

الأكاديمية العربية الدولية



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

الأكاديمية العربية الدولية المقررات الجامعية



IUL
Islamic University Of Lebanon
Université Islamique Du Liban
الجامعة الإسلامية في لبنان

الجامعة الإسلامية في لبنان

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

التحكيم التجاري الدولي ودوره في فض المنازعات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)

رسالة دكتوراة في القانون الخاص

إعداد الطالب:

أحمد جاسم عبودي الساعدي

الأستاذ المشرف :

الأستاذ المتمرس الدكتور عباس زبون عبود العبودي

2024

إن الجامعة الإسلامية في لبنان غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرسالة
وهي تعبر عن رأي كاتبها فقط

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من

أهلها إن يريدان إصلاحا يوفق الله بينهما﴾

صدق الله العظيم

(النساء: 35)

الاهداء

إلى من ساندتني في صلاتها ودعائها
إلى من سهرت الليالي لتتير دربي
إلى من تشاركني أفراحي ومأساتي
إلى نبع العطف والحنان
إلى أروع امرأة في الوجود
إلى أجمل ابتسامة في حياتي.....أمي الغالية

إلى من علمني أن الدنيا كفاح
وسلاحه العلم والمعرفة
إلى الذي لم يبخل عليّ بأي شيء
إلى من سعى لأجل راحتي ونجاحي
إلى أعظم رجل في الكون
إلى أعز رجل في الكون.....أبي الغالي

الشكر والعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى اله وصحبه أجمعين وبعد ...

بعد شكر الله عز وجل أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لمشرفي، لما قدمه لي من إرشادات وتوجيهات وتوصيات ، إذ كان لها الدور الكبير في إكمال الأطروحة بهذه الصورة، داعياً الله عز وجل إن يوفقه لما يحبه ويرضاه.

المقدمة:

يعتبر التحكيم حالياً الأسلوب السائد لحل المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والمؤسسات، لما له من مزايا عديدة أهمها سرعة فض النزاع وتوفير الوقت والجهد والحفاظ على الأسرار التجارية لأطراف النزاع. يعتبر التحكيم نظاماً قديماً وحديثاً وقد كانت قديمة لأنها كانت تستخدم كوسيلة لحل النزاعات في المجتمعات القديمة وتحكمها العادات والأعراف المتبعة في تلك المجتمعات.¹ ويعتبر نظاماً حديثاً، لأنه في الوقت الحاضر، بعد ظهور الدولة وتطورها بشكلها الحالي وعلاقاتها الوثيقة مع الدول الأخرى، ومع مراعاة توسع العلاقات التجارية الدولية بين الدول والكيانات الاعتبارية في بلدان مختلفة، وارتفاع حجم العقود التجارية الدولية - لا يتم إبرام أي عقد تقريباً اليوم دون تضمين شرط التحكيم الذي يتطلب حل أي نزاع ينشأ عن هذا العقد عن طريق التحكيم الدولي، أي عن طريق هيئة تحكيم، يتم تعيينها إما من قبل أطراف النزاع، أو عن طريق اللجوء إلى مؤسسة تحكيم تجاري دولية، مثل غرفة التجارة الدولية، أو وفقاً لنظام تحكيم دولي محدد مثل ذلك التي أنشأتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية

¹ ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، ص

اليونسـترال¹. ولذلك يعد التحكيم التجاري الدولي أحد تجليات الفكر القانوني والاقتصادي الحديث على المستوى العالمي وأداة مطلوبة لتنشيط التجارة الدولية، الأمر الذي خلق اتجاهها قويا في مختلف دول العالم يدفعها إلى تعديل قوانينها. وبما يتوافق مع هذا التفكير، وهذا ما دفع المشرع العراقي والمشرع اللبناني إلى سن قانون التحكيم فـالعالم يعيش الآن في عصر العولمة الاقتصادية واعتماد سياسة السوق المفتوح ، تتجه معظم دول العالم إلى زيادة الاستثمارات الأجنبية في أراضيها، مما يؤدي إلى زيادة العلاقات الاقتصادية الدولية بشكل عام والعلاقات التجارية بشكل خاص، وبالتالي زيادة الحاجة إلى التحكيم باعتباره الطبيعي والمثالي لحل المنازعات التي تنشأ. بل ويمكن القول مجازاً أن مبدأ تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية هو التحكيم، وأن اللجوء إلى السلطة القضائية هو الاستثناء. ويجوز إبرام اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع، كما يجوز إدراجه كجزء من الاتفاق الذي يحكم العلاقة بين الأطراف التي قد ينشأ فيها النزاع، أو يجوز إدراجه كعنصر من عناصر اتفاق مستقل فـالاتفاق الذي ينص على الخضوع للتحكيم في أي نزاع قد ينشأ بينهما ويسمى هذا الاتفاق

¹ هو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة في 21 يونيو سنة 1985 وهو ما

يعرف بقواعد اليونسـترال.

بصورتيه (شرط التحكيم)، ويجوز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بمجرد نشوء النزاع، وهذا ما يسمى (مشارطة التحكيم)¹

ويعرف التحكيم بأنه: "الاتفاق على عرض النزاع على شخص محدد أو أكثر حتى يتمكنوا من حله دون اللجوء إلى المحكمة المختصة به".² أما فيما يتعلق بالتشريعات الوطنية فيمكن استخلاص تعريف للتحكيم في كل من القانون اللبناني و القانون العراقي والتشريعات المقارنة فهو اتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، لتسوية كل أو جزء من النزاعات الناشئة أو التي يحتمل أن تنشأ بينهما في إطار العلاقة التعاقدية أو غير التعاقدية. وعلى الرغم من وجود تعريف للتحكيم في السوابق القضائية والنصوص القانونية، فمن الصعب تحديد تعريف موحد للتحكيم التجاري الدولي، بسبب اختلاف المعايير التي تتبعها البلدان.

أولاً: أهمية البحث

تكمن الأهمية التي اقتضت اختيار هذا الموضوع في غياب الأسس الواضحة والأنظمة المتبعة لحل المنازعات الناشئة فيما يتعلق بالعقود التجارية والتي يتم حلها عن طريق التحكيم، وهو الأسلوب الذي يلجأ إليه الأطراف، والذي يتميز بمزايا أكثر من اللجوء إلى السلطة

¹ بريري، محمود مختار احمد . التحكيم التجاري الدولي . ط 3 . القاهرة دار النهضة العربية.. 2004

القضائية..، ولذلك كان لا بد من محاولة إجراء بحث حول هذا الموضوع لتوضيح الضروري في تطبيق القانون المختص والدعوة إلى توحيد التشريعات التي يجب تطبيقها على مسائل التحكيم التجاري الدولي، ومراجعة وتحليل نصوص قانون التحكيم العراقي وقانون التحكيم اللبناني وبعض الدول المقارنة

ثانياً: أهداف البحث

لا تقتصر دراسة تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي على بيان القانون الذي ينطبق على النزاع، بل تهدف إلى تحديد المبادئ المشتركة، لتطبيقها على المنازعات التي تنشأ في سياق العلاقات التجارية الدولية التي يتم فيها النزاع. يتم تسويتها عن طريق التحكيم، فهذا البحث يهدف إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعات التجارية الدولية ومعرفة أهم التشريعات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي.

فضلاً عن شرح القانون المطبق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي، والقانون المطبق على موضوع النزاع وإجراءاته، وأخيراً القانون المطبق على حكم التحكيم، وكيفية تعارض القوانين المطبقة على النزاع. موقف الباحث من هذه القوانين واقتراح النتائج والتوصيات، حتى يصبح التحكيم التجاري الدولي وسيلة فعالة تتميز بمرونتها وتكيفها مع التطور الذي يحدث على مستوى العلاقات التجارية الدولية.

ثالثاً: إشكالية البحث

بما أن العقود الدولية يتم إبرامها في الغالب بين أطراف تنتمي إلى دول مختلفة، فإن قوانين هذه الدول تختلف في معالجة القضايا التي تنشأ نتيجة النزاع بين الأطراف، لذا فإن اختلاف القوانين يتأثر بحل النزاع، بالإضافة إلى الوقت والتكلفة العالية، تشجيع الأطراف على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل خلافاتهم. وفي هذه الحالة ما هو القانون المطبق والذي تتبعه هيئة التحكيم؟ وهل تشكل إرادة الأطراف الحل المناسب لحل النزاع المطروح؟ وإلى أي مدى يمكن للدولة أن تتخلى عن سيادتها وتقبل عرض النزاع على التحكيم؟ بمعنى آخر ما هو القانون الأنسب والمطبق في التحكيم التجاري الدولي؟ وما هو دور القانون التجاري الدولي لحل النزاعات؟

رابعاً: منهجية البحث

سيتم في هذا البحث إتباع المنهج الوصفي والتحليلي، الذي يقوم على التحليل وربط الأسباب بالنتائج، والمقارنة بين النظم القانونية.

خامساً: هيكلية البحث

تكونت الدراسة من بابين الباب الأول ماهية التحكيم التجاري الدولي والقانون المختص بحكم إتفاق التحكيم التجاري احتوى على فصلين الفصل الأول تحدث عن ماهية التحكيم الدولي

وتمييزة عن غيرة من وسائل المنازعات الدولية أما الفصل الثاني فقد تحدث عن حكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي لفض التنازعات والباب الثاني جاء بعنوان السلطة التقديرية للمحكم والقرار التحكيمي وقد أشتمل فصلين الفصل الأول: قانون إجراءات التحكيم والقرار التحكيمي وأثره و الفصل الثاني أثر قانون إجراءات التحكيم والقرار التحكيمي

الباب الأول:

ماهية التحكيم التجاري الدولي والقانون المختص بحكم إتفاق

التحكيم التجاري

الفصل الأول

ماهية التحكيم الدولي وتمييزه عن غيره من وسائل المنازعات

الدولية

التمهيد:

تتميز العلاقات بين الدول في كثير من الأحيان باندلاع الخلافات والصراعات، التي يسعى المجتمع الدولي ككل إلى إيجاد الحلول المناسبة لحلها ومنع ظهورها أو تكرارها مستقبلاً، وذلك في وضع ضوابط لسير العلاقات بين الدول. وهذا ما يعمل عليه المجتمع الدولي من خلال هيئاته ومؤسساته الدولية وعلى رأسها الأمم المتحدة التي تطمح إلى تذليل الصعوبات وتهيئة الظروف الملائمة لحل النزاعات والصراعات بكافة الوسائل لتجنب استخدام القوة التي دمرت الإنسانية.

ويعتبر التحكيم هو الطريقة البديلة أو الوسيلة الأنسب لحل النزاعات الدولية بشكل عام، حيث لم تعد المحاكم قادرة على التعامل مع النزاعات المختلفة بشكل فردي، إلى جانب ظهور الحاجة الملحة للتخصص من جانب من ينظر في هذه النزاعات. مما أدى إلى زيادة الاهتمام بالطرق البديلة لحل المنازعات في مختلف الأنظمة القانونية والقضائية.

والتحكيم هو أقدم وسيلة عرفها الإنسان لحل المنازعات إلى جانب القضاء والتوفيق، وكآلية بديلة لحل المنازعات تطورت إلى ظاهرة حل المنازعات سواء كانت تجارية أو إدارية. وقد رافقت الإنسان منذ القدم، وتطورت مع تطور التجارة الدولية، حتى أصبحت عادة أصيلة متجذرة في نفوس الناس. واعتبروها من وظائف العدالة والسلطة القضائية، ووسيلة لحل

المنازعات، لبرساتها من حيث إجراءاتها وسرعة حل المنازعات وسرية الجلسات، على عكس السلطة القضائية التي تتميز بتعقيد إجراءاتها، وكذلك ببطء حل المنازعات التي تأخذ طابعاً دولياً.

كان التحكيم منتشراً على نطاق واسع في المجتمعات القبلية القديمة، حيث كان الأفراد يلجأون إلى شيوخ القبائل لحل نزاعاتهم. كما كانت منتشرة على نطاق واسع في المجتمعات اليونانية والرومانية وبين العرب. ومع ظهور الإسلام تأكدت أهميته، نظراً لدوره المهم في حل بعض المشاكل والنزاعات ومع مرور الوقت تطور التحكيم في المجتمعات المختلفة وعرف في مجال التجارة الدولية منذ بداية القرن التاسع عشر، وذلك بعد نجاح الثورة الصناعية وظهور الشركات المالية والصناعية الكبرى، وكذلك المصانع والمؤسسات الكبيرة، مما يؤدي إلى عمليات تبادل تجاري وعقود تجارية تنشأ بعد التحكيم التجاري الدولي.

وتعتبر الأخيرة في الوقت الحالي أهم الآلية التي يرغب التجار الدوليون في استخدامها لحل نزاعاتهم الناشئة عن معاملاتهم، فلا يوجد عملياً أي عقد تجاري دولي يخلو من شرط التحكيم، حيث يتم اللجوء إلى التحكيم عند نشوء نزاع مصدره العقد، وذلك أن العقود الدولية تختلف العقود الدولية فيما يتعلق بالعقود الداخلية، فهذه الأخيرة تحكمها قواعد القانون الداخلي، أما العقود الدولية فهي في الغالب بين أطراف تنتمي إلى دول مختلفة، والتي تختلف قوانينها بطبيعة الحال في معالجة المسائل الناجمة عن النزاع، وحالياً نرى أن قواعد التحكيم على

المستوى الدولي أصبحت وسيلة لحل النزاعات، كما تعتبر التجارة الدولية إحدى آليات تطوير قواعد القانون التجاري الدولي.

مما أدى إلى ظهور التحكيم لضمان إسكات المنازعات، حتى عندما يقوم الأطراف المتعاقدون بإحالة منازعاتهم إلى محاكم دولة أي من الطرفين، والخضوع لقواعد تنازع القوانين، لما لذلك من تكاليف باهظة. وهذا يستغرق الكثير من الوقت، بالإضافة إلى سعي العملاء لحماية استثماراتهم من خلال قانون مرن وسريع.

المبحث الأول: التحكيم الدولي

يعتبر التحكيم الدولي حالياً أحد أهم الوسائل البديلة للقضاء لحل النزاعات الدولية، سواء كانت هذه النزاعات بين الدول ضد بعضها البعض، أو بين الدولة من جهة والأفراد من جهة أخرى، أو بين الأفراد مع بعضهم البعض، لأنه من النادر أن نجد عقداً دولياً لا يتضمن شرط التحكيم،¹ والسبب في ذلك هو المزايا التي يتمتع بها التحكيم الدولي والتي تتوافق مع طبيعة هذه النزاعات تتمثل في بساطة وسرعة الإجراءات مقارنة بالعدالة العادية، بالإضافة إلى أن التحكيم يتمتع بالسرية التامة أثناء إجراءات التحكيم وحتى صدور حكم التحكيم وقلة التكاليف والمرونة كما انه يلعب دوراً مهماً في اتساق واستقرار المعاملات الدولية.²

كما يعد التحكيم الدولي إحدى الوسائل السلمية لحل المنازعات الدولية في ظل القانون الدولي العام، وأحد أهم الوسائل التي تلجأ إليها الدول في تسوية منازعاتها فيما بينها بما يحقق الاستقرار والطمأنينة وإرساء سيادة القانون بدلاً من حكم القوة بل وفي كثير من الأحيان يعتبر

¹ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، لبنان، سنة ٢٠٠٢، ص

² زكريا الغزاوي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم المؤسساتي، المجلة العراقية للتحكيم التجاري، العدد ٢،

من خصائص المجتمعات الراقية والتوجهات التي تهيمن الآن على عالم التقاضي الدولي هي أنه يفضل العلاقات الودية بين الدول.¹ وفي هذه الدراسة سنتناول باختصار شديد مفهوم التحكيم الدولي، ثم مسألة أنواع التحكيم الدولي وتمييزه عن غيره من وسائل تسوية المنازعات الدولية. وقد خصصنا مبحثين مستقلين

وقبل التطرق إلى تعريف التحكيم الدولي لا بد أن نتحدث أولاً عن تعريف التحكيم لغوياً واصطلاحياً، ثم تعريف التحكيم وفقاً للقانون الدولي العام، وهناك خصصنا مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: تعريف التحكيم لغة وإصطلاحاً

حظي موضوع التحكيم بالاهتمام على كافة المستويات. فعلى المستوى الدولي تم إبرام العديد من الاتفاقيات حول هذا الموضوع. وعلى المستوى الفقهي حظي موضوع التحكيم باهتمام الفقهاء وكان في مقدمة المواضيع التي شغلته في أذهان الباحثين ولفت الانتباه إليه.

ولذلك كان لا بد من التطرق إلى طبيعة التحكيم التجاري ومحاولة التعرف على معناه انطلاقاً من مفهومه، وصولاً إلى مبادئ التحكيم كمبدأ لتنظيم قواعد التجارة الدولية.

¹ محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية رسالة ماجستير، جامعة حسيبة بن بو علي، كلية العلوم القانونية

والإدارية، ٢٠٠٨، ص ١-٢ .

يعتبر التحكيم أداة فعالة لحل النزاعات لأن مهمة الفصل في هذه النزاعات تسند إلى أشخاص يطلق عليهم اسم المحكمين. ويتم اختيار هؤلاء الأشخاص من قبل الأفراد، ومن بين الأوصاف التي يتخذها الأفراد في اختيارهم للمحكمين الخبرة والمعرفة بالقضايا. وهذا ما دفعنا إلى السعي إلى تعريفها ومعرفة مدى أهميتها في التجارة الدولية.

الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة

التحكيم في اللغة هو مصدر للفعل (حكم) بتشديد الكاف مع الفتح، يقال (حكمَ) بالأمر - حكماً قضى. يقال حكم له، وحكم عليه ، و حكم فلاناً في الشيء والأمر : جعله حكماً ويقال حكمَ فلاناً : منعه عما يريد وردّه، ويقال احتكمَ الخصمان إلى الحاكم: رفعاً خصومتها إليه واحتكم في الشيء والأمر: تصرف فيه كما يشاء، ويقال : احتكم في مال فلانٍ واحتكم في أمره.¹

¹ إبراهيم مصطفى أحمد الزيات، حامد عبد القادر محمد النجار، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، مجمع اللغة العربية (الادارة العامة للمعجمات وإحياء التراث)،

ويعرف التحكيم ايضاً بأنه التفويض في الحكم،¹ ويقال حكمت فلانا في مالي تحكيمياً اي فوضت اليه الحكم فيه. استحکم فلان في مال فلان اذا جاز فيه حكمه.²

وقد ورد ذكر التحكيم في القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ".³ وقوله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيَسْلُمُوا تَسْلِيمًا).⁴ وقوله تعالى: (أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكَمًا).⁵ وقوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) تقصد التحكيم في المنازعات بين الزوجين.⁶ وقوله تعالى: (يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ).⁷

¹ محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح دار الحديث القاهرة بدون سنة نشر، ص ١٤٨.

² ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار بيروت للطبع والنشر، ١٩٥٦، ص ١٤٢.

³ سورة النساء الآية ٥٨

⁴ سورة النساء الآية ٦٥.

⁵ سورة الانعام الآية ١١٤.

⁶ سورة النساء الآية ٣٥.

⁷ سورة ص الآية ٢٦.

كما أقرت السنة النبوية الشريفة التحكيم في كثير من المواقف، ومنها على سبيل المثال،
حادثة تحكيم ابي شريح للقوم، عن شريح بن هانئ: انه لما وفد إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم سمعه وهم يكنونه أبا الحكم ، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له: إن
الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكنى أبا الحكم؟ فقال إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني
فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين، قال: ما أحسن من هذا فما لك من الولد، قال لي شريح
وعبد الله ومسلم. قال: فمن اكبرهم قال: شريح، قال: فأنت أبو شريح، فدعا له ولولده .¹

¹ محمد سعد الرحاحلة، التحكيم في منازعات الاستثمار في المملكة العربية السعودية، بحوث ومقالات، مجلة

مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ع ٣٧ ، الناشر جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، ٢٠١٣، ص ٥٦٠.

الفرع الثاني: أهمية التحكيم ومشروعيته

أولاً: أهمية التحكيم

المبدأ هو أن القضاء باعتباره سلطة دولة متخصص في الواقع في المنازعات التي تنشأ بين أطراف العلاقة التجارية، سواء على المستوى الوطني أو الدولي، إلا أن طبيعة المعاملات والعقود التجارية (خاصة الدولية) المبنية على الثقة والسرعة، فرض القائمون عليها نظاماً بديلاً لتسوية المنازعات، وما ينشأ في مجال التجارة الدولية هو نظام التحكيم التجاري الذي يتابع التطور الذي حققته التجارة الدولية ويساهم في ازدهارها، لما تتمتع به من مميزات عديدة، مثل المرونة والسرعة والبساطة وسهولة الإجراءات، والاقتصاد في الجهد والوقت، والسرية والمحافظة على العلاقات الودية بين الخصوم.¹

وشهد التحكيم الدولي في العصر الحديث نقلة نوعية بفضل اتفاقية لاهاي لعام 1899م، حيث سعت الدول بشكل جدي إلى إنشاء محكمة تحكيم دولية، حيث نصت هذه الاتفاقية صراحة على إنشاء محكمة تحكيم دولية دائمة من أجل حل المنازعات التجارية بما يرضي طرفي العلاقة التجارية ولذلك يعتبر التحكيم الخيار الأول للمتعاملين في مجال التجارة الدولية حيث

¹ محمد وليد العبادي "أمية التحكيم وجواز اللجوء لبي منازعات العقود الإدارية"، دراسة مقارنة، مقال، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 34 العدد رقم 2 لية الدراسات الفقية و القانونية، جامعة ل البيت المفرق، الأردن،

يعتبر الطريقة المثالية الأنسب لمتطلبات الدولة. وتكمن أهمية المراجعة في الحصول على فوائد عديدة، والمميزات التي دفعت إلى كثرة استخدام هذا النظام في المنازعات بدلاً من النظام القضائي العادي، ومن أهمها ما يلي:

- السرعة : يلعب عامل الوقت دوراً مهماً في تحديد مدى فعالية نظام التحكيم. لذلك، في مقدمة ما يُحال إلى القضاء الوقت اللازم للفصل في القضايا هذا ما يجعل حقوق الأطراف تبقى معلقة لفترة طويلة، وبالتالي يزداد الضرر.¹

- السرية: وتتميز السرية في التحكيم بضمان حقوق الأطراف والحفاظ على أسرار الخصوصية، وبالتالي تتيح للأطراف المتنازعة فرصة منع الآخرين من معرفة أن هناك نزاعاً بينهم من شأنه أن يؤثر على مكانتهم الدينية والاجتماعية والتجارية.²

- المحافظة على استمرار العلاقات بين الأطراف يعزز العلاقات بين الأطراف لأنهم وافقوا على اللجوء إلى التحكيم بمحض إرادتهم، وقبلوا مسبقاً القرارات التي يصدرها المحكم ويطبقونها طوعاً وباختيارهم، الأمر الذي وهو ما يجعل قرار المحكم يبدو كأنه صادر من

¹ حفيظة السيد الحداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي"، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص33.

² بودودة سعاد التحكيم التجاري الدولي مان من ضمانات الاستثمار، رسالة ماجستير لية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011، ص1

مجلس العقد، مما يؤدي إلى استبدال الصراع بالانسجام ويكون له أثر فعال في تحقيق السلام الاجتماعي واستمرار المعاملات واستقرارها في المستقبل. كما تتطلب إجراءات التحكيم الحضور الشخصي لأطراف النزاع ومشاركتهم في كافة الإجراءات، وبالتالي الوصول إلى جوهر النزاع بطريقة أقل عدوانية، شهد تطوراً كبيراً نظراً لمزاياه العديدة، حتى لو لم يكن هناك نظام قضائي وطني يتمتع بالقدرة على حل منازعات التجارة الدولية بالكفاءة والحرز اللازمين حيث أنه مقيد بقواعد صارمة تختلف تماماً من بلد إلى آخر، بالإضافة إلى إمكانية إعاقة التجارة الدولية في حالة النزاع، لذلك أصبح التحكيم عنصراً هاماً المكان وكذلك القضاء. وهو ملازم للمعاملات الداخلية والخارجية بشكل عام والتجارة الدولية بشكل خاص بسبب التطورات الحالية. وتختلف أهمية التحكيم باختلاف الزاوية التي ينظر منه ونطاق المعاملات التي تمليه الظروف الاقتصادية والصناعية من خلال دمج أحكامها في المعاملات الدولية بين جميع الدول، ولعل ذلك ناتج عن تطور المفاهيم التجارية وتوسعها، مما جعل القضاء يضيق في قراراته ودون استثناء له، ومن هنا ظهرت أهمية التحكيم.

إن تطور فكرة أهمية التحكيم وازدهار أسلوبه، رافقه وساعده نشاط الحركة التشريعية في بعض البلدان، باسم القوانين التي تهدف، من جهة، إلى التخفيف من علي كاهل النظام القضائي الوطني وحرية التحكيم من سيطرة القوانين ورقابة الهيئات القضائية.¹

ثانياً: مشروعية التحكيم

ولا فرق في مشروعية التحكيم، فقد عرفت الإنسانية منذ أقدم عصورها كنوع من إقامة العدل، فقد عرفه الإنسان منذ المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني، ولم تكن هناك سلطة عامة تضمن العدالة للمجتمع. ولجأ الأفراد أو العشائر أو القبائل أنفسهم إلى التحكيم للحصول على حقوقهم بالقوة، ومع مرور الوقت تطور هذا النظام إلى عادات وتقاليد، يتنازل بموجبها أفراد المجتمع للحصول على الحقوق بأنفسهم وبدأوا يلجأون إلى طرف ثالث لتسوية النزاع بينهم، يختاره الأطراف المتنازعون أنفسهم على أساس مواصفات معينة. ويمكن أن يكون هذا الشخص من الأشخاص المؤثرين أو كاهناً أو شخصاً معروفاً بأخلاقه الحميدة. . ولذلك كان التحكيم هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لحل المنازعات سلمياً، نظراً لعدم وجود سلطة عامة

¹ حفيظة السيد الحداد المرجع السابق، ص40.

قادرة على حل المنازعات التي تنشأ بين الأفراد وتحقيق العدالة من خلال تطبيق القرارات التي تصدرها.

وبالعودة إلى تاريخ ظهور التحكيم نرى أن السومريين في جنوب العراق عرفوا التحكيم منذ زمن طويل. وفي أوائل العقد الأول من القرن الحادي والعشرين، تم العثور على لوح حجري يحتوي على معاهدة سلام مكتوبة باللغة السومرية في القرن الحادي عشر.¹

أما بالنسبة للرومان فقد تجسد التحكيم لديهم منذ عصور قديمة وذلك في فترة ما بين القرن الثامن و السادس قبل الميلاد، وقد كانوا يلجئون إليه كثيراً في مجال القانون الخاص، أما في مجال القانون الدولي فلم يعرفوه وذلك لإنكارهم المساواة بين الدول و التي يرون أنها خاضعة لحكمهم في ذلك الوقت.²

أما الإغريق فقد عرفوا ومارسوا التحكيم منذ بداية العصر الكلاسيكي، أي بين القرنين السادس والرابع قبل الميلاد، وكثيراً ما كان يُستخدم التحكيم في النزاعات التي تنشأ بين الطوائف

¹ عليو قريو مال "التحكيم التجاري الدولي ي الجزائر"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص16.

² المرجع نفسه، ص 1.

السياسية المستقلة التي حكمت اليونان في ذلك الوقت، فقد كان هناك مجلس تحكيم دائم لتسوية المنازعات التي تنشأ بين اقاليم اليونان.

أما العرب فقد عرفوا التحكيم واعترفوا بشرعيته منذ زمن طويل، قبل ظهور الإسلام بعدة قرون. وكان النظام القبلي وتقاليده هو السائد في ذلك الوقت، وبالتالي لم تكن هناك سلطة تشريعية راغبة في تطبيقه.

وبعد ظهور الإسلام، حدثت تطورات سياسية واجتماعية كثيرة. كانت هناك دولة يحكمها الرسول صلى الله عليه وسلم ولها صلاحيات كثيرة، منها سلطة إقامة العدل بين الناس وإعطاء كل ذي حق حقه، وكان من الطبيعي أن ينظر الإسلام إلى التحكيم ويقره على أنه نوع من القضاة يكون فيه الحق حق والباطل باطلاً.

وقد أجاز الإسلام التحكيم بصورة مطلقة بالكتاب و السنة والإجماع، وذلك لفض الخصومات بين الناس بجانب القضاء و الصلح، فقد نص القرآن الكريم على مشروعيته في العديد من المواضع منها، قوله تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً).

وشهد التحكيم تطورات عديدة في العصور الوسطى، وخاصة في أوروبا، فأصبح استخدام التحكيم لحل النزاعات الدولية أمراً شائعاً خلال هذه الحقبة. وكثيراً ما لجأت الدول الأوروبية

إلى التحكيم عن طريق البابا أو أحد الملوك لتسوية الخلافات بينها ويكون لهؤلاء حكم الصفة القضائية في العصر الحديث، وخاصة في القرن التاسع عشر، تطور التحكيم بشكل كبير بسبب تغير الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية العالمية، وأصبح مصدراً للتوفيق والمصالحة بين الأطراف المتنازعة.¹

ونظراً للتحويلات العالمية التي شهدتها العالم في بداية القرن العشرين، فإنه من الضروري أيضاً أن يتطور مفهوم التحكيم بما يتناسب مع كثرة استخدامه نظراً للتطور الاقتصادي الذي شهده العالم، فإن ازدهار التجارة المحلية والدولية خلال هذه الفترة جعل من اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة قضية مرغوبة بين العاملين في هذا المجال، وخاصة في مجال التجارة الدولية، حيث كان التحكيم محل اهتمام، وأصبح النظام القضائي هو المسؤول عن الفصل في مثل هذه المنازعات، والدليل على ذلك إجماع العاملين في التجارة الدولية، الذين يحملون جنسيات مختلفة وقيمون في بلدان بعيدة، عن الخضوع لنظام قضائي أجنبي، وذلك لجهلهم بقواعده القانونية.² ونتيجة لذلك فإن الخضوع لنظام قضائي أجنبي قد يثير حالة من عدم الأمان في نفوس الأطراف المتنازعة، إذ يتأثر النظام القضائي بالظروف

¹ أحمد الشفيق قاسم، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة "، دار الجاحظ، دمشق، الطبعة 3، 2007، ص102

² المرجع السابق، ص87

السياسية والاقتصادية للدولة، إضافة إلى النفقات الكبيرة التي يتكبدها الطرف الأجنبي خلال فترة وجوده. المثل أمام قضاء دولة أخرى، مما قد يضر بمصالحها التجارية.

مكتبة التميز د. هند

الفرع الثاني: تعريف التحكيم إصطلاحاً

يختلف مفهوم التحكيم من فقيه لآخر حسب المرجعية والنظام القانوني الذي ينتمي إليه الفقيه، وبشكل عام، وبعيداً عن الاختلاف والتنوع في هذا السياق، فإن تعريفات الفقهاء - سواء على الصعيد الشرعي أو الوضعي- تشبه في محتواها وأهدافها التحكيم الذي يتمثل في حل وتسوية النزاع المثار بين الأطراف بواسطة شخص أو أكثر يختاره الطرفان بمحض إرادتهما، دون اللجوء إلى المحكمة المختصة.¹

فعلى المستوى الشرعي، عرف الفقهاء المسلمون التحكيم بأنه تعيين شخصين متخاصمين كمحكمين للفصل بينهما، أي أن يقوم الطرفان باختيار شخص للتحكيم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم صلاحية الحكم بينهما،² ويعرف أيضاً بأنه اتفاق الخصوم على تعيين رجل أو أكثر كموكلين للفصل في النزاع وفق حكم الشرع دون القاضي المولى.³

¹ عيد محمد القصاص، حكم التحكيم دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ط

٢٠٠٤، ص ١٢.

² محمد ابن عرنوس، تاريخ القضاء في الاسلام، الطبعة الأولى، المطبعة المصرية الاهلية، ص ١٧٥.

³ محمد مذكور سلام القضاء في الاسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٣١.

أما على الصعيد الوضعي،¹ فنلاحظ أن فقهاء القانون الوضعي لم يخرجوا في هذا السياق عن المنهج الذي اتبعه فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف التحكيم، بالنسبة للمشرع العراقي لم يعرف التحكيم ولكن ذكره في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل في المادة (٢) بقولها: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، فالقانون هنا لم يشير إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز الاتفاق على التحكيم. وفي قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦، كذلك لم يعرف التحكيم؛ ولكن ذكر في المادة (٢٧) بقولها: تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري - الوطني أو الدولي - وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجب إجراءات التحكيم، وجهته والقانون الواجب التطبيق.² وقد كان القانون اللبناني منفتحاً على التحكيم الداخلي والدولي، فأدخله في صلب قانون أصول المحاكمات المدنية القديم منذ العام 1933، ثم في القانون الجديد الصادر عام 1983، مستوحياً الكثير

¹ عمر عبد العزيز موسى الدبور التحكيم التجاري الدولي في عقود الطاقة ومدى تأثيره بسيادة الدولة، بحوث ومقالات، مجلة دفاتر قانونية، المجلد / العدد ع ٦ ، الناشر محمد الشقار، ٢٠١٨، ص ٤٢ .

² نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية العدد (١٣٩٣) في ٢٣ / ربيع الأول / ١٤٣٧ هـ الموافق / كانون الثاني / ٢٠١٦ م ، السنة السابعة والخمسون.

من القانون الفرنسي للعام 1975 مع تعديلاته فجاء بقانون التحكيم اللبناني مادة 765 -
العقد التحكيمي عقد بموجبه يتفق الأطراف فيه على حل نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم عن
طريق تحكيم شخص أو عدة أشخاص.. وعرف الفقه الفرنسي التحكيم بأنه: وسيلة للتسوية
الودية أو السلمية للنزاعات بين شخص واحد أو أكثر (عدهم فردي) ويطلق عليهم محكمين.
¹ وقد عرفه الفقيه (Boisseson) بأنه النظام الذي يتمتع فيه الأفراد بحرية تعيين المحكمين
المسؤولين عن حل منازعاتهم.² وهذا المنهج في تعريف التحكيم هو ما فعله الفقه العربي،
فقد عرفه الدكتور محمد الروبي بأنه وسيلة لحل المنازعات التي تربط الأطراف المعنية

¹ "Mode amiable ou pacifique de règlement d'un différend par une (ou plusieurs) personne(s) privée(s) (en nombre impaire) appelée(s) arbitre(s) ". A.Héraud, A.Maurin, La justice, Sirey 1996,p.149.

² "L'arbitrage est l'institution par laquelle les parties confient à des arbitres librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges". M.de Boissésou, Le droit, français de l'arbitrage interne et international, préface de P.Bellet,G.L.N 1990,p.5.

وتقوم على الاختيار الطوعي من قبل الخصوم لأشخاص متخصصين لحل أي نزاع ينشأ بينهما أو يحتمل أن ينشأ بينهما.¹

وعرفه الدكتور أحمد أبو الوفاء بأنه نزول الخصوم عن اللجوء إلى العدالة مع الالتزام بعرض النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بقرار ملزم للخصوم.²

كما عرفه الدكتور عمر عبد العزيز الدبور بأنه الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر للفصل فيه بدلا من المحكمة المختصة، مع إصدار قرار ملزم بشأن النزاع، بشرط موافقة المشرع على هذا الاتفاق دون أي شرط.³

ومن ناحية أخرى نلاحظ أن الدكتور خالد عبد القادر عرفه بأنه: اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر على سحب اختصاص القضاء في نظر المنازعات المنصوص عليها صراحة في اتفاق التحكيم ومنح هذا الاختصاص لأحد الأشخاص أو الهيئة (جهة) المسؤولة عن حل هذا

¹ محمد الروبي، بحث بعنوان التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي السادس عشر المجلد الأول، جامعة الإمارات كلية الحقوق، ٢٠٠٨، ص ٢٦٥.

² أحمد أبو الوفاء التحكيم الاختياري والإجباري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص 7

³ عمر عبد العزيز موسى الدبور ، التحكيم التجاري الدولي في عقود الطاقة ومدى تأثيره بسيادة الدولة، مرجع

سابق، ص ٤٣.

النزاع، وتسمى هيئة التحكيم.¹ كما عرفه محمد محمود إبراهيم بانه: طريقة خاصة لتسوية المنازعات بين الأفراد والجماعات، تقوم على استخدام التقاضي العادي والضمانات التي يستغلها، والتي تقوم بشكل أساسي على حقيقة أن أطراف النزاع، أما الخاضعون لاتفاق التحكيم، فهم الذين يختارون قضاتهم، بدلاً من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيمون فيه.²

وعُرف أيضاً: ان يلجأ الطرفان المتنازعان إلى المحكم لحل نزاعهما بينهما، وعادة ما يتفقان على احترام قرار المحكم وتنفيذه، ويتم اختيار المحكم بعلمهم، إذ يوافقون مسبقاً على قبول قراره والموافقة عليه لتنفيذه.³

كما تم تعريف التحكيم بأنه: نظام خاص للمنازعات ينشأ من اتفاق الأطراف المعنيين على أن يعهدوا إلى طرف أو أكثر بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بقرار له حجية الأمر

¹ خالد عبد القادر عيد التحكيم في عقود الاستثمار، بحوث ومقالات مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، المجلد العدد م ج ٢١ ع ٦٣ ، الناشر جامعة الأزهر، ٢٠١٧، ص ٢١٩.

² محمد محمود إبراهيم أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٤م، ص 85

³ سيف الدين محمد محمود البلعاوي التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق، بحوث ومقالات، مجلة كلية التربية، المجلد العدد مج ٤ ع ٦ ، الناشر جامعة الأقصى كلية التربية، ٢٠٠٠م، ص ١٧٢.

المقضي.¹ أو الاتفاق على عرض النزاع على شخص محدد أو أكثر لحله خارج المحكمة المختصة.²

وعرفته الدكتورة إيناس الخالدي بأنه اتفاق بين طرفي علاقة قانونية محددة، سواء كانت عقدية أم لا، على أن يتم تسوية النزاع الذي سبق أن نشأ بينهما، أو الذي يحتمل أن ينشأ، من قبل أشخاص مختارين كمحكمين ، ويكون الأطراف مسؤولين عن تحديد المحكمين، أو على الأقل التأكد من اتفاقهم على التحكيم بياناً لكيفية اختيار المحكمين أو تعيينهم في جهة أو مركز من بين وكالات أو مراكز التحكيم الدائمة للقيام بتنظيم عملية التحكيم وفقاً لقواعد أو لوائح تلك الوكالات أو المراكز.³

كما تم تعريف التحكيم على أنه: الاتفاق على عرض النزاع على شخص أو أشخاص محددين للفصل فيه دون المحكمة، لأنه بموجب التحكيم يتنازل المتنازعون عن حقهم في اللجوء إلى المحكمة وكذلك عن التزامهم بعرض النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا بقرار ملزم

¹ بلال عبد المطلب بدوي التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١١.

² نبيل زيد سليمان ،مقابلة، التحكيم الإلكتروني، المجلد العدد ع ٣٨، مجلة الفقه والقانون، بحوث ومقالات الناشر صلاح الدين دكدك، ٢٠١٥م.

³ إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني الاردني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٩-٣٠.

للخصوم.¹ وكما عرفه محمود نوري حسن، فهي مسألة توجيه إرادة الخصوم إلى الاتفاق على اختيار محكم واحد أو أكثر، يعرضون عليه كل أو بعض منازعاتهم لتسويتها، وإرادتهم في التخلي عن الخلافات العادية الإجراءات، مع ضرورة التزامهم بالقرار الذي أصدره، على أن يقر المشرع بذلك.²

كما تم تعريفه على أنه: "إجراء يتفق بموجبه أطراف نزاع معين على عرض نزاعاتهم على محكم من اختيارهم وتتحدد صلاحياتهم للفصل بينهم، مع التزامهم بقبول حكم التحكيم الذي يصدره ويعتبرونه واجب."³

كما تم تعريف التحكيم على أنه تفويض وتقليد من طرفي النزاع إلى طرف ثالث ليقرر ما يتنازعان عليه. وبالتالي فإن التحكيم يمر بثلاث مراحل، وتتمثل المرحلة الأولى في الاتفاق على التحكيم بدلا من القضاء قبل النزاع أو بعده، والمرحلة الثانية تتمثل في الاتفاق بين

¹ فؤاد عبد الدايم، التحكيم في إطار العقود الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٩م، ص ١٤.

² المستشار محمود نوري حسن، التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية - دراسة مقارنة ماجستير، جامعة الاسكندرية دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧، ص ٢٥

³ جورج شفيق ساري التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٩.

الخصوم والشخص الذي سيفصل في النزاع، وهو منحه صلاحية الفصل في النزاع، أما المرحلة الثالثة فتبدأ بإجراء وتنتهي بحكم.¹

وعرفت الدكتورة سامية رشيد التحكيم بأنه يتكون من شكلين: الأول هو مشاركة التحكيم وهو الاتفاق الذي يبرمه الطرفان بشكل منفصل ومستقل عن العقد الأصلي بينهما، مما يلزم الأول باللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق للخلاف القائم بينهما. والشكل الثاني هو شرط التحكيم وهو الاتفاق الوارد في عقد والذي يتطلب إحالة نزاع مستقبلي أو أي نزاع قد ينشأ عن ذلك العقد إلى هيئة تحكيم أو محكم.² وفي كل الأحوال، وعلى الرغم من تنوع وتعدد هذه التعريفات الفقهية للتحكيم، إلا أنها ذات معنى وتدور حول جوهر أساسي يتبلور في أن التحكيم أسلوب خاص ومبتكر لتحديد المنازعات وتسويتها بعرضها على محكمين متفق عليهم، دون اللجوء إلى سلطة القضاء سواء كانت سلطة قضائية عادية أو سلطة قضائية إدارية، بحيث ينتهي

¹ احمد عبد الفتاح صقر ، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٩، ص ١١.

² ساميه راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٧٥.

النزاع بالنطق بحكم ينهي النزاع بين الأطراف، ويتعهد الجميع باحترام أحكامه طوعاً، وإلّا
جاز إجبار الممتنعين على ذلك.¹

وبالمثل، هناك العديد من النصوص التشريعية التي تحدد اتفاق التحكيم. فمنهم من عرف
التحكيم صراحة، ومنهم من أشار إليه دون تعريفه صراحة. وفي فرنسا نرى أن المشرع
الفرنسي قد عرف اتفاق التحكيم في المادة الأولى من قانون التحكيم رقم (42) لسنة 1993م
بأنه: " إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف
بمهمة القضاء فيه بمقتضى اتفاق التحكيم ".²

كما يعرف القانون الإنجليزي التحكيم بأنه يلجأ أطراف النزاع إلى التحكيم في المنازعات التي
قد تنشأ في الحاضر أو المستقبل، سواء كانت تعاقدية أم لا، ويشير أيضاً إلى أن الاتفاق على
شرط التحكيم قد تم صياغته في وثيقة تتضمن بنداً يشير إلى اتفاق التحكيم.³

¹ محمد وليد العبادي، بحث بعنوان أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات
علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٤ ، العدد الثاني، ٢٠٠٧، ص ٣٥٨.

² سليم سلامة حاملة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الادارية، دراسة في القانون الأردني،
المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة- عمادة البحث العلمي، ٢٠١٢، بحوث ومقالات، ص

³ المادة ٦ من قانون التحكيم الانجليزي لسنة : ١٩٩٦

وقد عرفت المادة (١٧٩٠) من مجلة الأحكام العدلية التحكيم على أنه: "اتخاذ الخصمين حاكماً آخر برضاها، لفصل خصومتها ودعواهما".¹ وفي جمهورية مصر العربية ذهب المشرع المصري هناك في نفس الاتجاه، حيث عرف اتفاق التحكيم بشكل صريح بأنه: "اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية".²

أما المشرع الأردني فنلاحظ أنه لم ينص صراحة على تعريف اتفاق التحكيم في قانون التحكيم الأردني الحالي رقم (31) لسنة 2001، بل أشار إليه من خلال المواد من (9) إلى (13) من

Definition of arbitration agreement 1- In this Part an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not) 2- The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement:

¹ مجلة الأحكام العدلية العثمانية هي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاباً أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء، صدرت في فترات الخلافة العثمانية في شعبان سنة ١٢٩٣ هجرية ١٨٨٢ ميلادية مادة (١٧٩٠).

² في المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤

نفس القانون والذي ينظم الأحكام المتعلقة باتفاق التحكيم من حيث إعلان يوضح من يمكنه قبول التحكيم وشروط التحكيم ووقت الاتفاق وبعض الأحكام المتعلقة بقبول أو رفض التحكيم إذا تم رفع النزاع لديها اتفاق التحكيم. وبذلك يكون المشرع الأردني قد خالف المشرع الفرنسي والمصري وما جاء في قانون التحكيم الأردني السابق الملغي رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣، الذي عرف فيه اتفاق التحكيم في المادة الثانية بأنه: "الاتفاق" الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكمة أو المحكمين مذكوراً في الاتفاق أم لم يكن".

وعلى الصعيد القضائي، استقرت العديد من القرارات القانونية على تعريف التحكيم،¹ ففي فرنسا عرف مجلس الدولة الفرنسي التحكيم بأنه: سلطة اتخاذ القرار المعترف بها من قبل طرف ثالث (المحكم)، مع الاعتراف بأن قرار التحكيم هو قرار قضائي.²

¹ حسين محمود عطية، حل منازعات الاستثمار بطريق التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١١، ص ٣٥.

² حسين محمود عطية، حل منازعات الاستثمار بطريق التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١١، ص ٣٥.

وقد عرفه القضاء الفرنسي بأنه: الاستعانة بمحكمين من غير القضاة لحل النزاع، بعيداً عن سلطة العدالة، لأنهم لا يستخدمون إلا فيما يراه المحكمون ضروريا لهذه الغاية.¹

وفي جمهورية مصر العربية، سار النظام القضائي المصري في نفس الاتجاه، حيث عرفت المحكمة الدستورية العليا اتفاق التحكيم بأنه إحالة نزاع محدد بين طرفين إلى محكم طرف ثالث يعينه باختياره أو بواسطته أو بتفويض منهما، أو في ضوء الشروط التي تحددها، بحيث يفصل هذا المحكم في هذا النزاع بقرار بعيد عن شبهة التملق، خالي من التحيز، ويخلص إلى جذور النزاع في جوانبه التي يتوصل إليها كل من وقد أشار الطرفان إلى هذا، بعد أن عبر كل منهما عن وجهة نظره بالتفصيل من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.²

¹ حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ٢٤ فبراير ١٩٩٤ ، جواز اللجوء الى التحكيم في المنازعات المتعلقة بحقوق مترتبة على مسائل متصلة بالنظام العام ، وتوجد قواعد قانونية امره تنظمها، مشار اليه لدى أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩، ص ٢٢

² القضية رقم 13 لسنة ١٥ قضائية دستورية ، جلسة ، ١٧/١٢/١٩٩٤، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا الجزء السادس ص ٤١٤ . وانظر أيضاً حكمها الصادر بتاريخ 3 من يوليو عام 1999 في القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ قضائية دستورية "، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، الجزء

كما عرفت المحكمة الإدارية العليا بأنه: الاتفاق على عرض النزاع على شخص محدد أو أكثر ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.¹ وجاء في حكم آخر: أن التحكيم يشمل تكوين سلطة قضائية شخصية يتم على أساسها رفع المنازعات عن الهيئات القضائية العادية ليفصل فيها أفراد تتاط بهم مهمة القضاء ليقولوا كلمتهم فيها.² كما عرفت الجمعية العامة للإدارتي الفتوى والتشريع التحكيم بأنه الاتفاق على عرض النزاع على محكم أو أكثر للفصل فيه في مكان المحكمة المختصة، وبقرار ملزم للخصوم.³

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بالطعن رقم ٨٨٦/٣٠ في ١٨/١/١٩٩٤، منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، من أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٩٥ وما بعدها.

² حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية تاريخ ٣١/٣/١٩٩٦، مجموعة المبادئ، السنة القضائية الرابعة، ص ٦٥٤.

³ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٦٦١ في ١٨/٧/١٩٨٩، جلسة ١٧/٥/١٩٨٩ بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً ص ١٣٨.

وذهبت محكمة التمييز الأردنية في الاتجاه نفسه، حيث حكمت في عدة مناسبات بأن التحكيم: وسيلة استثنائية لفض المنازعات تقوم على الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ويقتصر على ما تتصرف إليه إرادة طرفي التحكيم بما يقدمونه إلى المحكم.¹

وقالت في قرار آخر: يعني مصطلح التحكيم اتفاقا مكتوبا يتضمن إحالة المنازعات القائمة أو المستقبلية إلى التحكيم، سواء ذكر في الاتفاق اسم المحكمة أو المحكمين أم لا،² كما قضت في قرار آخر بأنه: إجراء يرفع النزاع عن الجهات القضائية المعتادة ليفصل فيه من لهم صلاحية الفصل فيه.³

ويبقى لنا أن نؤكد هنا، بعد الاطلاع على التعريفات اللغوية والفقهية والتشريعية والقضائية المذكورة، أن التعريف اللغوي للتحكيم لا يفرق بين التحكيم والقضاء، فالقاضي محكم والمحكم قاض بخلاف التعريفات الاصطلاحية للتحكيم الذي فرقت بينهما، فإن التحكيم يجري بواسطة

¹ قرار تمييز حقوق أردني ، رقم ٢٩٢٣/٢٠٠٢، تاريخ ٢٠/١/٢٠٠٣، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (٩-٧) السنة ٥١ ص ١٨٣٩.

² قرار تمييز حقوق أردني ، رقم ١٣٣٦/٢٠٠٧، تاريخ ٢٩/٨/٢٠٠٧، هيئة خماسية، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، برنامج القانون الإلكتروني.

³ قرار تمييز حقوق أردني ، رقم ١٧٧٤/٩٤، تاريخ ٢٦/٣/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد الثالث السنة ١٩٩٧، ص ١١٥٤.

محكم يختاره الخصمان برضاها، وليس بواسطة القاضي كما هو، ومن الواضح أيضاً أن التحكيم يقوم على ثلاثة عناصر، أولها اتفاق الأطراف المتعاقدة، وهو اتفاق الأطراف المتعاقدة على حل النزاع الذي ينشأ في العقود عن طريق التحكيم، وهو ما يسمى بشرط التحكيم، ويجوز للأطراف المتعاقدة أن تتفق على حل نزاع محدد نشأ بالفعل من خلال التحكيم، ويسمى بمشارطة التحكيم. وثانيهما: حرية اختيار المحكم الذي يتمتع، بموجب اتفاق التحكيم، بسلطة الفصل في موضوع النزاع بقرار ملزم. العنصر الثالث هو وجود نزاع قائم بالفعل أو سوف ينشأ فيما بعد بين الطرفين المتعاقدين. وهكذا يمر التحكيم بثلاث مراحل، تبدأ بالاتفاق على التحكيم، ثم إجراءات النظر والفصل في موضوعه، ومن ثم تنفيذ القرار الصادر في هذا النزاع.¹

¹ أسامه احمد المليحي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، بند ٥، ص ٦.

المطلب الثاني: مفهوم التحكيم في القانون الدولي العام وأهميته

الفرع الأول: مفهوم التحكيم في القانون الدولي العام

حظيت فكرة التحكيم كوسيلة سلمية لحل المنازعات باهتمام كبير من المجتمع الدولي، منذ أن البداية الحقيقية لنظام التحكيم الدولي تحققت في القرن الثامن عشر مع معاهدة جاي، التي تعتبر من أولى المعاهدات في العالم. العصر الحديث لنص التحكيم كما نص عليه صراحة بتاريخ ١٧٩٤/١١/١٩م¹: على اللجوء للتحكيم في صورة لجان مشتركة لتسوية الخلافات التي نصت عليها بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية كما ان لهذه اللجان سلطة اتخاذ القرارات الملزمة بهذا الشأن.²

تعتبر قضية ALABAMA من أهم القضايا التي لجأ فيها المتنازعون إلى التحكيم الدولي الحديث، والتي شكلت بداية حقبة جديدة للحل السلمي للنزاعات الدولية، كما عززت اللجوء المتزايد إلى الأساليب القضائية والتحكيمية في حل النزاعات.

¹ أخذت هذه التسمية نسبة إلى رئيس المحكمة العليا الأمريكية (جون جاي) والذي لعب دوراً بارزاً في إبرام هذه المعاهدة مشار إليه لدى رجب عبد المنعم متولي، الموظف الدولي في بيئته المهنية ودوره في حل النزاعات الدولية بالوسائل السلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ١٢٧.

² احمد عبد الفتاح صقر ، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص ١٥.

ويمكن تلخيص وقائع هذه القضية في ان اتهمت الولايات المتحدة الأمريكية المملكة المتحدة (بريطانيا) بانتهاك مبدأ الحياد الدولي، وذلك لأن المملكة المتحدة (بريطانيا) قامت ببناء سفن للولايات المتحدة الأمريكية الجنوبية وذلك مساعدة منها في الحرب ضد الولايات المتحدة الأمريكية في أمريكا الشمالية، وتم التوصل إلى اتفاق بين البلدين بموجب معاهدة واشنطن عام 1871م، بناءً على قواعد معينة فيما يتعلق بحقوق وواجبات الدول المحايدة، بادرت الدولتان إلى تكوين محكمة تحكيم وبناءً على هذه الاتفاقية، طالبت الولايات المتحدة الأمريكية المملكة المتحدة (بريطانيا) التي انتهكت الحياد الدولي، بتعويض الأضرار التي لحقت بها. قررت لجنة التحكيم إدانة المملكة المتحدة (بريطانيا) وإلزامها بتعويض الولايات المتحدة.¹

كما ازدهر التحكيم الدولي في العصر الحديث وتطور وحقق نقلة نوعية في مؤتمر لاهاي الأول من خلال اتفاقية لاهاي عام 1899م، حيث سعت الدول إلى إنشاء محكمة تحكيم دولية دائمة، وقد وافق المؤتمر على الاتفاق على قرار النزاعات الدولية بالوسائل السلمية من خلال

¹ Malcolm N. Shaw: International Law, 6th Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2008, P.111.

مشار إليه لدى هبوا علي حسين ٢٠١٦ ، التحكيم قضاء أصيلا للنزاعات التجارية، بحوث ومقالات مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسة المجلد العدد ٥ ع ١٦ ، الناشر جامعة كركوك، كلية القانون والعلوم السياسية، ص ٥٤٧.

المساعي الحميدة والوساطة والتحكيم. كما نصت هذه الاتفاقية صراحة على إنشاء محكمة دولية دائمة للتحكيم، أطلق عليها اسم محكمة التحكيم الدائمة.¹

وقد حاولت العديد من الدول ومن بينها روسيا تحقيق مبدأ اللجوء الإجباري إلى التحكيم من خلال مؤتمر لاهاي الأول عام 1899م ومؤتمر لاهاي الثاني عام 1907م من خلال تقديم مشاريع تهدف إلى تحقيق هذا المبدأ. ومع ذلك، فقد تم تحدي هذه الأفكار من قبل عدة دول من بينها ألمانيا وحجتهم هي أن إبرام معاهدة بشأن الالتزام باللجوء إلى التحكيم لن يخلو من تحفظات وخلافات كثيرة بشأن إبرامها.²

وقال الدكتور علي صادق أبو هيف في هذا الصدد: إن محكمة التحكيم الدائمة لا تتمتع إلا بصفتي "المحكمة" والدوام سوي الاسم، لأن اختصاصها أولاً اختياري بحت، ويجوز لأطراف النزاع الرجوع إلى أي ولاية قضائية أخرى. وهي الهيئة التي يختارونها دون هذه المحكمة،³ ولأن تكوينها ثانياً لا يقوم على شكل من الدوام والانتظام، مثل المحاكم بالمعنى الحقيقي

¹ رجب عبد المنعم متولي الموظف الدولي في بيئته المهنية ودوره في حل النزاعات الدولية بالوسائل السلمية، مرجع سابق، ص ١٢٧، وأحمد عبد الفتاح صقر، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص ١٦.

² إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦، ص ١١.

³ علي صادق أبو هيف القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٥، ص ٧٤٥.

لللمة، لأنها لا تكون من عدد معين من القضاة الحاضرين دائماً أو خلال مدة قضائية محددة في مقر المحكمة لنظر المنازعات المعروضة عليهم، ثم بعد الحرب العالمية الأولى سعت الدول إلى إنشاء إطار للمنظمة الدولية يهدف إلى حل النزاعات الدولية بالوسائل السلمية من خلال إنشاء عصبة الأمم. حيث ورد في الفقرة الأولى من المادة (١٣) من عهد عصبة الأمم على اتفاق الأعضاء على أنه كلما ثار نزاع بينهم يروا أنه قابل للتسوية بطريق التحكيم أو القضاء، وكان هذا النزاع لا يمكن تسويته بالطرق الدبلوماسية، فإنهم يعرضون موضوع النزاع برمته على التحكيم أو القضاء. علماً بأن أعضاء العصبة تجنبوا النص على اللجوء الإجباري إلى التحكيم تفادياً للانتقادات التي وجهت في مؤتمرات لاهي.¹

ولم تكفي عصبة الأمم بذلك، بل استمرت بجهودها نحو تحقيق مبدأ اللجوء للتحكيم، ففي عام ١٩٢٠ أنشأت محكمة عدل دولية دائمة، وفي ٢٤ أيلول من عام ١٩٢٢ تم إبرام بروتوكول جنيف بشأن الاعتراف بصحة شرط التحكيم²، وفي عام ١٩٢٤ تم إبرام بروتوكول جنيف للمساعدة المتبادلة وعدم الاعتداء، والذي يقوم على مبدأ أساسي مؤداه "لا أمن بدون تحكيم وفي ٢٦ كانون أول من عام ١٩٢٧ تم إبرام اتفاقية جنيف بشأن تنفيذ أحكام التحكيم

¹ احمد عبد الفتاح صقر ، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص ١٦-١٧

² فؤاد عبد الدايم، التحكيم في إطار العقود الدولية، مرجع سابق، ص ١٠.

³ محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص ١٢.

الأجنبية،¹ كما تم الاتفاق في تاريخ ١٩٢٨/٢٦/٩ على ميثاق عام للتحكيم في صورة اتفاقية عامة للتسوية السلمية للمنازعات الدولية.

ثم لم تتوقف جهود المجتمع الدولي للاهتمام بهذه القضية عند هذا الحد، بل استمرت حتى بعد الحرب العالمية الثانية، عندما أنشأت الأمم المتحدة لتحقيق السلام والأمن الدولي، وهو ما فشلت الجامعة في تحقيقه ففي عام 1947 قررت الأمم المتحدة تشكيل لجنة مهمتها تشريع وتطوير وتوحيد قواعد القانون الدولي. ومن المهام التي لفتت انتباه اللجنة موضوع التحكيم الدولي ووضعت اللجنة قواعد نموذجية لإجراءات التحكيم، أقرتها الجمعية العامة لتكون دليلاً تسترشد به الدول عند التوقيع على التزامات اللجوء إلى التحكيم. وبعد رفض الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1955 المصادقة على هذا المشروع النموذجي، جاءت فكرة إبرام اتفاق للتحكيم بسبب معارضة العديد من الدول أبرزها الاتحاد السوفييتي السابق.²

ومن الاتفاقيات التي أبرمت في هذا الشأن اتفاقية نيويورك في 10 حزيران من عام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، التي عرفت اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة الثانية منها بأنه: "الاتفاق المكتوب الذي يلزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا إلى

¹ فؤاد عبد الدايم، التحكيم في إطار العقود الدولية، مرجع سابق، ص ١٠.

² علي رحيم راضي، التحكيم الدولي نشأته ومزاياه وتطبيقاته، دار ومؤسسة رسلان، دمشق، سوريا، ٢٠١٨، ص

التحكيم في كل أو بعض المنازعات الناشئة، أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة تجوز تسويتها عن طريق التحكيم.¹

أبرمت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في جنيف في 21 أبريل 1961، في إطار اللجنة الاقتصادية الأوروبية المنبثقة عن الأمم المتحدة، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء ومواطني الدول الأخرى في 18 آذار 1965 في إطار البنك الدولي للإنشاء والتعمير. كما اهتمت لجنة الأمم المتحدة بموضوع التحكيم في القانون التجاري الدولي، فقامت بوضع القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والذي تم تعريفه في الفقرة الأولى من المادة (7) منه، بحسب الصيغة المعتمدة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المذكورة في (٢١) حزيران/ يونيو لعام ١٩٨٥، اتفاق التحكيم بانه: اتفاق بين الطرفين على أن يحللا على التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو التي تنشأ فيما بينها

¹ اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة في نيويورك 10 يونيو ١٩٥٨ والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 8 يونيو ١٩٥٩ ، منشورة بالكامل بكتاب وسيم حسام الدين الأحمد، المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، الطبعة الأولى، دار غيداء للنشر والتوزيع، ٢٠١٩، ٢٥-٢٦ وبالكتاب الأول من كتاب وائل أنور بندق موسوعة التحكيم (الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية،

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.¹

وهناك اتفاقيات مبرمة بين الدول العربية المعنية بموضوع التحكيم مثل اتفاقية تنفيذ الأحكام التي أقرها مجلس جامعة الدول العربية عام 1952، واتفاقية الرياض للتعاون القضائي عام 1983، واتفاقية عمان العربية بشأن التحكيم التجاري الدولي المنعقد في المملكة الأردنية الهاشمية بتاريخ 1987/14/4م والذي عرف اتفاق التحكيم في مادته الأولى على النحو التالي: "اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده، ويأخذ التحكيم شكلين هما: إما اتفاق لاحق لقيام النزاع أو أن يتم النص في العقد أو في الاتفاق أو اتفاق لاحق للعقد على أن يكون التحكيم هو وسيلة تسوية المنازعة بينهما".²

¹ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصيغة المعتمدة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المذكورة في (٢١) حزيران / يونيو لعام ١٩٨٥، منشورة بالكامل بالكتاب الأول من كتاب السيد/ وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم والاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية)، مرجع سابق، ص ٢٧.

² اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري أقرها مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة بتاريخ ١٩٨٧/٤/٤م منشورة بالكامل بالكتاب الأول من كتاب السيد/ وسيم حسام الدين الأحمد، المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، مرجع سابق، ص ١٣٠، والسيد/ وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم والاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية، مرجع سابق، ص ٩٢.

كما تم إنشاء العديد من مراكز التحكيم الدائمة في مختلف دول العالم، وكان للأمم المتحدة شرف الإشراف على إنشاء بعضها، ومن بينها مركز القاهرة الإقليمي في مصر، ومن بين المتخصصين في التحكيم مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار والمركز الدولي لتسوية منازعات الملكية الفكرية. يتم تعريف التحكيم الدولي على مستوى العلاقات الدولية على أنه: (تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارها وعلى أساس من احترام القانون، وأن اللجوء الى التحكيم ينطوي على التعهد بالخضوع بحسن نية فهو وفقاً لهذا التعريف الذي جاءت به المادة (٣٧) الذي توصل إليه مؤتمر السلام الدولي الثاني بلاهاي عام ١٩٠٧ يعتبر وسيلة لتصفية الخلافات بين الدول وتحقيق سيادة القانون بواسطة قضاة أو هيئات على ان تلتزم الدول باحترامه وتنفيذه).¹

¹ عمر فلاح العطيين ٢٠١٥، اتفاق التحكيم الدولي في عقود نقل التكنولوجيا، بحوث ومقالات مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد / العدد 1، الناشر المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك لتنا منغست- معهد الحقوق والعلوم السياسية، ص ١١

كما عُرف بأنه: (الاتفاق الذي بموجبه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو من المحتمل نشؤها من خلال التحكيم، وذلك في المنازعات التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية).¹

ويبقى علينا أن نؤكد بدورنا على أن التحكيم الدولي وسيلة اختيارية ورضائية تقوم على الإرادة الحرة لأطراف النزاع وهم أشخاص يحكمهم القانون العام، على أن تكون أطراف النزاع متفقة على جميع جوانبه، مثل طريقة الاعتقال والإجراءات المتبعة أثناء احتجازه، وما هو الشيء الذي يتعرض له وما هو القانون. وهو ما يجب أن يطبق عليه، بدلاً من الاعتماد على إجراءات التقاضي العادية في نظام قانوني محدد لدولة معينة والعمل على تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم عن طريق المحكمين الدوليين، مع ضرورة التزامهم بالقرار الصادر عنهم، على أن يوافق المشرع ويوافق على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بينهم.²

¹ الحداد حفيظة السيد ١٩٩٦ ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي الاسكندرية، ص

² الحداد حفيظة السيد ١٩٩٦ ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 20.

التحكيم في القانون العراقي: تناول قانون المرافعات المدنية والتجارية الملغى مسألة التحكيم وحدد الأسس والشروط التي يجب توافرها والطريقة التي يجب اتباعها، إلا أنه لم تكن النصوص كافية لحل المنازعات والتقاضي.

بصدور قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وردت الأحكام المتعلقة بالتحكيم في المادة (255) وما يليها، وفصلت المقالات شروط التحكيم وطريقة تسوية المنازعات للمحكّمين، ويكون عددهم فردياً إلا في حالة التحكيم بين الزوجين، كما تضمنت النصوص أنه لا يجوز للمحكم أن يكون عضواً في السلطة القضائية بإذن مجلس العدل، وضرورة استيفاء الشروط العامة للجوء إلى التحكيم، وعلى الأخص:¹

أ- أن يكون هناك علاقة تعاقدية بين طرفي النزاع.

ب- أن يكون هناك اتفاق كتابي بين طرفي النزاع ويتم الاتفاق عليه بعد تقديم الشكوى إلى المحكمة المختصة، ثم يسجل هذا الاتفاق في محضر المحاكمة ليحل محل الاتفاق الكتابي (المادة 2/273) مرافعات.

¹ احمد عبد الفتاح صقر ، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص20

ج- تنص القواعد القانونية المنصوص عليها في نظام الإجراءات على أن شرط الكتابة هو تجنب أي نزاع، ولذلك لا يجوز إثبات عقد التحكيم عن طريق التحكيم بالاعتراف باليمين أو الرد عليه، بل تعتبر الكتابة مطلباً أساسياً (المادة 252).

د- أن يكون النزاع ذا طبيعة مالية، لأنه لا يجوز التحكيم في الأمور الشخصية كمسائل البتة أو الأحوال المدنية أو الوصاية.

هـ - ضرورة إتباع الإجراءات المنصوص عليها في نظام المرافعات، أي أنه يجب على المحكمين أن يسلكوا سلوك القضاء فيما يتعلق بالنزاع وقواعد التقاضي، ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 83 عام 1969.

و- إضافة إلى ذلك فإن المادة (251) من نظام المرافعات تجيز إبرام اتفاق التحكيم في نزاع معين أو في جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين، وعلى القضاء استخلاص قصد الخصومة في العقد .

ز - تضمنت المادة (254) من نظام المرافعات (لايصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز الصلح فيها)....، ولايجوز التحكيم بين الزوجين م (41) من قانون الأحوال الشخصية كما ان المادة (704) مدني تشترط ان يكون المصالح عنه مما يجوز اخذ البذل في مقابلة ، وتحضر الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام والاداب لان الصلح في المصالح المالية جائز.

كما لا يجوز التحكيم في العقود التي لا عوض فيها مثل العقد الجسدي المنصوص عليه في المادة (601) من القانون المدني لكنه يجوز في العقود الأخرى كالبيع والشراء ما لم تكن مخالفة للنظام العام والأخلاق.¹

هناك نوعان من الحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969::

أ- المحكمون المرخص لهم بالتحكيم.

ب- المحكمون المخولون بالصلح.

علوة على ذلك، يجب على المحكمين، سواء كانوا مفوضين بالصلح أو التحكيم، الالتزام بالمادة (257)، إلا أن القانون يلزم المحكمين المخولين بالتحكيم باتباع الإجراءات المنصوص عليها في نظام المرافعات، ما لم يتفق المحكمون صراحة على عدم الالتزام بها المادة (265)، وللمحكمين المأذونين بالصلح حرية التصرف فيما عدا المسائل المتعلقة بالنظام العام والأخلاق الحميدة.

كما أن من الشروط الأساسية التي يجب أن تتوفر في المحكم أن يكون كما ذكرنا، وألا يكون سلطة قضائية إلا إذا أذن له المجلس القضائي بذلك.

¹ احمد عبد الفتاح صقر ، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 32

أما فيما يتعلق بآلية تنفيذ القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم، فإذا صدر قرار هيئة التحكيم، يحق لصاحب الشأن تصديق القرار لدى السلطة المختصة وهي المحكمة الابتدائية، إذا لم يتم رفع الدعوى في البداية إلى تلك المحكمة.¹

ووفقاً للمادة (275) إجراءات مدنية، يكون القرار الصادر عن المحكمة المختصة قابلاً للاستئناف، ما لم يكن هناك اعتراض على قرارات المحكمين.

ان قرارات المحكمين وفقاً لأحكام المادة (270) من قانون المرافعات رقم رقم 83 لسنة 1969 ينص على مايلي :

- أ- يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق او بأكثرية الراء بعد المداولة فيما بينهم وطبقاً للقانون.
 - ب- يجب ان يشمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم واقوال الخصوم ومستنداتهم واسباب القرار والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيع المحكمين .
- وعلى ضوء ذلك واستناداً لأحكام المادة اعلاه وجوب ان يتضمن قرار المحكمين :

¹ الحداد حفيظة السيد ١٩٩٦ ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 25.

الوقائع : وهو استعراض المحكم اتفاق التحكيم وشروطه وموضوع النزاع والمكان الذي صدر فيه .

الاسباب : وهي أدلة الاطراف المتنازعه ومستنداتهم المقدمة كعقد التحكيم مثلاً التحكيم واما ما قام به المحكمون من اجراءات كالاستماع الى شهادة الشهود او الكشف او المعاينة م(266) مرافعات .

المنطوق : وهو القرار الذي يصدره المحكمون بصدد النزاع المعروض.

المبحث الثاني: تمييز التحكيم الدولي عن وسائل تسوية المنازعات الدولية الأخرى

يعتبر الكشف عن الطبيعة القانونية للتحكيم من المسائل المهمة في تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم وقت تنفيذه. ومثال على ذلك تحديد إجراءات البطلان التي قد تفسد إجراءات التحكيم وحكم التحكيم، اذ ان التأكيد على الطابع التعاقدي للتحكيم يرجع إلى الأخذ بأحكام بطلان الدعاوى القضائية التي نص عليها القانون المدني، في حين أن مراعاة الطابع القضائي للتحكيم يعجل باعتماد أحكام البطلان المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، وكذلك تحديد القوة الملزمة لقرار المحكم.

ومن ناحية أخرى فإن الطبيعة التعاقدية للتحكيم تؤدي إلى اعتبار قرار المحكم بمثابة تطبيق بسيط لأحكام عقد التحكيم الذي يلتزم به الطرفان بمجرد صدوره، في حين أن الطبيعة القضائية تجعل حكم التحكيم حكماً بالمعنى الصارم للأحكام القضائية.¹

وعليه فإن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي يساعدنا في تحديد القانون الواجب التطبيق على الدعوى، خاصة فيما يتعلق بإجراءات التحكيم، وتتضح أهمية هذا التعريف، خاصة مع تنوع الاتجاهات التي ظهرت في هذا الشأن، إذ وقد أدى الاختلاف في تعريف الطبيعة القانونية إلى اختلاف أشكال التحكيم وأقسامه، وهو ما ينعكس على موقف السلطة القضائية في بلدان مختلفة، وحتى في بلد واحد، في فرنسا، هناك تمييز بين عمليات التحكيم الخاضع للقانون المدني وآخر يخضع للقانون الإجرائي.

وهكذا، في إيطاليا، يتم التمييز بين التحكيم المدني، حيث تكون مهمة المحكم إكمال العقد أو تعديله، ويسمى التحكيم الحر، والتحكيم الخاضع لإجراءات، ويسمى التحكيم الرسمي، وقد أحدثت الاختلافات في الرأي حول الطبيعة القانونية للتحكيم اختلافاً في قيمته. على سبيل المثال، لا شك أن النظام الأنجلو أميركي، عندما يسيطر على التحكيم، تنقص بلا شك قيمته

¹ أحمد الشفيق قاسم، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 108

القانونية، فتنقسم المحاكم عمل المحكمين، ولا يجوز للمحكمين أن يقرروا في مسائل القانون، ولا يشترط على المحكم إبداء أسباب قراره إلا إذا أمرت المحكمة العليا بذلك.¹

تميز التحكيم الدولي عن غيره من وسائل حل المنازعات الدولية، فيمكن أن يختلط نظام التحكيم الدولي، كوسيلة بديلة لحل النزاعات الدولية، مع وسائل أخرى لحل النزاعات الدولية، فهو ليس الوسيلة الوحيدة لحل مثل هذه النزاعات. والوسيلة هي المصالحة والتوفيق والخبرة والسلطة القضائية. وسنوضح الفرق بين التحكيم الدولي. وهذه الوسائل هي كما يلي:

¹ حفيظة السيد الحداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص74.

المطلب الأول: التحكيم الدولي والصلح والقضاء والتحقيق

نظم المشرع العراقي أحكام الصلح الجنائي في المواد (194 - 198) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 من دون أن يوضح ماهيته، إذ نصت المادة (194) على أن ((يقبل الصلح بقرار من قاضي التحقيق أو المحكمة إذا طلبه المجنى عليه أو من يقوم مقامه في الدعاوى التي يتوقف تحريكها على شكوى المجنى عليه ...))¹ وفي القانون اللبناني عرف الصلح عقد يحسم به الفريقان النزاع القائم بينهما أو يمنعان حصول بالتساهل المتبادل² والصلح كما عرفه القانون المدني المصري في المادة (٥٤٩) بقوله: (الصلح اتفاق يحسم به طرفاه أو أطرافه ما شب بينهم من نزاعاً أو خلافاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما عن بعض ما يتمسك به أو عن جزء من ادعائه). ويتشابه عقد الصلح التحكيم من حيث أن كلاهما وسيلة لحل النزاعات بدلاً من نظام محاكم

¹ الصلح لغة: هو ضد الفساد والصلح بضم الصاد وسكون اللام معناه السلم، وهو اسم من المصالحة فيقال:

صالح، صلاحاً و مصالحة، الفيروز آبادي، ص 235.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية /

الهيئة/القرض/الدخل الدائم و الصلح، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص 805

الدولة، ويهدف كل منهما إلى إنهاء النزاع وحله دون صدور حكم قضائي،¹ ويمارس كل منهما دوره في حل النزاعات التي حدثت أو سوف تحدث.²

ورغم هذا التشابه بين التحكيم والصلح فإنهما يختلفان في أن عقد الصلح يتضمن عنصر التنازل المتبادل بين الأطراف أو الطرفين عن جزء من مطالبته أو عن بعض حقوقه الشخصية. ومع ذلك، في التحكيم لا يوجد هذا العنصر، وإنما يتم عرض النزاع على شخص ثالث أو مجموعة من الأشخاص يختارهم الطرفان. ويجوز للمحكم أن يمنح أو يقرر لأي طرف ما ما يدره.³ كما يتمتع المحكم بصلاحيات كبيرة في مواجهة الطرفين ويطبق قواعد القانون على النزاع المعروض عليه، على عكس الموفق الذي يقتصر دوره على التوفيق بين وجهات النظر.⁴

¹ علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه منشورة دار النهضة العربية القاهرة ط ١، ١٩٩٦م، ص ٥٥

² يسرى محمد العصار، التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٤٣.

³ شيما محمد سعيد خضر البوراني، أحكام عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون والشرعية الإسلامية، رسالة ماجستير منشورة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ٢٠٠٣م، ص ٣٨.

⁴ عزيزة الشريف، التحكيم في القانون الإداري المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٩.

علاوة على ذلك، في الصلح يتم حل النزاع بإرادة الطرفين منذ بداية تصرفه حتى نهايته، بينما يبدأ التحكيم باتفاق الطرفين، لكن لا سيطرة لهما بعد بدء إجراءاته وحتى صدور حكم التحكيم، بمعنى آخر يتم تسوية النزاع عن طريق المصالحة عن طريق العمل التعاقدى، أما في التحكيم فيحل بوثيقة قضائية صادرة عن المحكم وليس من الطرفين.¹ ومن ناحية أخرى، فقد اختلفوا أيضاً في أن حكم التحكيم يقبل الاستئناف بطرق الاستئناف المختلفة وفقاً للقواعد العامة، في حين أن التوفيق لا يقبل الاستئناف بطرق الاستئناف المقررة للقرارات، حتى لو كان محلاً للبطلان أو الإنهاء وفقاً لقواعد القانون المدني.²

والقضاء هو سلطة الدولة المسؤولة عن حل النزاعات بين المعارضين وحماية الحقوق العامة.³ على الرغم من التشابه بين التحكيم والقضاء، إلا أن اعتبار التحكيم وسيلة للتسوية القضائية وكون المحكم يتخذ قراره مبدئياً استناداً للقانون كالقاضي، إلا أن التحكيم يختلف عن

¹ محمد سامي الشواء الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة ، المركز الدولي للوساطة والتحكيم، 2011،

ص 33

² عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٤١.

³ محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، ط1، ١٩٩٩م ، ص ٣٩.

العدالة بحسب ما قاله الفقهاء والهيئات الدولية. وأكدت محكمة العدل الدولية الدائمة في مذكرتها التوضيحية أن هناك ثلاثة أمور تميز إجراءات التحكيم عن الإجراءات القضائية بالمعنى الدقيق للكلمة، وهي اختيار أطراف النزاع للهيئة، والقواعد التي يجب على المحكمة اتباعها و الطبيعة الاختيارية للسلطة القضائية التحكيمية.¹

كما يقول الفقه أن التحكيم يختلف عن السلطة القضائية، لأن التحكيم يتطلب موافقة الطرفين عليه وعلى المحكم، ولذلك فإن ولايته خاصة ومحدودة، على عكس القاضي الذي لا يشترط فيه رضا الطرفين، لذا فإن اختصاصها عام.² وفي التحكيم يختار الأطراف محكمين يفصلون في النزاع بناء على الظروف، على عكس القضاء الذي يتطلب محكمة دائمة وسلطة قضائية. كما يتمتع الطرفان بسلطة تحديد إجراءات حل النزاع المطروح للتحكيم.³

وأخيراً وليس آخراً، يختلف التحقيق عن التحكيم في أنه يسعى إلى إثبات الحقائق الأساسية للنزاع وليس إلى إيجاد حل مباشر للنزاع. وهذا الأسلوب اعتمدته اتفاقية لاهاي عام 1899م، وكان الفضل للولايات المتحدة بتقديمه، حيث وقعت عدة معاهدات بهذا الشأن على سبيل

¹ سيف الدين محمد محمود البلعاوي، التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٣.

² عامر علي رحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، ليبيا، ط ١،

١٩٨٧م، ص 66

³ عليوة مصطفى فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض النزاعات دراسة فقهية عملية، ط 1، ٢٠١٥، ص ٣٧.

المثال، معاهدة بريان التي اناطت مهمة التحقيق إلى لجنة مؤلفة من ممثلين عن الطرفين المتنازعين وبعض الدول الأخرى، لتضع تقرير يتضمن كافة التفاصيل المتعلقة بالنزاع، على ألا تبدي اللجنة رأياً في تحديد المسؤوليات. وعلى الرغم من ذلك، كان للتحقيق فوائد كبيرة في العديد من القضايا، بما في ذلك قضية دوكرينك عام 1904 بين روسيا وبريطانيا، حيث شجعت المصالحة بين الدول المتنازعة.¹

وأخيراً لا يعتبر التحكيم الدولي إحدى وسائل التسوية الدبلوماسية مثل المساعي الحميدة أو الوساطة أو التحقيق أو التوفيق، لأن دور هذه الوسائل يقتصر على إبداء الرأي أو إصدار التوصية أو إثبات الحقيقة، أو ببساطة التوفيق بين وجهات النظر بين الدول المتصارعة. وفي النهاية فإن الرأي الواجب اتخاذه يعود للأطراف، وكل هذا على النقيض من التحكيم الدولي الذي يتعامل مع النزاع أو الخلاف القانوني الذي ينشأ بين الدول ويمكن الفصل فيه وفق أحكام القانون المعمول به وقت النزاع، حيث يكون القرار نهائياً وملزماً للأطراف.²

¹ سيف الدين محمد محمود البلعاوي، التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٢.

² محمد حافظ غانم: مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة، ١٩٧٢م، ص ٦٩٦.

المطلب الثاني: التحكيم الدولي والتوفيق والوساطة

يتكون التوفيق من إحالة النزاع القائم بين البلدين إلى لجان تسمى لجان التوفيق، وهي لجان محايدة مهمتها تمهيد الطريق لحل هذا النزاع من خلال دراسة وتحديد الوقائع محل النزاع واقتراح التسوية المناسبة التي قد تحظى بقبول الأطراف أو لا تلقى منهم قبولا، فهي لا تصدر قرارات ملزمة، ولكن يتم تقديم مقترحات تظل خاضعة لقبول الأطراف، مما يترك للأطراف المعنية الحرية في اعتمادها أو رفضها. وإذا لم تنجح المحاولة، فإن باب التقاضي متاحاً لأطراف النزاع.¹

وهو أسلوب تم وضعه في إطار المعاهدات المبرمة بعد عام 1919، وهو يتمثل في إنشاء لجنة من ثلاثة أو خمسة أعضاء يرأسها ممثل دولة ثالثة تتمثل مهمتها في إعداد تقرير يتضمن اقتراح تسوية محددة يقدم الى الأطراف المتنازعة، وقد بدأت أهمية التوفيق في الظهور مع بداية الحرب العالمية الثانية، ونذكر بعض اللجان التي أنشئت خصيصا للتوفيق، مثل لجنة التوفيق الفرنسية التايلاندية عام 1946، ولجنة التوفيق الإيطالية السويسرية. 1956 م.²

¹ احمد عبد الفتاح صقر ، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، مرجع سابق ، ص ٢٣.

² سيف الدين محمد محمود البلعاوي التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق ، ص ١٨٢.

ويختلف التحكيم عن التوفيق في أن التوفيق نظام يمكن للأطراف الانسحاب منه بعد اللجوء إليه، بخلاف التحكيم الذي لا يجوز لهم الانسحاب منه قبل انتهاء إجراءات التحكيم والنطق بالقرار.¹ كما أن قرار لجنة التوفيق غير ملزم لأطراف النزاع، وبالتالي يحق للأطراف رفضه أو عدم الالتزام به، لأنه مجرد توصية أو اقتراح، في حين أن حكم التحكيم ملزم ينهى طرفا النزاع ولا يجوز لهما الاستئناف، بعد اعتماده من الجهة المختصة أصلا بحل النزاع بوضع الصيغة التنفيذية.² كما يتضمن التوفيق تنازلات من الطرفين للتوصل إلى حل وسط، في حين أن التحكيم لا يشمل هذا التنازل، لأنه يمكن أن يلبي مطالب الطرفين كلها أو بعضها.

3

كما ينفرد التوفيق عن غيره من وسائل حل المنازعات بالطرق السلمية من حيث أنه وسيلة قانونية تستخدم الأساليب السياسية لحل المنازعات الدولية، حيث يأخذ التوفيق في الاعتبار ظروف كل دولة في حالة نزاع، وكذلك تأثير النزاع على أطراف المجتمع، والعامل الذي شجع الدول على اللجوء إلى التوفيق هو عدم إلزامها بقبول النتائج، لأن الدول تقبل اللجوء

¹ محمد إبراهيم موسى التوفيق التجاري الدولي دار الجامعة الجديد للنشر، كركوك، ٢٠٠٥م، ص ٣٨.

² عمرو عيسى الفقيه الجديد في التحكيم في الدول العربية المكتب الجامعي الحديث، بغداد، ٢٠٠٣م، ص ٢٦.

³ مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، لبنان، ١٩٩٥م، ص ١٦-١٧.

إلى التوفيق دون خوف من التورط في التزام قانوني دولي، لأنها إذا لم تقبل نتائج المصالحة،
فلهم الحق في رفضها وعدم الالتزام بها.¹

أما الوساطة، فرغم أنها تشبه التحكيم من حيث أنها وسيلة لحل المنازعات خارج المحكمة
وبطريقة سرية وبعلم أشخاص ليسوا بالضرورة قضاة، فإنها تختلف عن التحكيم بأن الوساطة
تتضمن قيام دولة محايدة أو منظمة دولية بنشاط لتقريب وجهات النظر والمصالح المتضاربة
بين دولتين متنازعتين للوصول إلى تسوية النزاع القائم بينهما، ويتم ذلك من خلال المشاركة
في المفاوضات التي تجري بين البلدين ويكون الوسيط عادة من الشخصيات المرموقة
كرؤساء الدول ووزراء الخارجية.²

وينطبق الشيء نفسه على المساعي الحميدة، فهي تختلف عن التحكيم، من حيث أنها تشمل
دولة تحاول الجمع بين دولتين متنازعتين وحثهما على الدخول في مفاوضات لحل نزاع قائم
بينهما دون أن تشارك تلك الدولة في هذه المفاوضات بطريقة مباشرة، مثل الجهود الأمريكية
في منطقة الشرق الأوسط لتحقيق السلام.³

¹ نبيل حلمي، التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، دار النهضة
العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٨.

² احمد عبد الفتاح صقر، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص ٢٢.

³ احمد عبد الفتاح صقر، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، المرجع سابق، ص ٢٣.

مكتبة التفسير د. هناد

المطلب الثالث: التحكيم الدولي والخبرة الدولية والتحكيم الأجنبي

الخبرة هي مهمة يعهد بموجبها الأطراف إلى شخص متخصص في مهنة أو مجال معين بمهمة إبداء رأيهم في مسألة فنية تدخل في مجال اختصاصهم دون إلزام الأطراف بتقديم هذا الرأي.¹ ومن ثم فإن التحكيم يتميز عن الخبرة، حيث يقتصر دور الخبير على إبداء الرأي في مسألة محددة دون أن يكون رأيه ملزماً للأطراف أو للجهة المختصة بنظر النزاع (محكمة أو هيئة تحكيم) فهو لا يفصل في النزاع، ولكن المحكم يصدر قراراً ملزماً.²

وان الغرض من الخبرة هو إعطاء رأي متخصص في مشكلة ما وليس حل نزاع معين، بينما الغرض من التحكيم هو حل النزاع برأي ملزم للأطراف.³ ويلتزم الخبير بإبداء رأيه الاستشاري في موضوع النزاع فقط، أما المحكم فلا يلتزم إلا بالقانون الموضوعي ويسمى التحكيم بالقضاء. ولا يجوز إلزامه بتطبيق القانون بل بتطبيق العدالة والتحكيم في هذه الحالة يسمى التحكيم بالصلح.⁴

¹ علي رمضان، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ٢٢.

² هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١١٧.

³ عصمت عبد الله الشيخ التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٨٣

⁴ نبيل عبد الرحمن الحياوي، مبادئ التحكيم، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٤م، ص ٥١.

كما يصدر المحكم قراره على أساس المستندات والمرافعات المقدمة إليه من الأطراف. أما الخبير فيعتمد على معلوماته وخبرته إضافة إلى ما يقدمه له الطرفان. وإبداء رأيه دون الحاجة إلى الرجوع إلى الأطراف. فهو مساعد للمحكمة، بخلاف المحكم الذي يجب عليه الرجوع. تتاح للأطراف فرصة تقديم وثائقهم، ولكل طرف الحق في رؤية ما يفعله الطرف الآخر، فهو يقوم بوظيفة القاضي¹.

بالإضافة إلى ذلك، يقرر المحكم في كل من المسائل الواقعية والقانونية، في حين يتعرض الخبير فقط للقضايا الواقعية (تقنية أو عملية).² كما لا يجوز تعيين محكم في بعض القضايا كالقضايا الجزائية، بينما يجوز تعيين خبير في هذا النوع من القضايا.³

التحكيم الدولي والتحكيم الاجنبي

وصف الفقه التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي بأنهما مصطلحان مترادفان، لأن عناصرهما تتوزع دائماً بين أكثر من دولة، ولكن هناك رأي يفرق بينهما، ومن ثم يكون التحكيم دولياً

¹ حسان هاشم، الخبرة في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠١ م، ص ١٣.

² محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات من قانون التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، ١٩٩٤ م، ص ٢١.

³ عصمت عبد الله الشيخ التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص ٨٤.

إذا كان أحد عناصره أجنبياً، مثلاً موضوع النزاع المرتبط بمعاملة تمت في بلد أجنبي أو جنسية الخصوم أو مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع.¹

وقد استقر الرأي الغالب على المعيار الذي يعتمد على موضوع النزاع، أي أن يكون النزاع دولياً إذا كان يتعلق بالتجارة الدولية.² ومن ثم فهو يختلف عن التحكيم الوطني، من حيث أن الأخير يتعلق بنزاع قائم على إقليم دولة، وأن جميع عناصره تتعلق بالدولة دون غيرها، ولا يكتفها عنصر اجنبي، وذلك من حيث القانون الواجب التطبيق والجراءات والمحكم ، والأطراف جميعهم وطنيون ومن جنسية واحدة، ولا يتم التطرق إليها هنا. أدنى مشكلة في تنازع قواعد القانون أو كيفية تنفيذ القرارات الأجنبية هي أن القانون الواجب التطبيق موجود هنا. القانون الوطني.³

ويكون التحكيم أجنبياً مقارنة بالتحكيم الوطني إذا كان مكان التحكيم في بلد غير البلد الذي سيتم تنفيذ الحكم فيه. ويترتب على ذلك أن الطعن في قرار صادر في سياق تحكيم أجنبي يتخذ شكل طلب وقف التنفيذ أو التظلم من أمر التنفيذ الصادر بشأنه، ويجوز للقاضي الوطني

¹ محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق ، ص ٥٥.

² فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ج5، ط1، عمان. دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1997، ص ١٠٢

³ أحمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧ م، ص ٥٥

أن يرفض إصدار الأمر وفقاً لاتفاقية نيويورك، إذا صدر قرار البطلان من السلطة المختصة في الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم. أما إذا كان التحكيم دولياً فيمكن استئناف الحكم الصادر فيه القاضي بالبطلان الذي ينهي النزاع.¹

وبغض النظر عن ذلك، تختلف الدول في المعيار الذي تعتمد فيه فيما يتعلق بدولية التحكيم. ويتبنى بعضهم المعيار الاقتصادي، أي أن التحكيم يعتبر دولياً إذا وازن بين مصالح التجارة الدولية. فإذا كان هناك من يأخذ بالإضافة إلى هذا المعيار الجغرافي، أي الاعتماد على تعدد جنسيات الأطراف وتعدد الأماكن ومكان التوقيع ومكان التنفيذ ومكان التحكيم ومكان التحكيم، ومحل إقامة أطراف النزاع، كما سنوضح أدناه.²

¹ احمد محمد عبد البديع شتا شرح قانون التحكيم دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه واحكام القضاء ومراكز التحكيم

العربية والدولية، ط٤ ، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٩ ، ص ٦٧.

² عمر عبد العزيز موسى الدبور ، التحكيم التجاري الدولي في عقود الطاقة ومدى تأثيره بسيادة الدولة مرجع

سابق، ص (٥٠-٥١).

الفصل الثاني

حكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي لفض النزاعات

التمهيد:

يعتبر التحكيم حالياً الأسلوب السائد لحل المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والمؤسسات، لما له من مزايا عديدة أهمها سرعة فض النزاع وتوفير الوقت والجهد والحفاظ على الأسرار التجارية الخاصة بأطراف النزاع.

فيعتبر التحكيم نظاماً قديماً وحديثاً،¹ وقد كان قديماً لأنه كان يستخدم كوسيلة لحل النزاعات في المجتمعات القديمة وتحكمه العادات والأعراف المتبعة في تلك المجتمعات.

ويعتبر نظاماً حديثاً، لأنه في الوقت الحاضر، بعد ظهور الدولة وتطورها بشكلها الحالي وعلاقاتها الوثيقة مع الدول الأخرى، ومع مراعاة توسع العلاقات التجارية الدولية بين الدول والكيانات الاعتبارية في بلدان مختلفة، وحجم كبير من العقود التجارية الدولية - لا يتم إبرام أي عقد تقريباً اليوم دون تضمين شرط تحكيم يتطلب حل أي نزاع ينشأ عن هذا العقد عن طريق التحكيم الدولي، أي من قبل هيئة تحكيم، إما يعينها أطراف النزاع، أو من خلال إحدى

¹ عبد القادر، ناري مان اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994.

القاهرة. دار النهضة العربية. 1996، ص12

مؤسسات التحكيم التجاري الدولية، مثل غرفة التجارة الدولية،¹ أو بموجب نظام تحكيم دولي محدد، مثل النظام الذي أنشأته لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة اليونسترال.²

ولذلك فإن التحكيم التجاري الدولي يعد أحد تجليات الفكر القانوني والاقتصادي الحديث على المستوى العالمي وأداة مطلوبة لتعزيز التجارة الدولية، الأمر الذي خلق اتجاهًا قويًا في مختلف دول العالم لتعديل قوانينها بشكل يسمح بتعديل قوانينها، وينسجم مع هذا التفكير، وهذا ما دفع التشريع اللبناني بإصدار قانون التحكيم اللبناني من قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 90 تاريخ 16-9-1983 مع تعديلاته ودفع المشرع العراقي بإصدار قانون التحكيم العراقي لإصدار ودفع المشرع المصري إلى إصدار قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 والمشرع الفلسطيني إلى إصدار قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000.

فيعيش العالم اليوم عصر العولمة الاقتصادية واعتماد سياسة السوق المفتوحة، حيث تتجه معظم دول العالم إلى زيادة الاستثمار الأجنبي في أراضيها، مما يؤدي إلى زيادة العلاقات

¹ تأسست غرفة التجارة الدولية سنة 1919 وتعد مؤسسة من مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، حيث تعمل

محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة على حل المنازعات التجارية الدولية بمعدل 500 قضية سنوياً

² اليونسترال : هو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة في 21 يونيو سنة

1985 وهو ما يعرف بقواعد اليونسترال

الاقتصادية الدولية بشكل عام والعلاقات التجارية خاصة مما يزيد من الحاجة إلى التحكيم باعتباره الطريقة الطبيعية والمثالية لحل المنازعات التي تنشأ حتى يمكن القول مجازاً أن أساس تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية هو التحكيم، واللجوء إلى القضاء هو الاستثناء.

ويجوز إبرام الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوء النزاع، ويجوز النص عليه كشرط من شروط الاتفاق الذي يحكم العلاقة بين الأطراف التي قد ينشأ فيها النزاع، أو يجوز ذكره كبند في اتفاق مستقل ينص على الخضوع للتحكيم في أي نزاع قد ينشأ بينهما، ويسمى هذا الاتفاق بصورته (شرط التحكيم). ويجوز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع، ويسمى هذا الاتفاق (مشارطة التحكيم).¹

ويعرف التحكيم بأنه: "اتفاق يهدف إلى عرض النزاع على شخص محدد أو أكثر ليتمكنوا من حله دون اللجوء إلى المحكمة المختصة للنظر فيه".²

وفيما يتعلق بالتشريعات الوطنية، يمكن استخلاص تعريف التحكيم في كل من القانون المصري والقانون الفلسطيني على أنه اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو

¹ بريري، محمود مختار احمد . التحكيم التجاري الدولي . 3. القاهرة. دار النهضة العربية.. 2004 ص6.

² الفقي، عمر عيسى الجديد في التحكيم في الدول العربية دون طبعة. الأسكندرية. المكتب الجامعي الحديث.

جزء من النزاعات الناشئة أو التي يحتمل أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية

.

ورغم وجود تعريف للتحكيم في السوابق القضائية والنصوص القانونية، إلا أنه من الصعب تحديد تعريف موحد للتحكيم التجاري الدولي، وذلك بسبب اختلاف المعايير التي تتبعها الدول من حيث الدولية ومتى يعتبر التحكيم دولياً، فكل دولة لها معاييرها الخاصة والنصوص الداخلية التي تنظم التحكيم التجاري وفقاً لمصالحها.

ولذلك يمكن تعريف التحكيم التجاري الدولي بأنه اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم في نزاع تجاري دولي.

ولعل الاتفاقيات والمعاهدات والمراكز الدولية الدولية تعمل من خلال نصوصها على وضع التعريفات والقواعد والمبادئ القضائية للتحكيم التجاري الدولي بشكل أوضح وأدق وموحد بما يزيل أي تعارض وخلاف حول مدى اعتبار التحكيم دولياً أو عدم اعتباره كذلك.

و في هذه الدراسة المتواضعة سيتم تسليط الضوء على هذا الموضوع الذي يكتسب أهمية خاصة نظراً لنمو نشاط التحكيم في الدول العربية. كما أن موضوع الدراسة يستمد أهميته من أهمية التحكيم التجاري الدولي في العصر الحديث حيث يعتبر من أهم وسائل حل المنازعات التجارية الدولية.

وسـيتم تناول المحاور التي يطرحها البحث من خلال تحليل ومراجعة نصوص القوانين والأنظمة المتبعة في مراكز التحكيم الدائمة والاتفاقيات الدولية الخاصة.

والمبدأ الأساسي في أي عقد هو أنه يخضع لقانون محدد يحكمه، بدءاً من شروط إبرامه منذ نشأته وحتى تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، والتي يحترمها الطرفان بموجب هذا القانون.

ولا تخرج اتفاقية التحكيم التجاري الدولي عن هذا المبدأ، وإن أصر البعض على ضرورة عزلها عن أي قانون وإسنادها بالكامل إلى إرادة الأطراف المتعاقدة بحيث تكون المصدر الوحيد للالتزام الذي يتضمنه.¹

وعليه فلا مفر من أن يكون اتفاق التحكيم مرتبطاً بتشريعات محددة، قد تكون قانوناً وطنياً أو اتفاقية دولية. إلا أن الاتفاقيات الدولية نادراً ما تتناول القضايا المتعلقة باتفاق التحكيم، وذلك بسبب صعوبة بلوغ التوحيد التشريعي في شأنها، فإذا كانت هناك قاعدة مادية موحدة فلا مجال لتعارض القوانين في نطاق تطبيقها. فإذا كانت الاتفاقية تتضمن قاعدة إسناد موحدة وجب تنفيذها، وإلا فإن التعارض بين القوانين لا مفر منه، وبالتالي فإن التعارض بين القوانين

¹ شفيق، محسن: التحكيم التجاري الدولي. دون طبعة دون مكان نشر دار النهضة العربية دون تاريخ نشر.

لا مفر منه. ويجب تحديد القانون الواجب التطبيق،¹ أما القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فلا يجد القاضي صعوبة في معرفته، لأنه يطبق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، مما يعني تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي المتعلقة بتعارض قوانين هذه الدولة.

فيختص القانون الدولي الخاص بتنظيم العلاقات بين الأفراد ذات الطابع الدولي، وهي الصفة التي تلحق بالعلاقة القانونية إذا كان أحد عناصرها أجنبياً، سواء كان أحد أجزائها أو موضوعها (محلها) أو سببها أجنبياً. ولعل المواضيع الهامة لهذا القانون هي ما يطلق عليه عادة تنازع القوانين، والتي تتمحور حول وظيفته الأساسية وهي تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية مع عنصر أجنبي. ويتم ذلك عادة من خلال ما يسمى قواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين.²

أما المحكم فانه يستمد سلطته من إتفاق التحكيم، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهذا ما سيتم تناوله في المبحث الثاني.

¹ المرجع السابق. ص 211.

² دواس امين رجا تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة. ط1. عمان. دار الشروق. 2001 ص21.

المبحث الأول: إتفاق التحكيم التجاري الدولي

تنص المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي¹ على: "أن إتفاق التحكيم هو إتفاق 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 إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصل، فهذا الإتفاق لا يخرج عن إطار أي إتفاق فهو تعبير عن إرادتين تراضيا على أن تكون وسيلة تسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما هي التحكيم".

¹ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمعروف بقانون اليونسטרال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، 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 إتفاق نافذ مبرم بين الدولة المعنية وأية دولة أخرى، حيث ينظم هذا القانون كل ما يتعلق بإتفاق التحكيم التجاري الدولي

المطلب الأول: الشروط الموضوعية والشكلية في اتفاق التحكيم

الفرع الأول: الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم:

لكي يكون اتفاق التحكيم صحيحاً لا بد من توافر شروط موضوعية، وتتمثل هذه الشروط بثلاثة عناصر، أولها توافر اتفاق صحيح، والثاني أن يحال هذا الاتفاق إلى مكان محتمل، والثالث أن السبب مشروع.¹

فالفرض المتبادل هو الشرط الموضوعي الأول لصحة اتفاق التحكيم، فهو يعني توافق رغبات الطرفين في تنظيم الآثار القانونية حسب مضمون الاتفاق،² ويجب أن يكون العرض مصحوباً بقبول اختيار التحكيم وسيلة لحل الخلافات التي تنشأ بين طرفي العلاقة. ويجب مراعاة رغبات طرفي الاتفاق في اعتماد التحكيم كوسيلة لحل النزاع الذي ينشأ بينهما.³

كما يجوز أن يخضع اتفاق التحكيم، سواء كان شرطاً أو شرطاً، لقانون غير القانون الذي خضع له الاتفاق الأصلي. ولذلك فإن المرجع في كل ما يتعلق بهذه الاتفاقية هو القانون الذي

¹ شفيق ، محسن ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، ص 213

² بريري محمود مختار احمد ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، ص45.

³ بريري محمود مختار احمد ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 46

يخضع له اتفاق التحكيم، وهو إما قانون الإدارة، أو قانون الموطن المشترك، أو بلد محل إبرام الاتفاق.

كما أن التراضي يخضع لقانون الإرادة، وإلا فإنه يخضع لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم،¹ وبما أن موافقة طرفي الاتفاق تعتبر شرطاً موضوعياً لصحة الاتفاق والقانون المطبق عليه تنطبق اتفاقية التحكيم عليها، وبالتالي فإن عيوب التراضي في هذه الاتفاقية وكذلك نطاقها وتفسيرها تخضع للقانون الذي يحكم الاتفاقية. ويخضع التحكيم أيضاً لنفس القانون فيما يتعلق بالأسباب غير القانونية والعقوبات على عدم الشرعية.

وتجدر الإشارة إلى أن القرارات الفرنسية المرتبطة بالتحكيم التجاري الدولي والتي صدرت في مسائل عيوب الإرادة والغش والخطأ لا تستند إلى قانون معين أو حتى إلى القانون الفرنسي، بل تعتمد على عادات وأعراف التجارة الدولية.²

¹ شفيق محسن ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، ص 174

² المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك.

أما الشرط الموضوعي الثاني وهو موضوع التحكيم فيعني أن النزاع يجب أن يكون قابلاً للحل عن طريق التحكيم، حيث نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".¹

أباح المشرع اللبناني الحق في اللجوء الى التحكيم بدلاً من قضاء الدولة، لكنه قيد ذلك في إطار المنازعات المدنية والتجارية القابلة للصلح (وفقاً للمادتين 762 و765 أ.م.م.). وإذا كان الصلح جائزاً في كل الأمور، إلا أنه لا يجوز في بعضها، مثل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والنظام العام والحقوق الشخصية التي لا تُعد مالاً بين الناس؛ مثل الحق المعنوي للمؤلف، والحقوق المتعلقة بالحريات الشخصية؛ كحق الترشح والانتخاب، والأموال الموقوفة وحقوق النفقة والحقوق الإرثية. كما لا يجوز التحكيم في المنازعات الجزائية والمنازعات ذات الطابع الإداري المتعلقة بالدولة أو البلديات أو المؤسسات العامة، إلا إذا كان التحكيم دولياً (وفقاً للمادة 809 أ.م.م.)، ولا يجوز التحكيم أيضاً في المنازعات المتعلقة بالإفلاس والعلاقات غير المشروعة أو المخالفة للنظام العام والآداب العامة. وقد برز خلاف قانوني شديد في لبنان يتعلق بقابلية عقود الدولة وأشخاص القانون العام للتحكيم، وذلك على

¹ عبد المجيد، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية دون ط. القاهرة دار المطبوعات الجامعية.

أثر قضيتي الخليوي. وقد صدر على أثرهما قراران عن مجلس شورى الدولة اللبناني بتاريخ 17 و19 تموز سنة 2001، قرر بموجبهما منع التحكيم في العقود الإدارية كمبدأ راسخ في العلم والاجتهاد الفرنسيين لتعلقه بالانتظام العام، وإن التحكيم الذي يحصل خلافاً له يعتبر باطلاً. وعلى أثر ذلك أُطلقت صرخات كبرى تحت المشرع اللبناني على الإسراع في إدخال التعديل اللازم على النصوص القانونية من أجل تكريس النزعة المفتحة التي تعتبر أن التحكيم هو القضاء الطبيعي في العلاقات التجارية الدولية ومن أجل تشجيع سياسة جلب الاستثمارات المالية والأنشطة من الخارج. وبالفعل فقد استجاب المشرع اللبناني لتلك النداءات، فأقر القانون رقم 2002/440 وأجاز بموجبه للدولة ولأشخاص القانون العام، أيّاً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع، اللجوء الى التحكيم، على أن تتم إجازته بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء لاقترح الوزير المختص.

بينما نص قانون التحكيم الفلسطيني في المادة الرابعة منه: (لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل التالية -1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين -2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً - المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية).¹

¹ انظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

فيحدد كلا القانونين موضوع التحكيم بشكل واضح لا لبس فيه، حيث يوفران استثناءً حصرياً للحالات التي لا يُسمح فيها باللجوء إلى التحكيم. وباستثناء هذه الحالات، يجوز للأطراف اللجوء إلى التحكيم واستخدامه كوسيلة لحل الخلافات التجارية التي تنشأ بينهم.

حيث يعني موضوع اتفاق التحكيم موضوع المنازعات التي يتضمنها اتفاق التحكيم والتي تنص على أنه سيتم حلها عن طريق التحكيم، وفي بعض الأحيان لا يتضمن الاتفاق الإشارة فقط إلى النزاع حول موضوع محدد، على سبيل المثال من خلال القول بأن النزاعات التي تنشأ بين الطرفين بشأن جودة البضاعة سيتم حلها عن طريق التحكيم، أو يقال أن جميع النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد سيتم حلها عن طريق التحكيم، إذا تم وضع شرط التحكيم في العقد، ولكن في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط.

فإنفاق التحكيم "مشارطة التحكيم" يتم بعد نشوء النزاع أو الخلاف، وفي هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروفاً، ويمكن تحديده بشكل دقيق أو عام دون تفصيل جوانب النزاع.¹

فيثير موضوع الاتفاقية أو غرضها سؤالين أساسيين:

الأول هو القابلية الشخصية للتحكيم، والذي يتعلق بأهلية الدول الخاضعة للمجموعات العامة والكيانات القانونية الخاضعة للقانون العام للجوء إلى التحكيم، ويخضع ذلك سواء عن طريق

¹ سامي، فوزي محمد، مرجع سابق، ص126

القانون الشخصي للدولة الطرف في الاتفاقية أو الكيان القانوني للقانون العام، وإما عن طريق قانون العقود، التمديد الأولي لاتفاقية التحكيم، مع الأخذ في الاعتبار حقيقة أن صفة الدولة والكيانات القانونية العامة تؤخذ في الاعتبار حساب قاعدة من قواعد القانون الدولي الموضوعي.

الثاني: تتحدد الصفة الموضوعية المتعلقة بموضوع النزاع وفقاً للقانون المطبق على اتفاق التحكيم للمسألة المتنازع عليها إذا كانت خارجة عن نطاق العقد.¹

أما الشرط الثالث من الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم فهو يشكل السبب الشرعي، لأنه ضروري لنشوء اتفاق التحكيم كأى عقد آخر. فاتفاق الطرفين يجد سببه في استبعاد رفع النزاع إلى المحكمة وتفويض الأمر إلى المحكمين. ويعتبر هذا السبب سبباً مشروعاً ما لم يثبت أنه يهدف إلى التهرب من أحكام القانون الذي كان سيطبق لو رفع النزاع إلى المحاكم. نظراً لوجود قيود معينة يرغب الأطراف في التخلص منها،² فإن ذلك يعد حالة من حالات

¹ تنص بعض القوانين على ضرورة تحديد موضوع النزاع الذي يتم حسمه بالتحكيم بموجب مشاركة التحكيم

وإلا اعتبر الاتفاق باطلاً لأن النزاع يكون عندئذ معلوماً كما هو الحال في قانون المرافعات المصري ، المادة 501

² عبد المجيد، منير، : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق ص 85

الاحتيايل القانوني؁ وبالتالي فإن التحكيم وسيلة غير مشروعة يقصد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق.¹

ولا ينبغي الخلط بين السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع؁ لأن الأول يتطلب البحث عن إجابة لسؤال لماذا لجأ الأطراف إلى التحكيم؁ بينما يتعلق الأخير بالفصل في المسألة التي يتعين حلها عن طريق التحكيم وما إذا كان يمكن حلها عن طريق التحكيم وهل هو مشروع أم لا.²

ولما كان التحكيم وسيلة استثنائية لحل المنازعات بين الأطراف؁ فيجب أن يكون السبب مشروعاً حتى يحقق التحكيم غرضه المقصود؁ ولا يجوز أن يكون وسيلة للهروب من المسؤولية أمام الأحكام القضائية.

الفرع الثاني الشروط الشكلية في إتفاق التحكيم

الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم تتمثل في أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً؁ لأن اتفاق التحكيم يعتبر صحيحاً بموجب المبادئ العامة إذا تم إبرامه وفقاً لما يقتضيه القانون المحلي؁

¹ رضوان ، ابو زيد: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي دون ط. القاهرة. دار الفكر العربي. 1981، ص

² المرجع السابق، ص 13.

وهو في أغلب الأحيان مكان إبرامه أو القانون الذي يحكم الموضوع، أو قانون الموطن المشترك، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین.¹ فيجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا حرره ووقعه الطرفان والكتابة شرط لازم لصحة اتفاق التحكيم، فهو شرط صحة وليس مجرد وسيلة إثبات وإن تخلفها يترتب عليه بطلان التحكيم² وهذا ما نصت المادة (٢٥٩) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه : يجب أن يكون قبول المحكم التحكيم بالكتابة ما لم يكن معيناً من قبل المحكمة، ويجوز أن يثبت القبول بتوقيع المحكم على عقد التحكيم"، وأن اشتراط المشرع العراقي الكتابة لإثبات شرط التحكيم، جاء لأهميته والذي أن ثبت، فإنه يجعل صلاحية نظر الخلاف بعيداً عن القضاء العادي، ويكون من ضمن اختصاص وصلاحية المحكم أو هيئة التحكيم³ كما جاء بال مادة 766 من قانون التحكيم اللبناني أنه "لا يثبت عقد التحكيم إلا بالكتابة - ويجب أن يشتمل تحت طائلة بطلانه على تحديد موضوع النزاع وعلى تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو بصفاتهم أو على بيان الطريقة التي يعين بها هؤلاء. يعتبر عقد التحكيم ساقطاً إذ رفض المحكم المعين فيه المهمة الموكولة إليه. وبنفس الاتجاه

¹ بريري محمود مختار احمد، مرجع سابق، ص 58

² نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٧٧.

³ القاضي جبار جمعة اللامي التحكيم التجاري في القانون العراقي، مطبعة السيماء، بغداد ، 2015، ص ٤٩.

جاء به قانون التحكيم المصري المعدل رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المادة (١٢) بقولها: 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". فالمشرع المصري ألزم بأن الكتابة تكون ركناً من أركان اتفاق التحكيم وهو لازم لوجوده، وإذا لم يكن اتفاق التحكيم مكتوباً كان باطلاً ولا أثر له، وكذلك يبطل اتفاق الأطراف على استبعاد الكتابة¹. وبذلك فالمشرع المصري أوجب كتابة الاتفاق على التحكيم، وإلا عد باطلاً، ويكون الاتفاق بين الأطراف مكتوباً إذا تضمنه محرر ووقعه الأطراف أو إذا تضمنه ما يتم تبادله بينهم من مستندات مختلفة². وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 17 مايو 1973 إلى "أن الشكلية المعتبرة ركناً في انعقاد التصرف دون تلك المفضية إلى إثباته تخضع لقانون الموضوع"، وهذا ما اتجه إليه المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني³.

¹ أحمد إبراهيم مصيلحي، العلاقة التبادلية بين التحكيم، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2014، ص ٩٩.

² محمد سعيد الشبية، المري، خصوصية التحكيم (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص ٥٣

³ عبد المجيد، منير، : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 85

حيث نص قانون التحكيم المصري في المادة (12) منه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً

وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما

تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة".¹

كما نصت المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني على ذات النص المصري في البند 1 -

2 "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا

تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها

من رسائل الاتصال المكتوبة".²

ويتم الكتابة طبقاً لنص القانون إذا كان شرط التحكيم منصوصاً عليه في الرسائل أو البرقيات

المتبادلة بين الطرفين. ويمتد هذا إلى جميع وسائل الاتصال المكتوبة، ولكن يجب إجراء

تبادل العروض والقبول فيما يتعلق بالتحكيم. إذا أرسل أحد الطرفين خطاباً أو تلکساً، يتضمن

ذلك عرضاً للجوء إلى التحكيم لحل أي نزاعات قد تنشأ أثناء التفاوض على العقد، فيجب

بالتالي إصدار قبول الطرف الآخر، وهذا. ويجب أن يرتبط القبول بمعرفة الطرف الأول. أما

السكوت فيجوز اعتباره قبولاً إذا كانت هناك معاملات جارية بين الطرفين وكان التحكيم

¹ أحمد صلاح الدين، مجموعة الأعمال التحضيرية : ج1 ، مطبعة دار الكتاب العربي، ص 296 وما بعدها

² انظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

شرطاً لها، أو إذا كان الأمر متعلقاً بتعيين عقد يتضمن شرط التحكيم ، أو إبرام عقد جديد يشير إلى العقد السابق الذي يتضمن شرط التحكيم.¹

وإذا تم الاتفاق على التحكيم عن طريق وكيل، فيجب أن تكون الوكالة بالكتابة ويجب أن تكون الوكالة محددة. ولا تمنح الوكالة العامة الوكيل صلاحية إبرام اتفاق تحكيم أو وضع شرط تحكيم في العقد الذي تمت الوكالة لإبرامه.²

انضم العراق الى بروتوكول جنيف بشأن التحكيم لعام 1923 وصدر القانون رقم 34 لسنة 1928 وهو قانون انضمام العراق الى البروتوكول المذكور وقد تضمنت المادة (1) (ان الموقعين يقبلون بالاحكام الواردة فيه بان كل من الدول المتعاقدة تعترف بصحة اي اتفاق سواء كان متعلقاً بالخلافات الحاضرة ام الخلافات التي ستحدث مستقبلاً بين فرقاء خاضعين لقضاء دول متعاقدة مختلفة ذلك الاتفاق الذي بموجبة يوافق الفرقاء على الاحالة الى التحكيم في الخلافات الناشئة عن مقالة متعلقة بأمر تجارية او أمور أخرى يمكن حسمها بالتحكيم سواء جرى التحكيم في بلد غير خاضع لقضائية أحد الفرقاء ام لم يجري) . ان المادة (2) من

¹ انظر قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000

² بريري، محمود مختار احمد: مرجع سابق، ص 59.

البروتكول أشارت الى أصول التحكيم بما فيها تأليف محكمة التحكيم نابعة لأرادة الطرفين ولقانون البلد الذي يجري فيه التحكيم .¹

الفقرة (3) من البروتكول تضمنت (تعهد الدولة المتعاقدة بأن تكفل بواسطة موظفيها احكام قوانينها الوطنية تنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في أراضيها وفقاً للفقرتين (1)(2) من البروتكول المذكور .

ان الفقرة (4) تضمنت (عندما ترفع الى محاكم الدول المتعاقدة منازعة متعلقة بمقولة عقدت بين اشخاص يطبق عليهم المادة الاولى وكانت المقولة عقدت بين اشخاص تطبق عليهم المادة الاولى وكانت المقولة متضمنة اتفاق تحكيم سواء كان متعلقاً بالخلافات الحاضرة ام المقبلة وكان هذا الاتفاق صحيحاً نظراً لمنطوق المادة المذكورة إضافة لما ورد في المواد (5)(6)(7)(8).

الاحكام الاجنبية الصادرة من خارج الاراضي العراقية فان هذه المشكلة تخضع لقانون تنفيذ احكام المحاكم الجنبية في العراق رقم 30 لسنة 1928 والنظام الصادر بموجبها رقم 5 لسنة 1929 الصادر بموجب المادة (11) من الاتفاقية وقد اوردت الاتفاقية أحكاماً وفق مايلي :

¹ رضوان ، ابو زيد: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 60

المادة الاولى : عرفت الاحكام الاجنبية وهي الاحكام الصادرة من محكمة مؤلفة خارج العراق

.

المادة الثانية :وتضمنت جواز تنفيذ الحكم الاجنبي في العراق وفقاً لاحكام هذا القانون بقرار

يصدر من محكمة عراقية يسمى قرار التنفيذ .

المادة الثالثة :

1- يقيم الدعوى لدى محكمة البداءة لاصدار قرار التنفيذ .

2- تكون المحكمة المختصة الكائنة في المحل الذي يقيم فيه المحكوم عليه واذا لم يكن له

محل اقامة ثابت في العراق ففي المحل الذي فيه الاموال المطلوب الحجز عليها .

ج- يصحب الطلب بنسخة من الحكم الاجنبي المطلوب تنفيذه ومصدقة وفقاً للاصول مع بيان

اسبابه .

المادة الرابعة : تعين المحكمة عند اقامة الدعوى يوماً للمرافعة وتجلب المحكوم عليه سواء

كان في العراق او في خارجه وفقاً للاصول .

المادة الخامسة : تصدر المحكمة قرار التنفيذ او ترفض الطلب بأصداره وفق احكام هذا القانون وذلك بعد اكمال المرافعة .¹

اما المادة السادسة فقد تناولت الشروط التي يجب ان تتوفر في كل حكم يطلب اصدار قرار التنفيذ بشأنه وتتنظر المحكمة من تلقاء نفسها في توفر هذه الشروط وفقاً للفقرات (أ ، هـ).

اما المادة السابعة فقد اعتبرت المحكمة الاجنبية ذات صلاحية اذا تحقق احد الشروط وهو ان الدعوى متعلقة باموال منقولة او غير منقولة وكونها ناشئة عن عقد وقع في البلاد الاجنبية.

المادة الحادية عشر تحدثت عن تطبيق القانون على الاحكام الصادرة من محاكم اجنبية وذلك بأنظمة خاصة تصدر من وقت لآخر كلما صارت احكام المحاكم العراقية قابلة للتنفيذ في البلاد الاجنبية بمقتضى اتفاق خاص مع الدولة العراقية او بمقتضى القوانين المرعية في تلك البلاد سواء كان ذلك باصدار قرار التنفيذ او باجراءات اخرى تماثلة من حيث النتيجة .

اما على نطاق اتفاقية لعام 1958 بشأن الاعتراف بالاحكام الاجنبية وبصددها فان العراق لم ينظم الى الاتفاقية.²

¹ رضوان ، ابو زيد: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، ص 86

² مجموعة القوانين والناظمة الصادرة خلال 1928.

أن الأصل سيادة القضاء العراقي والقوانين على اقليم الجمهورية العراقية وقد أيدت لجنة النفط والمتابعة لشؤون النفط وتنفيذ الاتفاقيات رأيها في الكتاب (920) في 1973/12/9 (ان شرط التحكيم الدولي يعني التجاوز على مبدأ السيادة والانتقاص من قيمة المحاكم والقوانين العراقية) .

ومن خلال دراسة الجوانب القانونية والعملية المختلفة يمكننا القول إن التحولات الجارية في العراق وفي العالم ككل تتوافق مع ما تتطلبه معطيات التنمية الاقتصادية التي تمر بها البلاد وظاهرة التبادلات التجارية الدولية، والتي قد يخلق بعضها حالات خاصة، ومن هنا تبرز الحاجة الملحة إلى إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة مع المؤسسات الأجنبية، سواء كانت مؤسسات عامة أو شركات أو مؤسسات. وهذا يمكن أن يكون واضحاً في تصدير المواد الأولية وشراء وبيع المواد الأولية وإنشاء المصانع وإبرام العقود وعقود البناء مع الشركات العالمية وحالات القروض وتمويل المشاريع وكذلك حالات المؤسسات العامة العراقية التي تتعامل مع المؤسسات العامة في الدول الأخرى .¹

وإذا كان الاتجاه إلى النص على شرط التحكيم في بعض الحالات يرجع إلى رغبة الأطراف المتعاقدة في ضمان الحل السريع للنزاعات، إلى الخبرة المتاحة للمحكمين، إلى ثقة وخبرة

¹ رضوان ، ابو زيد: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 70

وحياد المؤسسات الدولية المتخصصة في التحكيم الدولي و إعادة التأمين. وإذا تم تطبيق القواعد القانونية المعروفة، فإن هذه القضايا يمكن أن تؤدي إلى إعاقة التعاون التجاري والصناعي الدولي.

مكتبة التميز د. هند

المطلب الثاني: شروط هيئة التحكيم

يخضع تشكيل هيئة التحكيم في الأصل إلى إرادة الأطراف واتفاقهم، و قد حاولت القوانين تنظيم هذا الأمر من خلال النص على ذلك في التشريعات الوطنية، ومن الأمثلة على ذلك جاء بالقانون اللبناني مقالة - سبعة 771 من CCP ينص على أنه في جميع الحالات يجب أن يكون هناك عدد فردي من المحكمين؛ غير ذلك، سيعتبر التحكيم غير صالح. وفي القانون العراقي جاء بالمادة (141) 1 — يعين المحكمون والموفقون بالطريقة التي يتفق عليها الخصوم ما لم يقر القاضي بنفسه بالتوفيق بينهم. 2— إذا اتفق الخصوم على عدد زوجي من المحكمين وجب على المحكمة ان تعين محكماً إضافياً. اما قانون التحكيم المصري نص في المادة 15 حيث جاء فيها تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة و إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلاً".¹ وهنا ترك القانون المصري للأطراف حرية تشكيل هيئة المحكمين، لكنه تدخل بنص ملزم ينص على أنه في حالة تعدد المحكمين دون تحديد العدد يجب أن يكونوا ثلاثة.

¹ تنص المادة 76 مرافعات مصري على ضرورة وجود تفويض خاص بالتحكيم ، فالتوكيل العام لأحد المحامين

لا يخوله إبرام إتفاق التحكيم بل يستلزم شرط أو إتفاق التحكيم تفويضا جديدا.

في حين نص قانون التحكيم الفلسطيني في المادة الثامنة منه على أنه تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر وإذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكم ويختار المحكمون مرجحا إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.¹ ولم يشترط المشرع الفلسطيني في حالة تعدد المحكمين أن يكون عددهم فرديا، ولم يشترط في حالة اتفاق الأطراف على عدة محكمين دون تحديد العدد أن يكون عددهم ثلاثة، فالنص الفلسطيني بهذا الخصوص نص مكمل، ويجوز للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك.²

ويتناول قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي قواعد تشكيل هيئة التحكيم في المواد 1510، إذ ترسي هذه المواد مبدأ قوة الإرادة من خلال ترك حرية الأطراف في تحديد عدد المحكمين، وإلا كان العدد ثلاثة.³

¹ انظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

² انظر قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

³ وقد عالج المشرع الفرنسي موضوع تشكيل هيئة التحكيم صراحة حيث نصت المادة (1454) مرافعات على أنه في حال تحديد عدد زوجي فلمحكمة التحكيم أن تختار محكما سواء اتفق الأطراف على ذلك أو لم يتفقوا، أو يتولى الأمر المحكمون الذين تم اختيارهم، وإذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية.

كما ينص القانون النموذجي على أنه في حال عدم وجود اتفاق على تشكيل هيئة التحكيم تتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة وتكون قراراتها في هذا الخصوص غير قابلة للطعن فيها.¹

أما إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي فقد نظمت موضوع تشكيل هيئة التحكيم في المادة 15 من الاتفاقية المذكورة حيث نصت على أن " 1 - تتألف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء ويجوز للطرفين الإتفاق على محكم واحد "

والمبدأ هو ترك تشكيل هيئة التحكيم لحرية الأطراف، سواء قاموا بذلك بأنفسهم أو فوضوا طرفاً محدداً للقيام بهذه المهمة. أما إذا لم يكن هناك مثل هذا الاتفاق أو كان التدريب مستحيلاً، فيتولى الأمر الجهة الهيئة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة.

ومما سبق يتضح أن القاعدة العامة لتشكيل هيئة التحكيم تعتمد على إرادة الأطراف، ولكن في حالة عدم اتفاق الأطراف على جزء يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، يتم إحالة الأمر إلى الجهة المختصة وفقاً لما تنظمه التشريعات الوطنية لكل دولة.

¹ بريري محمود مختار احمد مرجع سابق، ص 80

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم

يجب على المحكم أولاً أن تتوفر فيه عدة شروط ليتمكن من إنجاز المهمة الموكلة إليه، لأنه لا يكفي أن يكون الفرد متمتعاً بالأهلية المدنية الخاضعة لقانون الأحوال الشخصية ليكون محكماً، وإنما يجب توافر شروط أخرى، وهي في الأساس شروط صلاحيته لمزاولة العمل القضائي، مثل شرط الجنسية، أو شرط ممارسة مهنة معينة، أو مع مراعاة القيود الواردة في القوانين الوطنية المختلفة، مثل قانون ويجب ألا يكون المحكم قاصراً أو محروماً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً. وتتعلق هذه الشروط بالاختصاص في التحكيم وتؤثر على صحة الحكم أو بطلانه، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات.¹ تهدف متطلبات المحكم إلى ضمان الحياد والاستقلال حتى يتمكن الطرفان من التأكد من القرار الذي سيصدره ذلك المحكم. ولا يعتبر المحكم وكيلًا أو محامياً عن أي من الطرفين، أو مدافعاً عنه، وإنما يعتبر اختيار هذا المحكم بمثابة تفويض من الشخص أحد الطرفين لشخص آخر لحل النزاع، مع قبول الشخص المفوض للقيام بما يصدره المحكم.² ومع مراعاة اختلاف القوانين فإنها تضع نصوصاً تحدد وتنظم شروطاً معينة للشخص الذي يمكن أن تعهد إليه مهمة التحكيم، وهي

¹ انظر المواد (6,11,12,13,16) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

² عبد الله، عز الدين: تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص مجلة مصر المعاصرة.

القاهرة العدد 371 يناير سنة 1978. ص 54.

غالباً نفس الشروط التي يجب أن يتوافر في القاضي. حيث جاء في مجلة الأحكام العدلية أن المحكم بمنزلة القاضي المولى من طرف السلطان للحكم بين الطرفين و لذلك يجب أن يكون المحكم حائزاً للشروط المشروطة وجودها في القاضي،¹ وهذا لا يعني بالضرورة أن يتم اختيار القاضي لمهمة التحكيم.

1- ان قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية الملغى تناول موضوع التحكيم وافرد لها فصلاً بذلك (الفصل الرابع) وحدد الاسس والشروط الواجب توافرها والاسلوب الذي يجب ان يتبع ومع ذلك فان هذه النصوص لم تكن ملبية لتسوية النزاعات والخلافات

2- بصدر قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 تضمن احكام التحكيم في المادة (255) وما بعدها وقد فصلت المواد شروط التحكيم واسلوب فض النزاعات كما اورد شروطاً خاصة بالنسبة للمحكّمين وان يكون عددهم وتراًّ الا في حالة التحكيم بين الزوجين (4) كما تضمنت النصوص بعدم جواز ان يكون المحكم من رجال القضاء البأذن من مجلس العدل وضرورة توافر الشروط العامة للجوء الى التحكيم في حين نصت المادة (502) من قانون المرافعات المصري على أنه "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره.

¹ سامي، فوزي محمد مرجع سابق ص 153.

أما قانون التحكيم الفلسطيني فقد نص في المادة التاسعة على أنه "يجب أن يكون المحكم أهلاً للتصرفات القانونية، متمتعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفلساً لم يرد إليه اعتباراً".

قد تقتصر الشروط الواجب توافرها في المحكم بشكل عام، كما هو منصوص عليه في عدد من القوانين، على ما يلي:

أولاً: يجب أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً ولا يجوز أن يكون شخصاً معنوياً. وهذا الشرط يمكن استنباطه من النصوص القانونية دون تحديده صراحة.¹

وإذا عين إتفاق التحكيم شخصاً معنوياً، فإن مهمته تقتصر على تنظيم التحكيم وبالتالي لا يجوز للمحكم إلا أن يكون شخصاً طبيعياً.²

¹ حيدر، علي، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام. الكتاب الثاني عشر. بيروت. بغداد، 1991، ص 68

² إلا أن القانون اللبناني نص في المادة (768) من قانون أصول المحاكمات المدنية بأن لا تولى مهمة المحكم لغير شخص طبيعي وإذا عين عقد التحكيم شخصاً معنوياً فنقتصر مهمته على تنظيم التحكيم فهو نص صراحة على أن مهمة التحكيم لا توكل إلا لشخص طبيعي.

ومع ذلك، إذا كان اتفاق التحكيم عين شخصاً معنوياً، على سبيل المثال إذا نص على أنه إذا نشأ نزاع نتيجة العقد، فسيتم تسويته عن طريق التحكيم من خلال مركز تحكيم مثل غرفة التجارة الدولية،¹ فهذا يعني أن اتفاقية التحكيم يقوم المركز فقط بتنظيم عملية التحكيم.²

ثانياً: يجب أن يكون المحكم كامل الأهلية وفقاً لقانون الأحوال الشخصية، ولا فرق بين أن يكون رجلاً أو امرأة. وتشترط بعض الدول في تشريعاتها ضرورة اختيار المحكمين من مواطني تلك الدولة كما هو الحال في قوانين كولومبيا والإكوادور. ومع ذلك، في تشريعات أخرى يجوز أن يكون المحكم أجنبياً بالإضافة إلى ذلك، ليس من الضروري أن يكون للحكم مهنة معينة.³ ومع ذلك، فإن بعض القوانين تشترط أن يكون للحكم مهنة محددة، على سبيل

¹ الجدير بالذكر أنه من الجائز إتفاق الخصوم على تعيين محكم، واحد يجهل القراءة والكتابة بشرط أن يعينوا شخصاً آخر لمجرد كتابة الحكم وتحرير الأوراق اللازمة لمباشرة العملية. شمس مرعي: التحكيم في منازعات مشروع العام دون طبعة القاهرة. دار النهضة العربية. 1974. ص 421.

² تأسست غرفة التجارة الدولية في العام 1919 وتعد مؤسسة من مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، حيث تعمل محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة على حل المنازعات التجارية الدولية بمعدل 500 قضية سنوياً.

³ سامي، فوزي محمد: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 155.

المثال كأن يكون محامي مثلاً،¹ ويشترط القانون الإسباني أن يكون المحكم محامياً في حالة حل النزاع وفقاً لأحكام القانون.²

ويترتب على ما سبق أن أهلية المحكم تعتمد على قانون أحواله الشخصي الذي يحدد أهليته والشروط الواجب توافرها.

¹ ينص القانون المصري على عدم جواز اختيار القاضي محكماً إلا بموافقة جهة قضائية عليا هي المجلس الأعلى للهيئات القضائية في مصر.

² سامي، فوزي محمد المرجع السابق. ص 156

الفرع الثاني: إختيار المحكمين:

إن القواعد الدولية المطبقة في مجال التحكيم الدولي لا تضع، بشكل عام، شروطاً محددة لمن يمكن اختياره كمحكم، لأن القاعدة في هذه الحالة تترك حرية كلا الطرفين في اختيار الشخص أو الأشخاص المعنيين الذين يتقنون بهم و بنزاهتهم و الاطمئنان إلى عدالتهم في اتخاذ قرار حل النزاع.

في حين نصت بعض الاتفاقيات الدولية صراحة على إمكانية قيام الأجنبي بمهمة المحكم، فقد ورد في الاتفاقية الأوروبية لعام 1961م¹ في المادة الثالثة منها على أنه في التحكيم الخاضع لهذه الاتفاقية يمكن للأجانب أن يعينوا المحكمين ، كما نصت بعض الاتفاقيات والقواعد الدولية على عدم تعيين محكم ممن يحملون جنسية أحد أطراف النزاع، وذلك في حال تعيينه من قبل سلطة التعيين.

كما نصت الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري سنة 1987 على أنه لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يتم تعيينهم من مواطني أحد الطرفين"، كما نصت هذه الاتفاقية في المادة 14 منها على أن " يعد مجلس الإدارة سنوياً قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو من

¹ المادة رقم 12 فقرة 2 من القانون الإسباني الخاص بالتحكيم رقم 36/1988 الصادر في 5 كانون الأول

ذوي الخبرة العالية والإطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال ومتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة".

وقد ورد نص مشابه في اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بحل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، حيث جاء في المادة 38 من الاتفاقية أنه عندما يقوم رئيس مجلس إدارة تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بتعيين المحكم أو المحكمين يجب أن لا يكونوا من مواطني دولة أحد الأطراف"، مثل هذا النص جاء في القواعد الدولية الخاصة بالتحكيم.

من الأمثلة على ذلك ما جاء في الفقرة السادسة من المادة الثانية من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، أيضا ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة في القانون التجاري الدولي.¹

مما يتعلق بهذا الخصوص أيضا ما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة،² حيث جاء في الفقرة الأولى من

¹ المعاهدة الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف.

² انظر المادة 18 الفقرة الرابعة من الاتفاقية المذكورة

المادة 11 لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.¹

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على النزاع

سأتناول في هذا المبحث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والنظريات التي تتناول هذا الموضوع من كافة جوانبه، لأن من أهم الأسس التي يقوم عليها التحكيم هو تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لأنه الأساس الذي يستند إليه الحكم في حكم التحكيم الذي يترتب عليه حل الصراع وإنهائه.

ولا يجد القاضي صعوبة في معرفة القانون المنطبق على موضوع النزاع لأنه يطبق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته مما يؤدي إلى تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي المرتبطة بتنازع القوانين لتلك الدولة، وتتركز مهمتها على تحديد القانون

¹ وضعت اللجنة المذكورة القانون النموذجي لكي تستطيع الدول الرجوع إليه عند إصدار قوانين التحكيم التجاري

الدولي أو عند تعديل قوانينها ، حيث أعدت جمهورية مصر العربية مشروعا للتحكيم التجاري الدولي استمدت

نصوصه من القانون النموذجي المذكور

المنطبق على العلاقة القانونية المعنية. أما العنصر الأجنبي، فيتم ذلك عموماً من خلال ما يسمى بقواعد الإسناد، أو قواعد تنازع القوانين.¹

أما المحكم فهو يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي من إرادة الطرفين التي تحدد ماهية التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع.

ففي النزاع المعروض على التحكيم، تظهر مسألة تنازع القوانين على مرحلتين، الأولى أمام هيئة التحكيم أو المحكم عندما يتعلق الأمر بتحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، والثانية أمام القاضي عندما فهو لا يتدخل لتنفيذ حكم التحكيم فحسب، بل يتدخل أيضاً أثناء إجراءات التحكيم أو قبل البدء فيها. ومثال ذلك عندما يعترض أحد الأطراف على صحة اتفاق التحكيم ويطلب إبطاله، أو عندما يطلب الطرف المذكور من القاضي التدخل للنظر في النزاع.²

وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يعالج المطلب الأول موضوع: السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و يتناول المطلب الثاني: قانون الإرادة.

¹ سامي، فوزي محم مرجع سابق، ص 157.

² دواس، امين رجا رشيد، مرجع سابق، ص 21.

مکتب التعمیر دہلی

المطلب الأول: السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحديد القانون المطبق على

النزاع

من الآراء المطروحة والمقبولة بشأن معرفة القانون الواجب التطبيق في مجال تسوية المنازعات في المعاملات التجارية الدولية، هناك رأي مفاده أنه يجب على المحكم أن يطبق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع، تطبيقاً مبدأ احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي يجب على المحكم اتباعها لحل النزاع. وقد يكون القانون الذي اختاره الطرفان غير ذي صلة بالعقد، فلا هو مكان الانعقاد ولا هو قانون مكان التنفيذ وذلك لأن الأطراف عندما يختارون قانوناً لدولة لا علاقة لها بالعقد الذي نشأ عنه النزاع، فإنهم غالباً ما يهدفون إلى اختيار قانون محايد أو قانون متطور في بلدهم، ويجب تطبيق الأحكام على النزاع.¹

وفي رأيي أنه يجب على المحكم أن يطبق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع، لأن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي قد يكون هدفه الأساسي تطبيق قانون آخر غير القانون الوطني، نظراً لتوافق هذا القانون مع متطلبات التجارة الدولية والعقود المبرمة في هذا السياق.

¹ سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص 185.

وفي العقود الدولية، قد يتفق الطرفان على عدم اختيار أي قانون لتطبيقه على النزاع، حيث يهدفان إلى إخضاع النزاع لقواعد العرف والعادات السائدة في التعامل التجاري الدولي. كما جاء بقانون التحكيم اللبناني مادة (811) - يجوز أن تحدد اتفاقية التحكيم مباشرة أو بالإحالة إلى نظام للتحكيم الأصول التي تتبع في الخصومة التحكيمية ويجوز أيضاً إخضاع هذه الخصومة لقانون معين من قوانين أصول المحاكمة يحدد في الاتفاقية. - إن لم يرد نص في الاتفاقية يطبق المحكم بحسب مقتضى الحال الأصول التي يراها مناسبة أن مباشرة أو بالتجاء إلى قانون معين أو إلى نظام للتحكيم

حيث نصت المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه (1- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. -2 إذا كان التحكيم دولياً ويجري في طين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق)

فتطبق القواعد الموضوعية المشار إليها في تنازع القوانين قواعد القانون الفلسطيني، ولا تطبق القواعد المرجعية إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني. وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع.

كما نصت المادة 39 من قانون التحكيم المصري على أن (1- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة

اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك -2 وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على 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 - ويجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ، أن تفصل في موضوع النزاع علي مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون).

وسيتم تقسيم المطلب الأول إلى فرعين الأول: موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم ، ويتناول الثاني: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على النحو التالي:

الفرع الأول: موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم

إن تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف يمكن أن يكون صريحا، وذلك من خلال ذكره في اتفاق التحكيم، سواء في شروط شرط التحكيم، أو في ميثاق التحكيم، أو غالبا ما

يوجد مكتوبا في العقود النموذجية الدولية،¹ حيث القانون يشار إلى أن ينطبق على موضوع النزاع.²

إلا أنه لا يجوز لهذه الأطراف الإفصاح صراحة عن رغبتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وفي هذه الحالة يجب على المحكم أن يكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف حتى يتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

¹ سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص 185.

² أن قانون التجارة الدولية يهدف إما إلى توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية أو إلى توحيد قاعدة الإسناد في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على البيع التجاري الدولي. ولما 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 الدولي بحيث أصبح العقد الدولي يوصف بأنه عقد نموذجي، وان 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 الغربية حيث نصت المادة (13) على أن العقد وما ينشأ عنه من منازعات تخضع لقانون دولة البائع ، إلا إذا اتفقت الأطراف على غير ذلك . كذلك ما 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.

أما الإرادة المفترضة فتظهر وتتحقق عندما لا تعرف إرادة الطرفين الضمنية، وفي كثير من الأحيان تصبح الإرادة المفترضة للأطراف معروفة،¹ وفي معظم الحالات، يبدو أن الأطراف كانوا يعتزمون تطبيق مكان التحكيم. ويجوز للمحكم أيضاً أن يطبق القواعد العرفية المتبعة في المعاملات التجارية الدولية، عندما لا يتم الاعتراف بالإرادة الضمنية للأطراف.

ولكن المشكلة لا تتوقف عند معرفة القانون الذي ينطبق فقط على موضوع النزاع. بل من الضروري معرفة قواعد القانون الدولي الخاص التي سيتم تطبيقها، أي قواعد الإسناد التي سيكون عليها المحكم. ويسترشد بمعرفة القواعد القانونية التي سيطبقها لحل النزاع والتي لا يسمح باختيار قانون معين أو معرفة الأطراف بهذا القانون لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي المتعلقة بالنزاعات. والسبب في البحث عن هذه القواعد هو أن النزاعات الدولية غالباً ما تنطوي على قضايا تعاقدية، ولكنها قد تشمل قضايا تتعلق بالأهلية أو المسؤولية غير التعاقدية أو المنافسة غير المشروعة.²

¹ سامي، فوزي محمد مرجع سابق، ص186.

² قد يقوم المحكم بتطبيق قواعد ما يسمى *lex-mercatoria* وهذه القواعد يمكن تطبيقها عند عدم معرفة الإرادة الصريحة أو الضمنية للطرفين وتلك القواعد هي مجموعة القواعد العرفية المتبعة في التعامل التجاري الدولي وهناك من يذهب إلى تطبيق ما يسمى *trunc commun* ومفادها عند عدم تعيين القانون الواجب التطبيق من الطرفين وعدم معرفة إرادتهما الضمنية على المحكم أن يطبق القواعد المشتركة لقانون كل من الطرفين ، أو

ونادراً ما يتفق الأطراف على تحديد قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق عندما ينظر المحكم في النزاع، ولذلك لا بد من البحث في كيفية تحديد قواعد تنازع القوانين من أجل تطبيقها على المسائل التي تقع خارج نطاق القانون الذي تم اختياره من قبل أطراف النزاع.

فالأصل في النظام الدولي هو أن المحكم الدولي ملزم بالقانون الذي يختاره الطرفان، مع ترك له حرية اختيار القانون الأنسب إذا لم يكن هناك اتفاق بينهما على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بحيث يكون للمحكم الحق في استبعاد هذا القانون، وكل هذا مع ضرورة أن يأخذ المحكم الدولي في الاعتبار الأعراف والأعراف التجارية الحالية وكذلك شروط العقد التي هي واضحة من جماع نصوص اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي.

1

فقد نصت المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 المطابقة لنص المادة 33/1 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 عن

قانون كل من الطرفين ، فإنه في هذه الحالة لم يتم النص على قانون معين بسبب جهلها بقانون كل طرف بالنسبة للآخر ، ولكنهما لا يذهبان الى أكثر من ذلك بحيث يفرضان ما هو مشترك في قوانينهما الوطنية

¹ سامي ، فوزي محمد . المرجع السابق، ص 188.

طريق الطرفين طبق المحكمون قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع، وفي الحالتين يراعي المحكمون شروط العقد والعادات التجارية الجارية.¹

كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (32) منه على أن تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذي اختاره الأطراف، بالتالي فإن إختيار الأطراف لقانون دوله ما أو لنظامها القانوني يعد إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدا المتعلقة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك.²

إذا يجب على المحكم عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد وعادات وأعراف التجارة الدولية.

فقد 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 الدولية،³ كما تضمنت المادة 5113 من نظام غرفة التجارة الدولية نصا مماثلا لما

¹ المصري، حسني: التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دون ط، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2006،

² عبد المجيد، منير مرجع السابق، ص 157

³ عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص 158

سبق، فقواعد الإسناد غالباً ما يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع، وقد يتم تنظيمها عن طريق إتفاقيات دولية، ويمكن في حالة عدم وجود تشريع أو إتفاق دولي إستكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي العرف والقضاء والفقه.¹

علاوة على ذلك، أثناء قيام المحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فمن الممكن أن يكون محتوى هذا القانون مخالفاً للسياسة العامة للدولة المسؤولة عن تنفيذ حكم التحكيم وأن يكون هذا التعارض قد يكون سبباً لرفض التنفيذ. ومع ذلك، ليست المشكلة في اختيار القانون، بل في الحلول الموضوعية. ووفقاً لهذا القانون، على سبيل المثال، لا يمكن تنفيذ قرار التحكيم الذي يطلب من أحد الأطراف دفع فائدة في المملكة العربية السعودية، سواء كان الحكم مبنياً على القانون الألماني أو الإنجليزي أو الفرنسي أو أي قانون آخر، لأنه يحدد حلاً يتعارض مع مفهوم النظام العام كما حددته الشريعة الإسلامية والسبب في رفض التنفيذ ليس تفضيل قانون على آخر، بل هو تعارض القرار مع السياسة العامة للدولة التي سيتم تنفيذ القرار فيها.²

¹ المادة (117) من الاتفاقية الأوروبية.

² الهداوي، حسن: تنازع القوانين دون ط، عمان. مكتبة دار الثقافة. 1995. ص 49.

ويتضح من هذه النصوص أن أعراف التجارة الدولية تؤخذ بعين الاعتبار كعنصر من عناصر القانون الذي يتم على أساسه الفصل في النزاع، وذلك لأهميتها وملاءمتها لظروف التجارة الدولية. فهذه الأعراف لا تتدخل إلا بشكل متتابع أو تكميلي أو وقائي، لأن الأولوية - كما سبق بيانه - هي للقانون¹ اتفق الأطراف على تطبيقه، ومنهج النزاع لا جدال فيه، ولا خلاف في العرف، ولا تطبق أعراف التجارة الدولية إلا بما لا يتعارض مع القانون المعمول به، ما لم يرد نص يشير إليه. ويتضح مما سبق مدى التعايش بين منهج قواعد الصراع وعادات وأعراف التجارة الدولية. والسؤال هنا لا يرتبط بالصراع بين التوجيهين، بل بمدى تكاملهما وعليه الأصل أنه في جميع الحالات، عند تطبيق القانون ذي الصلة، ينبغي مراعاة أحكام العقد وأعراف التجارة الدولية وعدم انتهاك النظام العام.

الفرع الثاني: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع

النزاع

وقد ظهرت عدد من النظريات بشأن تحديد القانون الخاص بالنزاع، حيث تأخذ كل نظرية وجهة نظر مختلفة يمكن الاعتماد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع. وهذه

¹ الرفاعي، أشرف عبد العليم القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة

الدولية دون طبعة. الاسكندرية دار الفكر الجامعي. 2003 . ص 6.

النظريات هي: النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الاندماج، ونظرية التركيز الموضوعي، ونظرية ازدواج نظام العقد، وأخيراً نظرية الأداء المميز. وسأقدم نبذة مختصرة عن هذه النظريات والأساس الذي حددت عليه القانون الواجب التطبيق على الموضوع محل النزاع.

أولاً: إن النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج تجد أساسها في مبدأ سلطة الإرادة في اختيار القانون، وليس في مبدأ قانون الإرادة، والقانون هو النزاهة سواء من خلال بتكرار نصوصه في قلب العقد، أو بالرجوع إلى هذا القانون، ولهذا السبب فرق جزء من الفقه المصري بين مبدأ سلطة الإرادة المباشرة في اختيار القانون، وما يترتب على ذلك من اعتبار القانون قاعدة من قواعد الشروط التعاقدية ومبدأ قانون الإرادة الذي يقوم على قاعدة الإسناد الوضعية.¹ وفي رأبي أنه بموجب هذه النظرية يمكن لأطراف النزاع استبعاد نصوص معينة من القانون المختار ويمكنهم تقسيم العقد واختيار أكثر من قانون ليحكم عناصره المختلفة. وفي هذه الحالة يعتبر العقد علاقة متعددة الأوجه.

¹ 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.

وتعتبر هذه النظرية الشخصية أن القانون ينزل إلى مرتبة الشرط التعاقدي في العقود التجارية الدولية ويتخذ قراره، بحيث يفقد طابعه القانوني بالمعنى الدقيق، أي باعتباره قرار يصدر من المشرع، ولا يتأثر القانون بأي تعديل أو إلغاء يتم إجراؤه عليه، مما يعني أن القانون الموحد فقط هو الذي ينطبق. وهو يقوم على مبدأ سلطة الإرادة في الدولة التي كانت فيها وقت إبرامه، مع استبعاد كافة التعديلات التشريعية الذي يتبادر إلى الأذهان، وإن كانت هذه التعديلات تمثل قوانين إلزامية، إلا ما يسمى بشرط الثبات التشريعي.¹

ويجوز للطرفين تعديل هذا القانون المختار في أي مرحلة من مراحل التحكيم، مثل بنود العقد الأخرى. ومن المؤكد أن هذه النظرية الشخصية تؤدي إلى اختفاء أي فكرة مرتبطة بقواعد تنازع القوانين المبنية على شبه قوة مطلقة دون الاعتماد على قانون يبرر وجودها.²

علاوة على ذلك، إذا اتخذ القانون المدرج في العقد شكل شرط تعاقد، فلا يجوز له إبطال هذا العقد، ويكون خطأ المحكمة الابتدائية في تفسيره خارجاً عن سيطرة محكمة التمييز، ما لم يترتب على التفسير امتداد رقابة المسخ.³

¹ صادق، هاشم تنازع القوانين. ط3. الاسكندرية. منشأة المعارف. 1974، ص 653. هامش ص 651-656.

² عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص 160.

³ ما لم يتعارض هذا الشرط التعاقدي مع النظام العام بمفهومه الدولي.

إلا أن التعاون المطلوب في سياق التجارة الدولية يتعارض أحيانا مع شرط الاستقرار التشريعي¹ الذي كان أصلا في ظهور نماذج جديدة للعقود ذات مضمون متغير بناء على شرط المراجعة أو شرط التوافق مع الظروف الاقتصادية بهدف إلهام الثقة والاستقرار في المعاملات الدولية علي أساس أن هناك متغيرات لا يمكن السيطرة عليها مسبقا.²

إلا أن العديد من الفقهاء³ ذهبوا إلى أن اختيار القانون يجب أن يرتبط بالعقد، سواء كان الارتباط قائما على جنسية الأطراف، أو مكان إبرام العقد، أو مكان الأداء، أو متطلبات التجارة الدولية.

¹ عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص 163

² هذا الشرط له اهميته في عقود الامتياز طويلة المدى وأنه إذا لم يكن هذا الشرط صحيحا ، 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 الى التعويض الملائم . لفكرة الثبات التشريعي وجه آخر ذلك أن العقد قد يتضمن بداءة شرطا 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 وإستغلاله ، حيث ورد أنه لا يمكن أن يطبق على الشركة دون موافقتها سلفا أي تعديل لاحق على النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق .

³ عبد المجيد، منير مرجع سابق، ص 164.

ثانياً: نظرية التركيز الموضوعية: وتقوم هذه النظرية على غياب إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، لأن دور الإرادة هنا هو تركيز العقد في مكان محدد، أي تحديد موقعه وفق لعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً والمحيطه بظروف التعاقد وموضوعه، من أجل حماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية في هذا المكان، ولا شك أن إنكار دور الإرادة، وفق هذه النظرية، في اختيار القانون يؤدي إلى ولذلك استبعاد فكرة الشمول المبنية على سلطة الإرادة، وفكرة التركيز تحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون.

وهذا هو الأسلوب الأمثل لوحدة القانون المطبق على العلاقة، وبالتالي تجنب تجزئة العلاقة بين عدة قوانين، والتجزئة التي يمكن أن تؤدي إلى نتائج غير مترابطة.¹

وبمجرد تركيز العقد في مكان محدد، يكون الطرفان قد اتفقا مسبقاً على تقديم أي تغييرات تشريعية مصاحبة إلى النظام التشريعي.²

ويتميز التركيز بطابع إقليمي بفضل توفر العناصر المادية التي تسمح بنسب العلاقة إلى مكان معين. وفي حالة تعدد أماكن التنفيذ يجب البحث عن المكان الرئيسي للتنفيذ وقانون ذلك

¹ الفقيه باتيفول.

² عبد المجيد، منير مرجع سابق، ص 165.

المكان يتم الاحتجاج به دون أماكن التنفيذ الثانوية. ويعتبر هذا الموقع الأساسي مركز الثقل في العلاقة.¹

كما يمكن أن تكون اللغة أو المحكم حلقة وصل ومحورا للعلاقة القانونية ومركز ثقلها.² وفيما يتعلق بهذه النظرية يجب على القاضي مراقبة اختيار الخصم وتصحيح هذا الاختيار إذا لم يعبر عن مركز الثقل في العلاقة وإعادة العلاقة إلى مكانها الصحيح.

ويتم التركيز بشكل عام على الحالات التي لا يتوقع فيها الأطراف حدوث مشكلة، أو في الحالات التي يكون فيها الأطراف على علم بالمشكلة ولكنهم لم يتوصلوا إلى اتفاق بشأنها.³

¹ عبد المجيد، منير حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية المحاماة. 1991م. العدد 827 ص 42 وما بعدها.

² عبد المجيد ، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية مرجع سابق ص 166

³ حيث تمثل براءات الاختراع والعلامات التجارية محلا 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

وهكذا قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية، حيث أن المحكمة غير ملزمة باتفاق الخصوم، وخلصت إلى بحث التنفيذ المنفصل للعقد لاستخراج القانون الواجب التطبيق.¹

ويتضح من هذه النظرية أن عدم وجود علاقة بين القانون المطبق والعلاقة يعتبر في بعض الأحيان شكلاً من أشكال الغش في القانون. وقد يؤخذ على نظرية التركيز على أنها تمنح القاضي القدرة على تصحيح التعريف الصريح للقانون المعمول به، على أساس أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق قد لا يكون له أي صلة بينه وبين العقد، وبالتالي يؤدي إلى انتهاك توقعات الأطراف.²

ثالثاً: نظرية ازدواج نظام العقد: إن مجرد الاختيار الإداري والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود لا يعتبر عملية تركيز، ولا يحدث التركيز إلا في حالة عدم وجود اختيار

¹ مثال ذلك الحكم الصادر من قبل هيئة التحكيم لدى المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة بتاريخ 7 يوليو 1985 في النزاع بين شركة فلوخ سرفيس النمساوية ووزير الزراعة المصري حيث جاء فيه "تركيز العلاقة موضوع النزاع في الإقليم المصري إستناداً إلى أن العقد بين الطرفين أبرم في مصر ، وأن مصر هي قانون مكان التنفيذ وهي في 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.

² عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص 170.

صريح للقانون الواجب التطبيق، بحيث تستبعد فكرة الاختيار الضمني أو المفترض، على أساس أن مثل هذا الاختيار يتميز بطبيعة خيالية لأن الإرادة أما أن توجد أو لا توجد.¹ وإن اختيار القانون، حسب هذه النظرية، هو قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص والموضوعي الخاصة بالعلاقات الدولية، ولا يوجد أي قيد على هذا الاختيار، أي أنه ليست هناك حاجة إلى وجود صلة أو ارتباط بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية بحيث تتوافق مع العلاقات التجارية الدولية.²

فقضت لجنة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بأن الخصوم باتفاقهم المتبادل لهم سلطة تحديد القانون الموضوعي الذي يطبقه المحكم. وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، يطبق المحكم القانون المنصوص عليه في قاعدة النزاع.³

وقد نصت اتفاقية جنيف في 21 ابريل 1961م الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي على أنه على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع،⁴ وفي حالة عدم إشارة

¹ عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص 171.

² المرجع السابق، ص 172.

³ المرجع السابق، ص 173.

⁴ القضية رقم 3472 لسنة 1982م.

الخصوم إلى القانون المشار إليه، يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع الملائمة.¹ ويرى مؤيدو العقود المزدوجة أنه إذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للمعارضين باستبعاد نصوص القانون الحتمية المنطبقة على العقد في حالة الاختيار الصريح، فإنهم يرون استبعاد نظرية الغش على القانون، والتي ويفترض وجود قانون يطبق بموضوعية، وأن هذا العلاج يجب أن يتم البحث عنه في إطار النظام العام.²

رابعاً: نظرية الأداء المميز : تجد هذه النظرية أساسها في القضاء السويسري الذي أضاف إلى فكرة الارتباط الوثيق نوعاً من المرونة، من خلال البحث عن المضمون المميز في العلاقة القانونية، وهذا الأداء المميز يعتبر ركيزة للإسناد، ومن ثم يخضع العقد لقانون المكان الذي يتم فيه الأداء المميز، دون الحاجة إلى دراسة إرادة الخصوم أو البحث عن عنصر خارج عن العلاقة. وبذلك تبقى توقعات المعارضين مضمونة، بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق وتجنب تجزئة العلاقات بين عدة قوانين مختلفة. ومن تطبيقات هذه النظرية³

¹ المقصود من نص المعاهدة المشار إليها هو إختيار القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقة ، وهو يتطلب

الإختيار الصريح، ومن ثم فإنه يستبعد الإختيار الضمني أو المفترض

² المادة السادسة من اتفاقية جنيف

³ لا يمكن الإحتجاج بالنظام العام عادة إلا على التطبيق الفعلي للقانون الأجنبي المختار أو المحدد ، وليس مجرد

إختيار القانون

تلك المتعلقة بالحساب الجاري، فيطبق قانون البنك الذي تم فتح الحساب الجاري فيه، حيث يعتبر أداء البنك في عملية الحساب الجاري أداء متميزاً، وترتبط البنوك بالبيئة الاقتصادية التي تمارس فيها أنشطتها، وفي وهي قوانين الشرطة والأمن ذات التطبيق الفوري التي تسود، بحيث يتم التحكم في العديد من جوانب الحساب الجاري بغض النظر عن محل إقامة العميل أو جنسيته.¹

وتخضع العمليات المصرفية،² وخاصة الاعتماد المستندي، لقانون المكان الذي يوجد فيه البنك أو الوكالة التي تقوم بالعملية،³ والذي يعتبر في الوقت نفسه العنصر الأساسي والمميز

¹ 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.

² راجع عكاشة، محمد عبد العال: قانون العمليات المصرفية الدولية دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية دون ط. الأسكندرية. دار الجامعة الجديدة للنشر سنة 1993م. ص 279 وما بعدها.

³ 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

للمعملية، والذي يحكم العقد برمته،¹ وقد أيدت فكرة إسناد الاعتماد المستندي إلى قانون مكان التنفيذ الذي يحكم العقد، محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 27 فبراير. ² ويعد الأداء المميز الذي يؤدي إلى تحديد قانون الفضاء هو الأكثر ارتباطا بالعلاقة في تطبيق فكرة الكفاءة التي تهيمن على مسائل القانون الدولي الخاص.³

حيث استبعدت محكمة النقض المصرية فكرة الكفالة في حكمها كأساس للاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء حيث قالت انه التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشتري.⁴ أما فيما يتعلق بالقانون المدني المصري فيمكن إيجاد سند لهذه النظرية في القانون المصري في نص المادة 24 من القانون المدني التي تبيح للقضاء الرجوع للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص لحل مشاكل التنازع في المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح، أن يجد مخرجا من جمود ضوابط الإسناد الاحتياطية المقررة في المادة 19 مدني.⁵

¹ عوض علي جمال الدين : الإعتمادات المستندية دون ط. القاهرة دون دار نشر. 1981. ص 37.

² عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص 176

³ نقض مدني في 27 فبراير 1984م، مجموعة المكتب الفني الدائرة المدنية، ص 551 وما بعدها رقم 105

⁴ عكاشة عبد العال: مرجع سابق، ص 141.

⁵ نقض مدني 15 ابريل سنة 1954 مجموعة أحكام النقض. س 5. ص 767.

المطلب الثاني: قانون الإدارة

إن أهم المسائل المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون الإرادة، وهو القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما التعاقدية ويكون مصدرا للقواعد التي تحكمها، ولو كان قانون آخر هو القانون المطبق عندما لا يختار الطرفان هذا القانون، وعلى هذا الأساس يجوز للطرفين أن يتفقا على إخضاع علاقتهما التعاقدية لقانون آخر غير قانون البلد الذي أبرم فيه العقد، قانون البلد تنفيذه، أو قانون موطنهم المشترك، أو أي قانون آخر واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص.¹

ومن أهم القواعد المتعارف عليها في السوابق القضائية والفقه أن التحكيم يخضع لقانون الإرادة، وهو حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم هذا المبدأ مثل اتفاقية نيويورك لعام 1958م، واتفاقية جنيف لعام 1961م.

وقد وردت الإشارة في المادة (21) من إتفاقية عمان العربية للتحكيم إلى قانون الإرادة صراحة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أن تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين ، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن

¹ انظر قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

وجد " ففي هذا النص منحت الإتفاقية أطراف العقد الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ولم تدع مجالاً للشك في طبيعة الإرادة في إختيار القانون فقد أشارت بأن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ، وحرية الأطراف وفقاً للإتفاقية تمتد لإختيار أي قانون ولو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانوناً وطنياً معيناً.¹

ومما تجدر الإشارة إليه أن إتفاقية عمان صرحت في الفقرة الثانية من المادة 21 بتحرير العقد من الارتباط بأي قانون حيث انفردت هذه الإتفاقية بهذا التصريح دون غيرها من الإتفاقيات آخذة بما سار عليه الإتجاه الحديث في التحكيم الدولي.²

إلا أن مبدأ قانون الإرادة مقيد بالنظام العام في الدولة التي سينفذ القرار التحكيمي على إقليمها وقوانين البوليس التي تفرض في مجال العقد التزامات قانونية تتأى عن مبدأ قانون الإرادة.

وبما أن هذا المبدأ يمثل قاعدة نزاع وليس قاعدة من قواعد القانون الدولي الموضوعي، كما ذهب مؤيدو العقود المزدوجة، فإن إختيار القانون يتم على أساس قاعدة الإسناد المذكورة بوصفه قانوناً بالمعنى الدقيق، وذهب أنصار مذهب الشخصية القائم على مبدأ سلطة الإرادة

¹ منصور، مصطفى منصور : مذكرات في القانون الدولي الخاص. دون طبعة، جامعة كركوك. كلية الحقوق.

1986، ص 21 158 وما بعدها.

² السمدان ، احمد : القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي كلية الحقوق جامعة الكويت ص 185

أو على فكرة التضمين، لأن قاعدة الإسناد المذكورة أساسها إخضاع العقد للقانون وليس دمج القانون في العقد.¹

ولهذا كانت القاعدة أنه لا يمكن تعديل أو استبعاد الاختيار الذي تم عند إبرام العقد. إلا أن الفقه الحديث لا يرى مانعاً من اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون، حتى لو تضمن هذا الاتفاق تعديل اتفاقية سابقة بشرط احترام حقوق الأطراف الثالثة التي تظل خاضعة للقانون الذي يحكم العقد منذ البداية.²

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة نقاط تتناول النقطة الأولى: المسائل المتعلقة بقانون الإرادة، وتتناول النقطة الثانية: اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح وتتناول النقطة الثالثة: فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص.

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بقانون الإرادة:

كثيراً ما ينظر المشرع في إطار قانون الإرادة، بمعنى أنه يقتضي الربط أو الارتباط بين القانون المختار والعقد، مع مراعاة النظرية الموضوعية، لأن حق الأطراف في اختيار القانون قد يتجاوز أهداف المشرع في إطار حكم تنازع القوانين الوطنية مما أعطى الأطراف الحق

¹ رضوان أبو زيد ، الأساس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ،ص124

² عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص 180

في تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتنافس على حكم العلاقة التعاقدية، أي القوانين التي تخص هذه العلاقة بطريقة أو بأخرى.¹

والمحكم يمكن أن يستخلص أيضا إرادة الأطراف في إختيار قانون معين من قبلهم عن طريق تفسير عبارات العقد والقرائن الأخرى الدالة على هذا الإختيار وقد حسمت إتفاقية نيويورك في مادتها الخامسة فقرة 1/1 وإتفاقية عمان في مادتها الحادية والعشرين الخلاف الذي ساد قبلهما في الفقه حول هذه المسألة ، فقد كان هناك إتجاه يمثل رأيه الأقلية في الفقه يرى اعطاء الأفضلية لتطبيق قانون محل التحكيم دون إرادة الأفراد ، وذلك استنادا على الطبيعة المختلطة للتحكيم أي الطبيعة الإتفاقية القضائية ، فإعمال هذا الإعتبار المزدوج يقتضي القول بأن مكان التحكيم وليس قانون الإرادة هو الذي يتعين أن يسري على جميع مراحل التحكيم .

ولكن مع صدور اتفاقيتي نيويورك وعمان، أصبحت القاعدة المفضلة لحق الإرادة وحرية أطراف عقد التحكيم في إختيار القانون الذي يحكم العقد، قاعدة مستقرة ومن ثم لزم الأمر

¹ صادق هشام ، تنازع القوانين الدار الجامعية ، بيروت، 1980 ، ص 306-307.

للإشارة بشكل أساسي إلى القانون الذي يختاره الأطراف، صراحة أو ضمناً، في جميع المسائل المتعلقة بالموافقة المتبادلة وصلاحيته¹

ومن الأمثلة على ذلك أن القانون المختار هو قانون الدولة التي سيتم تنفيذ حكم التحكيم في أراضيها. ويكفي هنا توفير الربط الفني بين العقد والقانون الذي يحكمه، لأن هذا الارتباط تم في مجال التجارة الدولية. وفي غياب الإرادة الصريحة تتجه هيئات التحكيم إلى فكرة الإرادة الضمنية التي تستنبطها من ظروف النزاع وحقيقة الموقف بشكل معين أو قاطع مثل قانون مكان التوصل إلى اتفاق أو قانون مكان التنفيذ، والذي يتحدد بشكل عام من خلال مكان تسليم البضائع ونقل الملكية إلى المشتري، ومن هذه الأدلة التي قد تكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف هي اللغة المستخدمة في العقد سواء في التحكيم أو في المكان الذي تم الاتفاق فيه على إجراء التحكيم، واستخدام المصطلحات المقررة في قانون معين يدل على اتجاه الإرادة الضمنية للمتعاقدین نحو تطبيق ذلك القانون على العقد في مجموعه.²

وفيما يتعلق بمدى التزام المحكم بالتطبيق التلقائي للقانون الذي يحكم النزاع، فإن بعض أحكام التحكيم غالباً ما يكون لها تأثير وضع عبء الإثبات على القانون الوطني المنطبق على

¹ المرجع السابق، ص 306.

² السمدان ، احمد : القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي كلية الحقوق جامعة الكويت ص188

النزاع، أي على الخصم الذي يتمسك بينما يتجه اتجاه آخر نحو التطبيق التلقائي لهذا القانون على اعتبار أن معرفة المحكم بالقانون هي التي تملي تطبيقه من تلقاء نفسه.

ولعل الاتجاه الأول لهذه الأحكام له ما يبرره، من حيث أن هذه الأحكام تتمسك بنظرية الشمول التي ترى أن القانون تحكمه الشروط التعاقدية، ولذلك فمن الطبيعي أن يتم التعامل مع القانون في تعاملها مع الوقائع من حيث الإثبات بحيث يجب إقامة الدليل عليها.¹

أما الغش بالقانون فلا يجدي إلا إذا لجأ الأطراف إلى خلق عنصر أجنبي بقصد التحايل على الأحكام الإلزامية لقانون مكان التحكيم، على أن يقتضي هذا القانون احترام القوانين الإلزامية في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم .

إلا أن هذه القواعد التي قصد الأطراف التهرب منها، غالبا ما تكون مرتبطة بالنظام العام، بحيث لا يكون هناك مجال لأعمال الدفاع الاحتياطية ضد القانون، لأن هذا الدفاع احترازي ولا يجوز الاحتجاج به إلا إذا انعدمت وسائل العلاج الأخرى.²

¹ عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص 182.

² عبد المجيد، منير، مرجع سابق، ص 189.

وفيما يخص قانون الإرادة وعقود الدولة فقد قضت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر بتاريخ 12 يوليو 1929م بأنه لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة تترضي أن تسند التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص و أضاف الحكم أن الدولة تستطيع اختيار قانون آخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الاختيار، ومؤدى هذا ، انه إذا لم يكن هناك اختيار لقانون معين في عقود الدولة كان قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق، ومع ذلك، يجب أن لا يغيب عن البال أن قضاء التحكيم لا يعتبر جزءا من قضاء الدولة المتعاقدة، لأن المحكم لا يصدر قضاءه باسم هذه الدولة، أو باسم أية دولة أخرى.¹

ومع ذلك، لكي تخضع عقود الدولة لقوانين الدولة الطرف في النزاع، يجب أن يكون العقد قد أبرم بقصد القيام بإحدى وظائف الدولة، لأن ذلك غير مقبول لدى الدولة أن تخضع وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة أخرى ، ما لم توافق على ذلك صراحة.²

¹ كمال، فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، ط2 . القاهرة دون سنة نشر. ص589.

² عبد المجيد، منير، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 190

وفي هذه الحالة لا شيء يمنع الدولة من الاستفادة من الحصانة التشريعية التي تضعها في مرتبة أعلى من باقي أطراف العقد.¹

وتطبق هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى قانون الدولة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي لأي طرف متعاقد ما لم يتم الاتفاق صراحة على قواعد القانون المعمول بها.²

¹ قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في القضية رقم (1516) لسنة 1968 بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم وجود قانون آخر مختار، رغم قيام هذه الدول الأفريقية التي تم تطبيق قانونها بإلغاء عقد الإمتياز الدولي بإرادتها المنفردة قبل نهاية مدته ، وهذا الإمتياز كانت قد منحتة الى بلجيكي أبرم عقده في بروكسل لشراء المنتجات المعدنية في الإقليم الوطني . ومثال آخر فقد رأت محكمة العدل الدولية في 22 يوليو 1952 أن قيام إيران بإلغاء عقد الإمتياز الدولي بينها وبين شركة بريطانية ، لا يعدو أن يكون إلغاء لعقد إمتياز عادي لا يثير المسؤولية الدولية "الدكتورة سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة . 1984 . ص 30.

² فؤاد، رياض مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص. مجلة مصر المعاصرة. السنة 57. يناير، العدد 323. ص 185.

علاوة على ذلك، هناك افتراض لصالح تطبيق قانون البلدان النامية المتلقية للتكنولوجيا في

غياب خيار صريح للقانون الواجب التطبيق، وذلك لحماية مصالح هذه الدولة.¹

ويميل أحد الآراء إلى إسناد هذه العقود إلى قانون دولة ثالثة باعتبارها قانوناً محايداً، بهدف

تجنب التعديلات التشريعية التي تجريها الدولة المتعاقدة على قانونها.²

الفرع الثاني: اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح:

في حالة عدم وجود اتفاق صريح على القانون الواجب التطبيق ولا يمكن اكتشاف الإرادة

الضمنية، فإن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، إلى جانب غرفة التجارة الدولية

واتفاقية جنيف لعام 1960، التي تأخذ في الاعتبار الاختيار الصريح وتستبعد الاختيار

الضمني، أن تبني قاعدة العلاقة على القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، والذي تراه مناسباً.

3

¹ المادة 42/1 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار المبرمة في 18 مارس 1956.

² أحمد، عشوش القانون الذي يحكم الاتفاقيات الدولية محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة الزقازيق. 1984. ص 629.

³ انظر مصطفى عبد الرحمن، عبد الحكيم، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة دون ط. القاهرة. سنة

علاوة على ذلك، إذا تم الاتفاق على القانون الذي سيتم تطبيقه على الموضوع، يتم عادة تحديد قانون موضوعي، وإذا كان القانون المختار لا يحتوي على حل للمسائل المتعلقة بالنزاع، مثل الأهلية، والنظام العام، فإن القانون وللمحكم حرية اختيار قاعدة النزاع، وهنا يجب على المحكم أن يختار قاعدة نزاع تتكيف مع واقع الأنظمة القانونية الوطنية التي يجب أن تكون عناصرها الجوهرية مرتبطة بالنزاع.

حيث تطبق قواعد تنازع القوانين في البلد الذي يتم التحكيم في إقليمه، أي قواعد النزاع التي يتضمنها قانون مقر التحكيم،¹ وقد فضل قانون التحكيم المقري العديد من المعلقين السابقين مثل Niboyit على اعتبار أن التحكيم يتطلب أساساً قانونياً متيناً، كما تقتضيه القوانين المحلية، وهذا الاتجاه خاطئ. ولا يجوز تحديد مقر التحكيم، إذ من الممكن أن يعقد المحكمون جلسات استماع في أكثر من دولة، ويجوز أن يتم التحكيم أيضاً عن طريق المراسلة.²

ولئن كان هذا الاتجاه يمكن أن يؤخذ في الاعتبار في قضايا التحكيم الخاص، فإنه لا يؤخذ في الاعتبار في قضايا التحكيم التجاري الدولي في مراكز التحكيم،³ لأن اختيار هذا المكان يتم

¹ انظر عبد المجيد منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية . مرجع سابق، ص 197.

² المرجع السابق، ص 198.

³ عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص 30.

لاعتبارات مصلحة شخصية بحتة ولا يشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم على إقليمها أية أهمية، فلا يصدر حكم التحكيم باسم تلك الدولة، لأن المحكم لا يخضع لسيادتها.¹

حيث أن قرارات التحكيم لا يمكن دمجها مع القرارات القضائية، فإن المحكم لا يساهم بأي شكل من الأشكال في الوظيفة القضائية للدولة التي يتم التحكيم على أراضيها. ولا يتم تكليفه بخدمة عامة ويمارس مهمته في الإقليم فقط على أساس عقد خاص،² فإن تحديد موقع التحكيم على المستوى الإجرائي لا يعني تحديد موقعه من الناحية القانونية.³

وفي أغلب الأحيان تتجه هيئات التحكيم إلى مسائل تنازع القوانين في قانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ، لأنه وفقا لاتفاقية نيويورك⁴ لا يمكن الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا ثبت مخالفته للقانون والنظام العام في دولة التنفيذ.

¹ إذ يرى بعض الفقه أنه من المشاهد من الناحية العملية أنه إذا كان التحكيم موكولا إلى منظمة دائمة، فإن المحكم

يختار قاعدة التنازع في قانون الدولة الكائن بها مركز المنظمة شفيق محسن مرجع سابق، ص 189.

² شفيق محسن مرجع سابق ص 189

³ انظر عبد المجيد منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية . مرجع سابق، ص 199.

⁴ رضوان ابو زيد مرجع سابق، ص 162.

ويعتبر هذا الحل عملياً إذا تم تنفيذ حكم التحكيم في إقليم دولة واحدة، لكنه يطرح مشكلة الحل الواجب اتباعه عندما يتم التنفيذ في عدة دول وتقع أماكن التنفيذ في نفس قدم المساواة، بحيث لا يمكن تفضيل مكان على آخر. وينطبق هذا أيضاً على هذا الاتجاه، فإن عمل المحكم يسبق تحديد القانون الذي يحكم النزاع، وقد لا يكون مكان تنفيذ الحكم معروفاً مسبقاً، وقد يكون ذلك مستحيلاً في كثير من الأحيان.

واتجه راي إلى تطبيق قانون الدولة التي يحمل المحكم جنسيتها، لأنه أكثر إماما بقواعدها وهذا الاتجاه يمكن أن يؤدي إلى تطبيق قانون لا علاقة له بالنزاع، ويرى البعض أعمال قواعد الإسناد في قانون الجنسية أو الموطن المشترك لأطراف العلاقة، والعيب في هذا الاتجاه هو أنه يفترض وحدة جنسية الخصوم أو موطنهم المشترك، وهو ما يخالف الممارسة في المنازعات الدولية الخاصة.¹

الفرع الثالث: فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص:

من الأفضل، كما قالت السلطة القضائية التحكيمية، العودة إلى فكرة التطبيق العالمي للمبادئ المشتركة لقواعد النزاع التي تهم النزاع أو تكون على صلة به، أو ينتمي إليها طرف أو آخر من الأطراف، ومن خلالها نستخرج القانون الأنسب لحل النزاع مع استبعاد أي

¹ المادة 5/1 (ب)

قاعدة تتعارض مع نظام القانون الوطني الآخر، ومن باب أولى لأي نظام قانوني غير وطني، وفي رأي أن القضاء والفقه راعى المصلحة المرجوة من هذا التحكيم وهي تطبيق القانون الأنسب لحل النزاع بما يحقق رغبة الأطراف ويلبي توقعاتهم.

أما العلاقات التعاقدية التي تعقدها الدولة مع الأفراد فيمكن وضعها في إطار القانون الدولي العام، فإن اختيار الدول الأطراف والفرد للقانون الدولي يجعل العقد عملاً قانونياً بموجب القانون الدولي.¹

فيتناول القانون الدولي العام الدول ويحكم تصرفاتها باعتبارها سلطة سيادية. فهو يحكم فقط العلاقات المتساوية بين الدول ولا يتضمن أي نظام معين يحكم العقود التجارية الدولية، سواء فيما يتعلق بإبرامها أو تنفيذها، ومن ثم تقتضي ولايته بحكم العقود الدولية محل البحث، عدا عن أن قاعدة النزاع فيما يتعلق بالتزامات التعاقدية، لا تستطيع أن تلعب دورها بموجب القانون الدولي.²

ومن ناحية أخرى فإن القانون الدولي العام لا يتوافق مع واقع التجارة الدولية، ومن الضروري اللجوء إلى تشريعات القوانين الوطنية المختلفة في بعض الأمور المتعلقة بالعقود،

¹ المادة (5/1/7) من اتفاقية نيويورك.

² مصطفى عبد الحكيم: مرجع سابق، ص 85 رقم 67.

مثل التشريعات الاقتصادية التي تهدف إلى تجنب أوجه عدم المساواة أو الاختلال في مجال العقود، وكذلك الحكم في فوائد التأخير أو تحديد مسؤولية المنتج. هذه أسئلة مصدرها القوانين المحلية وحدها، تماماً كما لا يعتبر المنخرطون في عقود التحكيم الحكومية الدولة موضوعاً. وبموجب القانون الدولي، تُمنح الدولة بدلاً من ذلك صفة الأفراد، حتى لو كانوا ممثلين في شكل مشاريع عامة.¹

علاوة على ذلك، فإن مجرد إسناد العقد إلى المبادئ العامة للقانون لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يستنتج إسناده إلى القانون الدولي العام.²

باعتبار أن فكرة التطبيق العام للقانون المعني تتطلب مراعاة جميع الحقوق المطبقة في نفس النظام القانوني، سواء كانت مرتبطة بالقانون العام أو القوانين الإلزامية أو قواعد القانون

¹ فالواقع في فقه القانون الدولي العام أن المبادئ العامة للقانون تعتبر من المبادئ الأصلية للقانون الدولي العام (العام. (هامش) انظر عبد المجيد منير: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية مرجع سابق، ص 204203.

² رأت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 31 مايو 1931 بأن الموضوع في هذا الشأن يتعلق بعقود ترتبط بالقانون الخاص، وهي تشابه عقود الأفراد سواء بسواء. كما حكم في قضية Aramco في 23 أغسطس 1958 بأنه لا وجود لأي عقد إلا إذا كان مستنداً إلى قانون دولة ما ، ولما كان إتفاق سنة 1933 قد أبرم بين دولة وشركة أمريكية خاصة فإنه لا ينتمي إلى القانون الدولي العام، عبد المجيد منير. مرجع سابق . ص

الخاص، لأن القواعد المرجعية التقليدية قد ولم يتم وضعها لتحديد قواعد القانون الخاص فحسب، بل إنها تنطبق على القانون الأجنبي في جميع قواعده، مهما كانت طبيعتها، فهي غير محددة، أي أنها تحدد النظام القانوني برمته على نحو لا يقبل تجزئة أو انقساماً، بناء على التجريد المميز لقاعدة الإسناد. عندما تكون العلاقة مبنية على قانون محدد، فإنها لا تأخذ في الاعتبار مسبقاً تطبيق القانون الذي يحكمها.¹

باعتبار أن استبعاد القوانين المعمول بها فوراً وقواعد القانون العام المعمول بها في قاعدة النزاع يؤدي إلى تحريف التشريع الأجنبي أثناء تطبيقه، وماذا يمكن القول بأن استبعاد القانون العام الأجنبي من نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص يعيق حركة العديد من الهيئات والمؤسسات الحكومية التي تقوم بنشاط كبير في سياق التجارة الدولية.²

¹ انظر عبد المجيد منير تنازع القوانين مرجع سابق، ص204203.

² مصطفى، عبد الرحمن عبد الحكيم ، مرجع سابق، ص26

الباب الثاني:

السلطة التقديرية للمحكم والقرار التحكيمي

الفصل الأول

قانون إجراءات التحكيم والقرار التحكيمي وأثره

التمهيد:

عند اتباع التحكيم الخاص، بشكل عام، لا يُطلب من المحكم اتباع إجراءات معينة ما لم يتفق الطرفان على اتباع قواعد إجرائية محددة أو قانون إجرائي. فتنص بعض القوانين على وجوب اتباع المحكمين للقواعد الإجرائية الموجودة في قانون المرافعات ما لم ينص الطرفان صراحة على خلاف ذلك، ويكون المحكم ملتزماً بالقواعد الإجرائية المتعلقة بالمرافعات فقط بقدر ما تتعلق بقواعد النظام العام.¹

كما تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم للطرفين ومن ثم يتم اتخاذ إجراءات التنفيذ. وقد أطلق البعض على الجائزة اسم القرار، ولكن هذه التسمية لا تستند إلى فقه، بل تم اعتماد بعض التشريعات العربية التي تبنت هذه التسمية بدلا من حكم التحكيم.²

وتبعاً لذلك سيتم تقسيم هذا الفصل تبعاً لذلك إلى مبحثين يتناول المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حين يتناول المبحث الثاني: القرار التحكيمي وذلك على النحو التالي :

¹ سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص 260

² صرخوة، يعقوب يوسف: أحكام المحكمين وتنفيذها. دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. بغدا. 1986. ص 29

المبحث الأول: قانون إجراءات التحكيم

وفي هذا المجال لا بد من التمييز بين سؤالين انقسمت حولهما آراء الفقهاء فيما يتعلق بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فتبدأ هذه الإجراءات عندما يبدي أحد أطراف النزاع رغبته في حل النزاع بالتحكيم، أي منذ طلب التحكيم حتى صدور قرار التحكيم بصيغته النهائية، حيث يربط الإلخطار الأول التحكيم وإجراءاته بمكان التحكيم، أي القانون الإلخرائي لذلك المكان، بمعنى آخر، الدولة التي يقع في إقليمها مكان التحكيم هي التي تنطبق على سير الإجراءات.¹ أما الرأي الثاني فيذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته بإرادة الطرفين.

وفيما يتعلق بقواعد تنازع القوانين على مستوى العلاقات الدولية فلا بد من الإشارة إلى التعريف القانوني للتحكيم. وإذا اعتبر عملاً اتفاقياً، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يختاره الطرفان المتنازعان، وإذا اعتبر التحكيم عملاً قضائياً أو إجرائياً فمن الضروري أن يخضع التحكيم لقانون المكان الذي يتم فيه.²

¹ سامي، فوزي محمد : مرجع سابق، ص166

² المرجع السابق، ص 167

وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول المطلب الأول : السلطة التقديرية للمحكم في إختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة ، في حين يتناول المطلب الثاني: النظام العام وإختصاص المحكم.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للمحكم في إختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة

في حالة التحكيم الخاص، فإن إختيار قواعد القانون أو القواعد التي تخضع لها إجراءات التحكيم ينشأ بشكل خاص من إرادة الأطراف. أما بالنسبة للتحكيم المنظم فإن رغبة الأطراف في إيجاد حل للنزاع تكون وفقاً لقواعد التحكيم المطبقة في المؤسسة أو مركز التحكيم الذي سيفصل النزاع المعروض عليها. لذلك، في التحكيم الخاص، يختار الأطراف المتنازعون، عند الاتفاق على التحكيم، قانوناً إجرائياً محدداً، يتم بموجبه فحص النزاع والمرافعة ومتابعة إجراءات التحكيم الأخرى. فيمكن لأطراف النزاع إختيار قواعد مختلفة مأخوذة من بعض القواعد الدولية المعروفة في مجال التحكيم التجاري الدولي، مثل قسم منها مأخوذ من قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وقسم آخر من قواعد التحكيم للقانون التجاري الدولي الغرفة التجارية، وقسم آخر لقواعد مركز التحكيم.¹ وهذا

¹ انظر رضوان، أبو زيد: الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 37 - 38

يعطي الحرية للأطراف المتنازعة في اختيار القواعد الإجرائية التي يجب اتباعها في عملية التحكيم، ويمكن تحديد القانون الواجب التطبيق بشكل غير مباشر عندما تختار الأطراف المتنازعة قانون بلد ما. ومن المفترض أن هذه الأطراف قد قبلت ضمناً القواعد المتعلقة بتنازع القوانين لتلك الدولة، وبالتالي يصبح من الممكن معرفة القانون المطبق وفقاً لقواعد المرجعية أو الإسناد لقانون تلك الدولة،¹ وفي حالة عدم اتفاق الطرفان أو المحكمون صراحةً أو ضمناً على اختيار القواعد الداخلية، وفي هذه الحالة يكون المحكم (المحكمون) مفوضاً صراحةً أو ضمناً لاختيار قواعد الإجراءات. في حالة اللجوء إلى التحكيم المنظم، يتم التحكيم وفق ما تقرر الأنظمة التي تتبعها المؤسسة التحكيمية، وبعض هذه الأنظمة تعطي المحكمين الحق في وضع القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة لسير التحكيم.² وتجدر الإشارة إلى أن هذه السلطة لا يمكن أن توجد لدى قاضي المحاكم العادية، إذ أنه مطالب بتطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يمارس فيها سلطته.³ وسيتم تقسيم المطلب الأول إلى فرعين يتناول

¹ سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص 167

² في حالة عدم الاتفاق على قواعد أو قانون معين للإجراءات ففي هذه الحالة يتم تفويض المحكم أو المحكمين صراحةً أو ضمناً باختيار قواعد الإجراءات مثال ذلك ما جاء في إتفاق التحكيم بين المملكة العربية السعودية والشركة العربية الأمريكية للنفط (aramco) حيث نص إتفاق التحكيم الموقع بينهما في 23 شباط 1955 وفي المادة السادسة منه على أن " هيئة التحكيم تقرر قواعد الإجراءات التي تتبعها.

³ سامي، فوزي محمد: المرجع السابق، ص 168

الفرع الأول إجراء سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي ،
ويتناول الفرع الثاني الجوانب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم

الفرع الأول: إجراء سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي

على الرغم من أن التحكيم يتم بناء على إرادة الطرفين، إلا أن طبيعته هي العمل القضائي، وبالتالي فإن القرارات الصادرة نتيجة للتحكيم هي قرارات قضائية تهدف إلى تحقيق العدالة بين أطراف النزاع.¹

وبما أن التحكيم أو هيئة التحكيم هي هيئة قضائية ومقر القاضي هو إقليم الدولة التي يمارس فيها سلطته، فيجب على المحكم أن يطبق قانون المكان الذي يتم فيه التحكيم. وبالتالي، إذا اتفق طرفا النزاع على القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الإجراءات، فسيتم تطبيقها، وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية ولكنهما اتفقا على مكان التحكيم، فإن القانون الإجرائي لذلك المكان هو الذي سيتم تطبيقه على إجراءات التحكيم. وإذا لم يتفق

¹ المرجع السابق، ص169

الطرفان على مكان التحكيم، يتم تعيينه من قبل هيئة التحكيم، وبالتالي يطبق القانون الإجرائي لهذا المكان في الحدود التي تسمح به قواعد الإسناد لهذا البلد.¹

وبدراسة نصوص قانون التحكيم العراقي واللبناني المنظم لإجراءات التحكيم² يتبين أن كل من المشرع العراقي واللبناني قد تبني اتجاهات حديثة اعتمدت مبدأ قوة الإرادة.³

فكل من المشرع العراقي واللبناني لم يفرض سريان قانونه على التحكيم الواقع ، حيث نصت المادة 28 من القانون المدني العراقي على ان (قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى او تبأشر فيها الاجراءات)

فلقد أعطى المشرع للأطراف حرية وضع القواعد الإجرائية التي ستعمل بموجبها هيئة التحكيم، كما أن اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية، أي كما ذكرنا أعلاه يعني الانحراف

¹ نص القانون النموذجي اليونسترال وتحت عنوان تحديد قواعد الإجراءات في المادة (19) منه على أن 1- مع مراعاة أحكام هذا القانون ، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها عند السير في التحكيم ، 2- فإذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق ، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة احكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة ، وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها.

² قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

³ صادق، هشام: تنازع الاختصاص القضائي الدولي. مرجع سابق. ص 163

التام عن القواعد الواردة في القانون. فيما يتعلق بإجراءات التحكيم، وهو القانون الذي من المفترض تطبيقه، على اعتبار أن الأطراف أمام تحكيم يتم في العراق، سواء تحكيم داخلي أو دولي.¹ وفي القانون اللبناني ليس هناك قيد لجهة المكان الذي سيتخذ كمركز للتحكيم. فللمتحاكمين أن يختاروا المكان الذي يشاءونه بنفسها، كأن يكون فيه، وإن لم يفعلوا فإنه يعود للهيئة التحكيمية أن تعي مكتب أحد أعضائها.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو معرفة إلى أي مدى يتمتع الأطراف بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات حتى يتفقوا على مخالفة النصوص النافذة سواء بالاتفاق المباشر أو بالإحالة لتنظيم خاص بهيئة أو مركز تحكيم، أو المركز الذي يطبق النصوص الإجرائية²

ويتضح مما سبق أن كل من المشرع العراقي واللبناني أعطى للأطراف حرية اختيار القانون الذي سيتم تطبيقه على الدعوى لأنهم أقدر على معرفة ما يتوافق مع مصالحهم واحتياجاتهم فسمح لهم الخروج عن القواعد الآمرة إذا كانت تنظم الأمور المقصودة لمصلحة الأطراف،

¹ بريري، محمود مختار احمد: مرجع سابق. ص 95

² يلاحظ في هذا المقام اختلاف صياغة نص المادة (25) مصري عن نص المادة (19) من القانون النموذجي والتي تقيّد إرادة الأطراف وهيئة التحكيم بضرورة مراعاة نصوص القانون، أما النص المصري فلم يورد هذا القيد إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف ونصدي الهيئة لوضع الإجراءات

ولا يعوق هذه الحرية إلا ما يعوقها مخالفة النظام العام. أما قانون التحكيم الفلسطيني فقد نص في المادة (21) منه على أنه إذا لم يتفق أطراف التحكيم على مكان إجرائه فإنه يجري في المكان الذي تحدده هيئة التحكيم مع مراعاة ظروف النزاع وملاءمة المكان الأطراف ويجوز لهيئة التحكيم عقد جلسة أو أكثر في أي مكان تراه مناسباً،¹ فالقانون الفلسطيني لم يميز بين الحرية الممنوحة للأطراف والحرية الممنوحة لهيئة التحكيم حيث ساوى بينهما في التطبيق للنص.

أما فيما يتعلق بإجراءات سير النزاع أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي الدائمة، فإن التحكيم التجاري الدولي أمام هيئات ومراكز التحكيم الدائمة يتميز بأنه تحكيم منظم تسري فيه أحكامه التنظيمية على إجراءات النزاع أمام هيئة أو مركز التحكيم، ويتضمن اختيار أطراف النزاع أو اللجوء القسري إلى السلطة القضائية لهذه الهيئات ضرورة الالتزام بالقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قواعد التحكيم، بحيث لا يكون أمام الأطراف المتنازعة في مثل هذا التحكيم سوى إختيار مكان التحكيم.²

¹ قانون التحكيم الفلسطيني، رقم (3) لسنة 2000

² أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص105

ولقد اتسع مجال التحكيم التجاري الدولي بين هيئات ومراكز التحكيم الدائمة، حيث أصبح إلزاميا في العديد من العقود الدولية التي لها شكل موحد وتعتبر إلى حد ما محورا مركزيا للتجارة الدولية، مثل عقود المنشآت الصناعية والتوريدات الدولية وعقود التجميع التي تتضمن نصوصها ضرورة اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية والخضوع لإجراءاتها. كما أصبح التحكيم أمام هيئات ومراكز التحكيم الدائمة ووفقا للوائحها إلزاميا، تطبيقا لنصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعددة الأطراف، مثل التحكيم في المنازعات المرتبطة بالاتفاقيات الدولية لنقل البضائع بالسكك الحديدية الموقعة في برن (سويسرا) في 25 فبراير 1961 ودخلت حيز التنفيذ في 1 يناير 1965.

وبالإضافة إلى ما سبق فقد انتشرت مراكز أو هيئات التحكيم الدائمة في معظم أنحاء العالم ولها أنظمة خاصة بها يتم على أساسها التحكيم كلما لجأ إليها الخصوم في المنازعة، ويتميز اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم هي أن إجراءات تسير النزاع تتم في ضوء الأنظمة أو مركز التحكيم وطبقاً للمواعيد التي تحددها، فإن معظم لوائح هيئات التحكيم الدائمة تشير إلى قاعدة أساسية وهي تطبيق القواعد المستمدة من نصوصها على إجراءات سير النزاع. وفي

حالات سكوت أو قصور هذه اللائحة في بعض هذه الإجراءات، يجوز للمحكمين تكملة هذا النقص، أو ان يكون ذلك على ضوء قانون المرافعات في دولة هيئة أو محكمة التحكيم.¹

الفرع الثاني: الجوانب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم

فيما يتعلق بمسائل إجراءات التحكيم، فإن أول ما يطرح في هذا السياق هو مسألة هيئة التحكيم، والتي يمكن أن تتكون إما من محكمين يتم اختيارهم لنظر النزاع، أو من منظمة دائمة تدير التحكيم وفقا لقواعدها وفي كلتا الحالتين يجوز أن تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر حسب اتفاق الأطراف.

وفي حالة وجود محكم واحد، يتم حل النزاع بسرعة أكبر وتكون التكاليف أقل، بينما يشكل تعدد المحكمين ضمانة أكبر للعدالة والحياد في حل النزاع المثار. ونلاحظ أن أنظمة المنظمتين الإنجليزية والأمريكية تتجه نحو نظام المحكم الواحد إلا إذا كان النزاع كبيرا ويبرر التعدد.²

¹ الرفاعي، أشرف عبد العليم. النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات

العنصر الاجنبي . دراسة فقهية قضائية ، دون طبعة. لبنان. دار الفكر الجامعي 2003. ص 16-17-18

² وفقا لللائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم تشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين إذا تجاوزت قيمة النزاع 100000

دولار. ويقول الأستاذ Domke أن هذا الاستثناء يكاد يكون هو الأصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

والطريقة السائدة في التحكيم التجاري الدولي هي أن تتكون الهيئة من ثلاثة محكمين، على أن يقوم كل خصم بتعيين واحد. أما الثالث فيتم اختياره بطريقة مختلفة، وله أن يترك اختياره لاتفاق الخصمين، ويجوز أن يعهد بالاختيار إلى محكمين آخرين ويمكن أن تقوم به هيئة مستقلة مثل محكمة أو غرفة تجارية أو منظمة دائمة تتولى التحكيم.¹

ويجوز للمحكم الثالث أن يرأس هيئة التحكيم. وينص الاتفاق المبدئي على تشكيل هيئة التحكيم في الحدود التي ينص عليها القانون. وفي بعض الأحيان يكون هناك حكم احتياطي يحل محل الحكم الأصلي في حالة منع حضوره. ويجوز تعيين مساعدين قانونيين إلى جانبه. هيئة التحكيم لمساعدتها في إتباع الإجراءات القانونية الصحيحة.

وبالنظر إلى قانون التحكيم العراقي وقانون التحكيم اللبناني، يتبين أنه قد تم النص على كيفية تشكيل هيئة تحكيم. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على تشكيل الهيئة، يقوم المحكمون باختيار محكم إذا لم يعترض الطرفان، يجوز للمحكمة أيضاً أن تسعى لاختيار محكم ثالث تكون له رئاسة لجنة التحكيم.²

¹ شفيق، محسن: مرجع سابق، ص. 222.

² أنظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 94 المواد (15-18) وقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة

2000 المواد (8-12)

وبمجرد اختيار فريق التحكيم وتحديدته لنظر النزاع، تبقى أسئلة أخرى تتعلق بالقانون الذي سيحكم العلاقة، وليس من الضروري ذكرها لأن السؤال المهم هنا هو المكان الذي سيتم فيه التحكيم والقانون الذي ينبغي تطبيقه على النزاع، لأن اختيار مكان التحكيم في مجال التجارة الدولية له أهمية قصوى، لأنه يعتمد في كثير من الأحيان على تحديد القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم، وأيضاً في بعض الأحيان تحديد جنسية القرار، أي تحديد ما إذا كان قراراً محلياً أو أجنبياً، وهو سؤال يبدو مهماً بشكل خاص عند طلب تنفيذ القرار، بالإضافة إلى ذلك فإن التحكيم لا يكون مفيداً حقاً إلا إذا تم في ظروف مناسبة للخصوم، وفي مقدمتها إجراؤه في مكان مناسب.¹

وتنص بعض مراكز التحكيم الدولية بمراعاة عدد من الاعتبارات عند اختيار هذا المكان، منها أن يكون قريباً من الخصوم حتى لا يكلفهم السفر إلى هناك رسوماً باهظة، وأن يكون قريباً من الشهود إذا اقتضى الأمر سماعهم كي لا يثنيهم بعد المكان عن الإدلاء بالشهادة، وأن يكون موجوداً في المكان الذي توجد فيه البضاعة إذا كان نزاعاً وهو بيع دولي وذلك لتسهيل معاينة البضاعة وفحصها واختيار المكان الذي سيتم فيه تنفيذ قرار التحكيم لتسهيل الإجراءات.²

¹ شفيق، محسن: مرجع سابق، ص 240

² المرجع السابق، ص 241

الأمر الثاني وهو المحكم، حيث تشترك جميع التشريعات في حظر إختيار القاصر أو المحجور عليه أو المفلس ليكون محكماً ، حيث تنص المادة (255) من قانون التحكيم العراقي على : لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن مجلس القضاء ولا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره . كما ان القانون اللبناني نص على بعض الموانع التي تحول دون ايلاء الشخص مهمة التحكيم، فاعتبر انه «لا يجوز ان يكون المحكم قاصراً او محجوراً عليه او محروماً من حقوقه المدنية او مفلساً ما لم يرد له اعتباره». (المادة 2/768). كما تنص الفقرة الأولى من المادة (502) من قانون المرافعات المصري على انه لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً، أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً ما لم يرد إليه إعتباره .

فالمحكم في منزلة القاضي يجب أن تتوفر فيه الحيادة والنزاهة والاستقلال فإذا كان هناك حرج لدى المحكم في نظر النزاع يجوز له التنحي عن نظره. وفي القانون العراقي جاء بالمادة

261 من قانون التحكيم العراقي

1-يجوز رد المحكم لنفس الأسباب التي يرد بها المحاكم ولا يكون ذلك إلا لأسباب تظهر بعد

تعيين المحكم.

2- المعدلة - يقدم طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويكون قرارها في

هذا الشأن خاضعاً للتمييز طبقاً للقواعد المبينة في المادة (216) من هذا القانون.¹

والقانون المصري نص في الفقرة الأولى من المادة (503) من قانون المرافعات جواز

التتحي بعد قبول التحكيم بشرط أن يكون لسبب جدي ويرتب النص على التتحي لغير هذا

السبب إلزام المحكم بتعويض الضرر وتجزئ 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. وفي القانون اللبناني جاء بالمادة 769- يشترط

قبول المحكم للمهمة الموكولة اليه ويثبت هذا القبول بالكتابة. اذا قام في شخص المحكم سبب

للرد فعليه اعلام الخصوم به, وفي هذه الحالة لا يجوز له قبول المهمة الا بموافقة هؤلاء

الخصوم. بعد قبول المهمة لا يجوز للمحكم التتحي بغير سبب جدي والا جاز الحكم عليه

بالتعويض للمتضرر.²

¹ قانون التحكيم العراقي

² قانون التحكيم اللبناني من قانون اصول المحاكمات المدنية الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 90 تاريخ 16-9-

1983 مع تعديلاته

كما تم النص أيضا في المادة 18 من قانون التحكيم المصري على أنه " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده أو إستقلاله .¹

في حين نصت المادة (13) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه لا يجوز طلب رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده واستقلاله، ولا يجوز لأي من أطراف التحكيم رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب إكتشفها بعد أن تم تعيين هذا المحكم.²

ورفض المحكمين ليس ظاهرة غير مألوفة في الأعمال التجارية، ومن المبررات الشائعة للطعن في المجال التجاري وجود علاقات عمل سابقة بين المحكم وأحد الخصوم أو ينوي إقامة مثل هذه العلاقات في المستقبل القريب، ويتضح من تحليل نظام العدالة العالمي في هذا الصدد أنه لا يكفي مجرد تبرير التحدي. فإن وجود هذه العلاقات بين الحكم والخصم ليس مفاجئا ولا غير طبيعي، نظرا لأن الحكام هم في الغالب من التجار ورجال الأعمال الذين لديهم علاقات تجارية واسعة مع المؤسسات التجارية المختلفة. غير أن ما يبرر الرد هو

¹ قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

² قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000

العلاقة المؤكدة التي توحى في ضمير المحكمة بالشك في حياد المحكم. وهذا الأساس هو

القرار بقبول طلب رد محكم سبق أن أصدر فيه أحد الطرفين فتوى بشأن النزاع.¹

وفي معظم التشريعات يعود الاختصاص إلى القضاء في نظر طلب الرد، لأن ذلك يؤدي بهيئة التحكيم إلى تعليق نظر النزاع لحين الفصل في طلب الرد، مما قد يؤدي إلى عرقلة إجراءات التحكيم من قبل الطرف في سيئ النية والذي قد يسعون إلى المماطلة.

علاوة على ذلك، إذا تم النظر في الطلب من قبل هيئة التحكيم، فسيكون من الصعب إقناع الخصم الذي فقد الثقة في هيئة التحكيم أو أحد أعضائها بمواصلة الإجراءات حتى صدور القرار. وتتنظر المحكمة المختصة بنظر الدعوى في طلب الإلغاء وفقا لما ينص عليه القانون. وهناك حقائق أخرى تكون حلولها موضع خلاف بين التشريعات، إذ قد يتفق الأطراف على عزل المحكم، أو قد يموت أو قد ينسحب أو يصاب بالمرض، مما يؤدي إلى إنهاء اتفاق التحكيم، الخ. وقد تمت الإجراءات لأن اختيار المحكم يعتمد على اعتبارات شخصية. ومع ذلك، فإن هذا السؤال غير مناسب للمعاملات التجارية الدولية لأن اختيار المحكمين يتم في كثير من الأحيان من قوائم تضعها مؤسسات التحكيم والتي ليست معروفة للأطراف التحكيمية. علاوة على ذلك، لا ينبغي أن تترك مصالح التجارة الدولية لظروف

¹ استئناف باريس 30 ابريل 1969 مجلة التحكيم 1969 ص.36

تحكمها الظروف ، ولذلك فقد عالجت بعض لوائح المنظمات الدائمة هذه المسألة من خلال عدة حلول مثل على سبيل المثال الاكتفاء بالحكام المتبقين، ولكن تكمن الصعوبة إذا كان العدد المتبقي زوجياً وكان القانون المعمول به يقضي بأن يكون هذا الرقم فردياً، ويمكن اللجوء للمحكمة لتعيين محكم.

وينص قانون التحكيم اللبناني أنه يمكن ان تُستجد صعوبات لاحقة تتجم عن شخص المحكم ذاته ويكون من شأنها ان تلغي مفاعيل اختيار الخصوم للمحكم، وذلك في الحالات التالية: وفاة المحكم. قيام مانع يحول دون مباشرة المحكم لمهامه.¹ حرمان المحكم من استعمال حقوقه المدنية. ففي الحالات السابقة تنتهي الخصومة في التحكيم ما لم يكن هناك اتفاق خاص بين الخصوم على عكس ذلك (المادة 781 أ.م.م.) كما جاء قانون التحكيم الفلسطيني على أنه إذا انتهت مهمة المحكم بوفاته أو بـردده أو تنحيه أو لأي سبب آخر وجب تعيين خلف له بذات الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول.²

¹ نبيل اسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط ١ منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان،

٢٠٠٢ ، ص ٤٧٦ .

² المادة 15 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 .

في حين نص قانون التحكيم المصري على أنه إذا إنتهت مهمة المحكم بالحكم بـردّه أو عزله أو تنحيه أو بأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في إختيار المحكم الذي إنتهت مهمته.¹

أما فيما يتعلق بالبداية بإجراءات التحكيم ، فقد نصت المادة (27) من قانون التحكيم المصري،² 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.³

في حين أن قانون التحكيم الفلسطيني نص في المادة (20) منه على أن تباشر هيئة التحكيم عملها فور إحالة النزاع إليها بعد قبولها مهمة التحكيم بين الأطراف.⁴

¹ المادة (21) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

² قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

³ تنص المادة 25 /1 من القانون النموذجي على أنه " إذا تخلف المدعي عن تقديم بيان دعواه وفقاً للمادة 23/1 تنهي هيئة التحكيم إجراءات التحكيم والمادة 23/1 تستلزم تقديم بيان الدعوى خلال الموعد المتفق عليه أو الذي تحدده الهيئة.

⁴ قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000

وقد جاء نص المادة (27) من قانون التحكيم المصري محددا لما يثير لبسا أو جدلا حول بىان 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 الهيئة.¹

ولا شك أن إثبات قبول المحكمين يمكن أن يثير بعض الصعوبات من الناحية العملية، الأمر الذي دفع البعض إلى اقتراح تحديد تقرير يعتبر وثيقة حاسمة في تحديد بدء الإجراءات، على أن يتضمن هذا التقرير التوقيع من ممثلي الأطراف وتوقيع المحكم الذي يؤكد قبول مهمة التحكيم وتاريخه يعتبر بداية لسريان المهلة الزمنية التي يجب أن يتم خلالها إنجاز مهمة المحكمين.

ويجب على الطرف طالب التحكيم تقديم بيان مكتوب ومفصل يتضمن كافة الأمور المتعلقة ببياناته الشخصية وكل ما يتعلق بالدعوى إلى هيئة التحكيم والمدعى عليه، وذلك خلال المهلة التي يحددها الطرفان أو هيئة التحكيم. يجب على المدعى عليه أن يقدم مذكرة مكتوبة تتضمن

¹ بريري، محمود مختار احمد: مرجع سابق. ص 109

جوانب دفاعه وطلباته، وله الحق في تقديم باقي طلباته التي لم يقدمها لاحقاً، إذا وجدت ظروف تبرر التأخير ويتم تقديرها من قبل هيئة التحكيم.¹

وهنا يجب إعداد المذكرة من قبل المدعى عليه والنظر فيها من قبل الهيئة خلال المدة المحددة، دون تأخير أو تقاعس، وذلك للحصول على أهم فوائد التحكيم وهي سرعة حل النزاع.

عند ترتيب سير عملية التحكيم، ستخضع هيئة التحكيم فقط للقواعد التي اتفق عليها الطرفان. وفي حالة فشل مثل هذا الاتفاق، ستختار اللجنة القواعد والإجراءات المناسبة بناءً على طبيعة النزاع. يعني عدم التزام الهيئة بأحكام قانون الإجراءات إلا إذا أشار قانون التحكيم إلى هذه الأحكام أو كان اتفاق الأطراف يتضمن موافقة متبادلة على تطبيق نصوص المرافعات على سير عملية التحكيم وإدارتها.²

ويجوز للأطراف تفويض هيئة التحكيم للفصل في النزاع على أساس المستندات والمستندات المقدمة دون الحاجة إلى جلسات المرافعة الشفهية. وينبغي أيضاً الحرص على اتباع إجراءات الإخطار بشكل صحيح، مما يسمح لكلا الطرفين بالحضور في الوقت المحدد. كما

¹ بريري، محمود مختار احمد: مرجع سابق. 2004 ص 113

² انظر المادة (25) من قانون التحكيم المصري.

يجب احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم من خلال إرسال نسخ من الوثائق والمستندات لكلا الطرفين.

يجب تسجيل كل ما يحدث خلال الجلسات وإعطاء نسخة منه لكل طرف. أما طبيعة الجلسات العلنية أو السرية فهذا أمر متروك لاتفاق الأطراف. فهو مرتبط باتفاق الطرفين.¹ فإما أن يخضع التحكيم لقانون محدد يتعلق بقواعد الإثبات، أو تختار الوكالة قانوناً محدداً لتطبيق قواعد الإثبات.

ولم تعالج نصوص القانون العراقي والبناني على حالة طلب الطرف إجبار خصمه على تقديم دليل أو مستند في حوزته، على عكس القانون الفرنسي الذي يخول للسلطة أن تأمر أحد الطرفين بتقديم الدليل الذي في حوزته إذا كان الطرف الآخر يطلب ذلك.²

ولن تكون هناك صعوبة إذا تناول الطرفان في اتفاقهما تنظيم المسألة واتفقا مثلاً على إمكانية اللجوء إلى القضاء لاستخدام صلاحياته وفقاً لقانون الإثبات وتسوية آثار الرفض للخصوم

¹ تنص المادة 21/3 من القانون المصري على أنه يبقى حضور الجلسات محظوراً على كل من ليس له علاقة

بالإجراءات إلا بموافقة محكمة التحكيم والأطراف.

² المادة 1460/3 من قانون المرافعات الفرنسي

تقديم الأدلة طبقاً لأحكام المادة 20 وما بعدها من قانون الإثبات المصري. كما يجوز الاتفاق على اعتبار الامتناع اعترافاً بصحة ما يدعيه الآخر.¹

علاوة على ذلك، فإن إحدى المشكلات المتعلقة بالهيئة هي أن هيئة التحكيم قد تتغير بعزل أحد المحكمين أو وفاته أو استبداله، وبالتالي تتأثر إجراءات التحكيم تلقائياً بسبب هذا التغيير، رغم أن القانون المصري لا يتناول هذا الأمر. ويضاف السؤال أيضاً إلى القانون الفلسطيني والقانون النموذجي، ولذلك يترك السؤال هنا لاتفاق الأطراف أو تفويضه من قبل هيئة التحكيم، في حين يتم تطبيق قواعد الأونسيترال من قبل مركز القاهرة الإقليمي

المطلب الثاني: النظام العام وإختصاص المحكم

يعرف النظام العام بأنه القواعد الأساسية والمبادئ العامة للقانون الدولي ومبادئ القانون التجاري.

¹ بريري محمود مختار احمد: المرجع السابق، ص. 115.

وإذا كان المشرع الوطني قد أجاز تطبيق أحكام القوانين الأجنبية على أراضيها في حالات معينة، فهذا لا يعني أنه أعطى مشرعي دول العالم إمكانية تطبيق أحكام قوانينها على إقليمه .

1

تعتبر السياسة العامة من أهم الدفوع التي يمكن أن يستخدمها القاضي المحلي لاستبعاد تطبيق قانون أجنبي معين إذا كان تطبيقه يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجتمع بلد القاضي، سواء كانت هذه المبادئ اقتصادية، أو اجتماعية أو سياسية.²

ويترتب على عدم احترام قواعد النظام العام عدم احترام ضمان حقوق الدفاع، فالأنظمة القانونية للدول تشتمل على قواعد خاصة تسمى قواعد النظام العام تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بالتالي فإن قواعد النظام العام تشكل حاجزا وعائقا في تنفيذ أي قرار قضائي أو تحكيمي. وخلافاً لهذه القواعد، يجب ألا يكون قرار التحكيم، قبل كل شيء، مخالفاً للسياسة العامة للدولة التي سيتم تنفيذ حكم التحكيم فيها، وهذا يدعو المحكم إلى أن يراعي عند إصدار قراره مبدأ احترام النظام العام الداخلي مع قواعد النظام العام السائدة في العلاقات التجارية

¹ شفيق، محسن: مرجع سابق، ص. 241.

² الفضيلي، احمد: التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص. ط1، لبنان. دار المناهج. 1999 ص 25

الدولية، لأن القواعد الأولى تجد أساسها في النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة وقد لا يتفق مع بيانات التجارة الدولية.¹

خلال ما سبق، هناك قواعد للنظام العام الداخلي لكل دولة، وهناك قواعد للنظام العام الدولي. ولذلك يمكننا أن نقول إن أحد هذين النوعين من قواعد النظام العام هو الذي يجب على المحكم احترامها عند النظر في النزاع وإصدار الحكم.

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي: الفرع الأول يتناول: أساس مبدأ إختصاص المحكم والفرع الثاني يتناول النظام العام والإجراءات المتعلقة بالمبادئ الأساسية للدعوى.

الفرع الأول: كفالة حقوق الدفاع

إن احترام وضمان حق الدفاع لطرفي النزاع هو من أهم الأسس التي تقوم عليها إجراءات التحكيم، لأن حق الدفاع يعني إعطاء الإمكانية والحرية الكاملة لكلا الطرفين ليتمكنوا من تقديم أدلتهم، الإفادات والشهود والأدلة المتاحة لهم، بالإضافة إلى منحهم الفرصة والوقت الكافي

¹ دواس، أمين: تنازع القوانين في فلسطين: مرجع سابق، ص229

لإحضار الشهود وتبادل القوائم واستدعاء الخبراء وغيرها من الأمور اللازمة لبناء الأدلة في القضية على أسس واضحة، كما لو كان النزاع معروضا على القضاء، خاصة فيما يتعلق بمسائل التبليغ، ليتمكن كل طرف في النزاع من معرفة ومعرفة ما لدى الطرف الآخر من أدلة وأدلة حتى يتمكن من الرد في الوقت المناسب.¹

ولذلك فإن مخالفة المحكمين لهذا المبدأ يعرض قرار التحكيم للبطلان إذا ثبت صحته، حيث أن الاتفاقيات الدولية للتحكيم تشير إلى هذا المبدأ.²

وقد ورد المبدأ المذكور أيضاً في بعض النصوص الدولية المتعلقة بالتحكيم. ويرد ذلك في القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في مادتها الخامسة عشرة، مع مراعاة أحكام هذه القواعد تكون لهيئة التحكيم الحق في اللجوء إلى التحكيم بأية طريقة

¹ سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص177

² قد نصت اتفاقية جنيف لعام 1927م في الفقرة (ب) من المادة الثانية على رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا تبين للقاضي أن الطرف الذي صدر الحكم ضده لم يبلغ خلال وقت ملائم بإجراءات التحكيم لكي يتمكن من تقديم دفاعه. أيضا نصت كل من إتفاقية نيويورك لعام 1958م (1) والاتفاقية الأوروبية لعام 1961م (2) على جواز عدم الاعتراف وعدم تنصيف حكم التحكيم في حالة عدم احترام حق الدفاع للطرف الذي صدر الحكم ضده، سامي،

فوزي محمد: مرجع سابق، ص178

تراها مناسبة، على أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تمنح كل منهما، في جميع مراحل الدعوى، الفرصة الكاملة لعرض دعواه.¹

كذلك نصت المادة (18) من القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته اللجنة المذكورة، على وجوب معاملة الطرفين على قدم المساواة وان تهيئ لكل منهما الفرصة كاملة لعرض قضيته.

إلا أن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 لم تشر إلى هذا المبدأ صراحة أو ضمناً بل سكنت عن الإشارة إليه ونظمت عند النظر في أسباب بطلان قرار التحكيم المادة (24) من الاتفاقية المذكورة أعلاه، فلا مجال لمبدأ احترام حق الدفاع. المساواة بين الأطراف في إجراءات التحكيم، لأن هذا المبدأ متعارف عليه وثابت في مجال التحكيم الدولي، وعدم النص عليه لا يعني إنكاره.

وبينما ينص قانون التحكيم العراقي على معاملة طرفي التحكيم على قدم المساواة وأن لكل منهما فرصة متساوية وكاملة لتقديم طلبه،² فإن النص هنا ينص بشكل واضح لا لبس فيه على احترام حقوق الدفاع لكلا الطرفين.

¹ سامي، فوزي، مرجع سابق، ص 177

² قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

إلا أنه لا يوجد نص مماثل في قانون التحكيم الفلسطيني ينص على ضرورة احترام حقوق الدفاع لكلا الطرفين أو الحكم بناء على ذلك ببطان قرار التحكيم. ولذلك فإن روح القانون مستوحاة من ضرورة المساواة بين الطرفين. على الطرفين تقديم دفوعهما وأدلتهم وتسوياتهما خلال المدة المحددة، وضرورة إلباغ الطرفين بالمستندات المقدمة من الطرف الآخر.

ويرى الباحث أن هذه ثغرة في القانون الفلسطيني ينبغي على المشرع أن يتجنبها، باعتبار أن مبدأ ضمان حقوق الدفاع من أهم المبادئ المستقرة المتبعة في مجال التحكيم التجاري الدولي. ومما سبق فإن احترام حق الدفاع لكلا الطرفين في النزاع والمعاملة المتساوية بينهما هو مبدأ ثابت على المستوى الدولي، وعدم الالتزام بهذا المبدأ يترتب عليه إمكانية تمديد حكم التحكيم. ولهذا السبب يجب على الحكام قبول ذلك. مبدأ يؤخذ بعين الاعتبار أثناء إجراءات التحكيم، لأنه يضمن للطرفين تقديم الأدلة والمستندات وتفسير وجهة نظرهم في الدعاوى المتعارضة، بالإضافة إلى ضمان قيام المحكم بعمله بأمانة ونزاهة وعدالة.

ولا يحترم المحكمون هذا المبدأ فحسب، بل يجب أن يحترمه أطراف التحكيم أيضاً. ولا يجوز لأي طرف أن يقوم بأي عمل من شأنه المساس بمبدأ المساواة بين الطرفين وبالتالي التأثير على نتيجة التحكيم.¹

بالإضافة الى أنه يجب على المحكم أن يأخذ بالاعتبار عند إصدار حكم التحكيم قواعد النظام العام للدولة التي سينفذ فيها هذا الحكم، حيث أن مخالفة هذه القواعد ستؤدي بالضرورة إلى عدم الاعتراف بالحكم وبالتالي عدم تنفيذه. فقد نصت اتفاقية جنيف لعام 1927 على أنه إذا أريد الحصول على الاعتراف وتنفيذ الحكم، وفقاً للمادة الأولى من الاتفاقية المذكورة فمن الضروري أن لا يكون حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام أو لمبادئ القانون العام، للبلد المراد تنفيذه الحكم فيها. وقد أعطت اتفاقية نيويورك لعام 1958 الحق للدول المتعاقدة، أن ترفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا كان في الحكم ما يخالف النظام العام.²

أما على الصعيد العربي فإن اتفاقية تنفيذ الأحكام لعام 1952 نصت على الحالات التي يمكن فيها للدول أن ترفض تنفيذ حكم التحكيم بقولها: إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام

¹ وهذا ما تم تأكيده في حكم للتحكيم جرى بموجب قواعد الغرفة التجارية الدولية المادة الأولى فقرة (و) من اتفاقية جنيف.

² المادة الخامسة (2/ب) من اتفاقية نيويورك.

العام والآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ، فهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك، وعدم تنفيذ ما يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة فيها.¹

وجاء في الفقرة (2) من المادة الخامسة والثلاثين من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري على أنه لا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفا للنظام العام.

فللقاضي السلطة التقديرية في التحقق من ذلك، ولكن لا يحق للقاضي الوطني مناقشة موضوع النزاع.²

إلا أن بعض الأحكام القضائية ميزت بين قواعد النظام العام الدولي وقواعد النظام العام الداخلي، وكانت هذه القرارات تعترف بقرارات المحكمين إذا لم تكن مخالفة للنظام العام الدولي، حتى لو لم تكن هذه القرارات متوافقة مع قواعد النظام العام الداخلي.³

¹ المادة الثالثة الفقرة (هـ) من اتفاقية تنفيذ الأحكام لعام 1952م

² سامي، فوزي محمد : مرجع سابق، ص182

³ انظر في هذا الصدد البحث الذي قدمه الأستاذ عبد الحي صفريوي الى المؤتمر الثالث للتحكيم العربي الأوروبي المنعقد في عمان للفترة من 23-25 أكتوبر 1989 تحت عنوان (الممارسات التحكيمية والتوجيهات الإصلاحية الجديدة).

الفرع الثاني: التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات

تناولت القوانين الحديثة الصادرة في العديد من الدول المنظمة للتحكيم سواء الداخلي أو الدولي مسألة مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ التدابير المؤقتة والوقائية فيما يتعلق بالمنازعات التي تم الاتفاق على حل موضوعها عن طريق التحكيم، وكيفية توزيع الاختصاص القضائي لاتخاذ هذه التدابير بين القضاء الوطني وسلطة التحكيم.¹

فيعتبر التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في الأمور الإجرائية ضرورة، ويتجلى ذلك في طلب المساعدة من المحكم في الحصول على الأدلة، بالإضافة إلى المسائل الأولية والإجراءات التحفظية والوقائية التي تخرج عن نطاق اختصاص هيئات التحكيم.²

¹ الحداد، حفيظة: مدى إختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية.دون ط. الاسكندرية. دار

الفكر الجامعي. دون سنة نشر،ص 48

² نظرا لأن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإجبار التي يملكها القاضي فمن المتوقع أن تجاهل من صدر ضده الأمر أن يمتنع عن تنفيذ الحكم الصادر بحقه لذلك نصت المادة 24 يجوز لطرفي التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم ، بناء على طلب أحدهما ، أن تأمر أيًا منهما بإتخاذ 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 اذا تخلف من صدر اليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر ، أن تأذن لهذا الطرف في إتخاذ

فيجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين، أثناء سير الإجراءات، أن يطلب بموافقة الاستعانة بمحكمة مختصة في تلك الدولة للحصول على أدلة للوصول إلى الحقيقة، والمحكمة أن تستجيب للطلب في الوقت المناسب وفي حدود الصلاحيات الممنوحة لها ووفقاً للقواعد القانونية التي تطبقها للحصول على الأدلة.

ومن ثم فإن شكل الإجراء الذي سيتم تنفيذه بموجب المساعدة القانونية المتبادلة يخضع لقانون القاضي الذي سيتم تنفيذه، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تخضع بموجبها الإجراءات لقانون القاضي، وموضوع الإجراء ويجب أن تكون المساعدة مسألة مدنية أو تجارية، أو مسألة تمت تسويتها بموجب معاهدة دولية.¹

وبما أن الهيئة هي التي تقرر ضرورة المساعدة القانونية المتبادلة، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الأطراف، فيجوز لها في الوقت نفسه سحب طلبها إذا وجدت أدلة تجعل تنفيذ

الإجراءات اللازمة لتنفيذه، 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. 1997م.

¹ 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_المادة 33_ قانون التحكيم الفلسطيني

رقم 3 لسنة 2000

المسألة موضوع الطلب أو إذا تبين له أن هذا الإجراء لم يعد مجدياً في النزاع لتوافر أدلة أخرى بدلاً منه.

وبغض النظر عن القانون المطبق على إجراءات التحكيم، سواء كان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي - قواعد الأمم المتحدة - أو ما إذا كان هذا القانون قد تم اختياره من قبل الأطراف أو تم تحديده من خلال إجراءات التوجيه المادي، فإن هذا القانون هو الذي يحدد جميع المواضيع الأخرى المتعلقة بالدعوى من حيث شروط وأحكام المحكم والجلسات والدفع والطلبات ومسائل النزاع وغيرها من التفاصيل المتعلقة بهذا الموضوع.¹

في حين كان مكان الإثبات يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، باعتبار أن تحديد مكان الإثبات يعتبر مسألة قطعية في موضوع النزاع التحكيمي، وأن القانون الأخير هو أيضاً الذي يحدد الخصم. ومن يتحمل عبء إثبات الحق المطالب به، ومدى مشروعية الاتفاقيات بين الأفراد المعدلة لنقل الإثبات. وكما أن عبء الإثبات يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، إذ أن تنظيم الإثبات يرجع إلى ترتيب القانون نفسه، سواء كان يتضمن إثبات واقعة إيجابية، كالفعل الضار، أو الواقعة السلبية، مثل عدم الإهمال في أداء الالتزام.²

¹ عبد المجيد منير . المرجع السابق . ص 153

² انظر: المرجع السابق، ص 122

أما مدة التقادم فتشير إلى القانون الذي يحكم الموضوع. كما أن تحديد فئة المتقاضين وأهليتهم للتقاضي وتمثيلهم في التقاضي يعتبر مسألة موضوعية. من خلال ما تقدم فإن القانون الذي يتم تحديده هو الذي يحكم جميع الجزئيات الإجرائية المتعلقة بالموضوع بكافة جوانبه.

مكتبة التميز د. هند

المبحث الثاني: القرار التحكيمي على النزاع

إن المبدأ الذي يجب أن يتبعه الطرفان هو احترام قرار التحكيم، وبالتالي تنفيذه طوعاً من قبل الطرف الحاكم. والاستثناء هو إما رفض ذلك الطرف التنفيذ أو محاولته المماثلة في التنفيذ من أجل الإضرار بالطرف الآخر. ويجوز أن يتمثل الرفض في الامتناع عن تنفيذ القرار دون استئناف القرار. وفي هذه الحالة يلجأ الطرف الحاكم إلى التنفيذ القسري من قبل الجهات المختصة ويسعى جاهداً إلى إعطاء قرار التحكيم صفة النفاذ. وسيتم تقسيم المبحث الأول إلى مطلبين يعالج المطلب الأول المسائل المتعلقة بالقرار التحكيمي و القانون الذي يحكمها في حين يعالج المطلب الثاني تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

المطلب الأول: القانون المطبق على القرار التحكيمي

فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم المحلية، فهو يختلف عن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. ويعتبر حكم التحكيم محلياً إذا صدر في الدولة التي سيتم تنفيذ الحكم فيها، وهذا المعيار هو المعيار الأكثر شيوعاً وهو متبع في معظم التشريعات، حيث يتم تنظيم السلطة التنفيذية لأحكام التحكيم المحلية وفقاً للقوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم أو لأحكام قوانين الإجراءات المدنية.

أما الأسلوب المتعارف عليه في القوانين اللاتينية وقوانين الدول العربية بما فيها العراق هو أن تتولى هيئة قضائية صفة تنفيذية لقرار التحكيم بحيث يمكن تنفيذه ضد المحكوم عليه.¹ إلا أنه في بعض القوانين قد يلجأ الطرف المحكوم له لكي يتمكن من تنفيذ قرار التحكيم، إلى رفع دعوى قضائية أمام المحكمة أو الحصول على أمر من المحكمة بتنفيذ القرار تنفيذاً جبرياً.²

أما بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية: فإن صدورها في دولة وتنفيذها في دولة أخرى يثير صعوبات كبيرة في التنفيذ، وذلك لاختلاف النظم والإجراءات القانونية التي يجب اتباعها للتعرف على هذه الأحكام وتنفيذ تلك القرارات، فعندما يتعلق الأمر بقرار أجنبي نجد أن

¹ على طالب الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يبرز للمحكمة المختصة ما يلي-1: قرار التحكيم الأجنبي مصدقاً 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.

² سامي، فوزي محمد : مرجع سابق، ص370

الحديث تناول الاعتراف والتنفيذ، وهذا ما نجده في نصوص الاتفاقيات الدولية التي تناولت

هذا الموضوع، مثل اتفاقية نيويورك عام 1958 واتفاقيات جنيف عام 1927.¹

فالفرق بين الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذ قرار التحكيم هو أن القرار يمكن الاعتراف به ولكن لا يمكن تنفيذه، وإذا تم تنفيذه فمن الضروري أن تعترف به الهيئة التي منحت السلطة التنفيذية.

والاعتراف يعني أن القرار صدر صحيحاً وملزماً للطرفين، والتنفيذ يعني مطالبة الخصم الذي صدر ضده القرار بتنفيذ ما أعلن عنه في قرار الرقابة، وإذا امتنع عن التنفيذ يتم إجباره على ذلك وفقاً للإجراءات التنفيذية لقانون الدولة المراد تنفيذ القرار فيها.

وقد تشمل هذه الإجراءات الحجز على الأموال أو السجن للأشخاص الطبيعيين، أما إذا كان الشخص المدان شخصاً اعتبارياً، فإن إجراءات التنفيذ تشمل أموال الشخص المذكور، وأحياناً يطرح سؤال ممثل الشخص الاعتباري بصفته مديراً للشركة التي صدر القرار ضدها إذا ثبتت مسؤوليته.²

¹ 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.

² سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص 373-374

أما القواعد التي تحدد إجراءات حكم التحكيم فسوف يتم تناولها في الفرع الأول على النحو التالي:

الفرع الأول: القواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للقرارات التحكيمية

تقسم القواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للقرارات التحكيمية إلى أولاً: الاتفاقيات الدولية الجماعية، ثانياً: الاتفاقيات الثنائية ثالثاً: القوانين الوطنية.

أولاً: تنفيذ القرارات التحكيمية بموجب الاتفاقيات الدولية الجماعية

بذلت العديد من المحاولات الحديثة لتوحيد قواعد الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، حيث تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية أهمها اتفاقية نيويورك لعام 1958، واتفاقية جنيف لعام 1927، واتفاقية واشنطن لعام 1965 فجميع هذه الاتفاقيات تترك إجراءات تنفيذ حكم التحكيم للقواعد القانونية للدولة التي سيتم تنفيذ الحكم فيها، بالإضافة إلى الحد من سيطرة المحكمة أو السلطة المختصة بإصدار الحكم. القدرة التنفيذية على اتخاذ القرارات على مراجعة القرارات للتأكد من أنها تلبى المتطلبات الرسمية وتتبع القواعد الإجرائية بشكل صحيح.

ثانياً: تنفيذ القرارات التحكيمية بموجب الاتفاقيات الثنائية

لتسهيل عملية تنفيذ القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم ووفقاً لمبدأ التعاون بين الدول تسعى الدولة إلى إبرام اتفاقية مع دولة أخرى بهدف تنفيذ قرارات التحكيم، وغالباً ما تتضمن هذه القرارات الخاصة في اتفاقيات التعاون القضائي.¹

كما تركت الاتفاقيات الدولية المسائل الإجرائية المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم لقانون البلد الذي سيتم تنفيذ القرار فيه. وقد عينت بعض الاتفاقيات المحكمة المختصة التي تتولى الأمر بتنفيذ حكم التحكيم. وتشير الاتفاقيات إلى القطع والمستندات التي يجب إرفاقها بالطلب المقدم من الطرف الذي يطلب تنفيذ القرار من قبل السلطة المختصة في الدولة المراد تنفيذه فيها.²

ثالثاً: تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية بموجب القوانين الوطنية

¹ 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.

² المادة 4 من اتفاقية جنيف، 1927 المادة (4) من اتفاقية نيويورك، لسنة 1958

تنقسم القوانين الوطنية في هذا المجال إلى ثلاثة أقسام: الأول، وهو مصحوب بنصوص خاصة حول كيفية الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، والقسم الثاني من القوانين سكت عن مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والثالث ويتناول قسم من القانون معاملة القرارات بنفس طريقة التعامل مع الأحكام القضائية الأجنبية.

وتختلف الرقابة التي يمارسها القاضي على قرارات التحكيم. تقصر بعض الدول هذه الرقابة على التحقق من سلامة إجراءات التحكيم والامتثال للشروط الرسمية. وتقوم بعض الدول بتوسيع سلطة القاضي لمراجعة قرار التحكيم، وفي بعض الأحيان يمكن أن تصل القضية إلى التفاصيل الخاصة بالنزاع.

إلا أن الاتجاه الحديث فيما يتعلق بقرارات التحكيم الأجنبية هو أن السلطة المختصة في الدولة المطلوب تنفيذ القرار فيها لا تقوم بالتحقيق في أصل النزاع، بل تقتصر المراجعة على التحقق من صحة القرار ومتابعة المبادئ الأساسية لحماية حقوق المتقاضين عند مباشرة إجراءات المرافعة، وأن لا يتضمن القرار ما يخالف قواعد النظام العام.¹

¹ انظر سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص384

الفرع الثاني: الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم

وتجدر الإشارة في البداية إلى أن الاتفاقيات الدولية التي تناولت مشكلة نفاذ أحكام التحكيم الدولية، أو كما تسمى مشكلة إنفاذ أحكام التحكيم الأجنبية، لم تعالج مسألة الجنسية ولم يكن هدفها مصلحتها على الأقل عند تحديد ما إذا كان حكم التحكيم يعتبر وطنيا أو أجنبيا، فقد ركز هذا الاهتمام فقط على المعاملة التي ينبغي الاحتفاظ بها لقرارات التحكيم الصادرة هناك.

فاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (1965) لم تشر في فصلها الرابع الخاص بالتحكيم إلى أي من المعايير الخاصة بوطنية أو أجنبية الحكم المراد تنفيذه. ولعل ذلك مرجعه في الواقع إن هذه الاتفاقية التي انضم إليها ما يربو على سبعين دولة قد وضعت نظاما متكاملًا للتحكيم ذاتة ومن ثم كان طبيعيا أن ينص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة والخمسين من هذه الاتفاقية على أن كل دولة عليها أن تعترف بكل حكم تحكيمي صادر في إطار هذه الاتفاقية وتعتبره ملزما وتضمن على أراضيها تنفيذ التزامات المالية التي يترتبها هذا الحكم كما لو كان حكما قضائيا نهائيا صادرا من محكمة قضائية تمارس وظيفتها على أرض هذه الدولة".¹

¹ هذه الاتفاقية أبرمت في 18 مارس 1965 ودخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966

وبالمثل، فإن اتفاقية جنيف المؤرخة 21 أبريل (1961) - الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي - لم توفر أي معيار لتحديد جنسية محكم التحكيم الأجنبي. وهو ما يتوافق في الواقع مع الرؤى الطموحة لهذه الاتفاقية وهدفها المتمثل في اتخاذ خطوة نحو الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي.

ومن ناحية أخرى، فمن بين هذه الاتفاقيات الدولية التي اهتمت بإشكالية الوصول الدولي إلى أحكام التحكيم، لم يكن الأمر يتعلق بتوضيح الطابع الوطني أو الأجنبي لحكم التحكيم نفسه، بل كان الأمر يتعلق بتحديد نطاق تطبيق الأحكام، أي أن أحكام التحكيم المذكورة في الاتفاقية تكون أجنبية وفقاً للمعيار أو المعايير التي تحددها هذه الأحكام بموجب هذه الاتفاقية بغض النظر عن الوضع الذي قد يعلق على هذه الأحكام في الأنظمة القانونية الأخرى للاتفاقية.

هكذا تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك (10) يونيو 1958 على أن 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.

ويتضح من هذا النص أن أحكام التحكيم الأجنبية التي كان من المقرر أن ينظم الاعتراف بها وتنفيذها لاتفاق هي تلك الصادرة في بلد آخر غير البلد الذي يكون الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على إقليمها تشترط هذه الاتفاقية إذن باختصار يتطلب أن يصدر حكم التحكيم في بلد أجنبي

بغض النظر عن القانون الإجرائي الذي تم التحكيم وفق أحكامه، بغض النظر عما إذا كانت الدولة التي صدر فيها هذا القرار هي دولة متعاقدة أي (التي انضمت إلى هذه الاتفاقية) أم لا. وهذه القاعدة التي توسع نطاق تطبيق اتفاقية نيويورك تمثل في الواقع اتجاها حديثا في الاتفاقات الدولية الرامية إلى تحقيق درجة معينة من عالمية هذه الاتفاقات.¹

ومع ذلك، لا ينبغي لنا أن نكون متفائلين للغاية بشأن التأثير الذي يمكن أن يحدثه هذا المعيار الواسع، الذي يوحي بالابتعاد عن إطار الفكرة التقليدية المتمثلة في نسبية تأثير الاتفاقية الدولية وكونها أداة لتنظيم العلاقات بين أطرافها فحسب.

والسبب في عدم التفاؤل هذا هو ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك، بشأن الاعتراف بحق كل دولة، عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها، أو الإخطار بتمديدها في عام وفقا لنص المادة 10 أن تصرح على أساس المعاملة بالمثل أنها ستطبق الاتفاقية فقط على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة. وهكذا فتحت الاتفاقية المجال أمام الدول الأطراف لحصر نطاق

¹ 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.

عملها في القرارات الصادرة في دولة متعاقدة، أي أنها منحت الدول الأطراف حق إبداء التحفظ، سواء أثناء التوقيع على الاتفاقية، أو التصديق عليها، أو الالتزام بها. أو الإخطار بأن تطبيقه سيمتد إليهم، وعلى أساس المعاملة بالمثل، لن ينطبق فقط على قرارات التحكيم الصادرة في إحدى الدول المتعاقدة. ولعل الهدف الذي تسعى إليه الاتفاقية من إتاحة إمكانية استخدام هذا التحفظ للدول الأعضاء هو إقامة نوع من التوازن بين العالمية المنشودة في هذه الاتفاقية والنسبية المعترف بها في مجال الاتفاقيات الدولية بشكل عام، وهو ما يعبر عنه في كون الحقوق الممنوحة بموجب اتفاقية لدولة متعاقدة هي مقابل الالتزامات التي تلتزم بها. هذه الدولة لها قبل الدول المتعاقدة الأخرى. ومن ناحية أخرى، يمكن اعتبار إدراج هذا النص في الاتفاقيات المذكورة أعلاه بمثابة حافز امام الدول غير المتعاقدة من الدخول والانضمام إليها.

ولكن ما المقصود بعبارة المعاملة بالمثل هنا ، أو كما يطلق عليها أحيانا the reciprocity reservation

يعتقد البعض أن هذا التحفظ يعني أن الدولة (أ) تطبق الاتفاقية على حكم التحكيم الصادر في الدولة (ب) لأنه عندما انضمت الدولة الأخيرة إلى الاتفاقية، أعلنت أنها ستطبق الاتفاقية على قرارات التحكيم الصادرة في الدولة (ب).

وفي الواقع، يعكس هذا التفسير الفرضية التي أراد واضعو الاتفاقية تناولها بهذا النص، فنحن أمام فرضية مفادها أن الدولة تشترط عند التزامها بالاتفاقية أو عند تصديقها أنها لن تطبق أحكامها إلا للأحكام الصادرة من دولة متعاقدة أخرى، خلافاً للمبدأ العام المنصوص عليه في اتفاقية نيويورك، والذي بموجبه لا يتطلب الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه صدوره في إقليم دولة متعاقدة، لا يمكن فهم عبارة "على أساس المعاملة بالمثل" إلا على أساس أن هذا التحفظ يمنح الدولة العضو الحق في الامتناع عن الاعتراف أو تنفيذ قرار التحكيم الصادر في إقليم دولة أخرى غير متعاقدة إذا كانت هذه الأخيرة تعترف وتنفذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم الدولة الأولي.¹

ولا تقتصر الاتفاقية على توضيح طبيعة حكم التحكيم الأجنبي وبالتالي تحديد نطاق تطبيقه على أساس معيار المكان الذي صدر فيه حكم التحكيم، بل تنص أيضاً على تطبيقه على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في البلد الذي سيتم تنفيذها أو الاعتراف بها.

¹ يا كان التفسير الصحيح لهذا التحفظ فإن بعض الدول التي استخدمته قد ارتكز عليها قضاؤها لرفض تنفيذ احكام

تحكيمية صادرة في دولة اخرى طبقا لاتفاقية نيويورك 1958

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن تطبيق هذا المعيار يقتصر على حدين، الأول أن يصدر الحكم في البلد الذي سينفذ فيه، والثاني أن يعتبر حكم التحكيم أجنبياً على الرغم من أن تسليمه داخل أراضي ذلك البلد هو أمر متروك للمحكمة المطلوبة للاعتراف بالحكم أو تنفيذه وفقاً لتقديرها. ويعني ذلك أن هذه القاعدة تمثل، بحسب مصطلحها الأول، قاعدة ثانية بالإضافة إلى سابقة أو بديلاً عنها، ولا تشكل استثناء لها إذا اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم فيه الدولة (أ) بموجب قانون الدولة (ب)، ثم الدولة (أ) إذا كانت تسمح بالتحكيم بموجب قانون تحكيم. وإذا طلب التنفيذ على أراضيها، فلها أن تنظر في حكم التحكيم، ولو كان صادراً على أراضيها كأجنبي، وتنطبق عليه اتفاقية نيويورك لعام 1958.¹

¹ القصبى، عصام الدين: النفاذ الدولي لأحكام التحكيم. بدون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية. 1993.

المطلب الثاني: قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها

تنص القواعد العامة على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ان لا تكون المسألة التي صدر فيها حكم التحكيم تدخل في الاختصاص الوجوبي لقضاء الدولة المراد التنفيذ على أراضيها، فمثلا يجب أن يكون السؤال متعلقا باتخاذ تدبير مؤقت أو وقائي على أراضي الدولة وخارج نطاق سلطة التحكيم، لأن السلطة القضائية هي الوحيدة التي تختص بهذا السؤال، وهو ما يعتبر أحد من قوانين الشرطة .¹

أما إذا كانت المسألة التي حلها حكم التحكيم تدخل في نطاق الاختصاص المشترك بين القضاء والتحكيم، فإن الأصل هو أن حكم التحكيم الصادر في هذا الشأن قابل للتنفيذ إذا توافرت جميع الشروط الأخرى. تبعا لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين يتناول الفرع الاول رفض تنفيذ القرار التحكيمي ، ويتناول الفرع الثاني الطعن في القرار التحكيمي.

¹ انظر عبد المجيد، منير: تنازع القوانين. مرجع سابق، ص270

الفرع الأول: رفض تنفيذ القرار التحكيمي

تورد بعض التشريعات الأسباب التي تؤدي إلى رفض تنفيذ حكم التحكيم، ومنها:

عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح وفقاً للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أو أن تشكيل هيئة التحكيم مخالف للقواعد المعمول بها، أو أن هيئة التحكيم لم تقم بدورها على الوجه الصحيح، أو أن القرار قد اتخذ تم إبطاله من قبل سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه، لأن قرار رفض تنفيذ حكم التحكيم صادر عن السلطة المختصة في البلد الذي سيتم تنفيذ الحكم فيه، وفي أغلب الأحيان من قبل المحكمة المختصة بـ سماع حكم التحكيم. النزاع في هذا البلد. تحدد اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها الأسباب التي يجوز على أساسها رفض التنفيذ إذا تمكن الشخص الذي يطلب الرفض من إثبات وجودها وهذه الأسباب هي:

- 1- أ - نقص أهلية أحد الأطراف أو بطلان اتفاق التحكيم، ب - عدم مراعاة حق الخصم في الدفاع وعدم إبلاغه بإجراءات التحكيم، ج - تجاوز هيئة التحكيم اختصاصها لنظر النزاع المعروض عليها، د - بطلان إجراءات المراقبة، هـ - حالة عدم الحصول على القرار صفة الإلزام.¹

¹ انظر سامي، فوزي محمد، مرجع سابق، 388

2- يجوز للسلطة المختصة رفض تنفيذ قرار التحكيم من تلقاء نفسها إذا كان قرار التحكيم مخالفاً للنظام العام، بالإضافة إلى عدم إمكانية تسوية موضوع النزاع عن طريق التحكيم وفقاً لقانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه.

3- إن رفض تنفيذ حكم التحكيم في دولة ما لا يؤدي إلى رفضه من قبل دول أخرى، ولكل دولة أن تقرر الجهة المختصة بها. ومن ناحية أخرى فإن تطبيق القرار في دولة لا يعني إلزام دولة أخرى. الدولة لتنفيذه على إقليمها. كما أن تمديد حكم التحكيم أو تعليقه تقررته سلطة الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم أو الدولة التي صدر حكم التحكيم بموجب قانونها، وبطلان حكم التحكيم من قبل السلطة المختصة الدولة التي صدر فيها القرار هي الدولة التي صدر فيها القرار بموجب قانونها ويعتبر سبباً كافياً لرفض التنفيذ في الدولة التي سيتم تنفيذ القرار فيها. وإذا رفض طلب إبطال حكم التحكيم أو وقف تنفيذه في الدولة التي صدر فيها الحكم أو في الدولة التي صدر القرار بموجب قانونها، فقد يكون ذلك مبرراً لتأجيل نظر طلب تنفيذ ذلك القرار من السلطة المختصة في الدولة المطلوب تنفيذ القرار فيها لحين الفصل في الدعوى.

وهناك أسباب قد تجعل السلطة المختصة في الدولة المطلوب تنفيذ حكم التحكيم ترفض تنفيذه من تلقاء نفسها، وهذا ما نصت عليه اتفاقية نيويورك، حيث حددت أن موضوع النزاع ولا يجوز تسوية حكم التحكيم الذي صدر بشأنه عن طريق التحكيم وفقاً لقانون ذلك البلد، بخلاف

القانون المنفذ للقرار المذكور فإنه يشكل انتهاكاً لقواعد النظام العام في هذا البلد أو قواعد النظام العام الدولي المتعلقة بتشريعات بعض البلدان.¹

الفرع الثاني: الطعن في القرار التحكيمي

القرار التحكيمي يكون عادة محلاً للطعن مباشرة أمام الهيئة التي أصدرته أو أمام هيئة أخرى، وعلى الأغلب يكون الاستئناف أمام القاضي، وإذا كان ذلك القاضي قاضياً في الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم، فإذا ثبت سبب من أسباب البطلان تقرر تمديد حكم التحكيم أو إبطاله وأحياناً تعديله، أما الطعن في قرار التحكيم أمام قاضي دولة أخرى، في هذه الحالة، إذا كان القاضي على يقين من وجود أسباب معينة، فإنه يأمر بعد ذلك بعدم الاعتراف ورفض تنفيذ قرار التحكيم.

أجاز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً لأسباب محددة تحديداً حصرياً،² لكن أسباب البطلان لا تشتمل على كل ما يلحق بحكم التحكيم من عيوب تؤدي إلى بطلانه كحالة صدور

¹ الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك.

² حسن، علي : التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية التجارية. دون طبعة. الاسكندرية. دار الفكر

6 عوض الجامعي. 2001 ص 200

الحكم مبنيا على غش أو ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم،¹ لذلك يجب تفسير هذه الأسباب باعتبارها الطريق الوحيد للطعن في حكم التحكيم تفسيراً لا يدع مجالاً للقياس على طرق الطعن في الأحكام القضائية.²

فالاصل في مبدأ التحكيم هو أن كلا الطرفين المتنازعين أحرار في الاتفاق على الطرف الذي يمكنهم تقديم طلب الاستئناف ضد قرار التحكيم. وهذا يعني أنه يمكنهم الاتفاق على إمكانية استئناف قرار التحكيم أمام هيئة أخرى تعين من قبلها غير تلك التي أصدرت القرار. وفي حالة الخلاف، في هذه الحالة يترك الأمر لأحكام قواعد التحكيم التي اختاروها لتسيير عملية التحكيم وفقاً لها، رغم أن بعض قواعد التحكيم الدولي المعروفة لا تنص على تعيين جهة معينة يجوز استئناف قرار التحكيم أمامها.³

¹ العنزي، ممدوح عبد العزيز: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب والنتائج دراسة مقارنة. دون

طبعة. دون 7 مكان النشر. منشورات الحلبي الحقوقية. دون تاريخ النشر. ص 293

² صاوي، احمد السيد: التحكيم طبقاً لقانون 1994 وأنظمة التحكيم الدولية. ط. 2 دون مكان للنشر. دون دار

للنشر. 2000، ص 225

³ 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 فأن هناك قواعد تحكيمية دولية تحدد الجهة التي يقدم إليها الطعن بالقرار.

ومثال على ذلك ما نصت عليه الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري حيث تجيز لأحد الأطراف أن يطلب من رئيس مركز التحكيم إبطال القرار إذا استوفى أحد الأسباب الواردة في هذا القانون،¹ وينظم المشرع المهلة التي يجب تقديم طلب البطلان خلالها، ويحدد أجلاً محدداً.

ورغم أن بعض قواعد التحكيم الدولي تعتبر القرار عند النطق به نهائياً وغير قابل للاستئناف، إلا أن ما يبرره هو أن اتفاق الطرفين على حل النزاع عن طريق التحكيم يعتبر بمثابة قبول للحكم الصادر بشأن النزاع المذكور.

وقد 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- قرار التحكيم نهائي، 2 بما أن الطرفين اخضعا نزاعيهما لتحكيم غرفة التجارة الدولية فأنهما يلتزمان بتنفيذ القرار دون تأخير ويتنازلان عن جميع طرق الطعن التي يمكن أن يتنازلا عنها.²

وإذا استأنف الأطراف القرار فسوف يلجأون إلى النظام القضائي، وهو ما يخالف ما تم الاتفاق عليه، بالإضافة إلى أن الطعن قد يكون بهدف المماطلة وسيتم احتساب الوقت للطرف

¹ المادة (34) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري

² المادة 21 من قواعد غرفة التجارة الدولية

الخاسر في التحكيم. والجدير بالذكر أن الاتفاقيات الدولية تلزم الدول المنضمة إليها بفعل ما تنص عليه في هذا الشأن، في حين أن قواعد التحكيم الدولي لا تلزم الدول باتباعها. وفيما يتعلق بأسباب استئناف قرار التحكيم، تختلف القوانين الوطنية في إدراج الأسباب التي يجوز على أساسها استئناف قرار التحكيم. وبشكل عام يمكن تصنيف الأسباب التي يجوز الطعن على أساسها في قرار التحكيم إلى أربع فئات:

أولاً: الأسباب المرتبطة بمضمون القرار فيعتمد الطرف المستأنف على أن حكم التحكيم لا يتوافق مع ما يقتضيه قانون البلد الذي صدر فيه أو القانون الإجرائي المعمول به.

ثانياً: أسباب تتعلق باختصاص هيئة التحكيم: هذه الهيئة هي التي لها صلاحية النظر في النزاع ومن ثم إصدار القرار المناسب في حال كان النزاع ليس من الأمور الداخلة في سلطة الهيئة وفقاً لقانون بلد التحكيم والقانون المعمول به، يجوز استئناف القرار الصادر عن الهيئة.¹

¹ هذا الدفع بعدم اختصاص الهيئة يثار عادة أثناء إجراءات التحكيم وأحياناً يطعن الخصم بالقرار طالبا إبطال جزء من 2 القرار مستندا في ذلك إلى تجاوز هيئة التحكيم لسلطاتها حيث أنها قررت بعض الأمور التي لم يتفق على تسويتها بالتحكيم. وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة التي تنظر بالطعن أن تبطل الجزء المذكور من

ثالثاً: أسباب تتعلق بإجراءات التحكيم. وفي هذه الحالة، يستند الطعن في قرار التحكيم إلى أن هيئة التحكيم لم تحترم القواعد الإجرائية للتحكيم، وتضمن هذه القواعد التشكيل الصحيح لفريق التحكيم وتضمن الحفاظ عليه لحقوق الأطراف المتنازعة أثناء إجراءات الموافقة. ومن المسائل الإجرائية التي يجوز الاحتجاج بها للاستئناف في قرار التحكيم، عدم تقديم الإخطارات المناسبة للأطراف، أو عدم معاملة الأطراف على قدم المساواة، في المرافعات أو الإخطارات، أو عدم ضمان حقوق الدفاع لأحد الأطراف عن طريق وإعطائهم الفرصة الكافية لعرض طلباتهم ودفعوهم. وهذه نقطة محل اتفاق شبه إجماعي في جميع الاتفاقيات الدولية، لأنها من الحالات التي يمكن الاعتماد عليها في الطعن في قرار التحكيم.¹

القرار إذا كان بالإمكان تجزئة قرار التحكيم دون أن يؤثر ذلك على بقية الأسباب، انظر سامي فوزي محمد:

مرجع سابق، ص 404-410

¹ 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 هـ من المادة المذكورة حيث نصت على حالة ان 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

رابعاً: الأسباب المبنية على مخالفة قواعد النظام العام، لأن القواعد الدولية والتشريعات الوطنية تتفق على أن مخالفة قاعدة من قواعد النظام العام بالقرار تعتبر سبباً من أسباب بطلانها أو عدم الاعتراف بها و عدم التنفيذ كما يقول قضاة المحكمة. يحق للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها ببطلان القرار إذا كان مخالفاً للنظام العام، مما يعني أنه يجوز للمحكمة أن تحكم في هذا البطلان على أساس وحيد هو مخالفة النظام العام،¹ حتى لو استند مدعي البطلان إلى سبب آخر غير هذا السبب الذي استند إليه هذا المدعي غير متحقق فعلاً.²

وأخيراً، فإن بعض القوانين الحديثة تميز بين قواعد النظام الدولي وقواعد النظام الداخلي، والتي بموجبها يجوز إلغاء قرار التحكيم الدولي أو عدم الاعتراف به وتنفيذه إذا خالف قواعد النظام العام الدولي، فأغلبية القوانين لا تتبنى مثل هذا التمييز ولا تستطيع الدولة المصادقة عليه للاعتراف بالقرار أو تنفيذه، حتى لو كان دولياً، إذا كان ينطوي على مخالفة لقواعد النظام العام كما حددتها قوانين هذه الدول.³

¹ بركات، علي: الطعن في أحكام التحكيم. دون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية. 2003 ص 92.

² عمر، نبيل إسماعيل: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية. ط.1 الاسكندرية. دار الجامعة

الجديدة.. 2004 ص 276 - 277

³ سامي، فوزي محمد: المرجع السابق ص 404 - 410

الفصل الثاني:

أثر قانون إجراءات التحكيم والقرار التحكيمي

المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم التجاري آلية لتوحيد قواعد التجارة

الدولية

المطلب الأول: الطبيعة القانونية والتعاقدية للتحكيم

يعتبر الكشف عن الطبيعة القانونية للتحكيم من المسائل المهمة في تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم وقت تنفيذه. ومثال على ذلك تحديد إجراءات البطلان التي قد تفسد إجراءات التحكيم وحكم التحكيم، إذ إن التأكيد على الطابع التعاقدي للتحكيم يرجع إلى الأخذ بأحكام بطلان الدعاوى القضائية التي نص عليها القانون المدني، في حين أن مراعاة الطابع القضائي للتحكيم يعجل باعتماد أحكام البطلان المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، وكذلك تحديد القوة الملزمة لقرار المحكم.¹

ومن ناحية أخرى فإن الطبيعة التعاقدية للتحكيم تؤدي إلى اعتبار قرار المحكم بمثابة تطبيق بسيط لأحكام عقد التحكيم الذي يلتزم به الطرفان بمجرد صدوره، في حين أن الطبيعة القضائية تجعل حكم التحكيم حكماً بالمعنى الدقيق للأحكام القضائية.²

¹ برايم أحمد برايم، "التحكيم الدولي الخاص"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص

² المرجع نفسه ، ص 25

ولذلك فإن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي يساعدنا على تحديد القانون الواجب التطبيق في مسألة معينة، خاصة فيما يتعلق بإجراءات التحكيم، وتوضح أهمية هذا التعريف خاصة مع تنوع الاتجاهات التي ظهرت في هذا الصدد. حيث إن الاختلاف في تعريف الطبيعة أدى إلى أن المسائل القانونية تشمل أشكالاً مختلفة من أقسام التحكيم، وهو ما ينعكس على موقف القضاء في مختلف البلدان، وحتى في الدولة الواحدة ففي فرنسا هناك تمييز بين موضوعات التحكيم. للقانون المدني وآخر يخضع للقانون الإجرائي.¹

وهكذا، في إيطاليا يتم التمييز بين التحكيم المدني، الذي تكون فيه مهمة المحكم إكمال عقد أو تعديله، ويسمى التحكيم الحر، والتحكيم الخاضع لإجراءات، ويسمى التحكيم الرسمي، ويبدو أن اختلافات الرأي حول الجانب القانوني طبيعة التحكيم أدت إلى اختلاف قيمته. على سبيل المثال، عندما يشرف النظام الأنجلوأميركي على التحكيم، فإن قيمته القانونية تتضاءل بلا أدنى شك، لأن المحاكم تتقاسم عمل المحكمين، ولا يستطيع المحكمون الفصل في المسائل القانونية، ولا يشترط على المحكم إبداء أسباب قراره إلا إذا أمرت المحكمة العليا بذلك.²

¹ برايم أحمد برايم، المرجع السابق، ص 27

² روم نسرين، " إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن الجزائري"، رسالة لنيل شهادة

ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2007 ص 36

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

ويقول البعض أن التحكيم تعاقدى بطبيعته، والتحكيم ليس سلطة قضائية بالمعنى الكامل لأنه عقد رضائي ملزم للطرفين. ولذلك يبدو أن قرار التحكيم، بحسب أنصار هذا الرأي، هو. عنصر لاحق في عملية التحكيم لأن اتفاق التحكيم يشمل عملية التحكيم برمتها، لأنه يعتبر مبدأ لتفسير جميع مراحله، حتى عند صدور القرار من المحكم يلتزم به طرفا النزاع، ونظراً لهذه الطبيعة التعاقدية، فإن حكم التحكيم هو مجرد تحديد لمحتويات عقد التحكيم من قبل الأطراف غير المتعاقدة. فهؤلاء هم المحكمون هنا، رغم أن إصدار حكم التحكيم هو هدف عملية التحكيم من حيث كونه يفصل في النزاع.

ويستند أنصار هذا الرأي إلى حجج أهمها:

1- الرأي المؤيد:

- ان أساس التحكيم هو رغبة الأطراف في حل النزاع، وبالتالي فإن أهمية تحديد طبيعته تتمحور حول رغبة الأفراد في حل نزاعهم ودياً من خلال إسناد المهمة إلى طرف ثالث (المحكم).¹

¹ برايم أحمد برايم، المرجع السابق، ص31

- بمجرد موافقة الأفراد على التحكيم، فقد وافقوا ضمناً على التنازل عن التقاضي ومنح المحكم السلطة التي تتبع من إرادتهم. ولا يمكن لهذه السلطة أن تكون سلطة قضائية لأنها تنشأ عن الإرادة الحرة لأن إذا كانت طبيعة الرابطة القانونية مصدر الأثر القانوني، فإن سلطة المحكم يمكن اعتبارها سلطة عامة لأن الأشخاص الذين يعينون المحكمين لا يتمتعون بهذه السلطة.

- يختلف التحكيم في هدفه عن القضاء، لأن القضاء يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما يسعى التحكيم إلى تحقيق المصالح الخاصة لأطراف التحكيم.

- السلطة القضائية تفترض رفض الأفراد الانصياع لسيادة القانون الذي يحمي مصالح الطرف الآخر بمواجهتها، بينما التحكيم يجعل للطرفين بمحض إرادتهما الحق أو نقله إلى الطرف الآخر بطريق يرضي كل منهما.¹

- يدعم القانون الوضعي هذه الطبيعة لأنه:

¹ صلاح الدين جمال الدين، "دور أحكام التحكيم في تطويع حلول مشكلة تنازع القوانين"، الطبعة الأولى،

• يمكن القول أن المحكم مواطن أو أجنبي، في حين أن الوظيفة القضائية لا يمارسها إلا وطني.

• إذا لم يحم المحكم بمهمته، فلا تنطبق عليه قواعد إنكار العدالة.

• في حالة الخطأ لا يخضع المحكم لقواعد التقاضي.

• لا يمكن رفع الدعوى القانونية الأصلية لإبطال قرار المحكم ضد القضاء.¹

2- الرأي المعارض:

كان الرأي السابق محل انتقادات عديدة، منها:

- المبالغة في إعطاء الأولوية لإرادة الأطراف، وفي الواقع فإن الأطراف لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، بل الكشف عن إرادة القانون في القضية المطروحة في النزاع، ويطبق إرادة القانون ولا يلتفت إلى ما التفت إليه إرادة الأطراف.

¹ صلاح الدين جمال الدين، "دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين"، المرجع السابق،

- إذا كان حكم التحكيم هو أساس اتفاق الأطراف فإن ذلك لا يعطي للتحكيم صفة تعاقدية، لأن المحكم مطالب باحترام قواعد النظام العام فضلاً عن العديد من القواعد والإجراءات الموضوعية.¹

- إن أصحاب هذا الرأي الذين يعتمدون على اختلاف أحكام القانون بين التحكيم والسلطة القضائية يرجعون في الواقع إلى سبب واحد، وهو أن المحكم في ممارسته لمهمته التي هي مهمة ذات طبيعة قضائية، لا يمثل الدولة . ولذلك فمن الطبيعي أن يكون للقاضي ولاية قضائية على أحكام قانونية معينة تختلف عن تلك الخاصة بالمحكم.

- إن احترام القانون من قبل الأفراد ضرورة في جميع الأحوال. وبالفعل، كثيراً ما نجد أفراداً يوافقون على تعيين محكمة خاصة للنظر في دعاواهم فهل يمكن أن نقول بعد ذلك أن الأفراد لم يقدموا للقانون؟

- إن بيان النظرية التعاقدية للتحكيم يثير خلافات في تحديد طبيعة العلاقة بين طرفي التحكيم والمحكمين، إذ يباشرها البعض وكالة، أي أن المحكم يعتبر وكيلًا عن الخصوم، على اعتبار أن سلطة المحكم في التحكيم في النزاع لا تثبت إلا باتفاق الأطراف، حيث أن الموقف القانوني

¹ تحي والي، "قانون التحكيم في النظرية و التطبيق"، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007،

المصري أثار العديد من التساؤلات حول هذا الطابع، كما يظهر من نص المادة (501) من المرافعات الملغاة بموجب القانون رقم 27/1994 أن التحكيم يتم بناء على إرادة الأطراف، وكانت المادة 513 قد أشارت إلى أن قرار المحكمين ليس حكماً قضائياً، ولهذا نلاحظ اتجاه المشرع المصري إلى اعتبار التحكيم ذو طبيعة تعاقدية.¹

أما بالنسبة لفرنسا، فقد أكد المعلقون على أن التحكيم هو وسيلة خلافية على أساس اتفاقي فيما يتعلق بتعليقهم على المادة (1477) من قانون المرافعات الجديد، التي تعرف التحكيم بأنه عقد تحكمه قواعد القانون المدني الفرنسي. وأيدت العدالة هذا الرأي، سواء صدر قرار التحكيم في فرنسا أو في الخارج. ولا يصبح حكم التحكيم قضائياً حتى لو أعطيت له السلطة التنفيذية، ومن ثم فإن قرار التحكيم يفقد طابعه التعاقدية هنا.

وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن محكمة النقض الفرنسية اشتهرت باعتمادها الطابع التعاقدية للتحكيم، إلا أن ذلك لم يجد صدًى واسعاً في أحكام النظام القضائي الفرنسي، إلا في

¹ محمود مختاري بيري، "قانون المعاملات التجارية والتزامات و العقود التجارية"، دار النهضة العربية،

القليل منها، وإذا دل ذلك على ذلك أي شيء، فهو يشهد فقط على عدم وضوح وتأسيس هذه الطبيعة في فرنسا.¹

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم

يعتقد أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة قضائية. التحكيم هو نظام قانوني إلزامي يلزم الخصوم إذا وافقوا على استخدامه كوسيلة لحل نزاعاتهم، وبهذه الصفة، فإنه يحل محل النظام القانوني الإلزامي للدولة. وأن عمل المحكم ولو كان ثابتاً ومبنياً على اتفاق التحكيم فهو عمل قضائي. الاتفاق ليس هو الأساس الوحيد لعمل المحكم، وعمل المحكم هو عمل قضائي، مثله مثل العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية، وفي الدولة تكون مهمة المحكم مهمة قضائية ويكون لقراره نفس آثار الحكم القضائي.²

وإذا تم التحكيم في مرحلته الأولى بفعل إرادي، وهو شرط أو اتفاق التحكيم، فإن هذا الفعل، في رأي أنصار الشخصية القضائية، ليس أكثر من مجرد تجسيد للتحكيم المبكر لبداية قيام هذا النظام، وكذلك طوعية الخصوم باللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم، وهو مماثل لهذا الفعل.

¹ تحي والي، "المرجع السابق، ص45

² محمود مختاري بريري. المرجع السابق، ص50

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج التالية:

1- يعتبر التحكيم استثناءً من المبدأ العام للنقاضي أمام المحاكم التي ينظمها القانون، فإذا قامت الدعوى ورفعت إلى المحكمة المختصة، يحق للطرف الآخر الاحتجاج بعدم الاختصاص، لأن المحكمة تنظر الدعوى هي في لاصل ضمن اختصاص هيئة التحكيم، وذلك قياساً على الأثر الذي يحدثه. ويؤدي ذلك إلى رفع النزاع أمام محكمة ليس لها اختصاص في المقام الأول. وقد أثار وجود شرط التحكيم خلافاً بين الفقهاء. وقال بعضهم: إن حجة عدم الكفاءة لا تتعلق بعدم الكفاءة، ولذلك ينبغي تقديمها قبل التطرق إلى الموضوع. وقال آخرون إنه ينبغي أن يبدي قبل أي دفع شكلي ولا يجوز للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها. ولذلك فإن شرط التحكيم لا يزيل اختصاص المحكمة، بل يمنعها من سماع الدعوى مع توافر الشرط قائماً، كما أنه من المستحيل تحديد نوع الاختصاص سواء وهنا يتجسد الدفع بعدم القبول.¹

2- يكون للحكم القضائي حجية الدعوى المقضي بها، وينفذ وجوباً بعد صدور الأمر بالتنفيذ، مثله مثل الحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة، وهذا ما تحدده المادة

¹ د/منير عبد المجيد، "النتظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي و الداخلي"، دار النهضة العربية، القاهرة،

(1031) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن قرارات التحكيم لها السلطة في الموضوع. ويتم الحكم عليهم بمجرد صدورهم فيما يتعلق بالنزاع المحسوم.

3- وما يعزز الطابع القضائي للتحكيم هو ما اعتمدته مختلف القوانين من خلال إطلاق مصطلح "الأحكام" على قرارات المحكمين وعلى الأحكام القضائية، وما اعتمده القانون الفرنسي الجديد من خلال إطلاق مصطلح محكمة التحكيم على المحكم أو المحكمين ، بالإضافة إلى القواعد التفصيلية التي نص عليها القانون لتنظيم النزاع في التحكيم وإجراءاته، وذلك وفقاً للقواعد الموضوعية المرتبطة بالخصومة القضائية.

4- من حيث موقف الفقه القضائي:

وقد تطور موقف القضاء في هذا الصدد إلى حد أن محكمة النقض الفرنسية تخلت عن نهجها، معتبرة التحكيم عقدياً بطبيعته، مما أدى إلى صدور أحكام حديثة مفادها أنه عند اللجوء إلى التحكيم، يجب على الأطراف أن تلجأ إلى التحكيم، ويعبر النزاع عن إرادته بإعطاء الطرف الثالث (المحكم) السلطة القضائية، وأعلنت المحكمة أن التحكيم هيئة قضائية استثنائية يتمتع فيها المحكمون بسلطة مستقلة وذاتية الحكم لحل النزاعات المعروضة عليهم.

المطلب الثاني: ضوابط التحكيم التجاري الدولي وتحديد ابعاد القانون التجاري

شهد التحكيم التجاري الدولي تطوراً كبيراً على المستوى الدولي، لاسيما في مجال التجارة الدولية، والدور الذي لعبه في تطوير هذه الأخيرة وضمان حل جميع نزاعاتها، بالإضافة إلى ظهور عنصر الإدارة بين أطراف النزاع. وعليه فقد كان ولا بد من التطرق إلى مصادر التحكيم التجاري الدولي في مجال التجارة فتعتبر مصادر التحكيم التجاري الدولي هي الأحكام العامة التي يستمد منها التحكيم في العقود التجارية الدولية نظمه وصحة قراراته، وتنقسم هذه المصادر إلى مصادر عامة تشمل مصادر ذات طبيعة وطنية وأخرى ذات طبيعة دولية. وعلى هذا الأساس سيتم مناقشتها وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: المصادر العامة للتحكيم وفقاً لقواعد التجارة الدولية

يمكن اعتبار المصادر العامة للتحكيم في العقود التجارية الدولية مصادر رسمية تنظم التحكيم وتعطي صدى واسعاً لمجال التجارة الدولية وقواعدها، خاصة فيما يتعلق بمحاولة وضع قواعد موحدة لهذا المجال.

أولاً: المصادر الوطنية للتحكيم في عقود التجارة الدولية

تتمثل هذه المصادر بالأحكام التي أقرتها القوانين الداخلية للدول فيما يتعلق بأنظمة التجارة الدولية والتحكيم التجاري الدولي، حيث صدرت العديد من التشريعات الحديثة في مسائل

التحكيم، وأهمها القانون الفرنسي للتحكيم الدولي الصادر في 12 مايو 1981 والقانون الإسباني لعام 1988. وساعد التشريع في توفير إطار قانوني مستقل لتنظيم التحكيم التجاري الدولي في العقود التجارية الدولية على وجه الخصوص، وبذلك أصبح هذا القانون مصدرا موثوقا به في مسائل التحكيم التجاري الدولي.

ولقد اقتصرت معايير التحكيم الدولي على العقود التجارية الدولية فلقد كان المعيار الأول الذي تم تحديده هو "المعيار الاقتصادي" الذي يدرس موضوع النزاع، وهو نفس المعيار الذي اعتمده القانون النموذجي.¹

ولذلك ارتبط هذا المعيار بمعيار جغرافي آخر يقضي بأن يكون لأحد أطراف النزاع موطن واحد على الأقل أو أن يكون المكان الذي يجب أن يتم فيه تنفيذ جزء كبير من الالتزامات خارج الدولة التي يقع فيها مؤسسة الأطراف، ثم نصت على اختبار العمد لتحديد الطابع

¹ برايم العسري، "دراسة تحليلية لبعض مقتضىات القانون رقم/05 08 المتعلق بالتحكيم و الوساطة

الاتفاقية"، مقال منشور 1 بسلسلة دراسات و أبحاث، العدد الأول، طبعة الأولى، دار الأفق، الرباط، ص ص. 40-

الدولي للنزاع التعاقدية. ولذلك فإن التجارة الدولية تخضع للتحكيم الدولي، وهذا بالطبع مجسد في بعض نصوص قانون التحكيم النموذجي.¹

وتجدر الإشارة إلى أن مصادر التحكيم المحلية في العقود التجارية الدولية تمتد أيضاً إلى القانون الخاص، حيث تنص معظم التشريعات على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار. وتكمن أهمية القوانين الوطنية في كونها تشكل مصدراً هاماً للتحكيم في العقود التجارية الدولية إلى الحد الذي يتم فيه إدراج القوانين الوطنية في اتفاق التحكيم الذي يتم على أساسه الفصل في النزاع، فيراعى هذا القانون سواء من قبل المحكم أو من قبل الأطراف تحت طائلة بطلان حكم التحكيم في حالة عدم الالتزام به.²

وكان تنفيذ مصالح التجارة الدولية متضمناً في دعوى Menicucci المرفوعة أمام القضاء الفرنسي، لأن موضوع العقد كان بيع أنابيب في أميركا، مصنعة بعلم فرنسي. وهذا ما أدخل العنصر الوطني على عاتق المعيار الاقتصادي، ورفضت محكمة النقض الفرنسية في 7 أكتوبر 1980 الطابع الدولي لمفهوم فقه التحكيم الدولي فيقدم أي علاقة من الأولويات في الظروف الاقتصادية في فرنسا. مما يسمح لها بالاختلاف من دولة إلى أخرى. وتجدر الإشارة

¹ المرجع السابق، ص 50

² حسين عبد العزيز عبد النجار، "البدايل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية و التجارية"، الطبعة

الأولى، مطبعة 3 النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2014 ص 109

إلى أن التشريعات الوطنية التي تنظم التجارة الدولية لا تطبق إلا إذا اختارت الأطراف ذلك
ولما تنطبق إلا على العقود التجارية الدولية.¹

ثانيا المصادر الدولية للتحكيم في عقود التجارة الدولية

لقد ظهر التحكيم التجاري الدولي بشكل عام، والتحكيم في العقود التجارية الدولية بشكل
خاص، على شكل تنظيم تشريعي محكم ونصوص قواعد محددة في مختلف المعاهدات
الدولية تحدد الأسس والضوابط التي تحكمه من منظور دولي، سواء في شروط الإجراءات أو
القانون المعمول به.

وتنقسم هذه الاتفاقيات إلى اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف، وقد أسفرت دراستنا عن التعريف
التالي:

1- البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف 1923) و اتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (جنيف 1927)-

وافقت عصبة الأمم على هذا البروتوكول في 24 سبتمبر 1923، وصدقت عليه 53 دولة،
وأهم ما ورد في البروتوكول هو ما ورد في مادته الأولى والتي تنص على أن كل من الدول

¹ محمد السيد عرفة، "التحكيم و ال صلح و مجال تطبيقاتها"، جامعة نايف العربية السعودية، 2006،

المتعاقدة تعترف بصحة أي اتفاق سواء كان متعلق بالخلافات الحاضرة أو بالخلافات التي ستحدث مستقبلاً بين طرفين خاضعين الأحكام هذه الاتفاقية على أن يحال إلى حسم النزاع عن طريق التحكيم.

ويبدو في هذا النص أن أحكام البروتوكول تنطبق فقط على أطراف العقد من مواطني الدول التي صدقت على هذا البروتوكول، وأن أحكامه يمكن أن تنطبق سواء على المنازعات التجارية أو غير التجارية كما أجازت أن يكون التحكيم في بلد ليست طرفاً فيها، وفقاً لما يقتضيه البروتوكول في مادته الرابعة، يجوز لمحاكم الدولة المنضمة إليه إحالة الأطراف المتنازعة إلى التحكيم إذا تم رفع دعوى أمام المحاكم المذكورة أعلاه و حيثما ينطبق ذلك. اتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم التجاري الدولي.¹

و هذا هو أهم ما جاء في هذا البروتوكول لاحتوائه على ثمانية مواد ذكرنا أبرز مادتين و لم تكتفي عصبة الأمم بما أعدته من قواعد في بروتوكول جنيف 1924 فقد وجدت أن الحاجة تقتضي إيجاد قواعد مكملة للبروتوكول السابق و على الأساس أقرت في 27 ديسمبر 1927 اتفاقية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية و تتألف هذه الاتفاقية من 11 مادة و قد وضعت هذه الاتفاقية عدة شروط للاعتراف وتنفيذ الحكم الخاص بالتحكيم حيث جاءت على النحو التالي:

¹ حسين عبد العزيز عبد النجار، المرجع السابق ص 113

- يجب أن يكون الحكم صادراً على أساس المشاركة في التحكيم أو على شرط تحكيم صحيح وفقاً للقانون المعمول به.

- يجب أن يكون موضوع النزاع من المسائل التي يمكن تسويتها عن طريق التحكيم وفقاً لقانون الدولة التي يجب فيها الاعتراف بالقرار المذكور وتنفيذه.

- يجب أن يكون الحكم صادراً عن هيئة تحكيم مشكلة طبقاً لاتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، أو مشكلة باتفاق الطرفين طبقاً للقانون المختار.

- أن يكون الحكم نهائياً في البلد الذي صدر فيه وغير قابل للاستئناف.

- يجب ألا يخالف الاعتراف بالحكم وتنفيذه النظام العام أو مبادئ القانون العام للدولة التي سيتم الاعتراف بالحكم أو تنفيذه فيه. كما نصت المادة الثانية على الحالات التي يرفض فيها القاضي تنفيذ الحكم و لعل أبرز المادة السادسة التي نصت صراحة على أن هذه الاتفاقية لا تطبق إلا على أحكام التحكيم مادة فيه هي الصادرة بعد نفاذ البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف 1923).¹

2- اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (نيويورك (1957)

¹ حسين عبد العزيز عبد النجار ، المرجع السابق، ص115

مع الزيادة المستمرة في العلاقات التجارية الدولية بعد الحرب العالمية الثانية، ظهرت الحاجة إلى إيجاد نظام تحكيم أكثر ملاءمة لمتطلبات العصر وإيجاد حل لأهم مشكلة التحكيم، لمعرفة كيفية تنفيذ الحكم وعلى الرغم من أن البروتوكول واتفاقية جنيف قد تناولتا هذه القضية، إلا أن أحكامهما لم تفعل ذلك. وتميز بسهولة التطبيق لأنه كان يشترط لكي يتم الاعتراف بالتحكيم وتنفيذه أن يكون نهائياً وليس قابل للاستئناف، ولم تكن الدول التي صدقت عليها كثيرة جداً. ومن أجل إيجاد قواعد دولية جديدة للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتسهيل تنفيذها، أعدت غرفة التجارة الدولية مشروعاً تمت الموافقة عليه في مؤتمرها الرابع عشر الذي عقد في فيينا عام 1953. واعتمد المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة هذا المشروع للمناقشة وفي عام 1957 قرر المجلس المذكور عقد مؤتمر دولي للنظر في الموافقة على اتفاقية جديدة بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم. وبعد مناقشته في 20 يوما توصل المؤتمر إلى الموافقة على اتفاقية خاصة للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها ، وقد دخلت حيز التنفيذ منذ ديسمبر 1929.¹

¹ د. أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي"، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ص55

وتحتوي هذه الاتفاقية على ستة عشر مادة ولا تتناول جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم، بل تقتصر على معالجة مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في أراضي الدول المنضمة إليها.

و لقد اخترنا المادة الأولى منها بقولها ينطبق هذا الميثاق على الأمور التي تتناول الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في الدول غير الدولة التي يراد تنفيذ تلك القرارات فيها و الناشئة عن المنازعات القائمة بين الأفراد كما أن عبارة قرارات التحكيم لا تشمل فقط القرارات التي يصدرها المحكمون و إنما القرارات التي تصدرها هيئات التحكيم الدائمة.

و كذلك المادة الثالثة التي تنص على كل دولة من الدول المتعاقدة أن تعترف بصحة قرارات التحكيم و تنفيذها وذلك وفقا لقانون البلد المراد التنفيذ فيه وفقا للشروط المبنية في هذه الاتفاقية".¹

وعلى الرغم من أن اتفاقية نيويورك لعام 1957 تعتبر من أفضل إنجازات المجتمع الدولي في مجال الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها من خلال أحكامها، فضلا عن الأحكام التي تم الاعتراف بها وتنفيذها لصالح هذه الأخيرة وتقدر بـ (250) حكما إلا أن بعض

¹ برايم العسري، المرجع السابق، ص 70

نصوصها تركت مجالاً رحباً لتفسيرات عديدة من قبل الدول، لا سيما معرفة مكان صدور القرار، ولكن أيضاً متى يعتبر القرار ملزماً.¹

3- اتفاقية موسكو 1972

أبرمت هذه الاتفاقية في مارس 1972 بين دول مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل ودخلت حيز التنفيذ منذ 13 أبريل 1973. وتختلف هذه الاتفاقية عن الاتفاقيات الدولية المذكورة سابقاً من حيث أنها لا تتناول مسائل الاتفاقية المتعلقة التحكيم أو صحته أو تنفيذ حكم التحكيم، بل تبت في التحكيم الإلزامي في جميع المنازعات التي تنشأ عن العلاقات التي يحكمها التعاون بين الدول الأعضاء. وعليه، يجب عرض جميع القضايا على التحكيم دون اللجوء إلى القضاء. وبناء على ذلك، يوجد في كل دولة عضو محكمة تحكيم مختصة بالنظر في النزاعات المذكورة أعلاه. وتم وضع قواعد موحدة لإجراءات التحكيم في عام 1973. وفي جميع هيئات التحكيم في دول مجلس التعاون الاقتصادي، يتم الآن اتباع هذه القواعد من قبل هذه الهيئات.²

¹ أحمد مخلوف، "اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية"، دار النهضة العربية،

القاهرة، 2001، ص 9

² أحمد مخلوف، "اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق، ص 92

ووفقاً لهذه القواعد، يجوز لأطراف النزاع اختيار مكان يتم فيه التحكيم غير مكان أطراف النزاع، أي أمام هيئة تحكيم أخرى في بلد ثالث، ويجب على هيئات التحكيم اتخاذ أحكاماً متناغمة وفقاً للشروط المحددة بين منظمات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل، علماً بأن هذه الشروط تم تعديلها عدة مرات كان آخرها من قبل اللجنة التنفيذية للمجلس عام 1979، وتنص المادة (53) من هذه الشروط على أن جميع الخلافات التي تنشأ عن الاتفاق يجب عرضها على هيئة التحكيم في غرفة التجارة لبلد المدعي عليه، أو في بلد ثالث مشارك في الاتفاقية الخاصة لحسم النزاعات بالتحكيم في القضايا التي تنشأ عن العلاقات الاقتصادية والعلمية و التعاون الفني، و من خلال"، و من أجل الاطلاع على مختلف القضايا التي تعرض على التحكيم في تلك الدول، و يبدو أن عدد القضايا التي تحال سنوياً لتسويتها بطرق التحكيم في تلك الدول يزيد عن 20 قضية.

لكن العيب في نظام التحكيم الذي أقره اتفاق موسكو هو أن الأطراف المتعاقدة لا تتمتع بحرية اختيار المحكمين لأنهم أشخاص معينون من قبل جهات رسمية، وهذا ما يجعل الناس والمؤسسات في الدول العربية يترددون في وضع شرط التحكيم وفقاً لاتفاقية موسكو في عقودهم عند التعامل مع مؤسسات كوميكون.

وتتجلى أهمية هذه الاتفاقيات التي تحكم التحكيم التجاري الدولي كونها تشكل مصدرا أساسيا للتحكيم في العقود التجارية الدولية، خاصة في الحالة التي يكون فيها الأطراف محددين في اتفاق التحكيم، حيث أن القانون الواجب التطبيق يخضع لتحديده إتفاقية معينة ، حيث يعتبر الأخير بمثابة ضابط أساسي لتحديد القانون المعني بحل النزاع. علاوة على ذلك، فإن تطبيق أحكام التحكيم على هذا النوع من العقود التجارية لا يزال يخضع لاتفاقية نيويورك لعام 1958.¹

4- اتفاقية واشنطن

لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى 1965 تم إعداد هذه الاتفاقية عام 1965 من قبل البنك الدولي للإنشاء والتعمير لتشجيع الاستثمارات في الدول النامية ونقل رؤوس الأموال إلى الدول المتقدمة لأنهم يخشون تأمين أموالهم المستثمرة في هذه الدول لذا يحاولون الحصول على ضمانات لحمايتهم. وتعد استثماراتهم من بين الإجراءات التي يمكن أن تتخذها حكومات الدول النامية، لذلك يخشى أصحاب الأموال رفع موضوع نزاعاتهم في حالة النزاع إلى المحاكم الوطنية. ولهذه الأسباب، كان من المناسب حل النزاع عن طريق

¹ أحمد بلقاسم، المرجع السابق، ص 57

التحكيم، حيث تتفق البلدان بسهولة أكبر على إحالة نزاعاتها مع المستثمر الأجنبي إلى التحكيم بدلاً من محاكم ذلك البلد.¹

ورئي أنه من الأفضل إنشاء مركز تحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمارات، وعلى هذا الأساس تم إبرام الاتفاقية محل المراجعة في 18 مارس 1965، تحت إشراف البنك الدولي لإعادة الإعمار والتنمية. والذي بموجبه تم إنشاء المركز المذكور في واشنطن ويسمى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وكما أشار أحد الباحثين العرب فإن المركز المذكور خلق وضعاً جديداً في مجال التحكيم الدولي، لأنه بالنسبة لأول مرة يمنح الأشخاص من القانون الطبيعي أو القانوني الخاص الحق في اللجوء مباشرة إلى هيئة دولية لحل النزاع دون الحاجة إلى اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية لبلادهم. في الواقع، بلادهم ليس لديها مثل هذا التدخل، نستطيع. ويقال إن الاتفاقية الخاصة بالمركز أعطت الشخصية الدولية لأشخاص القانون الخاص، وهو أمر جديد في مجال القانون الدولي. إضافة إلى ذلك، تعتبر الاتفاقية نقطة تحول في مجال التحكيم الدولي الخاص نظراً للتطورات التي أحدثتها سواء من

¹ أ. محمد شهاب، "أساسيات التحكيم التجاري و الدولي و القوانين و الاتفاقيات المنظمة للتحكيم"، مكتبة

حيث الاختصاص أو نطاقه، ويجب اتباع الإجراءات المتبعة، وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق.¹

ودخلت اتفاقية واشنطن حيز التنفيذ بعد أن صادقت عليها خمس دول أعضاء في اللجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1966. وقد لاقت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا واهتماما واسعا من مختلف الدول للانضمام إليها، حيث صادقت عليها أيضا ثمان وثمانون دولة، ومن الدول العربية: مصر، السودان، تونس، المغرب، الأردن، المملكة العربية السعودية، الإمارات العربية المتحدة، سوريا، ويرجع سبب الاستقبال الذي حظيت به هذه الاتفاقية من مختلف الدول إلى كونها من الدول النامية. فإنهم عندما يصادقون على الاتفاقية المذكورة فإنهم يحاولون جذب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار فيها، والسبب الآخر هو أن هذا هو الدور الذي يلعبه البنك الدولي في تمويل المشاريع في الدول النامية، لأن البنك المذكور يمارس ضغوطا على الدول التي تمنحها القروض بالموافقة على إدراج شرط التحكيم في عقودها وفقا لاتفاقية واشنطن.²

¹ أ.محمد شهاب، المرجع السابق، 64

² محمد بلق، "قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون دولي خاص، جامعة أبوبكر بلقاي، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة

أما بالنسبة للدول الصناعية فإن الهدف من الانضمام إلى هذه الاتفاقية واضح وهو حماية الاستثمارات وإزالة النزاعات التي تنشأ بشأنها عن نطاق تطبيق القانون الداخلي للدول التي يتم فيها الاستثمار وأغلبها من الدول النامية. ويمكن تلخيص أهم بنود هذه الاتفاقية فيما يلي:

أ- تسري أحكام الاتفاقية على المنازعات المتعلقة بالاستثمار التي تنشأ بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى دون تمييز سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين (المادة 25).

ب- لا تسري أحكام الاتفاقية على أطراف النزاع إلا إذا اتفقت تلك الأطراف على اللجوء إلى نطاق النزاع وفقاً لهذه الاتفاقية، ويجب إعلان ذلك كتابياً من خلال إدراج بند التحكيم في العقد الخاص بالاستثمار.

ج- يراعي الاتفاق مبدأ حرية الطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات. وفي حالة الخلاف حول هذا الموضوع، تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف في النزاع.

د- ذكرت الاتفاقية في المادة (64) أن جميع الخلافات التي قد تثار بين الدول المتعاقدة حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية والتي لم تحسم ودياً يمكن عرضها على محكمة العدل الدولية بناءً على طلب أي طرف من الأطراف إلا إذا اتفقت الدول المعنية على أسلوب آخر للتفاهم.

ورغم كل هذه الأحكام التي تضمنتها هذه الاتفاقية، فإن عدد القضايا المعروضة عليها كان منخفضاً، حيث بلغ تسع قضايا فقط، ثم توسعت إلى ثلاث وعشرين قضية، حكم في خمس منها فقط وسحبت ست منها على أساس اتفاق ودي بين الدول ومواطني الدول الأخرى.¹

الفرع الثاني: المصادر الخاصة للتحكيم وفقاً لقواعد التجارة الدولية

تعتبر المصادر الخاصة للتحكيم في العقود التجارية الدولية إحدى الأسس المرجعية في تنظيم وإدارة ملف التحكيم في هذا النوع من العقود، ويتم تحديدها في الاتفاقيات النموذجية للتحكيم وأنظمة التحكيم وفقه التحكيم، من خلال العناصر التالية:

أولاً: اتفاقيات التحكيم النموذجية وأنظمة التحكيم

تعتبر اتفاقيات التحكيم النموذجية وأنظمة التحكيم مصدراً هاماً في تنظيم منازعات العقود التجارية الدولية في التحكيم التجاري الدولي. أما بالنسبة للأول فنجد أهميتها في اعتمادها من قبل مجموعة من مراكز التحكيم الدولية كما هو الحال مع منظمة التجارة العالمية، التي تجعل اتفاقيات التحكيم النموذجية متاحة لأطراف النزاع، وكذلك مع غرفة تجارة باريس ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL).

¹ محمد بلق ، مرجع سابق ، ص 53

وبالنسبة للمقترح الأخير، أخذنا مثالا عمليا كان واضحا في القانون النموذجي للأمم المتحدة، حيث أن الأخير ينطبق على التحكيم التجاري، ولكن كان علينا تعريف مصطلح "التجاري" هناك.¹

وفي الواقع، لا يمكن أن يقتصر مصطلح "التجاري" على مفهوم ضيق، بل يقتصر فقط على تعاملات التجار مع بعضهم البعض. بل على العكس من ذلك، وكما أوضح القانون النموذجي نفسه، يجب تفسير هذا المصطلح على نطاق واسع ليشمل المسائل التي تنشأ عن كافة العلاقات التجارية سواء كانت عقدية أو تعاقدية وما يرتبط بها من علاقات. وتشمل الطبيعة التجارية، على سبيل المثال لا الحصر، العمليات التالية: أي عملية تجارية لتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات، وإدارة الحقوق مع الغير، وشراء التأجير التمويلي، وإصدار تراخيص الاستثمار والتمويل والتأمين وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري أو نقل البضائع.²

وفي كل الأحوال، لا بد من اعتماد معيار تجاري أوسع في هذا الصدد، حيث أن أي تحكيم دولي يواجه مشاريع بشأن نزاع ذي طبيعة اقتصادية، أي نزاع ناشئ عن عملية اقتصادية، يعتبر تجارياً. لذلك هذا ليس هو الحال ومن المتصور أن تكون الأنشطة التجارية التي تتطور

¹ محمد بلاق ، المرجع سابق ، ص 69

² محمد بلاق ، المرجع السابق، ص 59

بسرعة كبيرة في فترة زمنية قصيرة محدودة. والمبدأ هو أن التحكيم يعتبر دولياً إذا كان النزاع ينطوي على علاقة تنطوي على عنصر أجنبي واحد أو أكثر. في الواقع، يتم أخذ طبيعة النزاع الدولي بعين الاعتبار. أحد الضوابط الأساسية لدولية التحكيم التجاري. إلا أن قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1975/12/11 وسعت معيار دولية التحكيم واعتبرت التحكيم دولياً طبقاً لنص مادتها الأولى متى كان موضوعها مرتبطاً بالتجارة الدولية:

إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين و هنا اتخذت قواعد القانون النموذجي من اختلاف مقر عمل الطرفين وقت الاتفاق معياراً لدولية التحكيم، و لا عبرة باختلاف جنسية الأطراف أو كانت نفسها.

إذا وجد أكثر من مقر عمل لأحد الأطراف، يعتد بمقر العمل الأكثر صلة بشرط أو اتفاق التحكيم، و في حالة عدم وجود مقر عمل معروف يؤخذ بمعيار محل الإقامة.

إذا كان مكان التحكيم المحدد في الاتفاق واقعا خارج الدولة الكائن بها مقر عمل الطرفين، من هنا إعتد به القانون النموذجي كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق.¹

¹ محمود مختاري بريري، "قانون المعاملات التجارية والتزامات و العقود التجارية"، مرجع سابق،

أما بخصوص أنظمة التحكيم فتعد مرجعا أساسيا يقوم عليها التحكيم في عقود التجارة الدولية و تتجسد هذه الأهمية في الحالة التي يقوم فيها الأطراف من خلال اتفاق التحكيم إحالة الإطار الموضوعي و الإجرائي التسوية النزاع على نظام تحكيم معين معتمد من خلال مركز ما مثلا، و بالتالي فأنظمة التحكيم تتعلق بمجموعة من المقتضيات الموجهة لتنظيم إجراءات التحكيم التجاري الدولي و الموضوعية من طرف مراكز التحكيم الدائمة. و من أمثلتها لائحة التحكيم بباريس التي أعدتها غرفة التجارة الدولية و كذا لائحة التحكيم الصادرة عن غرفة لندن للتحكيم.¹

أما في نطاق هيئة الأمم، فقد نص الميثاق الخاص بقواعد التحكيم على أن هذا الأخير يعتبر من الوسائل السلمية لتسوية الخلافات الدولية كما ورد في مضمون المادة 33 منه، و هذا ما تبنته الجمعية العامة لهيئة الأمم بناء على مبادرة الوفد البلجيكي، لائحة بإعادة النظر في الميثاق العام للتحكيم حتى يمكنه التكيف مع الأوضاع الدولية الجديدة.²

وقد قبلت الجمعية العامة هذا الاقتراح، وأوصت جميع الدول الأعضاء بالتزام بالصيغة المعدلة الجديدة للميثاق العام للتحكيم الذي دخل حيز التنفيذ في 20 سبتمبر 1950، وتستمر

¹ محمود مختاري بريري، "قانون المعاملات التجارية والتزامات و العقود التجارية"، المرجع السابق، ص95

² المادة 33 من الميثاق الخاص بقواعد التحكيم.

جهود الأمم المتحدة في هذا الاتجاه، بهدف صياغة نظام جماعي. وفيما يتعلق بالتحكيم والحاجة إليه، عهدت الجمعية العمومية إلى لجنة القانون الداخلي بمهمة تطوير وتدوين قواعد القانون الدولي، وكان موضوع التحكيم من المواضيع المهمة التي استهدفت هذه اللجنة تطويرها وتدوينها. وقد ردد نظام قواعد إجراءات التحكيم هذا على نطاق واسع المحاولات السابقة لصياغة أساليب التحكيم الدولي، فضلا عن محاولة توحيد قواعد التجارة الدولية.¹

وعلى أساس هذا الأخير، تمت صياغة هذا النظام بطريقة تظهر منهجية تدوين القواعد القائمة دون إهمال إمكانيات التطوير التدريجي لهذه القواعد. ولعل الأهمية الأساسية لهذا النظام تكمن في حصره لمختلف الوسائل التي تمنع أي طرف من أطراف النزاع من التهرب والوفاء بالتزاماته لتنفيذ القرار في أي إطار زمني كانت النقاط المتفق عليها هي:

تتدخل محكمة العدل الدولية عند الضرورة لتحديد حدود تطبيق اتفاق التحكيم.

تفويض المحكمين تلقائيا ليحلوا محل المحكمين الغائبين في هيئة التحكيم.

¹ لى-عجاي، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات مدنية و الإدارية"، مجلة

المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، العدد السابع، 2010 ص 45

السماح لهيئة التحكيم بإصدار قراراتها غيابياً، أي حتى لو لم يكن أحد طرفي النزاع حاضراً، وهو ما يخالف ما هو معمول به في مختلف التشريعات، والتي تمنع المعارضة من الطعن في حكم التحكيم. ولذلك فإن حضور الأطراف المتنازعة ضروري لأن التحكيم يعتبر طريقة اختيارية وقد يعتبر غيابهم تنازلاً عن التحكيم. كما أنشأ هذا النظام تدابير لكل مرحلة من مراحل هيئة التحكيم لضمان استقلالية هيئة التحكيم وتمكينها من القيام بذلك. لإنجاز مهامها على أفضل وجه. ورغم كل هذه الجهود، لم تصدق الجمعية العامة على هذا المشروع بسبب معارضة العديد من الدول. وفي المقدمة يأتي الاتحاد السوفييتي السابق، ولم تنظر الجمعية العامة إلا فيه. ويعتبر هذا النظام نموذجاً تحتذي به الدول عند إبرام اتفاقيات الإحالة في كل ما يتعلق بالتحكيم.¹

ثانياً: الاجتهادات التحكيمية

يعتبر فقه التحكيم مصدراً خاصاً وأساسياً في إدارة خصوصية التحكيم في العقود التجارية الدولية نظراً لمساهمته في تحديد القواعد الموضوعية لجميع مراحل التحكيم التجاري الدولي منذ اتفاق التحكيم وحتى صدور حكم التحكيم وتعتبر الاجتهادات التحكيمية مصدراً مهماً تلجأ إليه هيئة التحكيم، خاصة في حالة عدم وجود اتفاق خاص بين الأطراف وللبت في مسألة

¹ المرجع السابق، ص 47

تتعلق بتنظيم إجراءات التحكيم، ترجع الهيئة المذكورة إلى الاجتهادات التحكيمية السابقة المتعلقة بنفس المسألة كمرجع للعثور على القرار المناسب. ولكن هذا لا يعني أن الفقه التحكيمي يتميز بالثبات، ولكنه متغير مع الزمن والظروف الأخرى، مثل الاجتهاد القضائي، إذ في كثير من الأحوال نجد فقه التحكيم قد تم سحبه لمصلحة أخرى. على سبيل المثال، هل يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على أساس قانون مقر التحكيم، أم أن هيئة التحكيم حرة في تحديده دون التزام بقانون مقر التحكيم؟

ومن خلال الحجة الأخيرة نرى أن اجتهاد قضاة التحكيم في غرفة التجارة الدولية طبقوا الالتزام بمراعاة مكان التحكيم، إذ رهبت محكمة التحكيم في قضية B.P.SAPHIRE سنة 1963 إلى تطبيق قانون محل التحكيم من الجانب الإجرائي، إلا أن هذا الفقه التحكيمي تغير في كثير من الأحيان مما أدى إلى ظهور اتجاه عكسي لاعتماد قانون إجراءات التحكيم بدلا من التحكيم والقانون الإجرائي المطبق على النزاع. وفيما يلي بعض الأمثلة على الاجتهادات القضائية التي ساهمت في توحيد وتنسيق قواعد التجارة الدولية.

وفي قضية تحكيم جرت في جنيف وعرضت على نظام غرفة التجارة الدولية بين هندي وباكستاني، اعتبر قرار التحكيم الصادر عام 1971 أن للمحكم صلاحيات تقديرية واسعة

لتحديد القانون الإجرائي المطبق على النزاع، بحيث يكون هذا الاجتهاد مستقرا عليه في مختلف التشريعات الحديثة.¹

أما في قرار محكمة النقص رقم 36 أساس 44 تاريخ 23/02/1998 مجموعة أحكام النقص في قضايا التحكيم التنفيذ 1988 حتى 2003 قد نصت على مجموعة نقاط أهمها:

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يزيل من السلطة القضائية سلطة حل النزاع ويجعل التحكيم وسيلة لذلك. ومع ذلك، يجوز إنهاء هذه الاتفاقية صراحة أو ضمنا.

- عدم قيام أحد الطرفين بإثارة مسألة الاتفاق على التحكيم قبل تقديم أية حجة أخرى يترتب عليه بطلان الأمر، وتعود السلطة مبدئياً إلى القضاء العادي في القضايا التي يرفض تنفيذها. إذا اتفق الأطراف على التحكيم كوسيلة وفشل المحكم في إصدار قرار، فهذا يعني نهاية مهمته، بما في ذلك الحالة التي فشل فيها.

تعتبر الفة شرطاً أساسياً في أي محاكمة ودفاع واستئناف، وإذا فقدت هذه الصفة، فهذا يعني عدم استيفاء الشرط الشكلي الأساسي للمحاكمة.²

¹ طارق البختي، "التحكيم في إطار العقود التجارية الدولية"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني التالي :

com.marocarbitrage.www، تاريخ الزيارة. :

² منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 122

كذلك فيما يخص قرار محكمة النقص السورية رقم 661 أساس 87 تاريخ 30/05/1995

مجموعة أحكام النقص في قضايا التحكيم و التنفيذ والمتضمن النقاط التالية:

استقر الاجتهاد على أنه بعد صدور حكم المحكمين لا تصح مراجعة القضاء قبل إلغاء حكم المحكمين من قبل قاضي الأمور المسجلة بدعوى رفض منح حكم المحكمين الصيغة التنفيذية. لا يحق لمحكمة الموضوع أن تنتظر في بطلان مشارطة التحكيم أو صحتها لأن ذلك من اختصاص المرجع المكلف بالنظر في أحكام المحكمين.

إن مبدأ إبطال حكم المحكمين غير وارد في قانون أصول المحاكمات السوري، مما يوجب عرض الأمر على قاضي الأمور المستعجلة الذي يصدر قرار بإعطاء أو رفض الصيغة التنفيذية لحكم المحكمين.¹

وفي نفس السياق، كان للمقترح الأخير دور تجسيد هذا الفقه، وهذا ما نتج من خلال ما فعلته الجزائر عندما تخلت عن اختصاص المحاكم الوطنية في تقديم الضمانة للمستثمر الأجنبي، وبالتالي فهو اعتراف بعدم الكفاءة من جانبه، ولعل ذلك يؤكد مدى انفتاحه على مسألة التحكيم الدولي ومحاولاته الاتفاق على اللجوء إليه للأسباب التالية:

¹ خالد عبد العظيم أبوغابة، "التحكيم و أثره في المنازعات"، دار الفكر الجامعي، الطبعة، الإسكندرية،

- لدى العرب قدرة تاريخية على اللجوء إلى التحكيم. قضية أرامكو ضد الحكومة السعودية نشأ خلاف بين شركة أرامكو (شركة البترول العربية الأمريكية (ARAMCO) والحكومة السعودية حول عقد تشغيل حقل نفط على الأراضي السعودية عندما أبرمت السعودية عقدا مع إحدى شركات أوناسيس لنقل البترول الذي تصدره اعترضت على ذلك شركة أرامكو باعتبار أن من شأن ذلك المساس بحقوقها الناتجة عن عقدها مع السعودية. وتضمن اتفاق التحكيم النص على أن يفصل المحكم في النزاع وفقاً للنظام السعودي في المسائل التي تدخل في نطاقه. الاختصاص القضائي للمملكة العربية السعودية. بخلاف ذلك، ستقرر هيئة التحكيم وفقاً للقانون الذي تراه مناسباً. إلا أن هيئة التحكيم خلصت إلى أن تطبيق القانون الدولي العام يرجع إلى عدم وضوح المقصود باصطلاح الاختصاص القانوني، وعدم كفاية الأحكام القانونية المعمول بها في المملكة العربية السعودية، وكون أحد أطراف العقد دولة.

- تفتح التشريعات العربية المعاصرة على التحكيم الدولي.

- الضرورة الاقتصادية.

و خاصة المرحلة الانتقالية للجزائر و تحرير اقتصادها هذا الأخير الذي أثر بشكل كبير على

ضرورة التحكيم التجاري الدولي.¹

¹ خالد عبد العظمى أبوغابة، المرجع السابق، ص ص 39-40

مکتب التعمیر دہلی

المبحث الثاني: أثار التحكيم التجاري الدولي في ضبط قواعد

المطلب الأول: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

بمعنى هل الاتفاق على التحكيم يمنع الأطراف من اللجوء للقضاء، وهل يعد اللجوء للقضاء في حالة الاتفاق على التحكيم خرقاً لهذا الاتفاق يترتب على الشخص أي مسؤولية قانونية تجاه الغير.

والحقيقة أن اتفاق التحكيم لا يحرم الأطراف من حق اللجوء إلى العدالة؛ ولأن الحق في اللجوء إلى العدالة هو حق عام لا يمكن التنازل عنه، فهو يمنح الأطراف فقط حق اللجوء إلى التحكيم، مع ضمان حقهم في اللجوء إلى العدالة. ليس هناك سوى حقه في اللجوء إلى العدالة. وتعتمد السلطة القضائية على عدم التزام الطرف الآخر بالتحكيم، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم يمنع الأطراف من اللجوء إلى السلطة القضائية ما دام شرط التحكيم قائماً؛ إن التأثير الإيجابي لاتفاق التحكيم ضروري لتحديد حق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم أو متابعتة دون اختصاص الدولة. وهذا لا يمنع القضاء من الحكم في هذه المسائل ولا ينتقص من اختصاصه

العام في النظر¹ بشرط ألا يكون الطرف الآخر قد وافق صراحة على شرط التحكيم قبل إبداء رأيه في الموضوع.

وذلك انطلاقاً من أن القضاء له ولاية عامة للفصل في المسائل المدنية والتجارية، إلا ما استثنيه المشرع بنص خاص، وأن المشرع أجاز للأفراد الاتفاق على التحكيم في الأحوال التي يتم فيها المصالحة ولا يخالف النظام العام يشكل استثناءً أو اختياراً للتحكيم بديلاً للقضاء للفصل في هذه المسائل، وأن هذا التفويض لا يمنع الأطراف من اللجوء إلى السلطة القضائية؛ لأن قبول التحكيم لا يعتبر تنازلاً عن حق اللجوء إلى العدالة؛ لأن حق اللجوء إلى القضاء هو من الحقوق العامة المعترف بها لدى الجميع والتي لا يمكن التنازل عنها صراحة أو ضمناً، ووجود اتفاق التحكيم يعطي للخصم الحق في الدفاع عن وجود اتفاق التحكيم قبل إبداء رأيه في الأمر وفقاً لقانون التحكيم العراقي أو في الجلسة الأولى وفقاً لقانون الإجراءات المدنية العراقي؛ ويجب احترام الاعتراض على وجود اتفاق التحكيم خلال الجلسة الأولى، بصرف النظر عن التكلم في الموضوع أو عدم التكلم به.

وتجدر الإشارة إلى أن أحد طرفي اتفاق التحكيم يتخذ الإجراءات القانونية دون أن يتصرف المدعى عليه بشكل يدل على موافقته على هذا المسار وأن تنازله عن طريق التحكيم يمنع

¹ أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة

٢٥/٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية العدد ٣ السنة الأولى ٢٠٠٣ ص 6

المدعى عليه من مباشرة إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها، ولا يمنع هيئة التحكيم من إصدار حكم المحكمين¹.

ولابد في هذه الحالة من التمييز بين حق المحكم في الالتزام باتفاق التحكيم وبين تنازله عن هذا الاتفاق، وذلك بحسب كل حالة على حدة، فإذا مثل أمام المحكمة والتزم باتفاق التحكيم قبل إبداء رأيه في الدعوى وفقاً لقانون التحكيم العراقي أو في الجلسة الأولى وفقاً لقانون الإجراءات المدنية، وظل اتفاق التحكيم سارياً ويحق له مواصلة إجراءات التحكيم، أما إذا حضر أمام المحكمة ولم يلتزم باتفاق التحكيم قبل التحدث في الدعوى أو في الجلسة الأولى وفقاً لقانون التحكيم اللبناني فيعتبر حينئذ متنازلاً عن اتفاق التحكيم، ويحق للمدعى في هذه الحالة أن يتمسك بتنازله عن اتفاق التحكيم أثناء إجراءات التحكيم أو عن طريق الطعن في الحكم بالبطلان.

والمسألة التي يمكن أن تثور عندما لا يحضر المدعى عليه أمام القضاء، ويقوم بالبده في إجراءات التحكيم، فهل يعد ذلك تنازلاً عن اتفاق التحكيم من طرف المدعى عليه. بل لا يعقل القول بأن عدم حضوره أمام المحكمة يشكل تنازلاً عن اتفاق التحكيم، حتى ولو كان قد تم إعلانه بالمحاكمة حسب الأصول. ويفترض أن حقه في الانضمام إلى التحكيم لا ينتهي إلا

¹ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الاولى، بند ٣٩ ص

بعد حضوره وكلامه في الموضوع وفقاً للقانون العراقي أو قانون التحكيم اللبناني، كما أن التنازل عن الانضمام إلى التحكيم يجب أن يتم الحصول عليه بحضور المدعى عليه وكلامه في الموضوع أو بعدم الالتزام بالتحكيم والتحدث في الموضوع، أو بإعلانه صراحة، فلا يوجد التزام بالتحكيم وعزمه على حل النزاع بالطرق القانونية.

وفي ضوء ذلك، لا يمكن اعتبار مقدم الطلب متنازلاً عن اتفاق التحكيم في هذه الحالة، مع ضمان حقه في استئناف القرار الصادر عن القضاء في الاستئناف وتمسكه باتفاق التحكيم.

١٩- والمسألة قد تزداد تعقيداً بفوات ميعاد الاستئناف والنقض، الأمر الذي يتصور معه وجود حكّمين متعارضين، أحدهما من القضاء، والثاني هيئة التحكيم في نفس الموضوع؟

وفي هذه الحالة لا يمكن تصور تضارب أو تناقض مطلق بين قرار الهيئة الإشرافية وقرار المحكمة في موضوع النزاع. ويجوز للمحكمة رفض موضوع النزاع رغم غياب المدعي. وتحكم لجنة التحكيم بالرفض أو لصالح مقدم الطلب. وفي هذه الأحوال لا توجد مشكلة في حالة الرفض، كما لا توجد مشكلة في الحالة التي تحكم فيها هيئة التحكيم لصالح المراقب، كشخص ضد. ولمن أصدر الحكم الحق في الاحتجاج بالحكم بجميع أوجه الدفاع الممكنة في طلب البطلان، أو يكفي بالحكم وينفذه، وفي كلتا الحالتين لا مشكلة على الإطلاق.

والفرضية الثانية: أن هيئة التحكيم يمكنها رفض موضوع النزاع، وفي هذه الحالة يعتمد السؤال على قرار المحكمة وما إذا كان بالرفض أو عدم القبول أو القرار بالحكم لصالح

المدعي، وفي الحالات الثلاث لا توجد مشكلة، لأن القضية تغلق في حالات عدم القبول والرفض، ويحق للمحكمة تنفيذ القرار في الحالة التي يكون فيها القرار لصالح المدعي، مع ضمان حق المدعي عليه أو من صدر ضده القرار باستئناف القرار بطرق الاستئناف المنصوص عليها في القانون.

والمشكلة هي أن الصراعات والتناقضات يمكن أن تنشأ عندما تحكم محاكم الولاية لصالح المدعي وتحكم هيئة التحكيم لصالح المدعي.

1/19- قبل الإجابة على هذا السؤال لا بد من تحديد طبيعة هيئة التحكيم. وقد سبق أن أجبنا على هذا السؤال بالتفصيل في كتابنا بعنوان الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، والذي نحيل إليه القارئ الكريم تفصيلاً،¹ إلا أنه يكون من اللزوم توضيح أن هيئة التحكيم هي هيئة غير قضائية مكونة من أفراد أو مراكز التحكيم المنظمة بتشكيلها، الأمر الذي ينفي عنها من الناحية الشكلية أو العضوية وصف الهيئة القضائية،² فهي من ناحية مشكلة من غير القضاة،

¹ للمزيد، راجع للمؤلف: الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٣ بند ٤٨ وما بعدها.

² فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق بالإشارة إليه، بند ٤٦١ ص ٩٤٣ هامش ٥؛ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق بالإشارة إليه، بند ٦٩ ص ٧٥؛ أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢٥/٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا" المجلة الدستورية، العدد ٣، السنة الأولى، مرجع سابق ص ٦ وما بعدها. Jean VINCENT et Serge

الذي ينص على سلطة المحكمة في الحكم بعدم الاختصاص مع التمييز بين حالة تشكيل هيئة التحكيم وحالة عدم تشكيل محكمة التحكيم¹.

كما نص في المادة ١٤٥٢ على تشكيل محكمة التحكيم وهو نفس نهج المشرع في المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الجديد الصادر بالمرسوم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، حيث نصت المادة ١٤٤٨ المشار إليها على أنه في حالة وجود اتفاق التحكيم يجب على محاكم الدولة الحكم بعدم الاختصاص ما لم يكن النزاع قد دخل في حوزة هيئة التحكيم، إلا في حالة كون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم بالمخالفة لهذا النص ويعتبر كأن يكن.²

¹ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٦٧ ص ٧١ وما بعدها.

² Art 1448 NCPCF de Décret 2011-48 du 13 Janvier 2011, "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de d'état celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement incompétence"

2/19- أما فيما يتعلق بمدى احتمال نشوء نزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم الولاية،¹ فإن الفقه يختلف بشأن ما إذا كان هناك نزاع أم لا. ذهب جانب من الفقه إلى عدم تصور التنازع بين هيئة التحكيم والمحاكم القضائية في الدولة،² لأن هيئة التحكيم ليست من الهيئات القضائية المنصوص عليها في المادة ٢٥/٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا؛ ونقصد بالهيئات أو الجهات التي ينشأ بينها نزاع والتي تفصل فيها المحكمة الدستورية العليا الجهات القضائية التي يعينها المشرع للفصل في الخلافات الموضوعية، والاختصاص الذي ينظمه القانون بينها وفقاً للدستور.³

وقد قضت المحكمة الدستورية في ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ بعدم اعتبار هيئة التحكيم هيئة قضائية بقولها: ما قصد إليه الدستور بنص المادة ١٦٧ التي فوض بها المشرع في تحديد الهيئات القضائية وتقرير اختصاصاتها هو أن يعهد إليه دون غيره بأمر تنظيم شئون العدالة من خلال

¹ للمزيد، راجع للمؤلف، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، بند ٤٨ وما بعدها.

² فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق بالإشارة إليه، بند ٤٦١، ص ٩٤٣، هامش ٣؛ أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢٥/٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا؟، المجلة الدستورية العدد ٣ السنة الأولى، مرجع سابق، ص ٦ وما بعدها.

³ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق بالإشارة إليه، بند ٤٦١، ص ٩٤٣، هامش ٣.

توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي يعينها .. بما يحول دون تنازعها فيما بينها ... ولا كذلك التحكيم إذا تم باتفاق الطرفين.¹

ويرى بعض أنصار الرأي السابق² أن هيئة التحكيم لا تعتبر هيئة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي، لذا يمكن تصور التعارض بينها وبين محاكم الدولة على أساس ثبات الاجتهاد الفقهي على الطبيعة التعاقدية على من ناحية، والمشرع العراقي لا يعتبر هيئات التحكيم هيئات قضائية، ومن ناحية أخرى، فإن قانون التحكيم يعتبر هيئات التحكيم هيئات قضائية، ويؤكد حكم المحكمة الدستورية العليا أن التحكيم ولا تعتبر هيئات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي يوجد بينها نزاع يمكن تصوره مع محاكم الدولة.

والحقيقة أن الأسس التي يقوم عليها الرأي السابق بعيدة في معظم عناصرها عن التحليل الصحيح للمسألة قيد البحث. كما أنهم يتجاهلون التحكيم باعتباره نظاماً قائماً أثبت نفسه على

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق.

² أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة

٢٥/٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية، العدد ٣، السنة الأولى، مرجع سابق، ص ٥ وما

بعدها.

مستوى التشريعات والدول، فمن ناحية، ثبات الفقه على طبيعته العقدية أمر مشكوك فيه،¹ والأرجح هو ثبات الفقه على إعلان الطبيعة، فمن ناحية لا يعتبر الدستور هيئة التحكيم هيئة قضائية لا يجد له سنداً من النصوص نفسها؛ إذ لم يحدد الدستور ما يعتبر هيئة قضائية أو غير قضائية، ويختص الدستور بالسلطة القضائية ويمنح القانون سلطة تحديدها وصلاحياتها، وتنظيم طريقة تشكيلها وتحديد شروط وإجراءات تعيين أعضائها، وتكون هيئة التحكيم هيئة خاصة معترف بها من القانون موجود فردياً ومؤسسياً، ويترك القانون للأفراد حرية الاتفاق على اختيار أعضائه، وأنه في حالة الخلاف بين الأطراف على اختيار المحكمين وعددهم تختار المحكمة أعضائها. فمن ناحية لا ينص قانون التحكيم على أن هيئة التحكيم تعتبر هيئة قضائية. والأصل في ذلك أن قانون التحكيم مبني على أنها هيئة خاصة. وهي ليست هيئة قضائية أو هيئة ذات ولاية قضائية. ومن ناحية أخرى، لا يمكن القبول باستقرار قرار

¹ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٢١ ص ٤١ وما بعدها؛ قانون

التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٢١ ص ٥٢ وما بعدها.

المحكمة الدستورية العليا علي عدم الاختصاص في حل النزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم

الدولة. وتزيل المحكمة الدستورية أي تصور للنزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة.¹

وقال طرف آخر إن هيئة التحكيم هي هيئة ذات ولاية قضائية ويوجد تعارض بينها وبين

محاكم الدولة. ويرتكز هذا الاتجاه على تطبيق تعريف الهيئة ذات الاختصاص القضائي على

هيئة التحكيم، مثل النظام القضائي العراقي. واستثنت ممثلة المحكمة الدستورية العليا ومحكمة

التمييز هيئة التحكيم من عدد الأطراف. وينص القضاء على أن التحكيم يعتبر وسيلة استثنائية

لحل النزاع بين الطرفين، بخلاف اللجوء إلى طرق التقاضي العادية. وأكدت المحكمة

الدستورية العليا أن هيئة التحكيم تعتبر هيئة ذات اختصاص قضائي.²

إن الرأيين السابقين ارتكزا على وصف نشوء نزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، باعتبار

أن هيئة التحكيم تعتبر إحدى هيئات الإجراءات القضائية. وعلى هذا الأساس رفض أصحاب

الرأي الأول ظهور صراع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة. وبينما تصور أنصار الرأي

الثاني وجود صراع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، فإن الرأي الثاني قد حصر مدى توافر

¹ الدعوى رقم ٦ لسنة ٢٠ ق تنازع جلسة، ٣/٤/١٩٩٩ حكم المحكمة الدستورية العليا في ٤/٨/٢٠٠١ الطعن

رقم ٨ لسنة ٢٠٠٢، مشار إليه لدى، أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٢،

ص ٩٠ وما بعدها.

² أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٨٨ ص ١٧٢ وما بعدها.

طبيعة هيئة التحكيم مع طبيعة الجهات المختصة بالأمر القضائية، لأنها الفرضية الوحيدة الموجودة للقول بوجود تنازع من عدمه؛ إذ أنه لا يعقل ، الأمر الذي أدى إلى البحث في مدى توافق طبيعة هيئة التحكيم مع طبيعة الهيئات ذات الاختصاص.. للنظر في نشوء نزاع.

أعتقد أن عدم النص على اعتبار هيئة التحكيم هيئة قضائية وفقا لنص المادة 25 من قانون المحكمة الدستورية العليا لا يمنع من اعتبارها هيئة قضائية باعتبارها هيئة خاصة استثنائية. ومن الضروري عدم الالتزام بنماذج قانونية جامدة في الحكم على تصور الصراع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، والاعتراف بنظام التحكيم كنظام جديد في النظام القانوني الذي فرضته الظروف وأحوال المجتمع في الوقت الراهن، وضرورة النظر في نشوء الصراع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة - إضافة إلى ما سبق - على عناصر أخرى وهي كما يلي:

أولاً: لم يراع التشريع العراقي واللبناني تصور وجود تنازع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة سواء من حيث افتراضه أو من حيث منع اختصاص المحكمة الدستورية العليا من نظر التنازع، إنما كان بصدد وضع تنظيم عام لاختصاص المحكمة الدستورية العليا في الفصل في تنازع الاختصاص بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم، ولا سيما في ضوء توجهات المحكمة

الدستورية العليا ستقرر في هذا النزاع¹ يكون القبول الفقهي لطبيعة التحكيم القضائية، وكون ما يصدر عن هيئة التحكيم من التصرفات القضائية التي لها حجية الأمر المقضي به.

ثانياً: يفترض الصراع بين الهيئات القضائية إمكانية ظهور هذا الصراع أو سببه المفترض. وفي عمل الهيئات القضائية، نتصور أن أحد الطرفين يعلن نفسه مختصاً بنظر النزاع في الوقت الذي يعلن فيه الطرف الآخر نفسه مختصاً. ومن المتوقع أيضاً أن تعلن إحدى جهتي القضاء بعدم الاختصاص في الوقت الذي يعلن فيه الطرف الآخر أيضاً أنه ليس لديه اختصاص قضائي. ومن المتوقع أيضاً أن تصدر السلطان قرارين متناقضين، وبالرجوع للتنظيم القانوني لعمل هيئة التحكيم يصبح من الواضح أن الخصم لا يمكنه الاستجابة لطلب مقدم الطلب في حالة الاتفاق على التحكيم، ويمكنه في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم، فيحق له الاستمرار في التحكيم مع الالتزام لهيئة التحكيم للبت في موضوع النزاع، وفي هذه الحالة يتصور صدور قرارين متناقضين من هيئة التحكيم ومحاكم الدولة.

وفي ضوء ذلك نرى - بحق - إمكانية حدوث نزاع بين هيئة التحكيم، باعتبارها هيئة خاصة استثنائية، ومحاكم الدولة، ونقترح تعديل القانون بإضافة فقرة جديدة إلى المادة تجيز للمحكمة

¹ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٢، ص ٩٠ وما بعدها.

الدستورية نظر النزاع بين هيئات التحكيم والمحاكم، وسيكون نص الدولة على النحو التالي:

"وتختص المحكمة بالفصل في تنازع الاختصاص بين هيئات التحكيم ومحاكم الدولة".

المطلب الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم

عبر أغلبية الفقه عن أن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يتمثل في التزام الأطراف بالامتناع عن اللجوء إلى السلطة القضائية،¹ وذهب آخرون إلى أن اتفاق التحكيم يترتب عليه إخراج النزاع من القضاء ووضعه ضمن اختصاص هيئة التحكيم،² وفي عبارة ثالثة أن اتفاق التحكيم

¹ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق للإشارة إليه، بند ٤٢ ص ١١٩ وما بعدها؛ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، 1990، بند ٨٣ ص ٢٤٧؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق للإشارة إليه، بند ٤٦١ ص ٩٤٢؛ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق للإشارة إليه، بند ٤٨ ص ٦٧ وما بعدها؛ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، بند ١٤١ ص ٤٩٤؛ محمد نور شحاته، تنفيذ أحكام المحكمين، بحث مقدم لمؤتمر اتحاد كليات الحقوق العربية ٢٢-٢٠ مايو ٢٠٠٦ بند ٧١ ص ٢٦؛ فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي، أكاديمية شرطة دبي، مج15، ع1، ص ٩٩؛ ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، 2016، ص ٢٨٦.

² أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق للإشارة إليه، بند ٤٨ ص ٦٧ وما بعدها؛ على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، بند ٣ ص ٣؛ أحمد صدقي، مفهوم الكتابة

يترتب عليه الأثر السلبي المتمثل في سحب اختصاص السلطة القضائية. وتنتظر الدولة النزاع الذي هو موضوع اتفاق التحكيم،¹

في اتفاق التحكيم، مرجع سابق ص ٨؛ ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق ص ٢٨٦.

¹ محمد نور شحاتة "تفويض حكم المحكمين في التشريعات العربية والمقارنة" مرجع سابق ص ٢٦؛ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق ص ١٥٣ و ١٥٤؛ باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ٢٠٠٥ ص ٣٦٦ وما بعدها، الواقع أن هذا التعبير هو أكثر التعبيرات التباساً مع المفهوم الصحيح لإنفاق التحكيم وما يترتب عليه من الناحية الفنية؛ إذ اتفاق التحكيم لا يسلب القضاء ولاية نظر النزاع، ويظل القضاء حتى مع وجود اتفاق التحكيم صاحب الولاية العامة في نظر النزاع.

وبعبارة أخرى يترتب على اتفاق التحكيم امتناع المحاكم عن نظر النزاع،¹ وبتعبير رابع يترتب على اتفاق التحكيم حجب اختصاص القضاء مؤقتاً عن نظر النزاع،¹ ويطلق البعض على هذا الأثر التحريمي لاتفاق التحكيم،² وقد عبر بعض الفقه الفرنسي عن هذا الأثر¹

¹ يردد جانب كبير في الفقه تعبير أنه يترتب على اتفاق التحكيم امتناع المحاكم من نظر النزاع (د.محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٢ ص ٢٤٧؛ أمال الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص ٥٧؛ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٣٦ ص ١٢٣؛ باسمة دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق ص ٣٦٤ وما بعدها)، الواقع أن هذه التعبير محل نظر، لأن اتفاق التحكيم يقتضي استناداً للقوة الملزمة له التزام أطرافه بالبدء في التحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، دون أي إلزام على القضاء بالامتناع عن نظر النزاع، أن القضاء ليس طرفاً في اتفاق التحكيم حتى يمكن القول بالتزامه بالامتناع عن نظر النزاع، فاتفاق التحكيم سند مدني لإثبات أن الأطراف قد اتفقوا على اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، وأن المشرع قد أعطى القضاء السلطة بعد التأكد من وجود اتفاق التحكيم وصحته أن يقرر خروج هذه المنازعة مؤقتاً عن اختصاصه لحين الفصل فيها من التحكيم أو عدم الفصل، ويشترط لتصدي القضاء لتلك المسألة، تمسك الخصم بالدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في موضوع النزاع؛ إذ يتمثل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في امتناع الأطراف عن اللجوء للقضاء؛ إذ مقتضى اتفاق التحكيم هو إجازة المشرع للأفراد في الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع.

¹ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨١ ص ٢٦٢؛ شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة ١٩٧٤ ص ٤١٥؛ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٥٧ ص ١٥٠ وبصفة خاصة بند ١٥٩ ص 152

² يقصد بالأثر المانع لاتفاق التحكيم التزام أطرافه بالامتناع عن اللجوء للقضاء؛ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية" بند ٨٢ ص ٢٤٧؛ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية" مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٥٤ ص ٦٣؛ مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٣١ ص ٤٥ وما بعدها، ولنفس المؤلف، الأثر المانع لاتفاق التحكيم، كتاب التحكيم والقانون مركز الدكتور عادل خير ١٩٩٧ ص ١٠٩ وما بعدها؛ باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره" مرجع سابق ٣٦٦ وما بعدها، وقد ذهبت إلى أن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يتمثل في سلب الاختصاص من قضاء الدولة لصالح اتفاق التحكيم، وأن الأثر السلبي له جانبين، أحدهما يتعلق بالتزام الأطراف بعدم اللجوء للقضاء؛ إذ يعتبر اتفاق التحكيم بمجرد وجوده مانعا من اللجوء للقضاء، والثاني يتعلق بتخلي قضاء الدولة عن نظر النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم، الواقع أن اتفاق التحكيم لا يسلب الولاية العامة للقضاء في نظر النزاع، إنما هو نوع من الاتفاق لا يمنع من اللجوء للقضاء سواء بالنزول الصريح أو الضمني عن اتفاق التحكيم، فاتفاق التحكيم لا يمنع الأطراف مجتمعين من اللجوء للقضاء، بل المنع قاصر على التصرف الفردي لكل طرف، فلا يكون لكل طرف منفردا اللجوء للقضاء ما لم يوافق الطرف الآخر على ذلك صراحة أو ضمناً، ومن ناحية ثانية فإن اتفاق التحكيم لا يخول المحكمة السلطة التقائية في عدم نظر النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم، بل أن هذا الالتزام لا يكون إلا في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى وقبل الكلام في الموضوع، ومن ثم نرى من الأجدر عدم استعمال تعبير سلب اتفاق التحكيم لولاية القضاء واستعمال التعبير المناسب بأن اتفاق التحكيم لا يجيز لكل طرف اللجوء للقضاء بصفة منفردة ما لم يتنازل الطرف الآخر صراحة أو ضمناً، وأنه يترتب على اتفاق التحكيم امتناع محاكم

في الواقع فإن اتفاق التحكيم لا يحرم القضاء من اختصاصه بنظر النزاع،² كما أنه لا يترتب عليه اختصاص هيئة التحكيم وحدها بنظر النزاع وعدم اختصاص القضاء بنظره. ولا بد من التمييز بين التزام الخصوم باللجوء إلى التحكيم أو متابعتة خارج نطاق اختصاص الدولة، وبين النتائج السلبية التي تنشأ عن نشوء حق الخصم في المطالبة بوجود اتفاق التحكيم في حالة مخالفة الطرف الآخر لاتفاق التحكيم، والتزام المحكمة في هذه الحالة بإعلان عدم أهليتها أو قبول وجود اتفاق التحكيم بين ما يترتب على هذا الاتفاق من حيث اختصاص هيئة التحكيم على بالنزاع وعدم اختصاص القضاء بنظره، فإن اتفاق التحكيم يترتب عليه الجانب السلبي المتمثل في ظهور حق الخصم في الدفاع عن وجود اتفاق التحكيم في حالة مخالفة الطرف الآخر لاتفاق التحكيم، وللخصم الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل إبداء رأيه في الموضوع والتزام المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص أو القبول في حالة تحقق المحكمة من وجود اتفاق التحكيم، دون أن يترتب على اتفاق التحكيم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع

الدولة من نظر النزاع إذا تمسك الخصم بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى وقبل الكلام في موضوع النزاع
النزاع.

¹ Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER «Le Nouveau droit Egyptien de l'arbitrage» Rev. Arb 1994, n° 4. p. 672

² أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف ١٩٨٨ الطبعة الثامنة بتد ٤٧٥ ص 864

وعدم اختصاص السلطة القضائية بنظر موضوع النزاع.¹ أو حرمان السلطة القضائية للدولة مؤقتاً من هذا الاختصاص لصالح محاكم التحكيم؛ ويبقى القضاء هو صاحب الاختصاص العام بنظر النزاع، ويضاف اختصاص فريق التحكيم² بنظر النزاع إلى اختصاص القضاء العام. وفي هذه الحالة يحق للطرف الآخر أن يتمسك بوجود اتفاق التحكيم إذا لجأ الطرف الأول إلى العدالة بشرط تمسكه بوجود اتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دفاع في الموضوع.

ومن ناحية أخرى فإن اتفاق التحكيم لا يترتب عليه امتناع المحاكم عن نظر النزاع؛³ لأن المحاكم ليست طرفاً في اتفاق التحكيم وقد ألزم القانون المحاكم بالحكم على عدم القبول أو

¹ عكس ذلك؛ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1997، بند ١٢٩ ص ١٩٨ وما بعدها.

² عكس ذلك، راجع محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨١ ص ٢٦٢؛ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٥٧ ص ١٥٠ وبصفة خاصة بند ١٥٩ ص 152

³ عكس ذلك؛ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية "بند ٨٢ ص ٢٤٧، أمال الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، مرجع سابق ص ٥٧؛ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٣٦ ص ١٢٣؛ بأسامة دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق ص ٣٦٤ وما بعدها؛ إذ المقصود بالأثر المانع لاتفاق التحكيم هو منع الأفراد من اللجوء للقضاء وليس منع المحاكم من نظر النزاع.

الاختصاص في الدعوى التي يدفع فيها الخصم بوجود اتفاق التحكيم قبل مناقشته؛ إن إبرام اتفاق التحكيم ودفاع الطرف الخصم عن وجود اتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دفاع في الموضوع يؤدي إلى وجود طلب عرضي أثناء نظر النزاع أو خصومة جديدة تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده ، وأن القانون قد أعطى الأولوية لتسوية الطلب العارض أو النزاع الجديد فيما يتعلق بالطلب الأصلي؛ وعندما تتحقق المحكمة من وجود الطلب التمهيدي أو دفاع المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم، يتعين على المحكمة أن تحكم بعدم جواز قبول التحكيم أو اختصاصه بنظر النزاع أو أن تحكم بوجود التحكيم وصحة اتفاق التحكيم، مما يقتضي لجوء أطراف اتفاق التحكيم إلى التحكيم، بل يعني ضمنا التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم أو السعي إلى ذلك - وهذا دون اختصاص الدولة استنادا إلى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وهذا لا يفعله لا تشمل الاتفاق على منع المحاكم من النظر في النزاع أو عدم اختصاصها بنظر هذه النزاعات؛ تتمتع المحاكم دائما بولاية عامة لنظر النزاع¹، لذلك يحق للخصوم اللجوء إلى القضاء مرة أخرى إذا فشلوا في الاتفاق على مواصلة إجراءات التحكيم، أو إذا تراجعوا صراحة عن اتفاقهم على التحكيم للاستماع. أن يكون النزاع استثنائيا ومؤقتا،

¹ عكس ذلك؛ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 199 و ٢٠٠، حيث ذهب إلى أن اتفاق

التحكيم يترتب عليه اختصاص هيئة التحكيم دون قضاء الدولة.

ويمكن للخصوم أن ينسحبوا منه صراحة أو ضمناً،¹ ولذلك فإن اتفاق التحكيم يتضمن الاتفاق اللجوء إلى التحكيم أو استمراره دون سلطة قضائية للدولة، أي أنه يتضمن الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى استثناءً بالإضافة إلى اختصاص القضاء العام بنظر النزاع. إن اتفاق التحكيم كما ذكرنا لا يحرم القضاء من اختصاصه بنظر النزاع ولا يعتبر تنازلاً عن حق اللجوء إلى القضاء.² لن تكون هذه الاتفاقية نافذة إلا إذا وافق الطرف الآخر على وجود اتفاق التحكيم قبل الفصل في الأمر. وهذا لا يمنع القضاء من نظر النزاع، لأن اتفاق التحكيم ليس أكثر من عقد كسائر العقود، والحكم في العقود له أثر نسبي، فهو لا يلزم إلا أطرافه والقضاء. ولا تعتبر المحاكم طرفاً في هذه الاتفاقية، لذا يمكن القول أن المحاكم ملتزمة بعدم النظر في النزاع.

¹ للمزيد: راجع: أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٥٧ ص ١٥٠ وبصفة

خاصة بند ١٥٩ ص 152

² د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٦١ بند ١٠٢ ص ١٢٥؛ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية "مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨١ ص ٢٦١؛ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٥٧ ص ١٤٩، انظر رسالتنا للدكتوراه، بعنوان: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات، جامعة القاهرة بند ١٥٦ ص ١٨٨ و 186

الأثر السلبي لاتفاق التحكيم أو الأثر التحريمي لاتفاق التحكيم يعني التزام جميع أطرافه بعدم اللجوء إلى السلطة القضائية،¹ ولا يجوز لكل من طرفي اتفاق التحكيم اللجوء إلى السلطة القضائية منفرداً إلا بموافقة الطرف الآخر صراحة أو ضمناً على التنازل عن اتفاق التحكيم، مع التزام قضاء الدولة بعدم اختصاصه بنظر النزاع إذا احتج الطرف الآخر في الاتفاق بوجود اتفاق التحكيم قبل إبداء رأيه في الموضوع، ويترتب على هذا الأثر نشأة حق الخصم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم إذا أخل الخصم الآخر بالتزامه باتفاق التحكيم. وسيكون للمحكمة الحق في الحكم بعدم الاختصاص أو القبول إذا احتجت أولاً بوجود اتفاق التحكيم قبل التحدث في موضوع النزاع.

والأساس في ذلك هو أن التحكيم يتم على أساس اتفاق الأطراف على اختيار محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع بقرار ملزم دون قضاء الدولة، فهو اتفاق على اللجوء إلى التحكيم أو متابعته دون السلطة القضائية للدولة. وهو التزام باللجوء إلى التحكيم أو متابعته من الجانب الإيجابي ومن الجانب السلبي، ومعنى اللجوء إلى التحكيم أو الإبقاء عليه هو إعطاء الأولوية للتحكيم في حالة النزاع دون اختصاص الدولة، ويمنع ذلك ضمناً كل طرف من اللجوء منفرداً إلى السلطة القضائية ما لم يوافق الطرف الآخر صراحة أو ضمناً على التنازل عن

¹ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٣ ص

اتفاق التحكيم، على أن تكون المحكمة عازمة على الامتناع عن نظر النزاع إذا دفع الخصم الآخر بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع،¹ ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان وفقاً لنص المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.²

¹) Pierre JULLIEN, Natali FRICERO « Droit Judiciaire Privé » L.G.D.L, éd. 2001, n° p. 413; Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER « Le Nouveau Droit Egyptien de L'arbitrage» Rev. Arb 1994, n° 4. p672.

² Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé» op. cit., n° 719, p.413, Jean Vincent et Serge GUINCHARD «procédure civile» op. cit., n°1664, p. 1118 et s.; Cour d'appel de Paris; Ch. civ. 29 avril 2003; Rev. Arb. 2003; n°4; p. 1296 et s; not Charles Jarrossos. Cour d'appel de paris, 1er; Ch. Urg., 1er décembre 1993, Rev. Arb. 1994, n°4. p. 695 ET s; note, Daniel COHEN, Rev. Arb. 1994, p .697 et s

الجدير بالذكر أن المادة ٨/١ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ على أن: "على المحكمة التي يرفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين للتحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول بموضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ وعديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه"، كما هو الحال في القانون الفرنسي وقانون التحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة في عام ١٩٨٥ على منح المحكمة سلطة تلقائية في تقدير اتفاق التحكيم، وأن المبدأ في القانون اللبناني والعراقي والمقارن أنه لا خصومة إلا بناء على طلب وأن اتفاق التحكيم يتعلق بالصالح الخاص للأشخاص، وأن البطلان الذي يتعلق باتفاق التحكيم لا يمس النظام العام للمجتمع بل يتعلق بالصالح الخاص للأفراد؛

وبالتالي فإن اتفاق التحكيم لا يحرم الدولة من اختصاصها في نظر النزاع. ولا تمتنع المحاكم من تلقاء نفسها عن نظر النزاع المرتبط باتفاق التحكيم،¹ لأن اتفاق التحكيم لا يعتبر تنازلاً عن حق اللجوء إلى العدالة، ويمنع بذلك كل طرف بمحض إرادته من اللجوء إلى السلطة القضائية² دون موافقة الطرف الآخر على التنازل صراحة أو ضمناً عن اتفاق التحكيم، مع

إذ المستقر عليه أن اتفاق التحكيم لا يتعلق بالنظام العام، وأن المشرع قد وضع العديد من الضمانات لأطراف فلا يكون إلا لمن كان له أهلية التصرف في الحق إبرام اتفاق التحكيم ولا تجوز الوكالة العامة، ويتعين لإعماله وجود وكالة خاصة، وفي ضوء ذلك لا يكون للمحكمة إذا ما أبدى الخصم الدفع بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى وقبل الكلام في الموضوع سوى الحكم في هذا الدفع ما لم يثر الطرف الآخر بطلان اتفاق التحكيم وفقاً للقواعد العامة في البطلان دون حق المحكمة في الحكم به من تلقاء نفسها.

¹ ويذهب بعض الفقه للقول بأنه يترتب على اتفاق التحكيم منع قضاء الدولة من نظر النزاع، محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، بند 82 ص ٢٤٧؛ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٣٦ ص ١٢٣؛ باسمه دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق ص ٣٦٤ وما بعدها، الواقع أن التعبير السابق محل نظر، لأن اتفاق التحكيم يتضمن اتفاق الأطراف على الالتزام بالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، ولا يتضمن التزام الدولة بمنع نظر النزاع، فالدولة ليست طرفاً في الاتفاق.

² د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٦١ بند ١٠٢ ص ١٢٥، محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية" بند ٨١ ص ٢٦١؛ أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٥٧ ص ١٤٩، انظر رسالتنا للدكتوراه، بعنوان، النظرية العامة

التزام المحكمة بالامتناع عن نظر النزاع إذا أكد الطرف الآخر وجود اتفاق التحكيم قبل قبل الكلام في الموضوع.

وتجدر الإشارة إلى أن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم لا يقتصر على مجرد التزام الأطراف بالامتناع عن اللجوء إلى النظام القضائي، بل يمتد إلى الامتناع عن الطعن في قرار الأطراف بالوسائل التي ينص عليها القانون، ولا يتفق مع تنظيم المشرع للتحكيم أنه يقتصر على محاكم الدرجة الأولى فقط. بل إن الهدف من تنظيم المشرع للتحكيم كنظام إجرائي هو تمكين الأطراف من حل النزاع بقرار ملزم. ووجود رضا مسبق عن قرار المحكمين. ولذلك نرى أن عدم قدرة المشرع على السماح بالطعن في قرار ما يكون أساس المحكمين هو القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وموافقة الأطراف المسبقة على حسم النزاع بقرار ملزم.

للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات ، جامعة القاهرة بند ١٥٦ ص

وينشأ هذا الأثر من القوة الملزمة لاتفاق التحكيم¹ واستحالة تعديله أو إلغائه بالإرادة المنفردة²؛ واتفاق التحكيم عقد لا يخرج عن هذه القاعدة العامة كأى عقد آخر، مما يترتب عليه التزام طرفي التحكيم باللجوء إلى التحكيم أو متابعتة دون اللجوء إلى للقضاء³، فلا يجوز الانسحاب عنه بالإرادة الانفرادية فإذا انتهك أحد الطرفين هذا الالتزام، يحق للطرف الآخر في اتفاق التحكيم التأكيد على وجود اتفاق التحكيم. ويجب أن يتم الاتفاق على التحكيم قبل مناقشة الموضوع أو الجلسة، كما هو الحال في قانون الإجراءات المدنية اللبناني. وبخلاف ذلك، سيضيع الحق في تقديم المطالبة بسبب وجود اتفاق التحكيم، وبالتالي يتنازل الطرف الخصم ضمناً عن اتفاق التحكيم. ولا يعتبر ذلك تنازلاً ضمناً عن اتفاق التحكيم طلب

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي" مرجع سابق بالإشارة إليه، بند ٢٤١ ص

² محمد فتوح عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مبدأ ٢٠ ص ٣٤؛ باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق، ص ٣٦٢ تمييز دبي الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٩٣، جلسة ١٣/٢/١٩٩٤ العدد ٥ ص ١٧٦، الطعن رقم ٩٦ لسنة ٨٨ جلسة ١٩٨٩/٣/٤ العدد ١ ص 186

³ فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٩٤، ٩٥.

التأجيل أكثر من مرة لضم طلب آخر أو تقديم دفاع¹ لا يغير حكم محكمة تمييز دبي الصادر بتاريخ 20 يونيو 2004 عندما طلب الطرف الخصم التأجيل للإطّلاع أو للجواب على صحيفة الدعوى؛ وعليه أن يلتزم بشرط التحكيم من الجلسة الأولى وفقاً لنص المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية، سواء كان موضوع النزاع معروضاً هناك أم لا، ولا فائدة من الالتزام بشرط التحكيم عقب ذلك مباشرة لأن من سقط لا يعود.²

وقد نصت المادة ٢/٢ من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بقولها "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق بين الأطراف أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم للتحكيم"، ونصت المادة ٨/١ من قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر عن الأمم المتحدة ١٩٨٥ على أن "على المحكمة التي يرفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين للتحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول بموضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ و عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه، ونصت المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي على التزام

¹ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة

إليه، بند ٤٨ ص ٦٥.

² تمييز دبي الطعن رقم ٥٧٥ لسنة ٢٠٠٣ الصادر جلسة ٢٠ يونيو ٢٠٠٤ ص ١٣٥٧.

المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في حالة الاتفاق على التحكيم سواء كان ذلك قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعدها، وفي الحالتين لا يجوز للمحكمة الحكم تلقائياً بعدم الاختصاص .

٨٨ - المستفاد من النصوص السابقة كفاءة التنظيم الدولي والقوانين في معظم الدول على الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، والذي يتمثل في منع كل طرف على حده من اللجوء للقضاء في حالة الاتفاق على التحكيم، استناداً للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وأنه لا يجوز العدول عنه بالإرادة المنفردة،¹ غير أنه يلاحظ على تلك النصوص عدم الدقة في استعمال التعبير القانوني الصحيح؛ إذ يتعين النظر لطبيعة اتفاق التحكيم وما يترتب من أثر وأثر ذلك على اختصاص المحكمة؛ إذ تعبير المادة ٢/٢ من اتفاقية نيويورك بأنه على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق بين الأطراف أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم للتحكيم، لا يتفق مع طبيعة هذا التشريع باعتباره اتفاقية دولية تخاطب المشرع وليس المحكمة في الدول الموقعة عليها ، إذا كان يكفي النص على التزام الدول بالتحكيم وفق تشريعاتها الداخلية والاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، دون حاجة للنص على الالتزام بالإحالة أو بغيره، كما أن النص في المادة ٨/١ من قانون التحكيم التجاري الدولي على التزام المحكمة التي يرفع أمامها دعوى فـي مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين للتحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول

¹ Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «droit judiciaire privé» op. cit., n° 719, p. 413.

بموضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ وعديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه، فيه خلط بين سلطة المحكمة بالفصل في الطلب وفكرة الإحالة في قانون المرافعات¹.

ومن ناحية أخرى، فإن استخدام المشرعين للعبارة التي بموجبها يجب على المحكمة التي تنتظر نزاعاً يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعد اختصاصها أو عدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، فيه الخلط بين سلطة المحكمة في الفصل في القضية والأثر السلبي لاتفاق التحكيم؛ ولا بد من الفصل بين أثر اتفاق التحكيم على اختصاص المحاكم وسلطة المحكمة في الحكم على تأكيد وجود اتفاق التحكيم في هذه الحالة. وكذلك استخدام المشرع العراقي لتعبير إذا اتفق الأطراف على التحكيم في النزاع، فلا يجوز رفع الأمر إلى المحكمة، فهو سقوط للحق في النزاع. كما أنها تعبر عن كلمة الوصية التي منها نستنتج أنها قاعدة إلزامية، والأجدر في رأينا استعمال تعبير للمحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم"، بدلا من تعبير يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم الوارد" في المادة ٨/١ من قانون التحكيم التجاري الدولي، وتعبير التزام المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص الوارد في المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات

¹ محمد فتوح عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية، مرجع سابق بالإشارة مبدأ ٢٠ ص ٣٤؛ باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة

الفرنسي،¹ وتعبير ولا يجوز للمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى نظر الدعوى، إذ مقتضى ذلك أن اتفاق التحكيم لا يمنع من اللجوء للقضاء مطلقاً، ويترتب عليه امتناع الأطراف من اللجوء للقضاء وهو ما يطلق عليه بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم فإذا أخل الخصم بهذا الالتزام كان للطرف الآخر التمسك بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط حقه في إيداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم، ولا يغل ذلك يد المحكمة المختصة في استعمال سلطتها التقديرية في الفصل في الدفع بوجود اتفاق التحكيم والتحقق من وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده.

¹ تعبير التزام المحكمة بالإحالة هنا غير دقيق، فلا يقصد به الإحالة بمعناها في قانون المرافعات؛ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٥، كما لا يجوز الإحالة بين القضاء والتحكيم لقيام ذات النزاع، وقد قضت محكمة تمييز دبي في ١٣/٢/١٩٩٤ بأنه: "لا يجوز الإيداء أمام المحكمة بالدفع بالإحالة إلى المحكم لقيام ذات النزاع أو نزاع آخر مرتبط به أمامه، لأن القاعدة أن الإحالة لا تجوز إلا بين المحاكم في نطاق الجهة القضائية الواحدة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وإذ خلا القانون من نص يجيز الإحالة إلى المحكم فإن وقوف الحكم المطعون فيه عند حد القضاء بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم دون إحالة الدعوى إلى هيئة التحكيم لا يكون قد خالف القانون" (تمييز دبي الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٩٣ جلسة ١٣/٢/١٩٩٤ العدد ٥ ص ١٧٦ ، فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٤٦١ ص ٩٤٣ هامش ٥، ولنفس المؤلف، راجع: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٥.

يترتب الأثر السلبي أو المانع لاتفاق التحكيم بالتزام أطراف اتفاق التحكيم بعدم اللجوء للقضاء وحق الخصم في التمسك بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع؛ إذ يترتب على ذلك التزام المحكمة بالحكم بعدم قبول الدعوى أو الحكم بعدم الاختصاص والسؤال هو: هل يعتبر عدم استجابة المدعى عليه أو عدم رده على الشكوى المقدمة أمام المحكمة ومباشرة إجراءات التحكيم تنازلاً عن الجزم بوجود اتفاق التحكيم وتنازلاً عن اتفاق التحكيم؟

إن الإجابة على هذا السؤال يعوقها تكييف الفقه للدفاع عن وجود اتفاق تحكيم، لأن الفقه اختلف في طبيعة الدفاع عن وجود اتفاق تحكيم¹، بحيث قسم من العراقيين واللبنانيين وقد قرر الفقه تكييفه كوسيلة للاستثناء من عدم الكفاءة، وهو ما نص عليه صراحة في المادة من قانون الإجراءات الفرنسي، بينما ذهب جانب آخر في الفقه إلى أنه دفع بعدم القبول الإجرائي الذي يسقط بالكلام في الموضوع،² كما يزيد من صعوبة المسألة نص المادة ٢/٢ من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

¹ المستقر عليه فقها وقضاء أن اتفاق التحكيم لا يتعلق بالنظام العام، للمزيد انظر لاحقا بند ٧٢ ص ٢٠٧ وما

بعدها

² Pierre JULLIEN, Natalie FRICERO «droit judiciaire privé» L.G.D.L, éd. 2001, n° p.

413; Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER « Le Nouveau droit

Egyptien de l'arbitrage» Rev. Arb 1994, n° 4. p. 672.

والحقيقة أن عدم رد المدعى عليه على الدعوى في هذه القضية لا يمنع المحكمة من الاستمرار في الفصل في النزاع وفقاً لمبدأ حضور الخصم،¹ كما أن فتح إجراءات التحكيم من قبل المدعي لا يسمح للمحكمة اعتبار ذلك تنازلاً عن اتفاق التحكيم، ولا يحول تقديم الشكوى دون بدء إجراءات التحكيم أو استمرارها؛ حيث أن المقصود بالتنازل الضمني عن اتفاق التحكيم هو التنازل الذي يعبر ضمناً عن الانسحاب من اتفاق التحكيم، كما أن رد الدعوى أو ردها عليها لا يعتبر تنازلاً عن اتفاق التحكيم، ولا مجرد سكوته إقراراً بوجود اتفاق التحكيم دون الحديث عن التنازل عن اتفاق التحكيم؛ ويجب أن يتم التنازل الضمني عن اتفاق التحكيم بفعل يعبر عن تنازل الخصم عن اتفاق التحكيم.

أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٦٢ ص ١٥٣ وما بعدها، في الواقع، أن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه: دفع بعدم الاختصاص يستلزم الإحالة وفقاً لنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات، وهو أمر غير منصوص لأن الإحالة لا تكون إلا بين جهتين قضائيتين ولا إحالة - وفقاً للمستقر عليه فقهاء^١ - بين القضاء والتحكيم لأن التحكيم ليس جهة قضائية بالمعنى الصحيح؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٤٦١ ص ٩٤٣.

¹ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٤٦١ ص ٩٤٤، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٩٥ ص ١٨٢ و ١٨٣؛ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم" مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٤٨ ص ٦٨ وما بعدها.

الإشكالية التي يمكن أن تترتب على التنظيم القانوني الوارد النص عليه في المادة ٨/٢ من قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) هي احتمالية صدور حكمين متناقضين، أحدهما من قضاء الدولة والآخر من هيئة التحكيم المشكلة وفقاً لاتفاق التحكيم، وتزداد المشكلة صعوبة في تحديد الجهة القضائية المسؤولة عن الفصل في هذا التناقض، وهل المحكمة الدستورية العليا مختصة بالفصل في هذا النزاع.¹

كيف لا يترتب على إثارة الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع سقوط الحق في الاحتجاج بوجود اتفاق التحكيم واعتبار الخصم متنازلاً ضمناً عن اتفاق التحكيم مع إعطاء الطرف الآخر في اتفاق التحكيم الحق في مباشرة إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها وإلزام هيئة التحكيم بالفصل في النزاع المعروض عليها ، فما الحل إذا لم يفعل الطرف الآخر ألا يعبر عن تنازل ضمني عن اتفاق التحكيم؟ فهل يحق له مباشرة أو مواصلة إجراءات التحكيم لدى هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في هذا الأمر، وبطريقة أخرى هل هو مجرد عدم التعبير عن الدفع قبل الكلام؟ هل تعتبر الحالة بمثابة تعبير عن سقوط الحق في الدفع وتعتبر بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم؟ والأنسب في رأينا أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم في هذه

¹ للمزيد عن مبدأ حضورية الخصومة في قانون المرافعات، راجع : فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٣١٢ ص ٥٧٣ وما بعدها؛ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٣٧٠ ص ٦٣٨ وما بعدها.

الحالة لا يسقط لمجرد أن الطرف الآخر لم يعبر عنه قبل أن يعرب عن السؤال، وأن ما يحتج به في الدفاع وجود اتفاق التحكيم،¹ وباعتبار أن صاحبه قد تنازل عن اتفاق التحكيم، هو مخاطبة الخصم في المسألة المنظورة أمام المحكمة، وذلك بالحديث عن الأمر بما يعبر ضمناً عن تنازله عن اتفاق التحكيم، فلا يكفي مجرد الصمت عن الجزم بوجود اتفاق التحكيم أو عدم الرد خلال الجلسة الأولى، كما لا يكفي أن يعلم الخصم بوجود محاكمة أمام المحكمة. بل يجب عليه أن يتصرف أمام المحكمة بشكل يعبر عن تنازل ضمني عن اتفاق التحكيم.

92- وتجدر الإشارة إلى أن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم هو أثر ناتج عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وإذا فشل أي طرف في اتفاق التحكيم في الالتزام بهذا الالتزام الملزم، يحق للطرف الآخر الدفع بوجود اتفاق التحكيم أثناء الجلسة الأولى وقبل إبداء رأيه في الموضوع. وإلا سقط حقه في التصرف ويعتبر متنازلاً عن اتفاق التحكيم وعن الدفع بثبوت وجود اتفاق التحكيم، إن الفعل الإجرائي المشتق مباشرة من النزاع القانوني، لا يعتبر مشتقاً مباشرة من اتفاق التحكيم، وهذا لا يغير شيئاً إذا كان اتفاق التحكيم هو أساس الدعوى، كما كان الحال في دولة لبنان - قبل ذلك قانون الإجراءات المدنية الحالي - أن يقوم طرفاً اتفاق التحكيم بتسجيل اتفاق التحكيم قبل البدء في إجراءات التحكيم، كما هو الحال بالنسبة لطلب تعيين المحكمين؛

¹ راجع : أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٧٩ و ١٨٠ و ١٨١ و ١٨٢

و ١٨٣ و ١٨٤ و ١٨٥ و ١٨٦ و ١٨٧ و ١٨٨ ص ١٦٧ وما بعدها.

الغرض من المحاكمة هو حماية القانون الموضوعي وليست عملاً إجرائياً مستمداً من اتفاق التحكيم، وهو ليس أكثر من نوع معين من الاتفاق.

إن اتفاق التحكيم لا يحرم السلطة القضائية من اختصاصها في النزاع موضوع الاتفاق. وبما أن القضاء له ولاية عامة للفصل في جميع المسائل الموضوعية والعاجلة،¹ فإنه يحق للأطراف الانسحاب صراحة من اتفاق التحكيم واللجوء إلى القضاء، كما يحق لكل منهم اللجوء إلى السلطة القضائية لحل النزاع. ومع ذلك، فإن هذا الانسحاب الفردي من اتفاق التحكيم لا ينطبق، على أساس القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ما لم يقبل الطرف الآخر هذا التنازل صراحة أو ضمناً؛ ويجب على الطرف الآخر القيام بما من شأنه أن يعبر عن هذا التنازل، كالحديث عن موضوع النزاع أو تقديم مذكرة دفاع أو الإعلان عن استعداده لاتخاذ الإجراءات القانونية.

وإذا لجأ الطرف الآخر إلى التحكيم رغم لجوئه إلى المحكمة، وجب أن يستمر التحكيم، وفي هذه الحالة يجب على هيئة التحكيم أن تفصل في الأمر، ،

بداية يمكن أن نعتقد أن مجرد لجوء أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى السلطة القضائية يعتبر بمثابة تنازل كامل عن اتفاق التحكيم إلا أن الواقع هو أن اتفاق التحكيم يمكن أن يتضمن

¹ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٣٩ ص ٨٨ وما بعدها.

مسائل كثيرة، فإن لجوء أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى المحكمة لا يعتبر تنازلاً عن اتفاق التحكيم بأكمله، بل يقتصر هذا التنازل على موضوع اتفاق التحكيم المقدم إلى المحكمة، فلا يجوز منع هذا الطرف من اللجوء إلى التحكيم إلا في هذه الدعوى. ولا يشمل ذلك أي دعوى أخرى يتضمن موضوعها اتفاق التحكيم، ولا يشمل التنازل عن دعوى أخرى ولو كانت متعلقة بالدعوى الأولى.

يشتمل هذان الجانبان من اتفاق التحكيم على آثار اتفاق التحكيم؛ وعليه، فإن أطرافها ملزمون، من وجهة نظر إيجابية، باللجوء إلى التحكيم، كما يلتزم كل طرف، من وجهة نظر سلبية، بالامتناع عن اللجوء من جانب واحد إلى النظام القضائي للدولة¹ وقبول القرار الصادر في هذه القضية. فإن اتفاق التحكيم لا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تنفذ الآثار الناجمة عن اتفاق التحكيم من تلقاء نفسها، بل يجب على أحد الخصوم أن يلتزم بالزعم الذي يقوم على أساسه اتفاق التحكيم، وإلا اعتبر الخصم متنازلاً في هذه الحالة عن اتفاق التحكيم.

2

¹ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٣٩ ص ٨٩.

² فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٤٥٧ ص ٩٤٢؛ إبراهيم حرب محيسن "طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية" مرجع سابق ص ٣٠ وما بعدها؛ د.باسمة لطفي دباس "شروط اتفاق التحكيم وآثاره" مرجع سابق ص ٣٦٢ وما بعدها.

الخاتمة:

بنهاية الدراسة يجب توضيح دور التحكيم في توحيد و تنسيق قواعد التجارة الدولية، بحيث أصبح ظاهرة مسلما بها في ميدان التجارة الدولية، في الأخير يمكننا القول أنه بزيادة أهمية التجارة الدولية، و كثرة مشاكلها أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حلول قانونية لها أمر يشغل الباحثين و المشرعين في مختلف الدول سواء على المستوى الوطني أو بالأخص على المستوى الدولي، مما جعل مختلف المنظمات والهيئات الدولية تسعى إلى خلق قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري الدولي بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي الذي يسود في دولة من الدول، و دون اعتبار لطبيعة النظام القانوني الذي تتبعه هذه الدول، و عليه أخذ التحكيم التجاري الدولي باعتباره أهم آلية لتسوية النزاعات التجارية حيزا كبيرا من حيث مساهمته و لو بطريقة غير مباشرة في محاولة خلق قواعد قانونية موحدة يتم اللجوء إليها في حالة وقوع نزاع في إطار التجارة الدولية، و يتجلى ذلك من خلال مجموع الأحكام التحكيمية التي صدرت بشأن عقود تجارية ثارت بسببها خلافات أدت إلى استخلاص أحكام تجارية خاصة في مجال تتنازع القوانين بالدرجة الأولى من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على مختلف النزاعات وفقا لقواعد قانون التجارة الدولية. فالتحكيم و إن لم يحقق ذلك التوحيد الذي تسعى إليه مختلف الدول، فإنه كان بمثابة طريق للوصول إلى بعض الأحكام الموحدة و ذلك تجسد بصورة واضحة من خلال القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي سنة 1985 و بالتالي يمكن اعتبار هذه

الآلية هي المبدأ الرئيسي الذي يحكم العلاقات التجارية في الوقت الراهن لكثرة تداوله بين المتعاقدين. تناولت هذه الدراسة بالبحث والتحليل موضوع تنازع القوانين في حل النزاعات الناشئة في المعاملات التجارية الدولية والتي يتفق أطرافها على حلها بطريق التحكيم، فقد شكل التحكيم التجاري الدولي حقيقة ثابتة وواقعاً لا يمكن تجاهله ساهم بشكل كبير في حل النزاعات التجارية الدولية، إلا أن اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات التجارية الدولية يصطدم بعدد من العوائق أهمها القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي ، إبتداءً باتفاق التحكيم وإنهاءً بالقرار التحكيمي الصادر كما ان القانون المختار سواء تم اختياره عن طريق ارادة الأطراف او عن طريق المحكم او بالقواعد التشريعية يقف امامه مانع عام وهو وجوب عدم مخالفة القانون الواجب التطبيق للنظام العام في البلد الذي يراد فيه الاعتراف بالحكم الذي طبقه و قد خلصت في نهاية البحث إلى مجموعة من النتائج و التوصيات تمثلت في النقاط التالية:

1. يتضح لنا بعد التدقيق بما ورد من التعريفات اللغوية والفقهية والتشريعية والقضائية، الى ان التعريف اللغوي للتحكيم لم يفرق بين التحكيم والقضاء، فالقاضي محكم والمحكم قاض، بخلاف التعريفات الاصطلاحية للتحكيم الذي فرقت بينهما، حيث أن التحكيم يتولاه حاكم يختاره الخصمين برضاها و ليس القاضي كما هو الحال في القضاء.

2. كما يتضح ان التحكيم يقوم على ثلاث عناصر، أولهما اتفاق المتعاقدين: الذي يتمثل في اتفاق المتعاقدين على حل النزاع الذي ينشأ في العقود بواسطة التحكيم، وهو ما يسمى شرط التحكيم، وقد يتفق المتعاقدين على حل نزاع معين نشأ بالفعل عن طريق التحكيم، وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم. وثانيهما: حرية اختيار المحكم الذي يمنح بموجب اتفاق التحكيم صلاحية الفصل في موضوع النزاع بقرار ملزم اما العنصر الثالث: يتمثل بوجود نزاع قائم فعلاً أو سوف يقوم لاحقاً بين المتعاقدين. وعليه فإن التحكيم يمر بثلاث مراحل تبدأ بالاتفاق على التحكيم ثم إجراءات نظره والفصل في موضوعه، ثم تنفيذ الحكم الصادر في تلك الخصومة.

3. ويتضح لنا بأن التحكيم الدولي هو عبارة عن وسيلة رضائية اختيارية تقوم على الإرادة الحرة لأطراف النزاع من أشخاص القانون العام، حيث ان أطراف النزاع يتفقوا على جميع جوانبه كأسلوب انعقاده والإجراءات المتبعة في انعقاده، وما هو الموضوع الذي يخضع له، وما هو القانون الواجب التطبيق عليه، بدلا من الاعتماد على إجراءات التقاضي الاعتيادية في نظام قانوني محدد لدولة معينة والعمل على تسوية ما يتولد بينهم من منازعات بواسطة محكمين دوليين مع وجوب التزامهم بالحكم الصادر عنهم، شريطة إقرار المشرع وموافقة المشرع على اللجوء الى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فيما بينها.

4. كما ان التحكيم الدولي لا يعتبر من وسائل التسوية الدبلوماسية كالمساعي الحميدة، أو الوساطة أو التحقيق، أو التوفيق، حيث يقتصر دور هذه الوسائل على إبداء رأي أو إصدار توصية أو إثبات واقعة، أو مجرد التقريب في وجهات النظر بين الدول المتنازعة والرأي في النهاية للأخذ بها منوط بالأطراف، وهذا كله بخلاف التحكيم الدولي الذي يرد على الخلاف أو النزاع القانوني الذي ينشأ بين الدول ويمكن الفصل فيه طبقاً لأحكام القانون الدولي العام السارية وقت الخصومة، حيث يكون الحكم نهائياً وملزماً للأطراف.

5. أن التحكيم التجاري الدولي هو القاعدة التي يستند إليها النظام القضائي الخاص و السبيل المفصل لحل المنازعات الدولية.

6. أن الاتفاقيات التحكيمية هي الدعامة الأساسية لمحاولة توحيد قواعد قانون التجارة الدولية.

7. أن التحكيم له ميزة تتمثل في إعماله لقواعد تتلاءم مع طبيعة العقود المبرمة، هذا ما يؤدي إلى تطوير التجارة الدولية من جهة، و الحث على اللجوء إليه من جهة أخرى.

8. دور المنهج المباشر كقاعدة في فض النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

9. الأثر الكبير الذي يتركه القانون الواجب التطبيق في مجال التجارة الدولية على محاولة توحيد قواعدها.

10. شرط التحكيم أصبح ضرورة في ظل الانفتاح الاقتصادي و حرية التجارة كونه يتسم بالبساطة و السرعة، كل هذا يعد أمراً ضروريا في التجارة الدولية حالياً.

11. الاهتمام بحسن صياغة قواعد التحكيم، إذ يجب أن تكون واضحة فيما يتعلق بموضوع النزاع و فيما يثور من خلافات في تفسير العقد وتنفيذه وما يترتب عليه عند انتهاءه.

12. ضرورة تأليف مراجع أو كتابة مؤلفات في مجال دور التحكيم في توحيد و تنسيق قواعد التجارة الدولية. يجب مراعاة التفاصيل التي قد تخلق مشاكل فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.

13. الإلمام بجميع القرارات و القضايا التحكيمية لما تلعبه من دور كبير في صنع صياغة موحدة لقواعد قانون التجارة الدولية.

14. يعد اللجوء للتحكيم التجاري الدولي طريقاً يمتاز باليسر والسرعة والمساهمة في حل كـم هائل من النزاعات التي تثار بصدد العلاقات التجارية الدولية، بنسبة تصل الى 80% تحل من خلال التحكيم التجاري الدولي.

15. إن موضوع تنازع القوانين الذي تصطدم به هذه الوسيلة لحل المنازعات التجارية

يشكل عائقاً أمام اللجوء للتحكيم وذلك من ناحيتين:

1. المساس بالسيادة التشريعية للدولة التي يجري التحكيم على إقليمها ومدى تنظيم موضوع

التحكيم ضمن النصوص التشريعية والقوانين الوضعية لهذه الدولة، بحيث يتسع نظامها التشريعي ليشمل القوانين التي يتفق الأفراد ضمن إرادتهم الحرة على تطبيقها على إتفاق التحكيم.

2. التنازع في القوانين التي ستطبق على إتفاق التحكيم ابتداءً من النص على هذا

الإتفاق وإنهاء بالقرار التحكيمي، ففي حال النص على القانون الواجب التطبيق على النزاع، تبقى النتائج في إطار توقعات الأطراف، في حين إذا تم تطبيق قانون آخر على العلاقة بسبب

16. عدم إتفاق الأطراف على قانون معين ليحكم علاقتهم التعاقدية تثار هنا مشكلة

الإخلال بتوقعات الأطراف وذلك لأنطبق قانون غير متفق عليه ليحكم علاقتهم التعاقدية.

17. من خلال هذه الدراسة ومدى تأثير هذا التنازع في القانون الواجب التطبيق على

التحكيم التجاري الدولي، أصبحت الحاجة برأيي ملحة لتوحيد التشريعات الواجبة

التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وذلك من خلال المنظمات والمراكز التحكيمية

التي تتبنى حل منازعات التجارة الدولية عن طريق التحكيم وذلك ضمن أسس ومعايير

تتوافق وتنسجم مع توقعات الأفراد ومع متطلبات التجارة الدولية وما تحتاجه من مرونة وتيسير في المعاملات التجارية الدولية.

18. من خلال المقارنة بين قانون التحكيم اللبناني وقانون التحكيم العراقي فقد تميز

كل من القانونين في عدة جوانب جعلتهما متماشيين مع القانون التجاري الدولي بشكل كبير ، على سبيل المثال لا الحصر فيما يتعلق بنص القانون المدني العراقي على السماح للقضاء بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص لحل مشاكل التنازع في المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح، أن يجد مخرجاً من جمود ضوابط الإسناد

19. خامساً: من خلال استعراض قانون التحكيم اللبناني والعراقي محل الدراسة يجب

تطوير كلا القانونين بشكل افضل كي يكونا قادرين على التماشي مع متطلبات التجارة الدولية والتطور التجاري الحاصل على الصعيد الدولي ، والانسجام بشكل اكبر مع المعاهدات والاتفاقات الدولية التي تبرم بهذا الخصوص .

20. عمل الية للخروج من جمود النصوص التشريعية والانسجام بشكل اكبر مع

ما هو مستجد على الصعيد الدولي بحيث تتاح الفرصة لنصوص المعاهدات للانطباق على العلاقات التجارية الدولية ، من خلال النص في هذه التشريعات مع ضرورة الاستعانة بهذه المعاهدات واللجوء اليها لحل المنازعات التجارية الدولية

21. ضرورة عمل ابحاث ودراسات مقارنة بين النصوص التشريعية والمعاهدات

والإتفاقيات الدولية ،ومعرفة ايجابيات وسلبيات كل منهما ومدى ملاءمة كل منهما لحل

المنازعات التجارية عن طريق التحكيم.

22. ضرورة خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول المجاورة للاستفادة من

تجاربها والمشاركة في المؤتمرات التي تتناول موضوعات التحكيم.

23. ان تكون هناك دراسات مستقبلية تنطلق من هذه الدراسة بهدف التوصل الى كل

ما لم استطع التوصل اليه ، او ابداء وجهة نظر مغايرة او تناول مسائل اخرى، وذلك

مواكبة للمستجدات في مجال التحكيم الجاري الدولي .

المراجع:

المراجع العربية

1. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار لبنان، سنة

٢٠٠٢.

2. زكريا الغزاوي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم المؤسساتي ، المجلة العراقية

للتحكيم التجاري، العدد ٢، السنة ٢٠٠٣.

3. محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية رسالة ماجستير، جامعة حسيبة بن بو

علي، كلية العلوم القانونية والإدارية، ٢٠٠٨.

4. إبراهيم مصطفى احمد الزيات، حامد عبد القادر محمد النجار، المعجم الوسيط، الجزء

الأول، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، مجمع اللغة العربية

(الادارة العامة للمعجمات وإحياء التراث).

5. محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح دار الحديث القاهرة بدون سنة

نشر.

6. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني عشر ، دار بيروت للطبع والنشر، ١٩٥٦.

7. محمد سعد الرحاحلة، التحكيم في منازعات الاستثمار في المملكة العربية السعودية،

بحوث ومقالات، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ع ٣٧ ، الناشر

جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، ٢٠١٣.

8. محمد وليد العبادي "أمية التحكيم وجواز اللجوء لبي منازعات العقود الإدارية"،

دراسة مقارنة، مقال، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 34 العدد رقم 2 الية

الدراسات الفقية و القانونية، جامعة ل البيت المفرق، الأردن.

9. حفيظة السيد الحداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي"، الطبعة

الأول منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.

10. بودودة سعاد التحكيم التجاري الدولي مان من ضمانات الاستثمار، رسالة

ماجستير لية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011

11. عليو قريو مال "التحكيم التجاري الدولي ي الجزائر ، الطبعة الثانية، ديوان

المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004.

12. أحمد الشفيق قاسم، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة"، دار الجاحظ، لبنان

، الطبعة 3، 2007

13. عيد محمد القصاص، حكم التحكيم دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري

والمقارن، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٤.

14. محمد ابن عرنوس ، تاريخ القضاء في الاسلام، الطبعة الأولى، المطبعة

المصرية الاهلية.

15. محمد مذكور سلام القضاء في الاسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة

نشر.

16. عمر عبد العزيز موسى الدبور التحكيم التجاري الدولي في عقود الطاقة ومدى تأثيره بسيادة الدولة، بحوث ومقالات، مجلة دفاتر قانونية، المجلد / العدد ع ٦ ، الناشر محمد الشقار، ٢٠١٨.
17. جريدة الوقائع العراقية العدد (١٣٩٣) في ٢٣ / ربيع الأول / ١٤٣٧ هـ الموافق / كانون الثاني / ٢٠١٦ م ، السنة السابعة والخمسون.
18. محمد الروبي، بحث بعنوان التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي السادس عشر المجلد الأول، جامعة الإمارات كلية الحقوق، ٢٠٠٨.
19. أحمد أبو ألوف التحكيم الاختياري والإجباري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
20. خالد عبد القادر عيد التحكيم في عقود الاستثمار، بحوث ومقالات مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، المجلد العدد م ج ٢١ ع ٦٣ ، الناشر جامعة الأزهر، ٢٠١٧.
21. محمد محمود إبراهيم أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٤ م.

22. سيف الدين محمد محمود البلعاوي التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق،

بحوث ومقالات، مجلة كلية التربية، المجلد العدد مج ٤ ع ٦ ، الناشر جامعة الاقصى

كلية التربية، ٢٠٠٠م.

23. بلال عبد المطلب بدوي التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة

الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

24. نبيل زيد سليمان ،مقابلة، التحكيم الالكتروني، المجلد العدد ع ٣٨ ، مجلة الفقه

والقانون، بحوث ومقالات الناشر صلاح الدين دكدك، ٢٠١٥م.

25. ايناس الخالدي، التحكيم الالكتروني الاردني، دار النهضة العربية، بغداد،

٢٠٠٩.

26. فؤاد عبد الدايم، التحكيم في إطار العقود الدولية، مكتبة الوفاء القانونية ، لبنان

، ٢٠١٩م.

27. المستشار محمود نوري حسن، التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية

الدولية - دراسة مقارنة ماجستير، جامعة الاسكندرية دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧

28. جورجى شفيق ساري التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في

مجال العقود الإدارية دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٩.

29. احمد عبد الفتاح صقر ، تسوية المنازعات عبر التحكيم الدولي، الطبعة الاولى،

الاسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٩.

30. ساميه راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشأة المعارف

بالاسكندرية، 2011 .

31. محمد وليد العبادي، بحث بعنوان أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في

منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٤ ، العدد

الثاني، ٢٠٠٧.

32. سليم سلامة حاملة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود

الإدارية، دراسة في القانون الأردني، المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية،

جامعة مؤتة- عمادة البحث العلمي، ٢٠١٢، بحوث ومقالات

33. حسين محمود عطية، حل منازعات الاستثمار بطريق التحكيم، رسالة دكتوراه،

كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١١.

34. أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دار

الفكر الجامعي، ٢٠٠٩.

35. أسامه احمد المليحي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠٠٤م، بند ٥.

36. رجب عبد المنعم متولي، الموظف الدولي في بيئته المهنية ودوره في حل النزاعات الدولية بالوسائل السلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.
37. هيو علي حسين ، التحكيم قضاء أصيلا للمنازعات التجارية، بحوث ومقالات مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسة المجلد العدد مج ٥ ع ١٦ ، الناشر جامعة كركوك، كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠١٦.
38. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.
39. علي صادق أبو هيف القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٥.
40. علي رحيم راضي، التحكيم الدولي نشأته ومزاياه وتطبيقاته، دار ومؤسسة رسلان، لبنان ، سوريا، ٢٠١٨.
41. عمر فلاح العطين ، اتفاق التحكيم الدولي في عقود نقل التكنولوجيا، بحوث ومقالات مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد / العدد 1 ، الناشر المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك لتأمنغت- معهد الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥.

42. الحداد حفيظة السيد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر

العربي ،بغداد، ١٩٩٦.

43. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس ،

العقود الني تقع على الملكية / الهبة/القرض/الدخل الدائم و الصلح ، دار احياء التراث
العربي ، بيروت.

44. علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن،

رسالة دكتوراه منشورة دار النهضة العربية القاهرة ط١، ١٩٩٦م.

45. يسرى محمد العصار، التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية دار النهضة

العربية، ٢٠٠١.

46. شيما محمد سعيد خضر البوراني، أحكام عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون

والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير منشورة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع،

عمان ، ط ١، ٢٠٠٣م.

47. عزيزة الشريف، التحكيم في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،

١٩٩٣.

48. محمد سامي الشواء الطبيعة القانونية للتحكيم واشكاله المختلفة ، المركز الدولي

للساواة والتحكيم، 2011.

49. عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
50. محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، ط1، ١٩٩٩م.
51. عامر علي رحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، ليبيا، ط١، ١٩٨٧م.
52. عليوة مصطفى فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض النزاعات دراسة فقهية عملية، ط1، ٢٠١٥.
53. محمد حافظ غانم: مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة، ١٩٧٢م.
54. محمد إبراهيم موسى التوفيق التجاري الدولي دار الجامعة الجديد للنشر، كركوك، ٢٠٠٥م.
55. عمرو عيسى الفقيه الجديد في التحكيم في الدول العربية المكتب الجامعي الحديث، بغداد، ٢٠٠٣م.
56. مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، لبنان، ١٩٩٥م.

57. نبيل حلمي، التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي

العام، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.

58. هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

٢٠٠٤م.

59. عصمت عبد الله الشيخ التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار

النهضة العربية، ٢٠٠٨

60. نبيل عبد الرحمن الحياوي، مبادئ التحكيم، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد،

٢٠٠٤م، ص ٥١.

61. حسان هاشم، الخبرة في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠١

م.

62. محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات من قانون

التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، ١٩٩٤م.

63. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ج 5، ط 1، عمان. دار الثقافة

للنشر والتوزيع. 1997

64. أحمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة

العربية، ٢٠٠٧ م

65. احمد محمد عبد البديع شتا شرح قانون التحكيم دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه واحكام القضاء ومراكز التحكيم العربية والدولية، ط ٤ ، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٩ .
66. عبد القادر، ناري مان اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994.1. القاهرة. دار النهضة العربية. 1996
67. بريري، محمود مختار احمد . التحكيم التجاري الدولي ، بيروت. دار النهضة العربية ، 2004 ص6.
68. الفقي، عمر عيسى الجديد في التحكيم في الدول العربية دون طبعة. الإسكندرية. المكتب الجامعي الحديث. 2003.
69. شفيق، محسن: التحكيم التجاري الدولي. دون طبعة دون مكان نشر دار النهضة العربية دون تاريخ نشر..
70. دواس امين رجا تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة. ط1. لبنان. دار الشروق. 2001 ص21.
71. عبد المجيد، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية دون ط. القاهرة دار المطبوعات الجامعية. 1995.

72. رضوان ، ابو زيد: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي دون ط. القاهرة.

دار الفكر العربي. 1981.

73. نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي دار النهضة العربية القاهرة،

٢٠٠٢م.

74. القاضي جبار جمعة اللامي التحكيم التجاري في القانون العراقي، مطبعة

السيما، بغداد ، 2015.

75. أحمد إبراهيم مصيلحي، العلاقة التبادلية بين التحكيم، كلية الحقوق جامعة عين

شمس، 2014.

76. محمد سعيد الشيبة ،المري، خصوصية التحكيم (دراسة مقارنة)، دار النهضة

العربية، القاهرة ، 2016.

77. احمد صلاح الدين، مجموعة الأعمال التحضيرية : ج 1 ، مطبعة دار الكتاب

العربي،بيروت.

78. عبد الله، عز الدين: تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون

الخاص مجلة مصر المعاصرة. القاهرة العدد 371 يناير سنة 1978.

79. حيدر، علي، دور الحكام في شرح مجلة الاحكام. الكتاب الثاني عشر. بيروت.

بغداد، 1991.

80. شمس مرعي: التحكيم في منازعات مشروع العام دون طبعة القاهرة. دار النهضة العربية. 1974.
81. المصري، حسني: التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دون ط، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2006.
82. الهداوي، حسن: تنازع القوانين دون ط، عمان. مكتبة دار الثقافة. 1995.
83. الرفاعي، أشرف عبد العليم القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية دون طبعة. الاسكندرية دار الفكر الجامعي. 2003.
84. صادق، هاشم تنازع القوانين. ط3، الاسكندرية، منشأة المعارف. 1974.
85. عبد المجيد، منير حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية المحاماة. 1991م. العدد 827.
86. عكاشة، محمد عبد العال: قانون العمليات المصرفية الدولية دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية دون ط. الاسكندرية. دار الجامعة الجديدة للنشر سنة 1993م.

87. عوض علي جمال الدين : الإعتمادات المستندية دون ط. القاهرة دون دار

نشر. 1981.

88. منصور، مصطفى منصور : مذكرات في القانون الدولي الخاص. دون طبعة،

جامعة كركوك. كلية الحقوق. 1986.

89. السمدان ، احمد : القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي كلية

الحقوق جامعة الكويت.

90. صادق هشام ، تنازع القوانين الدار الجامعية ، بيروت، 1980.

91. كمال، فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، ط2 . القاهرة دون سنة نشر.

92. سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، بغداد، 1984 .

93. فؤاد، رياض مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص. مجلة مصر

المعاصرة. السنة 57. يناير، العدد.

94. احمد، عشوش القانون الذي يحكم الاتفاقيات الدولية محاضرات لطلبة دبلوم

القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة الزقازيق. 1984.

95. مصطفى عبد الرحمن، عبد الحكيم، الوسيط في قانون المعاملات الدولية

الخاصة دون ط. القاهرة. سنة 1991

96. صرخوة، يعقوب يوسف: أحكام المحكمين وتنفيذها. دراسة مقارنة. الطبعة

الأولى. بغداد. 1986.

97. الرفاعي، أشرف عبد العليم. النظام العام والقانون الواجب التطبيق على

اجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الاجنبي . دراسة فقهية قضائية ، دون

طبعة. لبنان. دار الفكر الجامعي 2003.

98. نبيل اسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط ١ منشورات الحلبي

الحقوقية ، بيروت لبنان، ٢٠٠٢ ، ص ٤٧٦ .

99. الفضيلي، احمد:التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص. ط1، لبنان.

دار المناهج. 1999.

100. عبد الحي صفريوي الى المؤتمر الثالث للتحكيم العربي الأوروبي المنعقد في

عمان للفترة من 25-23 أكتوبر 1989 تحت عنوان (الممارسات التحكيمية

والتوجيهات الإصلاحية الجديدة).

101. الحداد، حفيظة: مدى إختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و

التحفظية. دون ط. الاسكندرية. دار الفكر الجامعي. دون سنة نشر

102. عبد التواب، معوض: المستحدث في التحكيم التجاري الدولي. ط 1.

الإسكندرية. دار الفكر الجامعي. 1997م.

103. القسبي، عصام الدين: النفاذ الدولي لأحكام التحكيم. بدون طبعة. القاهرة. دار

النهضة العربية. 1993

104. حسن، علي : التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية

التجارية. دون طبعة. الاسكندرية. دار الفكر 6 عوض الجامعي. 2001.

105. العنزي، ممدوح عبد العزيز: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب

والنتائج دراسة مقارنة. دون طبعة. دون 7 مكان النشر. منشورات الحلبي الحقوقية.

دون تاريخ النشر.

106. صاوي، احمد السيد: التحكيم طبقا لقانون 1994 وأنظمة التحكيم الدولية.

ط.2 دون مكان للنشر. دون دار للنشر. 2000

107. بركات، علي: الطعن في أحكام التحكيم. دون طبعة. القاهرة. دار النهضة

العربية. 12003 عمر، نبيل إسماعيل: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية

والدولية. ط.1 الاسكندرية. دار الجامعة الجديدة.. 2004

108. برايم أحمد برايم، "التحكيم الدولي الخاص"، الطبعة الثانية، دار النهضة

العربية، القاهرة، 1997،

109. روم نسرين، " إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن

الجزائري"، رسالة لنيل ش هادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2007،

110. صلاح الدين جمال الدين، "دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة

تنازع القوانين"، الطبعة الأولى، دار الفكر 2 الجامعي، مصر، 2004

111. تحي والي، "قانون التحكيم في النظرية و التطبيق"، الطبعة الأولى، منشأة

المعارف، الإسكندرية، 2007

112. محمود مختاري بريري، "قانون المعاملات التجارية اللتزامات و العقود

التجارية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 3 ، 2008

113. منير عبد المجيد، "النتظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي و الداخلي"،

دار النهضة العربية، القاهرة، 1997

114. برايم العسري، "دراسة تحليلة لبعض مقتضىات القانون رقم/05 08

المتعلق بالتحكيم و الوساطة التفاقية"، مقال منشور 1 بسلسلة دراسات و أبحاث،

العدد الأول، طبعة الأولى، دار الأفق، الرباط

115. حسين عبد العزيز عبد النجار، " البدائل القضائية لتسوية النزاعات

الاستثمارية و التجارية"، الطبعة الأولى، مطبعة 3 النجاح الجديدة، الدار

البيضاء، 2014

116. محمد السيد عرفة، "التحكيم و ال صلح و مجال تطبيقاتها"، جامعة نايف

العربية السعودية، 2006

117. أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي"، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004
118. أحمد مخلوف، "اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001
119. محمد شهاب، "أساسيات التحكيم التجاري و الدولي و القوانين و الاتفاقيات المنظمة للتحكيم"، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009
120. محمد بلاق، "قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون دولي خاص، جامعة أبوبكر بلقاي، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2011
121. لىا عجابي، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات مدنية و الإدارية"، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، العدد السابع، 2010،
122. طارق البختي، "التحكيم في إطار العقود التجارية الدولية"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني التالي com.marocarbitrage.www، تاريخ الزيارة-12 : 4-2024
123. خالد عبد العظم أبوغابة، "التحكيم و أثره في المنازعات"، دار الفكر الجامعي، الطبعة، الإسكندرية، 2011.

124. أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات

اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢٥/٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة

الدستورية العدد ٣ السنة الأولى ٢٠٠٣

125. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالاسكندرية،

الطبعة الاولى ، بند ٣٩.

126. 1 للمزيد، راجع للمؤلف، الدفع المتعلقة باتفاق التحكيم، دار النهضة العربية،

٢٠١٣ بند ٤٨ وما بعدها.

127. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، 1990.

128. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة

العربية، القاهرة ، 2004

129. محمد نور شحاته، تنفيذ أحكام المحكمين، بحث مقدم لمؤتمر اتحاد كليات

الحقوق العربية ٢٢-٢٠ مايو ٢٠٠٦

130. فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي،

اكاديمية شرطة ، مج15، ع1،

131. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية

والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، 2016.

132. أمال الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف،

الإسكندرية، 1993،

133. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة ١٩٧٤

134. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف ١٩٨٨

الطبعة الثامنة .

135. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ، 1997.

136. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٦١

137. باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة

٢٠٠٥

138. A.Héraud, A.Maurin, La justice, Sirey 1996.
139. M.de Boissésou, Le droit, français de l'arbitrage interne et international, préface de P.Bellet,G.L.N 1990.
140. Pierre JULLIEN, Natalie FRICERO «droit judiciaire privé» L.G.D.L, éd. 2001, n° p. 413; Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER « Le Nouveau droit Egyptien de l'arbitrage» Rev. Arb 1994, n° 4. p. 672.
141. Malcolm N. Shaw: International Law, 6th Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2008.
142. Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER «Le Nouveau droit Egyptien de l'arbitrage» Rev. Arb 1994, n° 4.
143. Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé» op. cit., n° 719, p.413, Jean Vincent et Serge GUINCHARD «procédure civile» op. cit., n°1664,

144. Cour d'appel de Paris; Ch. civ. 29 avril 2003; Rev. Arb. 2003; n°4; p. 1296 et s; not Charles Jarrossos. Cour d'appel de paris, 1er; Ch. Urg., 1er décembre 1993, Rev. Arb. 1994, n°4. p. 695 ET s; note, Daniel COHEN, Rev. Arb. 1994, p .697 et s

الفهرس

المقدمة:	6
أولاً: أهمية البحث	8
ثانياً: أهداف البحث	9
ثالثاً: إشكالية البحث	10
رابعاً: منهجية البحث	10
خامساً: هيكلية البحث	10
الباب الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي والقانون المختص بحكم إتفاق التحكيم التجاري	12
الفصل الأول	13
ماهية التحكيم الدولي وتمييزه عن غيره من وسائل المنازعات الدولية	13
التمهيد:	14
المبحث الأول: التحكيم الدولي	17
المطلب الأول: تعريف التحكيم لغة وإصطلاحاً	18
الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة	19
الفرع الثاني: أهمية التحكيم ومشروعيته	22
الفرع الثاني: تعريف التحكيم إصطلاحاً	30
المطلب الثاني: مفهوم التحكيم في القانون الدولي العام وأهميته	45
الفرع الأول: مفهوم التحكيم في القانون الدولي العام	45
المبحث الثاني: تمييز التحكيم الدولي عن وسائل تسوية المنازعات الدولية الأخرى	58
المطلب الأول: التحكيم الدولي والصلح والقضاء والتحقيق	61
المطلب الثاني: التحكيم الدولي والتوفيق والوساطة	66

70	المطلب الثالث: التحكيم الدولي والخبرة الدولية والتحكيم الأجنبي.....
74	الفصل الثاني
74	حكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي لفض النزاعات
75	التمهيد:
81	المبحث الأول: إتفاق التحكيم التجاري الدولي
82	المطلب الأول: الشروط الموضوعية والشكلية في اتفاق التحكيم
82	الفرع الأول: الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم:
88	الفرع الثاني الشروط الشكلية في إتفاق التحكيم
98	المطلب الثاني: شروط هيئة التحكيم
101	الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم
106	الفرع الثاني: إختيار المحكمين:
108	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على النزاع
111	المطلب الأول: السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحديد القانون المطبق على النزاع
113	الفرع الأول: موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم
119	الفرع الثاني: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
130	المطلب الثاني: قانون الإدارة
132	الفرع الأول: المسائل المتعلقة بقانون الإرادة:
138	الفرع الثاني: اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح:
141	الفرع الثالث: فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص:
145	الباب الثاني:
145	السلطة التقديرية للمحكم والقرار التحكيمي

146	الفصل الأول
146	قانون إجراءات التحكيم والقرار التحكيمي وأثره
147	التمهيد:
148	المبحث الأول: قانون إجراءات التحكيم
149	المطلب الأول: السلطة التقديرية للمحكم في إختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة
151	الفرع الأول: إجراءات سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي
156	الفرع الثاني: الجوانب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم
168	المطلب الثاني: النظام العام وإختصاص المحكم
170	الفرع الأول: كفالة حقوق الدفاع
176	الفرع الثاني: التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات
180	المطلب الأول: القانون المطبق على القرار التحكيمي
183	الفرع الأول: القواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للقرارات التحكيمية
186	الفرع الثاني: الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم
192	المطلب الثاني: قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها
193	الفرع الأول: رفض تنفيذ القرار التحكيمي
195	الفرع الثاني: الطعن في القرار التحكيمي
201	الفصل الثاني:
201	أثر قانون إجراءات التحكيم والقرار التحكيمي
202	المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم التجاري آلية لتوحيد قواعد التجارة الدولية
202	المطلب الأول: الطبيعة القانونية والتعاقدية للتحكيم
204	الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

209	الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم
212	المطلب الثاني: ضوابط التحكيم التجاري الدولي وتحديد ابعاد القانون التجاري
212	الفرع الأول: المصادر العامة للتحكيم وفقا لقواعد التجارة الدولية
226	الفرع الثاني: المصادر الخاصة للتحكيم وفقا لقواعد التجارة الدولية
237	المبحث الثاني: أثار التحكيم التجاري الدولي في ضبط قواعد
237	المطلب الأول: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم
250	المطلب الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم
273	الخاتمة:
280	المراجع: