراً ثانياً لسابقة وليس استثناء عليه، فإذا اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم في الدولة (أ) طبقاً لقانون الدولة (ب)، فإن الدولة (أ) إذا كانت تسمح بالتحكيم طبقاً لقانون تحكيمي أجنبي فيكون لها إذا ما طلب التنفيذ على إقليمها أن تعتبر حكم التحكيم وبالرغم من صدوره على إقليمها أجنبياً وتطبق عليه اتفاقية نيويورك⁴²⁶ 1958.

أما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فقد جعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي، إذ أوجبت مادتها الثانية أن لا تفرض من أجل ذلك شروطاً أكثر شدة ولا رسوماً قضائية أكثر ارتفاعاً مما هو مفروض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية.

تهدف هذه الاتفاقية إلى توحيد الأحكام القانونية الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة خارج إقليم الدولة المطلوب تنفيذها فيها من أجل تيسير تنفيذ هذه الأحكام. وبالتالي فإن تحقيق هذا

⁴²⁵ - أياً كان التفسير الصحيح لهذا التحفظ فإن بعض الدول التي استخدمته قد ارتكز عليها قضاؤها لرفض تنفيذ أحكام تحكيمية صادرة في دولة أخرى طبقاً لاتفاقية نيويورك 1958

⁴²⁶ - انظر القسبي عصام الدين: النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، م.س.

الهدف سيعمل على تشجيع اللجوء للتحكيم كوسيلة ملائمة لحسم المنازعات التجارية ذات الطابع الدولي.

تتسم اتفاقية نيويورك بطابعها الدولي، ليس من حيث نطاق تطبيقها فحسب، الذي يشمل : جميع أحكام التحكيم الصادرة خارج إقليم الدولة المطلوب فيها بالإضافة للأحكام التي يعتبرها قانون هذه الأخيرة ذات طابع أجنبي، بل لأن عدد الدول المنضمة إليها لغاية الآن قد بلغ 137 دولة، منها معظم الدول التي تسيطر على نصيب وافر من حجم التجارة الدولية كالولايات المتحدة ودول الاتحاد الأوروبي والصين واليابان، علماً بأن باب الانضمام إليها ما زال متاحاً لكل دول العالم الأعضاء في الأمم المتحدة أو الذين سيصيرون كذلك، كما انضم إلى الاتفاقية لغاية الآن 15 دولة عربية منها، وبحسب ترتيبها الهجائي في الأمم المتحدة وسنة انضمامها : مصر 1959، المغرب 1959، السعودية 1994، الإمارات العربية المتحدة 2006.

عليه، فإن هذه الاتفاقية تعتبر - وبحق - العمود الفقري، أو حجر الزاوية للتحكيم التجاري الدولي، بل وأصبحت المعيار الأساسي الذي يعتمد عليه للحكم على فعالية النظام القانوني للتحكيم في كل دولة، وفيما إذا كان هذا النظام يشجع التحكيم التجاري الدولي من عدمه.

تمشياً مع الهدف منها، نجد أن المادة الثالثة من هذه الاتفاقية تلزم جميع الدول المتعاقدة بالاعتراف بحجية أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها وفقاً للشروط المنصوص عليها فيها.

لا تفرض الاتفاقية هذا الالتزام إلا بخصوص أحكام التحكيم الأجنبية، ويعد هذا القيد أمراً طبيعياً ؛ باعتبار أن اتفاقية نيويورك هي اتفاقية دولية لا شأن لها بالتحكيمات الوطنية الصرفة،

قد اعتبرت المادة الأولى من الاتفاقية حكم التحكيم أجنياً بالنظر إلى الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه إذا صدر في دولة أخرى، ولم تشترط الاتفاقية أن تكون هذه الدولة إحدى الدول المتعاقدة، إلا إذا كانت الدولة المطلوب التنفيذ فيها قد أبدت تحفظها عند الانضمام للاتفاقية بعدم تطبيق الاتفاقية إلا إذا كان حكم التحكيم المطلوب من محاكمها تنفيذه صادراً في دولة متعاقدة كما أجازت الفقرة الأولى من المادة الأولى تطبيق الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة في دولة مقر التحكيم إذا اعتبرت أجنبية وفقاً لقانون هذا البلد.

تسرى أحكام هذه الاتفاقية على جميع أحكام التحكيم المتقدم بيانها سواء صدرت بمناسبة نزاع بين أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتبارية، وسواء أكان الشخص الاعتباري من أشخاص القانون الخاص كالشركات التجارية أم من أشخاص القانون العام كالدولة والشركات والمؤسسات العامة.

على الرغم من أن الهدف من الاتفاقية هو تشجيع اللجوء للتحكيم في مجال العلاقات " التجارية" الدولية، فإنها لم تشترط أن يكون موضوع النزاع " تجارياً"، وذلك لأن دولة النظام القانوني الأنجلو - أمريكي لا تعرف التفرقة القانونية بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية،

كما تفعل دول النظام اللاتيني، لكن على الرغم من ذلك، فقد أجازت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية لأية دولة ترغب في حصر نطاق تطبيق الاتفاقية على العلاقات التجارية فقط أن تبدي تحفظها هذا عند التوقيع على الاتفاقية

عودة إلى التوصيف العام لموقف الاتفاقية الداعم والمشجع للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، نجد أن المادة الثالثة تنص صراحة على ما يلي: "يجب على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأحكام التحكيم كأحكام ملزمة وأن تقوم بتنفيذها وفقاً للقواعد الإجرائية في الإقليم الذى يحتج فيه بالحكم، وطبقاً للشروط الواردة في المواد التالية، ولا يجوز أن تفرض على الاعتراف بأحكام التحكيم التي تنطبق عليها الاتفاقية شروطاً أكثر شدة أو رسوماً أو مصاريف أعلى بكثير مما يفرض على الاعتراف بأحكام التحكيم المحلية أو تنفيذها".

قد وضعت المادة الرابعة شروطاً ميسرة لطلب التنفيذ، إذ إن الاتفاقية قد افترضت أن مجرد صدور حكم التحكيم قرينة على صحته، ولذلك تكتفى الاتفاقية من طالب التنفيذ أن يرفق بطلبه :

(1) أصل حكم التحكيم أو صورة مصدقة عنه .

(2) أصل اتفاق التحكيم أو صورة مصدقة عنه .

إذا كانت إحدى هاتين الوثيقتين محررة بلغة غير لغة الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، وجب على طالب التنفيذ تقديم ترجمة رسمية معتمدة لها.

تأكيداً على رغبة المشرع الدولي في تدعيم مبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، نجد أن المادة الخامسة من الاتفاقية قد جعلت أن الأصل هو قابلية الحكم للتنفيذ مفترضة توافر جميع شروط صحته بمجرد تقديم وثيقة الحكم ووثيقة اتفاق التحكيم على النحو المبين في المادة الرابعة، وجعلت من رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه هو الاستثناء على ذلك الأصل، وجعلت هذه حالات الرفض المحددة فيها محددة على سبيل الحصر.

بالرجوع إلى نص المادة الخامسة من الاتفاقية نجد أنها قسمت حالات الرفض إلى طائفتين: الطائفة الأولى وتشمل الحالات التي يقع عبء إثارتها وإثباتها على عاتق من صدر ضده حكم التحكيم، وهى الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الخامسة، وتشمل :

أ - أن أطراف اتفاق التحكيم كانوا طبقاً للقانون الذى ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق غير صحيح وفقاً للقانون الذى أخضعه إليه أطرافه أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذى صدر فيه الحكم.

ب - أن الخصم المطلوب التنفيذ ضده لم يبلغ تبليغاً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

ج - أن الفصل في نزاع غير وارد في بنود الإحالة للتحكيم أو تجاوز حدود ذلك، ومع ذلك يجوز تجزئة الحكم، وبالتالي تنفيذ الجزء الخاضع للتسوية عن طريق التحكيم ورفض تنفيذ الباقي، إذا كانت التجزئة ممكنة.

د - أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

هـ - أن الحكم لم يصبح ملزماً للأطراف أو أبطلته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

أما الطائفة الثانية فتشمل حالتين يحق بموجب أي منهما للمحكمة المطلوب التنفيذ منها أن ترفض تنفيذ الحكم من تلقاء نفسها حتى وإن لم يطلب منها أحد الخصوم ذلك، وهاتان الحالتان هما :

1- أن قانون بلد التنفيذ لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم .

2- أن في الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

من خلال المقتضيات السابقة، يتبين على أن الاتفاقيات الدولية قد اهتمت بالتحكيم التجاري الدولي و خاصة في ما يخص تنفيذ الحكم التحكيمي بشكل أكثر يسرا من أحكام التحكيم الوطني، ذلك من خلال الحرص على ضمان تنفيذه من قبل القضاء في إطار دوره الرقابي و لكن بشكل محدود.

الفرع الأول: تنفيذ القرارات التحكيمية بموجب الاتفاقيات الثنائية

فمن أجل تسهيل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم وإعمالاً لمبدأ التعاون بين الدول، تعمل الدولة على إبرام اتفاقية مع دولة أخرى بهدف تنفيذ القرارات التحكيمية، وغالبا ما تكون هذه الأحكام الخاصة ضمن اتفاقيات التعاون القضائي⁴²⁷.

كما تركت الاتفاقيات الدولية المسائل الإجرائية لتنفيذ القرار التحكيمي إلى قانون الدولة المراد تنفيذ القرار فيها، وقد عينت بعض الاتفاقيات المحكمة المختصة التي يتطلب إليها الأمر بتنفيذ قرار التحكيم، بالإضافة إلا أن بعض الاتفاقيات ذكرت الوثائق والمستندات التي يجب أن ترفق مع الطلب المقدم من الطرف الذي يطلب تنفيذ القرار من الجهة المختصة في الدولة المراد التنفيذ فيها⁴²⁸.

⁴²⁷ - من الأمثلة على هذه الاتفاقيات ما جاء في معاهدة التعاون القضائي والقانوني بين الجمهورية العراقية والاتحاد السوفيتي المتعارف عليها بالقانون رقم 104 لسنة 1973 ، حيث أن هذه الاتفاقيات اتسمت بدورها بعدة سمات مشتركة أهمها أنها نصت صراحة على أن السلطة المختصة في الدولة المراد تنفيذ القرار الأجنبي فيها لا تملك البحث في الموضوع موضوع النزاع الذي صدر بشأنه القرار التحكيمي وتقتصر سلطاتها على إضفاء الصفة التنفيذية على القرار من خلال تدقيقه من الناحية الشكلية ومدى صحته من الناحية القانونية.

⁴²⁸ - المادة 4 ، من اتفاقية جنيف 1927 ، المادة (4) من اتفاقية نيويورك، لسنة 1958

الفرع الثاني: تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية بموجب القوانين الوطنية

تقسم القوانين الوطنية في هذا المجال إلى ثلاثة أقسام، أولاً، ما جاء بنصوص خاصة حول كيفية الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، والقسم الثاني من القوانين سكت عن معالجة أمر تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، والقسم الثالث من القوانين نص على معاملة القرارات معاملة الحكم القضائي الأجنبي.

من بين القوانين التي تبنت التقسيم الثالث، نجد القانون المصري، حيث جعل النصوص الواردة في الفقرة الرابعة منه الخاصة بتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي تسري على أحكام المحكمين الأجنبية⁴²⁹.

عليه فإن قرارات التحكيم الأجنبية تعامل بنفس الطريقة التي يصار إلى إتباعها عند تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، أيضاً فإن مبدأ المعاملة بالمثل يجد له مكاناً في هذا القانون⁴³⁰، علماً أن مصر من الدول التي انضمت إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

تختلف الرقابة من قبل القاضي على القرارات التحكيمية فبعض الدول تحصر هذه الرقابة في نطاق التحقق من سلامة التحكيم من الناحية الإجرائية واستيفاء الشروط الشكلية، بينما البعض يوسع من سلطة القاضي في تدقيق القرار التحكيمي وأحياناً قد يصل الأمر إلى التفاصيل الخاصة بالنزاع.

لكن الاتجاه الحديث بالنسبة للقرارات التحكيمية الأجنبية يرى أن السلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار فيه، لا تقوم بالبحث في أصل النزاع وإنما تقتصر الرقابة فيه على التحقق من صحة القرار وإتباع المبادئ الرئيسية لحماية حقوق المتخاصمين عند سير إجراءات المرافعة وأن لا يحتوي القرار على ما يتعارض مع قواعد النظام العام.

تنص القواعد العامة على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أن لا تكون المسألة التي صدر فيها حكم التحكيم تدخل في الاختصاص الوجوبي لقضاء الدولة المراد التنفيذ على أراضيها، على سبيل المثال أن تكون المسألة متعلقة باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي داخل أراضي الدولة، ويخرج عن ولاية هيئة التحكيم، حيث ينفرد القضاء وحده بالتصدي لهذه المسألة التي تعتبر من قوانين البوليس⁴³¹.

قد أوردت بعض التشريعات الأسباب التي تؤدي إلى رفض تنفيذ القرار التحكيمي منها:

⁴²⁹ - المادة 199 من قانون المرافعات المصري.

⁴³⁰ - المادة 300 من قانون المرافعات المصري.

⁴³¹ - انظر عبد المجيد منير، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر 1991، ص: 290.

1- عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح طبقاً للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أو أن يكون تشكيل الهيئة مخالفاً للقواعد الواجبة التطبيق، أو أن هيئة التحكيم لم تقم بدورها بشكل صحيح، أو أن القرار قد تم إبطاله من قبل جهة مختصة في البلد الذي صدر فيه حيث أن القرار الخاص برفض تنفيذ القرار التحكيمي يصدر من السلطة المختصة في البلد المراد فيه التنفيذ وفي الغالب المحكمة المختصة بنظر النزاع في ذلك البلد استناداً لما تضمنته اتفاقية نيويورك⁴³².

أما فيما يتعلق بالنظام القضائي في دولة الإمارات العربية المتحدة، فإن حكم المحكمين لا يعتبر سند تنفيذي فهو لا ينفذ إلا بعد التصديق عليه من المحكمة المختصة التي أودع الحكم قلم كتابها، وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم والتثبيت من أنه لا يوجد مانع من تنفيذه، وتختص هذه المحكمة بتصحيح الأخطاء المادية في حكم المحكمين بناءً على طلب ذوي الشأن بالطرق المقررة لتصحيح الأحكام⁴³³.

هكذا فمن الجلي أن المشرع الإماراتي كغيره من التشريعات يمنح المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، حتى بعد الاتفاق على التحكيم صلاحيات لا يمكن تجاهلها ويتعذر مع إقرارها القول بأن الاتفاق على التحكيم يشكل نزاعاً لاختصاص تلك المحكمة، وعملاً بنص المادة 214 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية يجوز للمحكمة أثناء النظر في طلب تصديق حكم المحكمين أن تعيده إليهم للنظر فيما أغفلوا الفصل فيه من مسائل التحكيم أو لتوضيح الحكم إذا كان غير محدد بالدرجة التي يمكن معها تنفيذه، وعلى المحكمين في هاتين الحالتين أن يصدروا قرارهم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغهم بالقرار إلا إذا قررت المحكمة خلاف ذلك، ولا يجوز الطعن في قرارها إلا مع الحكم النهائي الصادر بتصديق الحكم أو إبطاله.

يعتبر رقابة القضاء عند تنفيذ الحكم التحكيمي محور أساسي لتنفيذ حكم المحكمين حيث لا ينفرد بهذا الدور سواء، و من القوانين العربية التي جعلت المحكمة هي الجهة التي تضي الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المادة 219⁴³⁴ وأكدته قانون التحكيم الإماراتي الجديد بمادته⁴³⁵ 52، قانون التحكيم المصري المادة " 234 " وأغلب قوانين الدول العربية الأخرى.

⁴³² - انظر سامي، فوزي محمد، م، س، ص 388

⁴³³ - انظر المادة 52 من التحكيم مدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

⁴³⁴ - تنص المادة 219 على أنه: (1- يجري التنفيذ تحت إشراف قاضي التنفيذ يندب في مقر كل محكمة ابتدائية ويعاونه في ذلك عدد كاف من مندوبي التنفيذ. 2- وتتبع أمامه الإجراءات المقررة أمام المحكمة الابتدائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

⁴³⁵ - تنص المادة 52 من ق.ت.إ على أنه: "يعتبر حكم التحكيم الصادر وفقاً لأحكام هذا القانون ملزماً للأطراف، ويجوز حجية الأمر المقضي، ويكون له ذات القوة التنفيذية كما لو كان حكماً قضائياً، إلا أنه يشترط تنفيذه الحصول على قرار للمصادقة عليه من المحكمة".

قضي بأن وظيفة القاضي حين يتصدى لإعطاء حكم المحكمين صيغة التنفيذ تقتصر على البحث في أن هناك مشارطه أو شرط تحكيم بصدد نزاع معين وأن هذا النزاع هو الذي طرح بالفعل على المحكم وفصل فيه في مواجهة من اتفق على التحكيم، وأن هذا النزاع لا يتصل بمسائل لا يجوز فيها الصلح وأن المحكم لم يخرج عن حدود المشارطة ولم يتجاوز الميعاد المقرر للتحكيم وأن الحكم يتمتع بالشكل المقرر بالنسبة للأحكام ولم يبين على إجراء باطل.

في حين قضي في قرار آخر بأن خلو حكم المحكم المطلوب التصديق عليه من البيان الخاص الذي يفيد صدوره باسم حاكم دبي لا يبطله⁴³⁶.

يختص قاضي التنفيذ بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين وهذا الاختصاص يشمل المنازعات الموضوعية والوقائية والأوامر المتعلقة بالتنفيذ وأسباب بطلان حكم المحكمين تصلح أن تكون بذاتها للإستشكال عند تنفيذه .

مما لا شك فيه أن غاية أطراف النزاع هي تنفيذ حكم المحكمين، وهذا يستلزم كما سبق الذكر طبقاً للمادة 215 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي مصادقة المحكمة التي أودع الحكم قلم كتابها على حكم المحكم، ويختص قاضي التنفيذ بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين⁴³⁷.

يجب أن يصدر حكم المحكم في دولة الإمارات العربية المتحدة، وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة لإحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي، طبقاً للفقرة 4⁴³⁸ من المادة 121 من قانون إجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية.

قد تطرقت المادة 236 من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية إلى أن حكم المادة 235 من ذات القانون تسري على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي، ويجب أن يكون حكم المحكمين صادراً في مسألة يجوز التحكيم فيها طبقاً لقانون الدولة وقابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه⁴³⁹.

⁴³⁶ - الطعن رقم 279 لسنة 1993 حقوق صادر بجلسة 1994/6/4 عن محكمة تمييز دبي.

⁴³⁷ - فقرة 2 من المادة 215 من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية.

⁴³⁸ - نصت الفقرة الرابعة من المادة 221 اجراءات مدنية على أنه: "إذا وجد قاضي التنفيذ المناب أو المحال إليه أن هناك أسباباً قانونية تمنع التنفيذ أو إذا تعذر عليه التنفيذ لأي سبب آخر، فعليه إعلام قاضي التنفيذ المختص بذلك".

⁴³⁹ - علماً بأن المادة 235 المشار إليها تنص على ما يلي:

1 - الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في دولة الإمارات العربية المتحدة بذات الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في الدولة.

2 - و يطلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ولا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:

أ - إن محاكم الدولة غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.

ب - إن الحكم أو الأمر صادر من محكمة مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه.

ج - إن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً .

د - إن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته .

الجدير بالذكر أن القواعد المنصوص عليها في المواد السابقة لا تخل بأحكام المعاهدات بين الدولة وبين غيرها من الدول في هذا الشأن، عملاً بنص المادة 138 من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية.

هذا وقد أثير جدل بين مختلف التشريعات حول إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم التي تقرر بطلانها في الخارج، و الخلاف قائم بين دولة المقر و دولة التنفيذ.

فقد أدى ضعف دور مقر التحكيم إلى إثارة مشكلة تتعلق بمصير حكم التحكيم الباطل في دولة المقر، وبمدى إمكانية تنفيذ هذا الحكم في الدول الأخرى رغم القضاء ببطلانه في دولة الأصل، تلك المشكلة التي يسهم في إثارتها تباين أسباب بطلان الأحكام في التشريعات الحديثة للتحكيم التي سنتعرض لها فيما بعد، على الرغم من أن أسباب بطلان الأحكام في التشريعات الحديثة للتحكيم، رغم أن أسباب البطلان هذه قد تغطي أسباب رفض الاعتراف أو رفض التنفيذ المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية الرئيسية وفي التشريعات المقارنة، بيد أن السبب المباشر لتلك المشكلة يتمثل في أن الأثر الدولي الذي يجب ترتيبه على بطلان حكم التحكيم الصادر من دولة المقر، والذي قننته اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 في مادتها الخامسة، ويعنى تعهد قضاء التنفيذ في الدول المتعاهدة برفض إصدار أمر بالتنفيذ للحكم الذي كان قد أبطل في بلده الأصلي، هذا الأثر الدولي قد انحسر تماماً لأسباب عدة.

إلا أن إن اتفاقية جنيف (الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي) سنة 1961، كانت هي الهجمة الأولى على نظام اتفاقية نيويورك الذي قرر الأثر الدولي لبطلان حكم التحكيم⁴⁴⁰. وبعبارة أخرى، فإنه إذا كان البطلان المحكوم به في بلد الأصل سببه عدم قابلية النزاع للتحكيم وفقاً لقانون بلد التنفيذ، أو لأن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في بلد التنفيذ (وفقاً للمادة 2/5 أ، ب من اتفاقية نيويورك) فالبطلان في الحالتين الأخيرتين لا يكون له أثر أمام قاضى التنفيذ في بلد متعاقد آخر.

أكثر من ذلك، فإن اتفاقية نيويورك ذاتها تسمح بأن حكم التحكيم الذى قضى ببطلانه في دولة المقر يعترف به أو ينفذ في الدول الأخرى، حتى ولو كانت أطرافاً في هذه الاتفاقية، وذلك تأسيساً على تشريعها الوطني باعتباره يمثل في هذه الحالة القاعدة الأكثر مراعاة للمحكوم لصالحه⁴⁴¹.

هـ - أنه لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بالدولة ولا يتضمن ما يخالف الآداب أو النظام العام فيها.

440 - حددت المادة التاسعة من اتفاقية جنيف 1961 الحالات التي يعد فيها بطلان الحكم في دولة متعاقدة سبباً لرفض التنفيذ في دولة متعاقدة أخرى، وقررت أن البطلان لا يكون له أثر دولي إلا إذا كان مسبباً بأحد الأسباب الأربع الأولى التي أحصتهم المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك في فقرتها الأولى بنودها أ، ب، ج، د.

441 - فقد نصت المادة السابعة فقرة أولى من هذه الاتفاقية على أنه " لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد "المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ".

فضلاً عن ذلك، فإن الأحكام القضائية الصادرة من دول مختلفة كفرنسا، وأمريكا، قد ساهمت في تراجع الأثر الدولي لبطلان أحكام التحكيم إلى حد كبير، فقد اعتبر القضاء في هذه الدول وغيرها أن نصوص اتفاقية نيويورك لا تمثل سوى الحد الأدنى في شأن الاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها والذي تتعهد به الدول الأعضاء وأنها لا تمنع مطلقاً الاعتراف والتنفيذ، على أساس الشريعة العامة بالنسبة للحكم الذي يبطل في دولة المقر⁴⁴².

كذلك فإن فقه التحكيم الدولي قد أدلى برأيه لصالح إمكانية تنفيذ حكم التحكيم الباطل، إذ يتضح أن تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج هو ثمرة طبيعية لمجموعة عوامل منها ضعف دور مقر التحكيم بوجه عام، وفي مجال تنفيذ الأحكام بوجه خاص ووجود قاعدة أفضل لمصلحة طالب التنفيذ في تشريع أو معاهدة تخص دولة التنفيذ، فتكون هي الواجبة التطبيق حينئذ، وغني عن البيان أن مشكلة اختلاف مصير الحكم التحكيمي بين دولتي المقر والتنفيذ، ما كانت لتفرض نفسها إلا إذا لم يكن الحكم قد أبطل في هذه الدولة، وكان نهائياً، فالأصل أنه يمكن تنفيذه في أي دولة، ولا يقف حائلاً دون هذا التنفيذ سوى كون هذا الحكم يتعارض مع النظام العام في دولة التنفيذ شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية الأجنبية التي يطلب تنفيذها في دولة أخرى⁴⁴³.

يعد القضاء الفرنسي أول قضاء - على مستوى الدول - ينسب إليه إرساء مبدأ تنفيذ أحكام التحكيم رغم القضاء ببطلانها في الدولة التي صدرت فيها، وذلك استناداً إلى القواعد العامة في القانون الفرنسي، وباعتبار أن تلك القواعد تمثل القاعدة الأكثر تفضيلاً لدى طالب التنفيذ، لكونها تضع شروطاً أقل لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها بالمقارنة بما تقرره الاتفاقية الرئيسية في هذا المجال وهي اتفاقية نيويورك سنة 1958، وقد أكد القضاء الفرنسي إمكانية اندماج حكم التحكيم في النظام القانوني الفرنسي رغم بطلانه في دولته الأصلية منذ عام 1984. **ففي قضية Polish Ocean**، كانت محكمة الاستئناف قضت فيه بأن إقامة دعوى

⁴⁴² - (المادة 2/3 من الاتفاقية).

⁴⁴³ - حيث اعترفت اتفاقية نيويورك بمشروعية حق سلطات الدولة (أي محاكمها) التي صدر فيها الحكم التحكيمي في وقف تنفيذ أو إبطال الحكم التحكيمي الصادر ضمن نطاق اختصاصها الإقليمي، كما اعترفت في ذات الحق للدولة التي صدر بموجب قانونها الحكم التحكيمي، وإن لم تكن دولة مقر التحكيم، ويمكن أن نستخلص من هذا الاعتراف المبادئ النتائج التالية:

1- تعترف الاتفاقية بالمشروعية الدولية لدعوى بطلان الحكم التحكيمي؛ أي لحق قضاء الدولة مقر التحكيم أو قضاء الدولة التي صدر بموجب قانونها الحكم التحكيمي، وهما في أغلب الأحوال دولة واحدة في الرقابة المباشرة على الحكم التحكيمي من خلال دعوى البطلان، وبالتالي لا مجال في الاتفاقية للاعتراف بأحكام التحكيم المرسله؛ أي أحكام التحكيم غير المرتبطة بنظام قانوني وطني.

2- تقرر الاتفاقية - بما لا يدع مجالاً للشك - أن القضاء المختص بدعوى البطلان هو فقط قضاء الدولة التي صدر الحكم وفقاً لقانونها، وعليه فإن حكم البطلان الصادر ضد الحكم التحكيمي لا يبرر رفض تنفيذ هذا الأخير إلا إذا كان صادراً في إحدى هاتين الدولتين المعنيتين بالنص، وهو وضع قصدت الاتفاقية منه حماية حكم التحكيم من دعوى البطلان الكيدية عليه والتي قد تقام في دول لا علاقة لها بالحكم التحكيمي.

3- لم تحدد الاتفاقية الأسباب التي يحق بموجبها لمحاكم دولة المقر أو لمحاكم الدولة التي صدر بموجب قانونها الحكم التحكيمي إبطال الحكم التحكيمي، وإنما تركت أمر تحديد هذه الأسباب إلى القانون الوطني لكل دولة، وعليه فإن مسألة تنظيم دعوى بطلان الحكم التحكيمي، سواء من حيث إجراءاتها، أو شروطها، أو أسبابها تخضع للقوانين التحكيمية الوطنية لدولة مقر التحكيم أو للدولة التي صدر بموجب قانونها الحكم التحكيمي، فيجوز مبدئياً رفض تنفيذ حكم التحكيم أياً كان سبب البطلان، وهذا ما أرادت اجتنابه المادة التاسعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 بالنص في المادة التاسعة منها على حظر رفض التنفيذ بالاستناد على صدور حكم قضائي ببطلان الحكم التحكيمي إلا إذا كان البطلان ناشئاً عن أحد الأسباب الواردة في الفقرة الأولى من المادة نفسها.

بطلان في بولندا وقرار المحكمة البولندية بوقف تنفيذ حكم التحكيم لا يبرران رفض تنفيذ الحكم في فرنسا⁴⁴⁴.

من خلال ما تقدم، يمكن القول أنه تم الاعتناء بتنظيم القواعد الإجرائية المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم الدولي على غرار حكم التحكيم الداخلي، لما له من وضعية خاصة تؤثر بمصالح التجارة الدولية في حالة وجود عراقيل إما بسبب صعوبة المساطر المتبعة في ذلك أو عدم سرعة البت فيها، أو لغياب قانون إجرائي ملائم لطبيعة المنازعات التجارية الدولية إلخ..

كل هذا يؤثر إما سلباً أو إيجاباً في التحكيم التجاري الدولي بحسب القانون المختار للتطبيق على النزاع التحكيمي، ولأجل ذلك تهتم جل الاتفاقيات الدولية والثنائية وكذلك مختلف التشريعات لوضع مناخ قانوني ملائم يساهم في تنفيذ القرارات التحكيمية الدولية بشكل مرن وفعال، لجلب الاستثمار الأجنبي و محاولة توحيد هذه القواعد على المستوى الدولي، وهذا هو هدف قانون التحكيم النموذجي (الأونسترال)⁴⁴⁵.

المطلب الثاني: القواعد الإجرائية المتعلقة بالطعن في القرار التحكيمي

إن حكم المحكمين لا يختلف عن الحكم الصادر من محاكم التنظيم القضائي في الدولة فيما نحن بصده وإنما تختلف الأنظمة القضائية المقارنة في صدد إجازتها للطعن في حكم المحكمين أو في عدم إجازتها له.⁴⁴⁶

فالطعن في الحكم التحكيمي له صبغة خاصة يختلف عن الطرق المتبعة للطعن في الأحكام القضائية التي تخضع لطرق طعن عادية و أخرى غير عادية.

من ثم فإن الحكم التحكيمي لا يخضع إلا للطعن بالبطلان كطريق وحيد للطعن في الحكم التحكيمي دون سواه، إلا أنه هناك بعض التشريعات التي تجيز الطعن في الحكم التحكيمي الدولي بغير البطلان.

ولأجل ذلك، ارتأينا دراسة هذا الموضوع على الشكل الآتي:

⁴⁴⁴ - تتعلق وقائع هذه القضية بحكم تحكيم صدر في بولندا، ثم صدور حكم من القضاء البولندي بإيقاف تنفيذه، ولكن وعلى الرغم من ذلك تم طلب تنفيذه في فرنسا أمام المحكمة الابتدائية في مدينة Douai والتي قامت بإصدار أمر بتنفيذ الحكم، وقد لقي هذا الحكم قبولاً من محكمة استئناف Douai وكذلك محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر بتاريخ 1993/3/10، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية المبدأ الذي أرسته في قضية Norsolor بالقول :

" إن المادة السابعة من اتفاقية نيويورك، والتي تعتبر كل من فرنسا وبولندا أطرافاً فيها، لا تحرم أي طرف من أي حق في الاستفادة من حكم التحكيم بالكيفية وبالقدر الذي يسمح به قانون الدولة المطلوب التنفيذ فيها، وبالنتيجة فإنه لا يجوز للمحكمة الفرنسية أن ترفض طلب الأمر بتنفيذ حكم تحكيم تم إبطاله أو إيقاف تنفيذه من قبل السلطة المختصة في البلد التي صدر فيها الحكم إذا كانت أسباب رفض التنفيذ، رغم أنها مذكورة بالمادة 1/5 هـ من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، ليس من ضمن الأسباب المحددة في المادة 1502 من قانون المرافعات المدنية الفرنسية.

⁴⁴⁵ - انظر قانون الأونسترال في صيغته المنقحة لسنة 2010، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي، ع. 53، م.س، ص 56 و ما بعدها.

⁴⁴⁶ - أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري و الاجباري، م.س، ص: 309.

- الطعن بالبطلان في حكم التحكيم في التشريع المقارن و الإماراتي.

- الطعن في حكم التحكيم بغير البطلان في القوانين العربية

الفرع الأول: الطعن بالبطلان في حكم التحكيم في التشريع المقارن و الإماراتي

سوف ندرس الطعن بالبطلان بالنسبة للقانون المقارن، و نعني به سواء التشريعات الوطنية أم الاتفاقيات و المعاهدات الدولية، على أن نتحدث بشكل خاص عن الطعن بالبطلان بالنسبة لقانون الإمارات العربية.

الفقرة الأولى: بطلان حكم التحكيم في القانون المقارن.

إن القرار التحكيمي يكون محلاً للطعن مباشرة أمام الهيئة التي أصدرته أو أمام هيئة أخرى، على الأغلب يكون الطعن أمام القاضي، وفي حال كان هذا القاضي هو قاض في الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي، فهنا إن تحقق سبب من أسباب البطلان يحكم بإبطال قرار التحكيم أو إلغائه وأحياناً تعديله، أما الطعن بالقرار التحكيمي أمام قاضي دولة أخرى ففي هذه الحالة إذا تأكد القاضي من توافر بعض الأسباب فهنا يأمر بعدم الاعتراف ورفض التنفيذ للقرار التحكيمي.

حيث يقابل تقديم طلب فسخ حكم التحكيم ورفع دعوى بطلان القرار التحكيمي في القانون المصري في المادة 52⁴⁴⁷، التي نصت على عدم قبول أحكام التحكيم بالطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المحددة في قانون أصول المحاكمات أو المرافعات المدنية والتجارية⁴⁴⁸، وأجاز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً لأسباب محددة تحديداً حصرياً⁴⁴⁹، لكن أسباب البطلان لا تشتمل على كل ما يلحق بحكم التحكيم من عيوب تؤدي إلى بطلانه كحالة صدور الحكم مبنياً على غش أو ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم⁴⁵⁰، لذلك يجب تفسير هذه الأسباب باعتبارها الطريق الوحيد للطعن في حكم التحكيم تفسيراً لا يدع مجالاً للقياس على طرق الطعن في الأحكام القضائية⁴⁵¹.

فالأصل في التحكيم أن للطرفين المتنازعين الحرية التامة في الاتفاق على الجهة التي يلجأ إليها لتقديم طلب الطعن في القرار التحكيمي وبالتالي يعني هذا أنهما يستطيعان الاتفاق على إمكانية الطعن في قرار التحكيم أمام هيئة أخرى تعين من قبلها غير تلك التي أصدرت القرار. وفي حال عدم اتفاقهما فالأمر في هذه الحالة يترك إلى أحكام القواعد التحكيمية التي اختارها

⁴⁴⁷ - قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

⁴⁴⁸ - مادة 52 من قانون التحكيم المصري.

⁴⁴⁹ - حسن علي عوض: التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية التجارية، م.س، ص: 200.

⁴⁵⁰ - العنزي، ممدوح عبد العزيز: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب والنتائج دراسة مقارنة. دون طبعة. دون مكان النشر. منشورات الحلبي الحقوقية. دون تاريخ النشر، ص: 293.

⁴⁵¹ - صاوي احمد السيد: التحكيم طبقاً لقانون 1994 وأنظمة التحكيم الدولية. ط.2 دون ذكر مكان للنشر، 2002. ص: 225.

لسير عملية التحكيم بموجبها، على الرغم من أن بعض القواعد التحكيمية الدولية المعروفة لا تنص على تعيين جهة معينة يتم اللجوء أمامها إلى الطعن بالقرار التحكيمي⁴⁵².

مثال ذلك ما جاء في الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، حيث أجازت لأحد الطرفين أن يطلب من رئيس مركز التحكيم إبطال القرار إذا توافرت فيه أحد الأسباب الواردة في هذا القانون، ويتم تنظيم المدة التي يجب خلالها تقديم طلب الإبطال من قبل المشرع الذي يضع مده محددة⁴⁵³.

على الرغم من أن بعض القواعد التحكيمية الدولية تعتبر القرار عند صدوره باتاً ونهائياً ولا يجوز الطعن فيه، ويبرر ذلك أن قبول الطرفين حسم النزاع عن طريق التحكيم يعتبر قبولاً للقرار الذي يصدر حول النزاع المذكور.

قد نصت قواعد الغرفة التجارية الدولية على وجوب عرض مشروع القرار على محكمة التحكيم ولا يصدر القرار إلا بعد المصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة، وعليه فقد نصت المادة 24 وتحت عنوان الصيغة النهائية والتنفيذية للقرار على ما يلي:

1- ان قرار التحكيم نهائي، 2- يلتزم الطرفان بتنفيذ القرار دون تأخير طالما أخضعا نزاعيهما لتحكيم غرفة التجارة الدولية ويتنازلا عن جميع طرق الطعن التي يمكن أن يتنازلا عنها⁴⁵⁴.

فلجوء الأطراف للطعن بالقرار سيجعل الطرفان يلجآن للقضاء وهذا على خلاف ما تم الاتفاق عليه، بالإضافة إلى أن الطعن قد يقصد به المماطلة ويحسب الوقت بالنسبة للطرف الخاسر في التحكيم.

وما تجدر الإشارة إليه أن الاتفاقيات الدولية تلزم الدول المنضمة إليها بما تنص عليه بهذا الخصوص، في حين أن قواعد التحكيم الدولية لا تلزم الدول باتباعها.

أما فيما يتعلق بأسباب الطعن في قرار التحكيم فإن القوانين الوطنية تختلف في تعداد الأسباب التي يجوز بموجبها الطعن في قرار التحكيم.

وإجمالاً يمكن تصنيف الأسباب التي بموجبها يتم الطعن في قرار التحكيم إلى أربع أقسام:

⁴⁵² - من الأمثلة على ذلك قواعد التحكيم التي أصدرتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، وفي هذه الحالة يصار الطعن أمام المحاكم المختصة، وفي المقابل فإن هناك قواعد تحكيمية دولية تحدد الجهة التي يقدم إليها الطعن بالقرار.

⁴⁵³ - المادة (34) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري.

⁴⁵⁴ - المادة 21 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

أولاً: الأسباب التي تتعلق بمحتوى القرار: فالطرف الذي يقدم طلب الطعن يستند إلى أن قرار التحكيم لا يتفق مع ما يطلبه قانون البلد الذي صدر فيه أو قانون الإجراءات الواجب التطبيق.

ثانياً: الأسباب التي تتعلق باختصاص هيئة التحكيم: فهذه الهيئة هي التي تملك سلطة النظر في النزاع، وبالتالي إصدار القرار الخاص بذلك وفي حال أن النزاع ليس من الأمور الداخلة في سلطة الهيئة وفقاً لقانون بلد التحكيم والقانون الواجب التطبيق يمكن الطعن في القرار الذي تصدره الهيئة⁴⁵⁵.

ثالثاً: الأسباب التي تتصل بإجراءات التحكيم: ففي هذه الحالة يكون الطعن بقرار التحكيم مبنيًا على أن هيئة التحكيم لم تحترم القواعد الإجرائية للتحكيم وهذه القواعد التي تضمن صحة تشكيل هيئة التحكيم، التي تضمن الحفاظ على حقوق الطرفين المتنازعين أثناء إجراء الموافقة. ومن الأمور الإجرائية التي يمكن الاستناد عليها للطعن في القرار التحكيمي هو عدم إجراء التبليغات الأصولية للأطراف أو عدم معاملة الطرفين على قدم المساواة، في المرافعة أو في التبليغات أو عدم ضمان حق الدفاع لأحد الطرفين وذلك بإعطائه الفرصة الكافية لتقديم طلباته ودفعه، وهذا أمر يكاد يكون مجعاً عليه في كافة الاتفاقيات الدولية باعتباره من الحالات التي يمكن الاستناد إليها للطعن بقرار التحكيم⁴⁵⁶.

رابعاً: الأسباب التي تستند إلى مخالفة قواعد النظام العام: حيث تجمع القواعد الدولية والتشريعات الوطنية على أن مخالفة القرار لقاعدة من قواعد النظام العام يعتبر سبباً من أسباب بطلانه أو عدم الاعتراف به وعدم تنفيذه، حيث يحق للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم إذا كان مخالفاً للنظام العام⁴⁵⁷، بمعنى يجوز للمحكمة الحكم بهذا البطلان استناداً إلى مخالفة النظام العام وحده حتى لو استند مدعي البطلان إلى سبب آخر غير هذا السبب الذي استند إليه هذا المدعي غير متحقق فعلاً⁴⁵⁸.

وأخيراً، تفرق بعض القوانين الحديثة بين قواعد النظام الدولي وقواعد النظام الداخلي حيث يصر إلى الإبطال أو عدم الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الدولي إذا كان مخالفاً لقواعد النظام العام الدولي، أما غالبية القوانين فلا تذهب إلى الأخذ بمثل هذه التفرقة ولا يمكن للدولة

⁴⁵⁵ - هذا الدفع بعدم اختصاص الهيئة يثار عادة أثناء إجراءات التحكيم وأحياناً يطعن الخصم بالقرار طالباً بإبطال جزء منه.
⁴⁵⁶ - فيما يتعلق باتفاقية نيويورك لعام 1958 فقد جاء في المادة الخامسة منها إمكانية إبطال القرار التحكيمي من قبل محاكم الدولة التي صدر فيها القرار ومن قبل الدولة التي صدر القرار بموجب قانونها، وهذا ما يفهم من الفقرة ٥ من المادة المذكورة حيث نصت على حالة أن القرار لم يصبح بعد الزامياً بالنسبة للأطراف أو أنه كان قد تم إبطاله أو إيقافه من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه أو من قبل سلطة البلد الذي كان القرار قد صدر بموجب قانونه.

⁴⁵⁷ - بركات علي: الطعن في أحكام التحكيم. دون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية. 2003. ص: 92.

⁴⁵⁸ - عمر نبيل إسماعيل: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية. ط. 1. الاسكندرية. دار الجامعة الجديدة، 2004، ص:

المصادقة عليها الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي وإن كان دولياً إذا كان يتضمن مخالفة لقواعد النظام العام بالشكل الذي تعرفه قوانين تلك الدول⁴⁵⁹.

- و يمكن اعتماد أسباب أحد القوانين المتعلقة بالطعن بالبطلان كنموذج للتشريعات المقارنة و هو القانون المصري:

فطبقاً للمادة 53 من قانون التحكيم 27 لسنة 1994، فإن القانون المصري للتحكيم قد حدد الأسباب الحصرية التي من خلالها يمكن الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي و هي: - السبب الأول: يبطل حكم التحكيم إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته⁴⁶⁰:

فالسند القانوني للبطلان في هذه الحالة، نصت عليه الفقرة الأولى بند أ من المادة 53 من قانون التحكيم 27 لسنة 1994 والذي جرى نصها على أنه : لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية :

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته. لذا : يبطل حكم التحكيم إذا لم يوجد اتفاق تحكيم، فاتفاق التحكيم هو حجز الزاوية في عملية التحكيم، سواء كان التحكيم داخلياً أو تحكيمياً تجارياً دولياً، والحديث عن اتفاق التحكيم هو حديث عن دور الإرادة - إرادة الأفراد - في التحكيم، فيعتمد التحكيم في جوهره على تراضي الأفراد وانبثاق التحكيم عن الاتفاق باعتباره مصدر وجوده هو القاعدة التي تبنيتها الاتفاقية الدولية للتحكيم الدولي وذلك فيما نصت عليه من سريان أحكامها في شأن كل اتفاق يهدف الي تسوية نزاع قائم أو محتمل يرتبط بالتجارة الدولية ويكون مبرماً بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين ..

- السبب الثاني: - يبطل حكم التحكيم إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته:

فقد نصت الفقرة الأولى بند ب من نفس المادة من قانون التحكيم 27 لسنة 1994 والذي يجري نصها على أنه : لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم " ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته" .

وعليه لا يمكن القول بوجود اتفاق تحكيم إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم فاقد الأهلية أو ناقصها لذا اعتد المشرع بفقد الأهلية ونقصها كأسباب لبطلان حكم التحكيم، وبطلان حكم التحكيم لهذا السبب ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، ونعني بالقواعد العامة في هذا المقام أحكام

⁴⁵⁹ - سامي، فوزي محمد، ص: 404 .

⁴⁶⁰ - المادة 53 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994 .

القانون المدني، كما أن هذا السبب من أسباب بطلان أحكام التحكيم هو سبب عام اتفقت عليه جميع الاتفاقيات الدولية النافذة في هذا المقام .

- السبب الثالث: يبطل حكم التحكيم إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته:

تضمن بند ج من هذه المادة على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم "ج - إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته".

وعن الحق في الدفاع تقول المحكمة الدستورية العليا⁴⁶¹: "إن ضمان الدستور - بنص المادة 96 لحق الدفاع قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لسيادة القانون كافلاً للخصومة القضائية عدالتها وبما يصون قيمتها ويندرج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها أو نابذاً للحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود فلا يكون بنیان الخصومة مجحفاً لحقوق أحد من الخصوم بل مكافئاً بين فرصهم في مجال إثباتها أو نفيها استظهار لحقائقه".

من ثم، يبطل حكم التحكيم إذا كان عدم تقديم خصم التحكيم لدفاعه مرده عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً، سواء كان الإعلان بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم.

فإذا كان الإعلان باطلاً فإنه لا ينتج أثره بطبيعة الحال، وإن تم صحيحاً ولم يتمكن الخصم من إبداء دفاعه لسبب لا يرجع لإرادته ارجع البطلان للإخلال الجسيم بحق الدفاع.

كما يبطل حكم التحكيم إذا كان عدم تقديم خصم التحكيم لدفاعه مرده سبب آخر - خلاف عدم إعلانه قانوناً - المهم أن يكون عدم إبداء الدفاع مرده سبب خارج عن إرادته.

- السبب الرابع: يبطل حكم التحكيم إذا استبعد الحكم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

حيث جاء في المادة 53 من قانون التحكيم المصري ما يلي: "د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع".

بناء على هذا النص، يبطل حكم التحكيم، بحيث يجوز رفع دعوى البطلان إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، و أساس ذلك أن

⁴⁶¹ - المادة 96 التي تنص على حق الدفاع بالدستور المصري التي جاء نصها على أنه: (المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وينظم القانون استئناف الأحكام الصادرة في الجنايات. وتوفر الدولة الحماية للمجنى عليهم والشهود والمتهمين والمبلغين عند الاقتضاء، وفقاً للقانون).

جوهر التحكيم إرادة الأطراف، ويدخل في صلاحيات هذه الإرادة اختيار القانون الذي المطبق، سواء كان الاتفاق صريحاً أو ضمناً كما تسفر عنه قواعد تنازع القوانين⁴⁶².

- السبب الخامس: يبطل حكم التحكيم إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين :

حيث جاء في بند (هـ) من نفس المادة "هـ - إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين."

فطبقاً للفقرة (هـ) المشار إليها يحق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في حالة الإخلال باحترام إرادة الأطراف في تعيين المحكم أو اختيار كل طرف محكمه، وكذا في حالة الإخلال بالإجراءات المتعلقة بتشكيل الهيئة في حالة تعددها أو وجود صعوبة في ذلك⁴⁶³.

- السبب السادس: يبطل حكم التحكيم إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق:

فوفقاً للبند (و) من المادة 53 فإنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم "و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق."

وتبرير ذلك، أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية، ويعتبر طبقاً لحكم الفقرة الثالثة من المادة 10 من قانون التحكيم اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شروط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد⁴⁶⁴.

- السبب السابع: يبطل حكم التحكيم إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم :

نصت الفقرة الأولى للبند (ز) من نفس المادة من قانون التحكيم المصري على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية ز- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

⁴⁶² - وتجدر الإشارة إلى أنه ثمة فارق بين مخالفة حكم التحكيم للقانون الإجرائي الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على إجراءات التحكيم، ومخالفة حكم التحكيم للقانون الذي يطبق على موضوع النزاع؛ صحيح أن مخالفة أي منهما يعد سبباً لبطلان حكم التحكيم، لكن مخالفة القانون الإجرائي الواجب التطبيق يعد تطبيقاً لبطلان إجراءات التحكيم، لا لاستبعاد هيئة التحكيم لقانون واجب التطبيق، فالفارق بين إجراءات التحكيم والقانون الموضوعي الذي يحكم موضوع النزاع لا يمكن التغاضي عنه، ولا يمكن تحميل الفقرة السالفة تفسيراً لا تحتمله.

⁴⁶³ - الرجوع للمواد 15 و 16 و 17 من قانون التحكيم المصري.

⁴⁶⁴ - الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون التحكيم المصري.

لذلك يبطل حكم التحكيم في حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان حكم التحكيم باطلاً. أما الحالة الثانية: إذا كانت إجراءات باطلة وأثر ذلك في الحكم.

فيحق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ليكون حكم التحكيم باطلاً بما يلي:

1. عدم وجود اتفاق صريح علي التحكيم بالصلح.

2. دور حكم التحكيم دون أغلبية الآراء او الإجماع المطلوب بالاتفاق أو دون تسبيب.

3. صدور حكم التحكيم دون توقيع من المحكمين الذين وافقوا عليه.

4. صدور حكم التحكيم دون مراعاة الميعاد المحدد قانوناً أو اتفاقاً .

وبذلك تكون مختلف التشريعات التي منها قانون التحكيم المصري لم تنهون في تنظيم القانون الإجرائي فيما يتعلق بالطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي.

الفقرة الثانية : الطعن بالبطلان وفقاً لقانون دولة الامارات العربية المتحدة

إن مرحلة التحكيم تنتهي بصدور الحكم وتوفيراً لرقابة القضاء يجيز بعض المشرعون للأطراف طلب بطلان حكم المحكمين في حالات محددة على سبيل الحصر عن طريق دعوى مبتدأه يطلب حكم المحكمين كما في دولة الإمارات العربية المتحدة، وقد أجازت المادة 216 من قانون إجراءات المدنية الإتحادي للخصوم طلب بطلان حكم المحكمين عندما تنظر المحكمة في المصادقة عليه وذلك في الأحوال الآتية:

أ - إذا كان قد صدر بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة تحكيم باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا خرج المحكم عن حدود الوثيقة.

ب - إذا صدر الحكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون أو صدر من بعضهم دون أن يكونوا مأذونين بالحكم في غيبة الآخرين أو صدر بناء على وثيقة تحكيم لم يحدد فيها موضوع النزاع أو صدر من شخص ليست له أهلية الاتفاق على التحكيم أو من محكم لا يتوافر فيه الشروط القانونية .

ج - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في إجراءاته أثرت في الحكم.

وقضي بأن النص ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة 213 من قانون إجراءات المحاكم المدنية الإماراتي على أنه في التحكيم الذي يتم بين الخصوم خارج المحكمة، يجب على المحكمين أن يسلموا صورة من الحكم إلى كل طرف خلال خمسة أيام من صدور قرار

التحكيم وتنتظر المحكمة في تصديق أو ابطال القرار بناء على طلب أحد الخصوم بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى. لا يترتب البطلان كجزاء على عدم تسليم صورة عن الحكم بأن الميعاد المذكور، باعتبار أن التسليم لاحق على صدور الحكم ولا يمتد إلى ذاتيته⁴⁶⁵.

وقضي بأن التحكيم الذي يتم بين الخصوم خارج المحكمة لا يبطل في حالة عدم تسليم صورة من الحكم فيه إلى كل طرف خلال الخمسة أيام التي حددتها المادة 213/3 إجراءات مدنية.

وبذات الحكم قضي بأن دعوى بطلان حكم المحكم - وعلى ما تشير إليه المادة 216 من قانون الإجراءات المدنية - إنما توجه إلى حكم المحكمة بوصفه عملاً قانونياً تنصب على خطأ في الإجراءات دون الخطأ في التقدير، وأن العيوب التي يجوز لمدعى البطلان التمسك بها قد أوردتها المادة المشار إليها على سبيل الحصر، بحيث لا يقاس عليها وهي تتعلق أما بالاتفاق على التحكيم أو بخصومة التحكيم والعيوب التي تتعلق بالاتفاق على التحكيم وتكون سبباً في بطلان حكم المحكم هي صدور الحكم بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا خرج المحكم عن حدود الوثيقة أو خالف حدود الوثيقة أو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام، أما تلك التي تتعلق بخصومة التحكيم وتكون سبباً كذلك في بطلان حكم المحكمين فقد حددتها المادة المشار إليها - في حالات صدور حكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون أو صدوره من بعضهم دون أن يكونوا مشمولين بالحكم في غيبة الآخرين أو عدم تحقق مبدأ المواجهة في الخصومة أو الإخلال بحق الدفاع أو وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم - مفاده أن كل منازعة يثيرها أحد طرفي التحكيم طعناً في الحكم الصادر من المحكم وتكون غير متعلقة بالحالات السابقة أو تكون متعلقة بتقدير المحكم للنزاع أو عدم صحة أو كفاية أسباب حكمه تكون غير مقبولة⁴⁶⁶.

كما جاء في قرار آخر بأن تجاوز المحكم الأجل المتفق عليه لإصدار حكمه أو المدة المشار إليها في المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية في حالة عدم الاتفاق على تحديد مدة لإصدار المحكم حكمه - يترتب عليه وطبقاً للمادة 216 من ذات القانون - بطلان حكم المحكم - عند طلبه - ما لم يتبين للمحكمة عند نظر هذا الطلب أن من تمسك به تنازل عنه صراحة أو ضمناً⁴⁶⁷.

كما أن بطلان شق من حكم المحكم لخروجه بصدد منازعة فصل فيها عن حدود وثيقة التحكيم يقتضي حتماً بطلان شقه الآخر المتعلق بالمنازعات الأخرى التي ترتبط بالأولى

⁴⁶⁵ - الطعن رقم 325 لسنة 1994 حقوق الصادر عن محكمة تمييز دبي بجلسة 1999/3/25.

⁴⁶⁶ - الطعن رقم 66 لسنة 1995 صادر عن محكمة تمييز دبي بجلسة 1995/06/10م.

⁴⁶⁷ - الطعن رقم 66 لسنة 1995 صادر عن محكمة تمييز دبي بجلسة 1995/06/10م.

ارتباطا لا يقبل التجزئة، و أن الارتباط لعدم التجزئة هو من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع⁴⁶⁸.

عملا بنص المادة الفقرة الأولى من المادة 217 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن. والطعن قاصر على المصادقة على حكم المحكمين أو بطلانه ويكون الطعن فيه بطرق الطعن المناسبة⁴⁶⁹، واستثناء من حكم الفقرة السابقة لا يكون الحكم قابلا للاستئناف إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح أو كان الخصوم قد نزلوا صراحة عن حق الاستئناف أو كانت قيمة النزاع لا تزيد على عشرة آلاف درهم⁴⁷⁰.

يثور التساؤل حول ما إذا كان يجوز لأطراف التحكيم الاتفاق على جواز استئناف حكم المحكمين والواقع أن مثل هذا الاتفاق لا يعتد به لأنه من القواعد الأساسية في التشريع أنه لا يجوز ولوج طرق الطعن في الأحكام إلا في الأحوال التي نص عليها المشرع وهذه القاعدة متعلقة بالنظام العام...

يكون لحكم المحكمين حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره فلا يجوز لأي من الخصمين أن يلجأ إلى القضاء بعد صدوره إلا أنه يمكن مع قيام هذه الحجية أن ترفع بشأنه دعوى بطلان إذا توافرت شروطها⁴⁷¹.

طبقا لنص المادة 204 من قانون الإجراءات المدنية الدال على أن المقصود بالحكم الذي لا يجوز الطعن فيه هو الحكم الصادر بتعيين المحكم في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة وهو استثناء من القاعدة العامة التي تجيز الطعن في الأحكام بطرق الطعن المقررة قانونا فلا يمتد هذا الاستثناء إلى الحكم الصادر برفض طلب تعيين محكم.

وقضي بأن أحكام المحكمين طبقا لنص المادة 217 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية لا تكون قابلة للطعن بأي طريق من طرق الطعن أما الأحكام بالمصادقة على حكم المحكمين أو بطلانه فإنه يجوز الطعن فيها بطرق الطعن المناسبة واستثناء من ذلك لا تكون الأحكام الصادرة بالمصادقة على حكم المحكمين أو بطلانه قابلة للاستئناف إذا كان المحكمون مفوضون بالصلح أو كان الخصوم قد نزلوا صراحة عن حق الاستئناف أو كانت قيمة النزاع لا تزيد على عشرة آلاف درهم وأنه في التحكيم بالصلح ونظرا لأنه أخطر من التحكيم بالقضاء - على اعتبار أن المحكم المفوض بالصلح لا يتقيد بقواعد القانون عدا ما تعلق منها بالنظام العام وعلى اعتبار أن الحكم الصادر من المحكمة بالتصديق على حكمه أو بطلانه - لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف فإنه لا يصح اعتبار المحكم مفوضا بالصلح إلا إذا وضحت إرادة

468 - الطعن رقم 100 لسنة 1995 صادر عن محكمة تمييز دبي بجلسة 1995/10/08م.

469 - فقرة 2 من المادة 217 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية.

470 - فقرة 3 من المادة 217 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية.

471 - طعن رقم 279 لسنة 1993 صادر عن محكمة تمييز دبي بجلسة 1999/6/4.

الخصوم في التعبير عن ذلك وضوحاً تاماً صريحاً ولا يكفي لاعتبار المحكم مفوضاً بالصلح - مجرد الاتفاق بشرط التحكيم أو مشارطته - على جعل حكمه باتاً ونهائياً وعلى إعفائه من التقيد بأحكام قانون المرافعات - لأن هذا وذاك نتيجة من نتائج التحكيم ولا يكشف - بمجردة عن اتجاه نية الخصوم في اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح الذي ينفرد به - والمقصود بالتنازل عن الحق في الاستئناف المشار إليه في البند 3 من المادة 217 ما سلف الذكر - والذي لا يقبل بتحقيقه الاستئناف - هو التنازل الصريح عن الحق في استئناف الحكم الصادر من المحكمة بالمصادقة على حكم المحكمين أو ببطلانه وليس التنازل عن الحق في استئناف حكم المحكمين - في حد ذاته - لأن حكم المحكمين لا يقبل - في الأصل - الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن - ومنها الاستئناف - حسبما أشار إلى ذلك البند 1 من المادة آنفة البيان.⁴⁷² ومن المقرر أن الحكم الصادر بتعيين المحكمين لا يجوز الطعن فيه بالتمييز أما ما يصدر عن محكمة الاستئناف من أحكام يتعلق بشكل الاستئناف فإنه يجوز الطعن فيها بهذا الطريق لأنها لا تدخل في نطاق الأحكام الصادرة في موضوع الخصومة بتعيين المحكم إذ هي وحدها التي لا يجوز استثناء الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن والاستثناء لا يقاس عليه.⁴⁷³

الفرع الثاني: الطعن في حكم التحكيم بغير البطلان في بعض القوانين العربية

استناداً لبعض القوانين العربية، يمكن الطعن بالحكم عن طريق الاستئناف، كما يمكن الطعن به عن طريق الاعتراض وكذلك بإعادة المحاكمة.

الفقرة الأولى: الطعن بالاستئناف

قضت المادة (123) من القانون المصري بما يلي:

"القرار التحكيمي يقبل الاستئناف ما لم يكن الخصوم قد عدلوا عن الاستئناف في اتفاقية التحكيم.

القرار التحكيمي الصادر عن محكم مطلق لا يقبل الاستئناف ما لم يكن الخصوم قد احتفظوا صراحة بحق رفع هذا الطعن في اتفاقية التحكيم، وفي هذه الحالة تنظر محكمة الاستئناف في القضية كمحكم مطلق."

يتضح، بأن حكم التحكيم ليس قطعياً، وإنما يجوز استئنافه مباشرة طبقاً للقواعد المقررة في استئناف الأحكام القضائية.

أما القانون الإماراتي، فقد منع استئناف حكم التحكيم بالنص في المادة (1/217) على أن "أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن"، ويقصد المشرع الإماراتي بذلك طرق الطعن العادية، وخاصة الاستئناف.

⁴⁷² - الطعن رقم 294 لسنة 1994 صادر عن محكمة تمييز دبي بجلسة 26/11/1994.

⁴⁷³ - الطعن رقم 138 لسنة 1993، حقوق صادر عن محكمة تمييز دبي بجلسة 1993/7/4.

إلا أن المشرع الإماراتي أوجد طريقاً آخر خاصة للطعن بحكم التحكيم، وهي الطعن بطريق البطلان من حيث الأصل.

هذا وإن القانون المغربي أيضاً لم ينص على استئناف حكم التحكيم، وإنما نص على إمكانية إبطاله إذا توفرت إحدى الحالات المنصوص عليها في القانون. وفي قوانين كل من مصر وعُمان والاردن، فإنه لا يطعن بحكم التحكيم إلا عن طريق دعوى إبطال الحكم، وبالتالي لا يخضع الحكم للاستئناف كما هو الحال في القانون الإماراتي.

و تتفق القوانين التي تجيز استئناف حكم التحكيم، على أنه لا يجوز استئناف الحكم في عدة حالات منها إذا كان المحكومون مفوضين بالصلح⁴⁷⁴، ونرى تفسير النصوص بجواز استئناف حكم المحكم بالقانون، أو عدم جواز ذلك في حكم المحكم بالصلح، ليس استناداً لاتفاق التحكيم وإنما لطبيعة الحكم ذاته. فإذا كان المحكم مفوضاً بين الحكم بالقانون أو الحكم بالصلح حسب اختياره، وأصدر حكمه استناداً لأحكام القانون، فيكون الحكم قابلاً للاستئناف بالرغم من أن المحكم مفوض بالصلح. والعكس صحيح أيضاً. فإذا أصدر حكمه بالصلح، فلا يخضع الحكم للطعن بالاستئناف، بالرغم من أن المحكم مفوض بالقانون. فالعبرة من هذه الناحية إذن للحكم ذاته، وليس للتفويض الصادر عن الطرفين .

على الرغم من أن النص في القانون المصري حصر الاتفاق على ذلك في اتفاق التحكيم، فلا نرى ما يمنع من أن يرد ذلك في أي اتفاق آخر بين الخصوم غير اتفاق التحكيم، سواء ورد مثل هذا الاتفاق قبل صدور حكم التحكيم أو بعده. ومثال ذلك، أن لا يرد في اتفاق التحكيم بند ينص على حق الطرفين باستئناف حكم المحكم بالصلح. ولكن في وقت لاحق، يبرم الطرفان اتفاقاً آخر غير اتفاق التحكيم، ينصان فيه على مثل هذا الحق، أو يتم مثل هذا الاتفاق أمام المحكم أثناء الإجراءات، ويتم تدوين الاتفاق في المحضر.

وإذا تم استئناف حكم المحكم المطلق، أي المحكم بالصلح، تتعامل محكمة الاستئناف مع القضية، وكأنها هي ذاتها محكم مطلق. فيطبق عليها ما يطبق على المحكم بالصلح، مثل إعفاء المحكمة من التقيد بحكم القانون الموضوعي المطبق على النزاع، وأن تحكم وفق أحكام العدالة، وصلاحياتها بالخروج على أحكام العقد، مع واجبها الالتزام باتفاق التحكيم، وإعفائها كمبدأ عام من التقيد بإجراءات التقاضي.

إذا كان الخصوم قد اتفقوا على عدم استئناف حكم التحكيم، سواء في اتفاق التحكيم، أو في اتفاق لاحق عليه، ولكن عدم جواز الاستئناف هنا مقيد في الحدود التي لم يتجاوز فيها المحكم اختصاصه، فإذا تجاوز ذلك نرى أنه يجوز استئناف الحكم بالنسبة للجزء الذي فيه تجاوز للاختصاص، إذ يفترض أن اتفاق الطرفين لا يشمل هذا الجزء بداهة.

⁴⁷⁴ - وفي القانون الكويتي، لا يكون الحكم قابلاً للاستئناف، إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسمائة دينار المادة 186 .

إذا كان التحكيم أصلاً بالاستئناف، أي كانت القضية قد أحيلت للتحكيم أثناء نظرها في محكمة الاستئناف بناء على اتفاق تحكيم تم أمام المحكمة ذاتها. ويصعب استخلاصها منه، مما يعني جواز استئناف حكم التحكيم، حتى لو تم الاتفاق على التحكيم أمام محكمة الاستئناف.

وتطبق على استئناف حكم التحكيم القواعد العامة من حيث المدد وكيفية الطعن وتبليغه والجلسات والحضور وغير ذلك، إلا ما استثنى بنص خاص، بأن مدة الطعن في الاستئناف هي خمسة عشر يوماً من تاريخ إيداع أصل الحكم لدى قلم كتاب المحكمة، مع أن مدة الطعن حسب القواعد العامة، هي ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم أو تبليغ المحكوم عليه بالحكم، وفق الشروط المقررة في القانون.

الفقرة الثانية: الاعتراض على الحكم التحكيمي

يتفق القانون المصري مع القانون الإماراتي، ويختلفان مع القوانين العربية الأخرى التي أجازت استئناف حكم التحكيم. وبمعنى آخر، فإن هذا القانون، لا يتضمن الطعن بالاستئناف ولا الطعن بالبطالان، وإنما له وضع خاص. فبعد صدور الحكم، سواء كان بالقانون أو بالصلح، يجب إيداعه خلال خمسة أيام لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع. وفي هذه الحالة، يجوز لأي من الخصمين، الاعتراض لدى هذه الجهة، على الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه به، فإذا لم يقدم الاعتراض خلال هذه المدة، أصبح الحكم نهائياً. وإذا قدم اعتراضه خلالها، تنتظر الجهة المختصة بالاعتراض وتفصل فيه.

يبدو أن تلك الجهة المختصة عندئذٍ بالفصل في القضية من حيث الوقائع والقانون، فهي أقرب ما تكون إلى محاكم الاستئناف في الدول العربية الأخرى .

بمعنى آخر، فإن لتلك الجهة صلاحية بسط سلطتها على القضية من كافة جوانبها، باعتبارها محكمة موضوع ومحكمة قانون في آن واحد، ولكن في حدود الاعتراض المقدم لها وكذلك، على أبعد تقدير في حدود ما يمس النظام العام، حتى لو لم يكن من ضمن أسباب الاعتراض.

بطبيعة الحال، فإن من حق الطرف الآخر أن يطلب رد الاعتراض، وطلب تصديق الحكم في الوقت ذاته، وتنتظر الجهة المختصة بنظر النزاع في الاعتراض والرد عليه في جلسة محاكمة ومرافعة، تسمع خلالها أقوال الطرفين ودفعهم، وغير ذلك وفق الإجراءات العادية في الدعاوى .

من حيث النتيجة، تصدر الجهة المختصة قرارها النهائي، إما برفض الاعتراض أو تأييده. وفي الحالة الثانية، تفصل الجهة ذاتها بالنزاع، ما دام تم رفض التصديق على الحكم. أما في الحالة الأولى، تصدر الجهة المختصة أمراً بتنفيذ الحكم، كما تصدر مثل هذا الأمر بناءً على طلب صاحب الشأن، في الحالة التي تمضي مدة الاعتراض على الحكم دون اعتراض.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

الأصل في أي عقد من العقود أن يكون خاضعا لقانون معين ينظمه، من شروط انعقاده ابتداء، وحتى تنفيذ ما يترتب عليه من التزامات يحترمها كلا الطرفين بموجب هذا القانون.

ولا يشذ اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن هذا الأصل، وإن كان هناك من ينادي بوجوب عزله عن كل قانون وإسناده بكليته إلى إرادة المتعاقدين لتكون هي المصدر الوحيد للالتزام الذي يتضمنه⁴⁷⁵.

فلا مفر تبعا لذلك من أن يرتبط اتفاق التحكيم بتشريع معين، قد يكون قانونا وطنيا أو اتفاقية دولية، إلا أن الاتفاقيات الدولية قلما تعنى بالمسائل المتعلقة باتفاق التحكيم، لصعوبة بلوغ التوحيد التشريعي في شأنها، فإذا وجدت القاعدة المادية الموحدة فلا محل لتنازع القوانين في نطاقها وإذا اشتملت الاتفاقية على قاعدة إسناد موحدة وجب إعمالها، أما في غير هذا الفرض فإن التنازع بين القوانين يكون أمرا لا بديل عنه، ويتعين تبعا لذلك تعيين القانون الواجب التطبيق⁴⁷⁶.

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فالقاضي لا يجد صعوبة في معرفته، لأنه يقوم بتطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، ويترتب على ذلك تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة، حيث يتخصص القانون الدولي الخاص بتنظيم العلاقات بين الأفراد ذات الصبغة الدولية، تلك الصبغة التي تلحق العلاقة القانونية إذا كان أحد عناصرها (سواء أحد أطرافها أم موضوعها، محلها أم سببها) أجنبيا، ولعل أهم موضوعات هذا القانون ما اصطلح على تسميته بتنازع القوانين، والذي تتركز وظيفته الأساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي ويتم ذلك عادة من خلال ما يسمى بقواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين⁴⁷⁷. أما المحكم فانه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

على هذا الأساس، تحدد بكل حرية في اتفاق التحكيم القواعد القانونية التي يتعين على الهيئة التحكيمية تطبيقها، تفصل في النزاع طبقا للقواعد التي تراها ملائمة.

إن هذه الميزة لوحدها تكفي للقول ببداية ظهور نظام تحكيم دولي، يكون فيه الأطراف و كذا الهيئة أحرارا من قيود كل التشريعات الوضعية، مهما كان مصدرها و كذا قوة انتشارها⁴⁷⁸.

وسوف نتناول هذا المبحث في مطلبين على الشكل التالي:

⁴⁷⁵ - شفيق محسن: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، بدون طبعة و دون مكان و تاريخ نشر، ص210 .

⁴⁷⁶ - م.س، ص211 .

⁴⁷⁷ - دواس أمين رجا: تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة، طبعة أولى، عمان - دار الشروق، 2001، ص: 21 .

⁴⁷⁸ H.SMITH and VIECHOTA : International arbitration treaties, Juris, Publishing SA 1998, p. 89.

المطلب الأول: دور قانون الإرادة في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع

أهم المسائل المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون الإرادة - فضلا عن دوره في اختيار القانون الإجرائي كما رأينا - وهو القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما العقدية وليكون مصدرا للقواعد التي تحكمها، ولو كان قانون آخر هو القانون الواجب التطبيق عند عدم اختيار الطرفين لذلك القانون.

إلا أن مبدأ قانون الإرادة مقيد بالنظام العام في الدولة التي سينفذ القرار التحكيمي على إقليمها وقوانينها التي تفرض في مجال العقد التزامات قانونية تنأى عن مبدأ قانون الإرادة، حيث يمثل هذا المبدأ قاعدة تنازع وليس قاعدة قانون دولي مادي كما ذهب أنصار ازدواج العقد، فيتم اختيار القانون استنادا إلى قاعدة الإسناد المذكورة بوصفه قانونا بالمعنى الدقيق، أيضا ذهب أنصار المذهب الشخصي المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة أو فكرة الإدماج، لأن قاعدة الإسناد المشار إليها أساسها إخضاع العقد للقانون وليس إدماج القانون بالعقد⁴⁷⁹.

لهذا كانت القاعدة أنه لا يمكن تعديل الاختيار أو استبعاده الذي تم عند إبرام العقد، ومع ذلك فإن الفقه الحديث لم ير مانعا من اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون، ولو كان هذا الاتفاق يتضمن تعديلا لاتفاق سابق بشرط رعاية حقوق الغير التي تظل خاضعة للقانون الذي يحكم العقد منذ البداية⁴⁸⁰.

الفرع الأول: الجهود المبذولة والنظريات القائمة حول تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

من أهم الأسس التي يقوم عليها التحكيم هو تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ذلك لأنه يعد الركيزة الأساسية التي يقوم عليها إصدار حكم التحكيم الذي يترتب عليه حسم النزاع وإنهاؤه.

فإذا كان القاضي لا يجد صعوبة في معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لأنه يقوم بتطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، يعتمد في ذلك على تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة⁴⁸¹، إلا أن المحكم على خلاف ذلك، حيث يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على النزاع من خلال مجموعة من المؤشرات و دون تقييد. ويظهر في النزاع المطروح على التحكيم مسألة تنازع القوانين في مرحلتين:

⁴⁷⁹ - عبد المجيد منير، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، م.س، ص: 180.

⁴⁸⁰ - هشام علي صادق: تنازع القوانين، ط. 3. الاسكندرية، منشأة المعارف 1974، ص 306 - 307.

⁴⁸¹ - دواس أمين رجا رشيد، م.س، ص: 21.

أولهما، أمام هيئة التحكيم أو المحكم عندما يراد تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع. وثانيهما، أمام القاضي وذلك عندما يتدخل ليس فقط من أجل تنفيذ حكم التحكيم بل كذلك أثناء إجراءات التحكيم أو قبل البدء فيها، مثال ذلك عندما يعترض أحد الأطراف على صحة اتفاق التحكيم ويطلب إبطاله، أو عندما يطلب الطرف المذكور من القاضي التدخل للنظر في النزاع⁴⁸².

سنستعرض تلك الجهود المبذولة والنظريات المقارنة في الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

اهتمت مختلف الأنظمة الدولية والتشريعات الوطنية بتنظيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، وأعطت في ذلك للإرادة دور كبير في تحديد القانون الواجب التطبيق. وبناء على ذلك، سنتعرض لموقف الإتفاقيات الدولية من دور الإرادة في تحديد هذا القانون، على أن نتعرض لموقف التشريعات الوطنية من ذلك.

أولاً: موقف الاتفاقيات الدولية

في التحكيم الدولي، فإن أطراف النزاع هم الذين يحددون النظام القانوني الذي يرغبون في تنفيذه في علاقاتهم فيما بينهم. و هكذا فإن المعيار الأول لتحديد القانون الواجب التطبيق سوف يكون المبدأ المسمى " قانون الإرادة المستقلة"، وفي حالة غياب تعبير الأطراف المتعاقدين بإرادتهم حول ذلك يتم تحديده من قبل المحكم أو الهيئة التحكيمية.

وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم هذا المبدأ مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958م، واتفاقية جنيف لسنة 1961 م، كما وردت الإشارة في المادة (21) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم إلى قانون الإرادة صراحة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 21 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم على أن " تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد" ⁴⁸³.

فاتفاقية جنيف المذكورة لم تكن تشير إلى أي عنصر يسمح باكتشاف صلاحية تطبيق أي قانون، و لم يبق سوى الاتكال على نظام الإلحاق بقاضي التنفيذ من أجل اختيار القانون الوطني الصالح لكل حالة على حدة، فلم تتمكن اتفاقية جنيف لسنة 1961 من الوصول إلى اتفاق دولي

⁴⁸² - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2010، ص 185.

⁴⁸³ - انظر في ذلك السمدان أحمد : القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الكويت - كلية الحقوق، ص: 185.

ومما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية عمان صرحت في الفقرة الثانية من المادة 21 بتحرير العقد من الارتباط بأي قانون، حيث انفردت هذه الاتفاقية بهذا التصريح دون غيرها من الاتفاقيات، أخذاً بما سار عليه الاتجاه الحديث في التحكيم الدولي. انظر رضوان أبو زيد:

الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص: 124.

يطبق على اتفاقية التحكيم، في المقابل توصلت اتفاقية نيويورك في عام 1957 إلى اتفاق كهذا وتم الإجماع بالرغم من المناقشات المضنية بخصوص اختيار قانون السيادة المستقلة لإرادة اتفاقية التحكيم، وبموجب نص المادة 5 (أ) من هذه الاتفاقية تقدر صلاحية اتفاقية التحكيم بموجب القانون الذي أخضعها لها الأطراف. وهكذا، فإن قانون السيادة المستقلة سوف يفرض نفسه على قضاة الدولة الموقعة على الاتفاقية الأوروبية حينما يبحثون سواء في أساس النزاع أو في الاعتراض على صحة اتفاقية التحكيم أو عدم احترامها⁴⁸⁴.

من الآراء التي طرحت ولاقت قبولا بصدد معرفة القانون الواجب التطبيق في مجال حل المنازعات في المعاملات التجارية الدولية، الرأي القائل بأنه في التحكيم التجاري الدولي، يقتضي على المحكم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع، تطبيقاً لمبدأ احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي يجب على المحكم إتباعها لحسم النزاع.

وقد نصت الاتفاقية الأوروبية لجنيف السالف ذكرها على حرية الطرفين في تحديد القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه⁴⁸⁵.

بالرجوع لقانون التجارة الدولية، نجده يهدف إما إلى توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية أو إلى توحيد قاعدة الإسناد في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على البيع التجاري الدولي.

لما كان توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية هو الهدف الأمثل للتجارة الدولية، فإن من أهم صور التوحيد وجود قواعد موحدة للتعاقد تتبعها مختلف الدول في معاملاتها، ولذلك تتجه المعاملات التجارية الدولية إلى خلق الشكل النموذجي للعقد التجاري ذو الطابع الدولي، بحيث أصبح العقد التجاري الدولي يوصف بأنه عقد نموذجي، وإن أمكن تعدد نماذج العقود التي تعالج بيع سلعة واحدة بحيث يتبنى المتعاقدون الشكل الذي يروق لهم ويتفق مع ظروف تعاقدهم، حيث أن العقود الدولية تتبنى عادة شروطاً عامة لبيع السلعة محل العقد بحيث أن هذه الشروط أصبحت توصف بأنها عقود نموذجية، مثال ذلك ما جاء في العقود النموذجية الخاصة بتوريد المواد الإنشائية بين الدول الغربية⁴⁸⁶.

كما جاء في المادة (110) من الشروط العامة لتسليم البضائع بين مؤسسات الدول الأعضاء في مجلس التعاضد الاقتصادي المشترك، حول تطبيق قانون بلد البائع بالنسبة لتنظيم العلاقات التي ينظمها العقد.

⁴⁸⁴ - صالح بكر الطيار: المشاكل العملية التي تواجه التحكيم في العلاقات التجارية الدولية "نموذج عقد نقل التكنولوجيا الدولي". الاجتهاد القضائي في المادة التجارية و الضمانات القانونية للاستثمار - ندوة علمية- سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد 2/2002، مطبعة ريم كوم، الرباط، ص 127 و 128 و 129.

⁴⁸⁵ - المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية فقرة 1.

⁴⁸⁶ - حيث نصت المادة (13) منها على أن "العقد وما ينشأ عنه من منازعات تخضع لقانون دولة البائع، إلا إذا اتفقت الأطراف على غير ذلك".

كما تنص المادة 1/3 من اتفاقية القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية روما 1980 بأن " يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف، ويجب أن يكون الاختيار صريحا أو يستخلص بطريقة مؤكدة من الفاظ العقد أو ظروف الحالة "487.

كما جاء بالمادة 1/1 من لقواعد الموحدة لعقود التجارة الدولية، والتي وضعها المجمع الدولي لتوحيد القانون الخاص روما 1994 إن "الأطراف أحرار في الدخول في عقد وتحديد محتوياته"488.

كذلك الاتفاقية المبرمة في 10 مارس 1995 بين فرنسا واسبانيا بشأن التعاون بين الهيئات الإقليمية عبر الحدود، والتي دخلت حيز التنفيذ في 24 فبراير 1997، في إطار الاتفاقية الأوروبية المبرمة في 21 مايو 1980، بشأن التعاون بين الهيئات الإقليمية في البلاد المتجاوزة، قضت في مادتها الرابعة بأن: " الاتفاقات التي تبرم بين هيئات إقليمية، تحدد القانون المطبق على الالتزامات التي تتضمنها، ويكون قانون أحد الأطراف المتعاقدة، الذي اختارته الأطراف المتعاقدة "489.

ثانيا: موقف القوانين الوطنية من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تتمة لما سبق لا بد من استعراض ما نصت عليه بعض التشريعات الوطنية حول إعطاء الإرادة دور كبير و الصدارة في تحديد القانون الموضوعي.

تبعا لذلك، فإن القانون المدني المصري، وفقا لنص المادة 24 من القانون المدني، يبيح للقضاء الرجوع للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص لحل مشاكل التنازع في المسائل التي

the conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to Apart of the contract “.

راجع النص على شبكة الإنترنت نفس الموقع السابق ذكره.

487 - راجع نص الاتفاقية في Rév.crit. 1980, pp.875-885 وكذلك النص بالإنجليزية على شبكة الإنترنت نفس الموقع

السابق ذكره والذي تمت استشارته بتاريخ 30 فبراير 2018

“ A contracts shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contracts or the circumstances of the case”.

كذلك PUL LAGARD: Le nouveau droit international privé des contrat après l’entrée

en vigueur de la convention de Rome du 19 Juin 1980 Rév.Crit.1991, .p. 286 spéc.,p.299.

488 - Unidroit principles of international commercial contracts Rome.1994

القواعد منشورة على شبكة الإنترنت

[http://anaase,irv.uit.no/trad-](http://anaase,irv.uit.no/trad-law/doc/unidroit.contract.principales.1994.html)

law/doc/unidroit.contract.principales.1994.html

جاء بالنص ti

“The parties are free to enter into a contract determine its content”

489 - انظر نص الاتفاقية ملحق بمقال

FILALI OSMAN: Un nouveau champ.....Op.Cit.,p.440

وانظر كذلك رسالة LEVRAT سابق الإشارة إليها ص 380-452

لم يرد بشأنها نص صريح، أن يجد مخرجاً من جمود ضوابط الإسناد الاحتياطية المقررة في المادة 19 مدني⁴⁹⁰.

يمكن القول أن إرادة الأطراف هي التي يعول عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق وفي حال عدم اتفاقهم فالأمر يترك هنا لهيئة التحكيم، بالإضافة إلى الإشارة في الفقرة الثانية إلى مراعاة الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع حيث أن في ذلك تماشياً مع ما هو سائد على الصعيد الدولي من اعتبار أعراف وعادات التجارة الدولية من أهم المسائل التي تراعى وتطبق على الصعيد الدولي.

الفقرة الثانية: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

ظهر عدد من النظريات التي تعنى بتحديد القانون الموضوعي، حيث تبنت كل نظرية وجهة نظر مختلفة يمكن الاعتماد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وهذه النظريات هي : النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج، ونظرية التركيز الموضوعي، ونظرية ازدواج نظام العقد، وأخيراً نظرية الأداء المميز، حيث سأقوم بعرض موجز لهذه النظريات والأساس الذي حددت بموجبها ما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

أولاً: النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج : وتجدر أساسها في مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون، وليس مبدأ قانون الإرادة، ويتم إدماج القانون إما عن طريق ترديد نصوصه في صلب العقد، أو عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون، ولهذا ذهب جانب من الفقه المصري إلى التفرقة بين مبدأ سلطان الإرادة مباشرة في اختيار القانون، وما يترتب على ذلك من اعتبار القانون في حكم الشروط التعاقدية، وبين مبدأ قانون الإرادة الذي يستند إلى قاعدة إسناد وضعية⁴⁹¹.

برأينا طبقاً لهذه النظرية، فإن أطراف النزاع بإمكانهم استبعاد بعض النصوص من القانون المختار ولهم تجزئة العقد، واختيار أكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة وفي هذه الحالة يعتبر العقد رابطة متعددة الجوانب.

هذه النظرية الشخصية ترى أن القانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية ويأخذ حكمها، بحيث يفقد طابعه القانوني بمعناه الدقيق، أي باعتباره قراراً صادراً من المشرع، عندئذ لا يتأثر القانون المدمج بما يطرأ عليه من تعديل أو إلغاء، بمعنى أنه لا يسري إلا القانون المدمج فيه استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة بحالته التي كان عليها وقت إبرامه، مع

⁴⁹⁰ - هشام علي صادق، تنازع القوانين، م س، ص: 313 .

⁴⁹¹ - هشام علي صادق، تنازع القوانين، م س، ص: 651 .

استبعاد جميع ما يطرأ عليه من تعديلات تشريعية حتى ولو كانت هذه التعديلات تمثل قوانين أمرة وهو ما يطلق عليه شرط الثبات التشريعي⁴⁹².

هذا القانون المختار يمكن أن يتم تعديله من جانب الأطراف في أية مرحلة يكون عليها التحكيم كغيره من بنود العقد، ومن المؤكد أن هذه النظرية الشخصية تؤدي إلى تلاشي كل فكرة تتعلق بقواعد تنازع القوانين، استناداً إلى ما للإرادة من شبه قوة مطلقة دون الاستناد إلى قانون يبرر وجودها⁴⁹³.

بالإضافة إلى أنه متى كان القانون المدمج في العقد في حكم الشرط التعاقدي " فإنه لا يقوى على إبطال هذا العقد، كما أن خطأ محكمة الموضوع في تفسيرها ينأ برقابة محكمة النقض، ما لم يؤد التفسير إلى امتداد رقابة القانون⁴⁹⁴.

إلا أنه في بعض الأحيان يكون التعاون المتطلب في إطار التجارة الدولية يتنافى مع شرط الثبات التشريعي⁴⁹⁵، وهو ما كان دافعا إلى نشوء نماذج جديدة من العقود متحركة المضمون استناداً إلى شرط "إعادة النظر" أو شرط الملائمة مع الظروف الاقتصادية بهدف بعث الثقة والاستقرار في المعاملات الدولية، على أساس أن هناك متغيرات لا يمكن التكهّن بها مقدماً⁴⁹⁶.

إلا أن الفقيه باتيفول⁴⁹⁷ اتجه إلى أن اختيار القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد، سواء أكانت الصلة قائمة على جنسية الأطراف أو مكان الإبرام أو مكان التنفيذ، أو على مقتضيات التجارة الدولية.

ثانياً: نظرية التركيز الموضوعية: تقوم هذه النظرية على انتفاء إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، ذلك أن دور الإرادة هنا هو تركيز العقد في مكان معين، أي تحديد مقره وفقاً للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً والمحيطه بظروف التعاقد وموضوعه، وذلك حماية للمصالح الاقتصادية والاجتماعية في هذا المكان، ولا شك أن إنكار دور الإرادة طبقاً لهذه النظرية في اختيار القانون يؤدي بالتالي إلى استبعاد فكرة الإدماج المؤسسة على سلطان الإرادة وفكرة التركيز تحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون، وهي الطريقة المثالية لوحدة

492 - عبد المجيد منير: تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، م.س، ص: 160 .

493 - ما لم يتعارض هذا الشرط التعاقدي مع النظام العام بمفهومه الدولي.

494 - عبد المجيد منير: تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، م.س، ص: 163 .

495 - هذا الشرط له أهميته في عقود الامتياز طويلة المدى وأنه إذا لم يكن هذا الشرط صحيحاً، فإنه قد يمكن الدولة من التوصل من التزاماتها بإصدار تشريع معين، ومثل هذا التشريع لا يمكن تبريره إلا بهدف المصلحة العامة في حالة التأمين الذي يؤدي إلى التعويض الملائم. وفكرة الثبات التشريعي وجه آخر، ذلك أن العقد قد يتضمن بدءاً شرطاً مؤداه أن القانون الذي يسري عليه عند النزاع، هو القائم وقت إبرامه مع استبعاد أي تعديل تشريعي يطرأ عليه، مثال ذلك الاتفاق الذي أبرم بين الكامبيرون وإحدى شركات التنقيب عن البترول واستغلاله، حيث ورد أنه لا يمكن أن يطبق على الشركة دون موافقتها سلفاً أي تعديل لاحق على النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق.

496 - عبد المجيد منير،، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. م. س ص: 164 .

497 - رأي الفقيه باتيفول.

القانون المطبق على العلاقة، وبهذا تتفادى تجزئة العلاقة الواحدة بين عدة قوانين، وهي التجزئة التي يمكن أن تؤدي إلى نتائج غير مترابطة⁴⁹⁸.

"ومتى تم تركيز العقد في مكان معين، فإن الأطراف يكونوا قد ارتضوا سلفاً الخضوع لنظام تشريعي بكل ما يصيبه من تعديلات تشريعية⁴⁹⁹."

والتركيز يحمل طابعاً إقليمياً في الغالب عن طريق توافر عناصر مادية تسمح بإسناد العلاقة في مكان معين، وفي حالة تعدد أماكن التنفيذ، يجب البحث عن مكان التنفيذ الرئيسي والاعتداد بقانون هذا المكان دون أماكن التنفيذ الثانوية ويعتبر هذا المكان الرئيسي مركز الثقل في العلاقة⁵⁰⁰.

أيضاً قد تكون اللغة أو المحكم رابطاً وتركيزاً للعلاقة القانونية ومركز ثقل لها⁵⁰¹، ففيما يتعلق بهذه النظرية فإنه يجب على القاضي أن يراقب اختيار الخصم وأن يصحح هذا الاختيار في حال كان لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة وأن يرد العلاقة إلى مكانها الصحيح، ويتم التركيز عادة في الحالات التي لا يتوقع فيها الأطراف حدوث مشكلة، أو في الحالات التي يكون فيها الأطراف على دراية بالمسألة ولكنهم لم يتوصلوا إلى اتفاق بشأنها⁵⁰².

وبهذا حكمت المحكمة الفدرالية السويسرية بأن المحكمة ليست ملزمة باتفاق الخصوم، وخلصت إلى بحث الأداء المميز في العقد لاستخلاص القانون الواجب التطبيق⁵⁰³.

يتضح من خلال هذه النظرية أنه في حال انعدام الرابطة بين القانون الواجب التطبيق والعلاقة فإن ذلك يعتبر أحياناً من قبيل الغش نحو القانون، وقد يؤخذ على نظرية التركيز أنها تمنح القاضي سلطة تصحيح التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق، على أساس أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق قد ينتفي معه قيام رابطة بينه وبين العقد ومن ثم فإنها تؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف.

498 - عبد المجيد، منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. م. س، ص: 165 .

499 - عبد المجيد منير، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية، المحاماة، 1991 م. العدد 827، ص: 42 وما بعدها.

500 - عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. م. س، ص: 166 .

501 - حيث تمثل براءات الاختراع والعلامات التجارية محلاً لبيع أو شراء دولي، بالتالي فإن الحقوق المتعلقة بها تعتبر كائنة في إقليم

الدولة التي يسري فيها الحظر المتعلق بمنع الغير من صناعة وبيع الشيء المخترع أو استعمال العلامة في حدود دولة معينة

502 - مثال ذلك الحكم الصادر من قبل هيئة التحكيم لدى المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة بتاريخ 7 يوليو 1985 في النزاع بين شركة

فلوح سرفيس النمساوية ووزير الزراعة المصري حيث جاء فيه " تركيز العلاقة موضوع النزاع في الإقليم المصري استناداً إلى أن

العقد بين الطرفين أبرم في مصر، وأن مصر هي قانون مكان التنفيذ وهي ذات الوقت قانون الدولة التي وقع فيها الحادث " حادث

تحطم الطائرة " وخلصت الهيئة من عناصر الدعوى المشار إليها أن القانون المصري هو الواجب التطبيق في شأن مسؤولية وزارة

الزراعة عن تعويض الضرر الذي لحق الطائرة لما نسب إليها من خطأ أدى إلى وقوع الحادث.

503 - عبد المجيد، منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. م. س، ص: 170 .

ثالثا : نظرية ازدواج نظام العقد: إن مجرد الاختيار الإرادي والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود لا يعتبر عملية تركيز، وأن التركيز لا يكون إلا في حالة انتفاء الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، فيتم استبعاد فكرة الاختيار الضمني أو المفترض، على أساس أن مثل هذا الاختيار يتسم بالطابع الوهمي أو الخيالي، لأن الإرادة أما أن توجد أو لا توجد⁵⁰⁴.

واختيار القانون يعد طبقا لهذه النظرية قاعدة قانون دولي مادي، خاص بالعلاقات الدولية، وليس هناك ثمة قيد على هذا الاختيار، بمعنى أنه لا يلزم وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية حتى يتمشى مع علاقات التجارة الدولية.

حيث قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس بأن "الخصوم باتفاقهم المشترك لهم سلطة تحديد القانون المادي الذي يطبقه المحكم، فإذا لم يكن هناك اتفاق من هذا القبيل، يطبق المحكم القانون المحدد بمقتضى قاعدة التنازع"⁵⁰⁵.

ويرى أنصار ازدواج العقد، أنه إذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للخصوم باستبعاد النصوص الآمرة للقانون الذي يطبق على العقد في حالة الاختيار الصريح، فأنهم يرون استبعاد نظرية الغش نحو القانون التي تفترض وجود قانون ينطبق بصفة موضوعية، وأنه يجب البحث عن هذا العلاج في إطار النظام العام⁵⁰⁶.

رابعا :نظرية الأداء المميز: تجد هذه النظرية أساسها في القضاء السويسري الذي أضاف على فكرة الرابطة الوثيقة نوعا من المرونة، عن طريق البحث عن المضمون المميز في العلاقة القانونية أي في الأداء المميز، وهذا الأداء المميز يعتبر ركيزة للإسناد، بالتالي يجعل العقد خاضعا إلى قانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققا فيه، وهذا يتحقق دون الحاجة إلى بحث إرادة الخصوم، أو البحث عن أي عنصر خارج العلاقة، تبعا لذلك فإن توقعات الخصوم تبقى مضمونة بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق وتفاذي تشتيت العلاقة بين عدة قوانين مختلفة، ومن تطبيقات هذه النظرية⁵⁰⁷ ما يتعلق بالحساب الجاري، حيث يطبق قانون البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري باعتبار أن أداء البنك في عملية الحساب الجاري يعد بمثابة الأداء المميز، وأن المصارف ترتبط بالوسط الاقتصادي الذي تمارس فيه أنشطتها، والذي يسود فيه قوانين بوليس وأمن ذات تطبيق فوري، بحيث يحكم العديد من جوانب الحساب الجاري دون ثمة اعتبار لموطن العميل أو جنسيته⁵⁰⁸.

504 - عبد المجيد، منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. م. س، ص: 171.

505 - القضية رقم 3472 لسنة 1982 م بغرفة التجارة الدولية بباريس.

506 - لا يمكن الاحتجاج بالنظام العام عادة إلا على التطبيق الفعلي للقانون الأجنبي المختار أو المحدد، وليس مجرد اختيار القانون.

507 - يعتبر العنصر الهام والمميز في عقد بيع البضاعة، قيام البائع بتسليم البضاعة، وقانون هذا المكان هو الذي يحكم العلاقة، كذلك فإن أداء المقرض في عقد القرض هو العنصر المميز، مما يتعين معه تطبيق قانون موطن المقرض وهو الطرف الذي يلتزم بالأداء المميز.

508 - راجع عكاشة، محمد عبد العال :قانون العمليات المصرفية الدولية. دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية. دون ط.الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة للنشر. سنة 1993 م. ص 279 وما بعدها.

وتخضع عمليات البنوك⁵⁰⁹، وعلى الأخص الاعتماد المستندي لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية، وهو في الوقت نفسه يعتبر العنصر الجوهرى والمميز لها في العملية⁵¹⁰، فيحكم العقد برمته⁵¹¹.

وقد تأيدت فكرة إسناد الاعتماد المستندي إلى قانون مكان التنفيذ الذي يحكم العقد، من محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 27 فبراير⁵¹².

ويعد الأداء المميز الذي يؤدي إلى تحديد قانون الحيز المكاني الأكثر ارتباطا بالعلاقة تطبيقا لفكرة الفعالية التي تسيطر على مسائل القانون الدولي الخاص⁵¹³.

حيث استبعدت محكمة النقض المصرية فكرة الكفالة في حكمها كأساس للاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء حيث اعتبرت بأنه التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشتري⁵¹⁴.

الفرع الثاني: اختيار الأطراف للقانون الموضوعي المطبق على العقد التحكيمي

إن تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف قد يكون صريحا، وذلك بذكره في اتفاق التحكيم، سواء أكان ذلك في بنود شرط التحكيم، أو في مشاركة التحكيم، أو يوجد في الغالب مدونا في العقود النموذجية الدولية، حيث تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع⁵¹⁵.

إلا أن هؤلاء الأطراف قد لا يفصحون صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي هذه الحالة فإن المحكم يترتب عليه الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف حتى يستطيع تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

أما الإرادة المفترضة فتظهر وتتحقق عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف وغالبا ما يصار إلى معرفة الإرادة المفترضة للأطراف⁵¹⁶، وفي أكثر الأحوال يظهر أن الأطراف قد قصدوا تطبيق قانون مكان التحكيم.

كما قد يقوم المحكم بتطبيق قواعد عرفية متبعة في التعامل التجاري الدولي⁵¹⁷، عند عدم التعرف على الإرادة الضمنية للأطراف.

509 - تنص المادة العاشرة من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بالنسبة للضمانات التعاقدية على أن " إذا كان الضمان لا يشير إلى القانون الذي يحكمه، فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو قانون مكان المؤسسة الضامنة فإذا كان الضامن له أكثر من مؤسسة، فإن القانون المطبق هو قانون الفرع الذي التزم بالضمان.

510 - عوض، علي جمال الدين: الاعتمادات المستندية دون ط. القاهرة. دون دار نشر. 1981 ص 37.

511 - عبد المجيد، منير: تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، م.س، ص 176.

512 - نقض مدني في 27 فبراير 1984 م، مجموعة المكتب الفني، الدائرة المدنية، ص 551 وما بعدها رقم 105.

513 - عكاشة، عبد العال: م.س، ص 141.

514 - نقض مدني 15 ابريل سنة 1954 مجموعة أحكام النقض. س. 5 ص 767.

515 - فوزي محمد سامي، م.س، ص 186.

516 هذه الطريقة متبعة في بريطانيا وفرنسا و ألمانيا، وهذه القواعد يمكن تطبيقها عند عدم معرفة الإرادة الصريحة للأطراف.

و لكن المشكلة لا تقف عند معرفة القانون الواجب التطبيق فقط على موضوع النزاع، وإنما الأمر يقتضي من الضروري معرفة قواعد القانون الدولي الخاص التي ستطبق، أي قواعد الإسناد التي سيهتدي بها المحكم لمعرفة القواعد القانونية التي سيطبقها لحسم النزاع، إذ أن اختيار الأطراف لقانون معين أو معرفة ذلك القانون لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، وسبب البحث عن هذه القواعد هو أن المنازعات الدولية غالباً ما تتعلق بالمسائل العقدية ولكنها قد تشتمل على مسائل تتعلق بالأهلية، أو بالمسؤولية غير العقدية أو بالمنافسات غير المشروعة⁵¹⁸.

ونادراً ما يتفق الأطراف على تعيين قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق عند نظر المحكم للنزاع، وعليه يجب البحث عن كيفية تحديد القواعد الخاصة بتنازع القوانين لكي تطبق على المسائل التي تخرج عن نطاق القانون الذي تم اختياره من قبل أطراف النزاع. فالأصل في النظام الدولي، أن المحكم الدولي يكون مقيداً بالقانون الذي اختاره الطرفان، مع تخويله حرية اختيار القانون الأنسب إذا لم يوجد بينهما اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بحيث يملك المحكم استبعاد هذا القانون، وذلك كله مع ضرورة مراعاة المحكم الدولي للأعراف والعادات التجارية الجارية فضلاً عن شروط العقد، وهو ما يظهر من جماع نصوص اتفاقيات و أنظمة التحكيم التجاري الدولي⁵¹⁹.

وقد يكون القانون الذي اختاره الأطراف لا علاقة له بالعقد، فلا هو مكان الانعقاد ولا هو قانون مكان التنفيذ، وذلك لأن الأطراف عندما يختارون قانوناً لبلد ما لا علاقة له بالعقد الذي نشأ عنه النزاع، فهم في الغالب يهدفون إلى اختيار قانون محايد أو قانون متطور في أحكامه ليطبق على النزاع⁵²⁰.

الفقرة الأولى: الاختيار الصريح للأطراف للقانون المطبق على النزاع

يعترف القانون لأطراف العقد التجاري الدولي بالحق في تحديد أو تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ومكنه هذا الحق تخولهم إعلان إرادتهم الصريحة في اختيار قانون دولة معينة، أو القانون الدولي، أو القواعد الموضوعية التي استقرت في مجال معين، فإذا ما قاموا

⁵¹⁷ - قد يقوم المحكم بتطبيق قواعد ما يسمى بـ " Lex mercatoria "، وتلك القواعد هي مجموعة القواعد العرفية المتبعة في التعامل التجاري الدولي. وهناك من يذهب إلى أنه على المحكم أن يطبق القواعد المشتركة لقانون كل من الطرفين، أو قانون كل من الطرفين، ومفادها عند عدم تعيين القانون الواجب التطبيق من الطرفين وعدم معرفة إرادتهما الضمنية تطبيق ما يسمى بـ *tronc commun*، فإنه في هذه الحالة لم يتم النص على قانون معين بسبب جهلها بقانون كل طرف بالنسبة للآخر، ولكنهما لا يذهبان إلى أكثر من ذلك بحيث يفرضان ما هو مشترك في قوانينهما الوطنية.

⁵¹⁸ - سامي فوزي محمد : م، س، ص 188.

⁵¹⁹ - المصري حسني : التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دون ط، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2006، ص 338.

⁵²⁰ - فوزي محمد سامي، م، س، ص 185.

بذلك نكون أمام الاختيار الصريح **professio juris** أو الإرادة الصريحة **volonté expresse** لقانون العقد أو أمام قانون الإرادة **lex voluntatis** ⁵²¹.

وقد لاحظنا من مراجعة العديد من عقود التجارة الدولية و الاتفاقات التي تنطوي عليها، أنها معظمها دائما ما تتضمن مادتين: المادة الأولى ينص فيها على القضاء المختص بالفصل في النزاع إذا ما نشأ حول الالتزامات التعاقدية (ما يسمى بشرط الاختصاص القضائي)، والمادة الثانية يحدد فيها الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم (ما يسمى بشرط الاختصاص التشريعي *clause de la compétence législative*) ⁵²².

والمتعاقدون إذا حددوا في عقدهم صراحة مادة اختصاص التشريعي، فإنهم يضعون ضمانا لهم في مستقبل تحميمهم من أخطار عدم وجود ذلك النص في حالة وجود نزاع، وإن كان المتعاقدون عادة ما يأملون عدم حدوث ذلك النزاع، إلا أنهم يتوقعون من أين سيأتي، وبالتالي يكون من الأمان وضع نص للاختصاص التشريعي لما قد يثور مستقبلا من منازعات حول العقد، كما أنهم هم المخاطبون بقاعدة التنازع في العقود التجارية الدولية، والتي تطلب منهم أن يعينوا قانون عقدهم صراحة في العقد ⁵²³.

ويحذر الفقه من خطورة إغفال النص الصريح على اختيار قانون العقد ؛ لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع العقد لقانون يخل بتوقعات الأطراف، ويقول أحد الفقهاء متسائلا "لماذا لاندراج شرطا من سطرين في العقد يقول به الأطراف صراحة ما هو القانون الذي يقصدون الخضوع له..... إن المتعاقدين هم في الواقع وفي غالب الوقت وعن طريق الإهمال، صناع مغامراتهم السيئة " ⁵²⁴.

هذا وقد اهتم مجمع القانون الدولي بالاختيار الصريح لقانون العقد، في دوراته المختلفة ففي دورة انعقاده **Oslo** في عام 1977، أوصى في قراره في المادة 1/2 بضرورة اختيار الصريح لقانون العقد "من أجل تسهيل تسوية الصعوبات التي يمكن أن تثار في موضوع العقود المبرمة بين المنظمات الدولية وأحد الأشخاص الخاصة، فإنه من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة، المصادر الوطنية أو الدولية التي يستقي منها القانون واجب التطبيق" ⁵²⁵.

⁵²¹ - أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولا ومنهجًا، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط 1905، ص 1095.

⁵²² - انظر. A.A.SALAMA : Les conflits de lois en matière de prêts.....Op.Cit.,p.273 s N°.4.

⁵²³ - د/ أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع، م.س، ص: 1097.

⁵²⁴ -L'affaire de l'Etat Français c.Veune caratheodory, Rév.crit .1934.,909. Note NIBOYET.

⁵²⁵ - راجع نص القرار في Rév.crit .1978.,p.224 ets

كذلك انظر د/ مصطفى أحمد فؤاد، القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، الإسكندرية، منشأة المعارف 1986، ص 19 وما بعدها، حيث يقول " ونخلص مما تقدم أنه لا يتصور - للوهلة الأولى - تعميم مبدأ أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة وشخص القانون الداخلي، هو ذات القانون المطبق على عقد الدولة مع أحد أشخاص القانون الداخلي لدولة أخرى، يؤكد صحة قولنا تزايد عدد المنظمات الدولية وتقسيماتها المتعددة المتعلقة بوظائفها " إلا

وفي دورة انعقاده في أثينا عام 1979، والتي خصصت القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، انتهى في نص المادة 1/4 من قراره بأن " من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة، القانون واجب التطبيق على عقدهم" 526.

كما تنص المادة 2/2 من اتفاقية لاهاي 1955 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية، على ضرورة أن يكون اختيار الأطراف لقانون العقد صريحا أو " مستخلصا على سبيل الحتم من نصوص العقد "، كذلك نص المادة 2/5 من اتفاقية لاهاي 1978 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي، وجوب أن يكون اختيار قانون العقد صريحا أو "يمكن استخلاصه بتأكيد معقول من نصوص العقد وظروف الحال " 527.

فضلا عن ما نصت عليه المادة 1/7 من اتفاقية القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية للبيع الدولي للبضائع 1986 بأنه "عقد البيع يسري عيه القانون الذي اختاره الأطراف، ويجب أن يكون اختيار الأطراف معبرا، وأن تبرهن ألفاظ العقد بوضوح تام عن رؤيتهم" 528.

كذلك قواعد التحكيم الجديدة لغرفة التجارة الدولية بباريس الصادرة في 8 إبريل 1997، التي تم فيها تعديل المادة 3/13 لتصبح كما يلي: " في حالة غياب اختيار الصريح للأطراف، يستطيع المحكمون أن يطبقوا القواعد التي تناسب الحكم في الدعوى ". وهذا يعني بمفهوم المخالفة أن تلك القواعد تقدم الاختيار الصريح للأطراف أولا في التطبيق 529.

أنه عند معالجته للقانون الواجب التطبيق على ذلك العقد، استشهد بكل الآراء والشروح والأحكام الخاصة بعقود الدولة، وكانت هي الأساس في تحديد العقد، إلا أنه أغفل علاج العقد المبرم بين المنظمة الدولية ودولة المقر. انظر ما ذكرناه سابقا ص 328، 53.

526 - راجع نص القرار في : Rév.crit. 1980.,p.427 ets

527 - انظر د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، منشأة المعارف، 1977، ص: 328-329.

528 - Convention on the law Applicable to contrats for the international sale of good , the Hague, 1968

J.C.POMMIER : La resolution du conflit Op.Cit., p.123 .

وقد جاء نص المادة 1/7 بالإنجليزية على النحو التالي:

"A contrat of sale is governed by the law chosen by the parties agreement on this
Choice must be express or be clearly demonstrated the terms of the contract and =

529 - انظر. ANDREAS REINER : Le règlement d'arbitrage de la CCI, version 1998, Rev.Arb.1998.,p.25

في 8 إبريل 1997، تبنى مجلس غرفة التجارة الدولية CCI في مؤتمره في شنغهاي، قواعد جديدة للتحكيم، وقد تم تعديل نص المادة 13 فقرة 3، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وكانت المادة 13 فقرة 3 تنص على أنه: في حالة انعدام اختيار الأطراف للقانون الذي يطبق على عقدهم، فإن " المحكم سيطبق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد التي يرى إعمالها على واقعة الحال"، وقد أخذ هذا النص من نص المادة 7 من اتفاقية الأوربية للتحكم التجاري الدولي (اتفاقية جنيف 1961)، ولكن في ظل العمل بالمادة القديمة، تلاحظ أن المحكمين لم يطبقوا منهج التنازع، والمادة 17 فقرة 1 من قواعد 1997 الجديدة مستمدة من نص المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، والتي توضح ليس فقط أن الأطراف يستطيعوا اختيار قواعد القانون الواجب التطبيق، ولكن في حالة غياب هذا الاختيار بواسطة الأطراف، يستطيع المحكمون أن يطبقوا قواعد القانون التي تناسب الحكم في الدعوى. انظر تعليق ADREAS REINER في Rév.Arb. م، س ب ص 25.

وما زال قضاء يأخذ بالاختيار الصريح للأطراف أولاً، عند البحث عن النظام القانوني الذي يحكم العقد، وفي القضايا الحديثة التي فصلت فيها محكمة تحكيم CIRD في عام 1997، في النزاع الذي نشب بين زائير والشركة الأمريكية AMT، طبقت المحكمة الاتفاقية الأمريكية الزائيرية لتشجيع وحماية استثمار بين البلدين وهي الاختيار الصريح للأطراف في العقد المبرم بينهما⁵³⁰.

كذلك الحكم الصادر عن محكمة تحكيم CCI، في النزاع الذي نشب بين دولة أفريقية وشركة ألمانية، بشأن عقد استكشاف، طبقت المحكمة قانون الدولة المتعاقدة، الذي أشار له الشرط العام بالعقد، وهو الاختيار الصريح للأطراف⁵³¹.

والحكم الصادر من محكمة تحكيم CIRD، في 6 يناير 1988، في النزاع الذي نشب بين Mine c/Reb Guinée، في العقد المبرم بينهما في 19 أغسطس 1971، طبقت المحكمة قانون الدولة المتعاقدة، لأنه قانون اختيار الصريح⁵³².

و خلاصة القول أن الاختيار الصريح هو تعبير الأطراف عن إرادتهم في اختيار قانون محدد صراحة تضمنه بند من بنود عقدهم، وقد يكون في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي.

الفقرة الثانية: المسائل التي يصطدم بها الاختيار الصريح للأطراف

من المشاكل التي يثيرها الاختيار الصريح لقانون العقد (أولاً) وقت الاختيار عقدهم، ثم يطرح التساؤل هل للأطراف الحرية في اختيار أكثر من قانون موضوعي أم ليس لهم الحق سوى في اختيار قانون واحد؟

للجواب، فالأصل أن يتم اختيار قانون العقد عند إبرامه، وذلك بنص في العقد ذاته أو في اتفاق مستقل يبرمه المتعاقدان، ليحقق لهم من بداية التعاقد العلم بالقانون الذي سيحكم عقدهم⁵³³، كما لهم تحديد قانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مكتوب أو شفهي، كما يكون لهم ذلك أمام المحكمة وقبل الفصل في النزاع، وهذا ما يقتضيه تحقيق فعالية قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة.

إلا أن محكمة النقض الإيطالية لها رأي مخالف لذلك، في حكمها الصادر في 2 يونيو 1966 والتي أكدت فيه على ضرورة أن يتزامن إبرام العقد مع اختيار القانون الواجب

⁵³⁰ - الحكم منشور في Clunet 1998. ص 243 وما بعدها تعليق E.GAILLARD وكذلك مقالاته المتعلقة بهذا الحكم في New York Law Journal في 2 إبريل 1998.

⁵³¹ - Sentence rendue dans l'affaire N°. 5030 en 1992. Clunet 1993.,p.1004

تقول المحكمة.

“ La clause générale signifierait que le droit (de l'Etat X) est applicable “

⁵³² - انظر الحكم وقرار إلغائه من لجنة AD HOC منشور في Clunet 1991 ص 166

⁵³³ - انظر د/ هشام علي صادق. م. س. ص 308. كذلك د/ أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع، م. س. ص: 1089.

التطبيق عليه⁵³⁴، إلا أن هذا الرأي ليس صحيحاً فلا يوجد ما يمنع من اختيار المتعاقدين لقانون العقد في وقت لاحق على التعاقد، طالما أن اختيار قانون العقد هو اتفاق مستقل عن العقد ذاته، و بالتالي فلا يوجد ما يلزم المتعاقدين على أن يكون اختيارهم عند التوقيع على العقد الأصلي، ويؤيد هذا الرأي الأخير⁵³⁵ القضاء الفرنسي⁵³⁶ والقضاء السويسري⁵³⁷ والألماني⁵³⁸، وكذلك تشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 والذي ينص في المادة 3/116 على أن " اختيار القانون يمكن إجراؤه في أي وقت "539.

إلا أن الاختيار اللاحق لقانون العقد يشترط فيه شرطان، الأول ألا يترتب عليه الإضرار بحقوق الغير، الذي بنى توقعاته على تحديد المشرع للقانون الواجب التطبيق عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد. والشرط الثاني أن يكون الاختيار اللاحق قبل الفصل في النزاع أمام محكمة الموضوع.

ويؤسس أحد الفقهاء الأساس القانوني لهذا الشرط في أن " تخويل المتعاقدين لحق اختيار هذا القانون أمام محكمة النقض، يعني إتاحة الفرصة للطعن على حكم محكمة الموضوع بتجاهل قاعدة الإسناد التي تشير باختصاص قانون الإرادة، في حين أن أعمال هذه القاعدة لا يتصور أصلاً إلا إذا كان المتعاقدون قد اختاروا بالفعل القانون الذي يحكم العقد وهو ما لم يحدث عند تصدي قضاء الموضوع للنزاع، ولهذا فلا يصح أن يعاب عليهم بعد ذلك تطبيقهم للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد، عند سكون الإرادة تماماً عن تحديد قانون العقد، أو تصديهم بأنفسهم لتركيز الرابطة العقدية واستخلاص القانون الواجب التطبيق في شأنها، ثم إنزال أحكامه على النزاع المطروح عليهم"540.

وإذا كان للمتعاقدين الحق في اختيارهم الصريح لقانون العقد وقت الإبرام، أو بعد الإبرام مع مراعاة التحفظات السابقة، فهل لهم تعديل اختيار الصريح لقانون العقد، وجعله لقانون آخر؟

534 - انظر الحكم منشور في Clunet.1968.,p.377

535 - J.C.POMMIER : La resolution du conflit de lois en matière contractuelle Op.Cit., p.8 ets

536 - "ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى تخويل المتعاقدين حق اختيار قانون العقد في مرحلة متأخرة، وعند طرح النزاع القائم بينهم على محكمة الموضوع، فقد أكدت هذه الأحكام أن تمسك أحد المتعاقدين أمام القضاء، بنصوص القانون الفرنسي دون اعتراض من المتعاقد الآخر، يكشف عن اتفاق الأطراف على اختيار هذا القانون لحكم الرابطة العقدية". انظر د/ هشام علي صادق. م.س ص 360 كذلك مؤلفه المطول في تنازع القوانين فقرة رقم 68.

537 - تواترت أحكام المحكمة الفيدرالية السويسرية، على تأكيد حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق في أي وقت لاحق على التعاقد، ولو كان أمام المحكمة المنظور أمامها النزاع، شريطة أن تكون محكمة الموضوع وليس محكمة النقض. انظر رسالة DEBY GERARD المشار إليها سابقاً فقرة 317 ود/ هشام صادق . م.س ص 36

538 - حكم المحكمة الفيدرالية العليا في ألمانيا في 25 مايو 1970 منشور في

Rév.Crit.1971.,p.37 ets

539 - انظر د/ أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة انتازع م.س . ص 1087

540 - د/ أحمد عبد الكريم سلامة . م.س . ص 1087.

للجواب على ذلك، لا يوجد ما يمنع أطراف عقد الدولة من تغيير اختيار قانون عقدهم، إذا تبين لهم أن القانون الأول لا يتماشى مع قانون الدولة المتعاقدة والذي سينفذ العقد على أرضها، أو أن هذا القانون لا يتماشى مع اقتصاديات العقد، أو الطبيعة الخاصة لمحل العقد، أو إذا وجد الطرفان أن القانون الذي اختاراه يتضمن أحكاما متخلفة لا تتفق مع التطور الذي لحق القانون المراد تطبيقه⁵⁴¹.

وهناك رأي في الفقه يعارض فكرة تعجيل اختيار قانون العقد، ويرى أن قاعدة التنازع تعمل أثرها بمجرد إفصاح الإرادة عن اختيار قانون العقد، و يترتب على تعديل ذلك القانون مرة أخرى، أعمال قاعدة التنازع مرة أخرى لنشوء تنازع للقوانين بمجرد تعديل القانون المختار⁵⁴².

ومن جهتنا، فلا نرى أن أعمال قاعدة التنازع مرة أخرى، يتعارض مع حرية المتعاقدين في تعديل اختيار قانون العقد، وإذا كنا نقر للمتعاقدين الحق في تغيير قانون العقد، إلا أنه يجب مراعاة ألا يضر ذلك بحقوق الغير، وأن لا يؤدي هذا التعديل إلى بطلان العقد، كما أن التعديل لا يكون مقبولا إلا قبل الفصل في النزاع من محكمة الموضوع.

ويكرس القانون الدولي الخاص الألماني الصادر في عام 1986 فكرة تعديل قانون العقد في أي وقت، حيث ينص في المادة 2/72 على أنه "يجوز للأطراف في أي وقت، الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقا"⁵⁴³.

كذلك القانون الدولي الخاص السويسري الذي ينص في المادة 3/116 على أن "اختيار القانون يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت وإذا كان لاحقا على إبرام العقد، فيرتد أثره على لحظة إبرام العقد"⁵⁴⁴.

كما ورد النص على ذلك في المادة 2/3 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي تنص على أنه "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقا"⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ - انظر المرجع السابق للدكتور / أحمد عبد الكريم سلامة . هامش ص 1087 حيث يشير لكل من Morris و DICEY للذان يعارضان فكرة التعديل ويقرران أن العبرة بإرادة المتعاقدين وقت إبرام العقد، لابعده، ولا يسمح بتعديل الاختيار، إلا إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة في ذلك عند التعاقد والأحسن أن يبرم الطرفان عقدا جديدا يخضع لقانون مختلف.

⁵⁴² - انظر المرجع السابق للدكتور / أحمد عبد الكريم سلامة . هامش ص 1087 حيث يشير لكل من Morris و DICEY للذان يعارضان فكرة التعديل ويقرران أن العبرة بإرادة المتعاقدين وقت إبرام العقد لا بعده، ولا يسمح بتعديل الاختيار، إلا إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة في ذلك عند التعاقد والأحسن أن يبرم الطرفان عقدا جديدا يخضع لقانون مختلف.

⁵⁴³ - انظر نص القانون في Rév.Crit.1987.,p.179

⁵⁴⁴ - انظر د/ أحمد عبد الكريم سلامة . م.س . ص 1088

⁵⁴⁵ - انظر نص الاتفاقية منشور في Rév.Crit.1980.,p. 875-885

كما تنص المادة 2/7 من اتفاقية القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي تنص على أنه "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق يجب ألا يضر بصحة العقد ولا بحقوق الغير"⁵⁴⁶.

وفي التحكيم الدولي، يعد تفويض طرفي العقد المتنازعين محكمة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، تعديلا لاحقا للاختيار الصريح لقانون العقد⁵⁴⁷.

وانطلاقا من قاعدة سلطان الإرادة، للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد، فهل هذه الحرية مطلقة من كل قيد؟ وما مدى التزام المحكم بهذا الاختيار، هل له بغض الطرف عن اختيار الأطراف؟ وما هو موقف التحكيم الدولي من هذه المشكلة؟

للجواب على ذلك، يؤكد أنصار النظرية الشخصية على أن حرية الأطراف طليقة في اختيار قانون العقد، انطلاقا من عقيدتهم في خروج العقد الدولي من مجال تنازع القوانين، وخضوعه لمطلق سلطان الإرادة، وجانب آخر من الفقه، يؤيد إطلاق حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، ولكنه لا يخرج من سلطان القانون، وإنما يخضع لأحكامه، واختيار المتعاقدين لقانون العقد، هو الحل الذي خصصه المشرع لمشكلة تنازع القوانين في مجال العلاقات التعاقدية الدولية⁵⁴⁸.

غير أن محاكم التحكيم قد ضربت بالاختيار الصريح للأطراف عرض الحائط في الكثير من أحكامها. والملاحظ أن تلك الأحكام كان لها سمة واحدة المحاولة المستميتة لاستبعاد القانون المختار والذي عادة ما يكون هو قانون الدولة المتعاقدة، بزعم أنه قانون متخلف، أو ناقص، أو لا يرقى لحكم المسألة المطروحة، أو غيرها، ولكن حقيقة القول أن تلك الأحكام كانت تدور حولها شبهات سياسية وسوء نية، لأن هؤلاء المحكمين كانوا يهدفون من وراء تلك الأحكام حماية الشركات، التي تتبع دولهم، وسوف نشير لثلاث قضايا على سبيل المثال، كان الاختيار الصريح لقانون الدولة المتعاقدة واضحا بما لا يدع مجالا لاجتهاد المحكم:

أ - تحكيم Aramco:

وهو النزاع الذي نشب بين المملكة العربية السعودية، وشركة Aramco، بخصوص العقد الذي تم منحه للمليونير اليوناني Onassis، واعتبرته Aramco اعتداء على الامتياز الممنوح لها، سنة 1933، لنقل البترول، فقد اتفق الطرفان على عرض النزاع على التحكيم،

⁵⁴⁶ - Convention en the law Applicable to contracts the international sale of good, The Hague, 1986

الاتفاقية منشورة على شبكة الإنترنت

<http://anaase.irt.uit.no/trad-law/doc/Applicable.Law.sog.convention.1994.html>

⁵⁴⁷ - انظر: WILHELM WENGLER : L'evolution moderne du droit international privé et la

⁵⁴⁸ - د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين، م.س. ص. 332

وأبرم بينهما اتفاق تحكيم في 23 فبراير 1955 ونص في المادة الرابعة منه، على أن " تفصل محكمة التحكيم في النزاع، (أ) طبقاً للقانون السعودي، كما هو معروف في الاتفاق طالما أن المسائل التي تدخل في اختصاص السعودية هي المعنية⁵⁴⁹، (ب) طبقاً للقانون الذي ترى محكمة التحكيم وجوب تطبيقه، طالما أن المسائل التي تخرج عن اختصاص السعودية هي المعنية". وبالرغم من وضوح الفقرة الأولى، في تطبيق القانون السعودي في المسائل تدخل في اختصاص المملكة، إلا أن المحكمة رفضت تطبيق هذا القانون، وبررت ذلك بأن "الامتيازات التعدينية ثم الامتيازات البترولية، ظلت مجرد جنين غير كامل التكوين في القانون الإسلامي، وكذا في المدارس الفقهية الإسلامية الأخرى، وأنه لا يمكن إدماج المدارس الفقهية إلا بعمل من السلطة وأما بالنسبة لمدرسة الإمام أحمد بن حنبل المطبقة في السعودية، فإنها لا تتضمن قاعدة محددة خاصة بالامتيازات التعدينية بوجه عام، والامتيازات البترولية على وجه الخصوص⁵⁵⁰".

ب - قضايا مناجم الذهب Lena gold fields:

وتتعلق هذه القضية بالنزاع الذي نشب بين الحكومة السوفيتية، وشركة بريطانية، استثمرت مبالغ كبيرة لاستخراج الذهب في مناجم بالاتحاد السوفيتي، وذلك بمقتضى اتفاق بينهما، ترتب على تغيير النظام الاقتصادي السوفيتي، استيلاء الحكومة على أموال الشركة، وكانت المادة 75 من الاتفاق المبرم بين الحكومة السوفيتية والشركة البريطانية تقضي بتطبيق القانون الروسي، إلا أن المحكمين البريطاني والألماني، استبعدا تطبيق القانون الروسي على جوانب كثيرة من العقد، واكتفيا فقط بتطبيق القانون الروسي على إجراءات التنفيذ، التي تمت داخل الإقليم الروسي، أما باقي جوانب العقد، فأخضعوها للمبادئ العامة للقانون، وخاصة مبدأ الإثراء بلا سبب الذي بناء عليه حكما أن تصرف الحكومة السوفيتية يعد نقضا للعقد من أساسه، ويرتب للشركة الحق في التعويض النقدي⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ -Après..... (A) Conformement droit Arabe Saoudite tel qu'il est défini ic-

⁵⁵⁰ - ورد بالحكم

“ Le régime de concessions minières et par conséquent aussi des concessions pétrolières est resté embryonnaire dans le droit musulman et il varie selon les rites . Les principes d'un rite ne peuvent pas être transposés dans un autre rite en dehors de leur introduction par un acte autorité .Le droit Hanbolite ne contient aucune règle précise sur les concessions minières et à foriori sur les concessions pétroliers.” Rév.Crit,1963.,p.311

BATIFFOL : La sentence Aramco Op.Cit.,p.647 ets et dans choix d'articles : انظر كذلك : Paris.1976.,p.281 ets

SUZANNE BASTID : Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco كذلك : A.F.D.I.1961.,p.300.ets

⁵⁵¹ انظر : Annual Digest of public int. Law cases.1929-1930,case No.1

كذلك : The arbitration between the Lena gold fields LID and the Siet government. جاء بالحكم :-

“...For other purposes the general principals of law such as those recognized by art. 38 of the statute of the P.C.J. at The Hague should be regarded as the proper law of the contract.”

ج - تحكيم TEXACO:

لم ينل من الاهتمام أي حكم تحكيمي كما نال تحكيم TEXACO، فقد تناولته أقلام كثيرة، بالنقد والتحليل، نظرا لأهمية القضية، وظروفها السياسية، وأهمية ما أورده المحكم Dupuy من حيثيات في حكمه، وأقل ما يوصف به هذا الحكم أنه نوع من الفساد التحكيمي، ففي هذه القضية استبعد Dupuy القانون الليبي، وهو قانون الاختيار الصريح للأطراف، فقد نصت المادة 28 من عقود الامتيازات البترولية الليبية التي وردت في المرسوم الملكي الليبي، الذي صدر في 1965/11/22، بأن " يخضع الامتياز الحالي في تفسيره وتنفيذه لمبادئ التشريع الليبي المتفق مع مبادئ القانون الدولي، وفي حالة تغيب هذه المبادئ المشتركة، فيتم ذلك بموجب المبادئ العامة للقانون بما فيها المبادئ العامة المطبقة من قبل القضاء الدول⁵⁵² .

وقد استعمل المحكم كل الحيل القانونية لاستبعاد القانون الليبي، من التطبيق على العقد، بالرغم من النص الصريح سالف الذكر، فقد نفي ارتباط العقد بالقانون الليبي، وأدخله دائرة القانون الدولي، ولكي يصل إلى ذلك أبرز وجود تعارض بين القانون الليبي، والمبادئ العامة للقانون الدولي، ولم يستطع Dupuy أن ينفى وجود تشريع داخلي متكامل لحكم هذا العقد، أو يتهم التشريع الليبي بالتخلف، كسابقه من المحكمين، ولكنه قرر أن التشريع الليبي مستبعد لكي يتم تحقيق التوازن بين الطرف الخاص الأجنبي، والدولة، من التغييرات التشريعية التي تجريها تلك الدولة، وهذا لن يتحقق بتطبيق القانون الليبي⁵⁵³ .

المطلب الثاني: الاختيار الضمني للأطراف للقانون المطبق على النزاع

إذا كانت القاعدة هي اختيار الأطراف صراحة للقانون الذي يحكم عقدهم كما رأينا، إلا أن المشكلة تثور عند عدم توافر هذا الاختيار الصريح، فالأراء تختلف في شأن استظهار الإرادة

⁵⁵² - " La présebte concession sera régie par et devra être interprétée conformément aux principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international , et , en l absence de point communs entre les Principes de la loi libyenne et ceux du droit international , elle sera régie par et Interprétée conformément aux principes généraux du droit en ce compris ceux de ces Principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales.

انظر الفقرة 35 من الحكم في Clunet 1977 ص 357 .

⁵⁵³ - راجع الفقرات من 22 حتى 51 من القرار المنشور في Clunet 1977 ص 323-352

J.F.LALIVE : Un grand arbitrage.....Op.Cit.,p.336

انظر:

يقول LALIVE:

"IL s' agissait tout d' abord d' analyser les principes du droit libyen ,puis d'examiner L'éventuel caractère commun de ces principes et des principes du droit international C' est à titre subsidiaire seulement , c'est - à - dire au cas ou le tribunal aurait constaté L' absence de caractire commuin, ou même d' identité entre ces principes, qu' il devait Alors appliquer , selon la loi sur les petroles, " les principes généraux de droit " Référence particulière étant faite a ceux de ces principes généraux dont il a été fait Application par des juridictions international als".

الضمنية للمتعاقدين، فكيف نتعرف على الاختيار الضمني و ما هي ماهيته؟ وهل يعترف الفقه بالاختيار الضمني، أم يرفض هذا النوع من الاختيار؟

وعليه، سنتناول ماهية الاختيار الضمني للأطراف، على أن نتناول مدى حرية المحكم في البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف.

الفرع الأول: ماهية الاختيار الضمني للأطراف

عادة ما تهمل الأطراف المتعاقدة تضمين نصا بشأن الاختصاص التشريعي، أي إغفال التحديد الصريح لقانون العقد ولا يعني ذلك انتهاء دورهم، فإلى جانب وجود الإرادة الصريحة توجد للأطراف إرادتهم أو نيتهم الضمنية **implied intention**، وهذه الإرادة الضمنية يجب احترامها، لأنها إرادة حقيقية تنبئ عن رغبة غير مكتوبة في إخضاع العقد لقانون معين، أي اختيار ضمني لقانون العقد أو عقيدة معينة، ثم تكوينها وإبرازها في ظروف وملابسات وإشارات تدل على قانون الإرادة.

وإذا كانت الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف العقد وملابسات العملية التعاقدية، فما هي أهم تلك الظروف والملابسات التي اتفق الفقه والقضاء والمشرعون على الأخذ بها في هذا الصدد؟

إن الاجتهاد الفقهي والقضائي والتحكيم الدولي، قد استخدم عدة قرائن للدلالة على الإرادة الضمنية بشأن قانون العقد، الذي لا يكتفى عادة بواحدة منها للدلالة على الإرادة الضمنية، بل يتم الجمع بين أكثر من قرينة على حسب الأحوال⁵⁵⁴، ومنها القرينة المستمدة من شرط الاختصاص القضائي بالنزاع الذي قد يثور بشأن العقد، ويشير الفقه أنها قرينة ذات ثقل كبير في استخلاص نية الأطراف، فمن يختار القاضي يختار قانونه⁵⁵⁵، وقد سبق من خلال النص على المبادئ العامة الواردة في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتي

⁵⁵⁴ - مثال لذلك حكم محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية CCI عام 1978، والذي انتهت فيه إلى تطبيق القانون الإنجليزي؛ لأن العقد كان محررا بالإنجليزية، ومتضمن شروطا مألوفة في القانون الإنجليزي، وكانت عملة الوفاء هي الجنيه الإسترليني. ويقول الحكم

« En cet état l'appelée en garavité pretend à une application du droit Anglais aux rapports insytitues par ce contrt du fait de sa rédaction en langue Anglaise ; de ce qu 'il contient des clauses exonetratics usuelles en droit Anglais , de ce que le paiement est stipule devoir être effective en monaie Britanque et enfin de ce que le contrat met en cause la livraison F.O.B purt anglaise d'un mareriel de fabrication britannique »

انظر الحكم في CCI : N° 2119 en 1978, Clunet 1979.,p.998

انظر كذلك CCI : N° 1422 en 1966, Clunet, 1974.,p.884-888

⁵⁵⁵ - د/ أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع، م.س، ص: 1100.

د/ هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1995، ص: 321.

يفهم منها ضمنا أن الإشارة لتلك المحكمة تعني اختيار القانون الدولي كنظام قانوني يحكم العقد⁵⁵⁶.

كذلك القرائن المستمدة من شكل العقد واللغة المستخدمة في تحريره⁵⁵⁷، فتبني صيغة عقد نمطي معمولا به طبقا لقانون دولة معينة، يدل على تطبيق قانون تلك الدولة⁵⁵⁸، كما أن اللغة التي يحرر بها العقد يستشف منها اتجاه الإرادة نحو الاعتراف بقانون بلد تلك اللغة⁵⁵⁹.

ويرى جانب من الفقه، أن اختيار قانون لحكم العقد الأصلي، يعد قرينة على اختيار ذات القانون لحكم العقود التابعة والمرتبطة به، مثل عقد الكفالة الذي يعقد في ظل عقد الدين الأصلي، واتفاق على تعديل العقد الأصلي، حيث يطبق قانون العقد على اتفاق التعديل ما لم يثبت أن المتعاقدين قصدوا تطبيق قانون آخر⁵⁶⁰.

كذلك القرائن المستمدة من قانون محل التنفيذ وقانون محل التحكيم⁵⁶¹، وقانون مكان الوفاء، وعملة الوفاء، وغيرها... ويميل القضاء الفرنسي للتسوية بين الإرادة الصريحة و الضمنية، عند إغفال الأطراف الاختيار الصريح لقانون العقد، وهذا ما أخذ به المشرع المصري أيضا في المادة 1/19 مدني، التي تؤكد على ضرورة تقصي النية الضمنية للمتعاقدين، فتتص على أنه يسري على العقد القانون الذي يتفق عليه الأطراف، وعند تخلف الاتفاق الصريح، يسري القانون الذي " يتبين من الظروف أنه هو الذي يراد تطبيقه".

كما أكدت تقنيات أجنبية أخرى، ضرورة الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فتقضي المادة 1/35 من القانون الدولي الخاص النمساوي على أنه: عند غياب الاختيار الصريح " إذا اتضح من

د/ عوض الله شبابة الحمد .م،س . ص 410

CCI : N° 2119 en 1978, Clunet 1979.,p.998

CCI : N° 2119 en 1976, Clunet 1977.,p.948

راجع أحكام القضاء الفرنسي المذكورة في

⁵⁵⁶ - انظر سابقا ص 405

-BATIFFOL et LAGARDE : Op.Cit.para N° 588.,p.265

⁵⁵⁷

يلقى الأستاذان على قرينة اللغة بأنها قد لا تقيد في الدلالة على اختيار قانون دولتها، فاللغة الإنجليزية تستخدم عادة في تحرير سندات الشحن للتيسير على الغير مما تحتويه تلك السندات من شروط، ولا يعني ذلك رغبة المتعاقدين في إخضاع السند للقانون الإنجليزي.

⁵⁵⁸ - راجع BATIFFOL et LAGARDE . الجزء الثاني. م،س . ص 271

Cour de Paris 19 juin 1953 Rév. Crit.1955.,p.796

⁵⁵⁹ - انظر

Cour de Nimes 7 dec 1949 Rév. Crit.1950.,p.620 noté LOUSSOUARN

Cour de Paris 18 Oct. 1950,V2 n° 66-84 noté HUBRECH

⁵⁶⁰ - انظر BATIFFOL ET LAGARDE . الجزء الثاني. م،س . ص 264

⁵⁶¹ - ففي حكم التحكيم الصادر من CCI في 1976 في النزاع بين شركة ألومنيوم يوغسلافية ومشتتر أمريكي طبقت المحكمة القانون الفرنسي، لأنه قانون دولة مقر التحكيم استنادا إلى أن إرادة الأطراف عندما اختارت محكمة الغرفة فإنها تكون ارتضت ضمانات الخضوع لقانون دولة مقر التحكيم. وتقول المحكمة:

“ Le seul en droit avec laquelle contrat établit une relation specifique est Paris =

الظروف أن الأطراف قد اعتبروا نظاما قانونيا معيناً واجب التطبيق، فيعد هذا تحديداً
ضمنياً⁵⁶².

كذلك القانون الدولي الخاص السويسري، لعام 1987، تنص المادة (2/116) منه على
"إن اختيار القانون يجب أن يكون صريحاً، أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد، أو
من الظروف⁵⁶³.

وجاء نص المادة (1/27) من القانون الألماني لعام 1986⁵⁶⁴، منقولاً عن نص المادة
1/3 من اتفاقية روما، لعام 1980، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية،
التي تنص على أن "يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا
الاختيار صريحاً، أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد، أو من ظرف القضية⁵⁶⁵.

وقد اعتنقت بعض الأحكام القضائية قرينة محل إبرام العقد لتطبيق قانون دولة محل الإبرام
بوصفه قانون الإرادة الضمنية لأطراف العقد، استناداً إلى الصلة القوية التي تربط العقد بمحل
ميلاده الأول⁵⁶⁶، كما أنه القانون الذي يسهل للمتعاقد الرجوع إليه للوقوف على سلامة
الشروط المدرجة في العقد، و يكفل وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد⁵⁶⁷.

و هناك بعض الأحكام الحديثة أخذت بقرينة دولة تنفيذ الحكم التحكيمي لتطبيق قانونها،
بوصفه تعبيراً عن إرادة أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة
العقدية⁵⁶⁸، ويؤسس ذلك على أن دولة التنفيذ هي التي يرتبط بها في الغالب مصالح المتعاقدين
وأنظارهم موجهة منذ البداية إلى قانون هذه الدولة، التي ستحقق فيها الغاية من تعاقدهم⁵⁶⁹،
إلا أن الصعوبة تثور في حالة تعدد أماكن التنفيذ في أكثر من دولة، أو في الظروف التي
يصعب فيها تحديد مكان التنفيذ مسبقاً⁵⁷⁰.

= désigne comme lien de l'arbitrage , à partir de la , nous estimons que les parties n'avaient
aucune objection à l'application du droit Français »

CCI : N° 2735 en 1976, Clunet, 1977.,p.948

انظر الحكم في

⁵⁶² - م (1/35) من تقنين 1979. راجع د/ أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. المرجع السابق. ص 1099

⁵⁶³ - انظر د/ أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع، م.س، ص: 1100. وهامشها

Rév. Crit.1987.,p.179

⁵⁶⁴ - القانون منشور في

Rév. Crit.1980.,pp.875-885

⁵⁶⁵ - انظر نص الاتفاقية بالفرنسية منشور في

⁵⁶⁶ - ADOLFE F.SCHNITZER : Le droit international privé Suisse en matière
d'obligations. Réc. Cours la Haye . 1968.,p.548

⁵⁶⁷ - BATIFFOL ET LAGARDE : Op.Cit.para 580.,p.260

⁵⁶⁸ - Cass.Civ.24avril1952.Rév.Crit.1952.,p.5.-2-notéMOUTULSKY

⁵⁶⁹ - راجع د/ أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع، م.س، ص: 1102. د/ هشام علي صادق . القانون الواجب التطبيق على
عقود التجارة الدولية، م.س، ص: 343.

BATIFFOL et LAGARDE : Op.Cit.para 580.,p.260

⁵⁷⁰ - انظر

ويرى البعض أن القضاء الفرنسي الحديث قد اعتنق نظرية الأستاذ BATIFFOL في تركيز العلاقة التعاقدية، فالقاضي في حالة عدم وجود اختيار صريح للأطراف، لا يبحث عن إرادتهم الضمنية، ولكنه يركز على الرابطة العقدية في قانون معين ويقوم بتطبيقه، ويفضل هذا الاتجاه أن يتصدى القاضي مباشرة للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية تمهيدا لإسنادها للقانون الأوثق صلة بهذه الرابطة⁵⁷¹، وهذا يعني أن أنصار هذا الاتجاه ينكرون فكرة الاختيار الضمني لقانون العقد.

الفرع الثاني: مدى حرية المحكم في البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف

يشترط بعض الفقهاء لتطبيق قاعدة قانون الإرادة في العقود الدولية، أن يكون اختيار الأطراف لهذا القانون اختيارا صريحا، وليس على القاضي أو المحكم، أن يبحث فيما يسمى بالإرادة الضمنية⁵⁷².

وقد أخذت بعض التشريعات الحديثة بهذا النظر، ولم تعد إلا بالإرادة الصريحة لطرفي العقد، مثل المادة 24 من القانون الدولي الخاص التركي⁵⁷³، والمادة 5/10 من القانون المدني الإسباني⁵⁷⁴، والمادة 2095 من القانون المدني البيروني⁵⁷⁵.

والاتجاه الذي يرفض فكرة الاختيار الضمني، يرى أن فكرة تركيز العلاقة في نظام قانوني يتضمن إعمالا لقاعدة التنازع، التي تفضي إلى إسناد العلاقة العقدية للقانون الأوثق صلة بها، مما يخضع الحكم لرقابة محكمة النقض، فيحقق أمانا قانونيا للمتعاقدين، أما تخويل المحكم أو القاضي البحث عن الإرادة الضمنية، فيعطي لهم حرية كبيرة تفلت من الرقابة، وتؤدي بهم إلى نوع من التحكم، وبالتالي إلا الإخلال بتوقعات الأطراف، وهذا يقودنا إلى السؤال عن مدى حرية المحكم في البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف⁵⁷⁶؟

في حالة غياب اختيار الأطراف صراحة لقانون وطني معين ليحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم، تظهر مشكلة على درجة كبيرة من الأهمية أمام المحكم الدولي، وهي التصدي لبيان ما إذا كان أطراف المنازعة قد استظهروا نيتهم في إخضاع موضوع المنازعة

⁵⁷¹ - انظر د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، م.س، ص: 325.

⁵⁷² - PESCATORE : Discussion des rapports en Annuaire de l'institut de droit International, cession de Bâle , vol. 64.11 .Edition A.pédon 1992.,p.147 ets

DEBY-GERARD : Op.Cit.,p.293 ets

= كذلك

Cass.Civ.F.,6 juillet 1959 .Rév.Crit.1959.,p.709-noté, BATIFFOL

Rév. Crit.1983.,p.141 ets

⁵⁷³ - القانون الدولي الخاص التركي منشور في

Rév. Crit.1976.,p.141 ets

⁵⁷⁴ - القانون المدني الإسباني منشور في

Rév. Crit.1986.,p.141 ets

⁵⁷⁵ - القانون الدولي الخاص البيروني منشور في

DEBY-GERARD : Op.Cit.,p.260

⁵⁷⁶ انظر:

Cass.Civ.F.,6 juillet 1959 .Rév.Crit.1959.,p.708-noté, BATIFFOL

لقانون معين، وهذا التصدي لاستظهار تلك النية يعطي للمحكم قدرا من السلطة التقديرية⁵⁷⁷، هذه السلطة انقسم الفقه بشأنها إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن إعطاء الحرية للمحكم للبحث عن الإرادة الضمنية يؤدي إلى تحكمه، وإخلاله بتوقعات الأطراف المتعاقدة، وأن البحث عن الإرادة الضمنية مجرد وهم، وخيال⁵⁷⁸، ويستند هذا اتجاه فيما يدعيه إلى أن غياب الاختيار الصريح يرجع لسببين: السبب الأول، هو أن يكون الأطراف قد أغفلوا المشكلة ولم ينتبهوا لها، وهذا فرض أصبح نادرا في ظل العقود الحديثة. والسبب الثاني، أن تكون مشكلة قانون العقد قد تعمل طرفا العقد عدم إثارتها لخشيتهم من الخلاف الذي قد يؤدي إلى عدم إتمام العقد، وهذا الفرض هو الشائع في عقود الدولة⁵⁷⁹.

ويتضح من السببين السابقين، أن الأطراف عند إغفالهم اختيار الصريح لقانون العقد، لا يمكن الادعاء بوجود إرادة ضمنية في اختيار هذا القانون، وبالتالي فإن تصدي المحكم للبحث عما يسمى بالإرادة الضمنية سيؤدي إلى تطبيق قانون لم يتوقعه الأطراف، ولا يعبر عن إرادتهم الحقيقية.

ويخلص هذا الاتجاه إلى رفض فكرة الاختيار الضمني لقانون العقد، لأن البحث عن الإرادة الضمنية سيؤدي بالضرورة إلى تحكم المحكم في اختيار قانون العقد، الذي يتفق مع توجهاته، متسترا وراء البحث عن الإرادة الضمنية وهي في حقيقتها إرادة مفترضة⁵⁸⁰.

ويحمد لهذا الاتجاه، أنه لفت النظر إلى خطورة إطلاق حرية المحكم، في البحث عن قانون باسم البحث عن الإرادة الضمنية.

أما الاتجاه الثاني: فيرى أن الإرادة الضمنية للمتعاقدين حقيقة وليست خيالا، فبين الاختيار الصريح لقانون العقد وانعدام هذا الاختيار توجد منطقة وسطى للاختيار الضمني على المحكم

⁵⁷⁷ - CCI Aff. N° 1422 en 1966 et Aff. N° 1717 en 1972. Clunet. 1974., pp. 884 et 890

⁵⁷⁸ - VINCENT HEUZE : Op. Cit., p. 251

⁵⁷⁹ - DEBY GERARD : Op. Cit., p. 242

KHAN(PH)-FREUND : La notion Anglaise de la “ proper law of the contract “ devant les juges et devant les arbitre international . Rév. Crit. 1973., p. 614 ets

⁵⁸⁰ - “ Lorsqu’ il n’y a pas d’intention exprimée . Cell – ce doit être présumée par L’arbitre a partir des termes du contrat et des circonstances qui l’entourent. Pour bouti à sa conclusion l’arbitre doit se laisser guider par des règles qui indiquent que certaines conditions au faits particuliers permettent de deduire prima facie et dans certains cas de facon presque de finitive ce qu’ était l’entention des parties CCI Aff. N° 1717. En 1972. Cluner. 1974., pp. 890-892

وتقول د/ حفيظة السيد الحداد إن اللجوء إلى استخدام فكرة الإرادة الضمنية، من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، في حالة غياب التعبير الصريح للأطراف، يجب أن يستخدم مع التحفظ الشديد، إذ أن إعمال هذه الفكرة على نحو مطلق، قد يؤدي إلى إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية محضة من قبل المحكم". انظر د/ حفيظة السيد الحداد، الإجراءات الوقتية والتحفظة والمنازعات الخاصة الدولية، م.س، ص: 486.

التأكد من وجود إرادة ضمنية حقيقية، وتجاهل تلك الإرادة هو هروب من قاعدة التنازع في العقود الدولية التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة، وهذا يعني أن إرادة الاختيار موجودة وإن كان قد اختلف أسلوب التعبير عنها، وعلى المحكم أن يقف على حقيقة تلك الإرادة الضمنية في كل حالة على حدة وفقا لظروف الحال⁵⁸¹.

وجوهر عمل المحكم الدولي في البحث عن الإرادة الضمنية لطرفي العقد، هو البحث خلال المؤشرات التي تدل على توطين العقد indices de localisation⁵⁸²، وهي مؤشرات عديدة تختلف فيها النظم القانونية، لاسيما حول القيمة التي ترجح الاختيار الضمني لأطراف النزاع⁵⁸³، ويترتب على ذلك اختلاف مواقف المحكمين الدوليين، تبعا لأثر تلك المؤشرات على عقلية وتكوين المحكم، ويساعد على ذلك أن المحكم الدولي على خلاف القاضي، ليس له ما يسمى بقانون lex fori، ومن ثم فإن مساحة هذه التأثيرات ستكون أكثر وأشد عما يتعرض له القاضي.

ويؤدي تبني المحكم الدولي لمؤشرات الإرادة الضمنية، أن يعتمد على اجتهاده الشخصي، وقد لا يكون هذا الاجتهاد سيئا في حد ذاته إلا بالقدر الذي يتجه فيه المحكم لواقع المنازعة المطروحة، ولكي يتجنب ذلك يجب عليه البحث عن رابطة موضوعية يمكن أن يطمئن إليها الأطراف، على أن إرادتهم قد اتجهت إلى هذا القانون.

ويرى جانب من الفقه الحديث وجوب التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية في اختيار قانون العقد، شريطة أن يتأكد المحكم من وجود الإرادة الضمنية، عن طريق قرائن يطمئن إليها، لأنها تكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين، ولهذا يعتقد هذا الاتجاه بالإرادة الضمنية للمتعاقدين⁵⁸⁴.

وقد أيدت الاتفاقيات الدولية تطبيق القانون الذي اختارته الإرادة الضمنية لأطراف العقد، فتقضي المادة 2/2 من اتفاقية لاهاي 1955، بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنفولات المادية، على أن يكون اختيار الأطراف لقانون العقد صريحا " أو مستخلصا على سبيل الحتم من نصوص العقد". فالنص يعترف بالإرادة الضمنية، ولكنه يقيد استخلاصها فقط

⁵⁸¹ - KHAN(PH)-FREUND : La notion Anglaise de la " proper law of the contract " devant les juges et devant les arbitre international . Rév. Crit.1973.,p.614 ets

⁵⁸² - ويرى د/ أحمد عبد الكريم سلامة ونشاطه الرأي " أنه إذا كانت هناك إرادة صريحة تعين على القاضي احترامها وكذلك الحال بالنسبة للإرادة الضمنية المؤكدة والحقيقية، أما فكرة التوطين أو التركيز فهي لا تكون مقبولة في رأينا إلا في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف في العقد، ولا يجوز للقاضي أن يغض النظر عن الاختيار الصريح للقانون، بحجة أنه لا يتقابل مع التوطين أو التركيز الموضوعي للعقد" انظر د/ أحمد عبد الكريم سلامة . نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، ط 1989، ص: 159.

⁵⁸³ - LALIVE(P) : Les règles de conflit des lois appliquees au fond du litigie par L' arbitre international . Rév.Arb.1976.,p.155 spéc.,p.158

MAYER(P) : Droit international privé Op.Cit.,p.498

⁵⁸⁴ -انظر

من الشروط الواردة في العقد، ويعيبه أن الإرادة الضمنية يمكن استخلاصها أيضا من ظروف التعاقد.

وقد توافقت اتفاقية لاهاي 1978 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية هذا القيد، فقد نصت المادة 2/5 من الاتفاقية على وجوب أن يكون اختيار قانون العقد صريحا، أو "يمكن استخلاصه بتأكد معقول من نصوص العقد وظروف الحال" وقد أعطى النص للمحكم حرية استخلاص الإرادة الضمنية من العقد، ومن خارج نصوص العقد، كظروف التعاقد والتفاوض التي تتم في إطار قانون معين، أو التنفيذ في ضوء قانون معين، حيث يكمن الاعتداد بتلك القوانين للتطبيق على العقد⁵⁸⁵. على عكس اتفاقية روما التي استلزمت أن يكون استخلاص الإرادة الضمنية بطريقة مؤكدة⁵⁸⁶، ولم يستلزم النص السابق سوى التأكد المعقول، ويقترّب من ذلك المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي بدورة انعقاده بمدينة BALE بسويسرا عام 1991، والذي جاءت المادة 2/3 منه على النحو التالي "عند عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد، فإنه يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن"⁵⁸⁷.

نخلص مما تقدم إنه إذا أغفل الأطراف النص الصريح على تحديد القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، فعلى المحكم أن يستخلص هذه الإرادة من شروط العقد، وظرف التعاقد، ولا يجوز له الرجوع للإرادة المفترضة⁵⁸⁸، لأن الإرادة المفترضة هي وهم وليست حقيقة، فإذا ما وجد أن العقد قد خلا من الاختيار الصريح أو الضمني، فعليه أن يبحث بنفسه عن التركيز الموضوعي للرابطة العقدية للكشف عن القانون الأوثق صلة بهذه الرابطة⁵⁸⁹.

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للمحكم الدولي لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

نصت المادة 39 في فقراتها الثانية والثالثة والرابعة من قانون التحكيم المصري على أن:

⁵⁸⁵ - J.C. POMMIER : Principe d' autonomie.....Op.Cit.,p.106

⁵⁸⁶ - م(1/3) من اتفاقية روما تنص على "أن يكون اختيار المتعاقدين لقانون العقد صريحا أو مستخلصا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال "

« A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be Expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the Circumstances of the case . »

LGARDE(P) : Le nouveau droit international privé.....Op.Cit.,p.303

⁵⁸⁷ - Annuaire de l'Institut de Droit International . cession de Bâle, vol 64 .II. Edition A..pédon 1992.,p.384

⁵⁸⁸ - انظر حكم محكمة النقض الفرنسية في 24 إبريل 1952 والذي قررت فيه البحث عن الإرادة لمفترضة للأطراف I' inattention presumée de parties وذلك عند غياب الاختيار الصريح. الحكم مشار إليه في رسالة د/ عوض الله شيبه الحمد. مشار إليها سابقا. ص 416

⁵⁸⁹ - انظر كذلك د/ أحمد عبد الكريم سلامة . نظرية العقد الدولي الطليق . م،س . هامش ص 159.

"2- إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق علي موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

3- يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة.

4- ويجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة علي تفويضها بالصلح، أن تفصل في موضوع النزاع علي مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

من خلال بعض المقتضيات السابقة، يتبين على أن المحكم مقيد بضرورة إعمال مختلف القواعد التي تتبع في تحديد القانون الموضوعي في حالة غياب تحديده من قبل الأطراف، وتتنوع هذه القواعد وتتعدد وللمحكم السلطة التقديرية في اختيارها بحسب طبيعة المنازعة.

وسنحاول وضع اليد على ما سبق من خلال دراسة المبادئ العامة للقانون وشرح صور تطبيق المبادئ العامة لهذا القانون ثم الإشارة لموقف قضاء التحكيم الدولي من تطبيق المبادئ العامة للقانون وأحكام تطبيق القانون الدولي العام.

الفقرة الأولى: المبادئ العامة للقانون

يقصد بالمبادئ العامة للقانون، تلك المبادئ التي تشترك فيها كافة النظم القانونية، ومن أمثلتها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بتعويض، ومبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية وغيرها من المبادئ التي يجب أن نتعرف على ماهيتها ونفرد بينها وبين غيرها.

ففي تحكيم Texaco الذي تطرقنا إليه سابقاً، يعرف Dupuy المبادئ العامة للقانون بأنها مبادئ مشتركة بين كافة الأنظمة القانونية، يتضمنها كل نظام قانوني من تلك الأنظمة، ومن ثم يعد تطبيق القانون الداخلي تطبيقاً للمبادئ العامة للقانون، ذلك أنها تشكل جزءاً من كافة القوانين الوطنية⁵⁹⁰.

وفي تحكيم Sapphir يقرر المحكم أن احترام الالتزامات العقدية يعد مبدأ عاماً للقانون، ومن ثم فإن تقاعس أي طرف من طرفي العقد عن تنفيذ التزاماته دون مبرر يخول للطرف الآخر الحق في عدم تنفيذ ما التزم به، كما يحق له المطالبة بتعويض مادي⁵⁹¹.

ويعرف بعض الفقه المبدأ العام للقانون، بأنه: " قاعدة سلوك إجبارية تهدف إلى ضبط النظام في المجتمع، وتحكم الروابط بين الأشخاص، وتبلغ من العمومية والتجريد، ما يجعلها

⁵⁹⁰ - انظر تحكيم Texaco في Clunet عام 1977. ص 358

⁵⁹¹ - انظر تحكيم Sapphir في A.S.D.I. عام 1962. ص 247.

أساسا للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها"، وآخر يعرفه بأنه: "القاعدة التي تنتم بالعمومية، وتعبّر عن مفهوم أساسي في نظام قانوني معين ولها دور خلاق في هذا النظام القانوني"⁵⁹²، كما يعرفها آخر بأنها "قواعد عامة أساسية مشتركة بين كافة الأنظمة القانونية، ويتفرع منها قواعد تطبيقية تخرج إلى حيز الوجود في صورة عرف أو تشريع"⁵⁹³.

وتتفاوت درجة أهمية المبادئ العامة للقانون في أفرع القانون المختلفة، ففي القانون الدولي العام تعد المبادئ العامة للقانون، هي المصدر الثالث من مصادر القانون الدولي، بعد المعاهدات والعرف الدولي. والمقصود بالمبادئ هنا هي المبادئ المستخلصة من القوانين الداخلية للدول، إلا أنه ثار الخلاف بشأن تحديد مضمون المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الدول المتمدينة، فيرى جانب من الفقه أن تلك المبادئ المشار إليها في المادة (38) لا تعني إلا المبادئ العامة للقانون الدولي دون سواها، لأن القضاء الدولي لا يطبق سوى القواعد القانونية الدولية.

إلا أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به ؛ لأن معنى قبوله أن الفقرتين (أ، ب) اللتان أشارتا إلى تطبيق المعاهدات والعرف يعدا تكرارا للفقرة (ج)، ويرى جانب آخر أن المادة 38/ج تشير إلى قواعد المنطق وقواعد القانون الطبيعي، إلا أن هذا الرأي خرج على منطوق المادة نفسه، الذي قرر تطبيق المبادئ التي أقرتها الأمم المتمدينة، والراجح في الفقه يرى أن المبادئ العامة للقانون تعد مصدرا أساسيا من مصادر القانون الدولي العام، وتلعب دورا حيويا في تكوين قواعد القانون الدولي⁵⁹⁴.

وقد انتهجت محاكم التحكيم في عقود التجارة الدولية نهج اللجوء للمبادئ العامة للقانون كوسيلة للهروب من القوانين الوطنية للدول المتعاقدة إلى قوانين أخرى، أو إلى مجال المبادئ العامة ذي السعة والرحابة في التفسير.

فقد كانت هذه المبادئ مثار اهتمام المحكمين في عقود التجارة الدولية، وأولها أهمية في التطبيق على تلك العقود، ولم تعد فكرة المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فكرة نظرية ولا مصدرا احتياطيا لقواعد تنازع القوانين⁵⁹⁵، وإنما أصبحت مصدرا حقيقيا لمنازعات عديدة،

⁵⁹² BÉLA VITANYI: Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » R.G.D.I.P., 1982.,p.48 ets. Spéc.,p. 52

⁵⁹³ - انظر رسالة د/ مفيد محمود شهاب . المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرا للقانون الدولي . المجلة المصرية للقانون

الدولي . المجلد الثالث والعشرون . 1967 . ص 1

⁵⁹⁴-OPPÉTIT (B): Les principes généraux en droit international privé in le droit international , Archive de philosophie de droit , 1987.,pp. 174-180

RIPERT : Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux : انظر كذلك:

Rec , cours ; la Haye. 1933, 2.,p.569

VERDROSS : Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale, Rec

Cours. La Haye. 1935, 2.,p.195 ets

⁵⁹⁵ - سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، النهضة العربية، ط 1990، ص: 43.

وإن كان قد شابها بعض المحاذير نتيجة لاستخدام مفهومها لتبرير بعض الأحكام في العقود التجارية الدولية⁵⁹⁶.

الفقرة الثانية: صور تطبيق المبادئ العامة للقانون

قامت محاكم التحكيم بتطبيق المبادئ العامة للقانون، إما بناء على وجود شرط في العقد ينص على تطبيقها، أو بناء على رؤية المحكم نفسه الذي رأى أنها الأنسب لحكم هذا النوع من العقود، أو لكي يهرب من القوانين الوطنية لأنها في رأيه تبدو غير ملائمة، ويقتصر أعمالها على حكم العلاقات الوطنية الداخلية⁵⁹⁷.

يذهب جانب من الفقه إلى أنه لكي يطبق المحكم المبادئ العامة للقانون، يجب أن يتفق أطراف العقد على تطبيقها صراحة، ويعد ذلك شرطا ضروريا لأخذها في الاعتبار إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق، وكثيرا ما تتضمن عقود الدولة اختيارا لتطبيق المبادئ العامة للقانون⁵⁹⁸، إلا أنها تختلف وتتنوع صورها طبقا للشروط التعاقدية الواردة في العقد، فقد تقتصر الإشارة للمبادئ العامة للقانون بقانون آخر، وقد لا تقتصر بأي نظام آخر. ومن أمثلة الأولى اقترانها بالقانون الوطني أو القانون الدولي مثل العقود محل منازعات تحكيم أبو ظبي ودبي و حكم ARAMCO و Texaco السالفي البيان، ومن أمثلة الثانية المادة

⁵⁹⁶ - انظر د/ سامية راشد. دور التحكيم في تدويل العقود، م.س، ص: 3-18.

و قد تضمنت الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرنا من الزمان، مبادئ هامة كثيرة في مجال المعاملات، ومنها العقود، وكان لتلك المبادئ الإشارات في بعض أحكام التحكيم، مثل رفض المحكمين في تحكيم أبو ظبي والسعودية، تطبيق الشريعة الإسلامية، وهي القانون الوطني لهذه الدول، وطبقوا المبادئ العامة للقانون. في حين أن تلك المبادئ العامة التي طبقوها ماهي إلا مبادئ مستمدة من الشريعة الإسلامية أصلا ونقلت منها إلى القوانين الوطنية، ولو كان هؤلاء المحكمون اجتهدوا في البحث، ما احتاجوا إلى اللجوء للمبادئ العامة في أنظمة قانونية أخرى، إلا أن لفت للنظر هو أن تكون الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا للقانون في معظم الدول الإسلامية، عدا القليل منها. إن الأزمة الحقيقية لعقود الدولة في الدول العربية والإسلامية تكمن في فقدانها للهوية القانونية، فإذا كانت تلك العقود، تشغل جانبا كبيرا من اقتصاديات تلك الدول - وهي تهمنا في مصر أيضا، لأننا نشرف بالانتماء للعالم الإسلامي العربي - فكان من الواجب على تلك الدول أن يكون لها هوية قانونية مستقلة ولا أظن أن هناك هوية قانونية أشرف من تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. لقد أصرت دولة أمريكا اللاتينية على تطبيق شرط كالفو - هو شرط ينطوي عليه عقد بين دولة ما وأجنبي يتخلى الأجنبي بموجب صراحة أو ضمنا عن الحماية الدبلوماسية للدولة التي ينتمي إليها حال نشوء منازعة بمناسبة تنفيذ العقد - على عقود الدولة، ومعاملة الأجانب معاملة الوطنيين، وكان لها ما أرادت، ورضخت جميع الشركات والدول التي تعاقدت معها لهذه الشروط، أما لم يكن من الأجدر لنا أن يكون لنا قانونا موحدا مستمدا من شريعتنا الإسلامية؟ يجير من يتعامل معنا على تطبيقه، وإذا رفض أن يتعامل معنا قلنا سند في قوله تعالى (وإن خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله إن شاء إن الله عليم حكيم) (28) التوبة.

⁵⁹⁷ - انظر مقالة Philippe Kahn في Clunet عام 1989 سابق الإشارة إليها ص 307 حيث يشير في حاشية رقم 9 جانب من التحكيم التي تناولت تطبيق المبادئ العامة للقانون.

⁵⁹⁸ - انظر مقالة Kahn السابقة ص 308 حيث يشير

« Tout d'abord les clauses de référence à des principes généraux, qu'elles soient des clauses directes de droit applicable, des clauses compromissoires précisant les pouvoirs des arbitres quant au choix du droit ou même des clauses techniques – mais impliquant une certaine position des parties sur le droit applicable, n'ont pas dans la plupart des cas une signification simple et incontestable.

46 من الاتفاقات البترولية بين الجزائر وفرنسا في عام 1965، التي اقتصرت على المبادئ العامة وحدها كنظام قانوني حاكم للعقد⁵⁹⁹.

وهناك نوع ثالث من المبادئ، يكون مشتركا بين القانون الدولي والقانون الوطني، ومن أمثلتها نص المادة 28 من عقود الامتياز الليبية والشركات الأمريكية، وما يهمنها من الإشارة لتلك الأنواع هو توضيح مضمون تلك المبادئ، فيذهب اتجاه في الفقه إلى أن الإشارة للمبادئ العامة للقانون لا تفيد في تحديد النظام القانوني الذي تندرج فيه تلك المبادئ، هل هو القانون الوطني أو الدولي أو القانون العابر للحدود، أو غيره⁶⁰⁰.

وتعد الإشارة لمبادئ القانون الدولي، أمرا مقبولا في مجال المعاهدات الدولية أو للتطبيق على بعض المسائل الأولية اللازمة للفصل في المنازعات بين الأفراد، مثل تفسير شرط الدولة الأجر بالرعاية أو تفسير شروط معاهدة تنطبق على منازعة بين أفراد، ولكنه يكون غير مقبول إذا فسرت بها عقود التجارة الدولية، فتلك المبادئ كما قلنا سابقا ما هي إلا مبادئ مستخلصة من القوانين الوطنية، وتم تعجيلها لتتواءم مع طبيعة المعاهدات بين الدول، فلا يستقيم إعمالها على عقود الدولة⁶⁰¹. أما الإشارة إلى البند ج من المادة 1/38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فكما قلنا سابقا لا يقصد به سوى المبادئ العامة للقوانين الداخلية والمعترف بها من مجموع الدول الأعضاء في الجمعية العامة.

ويقول أحد الفقهاء " المحاكم التي طبقت المبادئ العامة المعترف بها بين الأمم المتمدينة كقاعدة لحكامها إذا قرأنا قراراتها، عبثا نجد الإجابة على السؤال كيف علمت المحكمة أن القاعدة الخاصة أو المبدأ هو في حقيقته مبدأ عام معترف به من الأمم المتمدينة؟"⁶⁰²، فالحقيقة أنه لا يوجد في جملة أحكام التحكيم التي استندت لتلك المبادئ ما يفيد إثبات وجود هذه المبادئ العامة.

وقد استخدمت المبادئ العامة للقانون من قبل التحكيم الدولي، كوسيلة لاستبعاد القانون الوطني الواجب التطبيق على العقد، واستخدمت كذلك كنظام عام للمحكم الدولي في إبطال بعض العقود التي تعتدي على حقوق الإنسان، وإن كان ذلك قد استخدم في أضيق نطاق، مثل إبطال العقود التي أبرمت نتيجة الرشوة، واستغلال النفوذ، أو عقود الاتجار في الأسلحة، وإبطال العقد في هذه الحالة تطبيقا لقاعدة أمرة معترف بها دوليا⁶⁰³.

599 - المادة 46 من الاتفاقات البترولية بين الجزائر وفرنسا في عام 1965.

600 - انظر JEAN SALMON : Les principes généraux du droit ... Op.Cit.,p. 727

601 - انظر د/ حفيظة السيد الحداد، الإجراءات الوقتية والتحفظية والمنازعات الخاصة الدولية، م.س، ص:771.

602 - انظر مقالة RUDOLF B. SCHLESINGER في A.J.I.L. والمشار إليها سابقا. ص 734 .

603 - انظر حكم محكمة استئناف باريس في 1966/2/9 منشور في Rév.Crit. عام 1966 ص 264. وحكم المحكمة التجارية

بيروكسل في 1988/5/2 منشور في BARNICH 1990.,p.59 noté R.G.D.C., وأحكام أخرى مشار إليها تفصيلا في د/

جمال محمود الكردي. عقود بيع الأسلحة في النطاق الدولي، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، ط 2003، ص3-61. انظر كذلك مقالة

KAHN المشار إليها سابقا ص:314.

إلا أن ما يهمننا في هذا المقام هو الاتجاه الذي يرى أن المبادئ العامة للقانون واجبة الأعمال على عقود الدولة، كنظام قانوني مستقل دون ارتباطها بنظام قانوني آخر، ولكي تقوم المبادئ العامة بهذه المهمة فإن جانباً من الفقه يرى أنه لا بد أن توجد كمصدر قانوني مستقل ولا ترتبط بنظام قانوني آخر لتكون واجهة لهذا النظام فقط، فالمبدأ العام يجب لكي يطبق أن يكون عاماً ومجرداً، لكي يمكن التفرقة بينه وبين ما يختلط به من العادات والأعراف⁶⁰⁴.

ولكي يكون للمبدأ تأثير وفعالية، يرى جانب من الفقه تحديد المبدأ وتخصيصه لكي يصبح واضحاً سهل التطبيق على كافة المنازعات، بدلاً من استخدام المبادئ ذات العبارات المطاطة غير المحددة التي تقتصر إلى قاعدة حقيقية يسهل تطبيقها، وقد استخدمت أحكام التحكيم مبدأ حسن النية كواجهة لإعمال آراء المحكمين وتحقيق أهدافهم، حيث إن هذا المبدأ يعد قاعدة سلوكية أكثر منها قاعدة قانونية محددة، يمكن الاستناد إليها في تسبيب حكم⁶⁰⁵.

و تكثر المبادئ العامة للقانون ولا يمكن حصرها، إلا أنه هناك مبادئ شائعة تم تطبيقها على عقود الدولة، وأبرزها لنا التحكيم الدولي منها مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، ومبدأ إضاعة استعمال الحق، ومبدأ الإثراء بلا سبب، ومبدأ الحيلولة، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

و من بين أهم صور المبادئ العامة للقانون ما يلي:

1- مبدأ احترام الحقوق المكتسبة.

يعد من المبادئ العامة الشائعة والمألوفة لدى الفقه والقضاء، وهو مستمد من القوانين الحديثة لغالبية دول العالم، ويهدف إلى احترام الحقوق التي تم الحصول عليها في ظل نظام قانوني معين، ولا يجوز المساس بها عند تغير ذلك النظام، ويعد المساس بها عملاً غير مشروع، ما لم يكن هناك تعويض عادل، وقد استخدم هذا المبدأ لحماية ملكية الأجانب من تدخلات الدولة المضيفة في العقد، وقد رأينا سابقاً أن انتساب هذا المبدأ للقانون الدولي، يرتب المسؤولية الدولية على مخالفته، كما يرى جانب من الفقه، ويكون المساس بالعقد استنفاراً لتلك المسؤولية⁶⁰⁶.

-EL KOSHERI et LEBOULANGER : L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence, Rév. Arb. 1984.,p.3 ets

⁶⁰⁴ - « Les Principes généraux ne peuvent exister en tant que catégorie juridique que s'ils constituent une source autonome du droit et non s'ils confondent avec une autre source dont ils deviendraient en quelque sorte une représentation systematique et synthétique. »

انظر OPPETIT : Les Principes généraux du droit en droit international privé, in le droit international, Ar, philos. Dr. 1987.,p. 179

⁶⁰⁵ - انظر مقالة KAHN م،س ص 319

⁶⁰⁶ - انظر مقالة PAZARCI مشار إليها سابقاً . ص 412

إلا أن هذا المبدأ قد أفل نجمه بعد حركة استقلال الدول، والتوجهات الاشتراكية لبعض دول العالم، ولم يعد يتمتع بالقوة التي كانت له من قبل، وبدأ مضمونه خاليا في التقيد، حيث أصبح المساس بالعقد مقابل تعويض عادل قاعدة دولية مستقرة، وبالتالي لا نستطيع الجزم بأنه مبدأ عام يحظى بالقبول من كل العالم أو من الغالبية منه⁶⁰⁷.

ولم يتعرض التحكيم لهذا المبدأ بعد الحرب العالمية الثانية سوى في تحكيم ARAMCO حيث تقول المحكمة "تتمتع أرامكو باعتبارها أول صاحبة امتياز بحقوق مطلقة، لها صفات الحقوق المكتسبة، ولا يمكن للحكومة أن تنال منها بواسطة التعاقد مع صاحب امتياز آخر، حتى وإن كان لهذا العقد نفس القيمة القانونية للعقد المبرم مع أرامكو، إن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، هو أحد المبادئ الأساسية في كلا النظامين الدولي والداخلي لغالبية الدول المتحضرة، وعلى ذلك لا تستطيع الحكومة أن تنتقض أو تفيد الحقوق التي منحها في اتفاق سابق، بإبرام اتفاق لاحق حول نفس الموضوع كله أو بعضه..."⁶⁰⁸.

و يرى جانب من الفقه، أن أعمال مبدأ احترام الحقوق المكتسبة على عقود الدولة له وجهان، الوجه الأول هو أن يعد العقد والحقوق الناشئة عنه حق مكتسب للطرف الأجنبي، والوجه الثاني أن تعد الحقوق المالية الناتجة عن العقد حقا مكتسبا، وفي حالة مخالفة الدولة للوجه الأول تقوم المسؤولية في حقها، لأنها لم تنفذ العقد، وهذا يعد عملا دوليا غير مشروع، وفي الوجه الثاني لا تنتفي مسؤولية الدولة أيضا وتلتزم بالتعويض، و يرى هذا الرأي أنه في ظل قرارات الأمم المتحدة فإن للدولة الحق في عدم تنفيذ العقد وفسخه للمصلحة العامة، وبالتالي ليس لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة وجود في الوجه الأول، وإنما يتم إعماله في الوجه الثاني، للمحافظة على الحقوق المالية للطرف الأجنبي⁶⁰⁹.

2- مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب:

يعد من المبادئ التي تضمنتها العديد من القوانين المدنية في العالم، ومؤدى هذا المبدأ

⁶⁰⁷ - انظر الأحكام التي أخذت بالمبدأ قبل الحرب العالمية الثانية، حكم محكمة العدل الدولية في 25 مايو 1926 في النزاع الخاص ببعض المالح الألمانية في سيليزيا العليا البولندي POLISH UPPER SILESIA في P.C.I.J. series AIB, NO, 18, 1926.,p. 42

كذلك حكم محكمة التحكيم الألمانية الرومانية، التي شكلت بشأن منازعات المادتين 289، 297 من معاهدة فرساي، في قضية جولدنبيرج أولاده ضد الحكومة الألمانية، وحكم محكمة العدل الدولية في قضية OSCAR CHINN، وقضية الفنارات، التي أشرنا لهم قبلا؛ ومن الأحكام التي تعرضت للمبدأ بعد الحرب العالمية تحكيم ARAMCO راجع تفاصيل تلك الأحكام في رسالة د/ أحمد عبد الحميد عشوش. النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1975، ص 749-752

⁶⁰⁸ - انظر حكم تحكيم ARAMCO منشور في :

Rév.Crit.1963.,p.284

⁶⁰⁹ - انظر مقالة PAZARCI م، س. ص 414

أن الشخص الذي يثري على حساب الآخر، يلتزم بتقديم ترضية عادلة للمضرور، ويستلزم لقيام هذا الالتزام شرطان الأول افتقار المدعى وإثراء المدعى عليه، والثاني علاقة سببية بين الإثراء والافتقار وألا يكون للإثراء مبرر قانوني، وقد أخذ القانون الدولي بهذا المبدأ وطبقته المحاكم باعتباره مبدأ من مبادئ القانون الدولي، وأوضح الفقه أن هذا المبدأ تعنتقه معظم تشريعات دول العالم، وإن كان الفقه الأنجلو أمريكي لا يعرفه بالاسم، ولكن عادة ما يستخدم عبارة "رد الشيء لأصله"⁶¹⁰، ويعتبره Mc NAIR من المبادئ العامة المعترف بها في الدول المتقدمة⁶¹¹.

ويؤدي تطبيق هذا المبدأ على عقود الدولة أنه، إذا قام الطرف الأجنبي بالاستثمار في مشروع مشترك مع الدولة، أو على أرضها وقامت الدولة الطرف بنقض الاتفاق بأي صورة ترتب عليها أخذ أمواله دون سند يقره القانون، يكون للمستثمر الحق في تعويض عادل ليس استناداً إلى مبدأ إساءة استعمال الحق فقط، ولكن استناداً لمبدأ الإثراء بلا سبب أيضاً، وقد طبق القضاء مبدأ الإثراء بلا سبب في قضية *Lena gold fields*، والتي تعرضنا لها سابقاً حيث أسست المحكمة قضائها على هذا المبدأ⁶¹².

ويعرف أحد الفقهاء مبدأ الإثراء بلا سبب فيقول "وفقاً لهذا المبدأ فإنه في ظل ظروف معينة، ودون وجود التزام سابق، أو عمل غير مشروع، فإن حصول أحد أشخاص القانون على بعض المزايا مقابل الافتقار الحادث لشخص آخر من أشخاص القانون، يؤدي إلى خلق الالتزام بالتعويض على عاتق الطرف الأول لصالح الطرف الثاني، ويستطرد بأنه "يتضح من التعريف السابق لمبدأ الإثراء بلا سبب، أن أحد شروط إعمال هذا المبدأ، يتطلب أساس عدم وجود تعاقدية من أصله" والحقيقة أنه أبرز تعريفاً عجيباً وتعليقاً أعجب، فهل هناك التزام يمكن أن يقوم دون أن يؤسس على وجود مسؤولية؟ كيف يكون هناك التزام بتعويض، أو قيام مسؤولية في حق شخص دون وجود التزام تعاقدية تقوم عليه هذه المسؤولية؟ إن مبدأ الإثراء بلا سبب لا يكون له وجود أصلاً، إلا بقيام سبب وجوده وهو المسؤولية التعاقدية، حتى في وجود هذه المسؤولية التعاقدية، وكان للإثراء سبب شرعي أدى لافتقار الطرف الآخر، فلا تقوم المسؤولية، فكيف يمكن وجود تصرف يترتب عليه إفقار شخص وإثراء آخر، دون وجود علاقة سببية بين الإثراء والافتقار⁶¹³.

⁶¹⁰ - انظر رسالة د/ أحمد عبد الحميد عشوش . م.س، ص: 761

Mc NAIR : Op.Cit.,pp. 11-12

⁶¹¹ -

كذلك انظر مقالة PAZARCI م.س

⁶¹² NUSSBAUM (A): The arbitration between the Lena gold field LIT. And the soviet Government, I.C.L.Q. 1950-1-,p. 5 etc

⁶¹³ - انظر مقالة PAZARCI سابق الإشارة إليها ص 415 حيث يقول

« D'après ce principe (dans cerines circonstances sans engagement ni délit, laréalisation de certains avantages en contrepartie d'un appouvrissement d'un autre sujet de droit , entraîne l'obligation d'une compensation en faveur de ce dernier).

comme on doit le remarquer dans la définition pour que cette règle puisse s'appliquer, l'une des conditions essentielles est qu' il n'y ait pas en ause de droit contracuels. »

إذن فلا بد من وجود اتفاق لقيام المسؤولية، والدليل على ذلك أنه في قضية Oscar Chinn- المواطن الإنجليزي الذي كان يقوم ببناء السفن وبيعها في نهر الكونغو البلجيكي- قامت الحكومة البلجيكية بمنح احتكار حق بناء السفن وبيعها لمؤسسة مملوكة للدولة، فحركت الحكومة البريطانية دعوى أمام محكمة العدل الدولية الدائمة، ادعت فيها بريطانيا أن منح الحكومة البلجيكية احتكارا لمؤسسة مملوكة للدولة بسبب أضرارها لمواطنيها Chinn ، الذي أفلس نتيجة لذلك، وبالرغم من أن الوقائع يتضح منها أن هناك تصرف من الدولة، ترتب عليه إثرائها مقابل افتقار شخص آخر، إلا أن المحكمة بسبب عدم وجود اتفاق أو عقد رفضت دعوى بريطانيا، وقالت " إن السيد Chinn لم يكن له أي امتياز، ولم يكن له أي حق، بل كان له فقط مجرد حق المنافسة في التجارة"⁶¹⁴.

على عكس ذلك في قضية ena gold fields، حيث أسست محكمة التحكيم الحكم على مبدأ الإثراء بلا سبب، لأن " تصرف الحكومة السوفيتية يعد نقضا للعقد من أساسه، ويرتب للشركة الحق في التعويض النقدي عن الأرباح، التي حرمت منها بطريقة غير مشروعة".

وبالتالي فإن مبدأ الإثراء بلا سبب، يقوم إذا وجدت علاقة تعاقدية تنشأ من خلالها علاقة سببية بين أطراف تلك العلاقة للإثراء والافتقار، ولا نقر Pazarci على ما قاله، إلا أن مبدأ الإثراء منتقد من وجوه أخرى نتفق مع هذا الرأي فيها، وهي أن الدول الغربية تأخذ بالمبدأ، دون الالتفات للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة، وعما إذا كان يقر الحق في التعويض من عدمه، خاصة في حالة التأمين دون تعويض التي ترى فيه دول العالم الثالث – ونحن لا نتفق معها في ذلك – معاملة متميزة للأجانب عن الوطنيين، حيث إن الوطنيين في هذه الحالة لا يدفع لهم تعويض، فماذا يميز الأجانب عنهم ومسألة التأمين بدون تعويض مسألة محل نظر حتى ولو كانت مع الوطنيين؟

و يمكن القول أن مبدأ الإثراء بلا سبب مبدأ مكمل لا يمكن إعماله إلا في حالة عدم وجود وسائل أخرى، فلو أتيح للدولة التعويض استنادا لنصوص قانونية لديها، فلا يلتفت لهذا المبدأ⁶¹⁵.

3- مبدأ الحيلولة Estoppel:

وضع الفقه عدة تعاريف لمبدأ الحيلولة، منها على سبيل المثال من يقول بأنه " يتعلق بالامتناع الواقع على عاتق الشخص الذي بتصريحاته أو بتصرفاته، أو بالمظهر الذي

⁶¹⁴ - OSCAR CHINN case , P.C.I.J. Series A/B, N° 63.,p.. 65 etc

⁶¹⁵ - انظر مقالة PAZARCI سابق الإشارة إليها ص 416

أعطاه لحالة واقعية، بأن يتمسك أمام القضاء بموقف مخالف للموقف السابق الذي ظهر به، والذي أدى بشخص آخر إلى تعديل موافقة بما يضره "616.

ويقول رأي آخر إنه "منع الشخص من أن يغير أقولا، سبق أن أدلى بها، أو أفعالا قام بها للإضرار بشخص آخر، بغية الحصول على منفعة خاصة به وهو التزام بعدم التناقض، بمعنى أن الشخص إذا أدلى بأقوال معينة وتبين له بعد ذلك أنها في غير صالحه، فلا يجوز له أن يدلي بأقوال تناقض ما سبق أن أدلى به بإرادته "617.

ويعرفه رأي آخر بأنه "إذا قام شخص بحمل الغير على اعتقاد بوجود حالة معينة، مما دفع الأخير إلى العمل استنادا إلى تلك العقيدة، فإن الشخص الأول يكون ممنوعا من أن يدعي قبل ذلك الغير بحالة تخالف الحالة التي كانت موجودة وقتذاك أو يمتنع عن إنكار صحة بعض التصريحات أو المسالك التي سبق أن قام بها "618.

ومن مجمل ما تقدم يمكن القول بأن مبدأ الحيلولة أو Estoppel يعني " التمسك بموقف مخالف لموقف ظاهر لحالة واقعية من أحد أطراف العقد، أدى إلى تعديل موقف الطرف الثاني بناء عليه "وبالتالي يشترط للتمسك بهذا المبدأ شرطان، الأول أن يحدث تغير في موقف أحد الأطراف بالنسبة للعلاقة التعاقدية، والثاني أن يترتب على تغير هذا الموقف ضرر بالطرف الآخر.

ويقول البعض إن مبدأ الحيلولة يوجد في "غالبية النظم القانونية الحديثة، بيد أنها تصوغه في أشكال عدة، وإن كانت تشترط جميعها لتطبيقه مخالفة الشخص لوقائع موجودة، فيكفي أن يقوم أحد الطرفين بتقديم وعد مستقبل للطرف الآخر، فإذا أخل الواعد بما وعد، ونجم عن ذلك ضرر للطرف الثاني نتيجة لاعتماده على هذا الوعد الذي لم يتحقق، فإنه يترتب في هذه الحالة الالتزامات الناشئة عن الإخلال بهذا المبدأ، وذلك بغض النظر عن وجود مقابل لهذا الوعد من عدمه، وإن كان يشترط أن يكون مضمون هذا الوعد "619.

وإن كنا نتفق مع هذا الرأي في أن المبدأ مستمد من غالبية النظم القانونية الداخلية إلا أنه ليس في الصورة المذكورة، وهي صورة الوعد بالتعاقد المعروفة في القانون المدني، فالوعد بالتعاقد ليس موقفا ظاهرا تمسك به شخص متعاقد أراد التنصل منه بموقف مخالف، وإنما صورة المبدأ معروفة في القانون المدني بنظرية "الظاهر"، فقد عرف ذلك القانون الوكيل الظاهر، والمالك الظاهر، والوارث الظاهر وغيرها من الأوضاع الظاهرة، التي من شأنها

616 - انظر د/ حفيظة السيد الحداد، الإجراءات الوقائية والتحفظية والمنازعات الخاصة الدولية، م.س، ص: 796، وتعليق E.

GALLARD في Clunet 1986. ص 254

617 - راجع مقالة د/ مفيد شهاب . المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرا للقانون الدولي، م.س، ص: 19.

618 - انظر إشارة أحمد عبد الحميد عشوش م.س، ص: 763، وانظر أيضا مقالة PAZARCI سابق الإشارة إليها، ص: 408.

619 - انظر د/ أحمد عبد الحميد عشوش م.س، ص: 764.

ترتب التصرف الباطل لنفس آثار التصرف الصحيح حماية للغير حسن النية⁶²⁰.

فالعقد الصادر من الشخص الظاهر، الذي لا تتوافر له الصفة لإبرامه، والذي كان منطق البطلان يستوجب اعتباره باطلاً، و يرتب عليه أي آثار، يعتبر عقداً صحيحاً، ويرتب مختلف آثاره، ويمكن الاحتجاج به على الغير، وهنا ينجح الشكل على المضمون⁶²¹.

كذلك انتقلت نظرية الظاهر للقضاء الإداري، وهي تحتل جزءاً من إهمال الإدارة الذي من شأنه الإضرار بالمتعاقد معها، لخلق اعتقاد غير مطابق للحقيقة، من شأنه وقوع المتعاقد معها في الخطأ، وبالتالي لا يتحمل المتعاقد مع الإدارة سوء نيتها، وهذا ما أخذت به محكمة التحكيم في Framatome ضد إيران، حيث أنكرت المحكمة على هيئة الطاقة الذرية الإيرانية الدفع ببطلان العقد، فلا يجب أن تستفيد من الوضع الظاهر الذي بناء عليه تم التعاقد⁶²²، ولا يجوز للحكومة الإيرانية أن تدفع مسؤوليتها الدولية بالتمسك ببطلان العقد محل المنازعة، استناداً إلى أن هيئة الطاقة الذرية التي أبرمت العقد لا تتمتع بالسلطة في إبرامه، لعدم حصولها على الموافقات، أو التصريحات المطلوبة لإبرام العقد.

وحتى مبدأ حسن النية يأخذ نفس الحكم، ويؤيد ذلك أحد الفقهاء بقوله " وفي رأينا أنه لا يمكن اعتبار الإحالة إلى مبدأ حسن النية، كاختيار للقانون واجب التطبيق، لأن مبدأ حسن النية يشكل مبدأ عاماً، ولا يمكن أن يصلح بمفرده، لحل المنازعات التي تنجم عن عقود الدولة، والتي تتسم بتعقيد قانوني كبير.

والواقع أن هذه الإحالة لا تعني سوى التذكير بأحد المبادئ التي تنص عليها كافة التقنيات الوطنية، والتي يطبقها القضاء، ولهذا السبب فإننا نرفض الرأي الذي ذهب إليه الفقيه الإيطالي SERENI، الذي مؤداه أن النصوص التي من هذا القبيل من شأنها أن تخول المحكمة حل النزاع، وفقاً لمقتضيات العدالة، عوضاً عن مراعاتها لقانون خاص، فالواقع أن مجرد الإشارة إلى حسن النية لا يعني رفض أطراف العقد تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة⁶²³.

4- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين: (Le contrat fait la loi de parties)

يعد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، من أقدم المبادئ التي عرفت البشرية في مجال العقود، وهو مبدأ مشترك في كل النظم القانونية، فيعرفه القانون الدولي في نص المادة 38 من النظام

⁶²⁰ - انظر حكم محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 30 نوفمبر 19714 مجموعته المكتب الفني . الدائرة المدنية السنة 22 سنة 1971 ص 959 قاعدة رقم 161.

⁶²¹ - تشير محكمة النقض المصرية لنظرية الظاهر ن فتقول في حكمها المشار إليه في الحاشية السابقة أنه " يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية، ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المرمز للحقيقة " انظر مجموعته المكتب الفني . الدائرة المدنية السنة 22 سنة 1971 ص 959 قاعدة رقم 161.

⁶²² - انظر الحكم في Clunet سنة 1984 ص 66

⁶²³ - انظر د/ محمد يوسف علوان. الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية. م، س . ص 1715

الأساسي لمحكمة العدل الدولية، ووارد في نص المادة 26 من اتفاقية فينا بشأن المعاهدات الدولية والموقعة في 23 مايو 1929، ولا يوجد تشريع داخلي لدولة إلا واردة النص عليه في علاقات الأشخاص الخاصة⁶²⁴.

ومضمون المبدأ هو وجوب احترام الاتفاقات التعاقدية والتزام كل طرف في التعاقد باحترام ما يتضمنه العقد وتنفيذ التزامه بحسن نية، وقد وجد هذا المبدأ تطبيقاً له في عقود التجارة الدولية، في أحكام التحكيم في قضايا Aramco، وLiamco، وSapphire، وTexaco وB.P، وفي حكم Amco اعتبرته المحكمة مبدأ من مبادئ القانون الدولي، وفقاً لنص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

وسريان المبدأ على عقود الدولة أمر مسلم به في الاتجاهات الفقهية الحديثة خاصة الفقه الغربي ولا نقره على ذلك، فكما قلنا في مبدأ Estoppel فالمبدأ لا يطبق بطريقة آلية، وإنما يجب مراعاة أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يتعلق أصلاً بأشخاص القانون الخاص، والعلاقة في عقود الدولة تختلف عن تلك العلاقة. فنحن أمام عقد من عقود القانون العام - في إحدى حالاته - والمراكز القانونية فيه غير متساوية مثل عقود القانون الخاص، كذلك لا يمكن العمل بالمبدأ كمبدأ من مبادئ القانون الدولي، حيث إن التساوي مفترض أيضاً بين الدول، فلا يمكن تطبيق كلا المفهومين على عقود الدولة، خاصة الإدارية منها⁶²⁵.

والأحكام الصادرة في منازعات عقود التجارة الدولية، بالرغم من تمسكها بالمبدأ وتطبيقه، فإنها أيضاً أقرت مبدأ المساس بالعقد من قبل الدولة الطرف، إذا كان هذا المساس تقتضيه المصلحة العامة للدولة، شريطة دفع تعويض مناسب، وهذا ما انتهى إليه حكم تحكيم Aminoil⁶²⁶.

ونرى أن احترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في عقود التجارة الدولية ليس مستمداً من

ذاته، ولكنه مستمد من القوانين التي تكرر تطبيقه، فإذا كان القانون يجيز في أحوال معينة للدولة، تعديل العقد أو إلغائه، فإن ذلك لا يعد خروجاً على المبدأ لأن هذا الخروج تم بأسباب يثرها القانون، وهذا ما يحدث عند الدفع بعدم تنفيذ الالتزام من جراء إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه.

⁶²⁴ - وقد أمرنا سبحانه وتعالى باحترام العهد والعقد واضعاً لنا المنهج في تعاملاتنا بنص القرآن في قوله تعالى (وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً (34)) الآية 34 من سورة الإسراء، وكذلك في الآية الأولى من سورة المائدة قال تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أَجَلْتُ لَكُمْ بِهَيْمَةِ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُجْلِي الصِّدْقِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ (1)) ويكون القرآن قد سبق جميع الشرائع في وضع المبدأ.

⁶²⁵ - انظر عكس ذلك WEHBERG(H) : pacta sunt servande. A.J.I.L., 1959.,p. 786

⁶²⁶ - انظر مقالة MANN في B.Y.B.I.L. سابق الإشارة إليها . ص 213. كذلك مقالة د/ طارق فؤاد رياض في المجلة المصرية للقانون الدولي سنة 1983، ص 35.

كما أثير هذا المبدأ في تحكيم Sapphire⁶²⁷، و Klockner⁶²⁸، و Amco⁶²⁹، وليس معنى إثارته في تلك الأحكام، أنه مبدأ من المبادئ العامة للقانون، حيث إنه لو أخذ به كل متعاقد، فلن يوجد عقد يرى التنفيذ، كما أن هذا المبدأ يتنافى مع طبيعة عقود التجارة الدولية التي من طبيعتها أن المتعاقد الأجنبي يقوم بتنفيذ التزامه أو جزءاً منه أولاً، مقابل تنفيذ الدولة لالتزامها الذي يكون دائماً في مرحلة تالية، ودائماً ما يتم سداد قيمة المشروعات على مراحل.

الفقرة الثالثة: موقف قضاء التحكيم الدولي من تطبيق المبادئ العامة للقانون:

يبدو أن الاتجاه الذي ينادي بتطبيق المبادئ العامة للقانون، أغفل حقيقة واضحة هي أن تلك المبادئ لا تشكل في نطاق القانون الدولي، أو القوانين الداخلية مصدراً قانونياً شاملاً، فهذه المبادئ ما هي إلا مصدر احتياطي قصد بها سد النقص في الأنظمة القانونية، ولا تطبق منفصلة وإنما تطبق بعد التشريع والعرف.

وقد لاحظنا في أحكام التحكيم، أن اللجوء للمبادئ العامة، دائماً ما يكون هو المخرج للمحكم من المأزق المعقد في منازعات عقود التجارة الدولية، الذي يلجأ إليه لكي يبرر حلاً يريده لأن المبدأ العام أداة مطاطة وليست محددة - كالتشريعات الوطنية - قابلة للتطويع، وتعطي للمحكم سلطة تقديرية واسعة، بواسطتها يستطيع استبعاد القوانين الوطنية، وتطبيق أحكام قانون آخر باسم هذه المبادئ العامة "ويلجأ المحكم لذلك عن قصد متستراً تحت مظلة مبادئ مثل العدل أو المساواة وليس نتيجة لدراسة مقارنة و منظمة لقواعد القانون الداخلي لاكتشاف تلك المبادئ"⁶³⁰.

وفي تحليله للتحكيمات التي لجأت للمبادئ العامة يقول رأي، إن المحكمة استبعدت القانون الوضعي من التطبيق، لأنه مستمد من الشريعة الإسلامية التي لا تتضمن أحكاماً متطورة وكافية لتحكم البنين الحديث للعقود، ولجأت المحكمة لمبادئ العدالة والمساواة وحسن النية، ونتساءل عن ماهية حقيقة تلك المبادئ التي تحكم هذا النوع من الاتفاقات، فلم يجد إجابة مقنعة مقررًا "... من الثابت أنه حتى الآن لم يتضح تماماً ماهية هذه المبادئ التي تحكم مثل هذه الاتفاقات، وقد بدت تلك الحالة المضطربة للقانون الذي يحكم الموضوع في تحكيم Aramco ...، فبالرغم من الأهمية الكبيرة لهذا الحكم إلا أن أهميته الحقيقية، والخاصة بتحديد مضمون القانون الذي يحكم عقود الدولة ليس من السهل تحديدها"⁶³¹.

⁶²⁷ - انظر ما سبق بشأن تحكيم Sapphire . ص 430

⁶²⁸ - انظر ما سبق بشأن تحكيم Klockner . ص 97

⁶²⁹ - انظر ما سبق بشأن تحكيم Amco . ص 95

⁶³⁰ - انظر DEVISSCHER : Theory and Reality in public international law. 1951.,p. 357

مشار إليه في رسالة د/ أحمد عبد الحميد عشوش، م.س، ص: 810.

FATOUROS : Government Guarantees... Op.Cit., pp. 291 – 293

⁶³¹ - انظر

ونرى أن المبادئ العامة للقانون، قد تكون هامة لسد النقص في القانون الدولي لقلة مصادره التشريعية، وقد تكون هامة للقوانين الداخلية لسد النقص فيها، أما أن تكون نظاما قانونيا مستقلا يطبق على عقود التجارة الدولية ما اتفق الفقه والقضاء على استبعاده، لأن تلك المبادئ لا تستطيع أن تسير التطور في عقود التجارة الدولية بسبب البطء الذي تتصف به في نشأتها وتطورها، والذي لا يعد متجاوبا ومناسبا، بالدرجة الكافية للاحتياجات الملحة المتعلقة بالتفسير السليم لهذه العقود. فلكي تكون هذه المبادئ فعالة يجب أن تلعب دورا خلاقا في منع إساءة استغلال الموارد الطبيعية للدول، وفي تأكيد تنميتها والمحافظة عليها، فضلا عن زيادة تنمية الدولة المتعاقدة الأخذ في النمو.

وبالتالي نجد أن قلة المبادئ العامة، وعدم دقتها وبطء نشأتها و تطورها، عوامل تساهم في تعذر قيام تلك المبادئ بوظيفتها بطريقة فعالة، عند اعتبارها قانونا شاملا يحكم عقود التجارة الدولية، فضلا عن أن تلك المبادئ غالبا ما تكون ذات مفهوم عام بدرجة كبيرة، الأمر الذي يؤثر على وضوحها ودقتها، كذلك إذا أخطأ المحكم الذي يطبق تلك المبادئ من الصعوبة أن تثبت خطأه قانونا، وهو بالطبع غير معصوم من الخطأ لأن المفاهيم مطاطة وفضفاضة وتؤدي إلى تحكمه في النزاع، إذ تمنحه سلطات واسعة دون رقيب، فضلا عن أن مضمون تلك المبادئ يختلف من نظام قانوني لآخر، فما تراه دولة تأخذ بالنظام اللاتيني عدلا قد تراه دولة تأخذ بالنظام الأنجلوسكسوني ليس بعدل، وبالتالي يجب أن تظل المبادئ العامة للقانون محتفظة بالطابع الاحتياطي، المفسر والمكمل للمصادر الأخرى الأكثر تحديدا بدلا من إعطائها دورا لا يتناسب معها.

والواقع أنه من الصعوبة بمكان تحديد مضمون المبادئ العامة للقانون، التي يراد تطبيقها على عقود الدولة، وقد حاول بعض الفقه الغربي اشتقاقها من الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة، ولكن تلك المحاولات لم تنجح في الخروج منها بنظام قانوني متكامل، ولذا فهي لا تخرج من كونها قواعد عامة، وفي هذه الحالة فإن الأطراف لا يستطيعون تحديد حقوقهم والتزاماتهم بصورة مسبقة، إذا ما اختاروا تطبيق تلك المبادئ على العقد، الأمر الذي لا بد معه من التسليم بقيمة القواعد القانونية الداخلية، التي تتميز بدقتها و وضوحها، لذلك لا يمكن أن تشكل المبادئ العامة للقانون نظاما قانونيا مستقلا⁶³².

الفقرة الرابعة: تطبيق أحكام القانون الدولي العام:

بداية يجب أن نستعرض القانون الدولي الوضعي، هل هناك ما يحول دون خضوع عقود التجارة الدولية لهذا القانون؟

⁶³² انظر د/ محمد يوسف علوان.م.س . ص 1719.

إن فقهاء القانون الدولي العام يقررون أنه ليس هناك ما يمنع من خضوع عقود الدولة للقانون الدولي العام، لأن القانون الدولي العام يشمل العديد من القواعد التي تسري على أي نزاع من الممكن أن يثار بين طرفي العقد، فالمحكم الدولي يلجأ لحل أي نزاع للمعاهدات أو العرف أو المبادئ العامة كمصادر للقانون الدولي، ويرى هؤلاء الفقهاء أن القانون الدولي يتضمن العديد من القواعد القانونية التي تتيح للمحكم الدولي حل أي نزاع قد ينشب بين أشخاص قانونية مختلفة⁶³³.

ويؤكد رأي آخر من المتحمسين لتطبيق القانون الدولي، أن الأخير بما يشمل من قواعد اتفاقيات فيينا الملزمة، وكذلك إعلانات حقوق الإنسان، كلها بلا شك تحقق الأمن للأطراف خلال حياة العقد⁶³⁴، ويرى آخر أن الأطراف عندما يحيلون على القانون الدولي ليحكم العقد، إنما يريدون من ذلك عدم تعريض اتفاقهم للتعديلات الفردية التي قد تصدر عن التشريعات الداخلية للدول، التي يتبعها شخص القانون الداخلي، ويضار بسببها، ويوفر الحماية التي يحتاجها الاستثمار⁶³⁵.

ويرى هذا الاتجاه أن العقد بين الدولة والشخص الأجنبي، لن يتشابه مع المعاهدة الدولية هو الحاكم لعلاقة الشخص الدولي مع أحد الأشخاص القانون الداخلي⁶³⁶، ويوجد في البناء القانوني الدولي أو الداخلي ما يحول دون الاعتراف للقانون الدولي بمعالجة كل ما له صلة مباشرة بالعقد⁶³⁷.

ويؤكد هذا الاتجاه "أنه من الممكن أن يكون لعقد ما صفة دولية، طالما أن أحد الأطراف المتعاقدة له الشخصية الدولية، وعقد من هذا النوع سيكون موضوعاً للقانون الدولي: أ- إذ طبقاً لنظرية الإحالة من المتصور أن يكون العقد دولياً، بمعنى أن يكون موضوعاً للقانون الدولي العام بالمعنى الضيق، وسوف يجد هذا العقد الحصانة والمنع من أي عصف يمكن أن يصادفه

⁶³³ - GERARD JONATHAN : L'Arbitrage Texaco-Calaïatic..... Op.Cit.,p.469

F.A.MANN : The theoretical approach.....Op.Cit.,p. 565

⁶³⁴ « The public international law applicable to the contract include mandatory Rules recognized by ganaral international law coventions or declarations of human Right. The legal certainty and security which the parties would enjoy woul de Considerable, because public international law is unlikely to undergo sudden or radical Changes during the life of a contract. »

⁶³⁵ - WEILL(P) Problème relatives aux contrat Op.Cit.,p. 122

⁶¹⁸ - MANN : The theoretical approach, Op.Cit.,p. 564

ويؤكد كذلك WILHEIM WENGLER : Les accords entre États et entreprises..... Op.Cit.,p. 318
« There is nothing in the structure of international law and nothing in the relationship Between international law and municipal law inhibits the recognition of International law remedies which elate directly to the contracts »

⁶³⁷ -R.Y.JENNINGS : State contracts in international law.....Op.Cit.,p.181

ويؤكد:

« There is nothing in the structure of international law and nothing in the relationship Between international law and municipal law inhibits the recognition of International law remedies which elate directly to the contracts »

إذا ما خضع للقانون الداخلي، وهو يتمتع بهذه الحصانة بذات الأسلوب الذي تتمتع به معاهدة بين شخصين دوليين⁶³⁸، حتى ولو كان العقد الذي لا يبرم بين شخصين دوليين لا يتصور خضوعه للقانون الدولي العام، فإنه ليس هناك ما يمنع أن تشير الأطراف إليه كمصدر احتياطي⁶³⁹.

فهل من الناحية الواقعية يكرس القانون الدولي الوضعي تدويل عقود الدولة، سوف نتناول ذلك من خلال المصادر المختلفة للقانون الدولي ثم القانون الدولي لأنه النظام القانوني الأساسي، والقانون شبه الدولي.

أولاً: المعاهدات الدولية

المعاهدات الدولية إما أن تكون معاهدات متعددة الأطراف، أو معاهدات ثنائية، ومن بين **المعاهدات المتعددة الأطراف**، معاهدة واشنطن 18 مارس 1965، فهل كرست تلك المعاهدة تطبيق القانون الدولي العام على عقود التجارة الدولية التي أحد طرفها الدولة؟

لقد كانت المادة 42 من معاهدة واشنطن مثار خلاف في شأن تطبيق القانون الدولي على عقود التجارة الدولية، حيث يرى جانب من الفقه أن المعاهدة تعني أعمال القانون الدولي العام على عقود التجارة الدولية⁶⁴⁰، ويرى أحدهم أن المحكمة سوف تنتظر أولاً في قانون الدولة المضيفة الذي يطبق بجدارة على النزاع، والنتيجة بعد ذلك تعرض على القانون الدولي وتفحص في ضوء أحكامه، وهذا لا يستلزم تصديق أو إنكار من قانون الدولة المتعاقدة، إما تطبيق القانون الوطني على الدعوى بصفة عامة دون الخضوع للقانون الدولي فإنه يعد انتهاكاً لأحكامه، فالقانون الدولي في مرتبة أكثر سمواً من القانون الوطني في مفهوم المادة 42 من معاهدة واشنطن⁶⁴¹. إلا أن المادة 1/42 تحتوي على فرضين، الفرض الأول وكما رأينا

⁶³⁸ MANN : The proper law of contract by international persons..... Op.Cit.,p. 34 . Etween parties only one of « It is possible ,however.For contracts whom is an According to the theory reffered to, a contract could be (internationalized) is same That it would be subject to public international law **stricto sensu**, that therefore , its Existence and fate would be immune from any encroachment by a system of municipal Law un exactly the same manner as in the case of treaty between two international Persons.”

انظر كذلك HOHENVELDERN : The theory of auasi- international and partly.. Op.Cit.,p570.

⁶³⁹ - MANN : The proper law of contract Op.Cit.,p. 50

“ VERDROSS who first proclaimed the dogma that contracts not concluded between International persons cannot be subject to public international law considers it possible For parties to refer to public international law as subsidiary source of law .”

⁶⁴⁰ - انظر الآراء المؤيدة لتطبيق القانون الدولي العام طبقاً للمادة 42

J.M.JACQUET : Principe d'autonomie..... Op.Cit.,p.162 انظر

BROCHES : The convention on the settlement of investment..... Op.Cit.,p.392

G.R.DLEAUME: La convention pour le reglement des differends relatives aux investissements entre États et ressortissants d'autres États Clunet, 1966.,p. 26 ets,spec.,p. 48

= WENGLER: Les accords entre États et entreprises étranjères Op.Cit.,p.323

الاختيار الصريح للأطراف، وهذا الاختيار يمكن أن يكون القانون الدولي العام، وفي هذه الحالة لا يمكن استبعاد تطبيق الاختيار الصريح، وهذا الفرض لا يثير الجدل وإن كان فرضاً نادراً في واقع العملي، والفرض الثاني في حالة انعدام الاختيار، وهنا كما ورد في المادة 1/42 في عبارتها الثانية يطبق القانون الوطني أو القانون الدولي، ولقد جاء لفظ القانون الدولي معطوفاً على قانون الدولة المتعاقدة، فأيهما يطبق هل القانون الدولي، أم القانون الوطني؟

لقد اختلف الفقه حول تطبيق أيهما أولاً، وذهب جانب إلى تطبيق القانون الدولي، وآخر إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ويرى الاتجاه الأول أن محاكم المركز تعد محاكم دولية، والقانون الذي يحدد اختصاصها قانون دولي، وبالتالي فهي تطبق القانون الدولي.

ولقد أثار هذا الاتجاه مسألة أولية يجب البت فيها، وهي هل تعد محاكم المركز محاكم دولية وفق مفهوم القانون الدولي؟

ويرى رأي في الفقه يأخذ معيار الأداة التي أنشأت المحكمة، أن المحكمة إذا أنشئت من خلال معاهدة دولية، أو اتفاق دولي فهي تعد محكمة دولية، إلا أنه يوجد رأي آخر يرى أن المحكمة التابعة للمركز لا تعد محكمة دولية، لأن المحكمة الدولية هي المحكمة التي تنشأ بصفة دائمة، وتختص بالفصل في المنازعات بين الدول والمستثمرين الأجانب بصفة مطلقة، أما محاكم المركز يتوقف نظر الدعوى على موافقة الدولة والمستثمر الأجنبي على نظر النزاع أمام محاكم المركز، أي أن الاختصاص رضائي، وليس إجباري، كمحكمة العدل الدولية مثلاً، وبالتالي لا يمكن أن يطلق على تلك المحاكم محاكم دولية⁶⁴².

ويرى رأي أنه لا يمكن الأخذ بمفهوم تطبيق القانون الدولي مباشرة على النزاع دون رضا الدولة الطرف، وكل محاولة لذلك تعد خروجاً على نص المادة 42 من الاتفاقية، لأن تلك المادة تشير إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على النزاع أصلاً⁶⁴³.

⁶⁴¹ - BROCHES: Op.Cit.,p.392

“ The tribunal wil first look at the law of the Host State and that law will in first Instance be applied to the merits of the dispute. Then the result will be tested agaist International law. That process will not involve the confirmation or denial of the Validity of the Host State ‘s law, but may result in not applying it whete that law, or Action taken that law, violates international law . In the sense international law is Hierarchically to national law under Article 42.”

انظر كذلك رسالة REGLI سابق الإشارة إليها ص 113-114

⁶⁴² - راجع رسالة DENIS BETTEMS والمشار إليها سابق ص 76

⁶⁴³ - راجع في أصل وتسلسل صياغة نص المادة 42 من اتفاقية رسالة د/ جميل حسين

The international’ status of foreign investment Arbitration agreements (unpublished Dissertation, George Washington law center 1981.,p.55 ets).

وحقيقة الوضع أن الفقه لم يتفق على تطبيق القانون الدولي بصفة مباشرة على العقد، وبالتالي فالمعاهدة الدولية الجماعية الوحيدة ليس بها ما يؤيد ذلك الاتجاه.

ونرى أن نص المادة 1/42 واضح وضوحا كافيا، ولا يحتاج إلى الافتراءات التي قام بها الفقه الغربي لتطبيق القانون الدولي في حالة انعدام الاختيار بحجج غريبة، سواء كانت لتكملة القانون الوطني أو لسد النقص أو القصور أو التعارض بين أحكام القانون الوطني والقانون الدولي، فالمادة المذكورة ذكرت بالنص "وعند غياب مثل هذا الاتفاق، فإن للمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع، (شاملة قواعد تتنازع القوانين)، وقواعد القانون الدولي"، فلماذا تم تقديم لفظ القانون الوطني على القانون الدولي، وإذا كان واضعو الاتفاقية أرادوا العكس، فلماذا لم يقدمها القانون الدولي على القانون الوطني هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، إن معظم المبادئ التي يدعى أنها دولية في مجال العقود مستمدة من الأنظمة القانونية الداخلية، ولم تبتدع تلك المبادئ إلا عندما ظهرت حركة التأميمات البترولية.

كما أن القول بوجود تعارض بين القانون الدولي والقانون الوطني، قول مبتدع خاصة في مجال العقود التجارية الدولية، فلم يثر هذا التعارض إلا في قضيتي Texaco وهضبة الأهرام، ولو كانت مصر وافقت على إنشاء المراكز السياحية، ولم يعترض أحد عليها، بالرغم من وجود معاهدة اليونسكو، لم يكن ليظهر هذا التعارض، وكيف يوجد التعارض وتلك المعاهدة تعد قانونا من القوانين الداخلية في مصر بعد التصديق عليها.

ثانيا: المعاهدات الثنائية

اعتبر جانب من الفقه المعاهدات الثنائية المصدر الأساسي لتدويل العقد⁶⁴⁴، والتي انتشرت انتشارا واسعا في السنوات الأخيرة، خاصة في البلاد التي تشجع الاستثمار، فقد كانت على عكس المتوقع، تتضمن نصوصها الخضوع للقوانين الوطنية، ولم تثر فكرة تطبيق القانون الدولي إلا قليلا، وهذا يعد طبيعيا، إذ كيف يطبق الأطراف القانون الدولي على إنشاء المصانع، ونقل التكنولوجيا، وبيع المنتجات الزراعية، وإنشاء الشركات؟

وبمراجعة اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات التي وقعتها مصر خلال الفترة من عام 1990 حتى عام 1998، لم تتضمن أي اتفاقية نصا صريحا على تطبيق القانون الدولي على العقد، ولكن تفاوت النص على القانون الواجب التطبيق، بين القوانين الوطنية من خلال اللجوء لمحكمة تحكيم تشكل باتفاق الطرفين، أو اللجوء إلى المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، والذي يطبق القانون الوطني أيضا⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ - راجع رسالة DENIS BETTEMS والمشار إليها سابقا ص 80 حاشية رقم 37.

⁶⁴⁵ - انظر على سبيل المثال :

-المادة التاسعة من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار المتبادلة بين جمهورية مصر العربية واليونان الموقعة في أثينا في

1993/7/16 الجريدة الرسمية العدد 31 في 3 أغسطس 1995 ص 1727.

وقد انتشرت اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار بين الدول، وهي تعطي للطرف الأجنبي العديد من الضمانات على الاستثمار⁶⁴⁶، علاوة على أنه عن طريقها يستطيع أن يلجأ للمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار دون إذن من الدولة، لأنها مرتبطة بالنص الوارد في الاتفاقية بالجوء للمركز، ومخاطبته للمركز تتم دون الحاجة لإثبات أن الحقوق التي يدعيها نابعة عن القانون الدولي.

ومن المعاهدات الثنائية التي أنشأت محاكم دولية بشأن تسوية منازعات تتعلق بعقود الدولة، الاتفاقية التي أبرمتها فرنسا والجزائر في مجال التحكيم في 26 يوليو 1963، والخاصة بالامتيازات التي كانت ممنوحة أيام الاحتلال الفرنسي وألغيت بعد الاستقلال، وقد تضمنت تلك اتفاقية تطبيق قانون النفط، والقانون الداخلي النافذ في الجزائر قانون 1962 والاشتراطات العقدية، وفي حالة عدم وجود حل للنزاع في ضوء تلك المصادر يتم الرجوع للمبادئ العامة للقانون، ولم يرد ذكر للقانون الدولي⁶⁴⁷.

كذلك الاتفاقية التي وقعت بين الولايات المتحدة وإيران، بعد أزمة الرهائن في 19 يناير 1981، التي نصت على تطبيق قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي على أن تأخذ في الاعتبار العادات التجارية والشروط التعاقدية وتغير الظروف⁶⁴⁸، وبالرغم من النص على

- المادة التاسعة من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار الموقعة بين جمهورية مصر العربية والجمهورية اللبنانية في القاهرة بتاريخ 1996/3/16 وقد ذكر فيها القانون الدولي العام بعد القانون الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار في حالة تعارضه مع الاتفاقية، الجريدة الرسمية العدد 21 في 22 مايو 1997 ص 1181.

- المادة التاسعة من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار المتبادلة بين جمهورية مصر العربية ومملكة هولندا الموقعة في القاهرة بتاريخ 1996/1/17، الجريدة الرسمية العدد 15 في 11 إبريل 1998 ص 707

- المادة التاسعة من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار الموقعة بين جمهورية مصر العربية وجمهورية لاتفيا الموقعة في القاهرة بتاريخ 1997/4/24، الجريدة الرسمية العدد 20 في 14 مايو 1998 ص 937.

- المادة التاسعة من اتفاقية تشجيع الاستثمار وحماية الاستثمار الموقعة بين جمهورية مصر العربية وحكومة تركمانستان في القاهرة بتاريخ 1995/5/23، الجريدة الرسمية العدد 11 في 12 مارس 1998 .

- المادة التاسعة من اتفاقية تشجيع الاستثمار الموقعة بين جمهورية مصر العربية والجمهورية اليمنية الموقعة في القاهرة بتاريخ 1996/6/6، الجريدة الرسمية العدد 21 في 21 مايو 1998 ص 959.

- المادة الثالثة عشر من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية مصر العربية وحكومة كندا الموقعة في القاهرة بتاريخ 1996/11/13، الجريدة الرسمية العدد الأول 1 يناير 1998 ص 3.

⁶⁴⁶ انظر رسالة LEBOULANGER سابق الإشارة إليها ص 186-187 يقول عن اتفاقيات الثنائية

« Elles visent tout d'abord le traitement de l'investissement étranger , c'est – à – dire L'ensemble des droit et obligations incomliant aux deux parties : L' État d'une part.

L'investisseur d'autre prt, ells assurent ensuite la protection de l'investissement et de L'investisseur essentiellement contre les a ctes de puissance publique.”

⁶⁴⁷ - راجع رسالة DENIS BETTEMS .م.س. ص 82

⁶⁴⁸ - BERNORD AUDIT : Le tribunal des différends Urano Américains (1981-1984) clunet,1985.,p. 791 ets

BRUNO LEURENT : Problèmes soulevés par les demandes des double – nationaux devant le trubunal des differnds irano- américains . Rév. Crit1985.,p. 273 ets

تطبيق القانون الدولي إلا أنه لا يطبق منفرداً، وإنما هو اختيار من عدة خيارات، أولها تنازع القوانين، والقوانين الوطنية تطبق بصفة أساسية ولم تستبعد.

ومما تقدم يتضح أن الاتفاقيات الثنائية هي الأخرى لا تكرر تدويل عقود الدولة، وأن النصوص التي وردت في البعض منها قليلة، وتطبق بصفة احتياطية.

ثانياً: العرف الدولي

يعد العرف من المصادر الهامة للقانون الدولي، حيث إن معظم قواعده قد بدأت عرفية، ويرى جانب من الفقه أن الشرط الوارد بالعقد بتطبيق القانون الدولي و المبادئ العامة للقانون يعد قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق، إلا أن هذا القول غير صحيح، فهذه الشروط التي يدعى أنها قواعد عرفية لم تظهر إلا في فترة الاستعمار لدول شمال أفريقيا، والشرق الأوسط، وآسيا، وقد أوضحنا ظروف وضع تلك الشروط سابقاً وقد اختفت بعد ذلك.

ثم لكي نطلق على قاعدة ما بأنها عرفية، نعود لتعريف القاعدة العرفية الدولية في فقه القانون الدولي العام، فالقاعدة العرفية تنتج من اتباع تصرف معين خلال مدة طويلة، بحيث يتولد الإحساس بأن انتهاج هذا التصرف قد أصبح أمراً ملزماً قانوناً، والعرف الدولي شأنه شأن القواعد العرفية في كل فروع القانون يتكون من ركنين، ركن مادي، وهو تكرار تصرف معين، وركن معنوي، ويتمثل في اعتراف الدول ضمناً بهذه العادات، وأن يتولد لديها اعتقاد وإحساس بصفته الإلزامية⁶⁴⁹.

وبتطبيق تلك الشروط على الشروط التعاقدية المقال أنها قاعدة عرفية، نجدها لا يتوفر فيها شروط القاعدة العرفية الدولية، كما عرفها فقهاء القانون الدولي العام، فيكفي عدم اعتراف الدول بهذه الشروط واستنكارهم لها بعد الاستقلال، كما أن العمل لم يجر على الأخذ بتلك الشروط على نحو مطرد في معظم عقود التجارة الدولية لكي يتوافر فيها العنصر المادي للعرف الدولي⁶⁵⁰.

كما أن كلا الطرفين في عقود الدولة كان ينظر إلى العقد على أنه تصرف قانوني داخلي، وما كان اللجوء للقانون الدولي إلا للحد من تصرفات الدولة الداخلية عند استعمالها لسلطاتها.

كما نصت المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 المطابقة للمادة 1 و 2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة، على أن يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القانون من قبل

649 - انظر د/ الشافعي محمد بشير.م.س، ص: 65-66

650 - راجع رسالة DENIS BETTEMS .م.س . ص 85

كذلك انظر د/ حفيدة السيد الحداد، الإجراءات الوقائية والتحفظية والمنازعات الخاصة الدولية، م.س، ص: 714.

الطرفين، طبق المحكمون قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع، وفي الحالتين يراعي المحكمون شروط العقد والعادات التجارية الجارية⁶⁵¹.

كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (32) منه على أن "تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذي اختاره الأطراف، بالتالي فإن اختيار الأطراف لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يعد إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك"⁶⁵².

إذا ومن خلال ذلك، يجب على المحكم عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد وعادات وأعراف التجارة الدولية.

كما قد نصت الاتفاقية الأوروبية (جنيف) لسنة 1961 على حرية الطرفين في تحديد القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه، وفي حال عدم وجود بيان من الطرفين يجب على المحكم تطبيق قواعد الإسناد الملائمة، وفي كلتا الحالتين ينبغي على المحكم مراعاة اشتراطات العقد وعادات التجارة الدولية⁶⁵³.

كما تضمنت المادة 5 من نظام غرفة التجارة الدولية نصاً مماثلاً لما سبق، فقواعد الإسناد غالباً ما يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع، وقد يتم تنظيمها عن طريق اتفاقيات دولية، ويمكن في حالة عدم وجود تشريع أو اتفاق دولي استكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي العرف والقضاء والفقه⁶⁵⁴.

بالإضافة إلى أن المحكم وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الممكن أن يتعارض محتوى هذا القانون مع النظام العام في الدولة المنوط بها تنفيذ الحكم التحكيمي وأن هذا التعارض يكون سبباً لرفض التنفيذ، ولكن ليس اختيار القانون هو الذي يثير مشكلة، بل الحلول الموضوعية لهذا القانون. فعلى سبيل المثال فإن حكم تحكيم يطالب أحد الأطراف بدفع فوائد، لا يمكن تنفيذه في المملكة العربية السعودية بصرف النظر عن كون الحكم يستند على القانون الألماني، أو الانجليزي أو الفرنسي أو أي قانون آخر بسبب أنه يقرر حلاً يتعارض مع مفهوم النظام العام كما حددته الشريعة الإسلامية والسبب في رفض التنفيذ ليس هو اختيار قانون بدلاً من قانون آخر بل تعارض الحكم مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ - عبد المجيد منير: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. م. س، ص: 157 .

⁶⁵² - عبد المجيد منير: تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، م. س، ص: 157 .

⁶⁵³ - (المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية فقرة 1).

⁶⁵⁴ - الهداوي حسن: تنازع القوانين. دون ط، عمان. مكتبة دار الثقافة . 1995. ص49

⁶⁵⁵ - الرفاعي، أشرف عبد لعلم القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية. دون

طبعة. الاسكندرية. دار الفكر الجامعي. 2003. ص6

يتضح من خلال هذه النصوص، أنه يؤخذ بعادات التجارة الدولية بوصفها عنصرا من عناصر القانون الذي يتم الفصل في النزاع على أساسه، وذلك لأهميتها وملامتها لظروف التجارة الدولية، لكن تطبيق هذه العادات إنما يأتي بصورة تبعية أو تكميلية أو احتياطية، لأن الأولوية كما سبق توضيحه هي للقانون⁶⁵⁶ الذي اتفق الأطراف على تطبيقه ولمنهج التنازع، ولا خلاف في أن عادات وأعراف التجارة الدولية لا تطبق إلا بما لا يتعارض مع القانون الواجب التطبيق، إذا لم يكن هناك نص يتضمن الإحالة إليها.

يتبين من خلال ما سبق مدى التعايش بين منهج قواعد التنازع وعادات وأعراف التجارة الدولية، والموضوع هنا لا يتعلق بالتنازع بين المنهجين وإنما يتعلق بمقدار التكامل بينهما، وعليه الأصل أنه في جميع الأحوال يجب عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد، وعادات التجارة الدولية وعدم المخالفة للنظام العام.

ثالثا: القضاء الدولي

تنص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على ما يلي:

"1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، ويطبق في هذا الشأن...د- أحكام المحاكم، ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون".

ومن المادة السابقة يتضح أن أحكام المحاكم تعد مصدرا احتياطيا للقانون الدولي، وليست مصدرا أصليا، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فما هي أحكام المحاكم التي تقصدها تلك المادة؟

إن المقصود بأحكام المحاكم حسب القانون الدولي العام: هي أحكام المحاكم الوطنية التي لها قيمتها في المجال الداخلي وليس الدولي، ومع ذلك فإن توافق هذه الأحكام في الكثير من الدول على منهج معين، يوضح أن الدول تعتبر هذا المنهج هو الواجب اتباعه، وهنا يمكن للقاضي الدولي أن يستند على هذا التطبيق في المحاكم الوطنية⁶⁵⁷، فهل المحاكم الوطنية استقرت على تدويل عقود الدولة وحكمت بعدم اختصاصها بنظر ذلك النوع من العقود؟

⁶⁵⁶ - استبعدت المادة (6) من نظام تحكيم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تطبيق أي قانون وطني معين على نزاع الاستثمار، وأوجبت على محكمة التحكيم تطبيق نصوص اتفاقية مؤسسة ضمان الاستثمار. والمصادر المنصوص عليها في المادة (6) من الاتفاقية وفي حال عدم وجود هذه المصادر في الاتفاقية يجب تطبيق المبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة وتلك المعترف بها القانون الدولي.

⁶⁵⁷ - انظر د/ الشافعي محمد بشير، م. س. ص 68-69.

وإذا أخذنا بأحكام المحاكم الدولية كمصدر للقانون الدولي سنجد أمامنا نوعين من الأحكام، أحكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية هذا من ناحية، وأحكام التحكيم الدولية من ناحية أخرى:

1- أحكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية:

إن المحكمة المنوط بها تطبيق القانون الدولي، لم تعترف باختصاص القانون الدولي بحكم عقود التجارة الدولية، أليس ذلك كافياً للرد على أنصار هذا اتجاه؟

لقد استعرضنا سابقاً الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدائمة للعدل الدولي، ومحكمة العدل الدولية، وكلاهما وضع الأساس لحكم عقود التجارة الدولية بقوانين الدولة الطرف في العقد، ونفياً صفة المعاهدة أو اتفاقية عن ذلك النوع من الاتفاقات.

وتعد الأحكام الصادرة عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض الضريبية والبرازيلية أحكاماً يشار إليها بالبنان، لما أرسته من مبادئ بخصوص العقود التي يطبق عليها القانون الدولي، والعقود التي يطبق عليها قانون الدولة المتعاقدة.

وقد تبنت محكمة العدل الدولية موقف المحكمة الدائمة للعدل الدولي، كذلك الحكم الشهير لها في قضية شركة البترول الأنجلو إيرانية Anglo-Iranian، أن العقد المبرم بين حكومة إيران وبريطانيا لا يعدو أن يكون عقد امتياز بين حكومة وشركة خاصة أجنبية وليس معاهدة دولية بقولها:

« Ce contrat n'est rien qu' un contrat de concession entre un Gouvernement et une société privée étrangère. »⁶⁵⁸

ولم تجادل بريطانيا في القانون الواجب التطبيق على العقد، ولم يعرض على المحكمة دفعا بذلك، مما يعني أن تلك المسألة كان مسلماً بها، وأن العقد يخضع للقانون الإيراني. وفي قضية القروض النرويجية في فرنسا، أخذت المحكمة بالدفع الذي أبدته النرويج بخضوع عقد القرض لقانونها الوطني، والاختصاص القاصر لمحاكمها، وهذا أيده الأستاذ "Lauterpacht" في رأيه المنفرد من أن عقود القرض تخضع للقانون النرويجي كأصل عام⁶⁵⁹.

والغريب في الأمر أن أنصار التدويل يكثران الاستناد إلى رأي القومسييرين الأمريكيين، وأقوال المحامين المدافعين عن الحكومات الغربية التي يمثلونها ناسين أو متناسين أنها لا تمثل قضاء دولياً، وأن هذا القضاء على تعدد أحكامه لم يرفض ولو في قضية واحدة إسناد العلاقة

⁶⁵⁸ - C.I.J. Affaire de l'Anglo - Iranian oil co. Royaume-uni c/Iran, arrêt du 22 juillet 1952, Recueil

..p.112

⁶⁵⁹ - Recueil, 1957 ..p.23 C.I.J

العقدية لقانون الدولة المتعاقدة، كما لم يعتبر مخالفة العقد المبرم مع طرف آخر خاص أجنبي سببا كافيا لتحريك دعوى المسؤولية على نحو ما أسلفنا⁶⁶⁰.

2- أحكام محاكم التحكيم الدولية:

لم يثبت أن هناك قضية تتعلق بعقود الدولة نظرت أمام محاكم التحكيم الدولية وأضفت المحكمة صفة المعاهدة أو الاتفاقية الدولية على النزاع المعروض أمامها، فهذا الموضوع لم يثر مطلقا، لأن المسلم به أن العقد تصرف من تصرفات القانون الداخلي، والقانون الواجب التطبيق مجرد واقعة على الطالب إثباته.

و أحكام التحكيم التي صدرت عن محاكم التحكيم الدولية تثبت ذلك كما يقول جانب من الفقه⁶⁶¹ في قضية *the Carolina power and light company v. Uranex* أشار الطرف الأمريكي إلى مبدأ ثابت، مقتضاه أن العقود التي يبرمها مواطنو دولة على إقليم دولة أخرى وتنفذ فيها، يفترض خضوعها لقوانين الدولة التي سيتم فيها التنفيذ⁶⁶²، وتم تأكيد نفس المبدأ في قضايا أخرى من قبل لجنة المطالبات المكسيكية الأمريكية، وخاصة في قضية *Cook، Davies،* وتم تطبيق القانون البرتغالي في قضية *le Chemin de fer de la baie، وقانون بيرو في قضية delagoa du guano، وقانون هايتي في قضية aboillard،* وإذا كان القضاء المتقدم لا يتمتع بالوضوح الذي يتسم به حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض الصربية والبرازيلية... فإن أيا منها لا يتبادر إليه أدنى شك فيما يتعلق بضرورة تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقود المعنية⁶⁶³.

ومما تقدم يتضح أن أحكام محاكم التحكيم الدولية لم تؤيد الاتجاه الذي يرى تدويل عقود الدولة، فهل محاكم التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، باعتبارها قضاء تحكيميا متخصصا في عقود الدولة كرس تطبيق القانون الدولي على عقود الدولة؟

⁶⁶⁰ - انظر د/ سامية راشد. دور التحكيم في تدويل العقود، م.س، ص: 61.

⁶⁶¹ - انظر رسالة DENIS BETTEMS . سابق الإشارة إليها . ص 90 ود/ حفيظة السيد الحداد، الإجراءات الوقتية والتحفظية والمنازعات الخاصة الدولية، م.س، ص: 714-715 .

⁶⁶² District court for the northern district of California-26 September 1977 *Carolina power & Light Company V. Uranex* (un groupement d'interêt économique français) decision en anglais rapportée dans I.L.M0 1978.,p. 903

انظر رسالة BERLIN سابق الإشارة إليها. ص 442 وحاشية رقم (2) حيث يقول :-

“ IL est donc clair que le contrat n'est pas source d'obligations international et que sa violation ne peut engager la responsabilité contractuelle de L'État contractant , comme du cocontractant étrangère en droit international.”

⁶⁶³ - د/ حفيظة السيد الحداد، الإجراءات الوقتية والتحفظية والمنازعات الخاصة الدولية، م.س، ص: 715.

انظر كذلك رسالة DENIS BETTEMS سابق الإشارة إليها. ص 90

3- أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

بالرغم من التعليق السابق الذي قلناه بشأن النص على تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الوارد في المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن، إلا أن الملاحظ أن معظم الأحكام الصادرة عن المركز طبقت قانون الدولة المتعاقدة.

ففي تحكيم Amco Asia ضد حكومة إندونيسيتا، طبقت المحكمة القانون الإندونيسي الذي يتفق مع كل القوانين، سواء الأمريكي، أو البريطاني، أو الفرنسي، أو الإسلامي، فمصادرة الفندق يعد عملا غير مشروع يستوجب التعويض⁶⁶⁴.

وفي تحكيم Letco ضد جمهورية ليبيريا، ثم تطبيق القانون الليبيري⁶⁶⁵، وفي تحكيم Benvenuti et Bonfant ضد الكونغو، طبقت المحكمة القانون الكونغولي بالرغم من "أن الأطراف اتفقا على تحويل المحكمة الحكم وفق قواعد العدالة والأنصاف"⁶⁶⁶.

وفي تحكيم Agip ضد الكونغو، تم تطبيق القانون الدولي على العقد، بناء على تكييف خاطئ للمحكمة، لم تراعى فيه نصوص العقد الصريحة، بتطبيق القانون الكونغولي مكملًا بالقانون الدولي⁶⁶⁷، وفي حكم Klockne ضد الكاميرون، تم تطبيق مبادئ القانون الفرنسي والذي تستمد منه أحكام الكاميروني، وبالرغم من ذلك ألغت لجنة ad hoc الحكم لأنه كان على المحكمة أن تبحث عن الالتزام بالأعلام والأخبار في قانون دولة الكاميرون بوصفه قانون الدولة المتعاقدة وتستخلص منه هذا الالتزام⁶⁶⁸.

وفي تحكيم Miné بين الشركة السويسرية ضد حكومة غينيا، تم تطبيق القانون الغيني على العقد⁶⁶⁹، وفي تحكيم Vacuum Salt Products Limited ضد حكومة غانا، ثم تطبيق القانون الغاني على العقد⁶⁷⁰.

⁶⁶⁴ - Amco Asia c. Gouvernement de la République d'Indonésie, u 25 septembre 1983 Clunet, 1986., 200 noté E.GAILLARD,

20 novembre 1984 Clunet, 1987., p. 145 noté E. gaillard

16 mai 1986 Clunet, 1987., p. 174 noté E. gaillard

10 novembre 1988 Clunet, 1987., p. 143 noté E. gaillard

= 31 novembre 1990 Clunet 1991., p. 173 noté E. gaillard

⁶⁶⁵ Lecto v. the Government of the Republic of Liberia .I.L.M. 1987., p. 647

⁶⁶⁶ Benvenuti et Bonfant c. Gouvernement de la République populaire du Congo du

I.L.M., 1982., p. 740

8 août

⁶⁶⁷ - Agip c. Gouvernement de la République du Congo .Rév.crit. 1982., p. 92

⁶⁶⁸ - République du Cameroun .Clunet. 1987., p. 163

c/ Klockne

⁶⁶⁹ - République de Guinée .Clunet. 1997., p. 166

c/ ine

⁶⁷⁰ - de Ghana, Clunet c. Gouvernement de la République Vacuum Salt Products Limited

1995., p. 162

وبالتالي فإن تطبيق القانون الدولي العام على منازعات العقود التي نظرت أمام المركز لم يكن له صفة غالبية، ولم يقع تحت أيدينا من أحكام المركز سوى حكم Agip، وحكم هضبة الأهرام هما اللذان طبق فيهما مبادئ القانون الدولي.

4- أحكام محاكم التحكيم الخاصة

محاكم التحكيم الخاصة الدولية، يتم تشكيلها بناء على اتفاق بين طرفي عقد الدولة، منصوص عليه في هذا العقد، وقد كانت أحكام تلك المحاكم هي السند الأول لأنصار التدويل، إلا أن تلك الأحكام التي يستندون إليها والتي صدر معظمها فيما قبل السبعينيات، وكان الغرض منها مواجهة حركة التأميم لم تتبنى الاتجاه نحو التدويل، لقد استبعدت القانون الوطني إلا أن هذا الاستبعاد لم يكن لصالح القانون الدولي، وإنما كان لصالح عدة مبادئ، تعد مبادئ عامة، معظمها مستمد من قوانين وطنية، والأحكام التي دلت النزاع المعروض عليها كانت أحكاماً نادرة.

وعلى سبيل المثال ففي تحكيم Aramco، قسمت محكمة التحكيم القانون الواجب التطبيق إلى أقسام، قسم طبق عليه القانون الدولي، وهي مسائل تختص به مثل عمليات النقل في أعالي البحار، وسيادة الدولة على مياهها الإقليمية، وقسم طبق عليه القانون الوطني السعودي وهي المسائل المتصلة بالقانون الخاص السعودي، ويتم تكملته بالمبادئ العامة لقانون، وهذا يعني أن القانون الدولي لم يكن هو وحده المطبق بصفة مطلقة على النزاع⁶⁷¹.

وفي تحكيم Sapphire⁶⁷² فسر Cavin شرط الثبات ونص المادة 37 بشأن تفسير القوة القاهرة طبقاً لمبادئ القانون الدولي اللذان وردا في العقد على أن إرادة الأطراف قد استبعدت القانون الإيراني، ولا شك أنه افترض إرادة للأطراف غير صحيحة، وتلك الشروط لم تكن أبداً تهدف لتدويل العقد أو انتزاعه من القانون الوطني، بل على العكس تؤكد أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة المتعاقدة⁶⁷³.

وفي تحكيم British Petroleum ضد ليبيا، فقد رأى Largergren أن الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي، تعطي السلطة في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويرى أنه في حالة التعارض بين مبادئ القانون الليبي ومبادئ القانون الدولي تطبق المبادئ

⁶⁷¹ - Aramco ,23 août,1958.Rév. crit. 1963,p.316

J.F.LALIVE : Un récent arbitrage.....Op.Cit.,p.273

⁶⁷² - انظر

⁶⁷³ - انظر رسالة BERLIN سابق الإشارة إليها. ص 234 حيث يقول:

« On est donc en droit de refuser, contrairement au juge CAVIN, de voir de telles clauses une volonté des parties d'internationaliser leur relation contractuelle , Bien D'incorporation ou de stabilisation.»

العامّة للقانون، والمبادئ التي جرت المحاكم الدولية على تطبيقها، وانتهى إلى أنه "في حالة عدم اتفاق القانون الوطني، مع أحكام القانون الدولي، يجب تطبيق المبادئ العامّة للقانون"⁶⁷⁴.

وفي تحكيم Liamco اعترف المحكم بأن القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة أصلية هو القانون الليبي، إلا أن هذا التطبيق سيخل بمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة⁶⁷⁵.

ويلحظ أن تحكيم Liamco، وتحكيم B.P. ضد ليبيا، كلاهما ساوى بين الأطراف المتعاقدة، وبحث عن قاعدة الإسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق على النزاع، أي أن القانون الدولي، لم يكن في بؤرة الاهتمام بصفة مطلقة للتطبيق على النزاع، ولكن لجأ المحكمان إلى المبادئ التي لها صفة العمومية.

وفي تحكيم Aminoil⁶⁷⁶، طبقت المحكمة القانون الكويتي على العقد على النزاع مع الأخذ في الاعتبار صفة الأطراف المتعاقدة، وطبيعة العلاقة التعاقدية، ومبادئ القانون، واعتبرت المحكمة أن القوانين أصبحت متطورة بدرجة تشمل بالضرورة أحكام القانون الدولي، أي أن المحكمة طبقت القانون الوطني الذي يشتمل في أحكامه على القانون الدولي ولا يتعارض معه، وقد سبق ووجدنا هذا التطبيق في قضية Trail Smelter سنة 1941⁶⁷⁷.

وفي قضية الدعاوى النرويجية Norwegian⁶⁷⁸، أي أن المحكمة اعتبرت القانون الدولي جزءاً من القانون الداخلي وبالتالي لم يأخذ تحكيم Aminoil أيضاً بتدويل النزاع.

⁶⁷⁴ - RAMBAUD : Arbitrage concession et nationalisation quelques observations, sur la Sentence B.P.A.F.D.I. 1981.,p.327.

⁶⁷⁵ - LIAMCO : Rév.Arb, 1980.,p. 132.

BRIGITTE STERN : Trois arbitrage.....Op.Cit.,p. 117.

⁶⁷⁶ - F.A.MANN : The Aminoil arbitration ... Op.Cit.,p. 216

TARIC FOUAD RIAD: Host countries permanent sovereignty Op.Cit.,p. 39

⁶⁷⁷ - في قضية TRAIL SMELTER في 1941، في شأن النزاع الذي نشب بين كندا والولايات المتحدة، كانت المادة الرابعة من الاتفاقية المبرمة بينهما سنة 1935، تقضي بإحالة ما يثور من نزاع إلى التحكيم، على أن "تفصل محكمة التحكيم في المنازعات طبقاً للقانون والسلوك المتبع في الولايات المتحدة الأمريكية، لعلاج الموضوعات المماثلة، وكذا طبقاً للقانون والسلوك الدوليين"، وقد قالت المحكمة: كما يجب على المحكمة ألا تطبق قواعد القانون الوطني، إذا ما خالفته هذه القواعد الأخيرة القصد الصريح للمعاهدات، التي تستمد قوتها منها".

وكان الموضوع الأساسي للنزاع، تحديد المسؤولية عن الأضرار التي يسببها الدخان المتصاعد من مصنع TRAIL SMELTER، المقام على إقليم كندا، من تلوث جوي للولايات المتحدة، ولم تجد المحكمة فرقاً بين القانون الدولي والقانون الوطني، كلاهما كان يتطابق في شأن الأحكام التي تحكم التلوث الجوي، فقالت المحكمة "طبقاً لمبادئ القانون الدولي، فضلاً عن القواعد النافذة في قانون الولايات المتحدة، لا تملك أي دولة الحق في استخدام أو السماح باستخدام إقليمها بطريقة تلحق الضرر بإقليم دولة أخرى، أو أشخاص، أو أملاك، موجودين في هذا الإقليم الأخير". انظر رسالة د/ أحمد عشوش، م.س، ص: 887-886.

⁶⁷⁸ - وفي قضية الدعاوى النرويجية سنة 1922 بين الولايات المتحدة والنرويج، كان الاتفاق بينهما المبرم في 30 يونيو 1921 أن يفصل في النزاع عن طريق التحكيم، على أن "تفصل محكمة التحكيم في الدعاوى طبقاً للقانون والمساواة"، وقد اختلف الأطراف حول تطبيق قانون الولايات المتحدة على النزاع.

وعلى خلاف الأحكام السابقة جاء حكما Texaco، و Elf aquitaine، فكلاهما أخذ بتدويل النزاع صراحة، وطبقا القانون الدولي على النزاع بصفة مباشرة. ففي تحكيم Texaco أخذ Dupuy على عاتقه مهمة إثبات أن العقد الدولي، وأن النزاع من الواجب أن يطبق عليه القانون الدولي من البداية، وقد قام بتبرير ذلك بأخذه بنظرية Weil التي تعتبر أن العقد يستمد صفته الإلزامية من النظام القانوني الأساسي، وهو القانون الدولي، أما القانون المطبق على العقد فهو ما اختاره الأطراف في المادة 28 من العقد، وقد حاول نزع الصلة بين القانون الداخلي والعقد، فنفى الصفة الإجبارية للعقد، وربط العقد مباشرة بالقانون الدولي ويبرر هذا الارتباط بوجود فرع جديد للقانون الدولي يسمى القانون الدولي للعقود، يخضع له العقد، وهذا الخضوع واضح من الوسائل التي تؤيد ذلك، مثل الشرط الخاص بالقانون الواجب التطبيق، الذي أخضع العقد لمبادئ القانون الدولي، المتفق مع مبادئ القانون الليبي، وكذلك وجود شرط التحكيم الذي يدل على رغبة الأطراف في الخضوع للقانون الدولي، كذلك طبيعة اتفاقات التنمية اقتصادية فهي من غير الشكوك فيه عقود دولية كما يقول لأنها تتضمن عناصر ارتباط بدول مختلفة، كما شكك Dupuy في القوة الملزمة لقرارات الأمم المتحدة لكي لا يكون لأعمال التأميم غطاء من الشرعية يدعمه القانون الدولي .

وبذلك انتهى Dupuy إلى عدم صلاحية كل الأنظمة القانونية لحكم العقد عدا القانون الدولي، وقد انتقدنا هذا التحكيم مرارا، وقلنا أن حكم Dupuy يعيبه فساد التسبيب، وقد سبق في النتائج والمقدمات وإصرار Dupuy على نفي الصلة بين القانون الوطني والعقود الليبية يدل إلا على عكس مراده⁶⁷⁹.

وفي تحكيم Elf aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول، اعتمد المحكم المنفرد B. gomard على شرط في العقد ينص على أن "محكمة التحكيم أو المحكم المنفرد غير ملزم بإعمال قاعدة قانونية معينة، بل له الحق في أن يستند في حكمه على اعتبارات الإنصاف، ووفقا للمبادئ العامة المعترف بها، وخصوصا مبادئ القانون الدولي"، وقام باستبعاد القانون الإيراني، بحجة أن ذلك الشرط يعد تعبيراً صريحاً من الأطراف، لاتجاه إرادتهم نحو استبعاد القانون الإيراني، وتطبيق القانون الدولي، وبالرغم من أن طرفي العقد لم

679 - انظر تحكيم TEXACO منشور في Rév. Crit 1977 ص 304 وما بعدها

انظر في الانتقادات التي تعرض لها هذا الحكم

محمد علوان . القانون الدولي للعقود، المرجع السابق ، ص 115 وما بعدها.

A.A. FATOUROS : International law and the internationalized..... Op.Cit.,p. 134 etc

F. RIGAUX : Des dieux et des héros..... Op.Cit.,p. 449

B. STERN : Trois arbitrages un même problème Op.Cit.,p. 21

انظر أيضا

RUDOLF DOLZER: New foundations of the law of expropriations of alien property. A.J.I.L. 1981.,p. 553 etc

يكونا سوى شركتين تابعتين لدولتين مختلفتين، ولم يكن لهما الصفة الدولية لكي يخضعا عقدهما للقانون الدولي⁶⁸⁰.

مجمل ما تقدم أنه لا يوجد كثرة من الأحكام تغلب الطابع الدولي لعقود الدولة، بل هي قلة، باقي الأحكام اختلف في التطبيق ما بين قانون الدولة المتعاقدة، والمبادئ العامة للقانون، والقانون الدولي، ولم توصف الأحكام بالصفة الدولية، واعتبرت عقودا دولية، إلا في أحكام ثلاث منتقدة من الفقه الغربي والشرقي على السواء، وهي Agip، وTexaco، و Elf و aquitaine وهذه النتيجة لا تعطي دلالة على وجود اتجاه قضائي بالتدويل، ولكنا محصلة ضعيفة جدا لكي توصف بهذا الوصف، بل أن في قضيتين منهما وهما Agip، وTexaco كان Dupuy مشتركا في الأولى، ومنفردا في الثانية، ولا شك أن فكره كان له أثر في التحكيم. ونخلص مما تقدم أن القانون الدولي الوضعي بأدواته المختلفة لا يكرس تدويل عقود الدولة، وذلك للأسباب التي عرضناها، وسبب آخر بسيط هو أن ذلك القانون لا يتضمن قواعد الأنواع من العقود، فهل لقواعد المعاهدات الدولية بحال للتطبيق على عقود الامتياز، وعقود نقل التكنولوجيا، وإنشاء المصانع، وعقود البيع والشراء المختلفة وما فيها من تفصيلات؟

الفقرة الخامسة: القانون شبه الدولي

يرى جانب من الفقه أن الاتفاقات بين الدول والأشخاص الأجانب لا يناسبها في التطبيق القانون الداخلي للدولة الطرف، ولا القانون الدولي العام، وبالتالي يجب تطبيق طائفة ثالثة من النظم القانونية تتناسب مع تلك النوعية من العقود، وقد أطلق عليها القانون شبه الدولي، quasi international law أو قانون عبر الدولي tranonational law⁶⁸¹.

وقد روج لهذا النظام القانوني كل من Jessup و Schwarzenberger، و Verdross و Fatouros بصفة مباشرة، وغيرهم من الفقهاء الكثرين بصفة غير مباشرة⁶⁸²، وبالرغم من أن هذا النظام لم يجد صدى في سلوك الدول، أو المنظمات الدولية، أو القضاء، أو محاكم التحكيم، إلا أنه في عام 1975 جاء من تبني هذا النظام مرة أخرى⁶⁸³،

⁶⁸⁰ Rév.Arb Elf A quitaine , Iran c/ National Oil Company du 14 janvier 1982, 1984, p.397.

FOUCHARD : L'arbitrage Elf Aquitaine Iran c/ National Iranian Oil Compa..... Op.Cit.,p. 333ets

⁶⁸¹ - أول من أطلق هذه التسمية هو الأستاذ SCHWARZENBERGER في مؤلفه LAW , INTERNATIONAL TRANSNETIONAL LAW, vol.1, 3rd. 1957.,pp 147 and 578 ثم تبعه R.C.JESSUP في مؤلفه 1956ثم تناوله ALFRED VERDROSS في مقالته

Quasi - international - agreements in the year book of world affairs, 1964.,p. 230

⁶⁸² - راجع كتابات الفقهاء الواردة في هامش مقالة VERDROSS في Y.B.W.A عام 1964 ص 232-233. كذلك المراجع المشار إليها في رسالة د/ أحمد عبد الحميد عشوش، م.س، ص: 713. كذلك ترجمة د/ إبراهيم شحاتة لمؤلف JESSUP بالعربية القانون عبر الدولي . القاهرة. سنة 1965.

⁶⁸³ - IGNAZ SEIDL-HUSEYIN PAZARCI : La responsabilité internationale..... Op.Cit.,p. 391 HOHENVELDERN : The thory of quasi- International Op.Cit.,p567 ets

وسوف نتناول القانون شبه الدولي من حيث ماهيته (أولاً)، ومضمونه (ثانياً)، وتقديرنا لهذا النظام القانوني (ثالثاً).

أولاً:- ماهية القانون شبه الدولي:

ابتكر الفقهاء هذا النظام القانوني ليحكم الاتفاقات بين الدول والأشخاص الأجنبية، عندما رأوا أن القانون الدولي العام التقليدي، يتضمن أحكاماً لهذا النوع من الاتفاقات، وضربوا أمثلة لما يحكمه هذا النظام القانوني، بالعقود الإدارية المبرمة بين المنظمات الدولية والعامين بها، وكذلك يحكم أنواعاً معينة من العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية، مثل قروض الدول، والمنظمات المالية الدولية.

ويوضح أحدهم، أن الاعتبار التي عارضت تطبيق كل من القانون الدولي العام، والقانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقود الدولة، هي نفسها التي تدعو لتطبيق أحكام هذا القانون، لأن العلاقة في عقود الدولة علاقة من نوع خاص، لا ترجع إلى المساواة أو عدم المساواة بينهم، بقدر ما ترجع إلى اختلاف طبيعتهم، وأهدافهم، والمصالح التي يحرص عليها كل منهم⁶⁸⁴.

ويعرف أحد الفقهاء القانون شبه الدولي بأنه " القانون الذي يحكم العلاقات على أساساً متساو نسبياً، بشكل مشابه في جوهره للخاضعين للقانون الدولي، إلا أنه خارج مجال هذا القانون، لأن أحد الأطراف غير خاضع للقانون الدولي"⁶⁸⁵.

و يستلهم أحد الفقهاء من تلك الأفكار السالفة فكرته عن القانون شبه الدولي الذي يعرفه بأنه " القانون الذي يحكم العلاقات القانونية الناشئة بين الأطراف ويكون أحدهم فقط خاضع للقانون الدولي وتوجد علاقة مساوية بينهم"⁶⁸⁶.

ويذهب هذا الرأي إلى القول بأن القانون شبه الدولي وجه أساسه في بعض التحكيمات الحديثة، فقد شعر المحكمون بالحاجة إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون، أو قواعد العدالة والإنصاف، وهي قواعد مشتركة بين جميع النظم القانونية، بل إن المحكم في تحكيم Sapphire ذهب صراحة إلى الاعتراف بالطابع شبه الدولي للعقد محل المنازعة. ولذلك فإن القانون شبه الدولي الذي يقترحه له عدة مزايا بين عملية وعلمية، وأول تلك المزايا، أن هذا

⁶⁸⁴ - FATOUROS : Government guarantees to foreign investors. Columbia university Press, New York, 1962.,p.286

⁶⁸⁵ - G.SCHWARZENBERGER: A Manuel of international law, Londres, Stevens, 5 éd, 1967.,p.3

“ The law governing relations on a footing of relative equality and , therefore, akin in Substance to those under international law, but outside the realm of international law Because one at least of parties is not subject of international law “ =

مشار إليه في هامش ص 389 من مقالة PAZARCI سابق الإشارة إليها.

⁶⁸⁶ - " Le droit quasi- international peut être défini comme un droit qui régit les rapports juridiques nés entre des parties dont l'une seulement est sujet du droit international et dès lors qu'il existe une relative égalité entre celles – ci .”

القانون سوف يحكم العقود غير المتمركزة في أنظمة قانونية وطنية، وبالتالي سوف يتم استبعاد أي قاعدة قانونية غير ملائمة، سواء من قواعد القانون الدولي، أو القانون الداخلي، أما الميزة الثانية فإن العلاقات لهذا النظام القانوني تخرج من مجال سلطات الدولة، فلا تملك الدولة الطرف تعديلها أو المساس بها، والميزة الثالثة هي أن كل مخالفة للقانون شبه الدولي، تقيم المسؤولية بين الأطراف في إطار هذا القانون⁶⁸⁷.

ويتميز هذا النظام القانوني المفترض، بأنه نظام واقعي، لأن عقود التجارة الدولية هي عقود متمركزة في العلاقات الاقتصادية الدولية، ومركز ثقلها في الإطار الدولي، كما أنه يتميز أيضا بالنسبة لدول العالم الثالث، بأنه يقدم لهم حلا بالنسبة للعقود غير المتمركزة في إطار قوانينهم الوطنية بدلا من القانون الدولي العام، فالقانون الدولي العام لا يحترم سيادة الدولة لصالح المصالح الخاصة، ولكن القانون شبه الدولي يحترم على نحو مطلق السيادة الوطنية لهذه الدول⁶⁸⁸.

وفي ضوء ما قدم هل يمكن التمييز بين القانون شبه الدولي - *droit quasi international*، والقانون الدولي *droit international*؟ في الحقيقة لم يستقر الفقه على تحديد دقيق للتفرقة بينهما، فيذهب أحد الفقهاء على القول بأن قانون عبر الدول يشكل نظاما قانونيا متميزا تماما عن الأنظمة الأخرى، وكذلك عقود الدولة تتأسس على نظام قانوني مستقل، وهو قانون المتعاقدين *lex contractus*، وهي اتفاقات شبه دولية تملك أسباب صلاحيتها ليس في القانون الداخلي، ولا في القانون الدولي، ولكن في المبدأ العام للقانون، "العقد شريعة المتعاقدين" ويرى أن الاتفاق لا يلزم أن يكون مؤسسا على النظام القانوني لمجتمع معين موجود من قبل، فقد يخلق الاتفاق نفسه⁶⁸⁹.

وذهب رأي إلى تطبيق "المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتمدينة" على عقود التنمية الاقتصادية مبررا، أن هذه المبادئ العامة للقانون، ترادف تماما النظام القانوني المسمى عبر الدول، وميز بين هذه المبادئ والقانون الدولي⁶⁹⁰.

ويعترض آخر على وجود طائفة ثالثة من النظم القانونية تحكم عقود الدولة، وأن التمييز بين القانون الدولي، والقانون شبه الدولي، والقانون الوطني للدولة المتعاقدة يعد تمييزا تعسفيا

انظر مقالة PAZARCI في R.G.D.I.P عام 1975 ص 389

⁶⁸⁷ - انظر مقالة PAZARCI في R.G.D.I.P عام 1975 ص 390.

⁶⁸⁸ - « Enfin, sur le plan de l'opportunité et donc de son effectivité éventuelle le droit quasi international paraîtrait plus acceptable en tant que droit des contrats dénationalisés pour les États du Tiers - Monde et les États socialistes, que le droit international public... »

انظر مقالة PAZARCI سابق الإشارة إليها ص 390-391.

⁶⁸⁹ - انظر VERDROSS(A) : Protection of private property under quasi - international

agreements, Op.Cit., p. 357

⁶⁹⁰ - Mc NAIR : Op.Cit., pp. 6 - 7

للقانون المطبق على عقود التجارة الدولية، وليس تصنيفا لهذه النظم⁶⁹¹، وإن هذه العقود تستند للقانون الدولي العام إن لم يكن للقانون الداخلي⁶⁹².

ثم جاء Pazarci في عام 1975 ليلقي الضوء على التفرقة بين كلا النظامين القانونيين، القانون الدولي والقانون شبه الدولي، فيقول إن القانون شبه الدولي نظام قانوني وسط بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي، فهو يستمد مضمونه من القانون الداخلي ومن المبادئ العامة للقانون والعادات التعاقدية، كما أنه يختلف عن القانون الداخلي والقانون الدولي العام فهو وسط بينهما، وهو يخضع للقانون الدولي العام شأنه شأن القانون الداخلي، ويمثله بقانون الدولة الاتحادية في علاقته بالقانون الدولي فهو أعلى من قانون الدولة⁶⁹³.

ويخضع القانون شبه الدولي للقانون الدولي لعدة أسباب، وأولها أن عقود الدولة غير المتمركزة في النظام القانوني الداخلي أحد طرفيها شخص خاص، وبالتالي يرفض خضوعها للقانون الدولي، ولا يسبغ على هذا الطرف الصفة الدولية، إذن ما كانت هذه العلاقة لترقى ليحكمها القانون الدولي، وبالتالي تكون في مرتبة أقل منه، وثانيا إذا كان القانون شبه الدولي، في نفس مستوى القانون الدولي في التدرج بين القواعد القانونية، فما هي الحاجة لوجود نظام قانوني آخر يحكم هذه النوعية من العقود، ويتمثل في قوته مع المعاهدة، فمن باب أولى يحكم العقد القانون الدولي⁶⁹⁴.

ومن الأسباب الهامة لخضوع العقد شبه الدولي للقانون الدولي هو الرغبة في وجود نظام عام أمر دولي، وهذا لا يمكن تحقيقه إلا من خلال القانون الدولي العام⁶⁹⁵.

ثانياً:- المبادئ العامة للقانون والعادات التعاقدية كمضمون للقانون شبه الدولي:

قد يصعب التوصل إلى قواعد مشتركة بين النظم القانونية المتعددة التي عادة ما يشير عقد التجارة الدولية إلى مراعاة أحكامها، وعند ذلك لا يكون هناك وسيلة لحل ما قد يثور من منازعات إلا باللجوء إلى مصدر أعلى من المصادر القانونية الوطنية⁶⁹⁶، وقد ذهب الكثير من

⁶⁹¹ - MANN : The proper law ... Op.Cit.,pp. 48 – 50

⁶⁹² - MANN : The proper law ... Op.Cit.,p. 41

⁶⁹³ - PAZARCI: Op.Cit.,p. 391

= “ Ceci dit, le droit quasi – international serait un ordre juridique intermédiaire et Mixte par rapport qu droit international public et au droit interne: Mixte en ce sens Qu’ il tirerait son contenu, en partie du droit interne, en partie des principes généraux de Droit, et en partie enfin de la pratique contractuelle même; intermédiaire en ce sens qu’ Ul serait d’une part distinct aussi bien du droit international public que du droit interne, Et d’autre past, comme le droit interne, subordonné u droit international public... ..”

⁶⁹⁴ - انظر مقالة PAZARCI السابقة ص 392

⁶⁹⁵ - : (H) PAZARCI ... Op.Cit.,p. 393

⁶⁹⁶ - انظر نص المادة 46 من الاتفاق المبرم في عام 1954، بين الحكومة الإيرانية، ومجموعة شركات البترول الأمريكية، والإنجليزية، والهولندية، والفرنسية، والذي يساق كمثال تقليدي للمبادئ العامة، والذي ينص على " نظرا لاختلاف جنسيات

الفقهاء إلى أن المصدر الأعلى هو المبادئ العامة للقانون، وينادي الفقهاء بالتوسع في فكرة الإسناد بحيث لا تقف عند تحديد نظام قانوني داخلي لدولة معينة، أو مجموعة دول، بوصفه القانون واجب التطبيق، وإنما تسعى إلى التحليق في سماء المبادئ العامة وربط العقد بها مباشرة.⁶⁹⁷

وقد اتجه رأي هؤلاء الفقهاء⁶⁹⁸ إلى أن عقد الدولة يخضع ليس لنظام قانوني داخلي لدولة ما، أو لأكثر من قانون داخلي لعدة دول، وإنما يخضع لنظام قانوني أسمى يستخلص من الدراسة المقارنة لمختلف النظم القانونية من مبادئ عامة، ويشير أحد الفقهاء أن هذه الفكرة لاقت رواجاً كبيراً في الفقه الغربي، وبرزت أهميتها في قضاء تحكيم أبو ظبي، فقد اتجه المحكم إلى أن قانون الدولة المتعاقدة لا يتضمن نظاماً قانونياً متكاملًا يمكن تطبيقه، واتجه إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون.⁶⁹⁹

إذن المصدر الأساسي من مصادر القانون شبه الدولي هو المبادئ العامة للقانون فهي الواجبة التطبيق على العقود شبه الدولية، وتحتل مكان الصدارة في التطبيق، يليها العادات التعاقدية، وما جرى عليه العمل في العقود شبه الدولية، ومن قوانين الاستثمار في البلاد المختلفة، والمصدر يمكن ملاحظته من بنود العقود شبه الدولية، وإن كانت بعض الأحكام يعوزها التجانس إلا أنه يمكن استخلاص مبادئ مشتركة من بينها تفيد القانون شبه الدولي، ومن بين تلك الأحكام المفيدة في استخلاص مبادئ تعد مصدراً للقانون شبه الدولي، حكم *la société riale*

أطراف هذا اتفاق، فإنه يحكم، وينفذ، ويفسر وفقاً للمبادئ القانونية المشتركة بين إيران والدول المخالفة التي ينتمي إليها الأطراف الأخرى لهذا الاتفاق، وفي حالة عدم وجود مثل هذه المبادئ المشتركة تطبق المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة، بما في ذلك تلك التي طبقها المحاكم الدولية " . مشار إليه في مقالة د/ أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون: مجلد 21 السنة 1965، ص: 83.

⁶⁹⁷ - أحمد القشيري، م، س، ص 83 وما بعدها.

⁶⁹⁸ - أحمد القشيري، م، س، ص 84- 85 وقد جاء في حكم أبو ظبي " ... ما هو القانون واجب التطبيق في تفسير هذا العقد؟ لقد تم التعاقد في أبو ظبي ومن المقرر أن يتم تنفيذ العقد كله في هذا البلد، فإذا كان القانون واجب التطبيق قانوناً محلياً، فمن الجلي أن يكون هذا قانون أبو ظبي، غير أنه لا يمكن القول باطمئنان بأن ثمة قانوناً كهذا، فالشيخ يطبق عدالة تقديرية بمساعدة القرآن، ومن الخيال أن تدعي أن هذا الإقليم البدائي توجد مجموعة مستقرة من المبادئ القانونية، تنطبق على تفسير الوثائق التجارية الحديثة، كما أنني لا أجد أساساً لتطبيق القانون الإنجليزي، بل على العكس تستبعد المادة 17 من الاتفاق فكرة عن مكان تطبيق القانون الوطني لأية دولة، وتدعو عبارة هذه المادة، بل تشترط تطبيق المبادئ المستقرة في مفهوم وسلك الدول المتمدينة عامة، كنوع من القانون الطبيعي الحديث " .

I.L.R. 1951.,pp. 144- 161

I.L.R. 1951.,pp. 144- 164

Rév. Crit. 1963.,pp. 272-363

⁶⁹⁹ - انظر الحكم في

كذلك تحكيم السعودية

كذلك تحكيم أرامكو أخذ بوجهة النظر سالفة الذكر

انظر آراء الفقهاء بشأن تطبيق المبادئ العامة للقانون.

Mc NAIR : The general principles of law ... Op.Cit.,p. 3 ets

R.B.SCHLESINGER : Research on the general principal of law recognized by civilized nation.

A.J.I.L. 1957.,p. 734 etc

WENGLER : Les principes généraux du droit en tent que loi du contrat,. Op.Cit.,p. 467 ets

KAHN : Les Les principes généraux du droit devant..... Op.Cit.,p. 309 ets

وحكم Lena gold fields، وحكم Corporation of America ضد جمهورية الصين، كذلك حكم أبوظبي، وحكم Alsing، وحكم Aramco، وحكم Sapphire⁷⁰⁰.

ولما كان القانون شبه الدولي مازال قانونا في مرحلة التكوين، فإن الآراء الفقهية التي يصعب الأخذ بها، كمصدر من مصادر القانون في الأحوال العادية، ويؤخذ بها في هذه الحالة، بالإضافة إلى السوابق القضائية الثابتة والمستقرة وإن كانت قليلة، وبالتالي فالفقهاء مطالبون بأداء دور على جانب كبير من الأهمية، لإثراء القانون شبه الدولي بأرائهم العلمية، مع الاستعانة بقواعد القانون الدولي، وقواعد القانون الداخلي للمواءمة بينها، بما يتمشى مع النظام القانوني الوليد، ولعل في الاتجاه للقانون العام بصفة عامة والقانون الإداري بصفة خاصة، ما يمكن ان يستخلص منه من قواعد من أجل تطوير القانون شبه الدولي⁷⁰¹.

والسؤال الذي يثور في ضوء مضمون القانون شبه الدولي كيف يتم تحديد مسؤولية الدولة التي ترتكب مخالفة لنصوص العقد شبه الدولي؟ يقول هذا الرأي إذا كان العقد يخضع للقانون شبه الدولي، فإن أي تصرف يخالف أحكام العقد، تقوم المسؤولية عليه طبقا لهذا القانون، في حق مرتكب العمل غير المشروع، على نحو مباشر وفوري، والمسؤولية هنا، ليست مسؤولية دولية، ولا مسؤولية تقصيرية وإنما هي مسؤولية تعاقدية ناشئة عن العلاقة التعاقدية، وأساسها تصرف أحد الأطراف المتعاقدة بما يخالف شروط العقد، ولا يتم اللجوء للحماية الدبلوماسية لتحريك المسؤولية شبه الدولية⁷⁰² إلا في حالة رفض الدولة الطرف في العقد تعيين محكم لتشكيل محكمة تحكيم، أو تنفيذ الحكم الصادر من هذه المحكمة، فاللجوء للحماية الدبلوماسية، والقانون الدولي العام، يتم استنادا لفكرة إنكار العدالة⁷⁰³.

ثالثا: تقييم القانون شبه الدولي كنظام قانوني يحكم عقود الدولة

لا نستطيع أحد أن ينكر الجهد المبذول من جانب الفقهاء لعمل موازنة بين الأداءات في عقد

PAZARCI (H) : ... Op.Cit.,p. 393

⁷⁰⁰ - انظر

وانظر الهامش من حاشية رقم 164 حتى 172

⁷⁰¹ - انظر مقالة PAZARCI سابق الإشارة إليها. ص 394 حيث يقول

« Bien qu' on ne puisse attribuer la qualité de source de droit à la doctrine, le fait Que le droit, quasi – international est un droit en formation, joint à l' absene d'une Jurisprudence ferme et établie fait et celle-ci est appelée ici à jouer un rôle de Première importance. Pour y arriver, elle devra recourir aussi bien à certaines règle Du droit international public qu'à celles du droit interne, tout en les adaptant aux Spécificités du droit quasi – international. Comme, dans le droit public en général Et le droit administratif en particulier, les parties en cause sont l' État part, le Particulier de l'autre , elle peut tirer de cette branche di droit un grand prodtit pour Le développement du droit quasi – international.

⁷⁰² - انظر مقالة PAZARCI سابق الإشارة إليها ص 397

⁷⁰³ - انظر مقالة PAZARCI سابق الإشارة إليها ص 398

الدولة بين الدولة والشخص الأجنبي، وإن كان الرأي الأخير يتميز عن الفقه القديم، في أنه أراد فعلا إيجاد حل، لما يعتقد من وجود مشكلة في النظام القانوني لعقود الدولة، على عكس الآخرين الذين لم ييغوا من البحث عن نظام قانوني بديل، سوى الهروب من قانون الدولة المتعاقدة لأي نظام آخر، حتى ولو كان نظاما مختلفا ليتحقق لهم ما أرادوا، إلا أن هذه الآراء لا تعدو أن تكون آراء فقهية ليس لها سند من الواقع، سواء على مستوى القوانين الوطنية، أو القانون الدولي، ولم يكن اتجاه الفقهاء لهذا النظام القانوني، سوى الهروب من مسمى "القانون الدولي"، الذي لا ترضى عنه الدولة الطرف ليحكم العقد، ويتفق كلاهما في أنه يطبق المبادئ العامة للقانون، فما الفرق إذا كانت القواعد الواجبة التطبيق واحدة؟

وفي تقديرنا إنها دعوى مستترة للهروب من المبادئ العامة للقانون، إلا أن هؤلاء الفقهاء قد غاب عنهم شيء هام، وهو أن المبادئ العامة للقانون هي مبادئ مستمدة من القوانين الداخلية للدول، اتفقت معظم الدول على الأخذ بها، وارتضتها في قوانينها الداخلية، وهذه الحقيقة هي ما قصده المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، عندما جعلت المبادئ العامة لقانون من مصادر القانون الدولي، فنسب هؤلاء الفقهاء المبادئ العامة للقانون إلى القانون الدولي، ولم ينسبوا لها الأصل وهي القوانين الوطنية.

ويجب ألا تغيب هذه البديهية عن البال، فالقوانين الداخلية مازالت هي المرجع الأساسي للمبادئ العامة للقانون، وإن كان هناك رأي قد عارض هذا القول، ودعا لمعاملته بحذر نسبي، فما اللجوء للقوانين الوطنية إلا لتوضيح محتويات المبادئ التي مازالت غامضة هكذا يقول MANN⁷⁰⁴، إلا أن قوله هذا أيضا ما هو إلا اعتراف بأن القوانين الوطنية هي أساس تلك المبادئ، فإذا كان من المبادئ العامة في القوانين الداخلية، ما لا يصلح تطبيقه في المجال الدولي، ففي المبادئ العامة في للقانون المنسوبة للقانون الدولي، ما لا يصلح تطبيقه على عقود الدولة.

كما أن استناد PAZARCI⁷⁰⁵ على الأحكام التي أخذت بتطبيق المبادئ العامة للقانون، استدلال يعيبه عدم الدقة، حيث إن تلك الأحكام لم تطبق المبادئ العامة كقواعد مادية للقانون شبه الدولي، ولم تطبقها بصفة مستقلة إلا بعد أن تأكدت من أن تلك المبادئ معترف بها في قانون الدولة الطرف، وعلى سبيل المثال في تحكيم Lena gold fields ضد الحكومة السوفيتية في سنة 1930، والذي يعد سابقة يستشهد بها في تطبيق المبادئ العامة للقانون، قررت محكمة التحكيم أنه " في كافة الأمور الداخلية في الاتحاد السوفيتي، تطبق قوانين روسيا السوفيتية، إلا إذا تم استبعادها بمقتضى العقد، وتبعا لذلك فإنه فيما يتعلق بتنفيذ الطرفين للعقد

⁷⁰⁴ - MANN : Reflections on a commercial law of nations, B.Y.B.I.L., 1957., pp. 33 – 40 ,51

SCHLESINGER : Research on the general principes of law recognized by civilized Nation...
Op.Cit., p. 734

⁷⁰⁵ - انظر مقالة PAZARCI م، س 393

داخل الاتحاد السوفيتي، يكون القانون الروسي هو القانون الصحيح للعقد أي انه القانون الذي يفسر العقد وفقا له ... ولكن ... لأغراض أخرى يجب اعتبار المبادئ العامة للقانون، كما هي واردة في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة في لاهاي القانون الصحيح للعقد".

و قد تأسس الحكم الصادر لصالح الشركة الإنجليزية على مبدأ الإثراء بلا سبب، وقد لاحظت المحكمة أن هذا المبدأ معترف به في كل قوانين القارة بما في ذلك روسيا السوفيتية⁷⁰⁶.

واستطرد المحكم " أن المدفوعات يمكن تقسيمها تدفع إلى حصص تدفع على فترات زمنية وفقا لمبادئ العدالة والمساواة وحسن النية...، ومن المعترف به في القانون الإسلامي المؤسس على مبادئ المساواة أنه لا يدفع مبلغا مقدما على شيء لم يتم الحصول عليه، فالدفع المقدم يكون دفعا لمتاع لم يحصل عليه بعد، وعند عدم وجود اتفاق على خلاف ذلك فإن الدفع والتسليم يجب أن يكونا متلازمين"⁷⁰⁷، وقد استعان المحكم بخبيرين في القانون الإسلامي أفادا في شهادتهما أن القانون الإسلامي يقر الدفع المؤخر، وأن الإتاوة القانونية يمكن تقسيمها إلى حصص تدفع يوما بيوم.

وفي تحكيم Sapphire عام 1963، بعد أن قرر المحكم أن القانون الإيراني لا يطبق على النزاع، استند في حكمه على مبدئين بصفة رئيسيه وهما "العقد شريعة المتعاقدين"، وكذلك المبدأ القائل بأن "إخفاق أحد طرفي العقد في الوفاء بالتزاماته يعد اعتداء على العقد يعفي الطرف الآخر من التزاماته، ويرتب له حق في التعويض النقدي عما لحقه من أضرار"، وقد أكد المحكم أن هذين المبدئين معترف بهما في القانون الإيراني⁷⁰⁸.

ويلاحظ انه في القضايا السابقة وغيرها لا تنطبق المبادئ العامة للقانون مستقلة على القانون الداخلي، كما أنها لا تنطبق على عقود التجارة الدولية بصورة شاملة ومطلقة، ولكنها تنطبق كجزء من القانون الوطني، وبالتالي فالاستناد على المبادئ العامة للقانون كقواعد مادية للقانون شبه الدول استناد غير دقيق.

وأخيرا فإن النظام القانوني الذي يبحث عنه، لتخضع له عقود الدولة أكبر من أن يكونه رأي فهي فالأنظمة القانونية تنشأ من خلال منظومة تاريخية واجتماعية على مدى طويل، وتتطلبها ضرورات اجتماعية ووطنية ودولية، وليس مقبولا أن يقترح نظام قانوني ويطبق بهذه البساطة،

⁷⁰⁶ - Lena Gold Fields Co. Ltd. And Government of the Socialist Soviet Republics 2/9/1930, I C.L. . Q. vol30.,1950.,pp.50-51 C.L

⁷⁰⁷ - انظر م، س. ص 541

⁷⁰⁸ - J.F.LALIVE : Contrats between a state or a state agency.....Op. Cit.,p.1011

"A failure by one party to a synallagmatic ontrat to perform its obligations in Breach of contrat relieves the other party from its obligations and gives rise to a right to pecuniary compensation in the form of damages."

انظر تعليق LALIVE على الحكم في مقالته السابقة . ص1017

ألا أن يكون نسخة مشوشة من نظام قانوني موجود. وإزاء فشل هذا الاتجاه ننتقل إلى محاولة أخرى لإخضاع عقود التجارة الدولية لنظام قانوني آخر وتبيان آثار اتفاق التحكيم البحري في عقود التجارة الدولية في الفصل الثاني من هذا البحث.

الفصل الثاني: آثار اتفاق التحكيم البحري في عقود التجارة الدولية

رغم ما للتحكيم من آثار مهمة للدولة فيما يخص تشجيع الاستثمار الذي يساهم في تحقيق التقدم والتطور الاقتصادي، إلا أنه لا يخفى ما لهذا الأمر من تبعات مضرّة للدولة المضيفة، حيث يؤدي اللجوء للتحكيم إلى سلب الاختصاص القضائي للدولة المضيفة في النظر في المنازعات التي تقع على إقليمها، وما قد يصاحب ذلك من ضرر على بيئة الدولة المضيفة التي أصبحت عاجزة عن اتخاذ الإجراءات الانفرادية لحماية البيئة نتيجة تقيدها بشرط التحكيم في العقد.

وإن المنازعات الأكثر حدوثاً بشأن التحكيم أمام المحاكم الوطنية يتعلق الكثير منها باتفاق التحكيم وليس بحكم التحكيم إذ غالباً ما يحاول أحد أطراف اتفاق التحكيم التخلص من إلزام هذا الاتفاق راغباً في اللجوء إلى المحكمة العادية في حين يتمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم راغباً في توجيه النزاع إلى الحل التحكيمي.

يتمتع اتفاق التحكيم بقوة الالتزام متى توافرت شروطه الموضوعية والشكلية، وهذه القوة تقوم في مواجهة أطرافه ولا تقوم في مواجهة الغير، إلا في أحوال خاصة يقررها القانون خروجاً عن الأصل وهذا ما يعرف بنسبية آثار العقد.

وإذا تحققت شروط التحكيم الموضوعية والشكلية فإنها تضي على الاتفاق قوته الملزمة والتي تتمثل في الامتناع عن الالتجاء إلى القضاء في شأن النزاع المحكم فيه، وهكذا لا يستفيد من التحكيم إلا أطرافه ولا يضار منه غير هؤلاء، وهذا ما يسمى النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم ولا يحق التمسك ببطلان اتفاق التحكيم غير أطرافه ما لم يتصل الأمر بالنظام العام، فيكون لكل خصم في الدعوى حق التمسك بالبطلان ولنفاية العامة كذلك إذا كانت طرفاً منضماً فيها، كما يمكن للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها، وسنحاول في هذا الفصل دراسة ما سلف من خلال مبحثين:

المبحث الأول: الآثار الإيجابية والسلبية لاتفاق التحكيم البحري

المبحث الثاني: تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في دول المقارنة ودولة الإمارات

المبحث الأول: الآثار الإيجابية والسلبية لتنفيذ اتفاق التحكيم البحري واستعباده

هناك آثار تترتب على حكم التحكيم، تتمثل هذه الآثار بتلك المترتبة على أطراف النزاع وأخرى تترتب على هيئة التحكيم، أما الآثار التي تترتب على هيئة التحكيم فتتمثل في أثرين،

أولهما: تسليم حكم التحكيم لكل طرف من أطراف التحكيم حتى يمارسوا حقوقهم القانونية بناء على هذا التسليم، وهو حق لأطراف النزاع وواجب على هيئة التحكيم، وقد تطرقت القوانين محل الدراسة لهذا الأمر سواء صراحة أو ضمناً، وثانيهما: استنفاد ولاية هيئة التحكيم، وعدم جواز عرض النزاع للنظر فيه مرة أخرى باستثناء بعض الحالات التي نصت عليها القوانين محل الدراسة والتي تنحصر في طلب تفسير الحكم إذا كان غامض أو غير واضح، أو التباس فهمه على أحد الأطراف حيث يجب أن يتقدم الخصم بطلب للهيئة التي لا تفسر الحكم من تلقاء نفسها فهي التي أصدرت الحكم وتقدم مضمونه جيداً، وكذلك تصحيح الأخطاء المادية الواردة في حكم التحكيم كالأخطاء الإملائية أو الحسابية ويجب على هيئة التحكيم أن تقوم بالتصحيح من تلقاء نفسها دون انتظار تقديم طلب من أحد الأطراف، وكذلك إضافة ما تم إغفاله من قبل هيئة التحكيم.

وهناك آثار تترتب على أطراف النزاع، تتمثل في أثرين أولهما: حجية حكم التحكيم فحكم التحكيم يحوز على حجية الأمر المقضي به، وثانيهما: تنفيذ حكم التحكيم باختیار أطراف النزاع ورضاهم والا جاز اللجوء للقضاء بهدف تنفيذ الحكم بالقوة الجبرية وقد نظمت القوانين كيفية تنفيذه بالقوة الجبرية⁷⁰⁹.

المطلب الأول الآثار الإيجابية والسلبية لتنفيذ اتفاق التحكيم البحري

اتفاق التحكيم هو كل اتفاق بين إرادتين أو أكثر على تحية القضاء العادي عن نظر النزاع الواقع بين هذه الإرادات باختیار محكم أو أكثر للفصل في هذا من قبل النزاع بحكم ملزم وفق إجراءات وقانون أو قواعد متفق عليها مسبقاً الأطراف، وقد يقع هذا النزاع نتيجة لعلاقة عقدية أو غير عقدية، وهذه العلاقة محل التحكيم يجب أن تكون خارجة عن نطاق القانون العام والقواعد الأمرة والأعمال السيادية التي لا يجوز الالتفاف على مخالفتها، وسوف ندرس إيجابيات وسلبيات اتفاق التحكيم البحري كما يلي:

الفرع الأول: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

رغم ما للتحكيم من آثار مهمة للدولة فيما يخص تشجيع الاستثمار الذي بالنتيجة يساهم في تحقيق التقدم والتطور الاقتصادي، إلا أنه لا يخفى ما لهذا الأمر من تبعات مضرّة للدولة المضيفة، حيث يؤدي اللجوء للتحكيم إلى سلب الاختصاص القضائي للدولة المضيفة في النظر في المنازعات التي تقع على إقليمها، وما قد يصاحب ذلك من ضرر على بيئة الدولة المضيفة التي أصبحت عاجزة عن اتخاذ الإجراءات الانفرادية لحماية البيئة نتيجة تقيدها بشرط التحكيم في العقد.

709 - الشرايبي، عبد الحميد: التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء. طبعة بفودك. الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية بدون سنة نشر، ص: 72.

يتمثل الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم البحري في التزام الأطراف باتفاق التحكيم المبرم بينهم ونهائيته، وعدم الرجوع فيه بإرادة أحدهم المنفردة، وعقد الاختصاص بالمنازعات المتفق على حلها تحكيماً على القضاء التحكيمي، بداية من المساهمة والاشتراك في تعيين المحكمين ونهاية بالتنفيذ الاختياري لحكم التحكيم الصادر في النزاع، مروراً بتسهيل مهمة المحكمين للفصل في ذلك النزاع وهذا الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم سنتعرض له في الفصول القادمة تباعاً، من عقد الاختصاص للمحكمين لعقد خصومة تحكيمية لإصدار حكم يجب تنفيذه⁷¹⁰.

إن اتفاق التحكيم في عقود الدولة يترتب نتائج هامة، لعل من أهمها بالنسبة للدولة المضيفة نزاع ولاية القضاء العادي عن النظر في النزاع المشتمل على شرط التحكيم، بشرط إبراز أحد الأطراف الدفع بعدم الاختصاص قبل الدخول في أساس الدعوى "دفع شكلي"⁷¹¹.

ذهب جانب من الفقه إلى معارضة الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها الدولة، بحجة مخالفته لسيادة الدولة، كما أن قيام هيئة التحكيم الدولية بالنظر في المنازعات بين الطرف الأجنبي المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار سيستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم الأعمال في هذه الدولة وفي ذلك اعتداء جسيم على سيادتها الوطنية، إذ لا يحق لأية جهة دولية إصدار قرارات في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية للدولة⁷¹².

بينما ذهب الاتجاه الراجح في الفقه⁷¹³ إلى أن الدولة لا يمكنها الدفع بحصانتها القضائية إذا ما قبلت بشرط التحكيم، حيث أن اتفاق الدولة على التحكيم مع الشخص الأجنبي الخاص يعني تنازلها عن سيادتها بالنسبة للموضوع الذي جرى الاتفاق بشأنه على التحكيم، فقضاء التحكيم قضاء خاص لا ينتمي إلى سلطة أي دولة، ومن ثم فهو لا يمثل اعتداء على سيادة الدولة الطرف في النزاع، والدولة حينما قبلت بشرط التحكيم كان برضاها التام دون إرغام من أي طرف، أضف لذلك تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم بعد موافقتها عليه يعد أمر يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الدولة لالتزاماتها.

وهذا الموقف أكدته المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية وبعض أحكام التحكيم، فنجد ذلك في الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحصانة الدول الأجنبية E-I-C عام 1972 التي نصت في

710 - عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس، دار النهضة العربية القاهرة، ص 223.

711 - لافي محمد درادكه، 2011- أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي: دراسة في الاتفاقيات والقواعد الدولية والعربية والتشريعات الداخلية وتطبيقاتها العملية. منشور في مؤتمر كلية القانون التاسع عشر "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 1347-1348، ص 1351.

712 - محمد جلال وفاء، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص 9.

713 - الأنباري وعود كاتب رشيد هاشم ابناس، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة. مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول، العراق، 2015، ص 275، ص 278، ص 278.

المادة 1/12 منها على أنه "إذا وافقت دولة متعاقدة كتابةً على إخضاع منازعة ما نشأت أو يمكن أن تنشأ عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم، فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تتمسك بالحصانة القضائية أمام قضاء دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على إقليمها أو بموجب قانونها الوطني أو إذا نُظِرَت أمام محاكمها مسألة تتعلق: أ- صحة أو تفسير اتفاق تحكيم، ب- بالإجراءات التحكيمية، ج- إبطال الحكم الصادر في هذا التحكيم، مالم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك"⁷¹⁴. واتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى 1965 التي أكدت بوضوح في الفقرة الأولى من المادة 25 على أنه "متى أبدى طرفا النزاع موافقتهم المشتركة على اللجوء للتحكيم فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده دون موافقة الطرف الآخر". مما يدل على عدم جواز تمسك الدولة بأي دفع للتحلل عن شرط التحكيم ومنها الدفع بالحصانة القضائية.

ومن القوانين الوطنية للدول نجد ما نص عليه قانون الحصانة الانكليزي لعام 1978 وذلك في الفقرة الأولى من المادة التاسعة منه على أنه "عندما تتفق دولة ما كتابةً على إخضاع منازعة ما ناشئة أو يمكن أن تنشئ للتحكيم، فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تدفع بحصانتها أمام المحاكم البريطانية المرتبطة بهذا التحكيم."

وعلى ذلك ذهبت بعض هيئات التحكيم، ففي قضية *liamco* ضد الحكومة الليبية، ذهب المحكم إلى رفض التذرع بأن شرط التحكيم يعتبر ضد سيادة الدولة، وخلص إلى القول بأن الدولة يمكنها دائماً أن تتنازل عن حقوقها السيادية بتوقيعها على اتفاق التحكيم وتظل ملتزمة به.

ولقد رفضت هيئة التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية الدفع الذي تقدمت به إحدى الدول الأفريقية في نزاعها مع شركة فرنسية، على أساس أن حصانتها تحول دون خضوعها لقضاء أجنبي، غير أن الهيئة رفضت هذا الدفع لكون الحكومة أبرمت اتفاق التحكيم بإرادتها وكان لها الرفض من البداية.

نخلص مما تقدم أن الدولة لا تستطيع التمسك بسيادتها للتحلل من اتفاق التحكيم الذي أبرمته مع المستثمر الأجنبي، فالدولة عند إبرامها للعقد كان بوسعها عدم الموافقة على التحكيم، إلا أنها أرادت ذلك رغبة منها في تحقيق مصالح اقتصادية بتشجيع الاستثمار. وإن القول بإمكان الدولة التحلل من اتفاق التحكيم بالدفع بالحصانة القضائية قد يؤدي إلى نتائج سلبية فيما يتعلق بالضمانة الإجرائية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، الأمر الذي قد يدفعه لتعديل موقفه بالاستثمار في دولة أجنبية تجنباً للمخاطر المترتبة على ذلك.

⁷¹⁴ - نص الاتفاقية متوفر على الرابط التالي، تاريخ الزيارة 2018/10/12.

الفرع الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم البحري

إن الأثر الأهم الذي يترتب عليه اتفاق التحكيم البحري هو سلب النزاع من سلطة ولاية القضاء وحرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء العادي بشأن النزاع الذي وقع الاتفاق على حله عن طريق التحكيم⁷¹⁵.

وقد وجدت مراكز للتحكيم و مؤسسات متخصصة في التحكيم، في مجال التجارة الدولية، حيث أصبح لها مكانة دولية و نشاط واسع في تسوية مئات القضايا التي تعرض للتحكيم سنويا. وقد ساهمت المنظمات الدولية و المؤسسات المعنية بالتحكيم بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي تتبع في سير عملية التحكيم، كما أصدرت دول عديدة قوانين حديثة تعالج مسائل التحكيم الدولي.

يتمثل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم البحري في استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع أو المنازعات المتفق على حلها تحكيميا، حيث لا ينبغي للمحاكم الوطنية النظر في النزاع محل اتفاق التحكيم احتراماً لهذا الاتفاق ولإرادة أطرافه، ورغبة في إثباته لثماره.

وإذا انعقد اتفاق التحكيم البحري انعقاداً صحيحاً ترتبت عليه آثار قانونية تتمثل في إقصاء قضاء الدولة من النظر في النزاع على أن سلب القضاء العادي حق النظر في النزاع موضوع اتفاق التحكيم يضع على بساط الواقع جملة من المسائل احتدم حولها النقاش بين الفقه وأمام القضاء

أولاً : إقصاء القضاء من النظر في النزاع

يترتب على إبرام اتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للقانون الواجب التطبيق بشأن نزاع معين امتناع الأطراف بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة وعلى هذه الأخيرة الامتناع عن نظر النزاع وتخليها عنه إذا كان قد طرح بالفعل عليها⁷¹⁶، أو بمعنى آخر سلب النزاع من سلطة ولاية القضاء العادي وحرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء بشأن النزاع الذي وقع الاتفاق على حله عن طريق التحكيم أي أن اتفاق التحكيم ينتج عنه أن الأطراف قد تنازلوا عن القضاء العادي وارتضوا التحكيم، ويترتب على هذا التحديد أثران الأول هو أنه بمجرد وجود اتفاق التحكيم يعتبر مانعاً أو حاجباً من رفع الأمر أمام القضاء والثاني وهو أثر غير مباشر أنه إذا رفع النزاع أمام قضاء الدولة تعين عليها التخلي عنه احتراماً لوجود اتفاق التحكيم وقد نص المشرع المغربي على الاختصاص السلبي في المادة 327 وقد أتت هذه المادة في سياق التشجيع لآلية التحكيم وجعلها آلية إلزامية حيث يختاروها الأطراف بحيث لا يمكنهم العدول عن هذا الاختيار واللجوء إلى محاكم الدولة.

⁷¹⁵ - محمد احمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008، ص 123.

⁷¹⁶ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، م.س، ص: 23.

وهناك من الباحثين من ينتقد هذا الفصل باعتباره أن المشرع جعل تصريح المحكمة بعدم القبول مشروط بدفع المدعى عليه بوجود نفس النزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية ويذهب إلى أنه صحيح أن أغلب التشريعات تشترط هذا الشرط كان على المشرع المغربي أن يكون أكثر جرأة منها مستغلا فرصة وضع هذا القانون ويستجيب لنداءات الفقهاء وممارسي التحكيم وينص صراحة على وجوب النطق بعدم القبول تلقائيا من قبل المحكمة عند ملاحظة وجود عقد أو شرط التحكيم كما فعل المشرع اليمني في المادة 19 من قانون التحكيم اليمني لسنة 1992، و في المادة 173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980⁷¹⁷.

ثانيا : الطبيعة القانونية للدفع بمنع القضاء من النظر في النزاع المتفق بشأنه التحكيم

يقصد بالدفع تمسك الخصم بوجه من أوجه الدفاع الذي يؤدي على تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه كلها أو بعضها بصفة نهائية ونميز في الدفوع بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول.

والتساؤل الذي يطرح في هذا السياق ما محل التحكيم البحري من هاته الدفوع؟ بمعنى أدق ما هي الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم والمبرم بين الخصمين؟

ولمحاولة استيعاب الموضوع سنتطرق لهذه الدفوع وطبيعتها وموقف التشريعات منها.

1. الدفع بعد الاختصاص:

هناك العديد من التشريعات تعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وبالتالي فهو دفع شكلي لا يتعلق بالنظام العام ويجب إبداءه عند بدء الخصومة وقبل الخوض في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه ومن هذه التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ نجد المشرع الفرنسي حيث نص في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية أنه " إذا رفع أمام محكمة قضائية نزاعا موضوعا أمام محكمة تحكيمية بموجب اتفاقية تحكيمية فعليها إعلان عدم اختصاصها إذا لم يسبق للمحكمة التحكيمية أن تعهدت النزاع فعلى المحكمة القضائية أيضا إعلان عدم اختصاصها ما لم يكن عقد التحكيم واضح البطلان وفي هاتين الحالتين لا يمكن للمحكمة القضائية أن تعلن عدم اختصاصها من تلقاء نفسها " إلا أن هذه النقطة المتعلقة بالنظام العام فيها خلافا بين محكمة النقض الفرنسية والمحاكم الدنيا، إذ اعتبرت محكمة النقض الفرنسية إن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام والذي يتعين على المحكمة إثارته من تلقاء نفسها ويجوز التثبت به في أية مرحلة تكون عليها الدعوى أما المحاكم الدنيا فلا تعتبره من النظام العام. إضافة على بعض أحكام محكمة النقض المصرية التي ذهبت في نفس الاتجاه على اعتبار الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام.

⁷¹⁷ انظر: المادة 19 من قانون التحكيم اليمني لسنة 1992، وفي المادة 173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980.

ومن الفقهاء كذلك من ذهب على اعتبار الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وذلك في نظرية اعتبرت الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص⁷¹⁸.

ذلك ان المشرع بإقراره لاتفاق التحكيم الذي اتفق فيه طرفيه بعدم طرح نزاعاتهم على القضاء يجعل من هذا النزاع خارجا عن اختصاص القضاء بمقتضى ذلك الاتفاق. وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.

وهكذا نفهم من أصحاب هذا الاتجاه أن اتفاق التحكيم يترتب على إبرامه سلب ولاية المحكمة في نظرها للنزاع وجعل ذلك من اختصاص الهيئة التحكيمية المتفق عليها.

إلا أن هذه النظرية تعرضت لمجموعة من الانتقادات من بينها:

-إن اختصاص المحكمة في بثها في قضايا معينة يكون مستمدا من نصوص قانونية وبالتالي فالقول أن اتفاق التحكيم بعد إبرامه يجعل المحكمة غير مختصة هو قول يتنافى مع هذا الاعتبار.

-يجب على الطرف الذي يقدم الدفع بعدم الاختصاص أن يبين في دفعه المحكمة المختصة تحت طائلة عدم قبول طلبه وذلك وفق ما نصت عليه الفقرة 8 من الفصل 16 من ق.م.م مما يفيد أن عدم الاختصاص لا يكون إلا بين المحاكم فيما بينها⁷¹⁹.

-المحكم أو مجموعة محكمين ليسوا بمحكمة بالمفهوم التقني للكلمة بدليل أن المشرع يستعمل هيئة تحكيمية وليس محكمة.

2. الدفع بعدم القبول:

يعد هذا الدفع من الدفوع التي أخذ بها المشرع المغربي إذ حسم في موقفه واستقر على أن الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول كما جاء في الفصل 327 القانون 08/05 إلا انه دفع يجب إثارته من طرف الخصم المدعى عليه وهذا الدفع يجب ان يقدم قبل الدخول في جوهر النزاع مما يعني انه دفع شكلي غير متعلق بالنظام العام. هذا ومن المعلوم أن المشرع المغربي نظم الدفع بعدم القبول في الفصل 49 ق م م ومن خلاله يتعين بكل جلاء أن المشرع المغربي يسير في الاتجاه الذي يعتبر الدفع بعدم القبول هي دفوع شكلية مادام الفصل يؤكد على وجوب إثارتها قبل أي دفاع في الجوهر وبالرجوع إلى الفصل 327 من قانون 05/08 نجد ان المحكمة يجب عليها التصريح بعدم القبول ليس فقط عندما يعرض عليها نزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية بل أنها تصرح بعدم القبول ليس فقط عندما لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية

⁷¹⁸ - حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة

2004. ص 12.

⁷¹⁹ - احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004.

فالفصل مقسم على فقرتين الأولى عندما يعرض النزاع على المحكمة والثانية تتحدث عن النزاع الذي لم يعرض على الهيئة التحكيمية بحيث عرض مباشرة على قضاء الدولة.

ويسير في نفس الاتجاه القانون المصري من خلال المادة 13 من قانون 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية على ما يلي " يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا رفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى " إلا أن ما يلاحظ فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول في القانون المصري أن المادة 110 فقرة أولى من قانون المرافعات المصري ينص على إمكانية إبداء الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى مما يعني انه دفع موضوعي وهذا المقتضى يخالف ما قرره المشرع المصري في المادة 13 من قانون 1994 المتعلق بالتحكيم حيث اعتبره دفعا شكليا وجب إثارته قبل إبداء أي طلب أو دفاع في جوهر النزاع ويؤيد هذه النظرية أغلب الفقه السائد في مصر وأتوا بمجموعة من التبريرات إذ في نظرهم أن اتفاق التحكيم ليس تلك الثورة التي مقتضاها يتم سلب الاختصاص من القضاء بل أنه مجرد عائق أو مانع يحول مؤقتا دون سماع الدعوى أو طرح النزاع أمام القضاء والذي يبقى مختصا من حيث الأصل فما هو إلا وسيلة مانعة للطرفين من الالتجاء إلى القضاء بشكل مؤقت طالما أن اتفاق التحكيم مازال موجودا وقائما بين الطرفين فإن زال أصبحت الدعوى مقبولة أمام القضاء طالما انه هو المختص أصلا بها وان ذلك الاتفاق لا يمس بالاختصاص في شيء وغير ذي أثر عليه إلا أن هذه النظرية لم تسلم بدورها من الانتقادات من أهمها أن⁷²⁰:

-الاتفاق على التحكيم لا يسلب أطرافه حق اللجوء على القضاء بل حق استمرار الإجراءات
لحين الفصل في النزاع وتخلف شرط من شروط قبول الدعوى يجعلها غير مقبولة أمام سائر
المحاكم وليس الأمر كذلك عند الاتفاق على التحكيم لأن وجود هذا الاتفاق يجعل المحكمة
وحدها غير مختصة لأنها غير ذات ولاية مادام التحكيم قائما وصحيحا.

-أن شروط قبول الدعوى أمام القضاء جاءت محددة فإما أن تقوم فيقبل الطلب وإما أن
تتخلف فيجاب بعدم القبول الشيء الذي يجعلنا أمام هذه الحقيقة نتصور أن عدم إدراج اتفاق
التحكيم هو بمثابة شرط من شروط قبول الطلب والحال أن الطلب يقبل ولو مع وجود شرط
التحكيم لأن الدفع بهذا الاتفاق مقرر لصالح الخصوم.

-أمام هذه الانتقادات حاول جانب آخر من الفقه إيجاد صياغة أخرى للدفع باتفاق التحكيم
فكانت هي الدفع ببطلان المطالبة القضائية.

⁷²⁰ - احمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة غير مذكورة، سنة 2001، ص: 43.

3. الدفع ببطلان المطالبة القضائية

يرى هذا الاتجاه ان المطالبة القضائية هي إجراء والإجراء عمل قانوني يتألف من عناصر موضوعية كالإدارة والأهلية والمحل والاختصاص وأخرى شكلية تتمثل في الشكل الذي وصفه له القانون ذلك أن الهدف من اتفاق التحكيم هو الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء على نحو لا يكون صالحاً لأن يكون محلاً لهذه المطالبة ومن تم فالمطالبة بالحق بعد الاتفاق على التحكيم تكون باطلة وسبب البطلان هو افتقاد هذا الإجراء أي المطالبة القضائية عنصراً من عناصره الموضوعية وهو عنصر المحل وهذا الدفع يؤدي في حالة إن قبلته المحكمة إلى أنها والخصومة دون الفصل في موضوعها وهي غاية الدفع بالتحكيم إلا أن هذا الرأي لم يسلم بدوره من النقد فلقد لفت البعض النظر على حقيقة أن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يتعين أن يكون له سبب راجع على الصحيفة ذاتها ببياناتها وعناصرها ولا يجوز أن يترتب على أمر خارج عنها كما هو الحال في اتفاق التحكيم دون استبعاد إمكانية تحقق اتفاق على التحكيم بعد رفع الدعوى حيث لا يمكن القول ببطلان هذه الدعوى لسبب لاحق لاشتمالها كافة مقوماتها⁷²¹.

إلى جانب هذه النظريات الثلاث هناك دفع جديد يسمى " الدفع بالتحكيم " يتبناه الأستاذ عبد الكريم سلامة، وهو دفع بموجبه تلتزم المحكمة ألا تقضى بعدم الاختصاص ولا بعدم القبول بل تقوم بعملين : أحدهما سلبي وهو الامتناع عن نظر النزاع والثاني إيجابي وهو إحالة الأطراف أو توجيههم إلى قضاء التحكيم، الأول يظهر الاحترام لاتفاق التحكيم، أما الثاني فيدعم فعالية ذلك الاتفاق بتوجيه الأطراف إلى القوة الملزمة لهذا الأخير وتنفيذ كل منهم لالتزامه بالمساهمة في إجراءات التحكيم.

الفرع الثالث: الاستبعاد في المعاهدات الدولية والقوانين الوطنية

فيما يخص الفقه الدولي فإنه لم تنهج المدارس الفقهية مسلك موحد بشأن سمو المعاهدات على جميع النظم القانونية الداخلية، وكما أوضحنا سابقاً ومن خلال استعراض النظريات الفقهية التي استند فقهاء القانون الدولي في كل نظرية على حجج تدعم آراءهم ونهجهم لإعلاء مبدأ سمو المعاهدات والبحث في العلاقة بين النظامين (الدولي والداخلي)، ورغم التباين في الحجج والاسانيد والانتقادات التي وجهت لتلك النظريتين (النظرية الثنائية ونظرية الوحدة)، إلا أنهم أسهموا في توضيح تلك الصلة القانونية بين النظامين، وذلك وفق التحليل الفقهي والعلمي الدقيق.

وذهب في ذلك اتجاهان اثنان وهما " مذهب سيادة القانون الوطني الذي يتزعمه الفقيه الألماني ياليناك والفقيه الروسي فيشنكي، حيث يرى الفقيهان أنه في حالة التباين والتعارض

⁷²¹ - احمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2001، ص: 23.

بينهما فالأولوية ستكون للدولة المتمتعة بالسيادة، حيث اكدت العلاقات بين الدول سمو الدولة وسلطانها ولا سلطان يعلوها في علاقاتها مع غيرها طالما ان الرضا كان هو جوهر هذه العلاقات، اما الاتجاه الثاني فهو مذهب سيادة القانون الدولي الذي يؤكد ان القانون الدولي اسمى واشمل من القانون الوطني والتشبت بالقانون الداخلي ما هو الا تمسك بمصالح خاصة قومية على حساب مصالح الجماعة الدولية والسلام العالمي، ولا يمكن ان يتحقق التعاون العالمي اذا كان كل طرف يتمسك بمصالحه من منطلق السيادة، هذا ما حدا بالكثير من الفقهاء الى تأكيد ان مذهب السيادة وسمو القانون الوطني لم يعد لهما مجال للتطبيق، لان تأكيد هذه الفكرة سيفضي الى الاستبعاد المتكرر للقانون الدولي وقواعده، ويجعل من الدول دائما في حل من التزاماتها التعاهدية ويصبح انتهاء وانتهاك المعاهدات قاب قوسين أو أدنى⁷²².

”مع ذلك ينبغي الالتفات الى أن جمهور فقه القانون الدولي المعاصر يسلم بالاستناد الى المعيار الامبريقي القائم على ملاحظة الواقع بان العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي ليست بهذا النحو من الانفصال الكامل او الوحدة التامة التي تدعيها كل من النظريتين الثنائية والاحادية⁷²³“.

وقد كانت افكار المدرسة الوضعية بمفهومها الرضائي والتي كان من زعمائها كل من الفقيه الايطالي انزيلوتي والفقيه الالماني تربيبيل تقوم على اعتبار كلا النظامين القانونيين منفصلان ومستقلان احدهما عن الاخر استقلالا تاما.

وقد ذهب الفقهاء في البحث حول اساس القوة الملزمة لقواعد القانون الدولي الى مذهبين المذهب الارادي والمذهب الوضعي، وكان من انصار المذهب الارادي الفقيه جان جاك روسو وتقوم فكرة ذلك المذهب الى ان القانون ما هو الا تعبير عن رغبة الجماعة فهو يستند الى ارادتهم، وقد اتجه الفقهاء في تطبيق هذا المبدأ الى اتجاهين : اتجاه يستند الى الارادة المنفردة للدولة، واتجاه يستند الى الارادة المشتركة او الجماعية.

أما المذهب الوضعي، حيث يميل انصار هذا المذهب الى البحث عن اساس القوة الملزمة لقواعد القانون الدولي خارج نطاق الارادة الجماعية وان هناك عوامل خارج تلك الارادة تكسب القانون الدولي صفته الالزامية وانقسم الفقه بهذا الخصوص الى فريقين : فريق تزعمه الاستاذان ” كلسن ” و ” فردروس ” وهم اصحاب المدرسة النمساوية، وفريق ثاني تزعمه الفقيه جورج سل وكان من انصار المدرسة الفرنسية.

إن مبدأ استبعاد اختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعات محل اتفاق التحكيم يرجع الفضل في إقراره وتبنيه إلى المعاهدات الدولية:

⁷²² - زيوي خير الدين، إدماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي الجزائري طبقا لدستور لسنة 1996، رسالة ماجستير، (كلية الحقوق- جامعة الجزائر)، 2003، ص 34.

⁷²³ - نزار العنكي، القانون الدولي الانساني، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص 13.

فقد قررت اتفاقية نيويورك 1958 في مادتها الثانية في فقرتها الثالثة أن: "على محكمة الدولة المتعاقدة عندما تطرح أمامها دعوى في أمر قام الأطراف في صدده بإبرام اتفاق وفقا للمعنى الوارد بهذه المادة أن تقوم بناء على طلب أحد الأطراف بإحالتهم إلى التحكيم".

هذا النص أورد قاعدة موضوعية موحدة تسمو في المرتبة على التشريعات الداخلية وتلتزم بها محاكم كافة الدولة الأعضاء المنظمة للاتفاقية أيا ما كانت جنسية الأطراف في اتفاق التحكيم، أو المكان المتفق على جعله مقرا للتحكيم. فالثابت أن هذه القاعدة عامة التطبيق بالنسبة لمحاكم كل دولة موقعة، ويترتب على كون هذه القاعدة المذكورة ذات طبيعة دولية أن المشرع الوطني لا يجوز أن يقيد من إطلاقها أو ينال من قوتها الإلزامية، كما أنها تسري بأثر مباشر، مع ما يستتبعه ذلك من أن السلطة التقديرية التي كانت تقررها بعض التشريعات للقاضي الوطني قد زالت تماما في صدد العلاقات الدولية الخاصة بحيث صار من المتعين على المحاكم في مختلف الدول الأعضاء أن ترتب على اتفاق التحكيم أثره المانع وجوبا فور تمسك أحد الأطراف به⁷²⁴.

وأما الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي فقد أوردت الأمر مفصلا في مادتها السادسة مقررة أنه إذا رفع أحد أطراف اتفاق التحكيم الدعوى أمام القضاء العادي ثم دفع المدعى عليه أمامها بعدم الاختصاص استنادا إلى وجود اتفاق تحكيم فإن الدفع يجب أن يقدم قبل البدء في المرافعة حول الموضوع أو عند البدء في المرافعة تبعا لما إذا كان قانون القاضي يعتبر الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع الإجرائية أم من الدفوع الموضوعية، وافترضت الفقرة الثالثة من المادة السادسة أن الخصم لم يدفع أمام هيئة التحكيم بعدم الاختصاص، وإنما لجأ مباشرة إلى محكمة القضاء العادي وطلب منها الحكم بعدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو بانقضائه، وأراد النص اجتناب الاضطراب الذي ينشأ من تشتت النزاع بين جهتين فالزم المحكمة بأن تأمر بوقف الفصل في الطلب الذي قدم إليها حتى يصدر حكم التحكيم، ولها بعد ذلك أن تستأنف نظر الطلب، وإذا قضت برفض الطلب ظل حكم التحكيم قائما، غير أن النص أجاز للمحكمة استثناء ولأسباب حرص على التأكيد على خطورتها ألا تأمر بوقف الفصل في الطلب وتستمر في نظره، فإذا قضت بقبوله فمعنى ذلك سلب اختصاص هيئة التحكيم فيمتنع عليها بعد ذلك مواصلة النظر في النزاع، وإذا كان حكم التحكيم قد صدر اعتبر كان لم يكن، ثم أكدت المادة السادسة في فقرتها الرابعة أن وجود اتفاق التحكيم لا يحول دون التقدم للجهات القضائية المختصة بطلب إجراء وقتي أو تحفظي، كما أن تقديم مثل هذا الطلب لا يجوز تفسيره على أنه نزول ضمنى من الخصم الذي قدمه عن عرض موضوع النزاع علي التحكيم والرجوع به إلى القضاء العادي⁷²⁵.

⁷²⁴ - أ.د. سامية راشد، م،س، ص 435-436.

⁷²⁵ - أ.د. محسن شفيق- التحكيم التجاري الدولي، م،س، ص: 128 - 129.

إن مبدأ استبعاد اختصاص القضاء العادي بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم، وإن كان قد تقرر في قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة (1458) بشأن التحكيم الداخلي حيث فرضت على القضاء الفرنسي التقرير بعدم اختصاصه بنظر هذا النزاع، وإن كان هذا الحكم لم يتكرر في الباب الخامس من قانون المرافعات الفرنسي الجديد بشأن التحكيم الدولي، إلا أنه مبدأ أساسي من مبادئ القانون الفرنسي يجد مصدره في الاتفاقيات الدولية السابقة والتي وقعت عليها فرنسا⁷²⁶، وما تكرر في كل القوانين الفرنسية التي أجازت صحة اتفاق التحكيم⁷²⁷، وما تأكد في القضاء الفرنسي الثابت⁷²⁸.

وأما في إنجلترا فقد صدر قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1975 مدمجا اتفاقية نيويورك لعام 1958 في الفقرة الثالثة من المادة الثانية منها والخاصة بما نحن بصدد في المادة الأولى من قانون التحكيم الإنجليزي المذكور، والتي تقرر أنه عندما يتعلق الأمر باتفاق تحكيم دولي، وعندما يرفع أحد أطرافه أو من يمثله دعوى قضائية ضد الطرف الآخر أو من يمثله حول موضوع مما يدخل في نطاق اتفاق التحكيم فإنه يجور للطرف الآخر في أي وقت أن يتقدم للمحكمة طالبا وقف الإجراءات أمامها، وذلك قبل تقديم الدفاع أو اتخاذ أي إجراءات أخرى، وللمحكمة أن تأمر بوقف الدعوى إلا إذا اقتنعت بأن اتفاق التحكيم باطل ولا أثر له أو غير قابل للتنفيذ، أو أنه لا يوجد نزاع بين الأطراف بخصوص موضوع اتفاق التحكيم، ومنذ ذلك الحين اختلف الوضع الإنجليزي بالنسبة للتحكيم الدولي عنه بالنسبة للتحكيم الداخلي والذي مازال للمحاكم الإنجليزية سلطة تقديرية في وقف الدعوى القضائية وحيث لا سلطة تقديرية لها بشأن اتفاقات التحكيم الدولية⁷²⁹.

وهذا ما أكدته القضاء الانجليزي في أحكام بحرية متتالية نوردتها على النحو الاتي:

فما قرره اللورد "wilberforce" في الحكم الصادر عن مجلس اللوردات البريطاني في دعوى " Nova (jersey)V . Kammgarn "⁷³⁰ في ديسمبر 1976 أنه: "مما لا شك فيه أن اتفاق التحكيم محل الدعوى المنظورة ليس اتفاق تحكيم محلي، ولهذا فإنه منذ الوهلة الأولى كان يجب على المحكمة تطبيق المادة الأولى/1 من قانون التحكيم 1975، وكان وقف الدعوى القضائية أمرا إجباريا وملزما.

وفي دعوى " Roussel –U claf Searle "⁷³¹ الصادرة عن مجلس اللوردات البريطاني في أكتوبر 1977 قرر اللورد "Graham" أنه: "من الثابت أن اتفاق التحكيم محل

⁷²⁶ - R.Bourdin , la convention d'arbitrage international en droit français depuis le décret du 12 mai 1981 in Y, Derains, droit et pratique de l'arbitrage international en France , 1984, p 29.

⁷²⁷ - M.De foisseson, le droit français de l'arbitrage 1990, p 517.

⁷²⁸ - paris, 4 mai , 1988, rev Arb 1988, p.657 note Fouchard.

⁷²⁹ - Mastill& Boyd, Ante, P.9.

⁷³⁰ - H.L Nova (Jersey) Knit Ltd, V. Kammgan spinnerei G.M.B.H , Lloyd's Rep , 1977, vol 1, p 463.

⁷³¹ -HL, Roussel – Uclaf V .G.D Searle & co. td, Llyod's Rep, 1978, vol. 1.225.

الدعوى المنظورة ليس اتفاق تحكيم داخلي حسبما ورد في المادة الرابعة/1 من قانون التحكيم 1975، وبالتالي يطبق عليه حكم المادة الأولى/1 من قانون التحكيم 1975، وحول هذه المسألة من المفيد ملاحظة أن أحد آثار قانون التحكيم 1975 هو تمكين الطرف الذي حصل على حكم تحكيمي من تنفيذه... وقد نص القانون المذكور في مقدمته أن موضوعه العام هو إعطاء الفاعلية لاتفاقية نيويورك 1958، ومن الواضح أنه قصد أنه عندما يختار الأطراف التحكيم كطريق لحل منازعاتها فإن هذه المنازعات يجب أن تحل كذلك، إن الفقرة الأولى من المادة الأولى تنص على " الأمر يوقف الإجراءات" وهذا الوقف إجباريا وليس اختياريا، وبالإحالة إلى التقرير الخامس للجنة القانون الدولي الخاص بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، والمؤرخ في أكتوبر 1976 ورد في الفقرة السابعة في الصفحة الرابعة ما يلي: إن رجال الأعمال الإنجليز لجأوا كثيرا إلى التحكيم لتجنب التأخير والتكلفة العالية، والشك والتردد الذي شعروا أنهم سيتعرضون له عن اللجوء للقضاء الأجنبي، وقد نجحوا في إبرام عقود تجارية دولية تنص على التحكيم في إنجلترا، وقد تم التوسع في إنشاء مراكز التحكيم التجاري الدولي في لندن، وفي مراكز التجارة العالمية، وحتى تقوم هذه المراكز بدورها بسهولة فإنها تحتاج لاعتراف قانوني، وهذا يتحقق بواسطة الاتفاقات الدولية.

إن التحكيم في التجارة الدولية سيعاق لو كانت المحاكم الوطنية حرة في رفض الاعتراف باتفاقات التحكيم والأحكام الصادرة بموجبها، وعقدت الاختصاص لنفسها بالموضوعات محل الاتفاقات التحكيمية".

وفي دعوى "the Rena K"⁷³² الصادرة عن المحكمة البحرية عام 1978. جاء فيما ذكره القاضي "Brandon" في تقريره: " أن قانون التحكيم 1975 قد صدر تنفيذا لاتفاقية نيويورك 1958 للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، إنه من الضروري للاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية أن تكون الاتفاقات التحكيمية قادرة على إنتاج هذه الأحكام، فحتى تكون الأحكام نافذة ينبغي أولا أن تكون الاتفاقات التحكيمية نافذة".

وفي دعوى "the world star"⁷³³ الصادرة عن المحكمة البحرية في 1986 ذكر القاضي "Sheen" في تقريره: " أنه لما ثبت أن اتفاق التحكيم لم يكن اتفاق تحكيم داخلي بحسب مفهومه الوارد في المادة الرابعة/1 من قانون التحكيم الإنجليزي 1975 فقد وجب على المحكمة أن تأمر بوقف الدعوى بموجب المادة الأولى/1 من هذا القانون ... ثم استطرد... إن المحكمة مطالبة بإصدار أمر بوقف الدعوى ولهذا فليس من حقها أن تفرض شروطا لإصدار هذا الأمر".

⁷³² - A.C.the Rena K, Lloyd's Rep , 1978, Vol. 1. p 545.

⁷³³ - A.C.the world star, Lloyd's Rep 1986 , vol. 2. p 274.

في الولايات المتحدة الأمريكية إذا رفع أحد أطراف اتفاق التحكيم دعوى قضائية بصدد الموضوع المتفق على حله تحكيمياً، فإنه يمكن للمدعى عليه - وكذلك يجوز للمدعى أيضاً- التقدم للمحكمة طالبا وقف الدعوى القضائية لوجود اتفاق تحكيم عملا بالمادتين الثالثة والرابعة من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي 1925 والذي يقرر أنه إذا أقيمت دعوى في أي محكمة من محاكم الولايات المتحدة بخصوص أي قضية محالة للتحكيم بموجب اتفاق مكتوب فإن المحكمة عند اقتناعها بأن هذه القضية محالة للتحكيم بموجب اتفاق مكتوب أن توقف الدعوى عند طلب أحد الأطراف ذلك حتى يتم التحكيم مهمته تبعا للاتفاق التحكيمي⁷³⁴ ولا سلطة تقديرية للمحكمة في هذا الشأن فقط على المحكمة أن تأخذ في اعتبارها ما يتعلق بإبرام وتنفيذ اتفاق التحكيم، فإذا وجدت أن النزاع موضوعا لاتفاق تحكيم فلا سلطة تقديرية لها في رفض الأمر بوقف الدعوى⁷³⁵.

وهذا ما أكدته القضاء الفيدرالي الأمريكي في دعوى "Serguros"⁷³⁶ حيث ألغت محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية والتي رفضت فيه طلب مالك السفينة وقف الإجراءات بموجب المادة الثالثة من قانون التحكيم الفيدرالي 1925 مراعاة للتكلفة الاقتصادية للدعوى، حيث قررت محكمة الاستئناف أن المحكمة الابتدائية لا تملك سلطة تقديرية لرفض وقت الدعوى القضائية نظرا لوجود اتفاق تحكيم.

هذا وقد نص القانون النموذجي 1985 على مبدأ استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم مؤكدا ما جاء في اتفاقية نيويورك 1958 مقررا في مادته الثامنة أنه على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه، ويجوز رغم رفع الدعوى المذكورة البدء أو الاستمرار في إجراءات التحكيم، ويجوز أن يصدر حكم تحكيم والدعوى لا تزال منظورة أمام المحكمة.

وأخيرا فقد قرر قانون التحكيم المصري 1994 في مادته الثالثة عشرة أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأن اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

⁷³⁴ - N.J.Healy , An introduction to the federal arbitration act J.Mar.L&Com , January, 1982, vol , 13 No 2 p 225.

⁷³⁵ - Van den Berg , étude comparative du droit de l'arbitrage commercial dans les pays de common law, thèse Aix, 1977 p, 50.

⁷³⁶ - Seguros Banvenez, S.A.V .S/S oliver Drescher , (2d, cir N.Y 1985) A.M.C ? 1985, p 2168.

وهكذا تجمع المعاهدات الدولية، والقوانين الوطنية والقضاء في الدول محل البحث على إعطاء الفاعلية لاتفاق التحكيم باستبعاد اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم.

الفقرة الأولى: طبيعة الاستبعاد وحدوده

ونتساءل هنا عن الأمر الصادر من المحكمة القضائية عندما ترى استبعاد نظر النزاع محل اتفاق التحكيم، وهل هو أمر يفصل في دفع شكلي أم دفع موضوعي أم دفع بعدم القبول؟ وهل يقف الأمر عند إصدارها الأمر باستبعاد نظر الدعوى أم أن الموضوع يتعدى ذلك الأمر آخر هو الأمر بإحالة الأطراف للتحكيم؟

وللإجابة على هذه التساؤلات نجد أن المعاهدات الدولية لم تحدد المقصود بإحالة المحاكم الوطنية الأطراف للتحكيم، وبالتالي فإن الأمر يحسم بواسطة القوانين الوطنية، والممارسات القضائية في الدول محل البحث:

ففي فرنسا: ينصرف مفهوم إحالة الأطراف للتحكيم إلى حكم المحكمة الوطنية بعدم اختصاصها بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم⁷³⁷.

وفي إنجلترا ينصرف مفهوم الإحالة إلى حكم المحكمة الوطنية بوقف الإجراءات المنظورة أمامها "stay the court proceedings"، وهذا التعبير استخدم في الدعاوي البحرية التي تطرقت لهذه المسألة⁷³⁸، وإن كان الأمر قد تعدى الأمر بوقف الإجراءات إلى الأمر بإحالة الأطراف إلى التحكيم، وتحديد مواعيد معينة لهذا اللجوء للتحكيم، وذلك في حالات معينة كحالات وجود حجر تحفظي على السفينة أو تحصيل كفالة، وذلك كما هو مقرر في قانون القضاء المدني الإنجليزي 1982 كما سنرى بعد قليل.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية وحسبما ورد في المادة (206) من الفصل الثاني من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي، فإن الأمر لا يقف عند الأمر بوقف الإجراءات بل يتعداه إلى الأمر بإحالة الأطراف إلى التحكيم "order to compel arbitration"⁷³⁹، وهذا التوسع المقرر في النموذج الأمريكي يعلق عليه البعض - بحق - مقرر أن سلطة الأمر بإحالة الأطراف إلى

⁷³⁷ - Aix, 19 mar 1984, D. M.F. 1965 P.220

⁷³⁸ - H.L. Nova (Jersey), Lloyd's Rep, 1977, vol 1, p 463 &

A.C the Rena K, Lloyd's Rep 1978, vol 1, p 545 & H.L. the Morviken, Lloyd's Rep 1983, vol 1, P.1 and C.A the Varrenna, Lloyd's Rep, 1983, vol 2, P. 592.

⁷³⁹ - تنص المادة 206 من الفصل الثاني من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي على أ، "الحكمة المختصة وفقا لهذا الفصل ربما تأمر بالإحالة للتحكيم". مما يخلق تساؤلا عن وجوب أو جواز هذا الأمر بناء على كلمة "ربما May" وقد ذهب الفقه الأمريكي إلى أنه رغم ظاهر هذه العبارة إلا أنها تأتي على عكس لغة ومعنى اتفاقية نيويورك 1958، وينبغي تفسيرها على أنه أمر وجوبي بالإحالة للتحكيم.

McMahon, Implementation of the United Nations Convention on Foreign Arbitral Awards in the United States, J. mar. L & com 1971, vol 2, p 756.

التحكيم في دولة أجنبية والواردة في قانون التحكيم الأمريكي هي سلطة فريدة من نوعها لا تملكها المحاكم الأمريكية بالنسبة للتحكيم الداخلي، وهي سلطة تجاوز ما ورد في اتفاقية نيويورك 1958 من انصراف معنى وجوب إحالة الأطراف للتحكيم عن طريق وقف الإجراءات المتخذة أمام المحاكم الوطنية في وجود اتفاق تحكيم، وبالتالي فإن القانون الأمريكي بهذا التوسع يظهر عزم المشرع الأمريكي على الاعتراف الواسع بالتحكيم الدولي كطريقة لحل منازعات التجارة الدولية⁷⁴⁰.

كذلك سنرى ونحن بصدد بحث احتفاظ المحاكم الوطنية الأمريكية بإصدار الأوامر الوقائية أو التحفظية كيف أن المحاكم الأمريكية في حالة وجود حجز تحفظي لا توقف الدعوى، ولا تأمر بالإحالة للتحكيم فقط، ولكنها تحدد مواعيد محددة يجب على الأطراف رفع دعواهم التحكيمية خلالها، وإلا أعادت المحكمة النظر في الحجز التحفظي المأمور به.

وفي تحليل للمصطلحات الأمريكية المستخدمة في القضاء الأمريكي في هذا الصدد ذهبت الأستاذة الدكتورة سامية راشد إلى أنه في الحالات التي لا توجد فيها ذبول للنزاع يمكن أن تعود للمحكمة مثل حجز تحفظي مثلاً، فإذا المحاكم الأمريكية لم تذهب إلى تقرير عدم اختصاصها دولياً، ولم تكتف بوقف الإجراءات القضائية، وإنما تقرر رفض الدعوى المطروحة أمامها "Dismissal of complaint" لانعدام وجود موضوع خاضع لسلطة المحكمة "For Lack of subject matter jurisdiction"، وأما في الأحوال التي تظل هناك إمكانية للعودة إلى جوانب تتصل بالنزاع كما في حالات وجود حجز تحفظي فإن المحاكم الأمريكية تستعمل حينذاك التعبير المألوف، وهو وقف الإجراءات "Stay court proceedings"⁷⁴¹.

وهكذا فإن الأمر الصادر عن المحاكم الوطنية الفرنسية أو الانجليزية أو الأمريكية بعدم الاختصاص أو بوقف الإجراءات أو برفض نظر الدعوى، هو أمر يفصل في دفع إرائي أو شكلي مصدراً أمراً ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها، أو يؤدي إلى تأخير هذا الفصل حتى يقول التحكيم كلمته، وهو دفع يجب إيدأؤه قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيه حيث إنه يجوز التنازل عن التمسك به صراحة أو ضمناً.

وهذه النتيجة هي ما انتهى إليها قانون التحكيم المصري 1994 حين قرر في مادته الثالثة عشرة وجوب تقديم المدعى عليه للدفع قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، وإن كنا لا ندري عن سبب قرار القانون المصري بعد ذلك أنه دفع بعدم القبول؟

وإذا كان الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع شكلي، فإننا نتساءل عن عدم اختصاص القضاء الوطني بالنزاع لوجود اتفاق تحكيم هل هو عدم اختصاص مطلق يجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، أم عدم اختصاص نسبي لا بد أن يتمسك به أحد الخصوم؟

⁷⁴⁰ - MeMahon, ante , p 753.

⁷⁴¹ - أ.د سامية راشد، م.س، ص: 451.

تجمع المعاهدات الدولية والقوانين الوطنية في كل من إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ومصر - وكما ذكرنا في الصفحات الماضية - على أن عدم اختصاص المحاكم العادية بنظر النزاع لوجود اتفاق التحكيم هو عدم اختصاص نسبي لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، بل يجب أن يتمسك به أحد الخصوم وهو المدعى عليه أو المدعى أيضا وفقا للقانون الأمريكي بل وحدد قانون التحكيم الانجليزي لهذا التمسك ميعادا خلال الفترة ما بين الحضور واتخاذ أية خطوة في الإجراءات تتناول الموضوع.

وأما عن القانون الفرنسي فقد نصت المادة (1458) من المرافعات الفرنسي الجديد في فقرتها الثانية على أن: "المحكمة لا يمكنها القضاء بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها" وذلك بصدد التحكيم الداخلي، وذلك بعد أن قررت مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات محل اتفاق التحكيم. هذه المادة والتي لا نظير لها في التشريع الفرنسي للتحكيم الدولي فقضت محكمة النقض الفرنسية أنها: "قابلة للتطبيق على التحكيم الدولي"⁷⁴²، وهي التي تحكم العلاقات بين الاختصاص القضائي الوطني والاختصاص التحكيمي، وقد تأيد هذا القضاء فقهاء حيث إن نصوص ومواد الباب الخامس الخاص بالتحكيم الدولي في تشريع التحكيم الفرنسي، قد اكتفت بالنص على المبادئ التي تسمح بتحديد القواعد المطبقة على التحكيم (الإدارة والخصومة والقرار) وكذلك على المساعدة في تشكيل محكمة التحكيم. هذه النصوص لم تتعرض لاختصاص أو عدم اختصاص القاضي الفرنسي في وجود اتفاق التحكيم، كما أن المادة (1458) قد وردت في عبارات عامة بحيث تقبل التطبيق بصرف النظر عن نوعية اتفاق التحكيم أو نوعية المحكمة التحكيمية⁷⁴³.

إن هذا التطبيق المباشر للمادة (1458) على التحكيم الدولي حتى عندما لا يكون خاضعا للقانون الفرنسي مرفوضا لسببين:

(الأول): أن هذا النص يتعلق باختصاص المحاكم الوطنية الفرنسية، وبالتالي وبخصوص الاتفاقات الدولية، فإنها لا يمكنها تحديد اختصاصها أو عدم اختصاصها الداخلي أو الدولي إلا بتطبيق القانون الفرنسي الذي يحدد ولايتها، ونطاق هذه الولاية.

(الثاني): أن مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني بالنسبة للنزاع موضوع اتفاق التحكيم الداخلي أو الدولي غير قابل للفصل عن طبيعة وهدف النظام فهو يضيف نتيجة لذلك على التحكيم الدولي طابع المبدأ الدولي والذي يجب أن يكون محترما أيا كان القانون الوطني المطبق⁷⁴⁴.

⁷⁴² - Cass, Civ, 28 juin 1989, Rev, Arb, 1989, p. 653.

⁷⁴³ - Ph Fouchard, note sous cass civ, 28 juin, 1989, Ante, P 664.

⁷⁴⁴ - B.Goldman, Arbitrage commercial international, J.C Dr, inter 1989,, Fasc 586-5-1, p 19-20.

وفي حكم لمحكمة استئناف "Aix" متعلق بنقل بحري دولي تقول المحكمة: "إذا كان عدم اختصاص المحاكم الوطنية لوجود شرط التحكيم يجب أن يندرج تحت طائفة عدم الاختصاص النوعي، فإنه لن يكون إلا عدم اختصاص نسبي حيث إنه مقرر لمصلحة الأطراف، ولهذا فإن المحكمة لا يمكنها للتقرير بعدم اختصاصها الاستشهاد بشرط التحكيم للقضاء بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، فهذا من شأن المستأجر وحده"⁷⁴⁵.

وبالتالي فإن عدم اختصاص القضاء الوطني في الدول محل البحث، وكذا في جميع المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي هو عدم اختصاص نسبي ينبغي على صاحب المصلحة التمسك به، وهو كما قلنا المدعى عليه أو من يمثله لدى جميع المعاهدات الدولية والقوانين التحكيمية، وهو أيضا قد يكون المدعى أو من يمثله في القانون الفيدرالي الأمريكي.

هذا ويترتب على الطبيعة النسبية لعدم اختصاص المحاكم العادية ينظر النزاع محل اتفاق التحكيم نتيجتين:

(الأولى): جواز نزول أطراف اتفاق التحكيم عن هذا الاتفاق بقبولهم اختصاص المحاكم الوطنية وعدم التمسك بالاتفاق التحكيمي.

(الثانية): أن استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية من المجال التحكيمي ليس استبعادا نهائيا حيث يبقى لها دور في العملية التحكيمية على النحو التالي:

1- جواز نزول أطراف اتفاق التحكيم عن هذا الاتفاق.

2_ احتفاظ المحاكم الوطنية بالاختصاص فيما يتعلق بالإجراءات الوقتية والحفظية.

الفقرة الثانية: موانع استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم

وهنا نتساءل عن الموانع التي تعوق اتفاق التحكيم عن ترتيب أثره فيما يتعلق باستبعاد ولاية القضاء الوطني بالنزاع موضوع اتفاق التحكيم، والتي لا تجعل المحكمة توقف الدعوى القضائية مبطلة اتفاق التحكيم مستمرة في نظر الدعوى.

أجمعت المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم على وجود بعض الموانع التي تحول دون تطبيق الأثر السلبي لاتفاق التحكيم باستبعاد ولاية المحاكم الوطنية بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم:

فقد قررت اتفاقية نيويورك في مادتها الثانية في فقرتها الثالثة وجوب وقف الدعوى ما لم تتبين المحكمة أن اتفاق التحكيم "باطل Caduque" أو "من غير الممكن إعماله Inopérante" أو "غير قابل التطبيق Non susceptible d'être appliquée".

⁷⁴⁵ - Aix, 19 mars 1964, D.M. F, 1965, p 220.

كما افترضت الاتفاقية الأوربية 1961 في مادتها السادسة في فقرتها الثالثة أن الخصم عندما لم يدفع أمام هيئة التحكيم بعدم الاختصاص، وإنما لجأ إلى محكمة القضاء العادي وطلب منها الحكم بعدم وجود اتفاق على التحكيم، أو بطلان الاتفاق أو انقضائه، فعلى المحكمة أن تأمر بوقف الفصل في الطب المقدم إليها حتى يصدر حكم التحكيم، ولها بعد ذلك أن تستأنف نظر الطلب، وإذا قضت برفض الطلب ظل حكم التحكيم قائماً، غير أن النص أجاز للمحكمة استثناء، ولأسباب حرص على التأكيد على خطورتها ألا تأمر بوقف الفصل في الطلب وتستمر في نظره.

كما قرر القانون النموذجي 1985 في مادته الثانية في فقرتها الأولى وجوب الإحالة للتحكيم ما لم يتضح للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل ولاغ أو عديم الأثر لا يمكن تنفيذه.

هذا ولم تفسر أي من المعاهدات السابقة ماذا تقصد بهذه الموانع، وبالتالي فللقضاء الوطني تفسير هذه الموانع وفقاً للقانون المطبق على التحكيم وفقاً لقواعد التنازع:

ففي إنجلترا : قررت المادة الأولى من قانون التحكيم 1975 ما جاء في اتفاقية نيويورك 1958، وزادت عليه، عندما قررت وجوب وقف الدعوى ما لم تر المحكمة.

أ- أن اتفاق التحكيم باطل، من غير الممكن إعماله أو غير قابل للتطبيق وزادت:

ب- إذا لم يكن هناك نزاع بين الأطراف بخصوص الموضوع المتفق على إحالته للتحكيم.⁷⁴⁶

ومن التطبيقات القضائية الإنجليزية حول هذا النص ما يلي:

ما قرره محكمة الاستئناف في دعوى "Splendid Sun"⁷⁴⁷ من بطلان اتفاق التحكيم لفوات الوقت حيث كان الأطراف قد عينوا محكميهم لحل النزاع، ثم بعد ذلك لم يتخذوا أي إجراء تحكيمي خلال ثمان سنوات تالية، ثم بعد ذلك أراد المدعى عليه استئناف الإجراءات التحكيمية، فرفضت محكمة الاستئناف إصدار أمر بوقف الإجراءات مقرر أن سلوك الأطراف يعلن عن رغبتهم في التخلي عن اتفاق التحكيم.

وفي دعوى "the rena K"⁷⁴⁸ الصادرة عن المحكمة البحرية 1978 تقول المحكمة: "إن عبارة – غير قابل للتطبيق incapable of being performed – الواردة في الفقرة

⁷⁴⁶ - لم يظهر نص هذه الفقرة في اتفاقية نيويورك 1958 وهو مأخوذ من المادة رقم (8) من قانون التحكيم الإنجليزي (1930)، والمعدل لقانون شروط التحكيم 1924 وفي تقريرها الخمسين للجنة القانون الدولي الخاص رأت أهمية هذا النص رغم عدم وروده في الاتفاقية نظراً لأن الإجراءات لن تحتاج للوقف عندما لا يكون هناك نزاع بين الأطراف لأن المدعى عليه لن يكون لديه دفاع حقيقي.

Diceu & Morris , On the conflict pf Law vol, 1, 1987, p 557/

⁷⁴⁷ - C.A, the Splendid Sun, Lloyd's, Rep, 1981, vol , 2, p 29.

⁷⁴⁸ - A.C ;the RenaK, Lloyd's Rep 1987, Vol 1, p 545.

الأولى من المادة الأولى من قانون التحكيم الإنجليزي 1975 يجب تفسيرها بالإحالة لمعرفة ما إذا كان اتفاق التحكيم قابلاً للتطبيق حتى إصدار القرار التحكيمي أم لا. فإذا كان أحد أطراف الاتفاق التحكيمي غير قادر على الوفاء بما يقتضيه تنفيذ القرار التحكيمي إذا صدر ضده، فإن هذا لا يجعل مثل هذا الاتفاق التحكيمي غير قابل للتطبيق حسب معناه الوارد في المادة الأولى من القانون".

وهكذا قضى بأن عدم قدرة المدعى عليه مادياً على تنفيذ حكم التحكيم المنتظر لا يعد شكلاً من أشكال عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق، حيث يجب إعطاء مفهوم ضيق لعبارة " غير قابل للتطبيق" بحيث ينظر إلى اتفاق التحكيم مجرداً من الظروف الخاصة ومصير حكم التحكيم من حيث إمكانية تنفيذه مادياً، وكانت وقائع الدعوى تتلخص في دعوى خاصة بمسؤولية شركة شحن بحري عن الضرر الذي لحق شحنة سكر خلال الرحلة البحرية، وحيث لجأت الشركة المضرورة إلى القضاء البريطاني طالبة سرعة الفصل في الدعوى الموضوعية المتعلقة بالمسؤولية ومقدار التعويض المستحق باعتبار أن عقد الشحن البحري وإن كان قد تضمن اتفاق تحكيم، إلا أن الشركة الشاحنة في حالة مالية من السوء بحيث إنه إذا ما انتظر القضاء البريطاني اللجوء للتحكيم، وصدر حكم تحكيم فإن هناك خطراً حقيقياً ألا تكون هناك أية أموال باقية يمكن التنفيذ عليها، وبالتالي فإن هذا الخطر المالي المحدث يجعل اتفاق التحكيم غير قابل للتطبيق فقضي بما سبق.

وفي دعوى "Bremer Vulkan"⁷⁴⁹ سلم باني السفينة الألمانية عدداً من السفن إلى المجهز الهندي عام 1966، وفي عام 1971 أعلن المجهز الهندي الباني الألماني بالتحكيم، ومرت خمس سنوات دون تحريك للدعوى التحكيمية، وفي عام 1977، وعندما كانت الإجراءات التحكيمية متوقفة بسبب إهمال المدعى، رفع المدعى عليه دعوى أمام المحكمة العادية لأنه أصبح ممنوعاً على المدعى متابعة الإجراءات التحكيمية لغياب هذه المتابعة طوال سنوات عديدة، وأجابته محكمة الاستئناف إلى طلبه لأن الوقت الفائت حرم المدعى من حقه في الدعوى، ثم تأكد هذا الحكم بواسطة مجلس اللوردات على أساس أن إهمال المدعى لمتابعة دعواه التحكيمية بشكل إخلالاً باتفاق التحكيم يرخص للمدعى عليه أن يعتبر هذا الاتفاق لا طائل من ورائه.

كما تقرر نفس القضاء في دعوى "Hannah Blumenthal"⁷⁵⁰ وفي دعوى " the Elizabeth"⁷⁵¹.

هذا ويلاحظ على أحكام القضاء الإنجليزي تعلقها باتفاقات التحكيم غير الممكن إعمالها أو غير القابلة للتطبيق، حيث لم يتعرض القضاء الإنجليزي حسب علمنا لمسألة المانع المتعلق

⁷⁴⁹ - H.L. Breler Vulkan , Lloyd's Rep, 1981 , Vol 1, p 253.

⁷⁵⁰ - HL. the Hannah Blumenthal, Lloyd's Rep, 1983, Vol, 1, p 103.

⁷⁵¹ - H.L. the Elizabeth , Lloyd's Rep, 1962, vol, 1 p 122.

ببطلان اتفاق التحكيم، وقد علل بعض الفقه ذلك لعدم حدوث أسباب هذا البطلان عملاً حيث إن أسباب البطلان غالباً ما تتعلق بالعقد الأصلي وليس باتفاق التحكيم، وحيث يقرر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي عند تأثر اتفاق التحكيم بالعوارض التي تؤثر على العقد الأصلي حيث لا يرتبط مصيره بمصيره، كما أن الشرط الشكلي الوارد في اتفاقية نيويورك 1958 والتي وقعت عليه إنجلترا وأدمجتها في تشريعها محدد بما فيه الكفاية مما يقلل من فرص بطلان اتفاق التحكيم لتخلف الشكل المكتوب المحدد بدقة في الاتفاقية⁷⁵².

وفي تعليق على أحكام القضاء الإنجليزي في هذا الشأن ذهب البعض إلى القول بأن القضاء الإنجليزي يرفض الاعتراف بوجود موانع حسب قانون 1975 في كل الأحوال مضيقاً من نطاق هذه الموانع، فعلى المدعى طالب وقف الدعوى إثبات وجود اتفاق التحكيم، وعلى الطرف الآخر إثبات أن اتفاق التحكيم باطل مثل اتصافه بالغلط أو الإكراه، أو من غير الممكن إعماله مثل عدم رفع الدعوى التحكيمية خلال الميعاد المتفق عليه، أو غير قابل للتطبيق مثل موت المحكم المسمى قبل نشوء النزاع⁷⁵³.

ومن التطبيقات القضائية الأمريكية: ما قضى به من رفض المحكمة الدفع بوقف الإجراءات حيث كانت مشاركة الإيجار تنص على أن: "أي نزاع ناشئ طبقاً للمشاركة يجب إحالته للتحكيم"، وحيث إن الدعوى المنظورة والمتعلقة بالتعويض عن موت ثلاثة من طاقم السفينة لم تنشأ ولم تتعلق بالمشاركة المذكورة، وكذا فإن شرط التحكيم قد ورد بصورة ضيقة لا تسمح بأن يدخل في نطاقه الطلبات الفرعية المقدمة من المستأجر، وبالتالي رفضت المحكمة الدفع بوقف الإجراءات وكذا الدفع بوقف النظر في الطلبات الفرعية⁷⁵⁴.

وكذلك قضى برفض الدفع المقدم من المدعى الشاحن بوقف الإجراءات لوجود شرط يقضي بالتحكيم في نيويورك، حيث ورد شرط التحكيم في المشاركة المبرمة بين مالك السفينة الأصلي، ومستأجرها الذي أجراها من الباطن إلى مستأجر آخر ثارت المنازعة بينه وبين المدعى الشاحن حول تلف شحنة فول صويا بفعل ماء البحر، بموجب المشاركة من الباطن، ولما كان شرط التحكيم الوارد في المشاركة الأصلية محدد بالمنازعات الناشئة بين المؤجر والمستأجر في هذه المشاركة فقط، فلا يحكم المنازعات بين مالك السفينة المؤجرة زمنياً والمستأجر من الباطن حيث لم يكن مسمى المشاركة الأصلية، وسببت المحكمة قضاءها بأن المشاركة من الباطن لم توضح العزم على فرض نصوص المشاركة الأصلية، وكذلك فإن شرط التحكيم الضيق يطبق فقط على منازعات المستأجر الأصلي⁷⁵⁵.

⁷⁵² - Van Den Berf, the New York arbitration convention of 1958, 1981, p 156.

⁷⁵³ - Dobson & Schimithoff, Charlesworth's Business Law, 1991, p 724.

⁷⁵⁴ - Pitria star navigation co, v. Monsanto co, 1983, in M Cohen, Benedict on Admiralty, Vol, 2B, 1993, p 21-22.

⁷⁵⁵ - Continental U.K. Ltd V Anagel confidence compania Naviera(S.D.N.Y-1987) A.M.C 1987, p 2012.

وكذلك قضى برفض دفع المستأجرين من الباطن بوقف الإجراءات لوجود شرط التحكيم في المشاركة، حيث وجدت المحكمة أن الجزء من النزاع القابل للحل بالتحكيم أو موضوع الاتفاق التحكيمي لا يمكن فصله عن المنازعات الخارجة عن نطاق اتفاق التحكيم، فالمطالبات والمطالبات الفرعية، والمطالبات المضادة متشابكة بحيث لن يمكن تسوية النزاع إلا في وضعه الحالي، كذلك سيسبب وقف الإجراءات - لو قضى به - تأخيرا غير مناسب، وعناء ومشقة لكافة الأطراف في النزاع القضائي⁷⁵⁶.

وعلى الجانب الآخر، رفضت محكمة نيويورك الدفع ببطلان اتفاق التحكيم، في قضية تتعلق بعقد استجار سفينة أبرمته شركة مسجلة في جزر البهامز مع مالك سفينة إيطالي بضمان الشركة الأمريكية الأم ورغم أن مدة العقد خمس سنوات، فقد توقفت الشركة المستأجرة عن التنفيذ بعد سنة واحدة، مما دفع المالك الإيطالي لتحريك الإجراءات التحكيمية في نيويورك ضد الشركة المستأجرة والشركة الضامنة، أقامت الشركتان المطلوب التحكيم ضدتهما دعوى أمام محكمة نيويورك بطلب وقف إجراءات التحكيم استنادا إلى وجود بطلان يلحق باتفاق التحكيم ويجعله عديم الأثر. ذلك أن العقد الأصلي قد تضمن نصا يجعل من الجائز الشحن والتفريغ في كافة مواني البحر المتوسط باستثناء الموانئ الإسرائيلية، ومثل هذا الشرط المخالف للنظام العام الأمريكي يجل العقد الأصلي باطلا على أساس عدم المشروعية، كما أن هذا البطلان يمتد ليلحق اتفاق التحكيم على نحو يجعله باطلا في مفهوم اتفاقية نيويورك في مادتها الثانية في فقرتها الثالثة⁷⁵⁷.

وقد رفضت المحكمة في 28 يونيو 1976 ذلك الادعاء مقرررة أن العبرة باتفاق التحكيم في حد ذاته لتحديد صحته أو بطلانه، حيث إن العبرة في بطلان اتفاق التحكيم هي بجوهر الالتزام بالجوء للتحكيم وكونه ممنوعا في الحالة المطروحة بمقتضى نص تشريعي خاص أو وفقا لسياسة عامة تخطر إمكانية التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في مثل هذه الظروف.

وهكذا ينطبق هنا ما سبق أن قررناه بشأن الموقف الإنجليزي حيث إن معظم الحالات المعروضة تتعلق باتفاقات التحكيم غير الممكن إعمالها أو غير القابلة للتطبيق في حين تقل المنازعات المتعلقة بإبطال اتفاق التحكيم لتخلف شروط صحته، كما تحرص جميع التشريعات، وأحكام القضاء الوطني في الدول محل البحث على تضيق دائرة الموانع التي تحول دون استبعاد اختصاص القضاء الوطني بالمنازعات محل اتفاق التحكيم تشجيعا للتحكيم في منازعات التجارة البحرية.

⁷⁵⁶ - Jubilant voyager corps S.A. 1982, in M Cohen, Benedict on Adminralty ,Vol 2 B , 1993, p 24

⁷⁵⁷ - Bahamas V. Italian, American (SDNY 1976)

في أ.د. سامية راشد التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق التحكيم - 1984 - ص 466-467.

المطلب الثاني: الآثار الأخرى للجوء للتحكيم البحري

بعد توقيع اتفاق التحكيم وسريان مفاعيله، لجهة وقوع الخلاف وتقديم طلب اللجوء للتحكيم البحري لفض هذا النزاع، لا بد لهذا التصرف القانوني المحق من آثار ومفاعيل تنتج سواء تم اتفاق التحكيم بموجب شرط في عقد، أم كان عقداً مستقلاً للتحكيم البحري، ففي كلا النوعين ستنتج آثاراً كنتيجة حتمية لاستبعاد القضاء الرسمي واللجوء لهذه الوسيلة الخاصة، فمن هذه الآثار نتساءل عن صحة شرط التحكيم الوارد في عقد ما، مع صحة العقد الذي ورد ضمنه، هل يبطل معه، ويتبعه في كافة أحواله؟ أم أنه شرط مستقل؟. كما نتساءل عن موقف القضاء من هذا التحكيم رغم أنها متخصصة في المنازعة، فيما لو عرض النزاع عليها من قبل أحد الأطراف الذي يتهرب من التحكيم رغم وجود عقد التحكيم، فهل ينظر القضاء في هذه المنازعة؟ وما هو موقف المحكم نفسه أيضاً؟

الفرع الأول: استقلال شرط التحكيم البحري عن عقد النقل الأصلي

لقد قلنا من قبل أن اتفاق التحكيم البحري قد يكون بموجب عقد يتم بعد نشوب النزاع ويدون الاتفاق المذكور في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي⁷⁵⁸، الذي يمثل العلاقة القانونية الموجودة بين الطرفين قبل نشوب النزاع البحري، وقد يتم اتفاق التحكيم البحري بموجب شرط يوضع في العقد الأصلي يصار بمقتضاه إلى حسم النزاع البحري الذي قد ينشأ فيما بعد بطريق التحكيم. والسؤال الذي يطرح نفسه أنه إذا ثار النزاع حول صحة العقد الأصلي (مشاركة إيجار السفينة أو سند الشحن نفسه المتضمن بند تحكيمي) ففي حالة بطلانه أو فسخه، ما هو مصير شرط التحكيم؟ بعبارة أخرى هل شرط التحكيم يتبع العقد الأصلي وجوداً وعدماً؟ أم أنه اتفاق مستقل؟ كذلك الأمر بالنسبة لبطلان شرط التحكيم كما لو انصب على موضوع لا يجوز التحكيم فيه، فهل يؤثر ذلك على صحة العقد الأصلي؟ ومن هو المختص بالنظر في دعوى البطلان؟ والقانون الواجب التطبيق على النزاع؟ ففي حالة التسليم بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي نصل إلى النتائج التالية:

1. إن بطلان كل من العقد الأصلي أو شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا أبطل العقد الأصلي فعندئذٍ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم وبالتالي السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل المحكم وليس من قبل المحكمة، والعكس صحيح.

2. إن مبدأ استقلالية شرط التحكيم البحري يعطي للمحكم سلطة النظر في اختصاصه وهو ما يسمى ي أن المحكم يستمر في إجراءات التحكيم وهو الذي يقرر كونه مختصاً بالموضوع أم لا، وإن كان قد جرى الطعن بصحة العقد الأصلي في المحاكم أو الطعن بصحة شرط التحكيم، وإن النظر من قبل

⁷⁵⁸ - Revue critique de droit international prive. 1963. P,615. 2. 13405. Note Goldmen. Journal de droit international. 1964.P,82. Note Berdin.

المحاكم في هذا الموضوع لا يوقف الإجراءات الخاصة بالتحكيم (راجع المادة 8 من قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية)⁷⁵⁹.

3. إن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي قد لا يكون بالضرورة هو نفسه القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وقد تأكد ذلك في عدة قرارات أصدرتها الغرفة التجارية الدولية منها القرار الصادر عام 1986 والذي جاء فيه: "للأطراف أن ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم، وقد يكون ذلك أيضاً بالنسبة لإجراءات التحكيم 1". كذا القرار في القضية رقم 4121 للعام 1986 الصفحة 889 وأيضاً للعام 1983 الصفحة 897 في القضية رقم 388.

الفرع الثاني: حقوق والتزامات المحكم البحري

إن من آثار عقد التحكيم البحري أن يفرض على المحكم التزامات معينة، كما يخوله حقوق، فمن أهم التزامات المحكم بموجب عقد التحكيم، هو النظر في النزاع وإصدار القرار النهائي بشأنه، وتشترط بعض القوانين وكذلك القواعد الدولية، أن يتم إصدار قرار التحكيم خلال مدة معينة وقد يرد مثل هذا الشرط في عقد التحكيم.

كما أن هناك التزامات أو واجبات عديدة يترتبها العقد على عاتق المحكم، منها التزام المحكم بأن يكون محايداً عند نظره للنزاع وأن يلتزم بمعاملة الأطراف معاملة متساوية وفي هذا الصدد يقول Ditchchev أن هذا الالتزام قد يقترب من الالتزام الخاص بالحياد لكن هناك فرق من حيث أن الالتزام الأول يتعلق بمسألة اجرائية، ففي حالة دفاع الطرفين يجب أن يكون كل منهما في ظروف متساوية، ويلزم المحكم بأن يصدر القرار الخاص بالتحكيم خلال المدة التي اتفق عليها الطرفان في عقد التحكيم. كذلك في حالة وجود نص من هذا القبيل في القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، كما يلتزم المحكم بالحفاظ على سرية الوثائق والمعلومات التي يطلع عليها وعدم إفشائها. يلتزم المحكم بإصدار حكم تحكيم وفقاً للصيغة التي يتطلبها القانون حيث يمكن تنفيذ الحكم المذكور فيما بعد من الجهات المختصة. على المحكم توقيع قراره أما لجهة تسبب القرار فيترك أمر تقديره إلى المحكم نفسه إذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على هذه المسألة أو إذا لم يكن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات يتطلب تسبب القرار⁷⁶⁰.

كما تنص بعض القواعد الدولية على وجوب أن يصرح الشخص الذي يقع عليه الاختيار ليكون محكماً بكل ما من شأنه أن يثير شكوكاً حول حياده واستقلاله قبل التعيين. كذلك خلال تعيينه وخلال سيره في الإجراءات. أيضاً عندما تستجد ظروف قد تثير الشكوك حول حياده واستقلاله فعليه في هذه الحالة أن يخبر طرفي النزاع بذلك. هذا ما نص عليه القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في المادة 12 إن التزامات المحكم تتحدد وفقاً لعقد التحكيم واتفاق التحكيم ووفقاً للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو وفقاً للقواعد الدولية التي تم اختيارها لسير إجراءات التحكيم. مقابل هذا الالتزامات

⁷⁵⁹ - حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 122.

⁷⁶⁰ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، ص 231

التي سبق ذكرها، هناك حقوق للمحكم تجاه اطراف النزاع، وهذه الحقوق تتلخص في أن الأطراف المتنازعة عندما تختار المحكم تمنحه سلطة اتخاذ القرار لحسم النزاع بالتحكيم. فيصبح من حقه أن يقوم بهذه المهمة ولا يحوز له تفويض شخص آخر ليحل محله في حسم النزاع وإصدار القرار وفي حالة الضرورة إلى تعيين محكم بديل عندئذ تتبع نفس اجراءات تعيين المحكم السابق.

المبحث الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي

بعد أن بحثنا تنفيذ أحكام التحكيم الدولية وفق اتفاقية نيويورك 1958 فإننا سنتوجه الى القوانين الوطنية للتحكيم لنرى كيفية تأثرها بالاتفاقي وإجراءات التنفيذ فيها.

وبالتالي فإننا سنبحث التنفيذ في القوانين التحكيمية الوطنية بكل من فرنسا ومصر وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية.

المطلب الأول: تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي في فرنسا

ينبغي على طالب التنفيذ حتى يتم تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في فرنسا سواء أكان صادرا في فرنسا أم في خارج فرنسا أن يتقدم إلى القاضي الفرنسي المختص طالبا إصدار أمر تنفيذ l'exequatur يفيد الموافقة على تنفيذ الحكم في فرنسا.

يختص بإصدار أمر التنفيذ في فرنسا كما حددته المادة 1500 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981 بالإحالة إلى المادة 1477 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي 1980، قاضي التنفيذ le juge de l'exécution، في محكمة الاستئناف الفرنسية التي صدر حكم التحكيم في دائرتها، وذلك بالنسبة لحكم التحكيم البحري الدولي الصادر في فرنسا - وأما النسبة لحكم التحكيم البحري الدولي الصادر خارج فرنسا - وإزاء عدم تحديد المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981 للقاضي المختص بإصدار أمر تنفيذه- فقد اختلف الفقه الفرنسي حول هذه المسألة:

فذهب أحدهم⁷⁶¹ إلى وجوب تقديم طلب أمر التنفيذ إلى قاضي التنفيذ في محكمة استئناف باريس على أساس أن المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981 قد عقد الاختصاص لهذه المحكمة دون غيرها من محاكم الاستئناف الفرنسية بالمعونة في تذليل المصاعب التي تنشأ بمناسبة تشكيل هيئة التحكم، وأن في رفع جميع الطلبات المتعلقة بالتحكيم إلى هذه المحكمة دون غيرها ضمان كاف لتوافر الخبرة والدراية بالمسائل التحكيمية في قاضي التنفيذ بها.

⁷⁶¹ - J beguin, les grands traits du décret français du 12 mai 1981 sur l'arbitrage international rev inter dr comp 1983, p 384

في حين استند رأي آخر⁷⁶² استنادا على أحكام قضائية سابقة إلى عقد الاختصاص بإصدار الأمر بالتنفيذ للمحكمة الاستئنافية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أي المطلوب ضده التنفيذ الجبري إذا كان في فرنسا أو المحكمة التي يقع في دائرتها مكان التنفيذ الجبري كما اقترحه المدعى إذا كان موطن المدعى عليه خارج فرنسا.

وذهب البعض⁷⁶³ إلى عقد الاختصاص بإصدار الأمر بالتنفيذ للمحكمة الاستئنافية التي يختارها المدعى طالب التنفيذ بشرط أن يرتبط مكان الإجراءات بالإقليم الفرنسي أو في حالة تخلف هذا الارتباط وفق متطلبات حسن إدارة العدالة.

نرى مع البعض⁷⁶⁴ أن هذا الحل الأخير هو الأولى بالإتباع أي ترك الاختيار للمدعى طالب التنفيذ يقدره وفق مقتضيات حسن إدارة العدالة مختارا - بحسن نية - المكان الأنسب لإصدار أمر التنفيذ حيث إن هذا الحل ينطوي على قدر أكبر من المرونة في غياب معيار قانوني محدد، وحيث إن عقد الاختصاص لمحكمة استئناف باريس وحدها هو قول صعب التبرير في غياب نص قانوني يقرر ذلك فضلا عن أنه قد تم عقد الاختصاص بإصدار أوامر التنفيذ لأحكام صدرت في الخارج لمحاكم استئناف فرنسية أخرى خلاف محكمة استئناف باريس.

فإذا ما تم اختيار محكمة استئناف باريس بالنسبة لحكم التحكيم البحري الصادر في فرنسا أو المحكمة التي اختارها طالب التنفيذ، وجب على المحكم - وهذا نادر الحدوث - أو على طالب التنفيذ أن يودع سكرتارية المحكمة المستندات الوارد تحديدها في المادة 1499 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981 وهي نفس المستندات الواردة في المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك 1958 وهي:

أ- أصل اتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه فإذا كانت هذه المستندات بلغة أخرى غير الفرنسية فعلى طالب التنفيذ كما قررت المادة 2/1499 أن يقدم ترجمة لها بالفرنسية معتمدة من مترجم مسجل بقائمة الخبراء.

هذا وقد جرت العادة على تحرير طالب التنفيذ لطلب التنفيذ في أعلى مسودة الحكم بالصيغة الآتية: أطلب أنا.... أمر تنفيذ لهذا الحكم وتسلمي نسخة رسمية منه.

Au nom de je requiers l'exequatur et la délivrance d'une expédition de la présente sentence.

⁷⁶² - Jeantet, l'accueil des sentences étrangères ou internationales dans l'ordre juridique français rev arb 1981, p 508 etph fouchard l'arbitrage international en France après de décret du 12 mai 1981 clunet 1982 p 406

⁷⁶³ - Bellet et mezzger, l'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile rev crit dr inter pri 1981 p 624

⁷⁶⁴ - E gaillard arbitrage commercial international sentence arbitrale j c dr inter 1992, fasc 586-16, p 5

أو بصيغة أقصر تقرر ما يلي: مرسل للتوقيع عليه بالصيغة التنفيذية expedition
765 . revetue de la formule exécutoire

فإذا ما رفع الطلب والمستندات إلى سكرتارية أي من المحاكم الاستئنافية الفرنسية اختص به قاضي التنفيذ في هذه المحاكم وفي الحقيقة فإن قاضي التنفيذ في محاكم الاستئناف الفرنسية ليس له وجود ملموس فوجوده خيالي أكثر منه حقيقي حيث عادة ما يعهد بمهامه إما إلى رئيس المحكمة أو إلى نائبه أو إلى قاضي العرائض juge des requites⁷⁶⁶.

فإذا ما عقد الاختصاص لمن يعهد إليه بمهمة قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف الفرنسية بدأ القاضي الفرنسي في نظر الطلب تمهيدا للبت فيه. وفي كيفية نظر القاضي الفرنسي في طلب الأمر بالتنفيذ ونطاق سلطاته بشأن البت فيه فإن قاضي التنفيذ في هذا الشأن يعمل في إطار نظام الأوامر على عرائض أي أنه يعمل ليقرر إما الموافقة على إصدار أمر التنفيذ أو الرفض فقط دون مواجهات أو مناقشات شفوية بين الأطراف، حيث يبحث القاضي الفرنسي في حكم التحكيم المقدم إليه بحثا ظاهريا أوليا خارجيا يكتفي فيه - حسبما قررت المادة 1498 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي - بالتأكد من وجود حكم تحكيم أي من وجود متطلباته الشكلية، ومن عدم مخالفة الحكم للنظام العام الدولي مخالفة صريحة واضحة⁷⁶⁷.

هكذا، فإن رقابة قاضي التنفيذ الفرنسي على حكم التحكيم تمهيدا لإصدار أمر التنفيذ أو رفض إصداره هي رقابة جزئية موجزة على حكم التحكيم للتأكد من ضرورة توافر الوجود المادي له، هذا الوجود المادي يتحقق بتقديم المستندات التي ذكرناها منذ قليل، ومن عدم مخالفته الوضاحة للنظام العام الدولي وليس التأكد من عدم مخالفته للنظام العام الدولي - كما سبق وأوردنا بشأن الحالة الخامسة للطعن على حكم التحكيم البحري الدولي الصادر في فرنسا- أي أنه ينبغي على قاضي التنفيذ الفرنسي أن يبحث عن المخالفة الواضحة للنظام العام الدولي وفق معيار الوضوح والثبات، ليس بموجب التدخل في بحث موضوع المشكلة أي بالبحث الظاهري الخارجي في الحكم وليس بالبحث الداخلي للحكم.

بالتالي فإن رقابة قاضي التنفيذ على حكم التحكيم وهو بصدد الأمر بتنفيذه هي رقابة ضيقة تنتهي إما بالقبول أو بالرفض دون سلطة تعديل الحكم التحكيمي أو الإضافة إليه، وهو في قبوله أو رفضه يمكنه القبول أو الرفض الجزئي أي قبول أو رفض إعطاء الأمر بالتنفيذ لجزء من الحكم دون الجزء الآخر تبعا لمخالفة هذا الجزء أو ذلك للنظام العام الدولي مخالفة واضحة⁷⁶⁸.

فإذا وافق القاضي الفرنسي على إصدار الأمر بالتنفيذ قام بالتأشير بهذه الموافقة أي بوضع

⁷⁶⁵ - Ph Bertin le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale rev 1983, p 282

⁷⁶⁶ - Ph Bertin, ante , p 282

⁷⁶⁷ - J robert et b moreau l'arbitrage droit interne droit international prive 1983, p 235

⁷⁶⁸ - J c peyre le juge de l'exequatur fantôme ou réalité rev arb 1985 , p 235-236

الصيغة التنفيذية في مسودة الحكم موقعة ومؤرخة⁷⁶⁹، وهي عادة تتم في صورة خاتم يوضع أسفل الحكم موقع ومؤرخ⁷⁷⁰.

وأما إذا رفض القاضي الفرنسي إعطاء الأمر بالتنفيذ، فإنه ملزم بتسبيب هذا الرفض⁷⁷¹، ولن يقبل الحكم الذي صدر أمر بتنفيذه التنفيذ إلا إذا أعلن للأطراف وممر شهر على هذا الإعلان، وذلك لإعطاء الفرصة للطرف الآخر للطعن في قرار القبول أمام محكمة الاستئناف كما سنرى بعد قليل.

كذلك لن يكون قرار القبول أو الرفض محلاً لإحالة من جانب قاضي التنفيذ إلى محكمة الاستئناف⁷⁷² حيث إن السبيل الوحيد لرفعه إلى المحكمة هو الطعن فيه من قبل الأطراف كما قرر المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981.

الفرع الأول: الطعن في حكم قاضي التنفيذ برفض الاعتراف بحكم التحكيم البحري الدولي ورفض تنفيذه

رأينا كيف أن سلطة قاضي التنفيذ الفرنسي بشأن رقابة الحكم التحكيمي وهو بصدد الاعتراف به وتنفيذه سلطة ضيقة محصورة بناء على فحص موجز وظاهري للحكم للتأكد من وجوده المادي، ومن عدم مخالفته بوضوح للنظام العام الدولي، ولهذا فإنه يسهل تنفيذ الأحكام التحكيمية في فرنسا ويندر رفض الاعتراف بالحكم ورفض تنفيذه.

إلا أن هذه الندرة لم تمنع المشرع الفرنسي من تنظيم طعن بالاستئناف ضد حكم قاضي التنفيذ برفض الاعتراف والتنفيذ وذلك كما قررت المادة 15.1 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981. وذلك سواء أكان حكم التحكيم البحري الدولي صادراً في فرنسا أم خارج فرنسا.

يتم رفع الاستئناف من المستأنف إلى محكمة الاستئناف الفرنسية التي يتبعها قاضي التنفيذ الفرنسي الذي أصدر حكم رفض التنفيذ، وذلك خلال شهر من تاريخ إعلان حكم رفض التنفيذ طبقاً لنص المادة 3-15 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981.

هنا نتساءل عن كيفية فصل محكمة الاستئناف في الطعن باستئناف حكم قاضي التنفيذ بالرفض، وهل تفصل فيه مثل ما فصل به قاضي التنفيذ من قبل أي تقتصر على التأكد من الوجود المادي للحكم وعدم مخالفته بوضوح للنظام العام الدولي؟ أم يمتد البحث ليشمل التأكد من عدم مخالفة الحكم لأحد الأسباب الخمسة التي ترخص بالطعن ببطالان حكم التحكيم البحري الدولي الصادر في فرنسا والتي ذكرناها منذ قليل؟ وهل تفصل فيه بنظام الأوامر على عرائض

⁷⁶⁹ - المادة 1478 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي 1980 والتي أحالت إليها المادة 1500 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981.

⁷⁷⁰ - E. Gaillard, *arbitrage commercial international*, sentence arbitrale j c d r inter 1991, fasc 586-10, p6

⁷⁷¹ - المادة 2/1478 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي 1980

⁷⁷² - Paris 13 September 1984 rev arb 1985, p 327, note t

أم بنظام الدعوى القضائية في مواجهة الأطراف؟

الاتجاه الأول: ويرى أن تفصل محكمة الاستئناف في الطعن على حكم قاضي التنفيذ برفض التنفيذ بنفس الطريقة التي فصل بها هذا الأخير من قبل، أي أن تنتظر المحكمة في الطعن بوصفه طعنا ولائيا *recours gracieux* دون مواجهة للتأكد فقط من الوجود المادي للحكم ومن عدم مختلفة بوضوح للنظام العام الدولي. وذلك لأن المشرع الفرنسي إذا كان قد قرر في المادة 1489 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي نظر محكمة الاستئناف للطعن في قرار فرض تنفيذ حكم التحكيم الداخلي بطريق الدعوى القضائية بالمواجهة بين الأطراف وبالبحت في التأكد من عدم مخالفة الحكم للأسباب الواردة في المرسوم للطعن على أحكام التحكيم الداخلية إلا أنه وبصدد النص المماثل أو المقابل لهذا النص للتحكيم الدولي قد أجاز الاستئناف في المادة 15-1 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981 إلا أنه وفي المادة 2-15 والتي أورد فيها الأسباب الخمسة التي ذكرناها سابقا طبقا للطعن في أحكام التحكيم الدولي الصادرة في فرنسا لم يتحدث عن الطعن بالاستئناف على حكم قاضي التنفيذ بالرفض بل تحدث عن الطعن بالاستئناف لهذه الأسباب على حكم قاضي التنفيذ بالقبول.

والاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الغالب الذي يرى أنه ينبغي على محكمة الاستئناف في هذه الحالة نظر الطعن بطريقة قضائية تبحث بها في مواجهة الأطراف التأكد من عدم مخالفة الحكم للشروط الخمسة الواجب عدم مخالفتها حتى لا يبطل الحكم- والتي بحثناها فيما سبق بصدد الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا- وذلك لأن القول بغير ذلك تتنافى فيه نية المشرع الفرنسي الذي أراد تركيز الطعون المرفوعة ضد الحكم التحكيمي أمام قضاء واحد، بالتالي فإن على محكمة الاستئناف أن تبحث في صحة الحكم التحكيمي بموجب دعوى قضائية بالمواجهة بين الأطراف للأسباب الخمسة التي أشرنا إليها، كذلك فإن المادة 7-15 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981 تحيل إلى تطبيق المادة 1/1487 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي 1980 على الطعن على الأحكام التحكيمية الدولية وهذه المادة الأخيرة تنص على أن الاستئناف والطعون بالبطلان ترفع وتحقق ويفصل فيها وفق قواعد الإجراءات القضائية أمام محكمة الاستئناف وبالتالي فإنه لو حمل النص على صيغته العامة فإنه سيفيد النظر في الاستئناف على قرار قاضي التنفيذ برفض التنفيذ وفقا لنظام الإجراءات القضائية الحضرية والتي يمكن التمسك فيها بأي من الأسباب الخمسة التي أشرنا إليها والواردة في المادة 2-15، من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981 وذلك خلافا للطريقة الولائية التي نظر بها قاضي التنفيذ من قبل في طلب أمر التنفيذ بالتأكد فق من وجود الحكم ومن عدم مخالفته الواضحة للنظام العام الدولي.⁷⁷³

⁷⁷³ M de boisseson le droit français de l'arbitrage 1990 p 819 ph fouchard l'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 clunet 1982, p 412-413 bellet et mezger l'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civil rev crit dr inter pri 1918 p 650 et p mayer l'insertion de la

الفرع الثاني: الطعن في حكم قاضي التنفيذ بالاعتراف والأمر بتنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي

هنا فرق المشرع الفرنسي بين حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا وحكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج أي خارج فرنسا:

فإذا كان حكم التحكيم البحري الدولي صادرا في فرنسا فإنه —وكما قررت المادة 4-15 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981 لا يجوز الطعن على حكم قاضي التنفيذ الصادر بالموافقة على تنفيذ الحكم.

أما إذا كان حكم التحكيم البحري الدولي صادرا خارج فرنسا فإنه- وكما قررت المادة 1-15 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981 يجوز الطعن بالاستئناف على حكم قاضي التنفيذ بالموافقة على تنفيذ الحكم وذلك بموجب استئناف يرفع إلى محكمة الاستئناف التي يتبعها القاضي الذي أصدر أمر التنفيذ، خلال شهر من إعلان أمر التنفيذ إلى المطلوب ضده التنفيذ وفق المادة 3-15، وتنتظر محكمة الاستئناف في الطعن بموجب إجراءات قضائية ضرورية بالمادة 1/1487، وذلك بالبحث في الأسباب الخمسة التي وردت في المادة 2-15 بشأن الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الدولية الصادرة في فرنسا والتي أشرنا إليها سابقا فإذا رفضت المحكمة الاستئناف فإن الحكم يعتبر مشمولا بأمر التنفيذ.

هذه التفرقة بشأن الطعن بالاستئناف على أمر التنفيذ الصادر من القاضي الفرنسي بين الأحكام التحكيمية الصادرة في فرنسا والأحكام التحكيمية الصادرة خارج فرنسا بالسماح بالاستئناف ضد أمر تنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة في خارج فرنسا نظرا لأن طريق الطعن بالبطلان ضد هذه الأحكام كان قد أغلق في فرنسا لأنها بصورها في الخارج لا تهم النظام القانوني الفرنسي، لكن باللجوء بها إلى قاضي التنفيذ الفرنسي فإنه يكون قد قصد إدخالها إلى النظام القانوني الفرنسي وطالما أن طريق الطعن بالبطلان ضد هذه الأحكام كان مغلقا فلا بأس من فتح طريق الطعن بالاستئناف ضد أمر التنفيذ الصادر من القاضي الفرنسي.

أما إغلاق هذا الطريق أمام الأمر بالتنفيذ الصادر من القاضي الفرنسي بشأن أحكام التحكيم الدولية الصادرة في فرنسا فذلك لأن الطريق الوحيد المسموح به للطعن على هذه الأحكام في فرنسا هو طريق الطعن بالبطلان الذي بحثناه فيما سبق بصدد الطعن المباشر على حكم التحكيم البحري الدولي الصادر في فرنسا بحيث لو قيل بفتح طريق الطعن غير المباشر بالطعن بالاستئناف على أمر التنفيذ فإن هذا سيكون من قبيل فتح طريق للطعن المزدوج ضد هذه الأحكام وسيكون ذلك ضد فاعلية التحكيم البحري الدولي وضد تسهيل تنفيذ أحكامه والتي هي

جدير بالذكر، أن المشرع الفرنسي على خلاف ما ورد في المادة 5/هـ من معاهدة نيويورك 1958 التي تقرر رفض الاعتراف والتنفيذ إذا أصبح الحكم غير ملزم للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي صدر فيها أو بموجب قانونها ذلك الحكم، ولم يقرر أن هذا السبب من أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ في المعاهدة من ضمن أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ الخمسة الواردة في المادة 2-15 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي، فالقاضي الفرنسي وهو ينظر في الاستئناف على حكم قاضي التنفيذ بإصدار أمر التنفيذ لا ينظر فيما إذا كان الحكم ما زال ملزماً للأطراف أو ما إذا كان قد تم إبطاله في بلد محل التحكيم - بالنسبة لأحكام التحكيم البحري الدولي الصادرة خارج فرنسا - وبالتالي لا شأن للقاضي الفرنسي بالدولة التي صدر فيها الحكم إلا للتأكد من صدور الحكم خارج فرنسا، وإن نظر في إبطال ذلك الحكم فيكون ذلك على سبيل الاستئناس بالبحث في سبب إبطاله في الخارج والتحقق منه⁷⁷⁵.

هكذا، فإن "حكم التحكيم يعد بمثابة عمل قضائي خاص لا يحوز القوة التنفيذية إلا إذا عهدت له بها إحدى الدول. وبالتالي فإن أي دولة تعد مختصة ممثلة في محاكمها التي ينظر الحكم أمامها للتقرير والفصل حول قوته وفاعليته بتطبيق قواعدها الإجرائية الخاصة سواء مباشرة أو بمناسبة أمر تنفيذ الحكم"⁷⁷⁶.

المطلب الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي في مصر

ينفذ حكم التحكيم البحري الدولي في مصر بموجب أمر تنفيذ l'exequateur صادر عن قاضي التنفيذ في المحكمة المصرية المختصة، وهو كما قررت المادة السادسة والخمسون من قانون التحكيم المصري 1994 رئيس محكمة استئناف القاهرة أو من يندبه من قضاتها أو رئيس أية محكمة استئناف مصرية يتفق عليها الطرفان أو من يندبه من قضاتها للقيام بهذه المهمة.

أما عن المستندات الواجب على طالب التنفيذ تقديمها: فهي نفس المستندات الواردة في المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك 1958 وهي أصل الحكم أو صورة موقعة منه، وصورة من اتفاق التحكيم وترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى العربية لحكم التحكيم إن لم يكن صادراً بالعربية فضلاً عن صورة من المحضر الدال على ايداع الحكم في قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف مصري أخرى يتفق عليها الطرفان وذلك كما قررت المادة السادسة والخمسون من القانون.

بالتالي فعلى طالب تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في مصر أن يستوفى إجراء الإيداع

⁷⁷⁴ J bequin, les grands traits du décret français du 12 mai 1981 sur l'arbitrage international rev inter dr comp 1983, p 390

⁷⁷⁵ J thieffry l'exécution des sentences arbitrales éléments de droit compare rev 1983, p 442-443

⁷⁷⁶ P mayer le mythe de l'ordre juridique de bas études

المقرر في المادة السابعة والأربعين من قانون التحكيم المصري سواء أكان الحكم التحكيمي صادرا في مصر أم في الخارج وسواء أكان قانون الدولة التي صدر فيها الحكم يستوجب مثل هذا الإيداع أم لا يتطلبه.

هذا المستند الأخير لا تشمله قائمة المستندات المذكورة في اتفاقية نيويورك 1958 ولم ينص عليه القانون النموذجي 1985.

لكننا رأينا سابقا كيف أن الإيداع إجراء منصوص عليه في قانون التحكيم المصري 1994 بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة بموجب هذا القانون وبالتالي فإننا نفضل التفرقة بين فرضين بهذا الصدد:

الفرض الأول:

أن يكون القانون المطبق على التحكيم هو قانون التحكيم المصري 1994 أو أي قانون تحكيمي آخر يستوجب إجراء مثل هذا الإيداع وفي هذه الحالة ينبغي تنفيذ هذا الإيداع حتى يصير الحكم ملزما للأطراف كما قررت اتفاقية نيويورك 1985.

في هذه الحالة أيضا نرى استواء أن يتم الإيداع في إحدى المحاكم المصرية إذا كان القانون المصري هو المطبق على التحكيم أو أن يتم هذا الإيداع في إحدى محاكم الدولة الأخرى التي صدر الحكم على إقليمها أو بموجب قانونا.

والفرض الثاني:

أن يكون القانون المطبق على التحكيم هو قانون آخر خلاف القانون المصري ولا يتطلب مثل هذا الإيداع وفي هذه الحالة يفضل عدم اشتراط الإيداع وبالتالي عدم اشتراط تقديم المستند الدال عليه لإلزام الحكم لأطرافه دون هذا الإيداع.

فإذا تقدم طالب التنفيذ في مصر إلى قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف المصرية بالمستندات السابق ذكرها طالبا الأمر بتنفيذ الحكم، فإما أن يكون ميعاد الطعن في الحكم بدعوى البطلان قد انقضى أم مازال مفتوحا.

فإذا كان ميعاد الطعن بالبطلان مازال مفتوحا فإن القاضي المصري لن يقبل طلب تنفيذ الحكم التحكيمي، وذلك كما قررت الفقرة الأولى من المادة الثامنة والخمسين من القانون المصري تنفيذا للشرط الخامس من الشروط الواردة في اتفاقية نيويورك 1985، حيث إن الحكم التحكيمي بعدم انقضاء ميعاد دعوى البطلان يعد غير ملزم بعد للأطراف وبالتالي يرفض طلب تنفيذه كما قررت الاتفاقية ولا يقبل طلب تنفيذ في مصر كما قرر قانون التحكيم المصري.

أما إذا كان ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى فإن طلب تنفيذ الحكم يتم قبوله تمهيدا

للنظر فيه. هنا أيضا نلاحظ أن قانون التحكيم المصري لم يحدد أي ميعاد يقصد؟ هل هو ميعاد رفع دعوى البطلان في القانون المصري؟ أم ميعاد رفعها في القانون التحكيمي الآخر المطبق على التحكيم؟

بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المصري وجدنا أنه يشترط للأمر بالتنفيذ في مصر: أن يكون ميعاد دعوى البطلان تسعين يوما قد انقضى، وفي الحقيقة فإن ميعاد التسعين يوما إذا كان القانون المطبق على التحكيم هو قانون التحكيم المصري 1994 أما إذا كان القانون المطبق على التحكيم هو قانون التحكيم الانجليزي مثلا، وكان الحكم صادرا في إنجلترا فإننا نفضل الالتزام بميعاد الطعن المقرر في القانون الانجليزي أو بمعنى آخر نفضل الالتزام بميعاد الطعن المقرر إما في القانون المطبق على التحكيم أو في الدولة التي يرفع الطعن أمام قضائها الوطني حيث إنه بانتهاء ميعاد الطعن أمام القضاء المختص بالطعن يصبح الحكم ملزما لأطرافه قصر هذا الميعاد أم طال.

فإذا تم قبول طلب تنفيذ الحكم أمام قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف المصرية فإن القاضي المصري ينظر في هذا الطلب بنفس الطريقة التي ينظر بها فيه قاضي التنفيذ الفرنسي أي ينظر فيه على أساس الوثائق والمستندات فقط لا أساس نظر حضوري في مواجهة الأطراف أي يفحص المستندات المقدمة فحصا ظاهريا خارجيا للتحقق من توافر ثلاثة شروط أوردتها الفقرة الثانية من المادة الثامنة والخمسين من القانون المصري.

قبل أن نذكر هذه الشروط نود القول أنه رغم أن القانون المصري لم يذكر صراحة كيفية فصل القاضي المصري في طلب تنفيذ الحكم، إلا أن هذه الكيفية لا جدال فيها لأن القانون المصري لم يتبن في هذا الصدد الأسباب الواردة في كل من اتفاقية نيويورك 1958 والقانون النموذجي 1985 التي يمكن للمطلوب ضده التنفيذ إثبات وحدها في دعوى حضورية لرفض تنفيذ الحكم، في حين أنه قد تبنى بوضوح المنهج الفرنسي السابق ذكره عندما أجاز تنفيذ الحكم بعد التحقق من عدم مخالفته للنظام العام المصري فقط، لأنه يسهل تنفيذ أحكام التحكيم الدولية على أساس أنها قد طعن عليها من قبل سواء في مصر أم في خارجها، وذلك بالنسبة للمطلوب ضده التنفيذ كما أنه لا زالت هناك فرصة للطعن غير المباشر عليها أمام محكمة الاستئناف المصرية، وذلك بالنسبة لطالب التنفيذ الذي رفض طلب التنفيذ. وبالطبع لم يطعن من قبل تأييد الحكم وذلك كما سنرى بعد قليل.

أما عن الشروط الواجب على القاضي التحقق منها للأمر بتنفيذ الحكم فهي كما قلنا ثلاثة شروط هي:

1- عدم تعارض التحكيم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع

2- عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في مصر.

3- إعلان الحكم للمحكوم عليه إعلانا صحيحا.

إن هذه الشروط الثلاثة يمكن إدماجها تحت شرط واحد هو الشرط الثاني حيث إن تعارض حكم التحكيم مع حكم قضائي سابق في موضوع النزاع يعد مخالفة للنظام العام المصري، وكذا عدم إعلان الحكم للمحكوم عليه يعد مخالفة للنظام العام لخرقه حقوق الدفاع بالنسبة للمحكوم عليه بعد تمكينه إما من تنفيذه اختياريا أو من الاعتراض عليه قبل فوات ميعاد الطعن.

إن روح اتفاقية نيويورك 1958 ذات الأسباب المحددة على سبيل الحصر لرفض الاعتراف والتنفيذ، وكذا القضاء الوطني في الدول المختلفة يقتضي تفسيراً مرناً لفكرة النظام العام بتبني فكرة التفرقة بين نظام عام داخلي واسع النطاق، ونظام عام دولي ضيق النطاق، بالتالي، فإننا نرى أن ينظر القضاء المصري في هذه التفرقة لصالح تسهيل تنفيذ أحكام التحكيم الدولية.

انطلاقاً من فكرة إقامة تفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي نرى أن يدخل الشرط الأول وهو عدم تعارض حكم التحكيم مع حكم قضائي مصري سابق في موضوع النزاع في نطاق نظام العام الداخلي وأن يخرج هذا الشرط عن نطاق النظام العام الدولي نظراً لاختلاف الأجواء والظروف والفلسفات بين الحكم القضائي الداخلي والحكم التحكيمي البحري الدولي في ظل نزاعات بحرية دولية معقدة التي أخرجها الأطراف من اختصاص القضاء الوطني ليدخلها في اختصاص القضاء التحكيمي البحري الدولي، إلا أن مراعاة لهذه الخصوصية وهذا التعقيد، خاصة مع ما سبق أن ذكرناه من تبني القضاء التحكيمي البحري لقواعد قانونية مطبقة على موضوعات المنازعات البحرية بعيدة عن هذا القانون الوطني أو ذلك، قواعد مستلهمة من مصادر أخرى ذات طابع دولي كالمعاهدات البحرية الدولية وشروط العقود البحرية النموذجية، وأعراف التجارة البحرية الدولية وغيرها مما قد لا يستطيع القاضي الوطني أن يترك قانونه الوطني إليها بما قد يترتب عليه من اختلاف الحلول كما اختلفت الوقائع والملايسات والظروف، وأخيراً فإن البحث في مسألة تعارض الحكم التحكيمي مع الحكم القضائي السابق سيترتب عليه خوض القاضي المصري فيما فصل به المحكم حول موضوع النزاع، وهذا مخالف لما أرادته اتفاقية نيويورك 1958 التي أوردت أسباباً تدور حول بحث اتفاق التحكيم أو الأخطاء المنسوبة إلى هيئة التحكيم أو إلى الإجراءات التحكيمية بعيداً عن ذكر أسباب تتعلق بالخوض في موضوع النزاع الذي فصل فيه المحكم، وقد سبق أن رأينا أن جميع الدول الأخرى ونقصد فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وحتى إنجلترا في مقامنا هذا بشأن الاعتراف والتنفيذ قد تبنت الأسباب الواردة في اتفاقية نيويورك 1958 دون التدخل في موضوع النزاع، حيث إن هذا التدخل مقصور على إنجلترا فقط بشأن الطعن على الحكم التحكيمي الصادر في إنجلترا لا بشأن الاعتراف والتنفيذ.

فإذا انتهى القاضي المصري من التحقق من شروطه كان له إما أن يحكم بالأمر بالتنفيذ، أو

برفض هذا التنفيذ، حيث لا يجوز له أن يحكم بتعديل الحكم أو بإبطاله، كما أنه لا مجال أمامه للحكم، بوقف التنفيذ حتى يفصل في الطعن المقدم على الحكم في محكمة أخرى كما أوردت اتفاقية نيويورك 1958 حيث إننا سبق أن ذكرنا منذ قليل أنه يشترط لقبول طلب الحصول على أمر التنفيذ انقضاء ميعاد الطعن على الحكم التحكيمي.

فإذا أمر القاضي المصري بتنفيذ الحكم التحكيمي، فإن هذا الأمر يعد نهائياً حيث قررت الفقرة الثالثة من المادة الثامنة والخمسين من القانون المصري عدم جواز التظلم من هذا الأمر، وبالتالي فإن القانون المصري يقرر للمطلوب ضده التنفيذ طريقة واحدة للاعتراض على الحكم هي طريقة الطعن المباشر عليه كما ذكرنا في الفصل السابق بحيث لا يجوز له الطعن غير المباشر على الحكم بالتظلم من أمر القاضي المصري بتنفيذ الحكم، وبالتالي فإن كان المطلوب ضده التنفيذ قد طعن على الحكم فقد أخذ فرصته في الاعتراض عليه وإن كان قد فوت ميعاد الطعن دون رفعه فقد أضاع فرصته في الاعتراض على الحكم الذي قد يؤمر بتنفيذه بعض فحص ظاهري كما قلنا للتأكد من عدم مخالفته للنظام العام فقط ولو كان معيباً بأحد العيوب الخمسة المقررة في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك 1958.

في الحقيقة، فإننا نرى فتح باب التظلم أمام هذا المطلوب ضده التنفيذ ضد الأمر الصادر من القاضي المصري بتنفيذ الحكم إذا كان الحكم صادراً ومطعوناً فيه خارج مصر، وإغلاق هذا الباب أمامه إذا كان الحكم التحكيمي مطعوناً عليه أو قابلاً للطعن عليه في مصر - أسوة بما فعل المشرع الفرنسي - وذلك لأن الحكم المطلوب تنفيذه في مصر إنما يراد إدخاله في النظام القضائي المصري، فإن كان قد طعن فيه في مصر فإنه يكون قد روقب مراقبة قضائية مصرية قبل أن يدخل في النظام القضائي المصري، أما إذا كان صادراً أو مطعوناً فيه في الخارج فهذا الطعن يخص الدولة التي قدم فيها الطعن، أما إذا كان الحكم سينفذ في مصر فينبغي فتح الباب للمطلوب ضده التنفيذ للطعن غير المباشر على الحكم للأسباب الواردة في اتفاقية نيويورك 1958 والتي قد تختلف بقليل أو كثير من الأسباب التي تم الطعن الحكم بناء عليها وكذلك لمراقبة الحكم قبل إدخاله في النظام القضائي المصري.

أما إذا رفض القاضي المصري تنفيذ الحكم، فإن الفقرة الثالثة من المادة الثامنة والخمسين من قانون التحكيم المصري قد أجازت لطالب التنفيذ - بالطبع - التظلم من أمر رفض التنفيذ الصادر عن القاضي المصري إلى محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف مصرية أخرى يتفق عليها الطرفان خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إصدار الأمر برفض التنفيذ.

بالتالي، فإن جهة الاختصاص بنظر التظلم هي محكمة الاستئناف حيث أنها ستكون من البداية حتى النهاية هي المحكمة التي اتفق عليها الطرفان.

وفتح باب التظلم هنا هو أمر منطقي حتى يستطيع طالب التنفيذ أن يثبت من عدم مخالفة الحكم لأسباب رفض الاعتراف به وتنفيذه كما وردت في اتفاقية نيويورك 1958.

أما عن كيفية فصل محكمة الاستئناف في تظلم طالب التنفيذ من أمر رفض التنفيذ، فإنه رغم أن قانون التحكيم المصري لم يقرر هل تنتظر المحكمة في التظلم بمثل ما نظر قاضي التنفيذ من قبل أي نظرة خارجية بناء على الوثائق أو المستندات فقط أم يجب عليها أن تنتظر في التظلم بنظام الدعوى الحضورية في مواجهة الأطراف، فإننا نرى أن الكيفية الثانية هي المقصودة لأن التظلم أمام المحكمة الاستئنافية ليس أمام قاضي في المحكمة الاستئنافية كما أن هذا النظام يتماشى مع الرأي السائد في الفقه الفرنسي كما سبق القول، أي نظر المحكمة في التظلم في مواجهة الأطراف في طعن قضائي غير مباشر على الحكم التحكيمي يجب فيه على المطلوب ضده التنفيذ أن يثبت توافر أحد الشروط الواردة في اتفاقية نيويورك 1958 لرفض التنفيذ فإن كان قد أثبت ذلك سابقا في طعن قضائي مباشر فإن الحكم لن ينفذ لإبطاله في هذا الطعن القضائي السابق كما قررت اتفاقية نيويورك 1958.

المطلب الثالث: تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في إنجلترا

ذكرنا فيما سبق أن إنجلترا قد وقعت على اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الدولية في 24 سبتمبر 1958، وأدمجتها في قانون التحكيم الإنجليزي 1950 بقانون التحكيم الإنجليزي 1975 متبينة أحكامها بصدد تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي في إنجلترا.

بموجب هذا القانون لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في إنجلترا إلا بإذن من المحكمة البحرية الانجليزية التي يختارها طالب التنفيذ تبعا لارتباطها بالمدعى عليه أو المطلوب ضده التنفيذ⁷⁷⁷.

هذا الإذن يتخذ هنا صورة تأييد الحكم التحكيمي أو التصديق عليه the confirmation وليس صورة الأمر بالتنفيذ l'exequatur كما في فرنسا ومصر. حيث إن المحكمة الانجليزية عندما تؤيد الحكم أو تصدق عليه فإنه يندمج في الحكم القضائي الصادر بتأييده، ويصبح الحكم التحكيمي، كما لو كان حكما قضائيا ينبغي تنفيذه في إنجلترا⁷⁷⁸.

يتم الحصول على هذا الإذن بواسطة تقديم طالبا التنفيذ طلبا motion، إلى المحكمة الانجليزية المختصة لتأييد الحكم وليس رفع دعوى jury trail، وأن يرفق بالطلب نفس المستندات المذكورة في المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك 1958 وهي أصل حكم التحكيم أو صورة رسمية منه وأصل اتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه وأن تكون هذه المستندات بالإنجليزية فإن كانت بلغة أخرى وجب تقديم ترجمة معتمدة لها⁷⁷⁹.

⁷⁷⁷ Dicey et Morris on the conflict of laws vol 1 , 1987 p 595

⁷⁷⁸ Van den berg étude comparative du droit de l'arbitrage commercial dans les pays de Common law thèse aix 1977, p 123

⁷⁷⁹ Dictes morris antre, p 587

فإذا ما قدم طالب التنفيذ طلب تأييد الحكم فإن المحكمة الانجليزية وعلى خلاف قاضي التنفيذ الفرنسي تنظر في الطلب في مواجهة الأطراف كما لو كانت تنظر دعوى قضائية حيث يمكن للمطلوب ضده التنفيذ، أن يقدم دفوعه التي سنذكرها بعد قليل، ولكن المحكمة الانجليزية تنظر في الطلب وفق إجراءات قضائية مختصرة بقدر الإمكان حتى لا يتعطل تنفيذ الحكم.

للمحكمة الانجليزية أن تفصل في الطلب إما بتأييد الحكم والتصديق عليه أو برفض تأييده، وبالتالي برفض تنفيذه في إنجلترا⁷⁸⁰.

وذلك لنفس الأسباب المحددة حصرا في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك 1958⁷⁸¹

وهي:

- 1- عدم صحة اتفاق التحكيم
- 2- عدم إعلان الخصم المطلوب ضده التنفيذ إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم
- 3- تجاوز المحكمين للسلطات المخولة لهم
- 4- مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم للاتفاق أو القانون
- 5- إبطال حكم التحكيم في الدولة التي صدر فيها أو إلغاؤه أو إيقافه أو عدم صيرورته ملزما للخصوم فإذا كان الحكم التحكيمي ما زال محلا للطعن في الدولة التي صدر فيها فإن للمحكمة الانجليزية بناء على التماس طالب التنفيذ أن تأمر المطلوب ضده التنفيذ بتقديم تأمينات كافية نظير وقف الفصل في طلب التأييد حتى تحكم المحكمة المختصة في الدولة التي صدر فيها الحكم في الطعن.
- 6- مخالفة الحكم للنظام العام الانجليزي لعدم قابلية محله للتحكيم أو لمخالفته للنظام العام الانجليزي، وهذا السبب الأخير يعطي الحق للمحكمة الانجليزية بإدراجه من تلقاء نفسها على عكس الأسباب السابقة تقتضي من المحكمة رفض تأييد الحكم أن يقدم المطلوب ضده التنفيذ الدليل الكامل على توافرها.

بالرغم من عدم تنظيم قانون التحكيم الانجليزي 1975 إجراءات يتم بناء عليها التظلم من حكم المحكمة البحرية الانجليزية الصادر بصدد طلب تأييد الحكم إلا أن هذا الحكم قابل للاستئناف أمام محاكم الاستئناف الانجليزية وفقا للقواعد العامة كما يمكن وفقا لذات القواعد العامة أن يكون حكم محكمة الاستئناف محلا للطعن أمام مجلس اللوردات الانجليزي عند توافر شروط الطعن بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف أو أمام مجلس اللوردات.

جدير بالذكر أن نطاق الأسباب الوارد في اتفاقية نيويورك 1958 والتي تبناها قانون التحكيم الانجليزي 1975 ليتمسك بها المطلوب ضده التنفيذ للطعن غير المباشر على حكم

⁷⁸⁰ Mustill et boyd the law and practice of commercial arbitration england 1982, p 370

⁷⁸¹ Dicey et morris antre , p 583-584

التحكيم هي أكثر حصرا وتحديدا من أسباب الطعن غير المباشر على الحكم بالاستئناف الذي بحثناه في الفصل السابق: حيث إن الطعن المباشر على الحكم نتيجة مخالفة الحكم للقانون لا يجوز التمسك به أمام المحكمة الانجليزية المختصة بنظر طلب تنفيذ الحكم⁷⁸².

المطلب الرابع: تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في الولايات المتحدة الأمريكية

ذكرنا فيما سبق أن الولايات المتحدة الأمريكية قد وقعت على اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الدولية في 30 سبتمبر 1980 وذلك بعد أن أدمجتها في قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي 1925 في 31 يوليو 1970 بموجب الفصل الثاني من القانون بالمواد 2-7-2-1، متبينة أحكام الاتفاقية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي الصادرة في الولايات المتحدة الأمريكية أو خارجها.

بموجب هذا الفصل المضاف إلى قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي 1925 لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا بإذن من المحكمة الفيدرالية الأمريكية المختصة وهذا الإذن لا يأخذ صورة لأمر بالتنفيذ l'exequatur كما في فرنسا ومصر، بل يأخذ صورة تأييد الحكم أو التصديق عليه the confirmation من المحكمة الأمريكية المختصة بحيث يندمج حكم التحكيم بهذا التأييد أو التصديق في الحكم القضائي الصادر بتأييده أو بالتصديق عليه ويعتبر كما لو كان حكما قضائيا أمريكيا ينبغي تنفيذه في الولايات المتحدة الأمريكية.

يجوز لطالب التنفيذ أن يقدم طلبا بتأييد الحكم أو التصديق عليه motion وليس دعوى jury trial وذلك إلى محكمة الدرجة الأولى الفيدرالية الأمريكية the united states district court التي يقع في دائرتها إما محل إقامة المدعى عليه أو مركز إدارة أعماله أو موقع أمواله حسب اختيار طالب التنفيذ⁷⁸³.

وأما عن ميعاد تقديم طلب تأييد الحكم أو التصديق عليه فهو ثلاث سنوات من تاريخ إصدار حكم التحكيم⁷⁸⁴.

أما عن المستندات المرفقة بطلب التأييد فهي نفس المستندات الواردة في المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك 1958 وهي أصل حكم التحكيم أو صورة رسمية منه وأصل اتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه وإن كانا بلغة أخرى خلاف الانجليزية قدمت ترجمة معتمدة لهما بالإنجليزية⁷⁸⁵.

⁷⁸² Russell on the law of arbitration 1982, p 385

⁷⁸³ N j healy an introduction to the federal arbitration act j mar l com vol 13 , no 2 january 1982, p 231

⁷⁸⁴ - المادة 207 من الفصل الثاني في قانون التحكيم الفيدرالي 1925

⁷⁸⁵ J p macmahon implementation of the united nations convention on foreign arbitral awards in the united states j mar l com vol 2 , no, 4 july 1971, p 760

أما عن كيفية فصل المحكمة الأمريكية المختصة في طلب التأييد فإنه يتم على وجه مخالف لفصل قاضي التنفيذ الفرنسي في طلب أمر التنفيذ حيث إن المحكمة الأمريكية تنظر في الطلب بنظام الفصل في الدعوى القضائية وذلك في حضور الأطراف وتقديمهم لدفاعهم وأدلتهم إلى غير ذلك.

وأما عن نتيجة الفصل في الطلب فهي إما الحكم بتأييد الحكم أو التصديق عليه وبالتالي يندمج في الحكم القضائي الصادر بتنفيذه، ويصبح جاهزا للتنفيذ في الولايات المتحدة الأمريكية وإما أن ترفض المحكمة الأمريكية الاعتراف بالحكم وترفض تنفيذه بموجب رفضها لتأييده أو التصديق عليه.

وترفض المحكمة الأمريكية تأييد حكم التحكيم الدولي لنفس الأسباب الواردة في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك 1957 وهي:

الفقرة الأولى: بطلان اتفاق التحكيم:

يبطل اتفاق التحكيم كما ذكرنا عند تخلف إحدى شروطه الموضوعية أو الشكلية كأن ينعدم الرضا أو يشوبه عيب من غلط أو غيره أو يكون أحد أطراف اتفاق التحكيم ناقص الأهلية.

ينظر القضاء الأمريكي إلى بطلان اتفاق التحكيم في هذا الصدد من نفس المنظار الضيق الذي نظر به إليه بصدد إحالة المحكمة الأمريكية للدعوى لمنظورة أمامها إلى التحكيم إذا كانت محل اتفاق تحكيمي حيث إننا قد ذكرنا - فيما سبق - أن القضاء الأمريكي يلتزم بموجب المادتين الثالثة والرابعة من قانون التحكيم الفيدرالي 1925 بإحالة الدعوى للمنظورة أمامه إلى التحكيم إذا كان موضوعها محلا لاتفاق تحكيمي، وذلك ما لم ترى المحكمة بموجب المادة الثانية في فقرتها الثالثة من اتفاقية نيويورك 1958 أن اتفاق التحكم باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق، وأن القضاء الأمريكي ينظر إلى البطلان من زاوية ضيقة حتى يحصره في أضيق نطاق وفي حالات استثنائية محددة كالغلط أو التدليس أو الإكراه حيث ارتبطت الدول الموقعة على اتفاقية نيويورك 1958 بسياسة عامة مؤداها تنفيذ الاتفاقات التحكيمية.

هذه النظرة الضيقة لفكرة بطلان اتفاق التحكيم والتي وردت في المادة الثانية في فقرتها الثالثة من اتفاقية نيويورك 1958 يطبقها القضاء الأمريكي بنفس مفهومها ونفس معاييرها بشأن السبب الأول من أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم والوارد في لمادة الخامسة في فقرتها الأولى، بالغلط أو الإكراه أو التدليس أو التنازل... أو لمخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام في دولة التنفيذ، ينبغي أن تؤخذ فكرة باطل ولا أثر له null and void بمفهوم ضيق حيث تبنت الدول الموقعة على الاتفاقية سياسة عامة مؤداها تنفيذ الاتفاقات التحكيمية⁷⁸⁶.

كما رأينا- سابقا- أن القضاء الأمريكي يأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي،

⁷⁸⁶ Rhon mediterrance compagnia francese di assicurazioni v

وبالتالي فإن البطلان المقصود هنا هو بطلان اتفاق التحكيم نفسه وليس بطلان العقد الأصلي الذي يحتويه.

وهكذا فإن القضاء الأمريكي يحد من نطاق إبطال اتفاق التحكيم وذلك في صالح العملية التحكيمية وفي صالح حكم التحكيم وتأييده والتصديق عليه.

الفقرة الثانية: عدم احترام المبادئ الأساسية للتقاضي:

ذلك عند عدم إعلان المطلوب تنفيذ الحكم عليه إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بأي إجراء من إجراءات التحكيم، أو بعدم احترام حقوق الدفاع بعدم تمكين أحد الأطراف من تقديم دعواه تقديمًا كاملاً إلى غير ذلك من متطلبات العدالة التي تفرضها المبادئ الأساسية لأي فصل في نزاع سواء أكان قضائياً أم تحكيمياً.

هنا أيضاً فإن فكرة المبادئ الأساسية الأمريكية التي ينبغي احترامها بصدد النظر في أحكام التحكيم الدولي هي فكرة أضيق منها بصدد النظر في أحكام التحكيم الداخل ينظراً للتشكيك في وجود فكرة حقيقية محددة لهذه المبادئ الأساسية الأمريكية.

الفقرة الثالثة: تجاوز المحكمين لسلطاتهم:

ذلك بأن يفصل الحكم في نزاع غير وارد في اتفاق التحكيم أو يغفل الفصل في إحدى النقاط التي يثيرها هذا الاتفاق كما ورد في المادة الخامسة في فقرتها الأولى/ج من اتفاقية نيويورك 1958.

هنا يبحث القضاء الأمريكي في النزاع للتأكد من أن كل النقاط التي يثيرها اتفاق التحكيم قد فصل فيها الحكم، ومن أن الحكم لم يفصل في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم، وذلك شريطة ألا يتخذ القضاء من هذا الفصل ذريعة للتدخل في فصل المحكم في موضوع النزاع أو للتدخل في مسباته وتفسيراته العقد من اختصاص المحكم وليس المحكمة⁷⁸⁷.

الفقرة الرابعة: مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم للاتفاق أو القانون:

ذلك كمخالفة تشكيل هيئة التحكيم لما اتفق عليه في اتفاق التحكيم من حيث عدد المحكمين أو عدم أهليتهم للفصل في النزاع بأن كان المحكم قانونياً وليس تاجراً كما اتفق في اتفاق التحكيم، أو عند عدم احترام الإجراءات التحكيمية المتفق عليها مباشرة أو بالإحالة إلى لائحة تحكيمية أو قانون مطبق على الإجراءات.

الفقرة الخامسة: إبطال الحكم التحكيمي في الدولة التي صدر فيها:

على خلاف النظام الفرنسي والمصري- أخذ القانون الأمريكي بالحكم الوارد في المادة الخامسة في فقرتها الأولى/ ه من اتفاقية نيويورك 1958 والذي قرر جواز رفض تنفيذ الحكم التحكيمي إذا لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو

⁷⁸⁷ Mobil oil Indonesia v asamera oil ltd s d n y 1980 in

بموجب قانونها صدر الحكم.

قرر القضاء الأمريكي بأن الحكم إذا لم يصبح ملزماً للخصوم، فإنه ما زال محلاً للاستئناف أمام القضاء التحكيمي⁷⁸⁸. وليس أمام القضاء الوطني حيث إن الحكم إذا كان محلاً للطعن في الدولة التي صدر فيها فإن القضاء الأمريكي يوقف الفصل في طلب تأييد الحكم حتى ينتهي ميعاد الطعن أو يفصل فيه، وله في هذه الحالة أن يأمر الخصم الآخر بتقديم تأمينات كافية فإذا تم إبطال الحكم أو أوقف نتيجة الطعن عليه في الدولة التي صدر فيها فإن هذا الإبطال يعد مبرراً لرفض تأييد الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية ورفض تنفيذه⁷⁸⁹.

الفقرة الأولى: مخالفة الحكم للنظام العام

أخذ القانون الأمريكي في هذا الصدد بالحكم الوارد في المادة الخامسة في فقرتها الثانية من اتفاقية نيويورك 1958، الذي يقرر حق السلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ الحكم أن ترفض الاعتراف والتنفيذ، إذا تبين لها أن قانونها لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم وأن في الاعتراف بالحكم وتنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

كما أخذ القانون الأمريكي بحكم الاتفاقية فإنه قد أخذ أيضاً بمغزى إبرامها موسعاً من فكرة قابلية النزاعات للتحكيم، حيث رأينا فيما سبق أن جميع المنازعات البحرية يمكن أن تكون موضوعاً لاتفاقات تحكيمية، وأنه لا توجد مشاكل أمريكية بهذا الشأن سوى تعلق النزاع بالمصالح السياسية الأمريكية.

كذلك يأخذ القضاء الأمريكي بمفهوم ضيق لفكرة النظام العام أو بفكرة التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي التي يأخذ بها القانون الفرنسي جاعلاً السبب في رفض الاعتراف أو التنفيذ ليس مخالفة الحكم للنظام العام الأمريكي كما سمح بذلك نص الاتفاقية وإنما مخالفة الحكم للنظام العام الدولي فالقضاء الأمريكي يقرر أن: "الدفع بالنظام العام المقرر في اتفاقية نيويورك 1958 ينبغي أن يفسر تفسيراً ضيقاً حيث يجب رفض تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية على هذا الأساس فقط عندما يكون في هذا التنفيذ مخالفة للمفاهيم الأكثر جوهرية للعدالة والأخلاق في دولة قاضي التنفيذ"⁷⁹⁰.

هذا وإذا كان طلب تأييد الحكم أو التصديق عليه يتم رفعه إلى المحاكم الفيدرالية الأمريكية للدرجة الأولى فإن حكمها بتأييد الحكم أو برفض تأييده يمكن استئنافه أمام المحاكم الفيدرالية الأمريكية للدرجة الثانية united states second circuit التي يمكن استئناف حكمها هي الأخرى أمام المحكمة العليا الأمريكية the supreme court إذا كان الاستئناف مؤسساً على إحدى المسائل التي ينعقد لها الاختصاص بموجبها⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ Fertilizer corp of india v idi management inc in niddam ante p 50

⁷⁸⁹ Spier v calzaturificio s p a sdn 1987 in m wilford et others time charters 1989, p 394

⁷⁹⁰ Waterside ocean navigation v int l nav ltd 2 d cir n y 1984 a m c 1985, p 349

⁷⁹¹ J theiffry l'exécution des sentences arbitrales éléments de droit compare rev 1983, p 427

هذا الطعن على حكم محكمة الدرجة الأولى أمام المحكمة الاستئنافية والطعن على حكم المحكمة الاستئنافية أمام المحكمة العليا الأمريكية التي يتم وفق القواعد العامة للتقاضي في الولايات المتحدة الأمريكية حيث لم ينظمه قانون التحكيم الفيدرالي 1925 بهذا الشأن تنظيماً خاصاً.

الخلاصة أن تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية أو خارجها يتم تنفيذه فيها بموجب طلب تأييد للحكم يقدمه طالب التنفيذ إلى المحكمة الفيدرالية الأمريكية في الولاية التي يختارها تبعاً لارتباطها بالمدعى عليه خلال ثلاث سنوات منذ إصدار الحكم للأسباب المحددة التي وردت في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك 1958 والتي كساها القضاء الأمريكي لباساً أكثر تحديداً في صالح تسهيل تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية.

لكننا نتساءل بالنسبة للمطلوب ضده التنفيذ بالنسبة لحكم التحكيم البحري الدولي الصادر في الولايات المتحدة عن إمكانية التعارض بين نظام الطعن المقرر له على الحكم والذي بحثناه في الفصل السابق، ونظام دفاعه في دعوى تأييد الحكم تمهيداً لتنفيذه، وعن الفرق بالنسبة له بين النظامين خاصة وأننا ذكرنا بصدد الطعن على حكم التحكيم البحري الدولي الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية في المبحث السابق أن ميعاد رفع الطعن هو ثلاثة أشهر منذ إصدار الحكم، في حين أن ميعاد تقديم طالب التنفيذ لطلب تأييد الحكم هو ثلاث سنوات منذ إصدار الحكم فهل هذه المدة الطويلة تبقى الباب مفتوحاً للمطلوب ضده التنفيذ للطعن على الحكم خلال هذه السنوات للأسباب التي ذكرناها بهذا الشأن والواردة في المادتين العاشرة والحادية عشر من قانون التحكيم الفيدرالي 1935 وهل هناك فرق بين الأسباب الواردة هناك في الفصل السابق للطعن على الحكم، والأسباب الواردة في هذا الفصل بشأن رفض الاعتراف والتنفيذ. وهل تختلف نتيجة الطعن عن نتيجة الدفع برفض الاعتراف والتنفيذ؟

رد القضاء الأمريكي على مسألة التعارض بين ميعاد الطعن على حكم التحكيم البحري الدولي الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية وهو ثلاثة أشهر منذ إصدار الحكم وميعاد تقديم طلب التأييد أو التصديق على حكم التحكيم البحري الدولي الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية مقرر أن الكونجرس الأمريكي لم يكن غافلاً عن هذا التعارض ولم يكن يسمح به حيث إنه إذا كان يجوز للطرف الخاسر أن يرفع طعناً على حكم التحكيم البحري الدولي الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية أمام القضاء الأمريكي خلال ثلاثة أشهر من إصدار الحكم وفقاً للأسباب المقررة في المادتين العاشرة والحادية عشر من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي 1925 والتي قد تكون نتيجتها إما تأييد الحكم أو إبطاله أو تعديله أو تصحيحه فإنه وبانتهاء هذه الثلاثة أشهر دون تقديمه هذا الطعن ينقضي حقه فيه بإهماله⁷⁹².

أما مدة الثلاثة أعوام المقررة لطالب التنفيذ فهي مقررة لمصلحته بحيث يعد تقديم المطلوب

⁷⁹² Florosynth inc v pickholz 2d cir 1984 in m wilford et others time charters 1989 , p 383 6384

ضده التنفيذ لدفاعه في هذه الحالة بعد انقضاء مدة الثلاثة أشهر التي كانت مقررة له للطعن على الحكم من قبيل الدفاع ضد طلب تأييد الحكم أو التصديق عليه وليس طعنا على الحكم مباشرة.

في هذا فرق للطرف الخاسر المطلوب ضده التنفيذ من ناحيتين:

"الناحية الأولى: هناك فرق النسبة لأسباب الطعن على الحكم: حيث إن أسباب الطعن المباشر على الحكم وفقا لنظام الطعن والواردة في المادتين العاشرة والحادية عشرة من قانون التحكيم الفيدرالي 1925 هي أسباب أكثر اتساعا من الأسباب المقدمة كدفع لرفض الاعتراف والتنفيذ، فإذا كان القضاء الأمريكي يميل في الحالتين إلى تفسير الأسباب تفسيراً ضيقاً وإذا كان النظامان يشتركان في بعض الأسباب مثل تخطي المحكمون لسلطاتهم أو احترام المبادئ الأساسية للتقاضي أو النظام العام فإن الطعن على الحكم طعنا مباشرا تتسع أسبابه لبعض الأسباب القانونية فضلا عن الأسباب القضائية.

فأما عن الأسباب القانونية فهي صدور الحكم مشوبا بالفساد أو الغش أو بوسائل غير لائقة والتحيز الواضح للمحكمين أو سوء سلوكهم أو فسادهم أو سوء تصرفهم فضلا عن أسباب الطعن بالتعديل أو التصحيح من وجود أخطاء حسابية واضحة وهامة أو في تعيين أي فرد أو شيء أو ممتلكات يشير إليها الحكم أو من فصل المحكمين في مسائل لم تعرض عليهم أو من اتصاف الحكم بعدم الدقة من الناحية الشكلية التي لا تؤثر على جوانب النزاع وأبعاده.

أما عن الأسباب القضائية فنقصد بها السبب القضائي وهو الإهمال الواضح للقانون، حيث إن هذا السبب القضائي للطعن بالإبطال على حكم التحكيم وإن لم يكن محدد المضمون بعد، إلا أن القضاء الأمريكي لا يقبل من المطلوب ضده التنفيذ أن يدفع بصدد الدعوى التي تنظر في طلب طالب التنفيذ تأييد الحكم أو تنفيذه فهذا السبب فضلا عن عدم وروده في اتفاقية نيويورك 1958 وفضلا عن السماح بتقديمه كسب للطعن بالإلغاء على حكم التحكيم كما سبق ورأينا في الفصل السابق إلا أن القضاء الأمريكي لم يقره بصدد الدفع برفض الاعتراف أو التنفيذ حيث تقول المحكمة الأمريكية: "... إنه أيا كان معنى جملة الإهمال الواضح للقانون" فإنها لا ترفى إلى مستوى مخالفة النظام العام بالمعنى الذي قصده المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك 1958 ... كما لا ترقى إلى مستوى اعتبارها سببا مستقلا من أسباب إلغاء الحكم التحكيمي التي تدخل في نطاق تطبيق هذه الاتفاقية⁷⁹³.

هكذا، فإن القضاء الأمريكي لا يسمح بالدفع بالإعمال الواضح للقانون لرفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي حيث لا يدخل هذا السبب ضمن الأسباب الواردة في الاتفاقية فضلا عن أنه سبب غير محدد المضمون ويعطيه القضاء الأمريكي معنى ضيقا كما ذكرنا بالإضافة إلى الاتجاه العام للقضاء الأمريكي الذي يرفض تدخل القضاء الأمريكي في فصل المحكم حول

⁷⁹³ Brandeis intesl ltd v calabrian chemicals corporation s d n y 1987 in l a niddam ante , p 59

موضوع النزاع والذي يتنافى مع هذا السبب الذي قد يقتضي هذا التدخل⁷⁹⁴ كما أن الإهمال الواضح للقانون لا يدخل تحت سبب النظام العام الوارد في الاتفاقية لأن دخوله تحت هذا السبب يتنافى والتفسير الضيق لفكرة النظام العام الدولي التي قررها القضاء الأمريكي لتسهيل تنفيذ الأحكام التحكيمية التي جعلت البعض يتساءل عن الوجود الحقيقي للنظام العام الدولي.⁷⁹⁵

أما عن الناحية الثانية التي تمثل فرقا بين الطعن المباشر على الحكم والدفع برفض التنفيذ فتتمثل في نتيجة الطعن والدفع.

حيث إن الطعن قد يترتب عليه إما تأييد الحكم أو إلغاؤه أو تعديله أو تصحيحه في حين يترتب على طلب الحكم إما تأييد الحكم أو رفض تأييده ومن ثم رفض تنفيذه.

بذلك، فإن الطعن المباشر على حكم التحكيم البحري الدولي في الولايات المتحدة الأمريكية لا يكون إلا على الأحكام التحكيمية الصادرة في الولايات المتحدة الأمريكية، أما طلب التنفيذ واستئناف الحكم الصادر بشأنه فيجوز بالنسبة لأحكام التحكيم البحري الدولي سواء صدرت في الولايات المتحدة الأمريكية أم خارجها.

الفقرة الثانية: تقويم تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي

رأينا الفضل الكبير لاتفاقية نيويورك 1958 للاعتراف بأحكام التحكيم البحري الدولي وتنفيذها في كل من فرنسا ومصر وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، الذي امتد في معظمها ليشمل أيضا توحيد أسباب الطعن على الأحكام بحيث تبنت الدول الأربع محل البحث أحكام اتفاقية نيويورك 1958 بصدد الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم البحري إما بالتصديق عليها أو بإدماجها في تشريعاتها التحكيمية الوطنية لتطبق على تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي ليس فقط الصادرة على إقليم الدولة الأخرى بل بإضافة معايير أخرى دولية الأحكام التحكيمية وسعت من نطاق تطبيق الاتفاقية لتطبق على تنفيذ معظم الأحكام التحكيمية البحرية.

كذلك رأينا كيف حصرت الاتفاقية ومن ثم القوانين التحكيمية في الدول محل البحث أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ في أسباب محددة ومحصورة واردة في الاتفاقية والقوانين ثم طبقها القضاء الوطني في هذه الدول تطبيقا يتمشى مع روح الاتفاقية وهدفها بتفسير هذه الأسباب تفسيراً ضيقاً في صالح تسهيل تنفيذ الأحكام التحكيمية.

بالتالي فإن اتفاقية نيويورك 1958 قد نجحت إلى حد كبير في توحيد الحلول في الدول محل البحث بالنسبة لهذه المسألة بحيث لا توجد بينها في هذا الشأن سوى اختلافات طفيفة في كيفية سير إجراءات الاعتراف والتنفيذ التي سمحت للاتفاقية للدول الموقعة بتنظيمها وفقاً

⁷⁹⁴ S le pera where to vacate and how to resist enforcement of foreign arbitral award in niddam ante , p 60

⁷⁹⁵ I de la houssaye manifest disregard of the law in international commercial arbitration in niddam ante p 60

فأما عن وجه الاختلاف فتكون على النحو الآتي:

أولاً: فيتمثل في الصورة التي يتم عليها تنفيذ الحكم والتي تأخذ في فرنسا ومصر صورة أمر التنفيذ l'exequatur الذي يختم به الحكم التحكيمي ثم ينفذ بصفته كذلك، في حين أنها تأخذ في إنجلترا والولايات المتحدة لأمرية صورة تأييد الحكم أو التصديق عليه the confirmation والذي به يندمج الحكم التحكيمي في الحكم القضائي الصادر بتأييده ثم ينفذ بصفته كذلك.

ثانياً: فيتمثل في جهة الاختصاص بالأمر بالتنفيذ أو بالتأييد ففي فرنسا ومصر قاضي التنفيذ في إحدى محاكم الاستئناف أي إحدى محاكم الدرجة الثانية أما في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية فهي المحكمة البحرية الانجليزية أو المحكمة الفيدرالية الأمريكية للدرجة الأولى.

ثالثاً: فيتمثل في كيفية فصل جهة الاختصاص في طلب الأمر بالتنفيذ أو بالتأييد حيث يفصل فيه القاضي الفرنسي أو المصري بصفة ولائية بناء على المستندات فقط دون مواجهة بين الأطراف أو حضورهم في فحص ظاهري للحكم للتحقق فقط من عدم مخالفته للنظام العام في هاتين الدولتين، في حين تفصل المحكمة الانجليزية أو الأمريكية في الطلب بنظام المواجهة بين الأطراف وهي وإن كانت تتم وفق اجراءات مختصرة بعض الشيء إلا أنها تتم كما لو كانت دعوى حضورية يقدم فيها المطلوب ضده التنفيذ في دفاعاته المقامة على الأسباب الواردة في اتفاقية نيويورك 1958 وفي هذا الاختلاف زيادة درجة من درجات التقاضي بالنسبة للحكم التحكيمي في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية.

رابعاً: فيتمثل في التظلم من الأمر بالتنفيذ أو برفضه حيث إن هذا التظلم مغلق في مصر بالنسبة للأمر الصادر بتنفيذ الحكم في حين أنه مفتوح في مصر بالنسبة للأمر الصادر برفض التنفيذ أما في فرنسا فهو مغلق بالنسبة للأمر الصادر بتنفيذ الحكم إذا كان الحكم صادراً في فرنسا ومفتوح بالنسبة للأمر الصادر بتنفيذ الحكم إذا كان الحكم صادراً خارج فرنسا، ومفتوح كذلك للأمر الصادر برفض التنفيذ سواء أكان الحكم صادراً في فرنسا أم خارجها. وفي الدولتين ينعقد الاختصاص لمحكمة الاستئناف في اختصاص مانع لا يتجاوزها، أما في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية فإن التظلم من الأمر الصادر بتأييد الحكم أو برفض تأييده مفتوح دائماً، وإن صعبت شروطه في إنجلترا - كما رأينا - وذلك أمام المحكمة الاستئنافية الانجليزية أو أمام المحكمة الاستئنافية الفيدرالية الأمريكي وقد يتم الطعن مرة أخرى بزيادة درجة أخرى للتقاضي، وذلك إما أمام مجلس اللوردات الانجليزي، أو أمام المحكمة العليا الأمريكية إن توافرت شروط الطعن وفقاً للقواعد العامة.

لكن رغم هذه الاختلافات في كيفية تنظيم إجراءات التنفيذ في الدول محل البحث إلا أن

جوهر التنفيذ واحد ويتمثل في تشجيع التحكيم البحري الدولي وتسهيل تنفيذ أحكامه في إطار من النظام المقرر في معاهدة نيويورك 1958⁷⁹⁶ التي شكلت ثورة حقيقية فيما يتعلق بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية وأهم ما في هذه الثورة أنها لم تعد تشترط صيغة التنفيذ في الدولة التي صدر فيها الحكم لكي تمنح صيغة التنفيذ في الدولة المطلوب منها التنفيذ فصار حكم التحكيم معفى من الصيغة التنفيذية المكررة كما أن الاتفاقية حققت ثورة ثانية عندما قررت تطبيق قانونين على إجراءات التحكيم وهما قانون الإرادة الذي اتفق عليه الطرفان وقانون الدولة التي تم فيها التحكيم إن تخلف قانون الإرادة بحيث فكت الارتباط بين التحكيم الدولي وبين قانون الدول التي صدر فيها الحكم، فالتحكيم الدولي يحتاج لانطلاق سيره وازدهاره إلى أن يكون لسلطان الإرادة أسبقية على القوانين الداخلية ولا يرجح سلطان قانون داخلي على تحكيم دولي إلا إذا شاء سلطان الإرادة ذلك أو إذا خلا العقد من خيار وحققت الاتفاقية ثورة ثالثة تتعلق بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي إذ أنها قبلت عبء الإثبات جاعلة من الحكم التحكيمي في يد حائزه سنداً ثابتاً يعتد به بحيث يعد مجرد تقديمه مع اتفاق التحكيم إثباتاً يعتد به على وجوده الإلزامي وينقل بعد ذلك من تلقاء نفسه فصار الحكم التحكيمي مقبولاً حتى ثبوت العكس⁷⁹⁷.

المبحث السادس: قانون التحكيم بدولة الإمارات العربية المتحدة⁷⁹⁸

نظراً للأهمية الكبرى للتحكيم وما يلعبه من دور كبير في حل المنازعات التجارية، وما تتطلع له دولة الامارات العربية المتحدة من دور رائد في تفعيل ذلك المجال والمضي قدماً نحو مواكبة الركب ومجاراته والتفوق عليه في ذلك المجال وما ترمي اليه الحكومة الرشيدة من تطلعات كبيرة جداً في كافة المجالات ومن أهمها التجارة التي تلعب دوراً هاماً وكبيراً في نمو اقتصاد الدولة، وما تصبو إليه الدولة من تطلعات للتربع على صدارة الدول عالمياً بالمستقبل القريب استشرافاً للمستقبل⁷⁹⁹، فقد تم اصدار قانون التحكيم الذي سوف يسهم في إيجاد سند تشريعي شامل وحديث لقواعد التحكيم في الإمارات بما يتماشى مع تطورات التحكيم الدولي، وخلق إطار تشريعي محفز لجذب المحكمين ومؤسسات التحكيم بما يجعل من

⁷⁹⁶ اتفاقية نيويورك 1958 بشأن التحكيم البحري.

⁷⁹⁷ - د عبد الحميد الأحمد. من اتفاقية نيويورك إلى القانون النموذجي للتحكيم الدولي، مقال مقدم إلى مؤتمر القاهرة /الإسكندرية للتحكيم التجاري والبحري الدوليين الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالتعاون مع الهيئة العربية للتحكيم الدولي لمناقشة المشروع المصري لقانون التحكيم المصري في المدة من 11 - 15 أكتوبر 1992 ص 4-5

⁷⁹⁸ - القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2018 بشأن التحكيم بدولة الإمارات العربية المتحدة صدر في قصر الرئاسة في أبوظبي 3 مايو 2018 موقعا من صاحب السمو/ الشيخ خليفة بن زايد آل نهيان رئيس الدولة حفظه الله ورعاه، ويعتبر قانون جديد للتحكيم بدولة الإمارات العربية المتحدة حيث عقدت لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية والطعون للمجلس الوطني الاتحادي، يوم، الاثنين 06 نوفمبر 2017 اجتماعها الأول الإجرائي، وذلك في مقر الأمانة العامة بدبي جرى، خلال الاجتماع، انتخاب رئيس ومقرر للجنة وفقاً للمادة 52 من اللائحة الداخلية للمجلس، حيث تم انتخاب الشيخ محمد عبدالله النعيمي رئيساً، وجاسم عبدالله النقبسي مقررراً. وناقشت اللجنة مشروع قانون اتحادي في شأن التحكيم بحضور ممثلي 12 جهة حكومية وخاصة، حيث استمعت إلى ملاحظات مجموعة من الجهات على بعض بنود القانون. وبعد ذلك أحيل المشروع على إجراءات المصادقة من قبل رئيس الدولة.

⁷⁹⁹ - استشراف المستقبل وفق منظور حكومة دولة الامارات العربية المتحدة: هي عملية تبني المنهجيات والأساليب العملية لمحاولة فهم التطورات والتغيرات التي ستحدث في المستقبل وتقليل نسبة الغموض وعدم اليقين بغرض الاستعداد والتخطيط وينقسم لمستقبل قريب ومتوسط وبعيد يمتد لأكثر من عشر سنوات.

الإمارات حاضنة رائدة في مجال التحكيم الدولي، وبما يتوافق مع أحدث الاتجاهات العالمية في هذا المجال.

إن الإمارات تتمتع باقتصاد نابض بالحيوية والنشاط، ولديها بيئة أعمال دائمة التطور والتجدد، وتعد مقصداً تجارياً واستثمارياً رئيسياً على مستوى المنطقة، لذلك فإن تزويد المناخ الاقتصادي النشط للدولة بأطر تشريعية تعزز جاذبيته الاقتصادية والاستثمارية وتزيد ثقة الأطراف المعنية به هو أمر محوري لمواصلة مسيرة التنمية المستدامة، وهو ما يبرز أهمية صدور القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2018 بشأن التحكيم، باعتباره خطوة أساسية للارتقاء ببيئة التحكيم في الدولة كوسيلة قانونية لحل النزاعات التجارية.

كما أن قانون التحكيم الجديد جزء من الرؤية الواعدة لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، ويساهم في تعزيز ثقة المستثمرين الأجانب والمحليين بقوانين الدولة، وترسيخ مصداقية عمليات التحكيم المحلية ما يدعم المكانة الريادية للدولة .

الفقرة الأولى: السمات البارزة للقانون الجديد:

القانون الجديد يتعلق بالمحكمين في دولة الإمارات العربية المتحدة مثله مثل أي قانون جديد قدم في أي اختصاص قضائي هام. وتوفر العديد من الولايات القضائية حصانة للمحكمين لكي يكون لهم هيئة تحكيم مناسبة. وهم محصنون من المسؤولية المدنية الناشئة عن دورهم كمحكم. ولهذه الحرية دعم واسع النطاق في جميع الولايات القضائية الدولية تقريباً. وفي قضية المحكمة العليا الأسترالية الأخيرة، رأت المحكمة أن المحكّمين مسؤولون أمام الطرفين فقط إذا ألغت المحكمة الحكم وإذا قرر أحد الأطراف أن محكماً كان مهملًا إلى حد كبير. وبالمثل، توفر بلدان مثل المملكة المتحدة وكندا أيضاً حصانة كاملة للمحكّمين من المسؤولية المدنية ما لم تثبت إدانتهم بالاحتيال أو سوء النية في المحكمة.

وهناك ثلاثة أنواع أساسية من الواجبات التي تفرض على المحكم. هذه الواجبات يفرضها الطرفان، والمسؤوليات التي يفرضها القانون، والالتزام الأخلاقي. وتشمل هذه الواجبات على سبيل المثال لا الحصر:

- تسوية النزاع وإعطاء قرار لا يخضع للطعن على مستوى النفاذ،
 - العمل بشكل مستقل ونزيه أثناء المحكمة، واتباع الموعد النهائي وتفادي التأخير،
 - العمل بحسن نية والحفاظ على السرية، وتوفير الفرصة لكل الأطراف لتمثيل قضيتهم.
- ويؤدي عدم القيام بأي من المهام المذكورة أعلاه أو الواجبات التي يفرضها القانون إلى الطعن في قرار التحكيم أو المسؤولية المدنية أو حتى في المسؤولية الجنائية عن المحكّمين في العديد من الولايات القضائية.

ويتضمن القانون 61 مادة، مقسمة على ستة فصول، ويهدف إلى "دعم التنمية الاقتصادية في الدولة، ما يعزز من أداء البيئة الاستثمارية، التي تحرص الحكومة بصورة مستمرة على دعمها بالقوانين والتشريعات الفعالة المواكبة للتطورات الاقتصادية التي تنشدها الدولة على كل الأصعدة ."

وتحدثت أبرز مواد القانون عن كيفية اختيار هيئة التحكيم، إذ حددت المادة (11) ثمانية بنود أو طرق لاختيار هيئة التحكيم، أولها اتفاق الأطراف على الإجراءات الواجب اتباعها لتعيين المحكم أو المحكمين، ووقت وكيفية تعيينهم، بينما نص البند الثاني على أنه "إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد، ولم يتمكن الأطراف من الاتفاق على المحكم خلال 15 يوماً من تاريخ تقديم طلب خطي من قبل أحد الأطراف لإعلام الطرف الآخر القيام بذلك، تتولى الجهة المعنية تعيينه بناء على طلب من قبل أحد الأطراف، ولا يقبل الطعن على ذلك القرار بأي طريق من طرق الطعن".

وأوضح البند الثالث أنه "إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، يختار كل طرف محكماً من طرفه، ثم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث، وإذا لم يتم أحد الأطراف باختيار محكم من طرفه خلال 15 يوماً من تاريخ تعيين آخرهما، تتولى المحكمة أو الجهة المفوضة تعيينه على وجه الاستعجال بناءً على طلب من قبل أحد الأطراف، ولا يقبل الطعن على ذلك القرار بأي طريق من طرق الطعن".

فيما نص البند الرابع على أنه "على الجهة المعنية أن تراعي في المحكم الذي تتولى اختياره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك المتفق عليها من الأطراف، بما يكفل تعيين محكم مستقل ومحايّد، على أن يؤخذ في الاعتبار اختيار المحكم الفرد أو رئيس هيئة التحكيم من جنسية تختلف عن جنسية الأطراف، وذلك حسب الأحوال".

ونص البند الخامس على أنه "في الأحوال التي لا تعين فيها الجهة المفوضة المحكم وفقاً للإجراءات التي يحددها اتفاق الأطراف، أو وفق أحكام هذا القانون (في حال عدم وجود اتفاق)، فيجوز لأي من الأطراف أن يطلب من المحكمة أن تتخذ الإجراء اللازم لإتمام تشكيل وتعيين أعضاء هيئة التحكيم"، وذكر البند السادس أنه إذا قُدم طلب إلى الجهة المعنية لتعيين محكم، فعلى مقدم الطلب أن يوجه نسخاً منه في الوقت نفسه إلى جميع الأطراف الأخرى، وإلى أي محكم سبق تعيينه بالنزاع نفسه، ويجب أن يبين الطلب بإيجاز موضوع النزاع، وأية شروط يتطلبها اتفاق التحكيم في المحكم المطلوب تعيينه، وجميع الخطوات التي تم اتخاذها لتعيين أي عضو متبق في هيئة التحكيم.

وأكد البند السابع أن المحكم الثالث المعين، يتولى رئاسة هيئة التحكيم، ويسري هذا الحكم في حال تشكيل هيئة تحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين، كما يجوز للمحكمة بناءً على طلب أحد الأطراف أن تطلب من أي مؤسسة تحكيم في الدولة تزويدها بقائمة لا تزيد على ستة أسماء من المختصين في مجال التحكيم، لتعين المحكمة أحدهم، وذلك بعد سداد الرسوم المقررة في مؤسسة التحكيم من قبل الطرف الذي قدم الطلب، وتعتبر جزءاً من تكاليف التحكيم.

فيما أوضح البند الأخير أن أي قرار في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد، يجب أن يتخذ بأغلبية أعضاء هيئة التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فيما يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يترأس الهيئة، إذا أذن له بذلك الأطراف أو بقية أعضاء هيئة التحكيم.

وتحدثت المادة 14 من القانون عن أسباب رد المحكم، مؤكدة أنه «لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده أو استقلاله، أو ثبت عدم توافر الشروط التي اتفق عليها الأطراف فيه، كما لا يقبل من أي من الأطراف طلب رد المحكم الذي عينه أو الذي اشترك في تعيينه إلا لسبب تبين له بعد أن تم هذا التعيين، وأخيراً لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم وللسبب ذاته».

وحددت المادة (32) أربعة أنواع من إخلال الأطراف بالتزاماتهم، أولها «إذا لم يقدم المحكم دون عذر مقبول بيان الدعوى التحكيمية، وفقاً لما تنص عليه هذه القواعد، وما اتفق الأطراف على اتباعه من إجراءات»، مؤكدة أنه يجوز لهيئة التحكيم في هذه الحالة أن تقرر إنهاء الإجراءات، إذا اقتنعت بوجود تأخير مفرط وغير مبرر من جانب المحكم عند متابعة دعواه، وأن التأخير يتسبب باستحالة الوصول إلى حل عادل أو بإجحاف بحق المحكم ضده.

والنوع الثاني يحدث إذا لم يقدم المحكم ضده مذكرة بدفاعه، موضحة أنه يجب على هيئة التحكيم وقتها الاستمرار في إجراءات التحكيم، فيما يتحدث النوع الثالث عن «إذا تخلف أحد الأطراف عن حضور إحدى الجلسات، أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات، أو القيام بأي إجراء دون عذر مقبول»، مؤكدة أنه يجوز لهيئة التحكيم وقتها الاستمرار في إجراءات التحكيم، وأن تستنتج ما تراه مناسباً في ضوء تصرفات وإخلال ذلك الطرف، وذلك حسبما تبرزه ظروف الدعوى التحكيمية، وإصدار حكمها في النزاع استناداً إلى عناصر الإثبات المتوافرة لديها.

ومنح النوع الرابع من الإخلالات هيئة التحكيم حق استجواب الشهود، بمن فيهم شهود الخبرة، من خلال وسائل الاتصال الحديثة التي لا تتطلب حضورهم بشكل شخصي للجلسة، كالتداول بوسائل الاتصال المرئية.

وحددت المادة (53) من قانون التحكيم سبعة أسباب للطعن على حكم التحكيم، بموجب رفع دعوى بطلان، أولها "عدم وجود اتفاق تحكيم، أو أن الاتفاق كان باطلاً أو سقط بانتهاء مدته وفق القانون الذي أخضعه له الأطراف، أو وفقاً لهذا القانون، وذلك في حالة عدم وجود إشارة إلى قانون معين. والثاني إثبات أن أحد أطراف التحكيم كان فاقداً أو ناقصاً للأهلية وقت إبرام اتفاق التحكيم، والثالث تعذر أحد أطراف التحكيم عن تقديم دفاعه، بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو نتيجة إخلال هيئة التحكيم بأسس التقاضي، أو لأي سبب آخر خارج إرادته. والرابع إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، والخامس أن يكون تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين أحد المحكمين تم على وجه مخالف لأحكام القانون أو لاتفاق الأطراف، والسادس يمكن الطعن في حال كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم، أو صدر حكم التحكيم بعد انتهاء المدة المقررة له، وأخيراً يمكن الطعن على حكم التحكيم إذا فصل في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود الاتفاق.

كما أن القانون الجديد أبرز أن "كل من يصدر قراراً أو يصدر رأياً أو يقدم تقريراً أو يعرض قضية أو يؤكد حقيقة لصالح أو ضد شخص ما، خلافاً لواجبات الحياد والصدق

المطلوبة بصفتها يعاقب بالحبس المؤقت و ذلك يشمل المحكمون أو الخبراء أو المترجمون الشفويون أو المحققون المعينون من قبل السلطة الإدارية أو القضائية أو الذين يرشحهم الطرفان بالسجن المؤقت، ويجب منع الفئات المذكورة أعلاه من تولي أية مهام جديدة، أحكام المادة 255 من هذا القانون ."

وقبل هذا التعديل، لم تفرض المادة الخاصة بالمسؤولية الجنائية إلا على الخبراء الذين تعينهم المحاكم. وفيما يتعلق بهذا التغيير، تمتد المسؤولية الجنائية إلى الخبراء وكذلك المحكمين الذين تختارهم مؤسسة تحكيم. أما الأشخاص المعينون بموجب النظام المخصص من جانب الأطراف أو السلطة القضائية فسيكونون مسؤولين جنائياً إذا خالفوا أحكام المادة المذكورة أعلاه.

قد أثار فرض المسؤولية الجنائية اهتماماً كبيراً في دولة الإمارات العربية المتحدة. ويظهر القلق من حقيقة أن القرار في إجراءات التحكيم لا يمكن الطعن فيه، خلافاً لنظم المحاكم. وتوجد أسباب محدودة للطعن في قرار التحكيم على مستوى الإنفاذ. وهي لا تشمل التطبيق غير المشروع للقوانين، ولا تغطي سوى القضايا الرئيسية مثل المسائل المتعلقة بالرشوة. ولذلك، فإن هذه القوانين المعدلة تعزز تحسين قوة إجراءات التحكيم من خلال فرض المسؤولية الجنائية ليس فقط على المحكمين ولكن أيضاً على الخبراء والمترجمين الذين يصدر عنهم آراء تتعارض مع واجبات الحياد والحقيقة. يقدر العلماء وأطراف التحكيم الأنظمة الجديدة لفرض بعض القيود على المحكمين.

ومن ناحية أخرى، يرى المحكمون أن عواقب هذه التعديلات قد تمدد الجدول الزمني لإجراء التحكيم، فضلاً عن الإضرار بسمعة المحكمين عموماً. ولا تتطلب المادة المذكورة دليلاً على النية الإيجابية للمخالفة من جانب المحكم. إن عدم الإخلال بواجبات الإنصاف والحياد لم يتم تعريفه، وهو ما يشكل معنى واسعاً في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة الذي يترك علامة استفهام كبيرة للمحكمين. وهو السؤال الذي طرحه المجتمع القانوني على هذا الجانب بالذات من خلال مقارنة المادة 22 من قانون التحكيم في مركز دبي المالي العالمي، والتي تنص على ما يلي:

"لا يجوز لأي شخص محكم أو موظف أو وكيل لمحكم أو مؤسسة تحكيم أو ضابط في مؤسسة تحكيم أو سلطة تعيين أن يكون مسؤولاً أمام أي شخص عن أي فعل أو امتناع عن القيام به فيما يتعلق بالتحكيم ما لم تثبت أنها تسببت في أضرار من جراء وعي وخطأ متعمد." وعلاوة على ذلك، عند مقارنة المادة المذكورة مع الولايات القضائية الأخرى التي تنطبق عليها المسؤولية الجنائية للمحكمين، تكون تلك القوانين أكثر تحديداً ويسهل تطبيقها عملياً. وتنشأ المسؤولية الجنائية للمحكمين عن ممارسة وظائفهم شبه القضائية. وبموجب النظام الإسباني، تعرف الجرائم بأنها جرائم محددة، والتعاريف أكثر دقة، مثل تعريفات الرشوة في المادتين 385 و 388 من القانون الجنائي والمفاوضات غير القانونية في المواد 297-298 من القانون الجنائي. ويعتبر سوء السلوك مسؤولية جنائية في الأرجنتين والقانون محدد في هذا الشأن. كما تفرض الصين المسؤولية الجنائية على المحكمين في ظروف معينة.

بناءً على ذلك، لا توجد مبادئ توجيهية بشأن ما سيظهر كدليل على مخالفة الواجب. وبالتالي، فإن المحكمين كممارسين للقانون يفهمون أن فرصة الدفاع عن أنفسهم في مثل هذه الحالات ضيقة جداً. ومع ذلك، بصفة عامة، فإن الممارسة، وإثبات أن المحكم تصرف بشكل غير صادق وبطريقة جزئية مهمة صعبة. على الرغم من سهولة أو صعوبة الإثبات، فإن للطرف الخاسر من التحكيم محاولة استخدام المادة المذكورة عندما يكونون غير راضين عن نتيجة قرار التحكيم. مع محدودية عدد الأسباب التي يمكن الطعن بها في مستوى الإنفاذ، فإن الأطراف سوف تستخدم هذه المادة في معظم الأحيان، وسوف تؤخر العملية وتضر بسمعة المحكم بلا شك.

الفقرة الثانية: أثر القانون الجديد

لا يمكن إعادة النظر في الأضرار التي لحقت بسمعة المحكمين لأن عواقب المسؤولية الجنائية بموجب قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة خطيرة. وسوف يؤدي ذلك إلى التحقيق، ويجب على الشخص المتهم تسليم جواز سفره، وأحياناً قد تقرر السلطات تقييد السفر خارج دولة الإمارات العربية المتحدة، والتغييرات في السجن مرتفعة جداً. ونتيجة لذلك، لا يخاطر المحكمون بأن تكون المحاكم محكمين وحيدتين فقط بسبب الخوف من العواقب اللاحقة. ولذلك، يضطر الطرفان في بعض المحاكم إلى تعيين ثلاثة محكمين بغض النظر عن عدد المحكمين المتفق عليه في شرط التحكيم الخاص بالعقد. ولهذه العملية أثر على المفهوم الأساسي للتحكيم وهو حرية الأطراف حيث يكون للأطراف حرية اختيار إجراءات التحكيم. وثمة أثر آخر هو بذل العناية الواجبة، حيث ينظر المحكمون والخبراء المعنيون على نحو وثيق في خلفية الأطراف ومحاميهم وسلوكهم في الماضي. ومن ناحية أخرى، ينظر المحكمون بعناية إلى أعضاء زملائهم في المحكمة وسلوكهم السابق. وتتطلب المحاكم الآن من الأطراف أن تقدم في بيان أنها تعامل معاملة عادلة في المحكمة بصرف النظر عما إذا كان هذا صحيحاً أم لا. لذلك، يمكن للمحكمين استخدام هذا لاحقاً للدفاع عن أنفسهم. والمحكمون مسؤولون أيضاً عن دفع تعويضات للطرفين بموجب المادة 20 إذا استقالوا من محكمة جارية دون إبداء سبب وجيه. وبالنظر إلى كل هذه الأسباب، يرى بعض الباحثين أن هذا شكل من أشكال الهجوم على المحكمين. وعلاوة على ذلك، هناك أحكام مخففة في ظروف معينة أيضاً. ويعفى من العقوبة الشاهد الذي: إذا كان سيتعرض لضرر شديد في حريته أو شرفه إذا قال الحقيقة أو إن كان في شهادته متحيزاً لزوجته، حتى ولو كان مطلقاً أو أحد أصوله أو أحفاده أو إخوانه أو أخواته أو أهله من نفس الدرجات.

الشاهد الذي يكشف أمام المحكمة اسمه ولقبه و الذي لم يستمع إليه كشاهد أو إذا كان عليه أن يقول أنه له الحق في الامتناع عن الإدلاء بالشهادة إذا رغب في ذلك. وفي الحالتين المذكورتين أعلاه، إذا أفضت شهادة الزور إلى تعرض شخص آخر للملاحقة القانونية أو إلى حكم، يحكم على صاحب البلاغ بالحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر".

ويجب على المحكمين أن يتصرفوا بصدق وبمسؤولية، وأن يمتثلوا لمعاييرهم المهنية، وأن لا يخضعوا للتحيز عند إجراء المحاكمة. فهي مقاعد القيادة للتحكيم، وبالتالي فإن سلوكها يؤثر على المحكمة وزيادة صغيرة في قوة المحكمين أو تقييد طفيف في سلطاتها سوف يكون له تأثير كبير على المسألة العامة. ومن الواضح أن فرض المسؤولية الجنائية على المحكمين لا يؤثر فقط على المحكمين، بل يؤثر أيضاً على إجراءات التحكيم برمتها.

وعلى الرغم من أن الكتاب التشريعيين قدموا بعض التوضيحات والمبررات، لكن لم يحدث تغيير كبير في هذه المسألة.

كما أن المادة السالفة الذكر تؤدي إلى موقف لم تعد فيه دولة الإمارات العربية المتحدة مكاناً مناسباً حيث انخفض عدد المحكمين الذين وقعوا في محاكم الإمارات العربية المتحدة. هناك بعض الحوادث المبلغ عنها حيث وجد المحكمون الدوليون مترددين في إجراء قضايا التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة، وعواقب ذلك هي تأخير التحكيم والمزيد من الإحباط للطرفين. وبدون نظام تحكيم فعال، لن تختار الشركات والممارسون دولة الإمارات العربية المتحدة كمقعد للتحكيم. ومن المفهوم أن جميع المؤسسات الرائدة في جميع أنحاء العالم تشكل وتحسن لوائحها من أجل تحسين تجربة التحكيم للأطراف. على سبيل المثال، إدخال إجراءات التحكيم المعجل في المحكمة الجنائية الدولية، "ليا" وغيرها من المؤسسات التي تسمح وسائل الاتصال الحديثة في المحكمة، والموافقة على المحكمة "وثائق فقط" الافتراضي بموجب مؤسسة التحكيم "هياك".

وبهذه الطريقة، يجب على دولة الإمارات العربية المتحدة أيضاً اتخاذ تدابير وتغييرات لجذب التحكيم الدولي. ومع ذلك، يمكن الإشارة إلى أن صياغة المادة مع نية كاملة غاب عن العواقب اللاحقة والتأثير الشديد قد يكون لها على سمعة التحكيم الإماراتي.

وبالنظر إلى جميع العواقب اللاحقة، فإن الممارسين والمحكمين الإماراتيين بدعم من مؤسسات التحكيم الدولية قدموا نداء إلى الحكومة الإماراتية للوزارة لإعادة النظر في المسؤولية الجنائية الخطيرة المفروضة على المحكمين. غير أن بعض الباحثين يقولون إن نية الصياغة التشريعية من غير المرجح أن تتغير لأن دولة الإمارات العربية المتحدة لديها تاريخ في فرض أنظمة صارمة في العديد من المجالات. ومع ذلك، يجوز للمحاكم الإماراتية أن تختار تطبيق تعريف ضيق للمادة المذكورة بالنظر إلى جميع الحقائق والظروف الجارية. وعلى العموم، فقد ثبت أن التشريع الجديد يشكل ضربة قوية لسمعة دولة الإمارات العربية المتحدة كمركز تحكيم دولي رئيسي في الشرق الأوسط.

الفرع الخامس: إحداه مركز الإمارات للتحكيم البحري

يعد المركز بمثابة هيئة مستقلة غير ربحية⁸⁰⁰ تأسست بموجب المرسوم رقم 14 لعام 2016 وهو أول مركز متخصص بالتحكيم البحري⁸⁰¹ في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا. ويقدم المركز خدماته، التي تشمل بشكل رئيسي على تسوية المنازعات في القضايا

⁸⁰⁰ - المرسوم رقم 14 لعام 2016 بشأن إحداه مركز الإمارات للتحكيم البحري.

⁸⁰¹ - المرسوم رقم 14 لعام 2016 بإحداه مركز الإمارات للتحكيم البحري وهو أول مركز متخصص بالتحكيم البحري.

البحرية، بطريقة مهنية للشركات العاملة في دولة الإمارات وبلدان الخليج العربي ومنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا عموماً.

ويمتاز مركز الإمارات للتحكيم البحري بقوانينه المتطورة التي تنسجم مع أرقى المعايير المعتمدة حول العالم مثل قوانين «الأونيسترال»، فضلاً عن اعتماده الاختصاص القضائي لمركز دبي المالي العالمي بشكل أساسي، مما يتيح تنفيذ قرارات التحكيم في الوقت المناسب. وتتمحور رؤية المركز حول تحقيق التميز في التحكيم البحري مع توفير خدمات موثوقة تواكب أرقى المعايير العالمية في هذا السياق.

كما سيتولى مركز الإمارات للتحكيم البحري عقد ورش العمل والندوات والمحاضرات حول القضايا البحرية وقضايا التحكيم والوساطة وغيرها من المواضيع التي تهم الأعضاء ومختلف المعنيين والضرورية للنهوض بالقطاع. وبدأت الفعاليات بالإطلاق الرسمي العام لـ«مركز الإمارات للتحكيم البحري» في 2 نوفمبر 2017 خلال أعمال «قمة دبي البحرية»، تلا ذلك جلسة حوار تمهيدية عقدها المركز في أبوظبي خلال «معرض ومؤتمر أبوظبي الدولي للبترول» (أديبك) في 10 نوفمبر من نفس السنة.

خاتمة القسم الثاني:

توصلنا في هذا القسم إلى أن الإمارات تعتمد أحدث قواعد التحكيم البحري المطبقة في العالم، مستحدثاً نصوصاً خاصة بالتحكيمات المستعجلة، لضمان سرعة البت في القضايا، وتقليل الوقت والجهد والكلفة على أطراف التحكيم. وكذا تطبيق مبادئ الحياد والاستقلالية والنزاهة في التحكيم البحري، سعياً وراء ترسيخ دعائم التحكيم البحري في الإمارات.

تم كذلك إقرار قواعد الصلح والتوفيق، وجدول رسوم للتحكيم، ورسوم عضوية الأفراد والشركات. كما تمت المصادقة على معايير التأهيل وشروط القبول للمحكمين والموفقين والوسطاء في المجال البحري، حرصاً على تأسيس بيئة تحكيمية ذات مهنية عالية وحيادية في الإمارات، تتواءم مع رؤية "مركز الإمارات للتحكيم البحري" الذي تم إنشاؤه لهذه الغاية، وفي توفير الحرية المطلقة في اختيار قانون التقاضي وآليات التحكيم المتعددة، التي من شأنها أن تعزز طموح الإمارات لتصبح مركزاً من المراكز البحرية الأكثر تنافسية في العالم.

فجميع مقومات نجاح سير عمليات التحكيم البحري العالمية باتت متوافرة في الإمارات، التي هي عضو في اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف والتنفيذ بقرارات التحكيم الأجنبية كما رأينا في متن البحث، فدبي أصبحت تخطو خطوات سباقاً لدخول قائمة الـ 10 الكبار عالمياً من حيث تنافسية وجاذبية مكونات التجمع البحري، إلى جانب نيويورك، وروتردام، وأوسلو وسنغافورة، وذلك، بالتزامن مع تشغيل (مركز الإمارات للتحكيم البحري)، الذي أحدث نقلة نوعية في تطوير التسهيلات المتعلقة بتسوية المنازعات البحرية، والتي من شأنها جعل الدولة واحدة من القواعد البحرية الأكثر تقدماً في العالم.

خاتمة عامة:

أضحى التحكيم البحري السمة البارزة والمألوفة في عقود الدول، بحيث أصبحت أغلب العقود تحتوي على شرط التحكيم، وتحرص الدول على تضمين تشريعاتها الوطنية نصوصاً تمكن من اللجوء للتحكيم في النزاعات التي تثور بينها وبين الأشخاص الأجنبية (المستثمرين) وتنص فيها أيضاً على التسهيلات التي تشكل ضماناً إجرائية للمستثمر الذي يخشى على مصالحه، لعل كل هذا له ما يبرره من رغبة الدول في إطلاق العملية التنموية في البلاد بجذب الاستثمار الأجنبي الذي يعد العامل الأهم في التنمية الاقتصادية وخاصة الدول النامية منها، متحملة بذلك ما قد تعانيه من مخلفات الاستثمار الدولي كالضرر الذي يصيب البيئة.

إن التطور المحمود الذي نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع 1978 والمعروفة بقواعد هامبورغ التي أقرت بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات البحرية الناشئة عن عقود النقل البحري الدولي بسند شحن، مقررة في مادتها الثانية والعشرين بعض الأحكام المتعلقة بالتحكيم البحري في أول نص دولي بحري يتعلق بالتحكيم البحري بوجه خاص، هذه الأحكام المستحدثة تحدث انقلاباً في الممارسات التحكيمية البحرية الحالية من حيث مكان التحكيم، وإعطاء الحرية في تحديده للمدعي من بين خيارات أتاحتها له المعاهدة في محاولة منها لمقاومة الاتجاهات الاحتكارية لمراكز التحكيم البحري العالمية، ومن حيث القانون المطبق على الموضوع وتقييد حرية المحكم البحري وإلزامه بتطبيق الأحكام الواردة في الاتفاقية. وفي ظل سيادة التحكيم البحري لحل المنازعات البحرية، وتمركزه في لندن ونيويورك وباريس، واستقرار قواعده الإجرائية والموضوعية على مر السنوات، ثم الاهتمام الدولي بالتحكيم والذي أسفر عن النص على التحكيم البحري وتنظيم بعض قواعده في معاهدة هامبورغ 1978 كأول نص دولي خاص بالتحكيم البحري وقعت عليه مصر وفرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، بتوقيعها على المعاهدة وإدراجها في تشريعاتها الوطنية، والذي قد يرسم صورة جديدة ولو جزئية للتحكيم البحري الدولي.

رغم كل هذه التطورات فإن دراسة التحكيم البحري سواء بصورته الحالية أو بصورته المستقبلية التي قد ترسمها الأحكام الجديدة الواردة في معاهدة هامبورغ 1978 قد ظلت بعيدة عن أقلام الأساتذة والباحثين في مجال القانون التجاري بصفة عامة، وفي مجال التحكيم البحري بصفة خاصة، والإكتفاء بدراسة التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة، ودراسة قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية كأهم مركز تحكيم تجاري دولي.

وقد خلصنا في هذا البحث لمجموعة من الخلاصات لعل من أبرزها مايلي:

التحكيم البحري تحكيم دولي غالباً وذلك وفقاً للمعايير الدولية للتحكيم الواردة في المعاهدات التحكيمية الدولية والقوانين التحكيمية الوطنية في كل من الإمارات والمغرب ومصر

وفرنسا إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية سواء أكانت معايير مستمدة من ارتباط النزاع البحري بنظام قانوني معين كمعيار مكان التحكيم أو معيار جنسية المحكمين أو معيار جنسية الأطراف أو معيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم أو معيارا اقتصاديا مستمدا من طبيعة العلاقة البحرية وتعلقها بعملية تجارية دولية أي بانتقال الأموال والبضائع والخدمات عبر الحدود؛

✚ التحكيم البحري تحكيم حر في مجمله ومؤسسي، يتمركز في بعض البلدان البحرية الكبرى نتيجة لعوامل جغرافية وتاريخية واقتصادية، لذلك فإن لندن تعد المركز العالمي الأول للتحكيم البحري تليها نيويورك ثم باريس في حين تغيب المشاركة العالمية المؤثرة في أعمال التحكيم البحري عن باقي أنحاء العالم البحري؛

كما تجري نسبة كبيرة من التحكيمات البحرية في نيويورك، ووفقا للائحة تحكيمها، وكلتا الجمعيتين من مراكز التحكيم البحري الحر التي تضع قائمة محكميها، ولائحة تحكيمها في خدمة التجار البحريين دون مقابل، ودون أي تدخل منها في تنظيم وإدارة العملية التحكيمية. في حين تجري النسبة الأقل من التحكيمات البحرية أمام غرفة التحكيم البحري بباريس، وهيئة اللويدز للتحكيم البحري بلندن، والمنظمة الدولية للتحكيم البحري في تحكيم بحري مؤسسي تنظمه وتديره وتشرف عليه هذه المراكز؛

✚ إن التحكيم البحري يتميز بمهنيته المتخصصة في هذا المجال خلافا للقضاء العادي الذي يتسم بالشمولية في كافة الأمور والتي تؤدي الى تشتت ذهن القاضي وتحوله من قانون الى آخر للبحث عن القانون المنطبق على تلك الدعاوى المحالة عليه؛

✚ يتميز التحكيم البحري بالسرعة في حل المنازعات المعروضة عليه وهذا ما تتطلبه التجارة الدولية وما يحتاجه التجار لأن الوقت عندهم يساوي المال، خلافا للقضاء العادي الذي يعيبه البطيء في كافة إجراءاته التي تسهم في تأخير الفصل في الدعاوى المعروضة عليه؛ ✚ يحاط التحكيم البحري بالسرية التامة في كافة مساطره وإجراءاته وأطرافه خلال مراحل فض المنازعات المعروضة عليه حتى صدور حكم التحكيم، ولا يتم اعلانه الا بعد موافقة أطرافه، خلافا للقضاء العادي الذي يكون علانية في كافة مراحله الا في بعض الدعاوى التي حددها القانون؛

✚ يتسم التحكيم البحري بالصفة الدولية وابتعاده عن تدخلات الدول، خلافا للقضاء العادي الذي توشحه الصبغة والصفة المحلية والتي قد تتدخل فيه بعض الدول لمصالحها الخاصة.

✚ يضيف التحكيم على الاطراف نوع من الرضا والطمأنينة في حل النزاعات التي تنشأ بينهم وخاصة بالنسبة للأطراف الاجنبية، ويحافظ التحكيم البحري على ودية العلاقة بين أطراف النزاع ويزيل أثر الخصومة بينهم، خلافا للقضاء العادي الذي يتأفف منه المحكوم له قبل المحكوم عليه بما قضى به، ويحسب له التاجر الاجنبي حسابات عدة؛

✚ يتميز التحكيم البحري بنوع النشاط الذي يتولى حل منازعاته وكونه نشاطا بحريا تعاقديا، وإذا كانت معظم التحكيمات البحرية تتم بصدد تسوية منازعات النقل البحري بسند شحن أو بمشاركة ايجار، فإن التحكيم البحري يفصل في كافة المنازعات البحرية الناشئة عن كافة

العلاقات البحرية الدولية الخاصة، تعاقدية أو غير تعاقدية الناشئة بين الاشخاص الخاصة أو بينهم وبين كافة الاشخاص المعنوية العامة؛

يتم التحكيم البحري في إطار من التنافس بين مراكزه الرئيسية لاجتذاب أكبر عدد من التحكيمات ليصبح هذا المركز التحكيمي أو ذاك في مقدمة مراكز التحكيم البحري العالمية. كما يتم في إطار قواعد قانونية تتفاوت من دولة إلى أخرى في مقدار الرعاية والتأييد التي تكفلها للتحكيم البحري، ودرجة تدخل القضاء الوطني في أعماله، لذلك فإننا نجد أوجه خلاف بين التحكيم البحري في الدول محل البحث كل على حدة كما نجد خلافا في تنظيم العلاقة بين التحكيم والقضاء في كل من الإمارات والمغرب ومصر وفرنسا من ناحية وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية من ناحية أخرى نتيجة للظروف التاريخية لتطور هذه العلاقة؛

التحكيم البحري تحكيم مستقل بقواعده الموضوعية التي تتمثل في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث قطع التحكيم البحري شوطا كبيرا في إقرار قانون مهني خاص به تتمثل مصادره في المعاهدات البحرية الدولية، وشروط العقود البحرية النموذجية محل المنازعات وعادات وأعراف التجارة البحرية والسوابق التحكيمية البحرية. وهذا القانون البحري الدولي بمصادره هذه وضعه المحكمون البحريون في مختلف مراكز التحكيم البحري العالمية في لندن ونيويورك وباريس ليكون قانون اختصاصه بعيدا عن الخلافات الموضوعية في القوانين الداخلية لمختلف الدول؛

هذه الوحدة في القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكمون البحريون على المنازعات البحرية قد ساعدت كثيرا على التغلب على الخلافات الإجرائية بين أعمال التحكيم البحري في مختلف مراكزه العالمية بالإضافة إلى دولية التحكيم البحري ونشر قراراته في نيويورك ونشر ملخصاتها في باريس حيث توحدت الحلول الموضوعية للمنازعات البحرية في كافة مراكز التحكيم البحري العالمية رغم اختلاف الإجراءات المؤدية إليها.

تأسيا على ماسبق يمكن القول أن أولى خطوات حل أي من المعضلات هو الوقوف على أساسها ومسبباتها والتعامل معها دون غض الطرف عنها وإلا استشرت وتفشيت ومما لا شك فيه أن القضاء متمثلاً في محاكم الدولة يعاني من الكثير من المشكلات أهمها اكتظاظ أروقة المحاكم بالدعاوى والقضايا واستغراق الفصل في غالبيتها زمناً ليس بالقصير وما يتبع ذلك من هدر جهد ووقت ومال المتخاصمين، لذا كان العمل على تشجيع وتطوير الوسائل البديلة لفض المنازعات التي تتميز بتوفير الوقت والجهد والمال وتعالج المعضلات التي يعاني منها قضاء الدولة ومحاكمها وما من ريب في أن للقضاء عامة ومحكمتنا الاتحادية العليا على وجه الخصوص دور بارز وهام وفعال لا غنى عنه في النهوض بتلك الوسائل البديلة لفض المنازعات، وذلك بتفعيل تطبيق أساليب الحلول والوسائل البديلة وعلى رأسها التحكيم البحري.

التوصيات:

لعل من أهم التوصيات التي خلصت إليها في ختام هذه الدراسة هي:

العمل على تبني مراكز للتحكيم البحري بالدول العربية يكون مقرها المدن الساحلية المهمة كمدن أبوظبي ودبي والشارقة والفجيرة بدولة الامارات العربية المتحدة ومدن طنجة والدار البيضاء والجديدة في المملكة المغربية ومدينة الإسكندرية بجمهورية مصر ومدينة جدة بالمملكة العربية السعودية، وهكذا بالنسبة للدول العربية الأخرى لتكون مراكز عربية متخصصة للتحكيم البحري والعمل على تدريب كوادر بحرية لكافة الأنشطة البحرية في الدول العربية من ناقلين وشاحنين ومؤمنين وقانونيين على أعمال التحكيم البحري لإعداد قائمة محكمين بحريين أكفاء؛

ونأمل أن تنتشر ثقافة التحكيم البحري في الدول العربية حتى تتبوأ المقعد المناسب بها على خريطة العالم المتحضروذلك من خلال نشر وترسيخ وعى وثقافة نظام الوسائل البديلة والعمل على تفعيله علمياً وعملياً عن طريق عقد المؤتمرات والندوات والدورات التخصصية؛

العمل على إصدار قانون متخصص بالتحكيم البحري، يتولى تنظيم وتأطير كافة النزاعات الناشئة بسبب النقل البحري أو يمناسبتها؛

النظر في امكانية غل يد قضاء الدولة العادي غلا مطلقا من التدخل في حكم التحكيم وتعيين المحكمين، وذلك بالنص في قانون التحكيم البحري على أن يكون للغرف التجارية المتخصصة في التحكيم السلطة المطلقة في تعيين المحكمين وعزلهم وردهم، وإعطاء الصفة الإلزامية لحكم التحكيم دون الحاجة إلى المصادقة عليه من قبل القضاء بل الاكتفاء بالمصادقة عليه من طرف الغرف التجارية، كما يجب كذلك تمكين هذه الأخيرة من إصدار الأوامر التحفظية والوقائية والتدابير الوقائية، وذلك تلافياً لما سوف يهدره القضاء العادي من وقت في هذه الامور التي يتسم فيها بالبطء، فكيف تسند له أمور تستوجب السرعة والتأخير فيها قد يضر بأطرافها؛

أن يتم تعيين محكمين دائمين لدى الغرف التجارية بالكيفية التي يتم تعيين القضاة بها ويسري عليهم ما يسري على القضاة من حيث التعيين والعزل بغية تكريس مفهوم الحياد والنزاهة لديهم وإضفاء مصداقية أكثر على عملهم؛

أن لا يكون للمحكم مصلحة خاصة مع أي طرف من أطراف النزاع تجعله منحازا لطرف دون آخر وتأثر على حكمه، فيمس ذلك بمبدأ الحياد، خاصة في الحالات التي يتم اللجوء فيها إلى محكم فرد؛

العمل على تذليل الصعاب من حيث امكانية تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي بالدولة، حتى وان كان ذلك الحكم ضد الدولة نفسها احتراماً للمعاهدات والمواثيق الدولية التي تعد الدولة طرفاً فيها؛

عمل جسر تواصل وتوأمة مع مراكز التحكيم العالمية التي لها باع طويل في التحكيم للاستفادة من خبراتهم وتجاربهم والتعاون معهم في هذا المجال، وتلافي الأخطاء التي وقعت فيها وتطوير تلك الأعمال وبلورتها بلورة تخدم العملية التحكيمية، بما سوف يعود من نفع على العملية التحكيمية وأطرافها؛

مشاركة رجال القانون من قضاة ومحامين ودارسين وباحثين على مختلف الأصعدة بالآراء والخبرات العلمية والعملية من أجل إجراء تعديلات على القانون المنظم لمزاولة مهنة المحاماة بخصوص السماح للمحامي بممارسة مهنة المحكم والوسيط.

تأسيساً على ما سبق يمكن القول أن للتحكيم البحري مزايا عديدة، كما له عيوب، غير أنه يمكن تلافيها، كما أن مميزاته استغرقت عيوبه، ويمكن القول أن التحكيم يبقى أكثر واقعية وقبولاً لدى أطراف النزاع لما يقدمه من دور كبير جداً في سرعة الفصل في النزاعات.

وختاماً فإن دولة الإمارات العربية المتحدة وبعد أن قام المشرع بسن قانون التحكيم رقم 6 لسنة 2018 نأمل أن يقوم المشرع الإماراتي بسن قانون متخصص بالتحكيم البحري أسوة بقانون التحكيم سالف البيان والذكر، لما للتجارة البحرية من دور فعال وكبير جداً يسهم في زيادة نمو اقتصاد الدولة يتصف بالطابع الدولي والمحلي معاً، ينظم عملية التحكيم البحري بين الأطراف من كل النواحي وفقاً للاتفاقيات الدولية والقوانين الدولية والاعراف البحرية، وذلك حتى تتبوأ الإمارات مكانتها اللائقة على خريطة التحكيم البحري الدولي خاصة بعد الخطوة الكبيرة التي خطتها نحو هذا الهدف والمتمثلة في سن قانون التحكيم الاتحادي مؤخراً، وإنشاء مراكز التحكيم المتخصصة في ذلك المجال يعكس نجاح الفكر الاستراتيجي للدولة التي تسير قدماً في مساعيها الرامية إلى تطوير البنية التشريعية والقانونية، التي تعتبر مطلباً ملحاً للارتقاء بقدرة مكونات القطاع البحري على مواكبة التطورات المحلية والإقليمية والعالمية المتسارعة، ويوفر المركز إطار عمل متكامل لفض المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية البحرية وخلق بيئة بحرية قادرة على تلبية الاحتياجات التنموية والاتجاهات الناشئة.

وفي الأخير فإن مراكز التحكيم بدولة المارات المتحدة ومن ضمنها مركز الإمارات للتحكيم البحري بدبي، ما هي إلا مبادرة لتحقيق العدالة في المجتمع، فضلاً عن تحقيق أحد الأهداف الاستراتيجية للدولة، خصوصاً في ما يتعلق بالهدف الاستراتيجي المتمثل في إيجاد وسائل بديلة لحل المنازعات بعيداً عن القضاء وتخفيفاً عنه.

لائحة المراجع

❖ المراجع باللغة العربية:

أولاً: المراجع المتخصصة:

- أبو اليزيد علي المتيت، التحكيم البحري، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة التاسعة عشر، يناير، مارس، 1975.
- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار المعارف طبعة 1981.
- أحمد خليل، قواعد التحكيم في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت، 2002.
- أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف الاسكندرية، 2001.
- أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة 5 الإسكندرية 2000.
- أحمد المؤمني، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطابع التوفيق المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء. 2010.
- أحمد سعيد يحي، دور القضاء في معاونة التحكيم والرقابة عليه، مجلة التحكيم، العدد 50 أبريل 2004.
- احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 2004.
- أحمد عبد المنعم: حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود ط2002.
- احمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2001.
- احمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة غير مذكورة، سنة 2001.
- بركات علي: الطعن في أحكام التحكيم. دون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية. 2003.
- بريري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط 1995.
- حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- حسين عبد العزيز عبد الله النجار، البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية والتجارية، التحكيم والوساطة والتوفيق، الطبعة الاولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2014.
- حفيظة الحداد في الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997

- حفيظة السيد الحداد :الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية،دار الفكر العربي.
- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، طبعة 1996.
- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة 2004.
- حفيظة، السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2002 .
- رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم - دار النهضة العربية الطبعة 1989 بيروت.
- رضوان، ابو زيد : الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي. دون ط. القاهرة. دار الفكر العربي 1981.
- الرفاعي، أشرف عبد لعليم القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية. .دون طبعة. الاسكندرية. دار الفكر الجامعي.
- سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق التحكيم - منشأة المعارف، 1984.
- سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، النهضة العربية، ط 1990.
- السمدان أحمد : القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الكويت - كلية الحقوق.
- الشافعي محمد بشير: القانون الدولي المنظم للتحكيم مقارنة نظرية مطبوعة دار السلم 2012
- الشرابي عبد الحميد: التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء. طبعة بفودك. الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية بدون سنة نشر.
- شفيق محسن: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، بدون طبعة و دون مكان و تاريخ نشر.
- صاوي أحمد السيد: التحكيم طبقا لقانون 1994 وأنظمة التحكيم الدولية. ط 2.دون مكان للنشر دون دار للنشر.
- صرخوة يعقوب يوسف، احكام المحكمين وتنفيذها، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، الكويت، 1996.

- عاطف محمد الفقى، التحكيم في المنازعات البحرية، دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس، دار النهضة العربية، 2007.
- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم " التحكيم الدولي"، الجزء الثاني، دار المعارف، طبعة 1998.
- عبد المجيد منير: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، القاهرة. دار المطبوعات الجامعي، 1995.
- عزمي عبد الفتاح: إجراءات رد المحكم، مجلة الحقوق الكويتية العدد الرابع، الطبعة الثانية 1994.
- عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم. بدون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط، 1998.
- عكاشة عبد العال ود مصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر 1998.
- علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- علي عوض حسن: التحكيم الاختياري و الإلزامي في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، 2001.
- عمر نبيل إسماعيل: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية. ط 1. الاسكندرية دار الجامعة الجديدة، 2004.
- العنزي، ممدوح عبد العزيز: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب والنتائج دراسة مقارنة. دون طبعة. دون مكان النشر. منشورات الحلبي الحقوقية. دون تاريخ النشر.
- غسان رباح، التحكيم التجاري البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، 2016.
- فادي نمور، التحكيم التجاري الدولي، منشورات الشروق، 2010 الطبعة الثانية 2013. فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 1997.
- فاروق ملش، النقل المتعدد الوسائط، الأوجه التجارية والقانونية، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، دار الشنهازي للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1996.
- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية 1992.
- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2010.
- محمد احمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008.
- محمد بهجت عبدالله، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورج، طبعة 1992.

- محمد سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة، 2015.
- محمد شحاته: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، 1993.
- محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2006.
- محمد عبدالفتاح ترك، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
- محمد بن جلال وفاء، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية.
- محمود التحيوي: العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، 2002.
- مروان كركبي: تدخل القضاء في المحاكمة التحكيمية الملتقي القضائي للتحكيم، المركز اللبناني للتحكيم، مطبعة صادر 2005.
- المصري حسني : التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دون ط، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2006.
- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الفتح للطباعة والنشر بالإسكندرية، الجزء الأول، الطبعة الأولى 1998.
- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الداخلي و الدولي في ضوء فقه و قضاء التحكيم.
- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد غير الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة 1998.
- ناريمان عبدالقادر اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط 1، 1996.
- نجيب أحمد عبد الله تابت الحنبلي، التحكيم في القوانين العربية، ط 2006.
- هشام، فرعون، القانون التجاري البحري، المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1985.

ثانيا: المراجع العامة:

- إبراهيم شحاته، لمؤلف JESSUP بالعربية القانون عبر الدولي، القاهرة، سنة 1965.
- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، ط 1989.
- أحمد حسني، عقود إيجار السفن، منشأة المعارف الإسكندرية، ط 1985.
- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولا ومنهجاً، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط 1905.

- جمال محمود الكردي، عقود بيع الأسلحة في النطاق الدولي، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، ط 2003.
- جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ط 1976.
- حفيظة السيد الحداد، الإجراءات الوقتية والتحفظية والمنازعات الخاصة الدولية، مطبعة الانتصار، 1996.
- حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية. دون ط الاسكندرية. دار الفكر. الجامعي. دون سنة نشر.
- دواس أمين رجا، تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة، طبعة أولى، عمان - دار الشروق، 2001.
- رفعت أبادير، دروس في القانون البحري، دار الفكر العربية، العام 2005.
- الشرقاوي بمعاونة د. الفليوبي " القانون البحري "، الطبعة الرابعة دار النهضة العربية 1993.
- شكري أحمد السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، مكتبة المعارف، الرباط، الطبعة الثانية، 1983.
- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، القضاء المستعجل، جامعة الكويت 1996 .
- عبد المجيد منير، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، 1991.
- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية. دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية. دون ط. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة للنشر. سنة 1993 م.
- علي البارودي و محمد فريد العريني و محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001.
- عوض، علي جمال الدين، الاعتمادات المستندية. دون طبعة، القاهرة، دون دار نشر، 1981.
- محمد لفروجي، التاجر والأعمال التجارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1997.
- محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، دون ذكر دار النشر، طبعة 1992.
- مصطفى أحمد فؤاد، القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، الإسكندرية، منشأة المعارف 1986.
- مصطفى طه، القانون البحري الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 1995.
- نزار العنبيكي، القانون الدولي الانساني، دار وائل للنشر، عمان، 2010.
- الهداوي حسن، تنازع القوانين. دون ط، عمان. مكتبة دار الثقافة. 1995 .
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، منشأة المعارف، 1977.

- هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط 3. الاسكندرية، منشأة المعارف 1974.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1995.

❖ الأطروحات والرسائل الجامعية:

- أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1975.
- أسماء عبيد، التحكيم في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية، سلا، السنة الجامعية 2009.
- الأنباري وعود كاتب رشيد هاشم ايناس، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول، العراق، 2015.
- حمزه محمد دياب، التحكيم في المنازعات التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، 2016.
- زيوي خير الدين، إدماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي الجزائري طبقا لدستور سنة 1996، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة الجزائر، 2003.
- عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دراسة مقارنة للتحكيم البحري، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، بتاريخ 1995/12/17، المنشورة في دار النهضة العربية، القاهرة 1996.
- محمد النظاري، الرقابة القضائية على التحكيم في التشريع المغربي واليمني، دراسة مقارنة، جامعة محمد الأول، وجدة، سنة 2006-2007.
- محمود السيد عمر التحيوي، عقد التحكيم وإجراءاته، رسالة دكتوراه، جمهورية مصر العربية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، 1995.
- هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، حقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2013.

❖ المقالات:

- ابراهيم علي حسن، تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة 41، أبريل - يونيو، 1997.
- أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون، مجلد 21، السنة 1965.
- رضا محمد إبراهيم عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة أسيوط، عدد 6، يونيو 1984م.

- سميحة القليوبي، مسؤولية المحكم، منشور بمجلة التحكيم، العدد الثامن، أكتوبر 2010، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، مطبعة دار التعاونية الطباعية.
- طارق فؤاد رياض، المجلة المصرية للقانون الدولي، سنة 1983.
- عبد الحميد الأحديب، من اتفاقية نيويورك إلى القانون النموذجي للتحكيم الدولي، مقال مقدم إلى مؤتمر القاهرة /الإسكندرية للتحكيم التجاري والبحري الدوليين الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالتعاون مع الهيئة العربية للتحكيم الدولي لمناقشة المشروع المصري لقانون التحكيم المصري في المدة من 11- 15 أكتوبر 1992.
- عبد الحميد الأحديب، إجراءات التحكيم، مقال مقدم في المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية، تحت رعاية كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، مطبعة الجامعة، الطبعة الأولى، 2008.
- عبد المجيد منير، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية، المحاماة، 1991، العدد 827.
- فراح عبد الكريم خليل، التحكيم في المنازعات البحرية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 14، العدد 50، السنة 16، 2010.
- ليلي بنجلون، التحكيم التجاري في القانون المغربي، مجلة المحاكم المغربية، العدد 9.
- مجيد العنبيكي، سندات الشحن وتطور أساليب النقل البحري، مجلة العلوم القانونية، المجلد السابع، العدد الأول والثاني، 1988.
- مفيد محمود شهاب، المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرا للقانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الثالث والعشرون، 1967.
- ياسين غانم، حكم التحكيم في القوانين العربية و مراكز التحكيم العربية و الاتفاقات الدولية، منشور بمجلة المعيار، عدد 41، يونيو 2009.

❖ المؤتمرات والندوات والتقارير

- إبراهيم أحمد إبراهيم، بعض المشاكل العلمية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات القضايا التحكيم، مؤتمر مراكز التحكيم العربي الثانية، 17 - 18 أيار 1999، بيروت.
- أحمد شرف الدين، التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي قانون التحكيم الجديد، معيار التمييز وأهميته، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المنعقد في القاهرة من 1995/3/27-25.

- دنشر برانش (Dunsher de abanches)، التحكيم والعقود المتعلقة بالأعمال العلمية والتكنولوجية والبحثية واستخدام المخترعات والدراسة الفنية، تقرير إلى المؤتمر الدولي الرابع للتحكيم، موسكو 3-6 أكتوبر 1972، مجلة التحكيم 1972، بند 17.
- صالح بكر الطيار، المشاكل العملية التي تواجه التحكيم في العلاقات التجارية الدولية، نموذج عقد نقل التكنولوجيا الدولي، الاجتهاد القضائي في المادة التجارية و الضمانات القانونية للاستثمار، ندوة علمية، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد2، مطبعة ريم كوم، الرباط، 2002.
- عبد المجيد اغميجة، قراءة مشروع مدونة التحكيم، مداخله في ندوة الطرف البديلة في لتسوية المنازعات منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية سلسلة الندوات والايام الدراسية، العدد 2، 2004.
- عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في المنازعات البحرية، محاضرة أقيمت في مقر نقابة وكلاء الملاحة البحرية بتاريخ 10-02-2002م.
- لافي محمد درادكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، دراسة في الاتفاقيات والقواعد الدولية والعربية والتشريعات الداخلية وتطبيقاتها العملية، منشور في مؤتمر كلية القانون التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2011.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مجموعة محاضرات على الآلة الكاتبة، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 77-1973، تمت إعادة طبعة دار النهضة العربية، القاهرة 1997.
- محمد أبو العينين، الاتجاهات العامة بشأن دور المحاكم الدستورية بشأن التحكيم، النموذج المصري، مقدم إلى مؤتمر الدور الفعال للقضاء الوطني في التحكيم، مدينة شرم الشيخ بجمهورية مصر العربية، تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، في الفترة من 19 نوفمبر إلى 21 نوفمبر 2007.
- محمود سمير الشرقاوي، معيار التجارية والدولية وفقا لقانون التحكيم المصري الجديد مقارنة بالقانون النموذجي الانسترال، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد في القاهرة من 25-27/ 3/ 1995.

❖ النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية

- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي حررت في مدينة عمان سنة 1987 م.

- القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2018 بشأن التحكيم بدولة الإمارات العربية المتحدة.
- قانون الأونسترال في صيغته المنقحة لسنة 2010، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي.
- قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- قانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي.
- المرسوم رقم 14 لعام 2016 بشأن إحداث مركز الإمارات للتحكيم البحري
- المعاهدة الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة 1961.
- معاهدة نيويورك الموقعة في 10 يونيو 1958 التي تعنى بتنظيم التحكيم التجاري الدولي.

❖ المراجع باللغات الأجنبية:

- A, Buzghaia, le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage, thèse, Nice, 1980.
- A.J.Van den Berg The New York convention of 1958, Kkuwer, 1981.
- ADOLFE F.SCHNITSER, Le droit international prové Suisse en matière d'obligations, Réc. Cours la Haye, 1968.
- ANDREAS REINER, Le règlement d'arbitrage de la CCI, version 1998, Rev.Arb, 1998.
- SUZANNE BASTID, Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco.A.F.D.I.1961.
- Annuaire de l'Institut de Droit International, cession de Bâle, vol 64, II, Edition A..pédon, 1992.
- B . Goldman, arbitrage commercial international , J.C dr inter 1989, fasc 586-3.
- B. Goldman, arbitrage commercial international, J.C .Dr inter, 1989, Fasc 586-2.
- BÉLA VITANYI, Les positions doctrinales oncernant le sens de la notion de « principes generaux de droit renonnus par , les nations civilisées » R.G.D.I.P, 1982.
- Bellet & Mezger, L'arbitrage international dans le nouveau code du procédure Civile- Rev Dr inter, pri 1983.
- Bellet et mezzger, l' arbitrage international dans le nouveau code de procédure civil, rev crit dr inter pri, 1981.

- Bernado, M. Vremades, The impact of international arbitration on the development of business isw. The American journal of comparative law , vol 31 Nov 1983.
- BERNORD AUDIT, Le tribunal des différends Urano Américains (1981-1984) clunet, 1985.
- Bert rand Morean et Thierr Bernard – Droit interne et droit international de l'arbitrage , 2ème Edition Delmas Paris 1985.
- BRUNO LEURENT, Problèmes soulevés par les demandes du double – nationaux devant le tribunal des différends irano- américains, Rév. Crit1985.
- C.A, Tritonia Shipping inc, V, South Nelson Forest products, Lloyd'y rep, 1966 ; vol, 1.
- Chimni, B.S, AALCC regional centres for arbitration historical context Gebesus and funtion , Regional seminar on international commercial arbitration new Delhi 12-14 March 1984.
- D. Davis, incorporation of charter party terms into Bill of lading, the IV th I.C.M .A london , 1979.
- D.Cohen, arbitrage et société , 1993.
- D.Davis, Incirporation of charter party terms into Bills of Lading, the IV th I.C.M.A London, 1979.
- Denning boot ,C.A ,2001 ,in Russell ,rapport on the law of Arbitration ,2001.
- Dicey et Morris, on the conflict of laws vol 1, 1987.
- Dobson & schimithoff, charlesworth's Business law, 1991.
- E. gaillard, arbitrage commercial international, sentence arbitrale j c dr inter, 1992, fasc 586-16.
- EL KOSHERI et LEBOULANGER : L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence, Rév, Arb, 1984.
- F.Mauger, L'arbitrage commercial aux Etats-Unis d'Amérique, thèse, paris 1955.
- Fady. Nammour, De l'arbitrage interne et international en droit compare , ed.Sader.
- Fouchard , L'arbitrage commercial international, 1965.

- G.R. DLEAUME, La convention pour le règlement des différends relatives aux investissements entre États et ressortissants d'autres États Clunet, 1966.
- H.L. Thomas, 1912 in D, Davies: incorporation of charter party terms into bills of Lading, the IVth I. C.M.A , London, 1979.
- H.SMITH and VIECHOTA, International arbitration treaties, Juris, Publishing SA, 1998.
- H.T. Szurski , arbitration agreement and competence of the arbitral tribunal, ICCA congress, seriesn No2, Lausanne 1984.
- Hamilton & co.v.Makie and Sons, C.A, 1889, in Russell, on the law of Arbitration , 1982.
- I.Szaz, introduction to the model law of UNCITRAL o international commercial arbitrationn, I CC A congress, series, No 2, Lausane , switzerland 9-12 may 1984.
- J bequin, les grands traits du décret français du 12 mai 1981 sur l`arbitrage international, rev inter dr comp, 1983.
- J c peyre, le juge de l`exequatur fantôme ou réalité, rev arb, 1985.
- J p macmahon, implementation of the united nations convention on foreign arbitral awards in the united states, j mar l com vol 2, no 4 july 1971.
- J robert et b moreau, l`arbitrage droit interne droit international prive, 1983.
- J theiffry. l'exécution des sentences arbitrales, éléments de droit compare, rev, 1983.
- J. Robert et Moreau, Arbitrage, droit interne, droit international privé, 1983.
- J.Bèguim, l'arbitrage commercial international 1987.
- J.D. Ray, l'arbitrage maritime et les règles de Hambourg D.M.F.1981.
- J. El Hakim, Les modes alternative de reglement des conflits dans les droit des contrats, 1997.
- J.F.Bourque, Le Reglement des litiges multiparties dans L'Arbitrage Commercial, these,Poitiers, 1989.
- J.K. Macleod & A.T. Hudson , Mercantile, Law , stevens & Borrie , Butter worths London, 7th ed , 1978.

- J.M Alcantara, Arbitration clauses in charte parties – The place of arbitration and the applicable law, A need harmonization , th 10 th I.C .M.A ,Va,couver , Canada, 1991.
- J.Robert & B Moreau, L'arbitrage, Droit interne deoit international privé, 1983.
- Japanesse standart shipbuilding contract by the co-operative association of japanese shipbuiders, 1969, M,Cohen rendict on Admiralty, 7 ed 1993, vol 2B, F.N°22-1.
- Jeantet, l'accueil des sentences étrangères ou internationales dans l'ordre juridique français, rev arb, 1981.
- KHAN(PH)-FREUND, La notion Anglaise de la “ proper law of the contract “ devant les juges et devant les arbitre international, Rév, Crit, 1973.
- LALIVE(P), Les règles de conflit des lois appliquées au fond du litige par L'arbitre international, Rév.Arb.1976.
- Lay Cee Corp. V.Anastasias, (D.N.J 1986) A.M.C, 1986.
- M. De Boissésou, Le droit français de l'arbitrage, 1990, p/77-79 et E- Mezger, Dix questions relatives au titre VI du ivre IV NC Pc, Rev Arb, 1981.
- M.Abo-EL-Enein, Arbitration under the auspices of the cairo Regional center for commercial Arbitration internation Tax & Business lawyer vol 4.1986 , n0, 2.
- M.Be Boisseson , Le droit français de l'Arbitrage 1990.
- M.domke , the enforcement of maritime arbitration agreements with foreign governments, J.Mar, & com vol2, No 3 april, 1971.
- MANN, Reflections on a commercial law of nations, B.Y.BI.L, 1957.
- McMaho, Implementation of the united Nations Convention on Foreign Arbitral Awards in the Unitrd States, J. mar. L & com 1971, vol 2.
- Mustil, Arbiitration History and background 1980, journal of international arbitration.
- Mustill & Boyd, the law and practice of commercial arbitration in England, 1982.
- NUSSBAUM (A), The arbitration between the Lena gold field LIT, And the soviet Government, I.C.L.Q, 1950-1.

- O.Riese, Une juridiction supra-nationale pour l'interprétation du droit unifié, *Rev iner Dr comp*, 1961.
- OPPÉTTIT (B), Les principes généraux en droit international privé, in *le droit international*, *Archive de philosophie de droit*, 1987.
- RIPERT, Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux *Rec, cours ; la Haye*. 1933, 2.
- P. mayer, le mythe de l'ordre juridique de bas études.
- P.Ancel, L'arbitrage, *J.C.Dr .Com* 1986, Fasc 211.
- P.Bourel, arbitrage international et immunités des Etats Etrangères, *Rev, Arb*, 1982.
- P.Sanders, « consolidated commentary », *Year Book commercial arbitration*, vol 4 1979.
- PESCATORE, Discussion des rapports en *Annuaire de l'institut de droit International*, cession de Bâle, vol. 64.11 .Edition A.pédon, 1992.
- Ph Bertin, le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale, *rev*, 1983.
- Ph Fouchard, L'arbitrage commercial international, thèse dijon, 1963, *dalloz* 1964.
- Ph.Fouchard, la loi-type de la C.N.U.D.C.I sur l'arbitrage commercial international, *clunet* 1987.
- Pomel, L'Arbitrage conventionnel en droit privé Anglais, thèse, paris, 1958.
- R. Bourdin, la convention d'arbitrage international en droit Français depuis le décret du 12 Mai, 1981
- R. David, L'arbitrage dans le commerce international, 1982.
- R.B.SCHLESINGER, Research on the general principal of law recognized by civilized nation. *A.J.I.L*, 1957.
- R.Bourdin, la convention d'arbitrage international en droit français depuis le décrte du 12 mai 1981 in Y, Derains, *droit et pratique de l'arbitrage international en France*, 1984.
- R.David, L'arbitrage dans le commerce international, 1982.
- R.J Merlin, L'arbitrage Maritime un Etudes offertes a Renè Rodière, 1981.

- R.P.BISHOP, the Role of Commercial people as opposed to Lawyers as Arbitrators in maritime Arbitration, the v11 th I.C.M.A, Casablanca, 1985.
- Rodiere et Du Pontavice, Le statut du navire litec.
- RUDOLF DOLZER, New foundations of the law of expropriations of alien property. A.J.I.L, 1981.
- Russell, On the law of arbitration, 1982.
- SEN,B, Evolution and Growth of asian- african lega consultative committee as a forum for international co-operation, New Delhi 1981.
- T.F. Freear, Practice and procedure under the ICC-CMI international Maritime Arbitration Rulets, the 5th I..C.M.A , New York 1981.
- V.J. Le clère, la loi anglaise sur l'arbitrage du 28 juillet 1950 (arbitration act , 1950) traduction dans D.M.F, 1959.
- Van den berg, étude comparative du droit de l'arbitrage commercial dans les pays de Common law, thèse aix, 1977.
- Van den Berg, the New York arbitration convention of 1958, 1981.
- VERDROSS, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence international, Rec Cours. La Haye. 1935, 2.
- W. Tetley, Arbitration clauses in ocean Bills of lading YB, Ma, L , 1985.
- WEHBERG(H), pacta sunt servande. A.J.I.L, 1959.
- Wilford & Others, Time chartes, 1989.
- Zahi Amor : L'Etat et l'arbitrage – Etude comparée principalement du Droits des Etats arabes ,tome 2 ,thèse de Doctorat d'Etat ,Faculté de Droit et des sciences économiques , Orléans ,France .

الفهرس

4	المقدمة
22	الباب الأول: التحكيم البحري في عقود التجارة الدولية ومنازعاته
25	الفصل الأول: تطور عقود التجارة الدولية في التحكيم الدولي البحري
30	المبحث الأول: ماهية وطبيعة منازعات التحكيم البحري
30	المطلب الأول: ماهية الأعمال البحرية
31	الفرع الأول: لجوء الأطراف للتحكيم لفض المنازعات التجارية البحرية
32	الفرع الثاني: الطبيعة البحرية لمنازعات التحكيم البحري
34	الفرع الثالث: أسباب اللجوء للتحكيم البحري
35	أولاً: الأسباب المتعلقة بالطابع البحري
36	ثانياً: الأسباب المتعلقة بالطابع التجاري
37	ثالثاً: الأسباب المتعلقة بالطابع الدولي
38	رابعاً: الأسباب المتعلقة بشخص أطراف العلاقة البحرية
39	الفرع الرابع: الطابع الدولي لمنازعات التحكيم البحري
41	الفرع الخامس: العناصر الأجنبية التي قد تؤثر على دولية التحكيم
41	الفقرة الأولى: موضوع النزاع
42	الفقرة الثانية: جنسية ومحل إقامة الأطراف (المعيار المستمد من أطراف النزاع)
43	الفقرة الثالثة: جنسية المحكمين
44	الفقرة الرابعة: القانون المطبق لحسم النزاع
45	الفقرة الخامسة: قانون إجراءات المحاكمة التحكيمية المطبق
46	الفقرة السادسة: مكان التحكيم
47	المطلب الثاني: الطابع المميز للحقوق التجارية البحرية
48	الفرع الأول: أطراف النزاع البحري
51	الفرع الثاني : النزاعات الناشئة عن العقود البحرية
51	المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم البحري
52	المطلب الأول: الشروط الموضوعية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم البحري
52	الفرع الأول: الرضا
53	الفقرة الأولى: اتفاق التحكيم البحري بالإحالة
53	الفقرة الثانية: شرط التحكيم البحري بالإحالة في القضاء المقارن
61	الفقرة الثالثة: شرط التحكيم بالإحالة في المعاهدات الدولية
64	الفقرة الرابعة: شرط التحكيم بالإحالة في الممارسات التحكيمية البحرية
65	الفرع الثاني: أهلية أو سلطة إبرام اتفاق التحكيم البحري
66	الفقرة الأولى: أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم البحري
74	الفقرة الثانية: سلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم البحري
77	الفقرة الثالثة: سلطة مدير الشركة في إبرام اتفاق التحكيم البحري
80	الفرع الثالث: محل اتفاق التحكيم البحري

89	الفقرة الأولى: الشرط الشكلي لصحة اتفاق التحكيم البحري " الكتابة"
95	الفقرة الثالثة: الأنظمة التي لا تتطلب توافر الشكل المكتوب لصحة اتفاق التحكيم البحري
100	المطلب الثاني : وسيلة اللجوء للتحكيم البحري
100	الفرع الأول : الوثائق التي يتم بها النقل البحري
102	الفرع الثاني : اتفاق التحكيم البحري المدرج في عقد النقل
103	الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق عند بدء الخصومة التحكيمية
104	المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم و إجراءات التحكيم
105	المطلب الأول: المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها
105	الفرع الأول :المقتضيات الموضوعية في اتفاق التحكيم
116	الفرع الثاني: المقتضيات الشكلية في اتفاق التحكيم
121	المطلب الثاني: تنفيذ إجراءات سير المنازعة التحكيمية
121	الفرع الأول: الجوانب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم و تجريحها
121	الفقرة الأولى: تشكيل الهيئة التحكيمية
122	الفقرة الثانية: تشكيل الهيئة التحكيمية من قبل الأطراف من حيث الأصل:
127	الفقرة الثالثة: اعتراض الأطراف صعوبة تشكيل هيئة التحكيم
130	الفرع الثاني: تجريح المحكم أو عزله أو رده
130	الفقرة الأولى: مفهوم تجريح المحكمين أو الرد
132	الفقرة الثانية: آليات تجريح المحكمين
135	المبحث الثاني :الإجراءات الوقتية والتحفظية ووسائل الإثبات
135	المطلب الأول : الإجراءات الوقتية والتحفظية
137	الفرع الأول: وسائل الإثبات
141	الفقرة الأولى: القانون الواجب التطبيق على القرار التحكيمي
141	الفقرة الثانية: ماهية حكم التحكيم
141	الفقرة الثالثة: تعريف حكم التحكيم ومدلوله
142	الفرع الثاني: أنواع الحكم التحكيمي
144	المطلب الثاني: كيفية صدور حكم التحكيم
144	الفرع الأول: الإجراءات اللازمة لإصدار الحكم التحكيمي وفق التشريعات المقارنة. ..
	الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة لإصدار الحكم التحكيمي
155	وفق قانون الإمارات العربية
159	خاتمة القسم الأول
160	الباب الثاني: القواعد الإجرائية للتحكيم البحري وآثارها في عقود التجارة الدولية
162	الفصل الأول :القواعد الإجرائية المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية
163	المبحث الأول: الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم
163	المطلب الأول: تنفيذ القرارات التحكيمية بموجب الاتفاقيات الدولية الجماعية
171	الفرع الأول: تنفيذ القرارات التحكيمية بموجب الاتفاقيات الثنائية
172	الفرع الثاني: تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية بموجب القوانين الوطنية

المطلب الثاني: القواعد الإجرائية المتعلقة بالطعن في القرار التحكيمي	177
الفرع الأول: الطعن بالبطلان في حكم التحكيم في التشريع المقارن و الإماراتي	178
الفقرة الأولى: بطلان حكم التحكيم في القانون المقارن	178
- و يمكن اعتماد أسباب أحد القوانين المتعلقة بالطعن بالبطلان كنموذج للتشريعات المقارنة	
و هو القانون المصري:	181
الفرع الثاني: الطعن في حكم التحكيم بغير البطلان في القوانين العربية	187
الفقرة الأولى: الطعن بالاستئناف	187
الفقرة الثانية: الاعتراض على الحكم التحكيمي	189
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	190
المطلب الأول: دور قانون الإرادة في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع	191
الفرع الأول: الجهود المبذولة والنظريات القائمة حول تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	191
الفقرة الأولى: موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	192
الفقرة الثانية: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	195
الفرع الثاني: اختيار الأطراف للقانون الموضوعي المطبق على العقد التحكيمي	199
الفقرة الأولى: الاختيار الصريح للأطراف للقانون المطبق على النزاع	200
الفقرة الثانية: المسائل التي يصطدم بها الاختيار الصريح للأطراف	203
المطلب الثاني: الاختيار الضمني للأطراف للقانون المطبق على النزاع	208
الفرع الأول: ماهية الاختيار الضمني للأطراف	209
الفرع الثاني: مدى حرية المحكم في البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف	212
الفرع الثالث: السلطة التقديرية للمحكم الدولي لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	215
الفقرة الأولى: المبادئ العامة للقانون	216
الفقرة الثانية: صور تطبيق المبادئ العامة للقانون	218
الفقرة الثالثة: موقف قضاء التحكيم الدولي من تطبيق المبادئ العامة للقانون	227
الفقرة الرابعة: تطبيق أحكام القانون الدولي العام	228
الفقرة الخامسة: القانون شبه الدولي	243
الفصل الثاني: آثار اتفاق التحكيم البحري في عقود التجارة الدولية	251
المبحث الأول: الآثار الإيجابية والسلبية لتنفيذ اتفاق والاستبعاد في التحكيم البحري	251
المطلب الأول الآثار الإيجابية والسلبية لتنفيذ اتفاق التحكيم البحري	252
الفرع الأول: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم البحري	252
الفرع الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم البحري	255
الفرع الثالث: الاستبعاد في المعاهدات الدولية والقوانين الوطنية	255
الفقرة الأولى: طبيعة الاستبعاد وحدوده	265
الفقرة الثانية: موانع استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية	
بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم	268

273	المطلب الثاني: الآثار الأخرى للجوء للتحكيم البحري
273	الفرع الأول: استقلال شرط التحكيم البحري عن عقد النقل الأصلي
274	الفرع الثاني: حقوق والتزامات المحكم البحري
275	المبحث الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي في القوانين المقارنة والإمارات
275	المطلب الأول: تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي في فرنسا
	الفرع الأول: الطعن على حكم قاضي التنفيذ برفض الاعتراف
278	بحكم التحكيم البحري الدولي ورفض تنفيذه
	الفرع الثاني: الطعن على حكم قاضي التنفيذ بالاعتراف
280	والأمر بتنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي
281	المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في دول المقارنة والإمارات
286	الفرع الأول: تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في إنجلترا
288	الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في الولايات المتحدة الأمريكية
289	الفقرة الأولى: بطلان اتفاق التحكيم
290	الفقرة الثانية: عدم احترام المبادئ الأساسية للتقاضي
290	الفقرة الثالثة: تجاوز المحكمين لسلطاتهم
290	الفقرة الرابعة: مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم للاتفاق أو القانون
290	الفرع الثالث: إبطال الحكم التحكيمي في الدولة التي صدر فيها
291	الفقرة الأولى: مخالفة الحكم للنظام العام
294	الفقرة الثانية: تقويم تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي
296	الفرع الرابع: مستجدات مشروع قانون جديد للتحكيم البحري بدولة الإمارات
	الفرع الخامس: إحداث مركز الإمارات للتحكيم البحري
	Error! Bookmark not defined.
304	خاتمة القسم الثاني:
305	خاتمة عامة:
299	النتائج والتوصيات:
310	لائحة المراجع:
324	الفهرس: