

الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي

قسم إدارة الأعمال

إدارة التفاوض والنزاعات

أطروحة لنيل درجة الماجستير في إدارة الأعمال

2010م

التحكيم التجاري الدولي

دراسة تحليلية لقوانين التحكيم وتأثيرها في دولة الإمارات العربية المتحدة

إعداد

الطالب: أمجد فهد الملحم

إشراف

المركز الاستشاري البريطاني

إهداء

إلى روحك الطاهرة... ترافقتني

تسكن جوارحي لا تفارقني

تهديني .. توجهني .. تثبت خطواتي

اشتقت إليك

والذي رحمه الله

إلى نبع الحب والحنان

القلب الدافئ والحضن الآمن

لا ترتاح نفسي إلا على صدرك

والدتي الحبيبة

إلى رفيقة دربي .. ومؤنسة حياتي

من شاركتني طريق الكفاح الطويل

زوجتي الغالية

إلى شموع حياتي... وبهجتي

يارا.. كندة.. ليلى

إلى أخوتي وأخواتي.. أصدقائي وزملائي

وكل من شجعني وساعدني ووقف إلى جانبي وأخص الصديق الوفي أنور الحلبي

لكم جميعا محبتي وعرفاني

إلى إدارة الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي

على كل الدعم والمساعدة

مع شكري وتقديري

أقدم لكم جميعا هذا الجهد المتواضع

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
2	الإهداء
3	فهرس المحتويات
5	المقدمة
9	الملخص
14	الفصل الأول: القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي وموضوعه
15	المبحث الأول: اتفاق التحكيم
16	الجزء الأول: المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها
16	القسم الأول: الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم
18	القسم الثاني: الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم
19	الجزء الثاني: تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له
20	القسم الأول: الشروط الواجب توفرها في المحكم
22	القسم الثاني: اختيار المحكمين
23	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
23	الجزء الأول: موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم
25	الجزء الثاني: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
29	الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لحكم التحكيم
30	المبحث الأول: من جهة العقد
33	الجزء الأول: مرجعية النظرية العقدية
36	الجزء الثاني: الانتقادات الموجهة للنظرية العقدية
38	المبحث الثاني: من جهة القضاء
40	الجزء الأول: مرجعية النظرية القضائية
41	الجزء الثاني: الانتقادات الموجهة للنظرية القضائية
43	الفصل الثالث: الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم
46	الفصل الرابع: تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية
47	المبحث الأول: رفض تنفيذ القرار التحكيمي
48	المبحث الثاني: الطعن في القرار التحكيمي

51	الفصل الخامس: التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة
57	الفصل السادس: المسائل الجوهرية في اتفاق التحكيم
58	المبحث الأول: مفهوم الحكم وشروطه عموماً
60	المبحث الثاني: كتابة الحكم
61	المبحث الثالث: أسماء الخصوم والمحكمين
62	المبحث الرابع: طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم
63	المبحث الخامس: صدور الحكم من العدد المطلوب
65	الخاتمة نتائج وتوصيات
67	قائمة المراجع والمصادر

دراسة تحليلية لقوانين التحكيم وتأثيرها في دولة الإمارات العربية المتحدة

إعداد

أمجد فهد الملحم

مقدمة

انطلقت مراكز التطور التكنولوجي تجوب العالم في الربع الأخير من القرن الماضي وبدأت معها تتسارع عجلة الأعمال وبلغت ذروتها في بدايات القرن الحالي وكان لثورة الاتصالات الدور الأكبر في انتشار الأعمال وتنوعها وانتقالها عبر القارات متجاوزة الحواجز الجغرافية والحدود الإقليمية وكان للثورة الإلكترونية في التعاملات الأهمية الكبرى لتذليل الصعوبات وتجاوز الزمن واختراق الحواجز والجدران والوصول إلى متنول الجميع مما هيأ الظروف المناسبة والأرضية الخصبة للاستثمار على مساحات واسعة لا تحدّها حدود ولا تعيقها حواجز، فانتشرت الأعمال خارج الحدود الوطنية إلى العالمية.

إن هذا الانتشار الكبير وهذه السرعة القياسية وكما هي طبيعة الأمر لا بدّ أن تنشأ بها اختلافات ونزاعات تأخذ أشكالاً متنوّعة تحدّدتها طبيعة هذه الأعمال.

إن العالمية وتعدد اللغات واختلافها بين أطراف التعاقد تعد أحد أسباب الخلاف لما تحمله من احتمالية التفسير الخاطئ وبالتالي الفهم الخاطئ للمعنى المراد والمحدد في سياق العقد، كذلك فإن الإبهام وعدم الوضوح يفتح أبواباً لحرية التفسير والاجتهاد ويُعد تربة خصبة لبذور الصراع.

لذلك فإن التعامل مع الصراع بصورة بناءة يعد أهم مظاهر المسؤوليات التي يتمتع بها أي إداري على الإطلاق.

إن هذا البحث يدرس آلية التعامل مع الصراع أو ما نسمّيه النزاعات ويركّز بشكل أساسي على خيار التحكيم كحل عصري مناسب للنزاعات في العقود التجارية كبديل عن المحاكم ويدرس بشكل خاص مشكلات تطبيق قرارات التحكيم في نزاعات العقود التجارية بدولة الإمارات العربية المتحدة.

موضوع البحث

تمحور موضوع هذا البحث في دراسة القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي، ابتداء باتفاق التحكيم وموضوعه وإجراءاته والقرار التحكيمي، وما يكتنف جميع هذه العناصر من آراء وأفكار ودراسات تنطبق على النزاع القائم بين أطراف العلاقة وكذلك البحث في الطبيعة القانونية لحكم التحكيم من الناحية العقدية ومن الناحية القضائية ويلقي الضوء على الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم ويأخذ مثال على ذلك التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة والقوانين والاتفاقيات التي تحكم ذلك.

نطاق البحث

يقتصر نطاق البحث على دراسة وتحليل مجموعة من قوانين التحكيم في الدول العربية مثل جمهورية مصر العربية والمملكة الأردنية ودولة الإمارات العربية المتحدة بالإضافة إلى مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات التي عنيت بالتحكيم التجاري الدولي.

المنهج العلمي المنهج العلمي

سيتم في هذا البحث إتباع المنهج الوصفي والتحليلي والمقارنة، الذي يقوم على التحليل وربط الأسباب بالنتائج، والبحث في القوانين التي تختص بمادة البحث وهي التحكيم التجاري الدولي ومحاولة استنباط العيوب والمعوقات وصولاً للنتائج التي نتمنى أن تخدم مجتمع البحث وتؤدي لرفع سوية قوانين التحكيم التجاري الدولي وخصوصاً في دولة الإمارات العربية المتحدة.

وينقسم البحث بهذه الحالة إلى شطرين أساسيين الأول وهو الشطر التعاقدية (المعاهدات الدولية وقوانين التحكيم) والشطر التطبيقي (مراكز التحكيم الدولي ومثالنا مراكز دولة الإمارات العربية المتحدة).

أهمية البحث أهمية البحث

الأهمية التي استدعت اختيار هذا الموضوع هي عدم وجود أسس واضحة وأنظمة متبعة في حل الخلافات التي تثور بصدد العقود التجارية التي يفصل بها عن طريق التحكيم الذي يعد وسيلة يلجأ إليها من قبل الأطراف، بما يمتاز به من مزايا تفوق اللجوء للقضاء، لذا كان لا بد من محاولة البحث بهذا الموضوع من أجل بيان وتوضيح الأسس في تطبيق القانون المختص و الدعوة إلى توحيد التشريعات الواجبة الانطباق على مسائل التحكيم التجاري الدولي خاصة بدولة الإمارات العربية المتحدة.

أهداف البحث

دراسة القوانين في التحكيم التجاري الدولي لا تقتصر على بيان ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع فحسب، وإنما تهدف إلى الوصول إلى مبادئ مشتركة، لتطبيقها على النزاعات التي تنور بصدد العلاقات التجارية الدولية التي يفصل الخلاف فيها عن طريق التحكيم.

حيث يهدف هذا البحث إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي، ومعرفة أهم التشريعات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي.

بالإضافة إلى بيان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات ، وأخيرا القانون الواجب التطبيق على القرار التحكيمي ، وموقف الباحث من هذه القوانين، والخروج بنتائج وتوصيات، بحيث يصبح التحكيم التجاري الدولي وسيلة ناجحة تمتاز بالمرونة ومواكبة التطور الحاصل على صعيد العلاقات التجارية الدولية.

مشكلة البحث

نظراً لكون العقود الدولية تكون في الغالب بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة، حيث تختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح نتيجة الخلاف بين الأطراف، لذا فاختلاف القوانين المختصة بحل النزاع بالإضافة إلى الوقت والتكلفة الباهظة جعل الأطراف يلجئون إلى التحكيم كوسيلة لحل خلافاتهم، ففي هذه الحالة ما هي القوانين المتبعة وما تأثيرها على عملية التحكيم وتنفيذ قراراته.

الملخص

"إن القيمة الرئيسية لتوقيع عقد ما تكمن في تحديد الطريقة التي سيتم وفقا لها التوصل إلى تسوية ما بأسلوب منظم هذا إن لم ينجح العقد". @ كرفمان - ص 11 @

ذلك يشير إلى الأهمية القصوى لبحث آليات وقوانين إدارة العقود والتي يترتب عليها البحث في العلوم القانونية وإيجاد الصيغ المناسبة لتأكيد نجاح الأعمال وتجنب الإخفاقات فيها .

" إن نجاح المشروع قيد التعاقد يعتمد على جودة الفكرة العامة، ومستوى أداء أطراف التعاقد، وما يدور بينهم من عمليات، فإذا فشل أحد هذه العناصر فستكون هناك حاجة ماسة لوضع مجموعة واضحة من القوانين بغية التوصل إلى حل أو تصفية نهائية منتظمة وهذا يؤكد على أهمية وجود وسائل محددة مسبقا لمعالجة الاختلافات". @ كرفمان - ص 11 @

إن من أهم الظواهر القانونية المعاصرة ظاهرة انتشار نظام التحكيم كوسيلة لحل النزاعات، والواقع أن هذا النظام هو نظام قديم حديث ، قديم في نشأته ووجوده حيث عرف في المجتمعات القديمة التي عدته وسيلة لحل النزاعات القائمة بين أفرادها وفقاً للأعراف والتقاليد السائدة فيها فكان يتم الفصل في هذه النزاعات من قبل ذوي الشأن كرجل الدين أو شيخ القبيلة، وما يتوصل إليه هؤلاء فيما يتعلق بالنزاعات المعروضة عليهم يكون محل قبول أطراف هذه النزاعات حيث كانت هذه الصورة البدائية أو الأولية لهذا النظام @ عبد القادر- ناريمان - ص12@.

وبعد ظهور الدولة أصبح من أهم وظائفها حسم النزاعات وتحقيق العدالة بحماية الحقوق والمراكز القانونية وذلك من خلال السلطة القضائية التابعة لها والتي منحها الدولة ولاية الفصل في النزاعات القائمة بين مواطنيها وأقرت القوانين اللازمة لبيان كيفية اللجوء إلى هذه السلطة وكيفية ممارسة هذه الوظيفة وكيفية تنفيذ الأحكام الصادرة عنها وطرق الطعن فيها إضافة إلى الضمانات اللازمة التي تكفل استقلال هذه السلطة وحياديتها وتكفل لأطراف النزاع حقوقهم وحررياتهم في الدفاع عن مصالحهم @ التحيوي محمود - ص1@.

وهو نظام حديث في " أحكامه ومادته ودراسته فرغم أن الدولة أصبحت تتولى مهمة الفصل في النزاعات عن طريق السلطة القضائية التابعة لها فقد أقرت التحكيم كوسيلة أخرى للفصل في هذه النزاعات وسنت القوانين التي تتضمن القواعد التي تكفل سلامة إجراءات التحكيم والحكم الصادر بناء على هذه الإجراءات @ عبد القادر- ناريمان - ص12@.

ويعرّف التحكيم بأنه:" الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة به، والاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد يتم قبل حدوث النزاع فيرد كبنود من بنود الاتفاق الذي يحكم العلاقة بين الأطراف والمحتمل حدوث النزاع بشأنها، أو يرد كبنود في اتفاق مستقل ينص على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات إلى التحكيم ويسمى هذا الاتفاق بصورتيه" شرط التحكيم، وقد يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بعد حدوث النزاع ويسمى هذا الاتفاق مشاركة التحكيم@ بربري محمود - ص6@.

وتتعدد أنواع التحكيم بتعدد معايير التصنيف وأهم هذه المعايير :

1- معيار مدى حرية أطراف النزاع في اللجوء إليه لحل هذا النزاع.

2- معيار مدى وجود مراكز تحكيم تتولى الفصل في النزاع.

3- معيار مدى سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القانون @ ابراهيم نادر - ص34@

فالتحكيم من حيث مدى حرية أطراف النزاع في اللجوء إليه قد يكون تحكيمياً اختيارياً إذا تم اللجوء إليه بناء على اتفاق الأطراف ، بمعنى أن لهم حق اللجوء إلى التحكيم أو القضاء لحل النزاع القائم بينهم دون أن يكونوا ملزمين بأي منهما ، وقد يكون تحكيمياً إجبارياً إذا كان اللجوء إليه ملزماً لأطراف النزاع بنص القانون لحل بعض النزاعات@ عبد القادر- ناريمان - ص12@ وهذا النوع من التحكيم يأخذ شكلين:

الأول : ينص فيه المشرع على اللجوء إلى التحكيم تاركاً لأطراف النزاع حرية اختيار هيئة التحكيم وإجراءاته.

الثاني :ينص على اللجوء إليه دون أن يترك للأطراف حرية ذلك @ الوحيدي درويش - ص90@.

والتحكيم من حيث وجود مراكز له قد يكون تحكيمياً حراً ويسمى " تحكيم الحالات الخاصة" أو "التحكيم العارض" وفيه يكون للأطراف اختيار القواعد التي تحكم خصومة التحكيم كاختيار هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق وغيرها من إجراءات التحكيم، وسمي بتحكيم الحالات الخاصة لأنه يختلف من نزاع إلى آخر بحسب طبيعة هذا النزاع بحيث لا يتم تشكيل هيئة تحكيم دائمة إنما تكون مؤقتة تنقضي مهمتها بالفصل في النزاع، فهو تحكيم حر من أي قالب تحكيمي معد مقدماً، بمعنى أن هذا النوع من التحكيم لا يتم ضمن إطار مراكز تحكيم دائمة@ سلامة أحمد - ص55@.

وقد يكون تحكيمًا مؤسسيًا أو منظمًا، ويسمى تحكيمًا مقيّدًا وفيه يقوم أطراف النزاع بعرض هذا النزاع على مراكز أو مؤسسات دائمة للتحكيم تتولى تسوية هذا النزاع، وتقوم بذلك وفق قواعد وإجراءات معدة في لوائحها الداخلية @ سلامة أحمد - ص55@.

أما التحكيم من حيث مدى سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القانون فقد يكون تحكيمًا بالقانون ويسمى "التحكيم العادي" وفيه تلتزم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفق القانون الذي تم اختياره من قبل أطراف النزاع، أو من قبل هذه الهيئة عند عدم اختيار هؤلاء الأطراف للقانون الواجب التطبيق @ سلامة أحمد - ص55@.

وقد يسمى هذا التحكيم "التحكيم بالقضاء" وقد يكون تحكيمًا بالصلح وفيه تلتزم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفق قواعد العدالة دون التقيد بقانون ما، لكن هذا لا يعني عدم احترام القواعد القانونية التي تكفل تنظيم إجراءات التحكيم واحترام الحقوق الأساسية كاحترام حقوق الدفاع والمساواة بين أطراف النزاع @ شتا أحمد محمد - ص58@.

والتحكيم بوصفه وسيلة لحسم النزاعات يتمتع بمزايا متعددة تشكل الدافع في اللجوء إليه بدلا من القضاء، ومن هذه المزايا :

- السرعة في حسم النزاعات مقارنة مع القضاء.

- سرية إجراءات التحكيم بما يحقق مصالح الأطراف ويضمن استمرار العلاقة بينهما خلافاً للإجراءات أمام القضاء فالأصل فيها العلانية @ نصار جابر جاد - ص12@

- إضافة إلى التقدم العلمي والتكنولوجي الذي أدى إلى صعوبة الفصل في النزاعات من قبل القاضي دون الاستعانة بالخبراء في مجال هذه النزاعات وهذا من شأنه إطالة أمد التقاضي مما يشكل دافعا لأطراف النزاع للجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم من الخبراء لما في ذلك من اختصار للوقت @ خلوصي محمد ماجد - ص5-6@.

- ويتميز ببساطة الإجراءات والبعد عن الشكلية التي يتطلبها القضاء وهو الأفضل لحل النزاعات ذات العنصر الأجنبي نظرا لإمكانية عرض هذه النزاعات على هيئة تحكيم محايدة قد لا تنتمي إلى الدول التي ينتمي إليها الأطراف حيث من المعروف غياب القضاء الدولي لحل مثل هذه النزاعات @ الفقي عمر عيسى - ص19-20@.

ونظام التحكيم بأنواعه المختلفة يمر بإجراءات متعددة تصل بنهايتها هيئة التحكيم إلى قناعة معينة حول النزاع المعروض عليها، وهذه القناعة هي الحكم الفاصل في هذا النزاع والواجب صدوره وفق الصورة التي رسمها القانون حتى يرتب الآثار التي حددها هذا القانون، ويكون قابلا للطعن فيه بالطرق المحددة لذلك.

خطة البحث

مقدمة : لإعطاء فكرة عامة عن نظام التحكيم، وموضوع البحث، وإشكالاته، وأهميته، وأهدافه، والمنهج المتبع والدراسات السابقة.

الفصل الأول: القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي وموضوعه

المبحث الأول: اتفاق التحكيم

الجزء الأول :المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها

الجزء الثاني :تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له

المبحث الثاني :القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

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

الجزء الثاني :النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، وتم تقسيمه إلى قسمين :

المبحث الأول :من جهة العقد، وهذا القسم تم تقسيمه إلى جزأين :

الجزء الأول :مرجعيات النظرية العقدية.

الجزء الثاني : الانتقادات الموجهة إليها.

المبحث الثاني: من جهة القضاء، وهذا القسم تم تقسيمه إلى جزأين:

الجزء الأول: مرجعيات النظرية القضائية.

الجزء الثاني: الانتقادات الموجهة للنظرية القضائية.

الفصل الثالث :الاتفاقيات التي عالجتها تنفيذ حكم التحكيم

الفصل الرابع: تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية

المبحث الأول: رفض تنفيذ القرار التحكيمي

المبحث الثاني: الطعن في القرار التحكيمي

الفصل الخامس: الإطار التطبيقي للبحث العلمي (التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة).

الفصل السادس: المسائل الجوهرية في اتفاق التحكيم .

ثم تم عرض الخاتمة التي تضمنت نتائج وتوصيات.

الفصل الأول

القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي وموضوعه

الأصل في أي عقد من العقود أن يكون خاضعا لقانون معين ينظمه، من شروط انعقاده ابتداءً، وحتى تنفيذ ما يترتب عليه من التزامات يحترمها كلا الطرفين بموجب هذا القانون.

ولا يشذ اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن هذا الأصل، وإن كان هناك من ينادي بوجوب عزله عن كل قانون وإسناده بكليته إلى إرادة المتعاقدين لتكون هي المصدر الوحيد للالتزام الذي يتضمنه فلا مفر تبعا لذلك من أن يرتبط اتفاق التحكيم بتشريع معين، قد يكون قانونا وطنيا، أو اتفاقية دولية، إلا أن الاتفاقيات الدولية قلما تعنى بالمسائل المتعلقة باتفاق التحكيم، لصعوبة بلوغ التوحيد التشريعي في شأنها، فإذا وجدت القاعدة المادية الموحدة فلا محل لتنازع القوانين في نطاقها، وإذا اشتملت الاتفاقية على قاعدة إسناد موحدة وجب إعمالها، أما في غير هذا الفرض، فإن التنازع بين القوانين يكون أمرا لا بديل عنه، ويتعين تبعا لذلك تعيين القانون الواجب التطبيق

@ شفيق، محسن – ص210@.

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فالقاضي لا يجد صعوبة في معرفته، لأنه يقوم بتطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، ويترتب على ذلك تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة.

حيث يتخصص القانون الدولي الخاص بتنظيم العلاقات بين الأفراد ذات الصبغة الدولية تلك الصبغة التي تلحق العلاقة القانونية إذا كان أحد عناصرها، سواء احد أطرافها أم موضوعها أم سببها أجنبيا، ولعل أهم موضوعات هذا القانون ما اصطلح على تسميته بتنازع القوانين، والذي تتركز وظيفته الأساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة.

المبحث الأول:

اتفاق التحكيم

تنص المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسيترال) على أن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل.

فهذا الاتفاق لا يخرج عن إطار أي اتفاق فهو تعبير عن إرادتين تراضيا على أن تكون وسيلة تسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما هي التحكيم.

حيث نص القانون المصري للتحكيم في المادة العاشرة منه على أن اتفاق التحكيم واتفاق الطرفين على الالتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية، كما تنص المادة الخامسة من قانون التحكيم الأردني على أن اتفاق التحكيم هو " اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل.

وجاء تعريف اتفاق التحكيم في اتفاقية عمان العربية للتحكيم منسجما مع ما سبق، حيث نصت المادة الأولى من الاتفاقية المذكورة على أن " اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده" ويأخذ اتفاق التحكيم التجاري شكلين:

1- إما اتفاق لاحق لقيام النزاع.

2- والشكل الآخر لا ينتظر فيه الأطراف نشوب النزاع وإنما يتم النص في العقد أو في اتفاق لاحق للعقد على أن يكون التحكيم هو وسيلة تسوية المنازعات بينهم@ شفيق، محسن - ص211@.

فمعظم التشريعات الوطنية تجيز الاتفاق للصورتين أنفتي الذكر.

وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى جزأين: الأول يتناول: المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها، والثاني يتناول تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له.

الجزء الأول :

المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها

يثور التساؤل حول ما هو القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم المتعلقة باتفاق التحكيم، فهو يخضع لقانون الإرادة، وهو القانون الذي يختاره المتعاقدون حيث أنه مبدأ سائد في التحكيم التجاري الدولي، كما أكدته أيضا كل الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم مثل اتفاقية جنيف سنة 1927مادة 3 ، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي.

ولا تخضع إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لأية قيود إلا ما يتعلق منها بالنظام العام الدولي.

سيتم تقسيم هذا الجزء إلى قسمين: يتناول القسم الأول الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليها، ويتناول القسم الثاني الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم والقانون المطبق على هذه الشروط الشكلية.

القسم الأول :

الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم

لا بد لصحة اتفاق التحكيم أن تكون الشروط الموضوعية متوفرة وهذه الشروط تتمثل في ثلاثة عناصر:

أولها توفر التراضي الصحيح.

وثانيها أن يرد هذا التراضي على محل ممكن.

ثالثا أن يكون السبب مشروعاً. @ اتفاقية عمان للتحكيم - 1987@

حيث يعد التراضي أول شرط موضوعي لصحة اتفاق التحكيم ويعني تطابق إرادتين في ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون الاتفاق ، فلا بد أن يطابق الإيجاب قبولاً لا اختيار التحكيم وسيلة لحسم المنازعات التي تثور بين طرفي العلاقة، فيجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما @ معاهدة جنيف للتحكيم - 1961@.

بالإضافة إلى أن اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة، فإنه قد يخضع لقانون غير القانون الذي يخضع له الاتفاق الأصلي، بالتالي يكون المرجع في كافة ما يتعلق بهذا الاتفاق للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وهو إما قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الاتفاق، والتراضي أيضاً يخضع لقانون الإرادة، وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم ، وبما أن الرضا من قبل طرفي الاتفاق يعتبر شرطاً موضوعياً لصحته وينطبق عليه القانون المطبق على اتفاق التحكيم ، بالتالي فإن عيوب التراضي في هذا الاتفاق ونطاقه وتفسيره تكون محكومة بالقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم كما يخضع لنفس القانون السبب غير المشروع وجزاء عدم المشروعية@ شفيق محسن - ص213@.

والملاحظ أن الأحكام الفرنسية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والتي صدرت بشأن عيوب الإرادة" العش والخطأ" لا تستند إلى قانون معين أو حتى إلى القانون الفرنسي ولكنها تستند إلى عادات و أعراف التجارة الدولية @ بربري محمود - ص45@.

أما فيما يتعلق بالشرط الموضوعي الثاني وهو محل التحكيم، فهو يعني أن يكون النزاع قابلاً للتسوية بطريق التحكيم، حيث نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري على أنه" لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح@ بربري محمود - ص45@.

بينما نص قانون التحكيم الأردني في المادة الرابعة منه" لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل التالية:

1- المسائل المتعلقة بالنظام العام.

2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً.

3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية@ شفيق محسن - ص174@.

فكلا القانونين حدد محل التحكيم بشكل واضح لا لبس فيه حيث أورد الاستثناء على سبيل الحصر للحالات التي لا يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم وما عدا هذه الحالات يجوز فيها للأطراف اللجوء للتحكيم واتخاذها وسيلة لحل المنازعات التجارية التي تثور بينهم.

حيث يقصد بمحل اتفاق التحكيم ، موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها بطريق التحكيم ، وفي بعض الأحيان لا يتضمن الاتفاق الإشارة فقط إلى النزاع في موضوع معين ، كأن يقال إن الخلافات التي ستنشأ بين الطرفين بالنسبة لنوعية البضاعة يصار إلى حلها بالتحكيم ، أو يقال إن جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد ، يصار إلى حلها بالتحكيم، هذا في حالة وضع شرط التحكيم في العقد، أما في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط فاتفق التحكيم " مشاركة التحكيم" يتم بعد نشوء الخلاف أو النزاع ، وفي هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروفاً، ويمكن تحديده بدقة أو بشكل عام دون تفصيل أوجه النزاع فموضوع الاتفاق أو محله يثير مسألتين أساسيتين :

أولهما القابلية الشخصية للتحكيم التي تتعلق بأهلية الدول أو الدولة التي تخضع للمجموعات العامة والأشخاص المعنوية للقانون العام في الالتجاء إلى التحكيم، وهذه يحكمها سواء القانون الشخصي

للدولة الطرف في الاتفاق أو الشخص المعنوي في القانون العام، وسواء لقانون العقد الأصلي الممتد لاتفاق التحكيم مع مراعاة أن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية في القانون العام تعتبر قاعدة قانون دولي مادي @ شفيق محسن - ص174@.

ثانيها: القابلية الموضوعية التي تتعلق بموضوع النزاع فإنها تتحدد طبقا للقانون المطبق على اتفاق التحكيم للمسألة المتنازع عليها إذا كانت تخرج عن نطاق العقد.

أما بالنسبة للشرط الثالث من الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم فهو السبب المشروع، حيث أنه ضروري ولازم لتكوين اتفاق التحكيم أسوة بأي عقد آخر، فاتفاق الأطراف يجد سببه في إرادتهم في استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمن، ويعد هذا السبب سببا مشروعاً إلا إذا ثبت أن المقصود منه التهرب من أحكام القانون الذي كان سيطبق في حال طرح النزاع على القضاء نظراً لوجود قيود معينة يرغب الأطراف في التخلص منها وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق @ رضوان أبا زيد - ص58@.

ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال:

لماذا لجأ الأطراف للتحكيم؟

أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم وهل هو مشروع أم لا، فنظراً لكون التحكيم هو طريق استثنائي لحل المنازعات بين الأطراف فلا بد أن يكون السبب مشروعاً، حتى يحقق التحكيم الهدف المرجو منه، وأن لا يكون وسيلة لدى الأطراف للتهرب من الخضوع لأحكام القضاء @ بربري محمود - ص58@.

الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم

تتمثل الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم بضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، حيث يعد اتفاق التحكيم صحيحاً في إطار المبادئ العامة إذا أبرم حسب ما يتطلبه القانون المحلي.

وهو في الغالب مكان الإبرام، أو القانون الذي يحكم الموضوع، أو قانون الموطن المشترك، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين @ عبد المجيد منير - ص85@

وتتحقق الكتابة وفقاً لنص القانون، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة ولكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم.

فإذا أرسل طرف رسالة أو فاكس، يتضمن عرض الالتجاء إلى التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنور بمناسبة العقد الذي يجري التفاوض لإبرامه، فيلزم صدور قبول الطرف الآخر، واتصال هذا القبول بعلم الطرف الأول، أما السكوت فقد يعد قبولاً إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطاً فيها.

أو إذا تعلق الأمر بتحديد عقد يتضمن شرط التحكيم، أو إبرام عقد جديد يحيل إلى العقد السابق المتضمن لشرط التحكيم.

وفي حال كان اتفاق التحكيم يتم بوساطة وكيل فيجب أن تكون الوكالة مكتوبة، ولا بد أن تكون الوكالة خاصة، فلا تخول الوكالة العامة الوكيل سلطة إبرام اتفاق تحكيم أو وضع شرط تحكيم في العقد الذي تمت الوكالة لإبرامه.

الجزء الثاني :

تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له

يخضع تشكيل هيئة التحكيم في الأصل إلى إرادة الأطراف واتفاهم، و قد حاولت القوانين تنظيم هذا الأمر من خلال النص على ذلك في التشريعات الوطنية، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 15 من قانون التحكيم المصري 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 باطلا"، هنا ترك القانون المصري للأطراف الحرية في تشكيل هيئة المحكمين لكنه تدخل بنص أمر حيث أشتراط في حال تعدد المحكمين دون تحديد للعدد أن يكون العدد ثلاثة.

في حين نص قانون التحكيم الأردني 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" @بريري محمود - ص 59.

فالمشرع الأردني لم يشترط في حال تعدد المحكمين أن يكون عددهم وترا ولم يشترط في حال اتفاق الأطراف على تعدد المحكمين دون تحديد العدد أن يكون العدد ثلاثة فالنص بهذا الخصوص نص مكمل يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه.

وقد عالج قانون **اليونسترال النموذجي** بشأن التحكيم التجاري الدولي القواعد الخاصة (حيث أرست هذه المواد مبدأ سلطان الإرادة — بتشكيل محكمة التحكيم في المواد من 10- 15) بترك الحرية للأطراف في تحديد عدد المحكمين وإلا كان العدد ثلاثة @اليونسترال - 1985.

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" @اليونسترال - 1985.

أما اتفاقية 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 الاتفاق على محكم واحد" فالأصل ترك تشكيل محكمة التحكيم لحرية الأطراف سواء تولوا ذلك بأنفسهم أو فوضوا جهة معينة لتتولى هذه المهمة ، أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق أو تعذر التشكيل ، فيتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة.

من خلال ما سبق يتبين أن القاعدة العامة في تشكيل هيئة التحكيم منوطة بإرادة الأطراف، ولكن في حال عدم الاتفاق بين الأطراف على أية جزئية متعلقة بتشكيل هيئة التحكيم يتم إحالة الأمر إلى الجهة المعنية وفق ما ينظمه القانون الوطني لكل دولة.

وسيتم تقسيم هذا الجزء إلى قسمين يتناول القسم الأول الشروط الواجب توفرها في المحكم ويتناول القسم الثاني اختيار المحكمين.

القسم الأول :

الشروط الواجب توفرها في المحكم

يجب ابتداءً أن يتوفر في المحكم عدة شروط حتى يستطيع القيام بالمهمة الموكلة إليه، حيث لا يكفي توفر الأهلية المدنية التي تخضع للقانون الشخصي عند الفرد ليكون محكماً، وإنما يلزم توفر شروط أخرى، هي في الغالب شروط صلاحيته لممارسة العمل القضائي، مثل شرط الجنسية، أو شرط مزاوله مهنة معينة، أو مراعاة القيود الواردة في القوانين الوطنية المختلفة، مثل أن لا يكون المحكم قاصراً، أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً، فهذه الشروط تتعلق بالاختصاص بالتحكيم، ولها أثرها في صحة الحكم أو بطلانه وهي بهذه المثابة تخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات @ عبد الله عز الدين - ص54@.

فالشروط المطلوب توافرها في المحكم هي لغرض ضمان الحياد والاستقلال حتى يطمئن الطرفان للقرار الذي سيصدره هذا المحكم، فالمحكم لا يعتبر وكيلاً عن أحد الأطراف أو مدافعاً عنه، وإنما الاختيار لهذا المحكم هو تفويض من الشخص أحد الأطراف لشخص آخر بأن يقوم بحل النزاع، مع قبول الشخص المفوض بما يحرره المحكم @ سامي فوزي محمد - ص153@.

وبالنظر إلى القوانين المختلفة، فإنها تضع نصوصاً تحدد وتنظم شروطاً معينة للشخص الذي يمكن أن تعهد إليه مهمة التحكيم وهي بالغالـب نفس الشروط التي يجب أن تتوفر 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، وهذا لا يعني بالضرورة أن يتم اختيار القاضي لمهمة التحكيم @ حيدر علي - ص12@.

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."

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

ويمكن حصر الشروط الواجب توفرها في المحكم بشكل عام حسب ما ورد في عدد من القوانين بما يلي:

أولاً: يجب أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً ولا يجوز أن يكون شخصاً معنوياً، وهذا الشرط يمكن استنتاجه من النصوص القانونية دون أن يرد ذلك صراحةً وإذا عين اتفاق التحكيم شخصاً معنوياً -فإن مهمته تقتصر على تنظيم التحكيم - وعليه فإن المحكم لا يكون إلا شخصاً طبيعياً @ شمس مرعي - ص421@

أما إذا عين اتفاق التحكيم شخصا معنويا ، كأن ينص فيه أنه إذا ثار خلاف بسبب العقد فيصار إلى تسويته بالتحكيم عن طريق مركز للتحكيم مثل غرفة التجارة الدولية ، فهذا يعني أن مركز التحكيم يقوم بتنظيم عملية التحكيم فقط @ سامي فوزي محمد – ص155@.

ثانياً: أن يكون المحكم متمتعاً بالأهلية الكاملة وفقاً لقانونه الشخصي، ولا فرق في كونه ذكراً أو أنثى، وتنص بعض الدول في تشريعاتها على وجوب أن يتم اختيار المحكمين من مواطني هذه الدولة كما هو الحال في قوانين كولومبيا والإكوادور إلا أنه في تشريعات أخرى يجوز أن يكون المحكم أجنبياً، أيضاً لا يشترط أن يكون للمحكم مهنة معينة ، إلا أن بعض القوانين تشترط أن يكون للمحكم مهنة معينة كأن يكون محامياً مثلاً @ سامي فوزي محمد – ص155@.

فالقانون الإسباني يشترط أن يكون المحكم من المحامين في حالة حسم النزاع طبقاً لأحكام القانون. يتضح من خلال ما سبق أن أهلية المحكم منوطه بقانونه الشخصي الذي يحدد أهليته والشروط الواجب توفرها فيه.

القسم الثاني :

اختيار المحكمين

إن القواعد الدولية المعمول بها في حقل التحكيم الدولي فهي وبصورة عامة لا تضع شروطاً خاصة لمن يمكن اختياره محكماً، ذلك لأن القاعدة في هذه الحالة ترك الحرية للطرفين في اختيار الشخص أو الأشخاص الذين يثقون بهم وبنزاهتهم و الاطمئنان إلى عدالتهم في اتخاذ القرار الخاص بحسم النزاع.

في حين نصت بعض الاتفاقيات الدولية صراحة على إمكانية قيام الأجنبي بمهمة المحكم، فقد ورد في الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 مادة 1 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 سنويا قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية و الإطلاع 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 احد 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.

مما يتعلق بهذا الخصوص أيضا ما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعتة لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة ، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (11) "لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"

@ سامي فوزي محمد - 157@.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

سوف أتناول في هذا المبحث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والنظريات التي تعالج هذا الموضوع بكافة جوانبه، حيث أن من أهم الأسس التي يقوم عليها التحكيم، تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك لأنه يعد الركيزة الأساسية التي يقوم عليها إصدار حكم التحكيم الذي يترتب عليه حسم النزاع و إنهاؤه.

فالقاضي لا يجد صعوبة في معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لأنه يقوم بتطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، ويترتب على ذلك تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة، والتي تتركز مهمتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي ، ويتم ذلك عادة من خلال ما يسمى بقواعد الإسناد، أو قواعد تنازع القوانين @ دواس أمين رجا - ص21@.

أما المحكم فانه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع. حيث يظهر في النزاع المطروح على التحكيم مسألة تنازع القوانين في مرحلتين، أولهما أمام هيئة التحكيم أو المحكم عندما يراد تحديد القواعد الواجبة

التطبيق على موضوع النزاع، ثانيهما أمام القاضي عندما يتدخل ليس فقط من أجل تنفيذ حكم التحكيم بل كذلك أثناء إجراءات التحكيم أو قبل البدء فيها، مثال ذلك عندما يعترض أحد الأطراف على صحة اتفاق التحكيم ويطلب إبطاله أو عندما يطلب الطرف المذكور من القاضي التدخل للنظر في النزاع @ سامي فوزي محمد - ص185@.

وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى جزأين يعالج الجزء الأول موضوع: موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم ويعالج الجزء الثاني موضوع: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق.

الجزء الأول :

موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم

إن تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف قد يكون صريحا، وذلك بذكره في اتفاق التحكيم، سواء أكان ذلك في بنود شرط التحكيم، أو في مشاركة التحكيم، أو يوجد في الغالب مدونا في العقود النموذجية الدولية، حيث تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع @ سامي فوزي محمد - ص185@.

إلا أن هؤلاء الأطراف قد لا يفصحون صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي هذه الحالة فإن المحكم يترتب عليه الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف حتى يستطيع تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

أما الإرادة المفترضة فتظهر وتتحقق عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف وغالبا ما يصار إلى معرفة الإرادة المفترضة للأطراف، وفي أكثر الأحوال يظهر أن الأطراف قد قصدوا تطبيق قانون مكان التحكيم.

كما قد يقوم المحكم بتطبيق قواعد عرفية متبعة في التعامل التجاري الدولي @ قانون التجارة الدولية مادة 13- مادة 110@، عند عدم التعرف على الإرادة الضمنية للأطراف.

ولكن المشكلة لا تقف عند معرفة القانون الواجب التطبيق فقط على موضوع النزاع، وإنما من الضروري معرفة قواعد القانون الدولي الخاص التي ستطبق، أي قواعد الإسناد التي يستهدي بها المحكم لمعرفة القواعد القانونية التي سيطبقها لحسم النزاع، إذ أن اختيار الأطراف لقانون معين أو معرفة ذلك القانون لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، وسبب البحث عن هذه القواعد هو أن المنازعات الدولية غالباً ما تتعلق بالمسائل العقدية ولكنها قد تشمل على مسائل تتعلق بالأهلية، أو بالمسؤولية غير العقدية أو بالمنافسات غير المشروعة @ سلمي فوزي محمد - ص188.

ونادراً ما يتفق الأطراف على تعيين قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق عند نظر المحكم للنزاع، وعليه يجب البحث عن كيفية تحديد القواعد الخاصة بتنازع القوانين لكي تطبق على المسائل التي تخرج عن نطاق القانون الذي تم اختياره من قبل أطراف النزاع. فالأصل في النظام الدولي، أن المحكم الدولي يكون مقيداً بالقانون الذي اختاره الطرفان، مع تخويله حرية اختيار القانون الأنسب إذا لم يوجد بينهما اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بحيث يملك المحكم استبعاد هذا القانون، وذلك كله مع ضرورة مراعاة المحكم الدولي للأعراف والعادات التجارية الجارية فضلاً عن شروط العقد، وهو ما يظهر من جماع نصوص اتفاقيات و أنظمة التحكيم التجاري الدولي.

فقد نصت المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 المطابقة لنص المادة (33) 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 طريق الطرفين طبق المحكمون قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع، وفي الحالتين يراعي المحكمون شروط العقد والعادات التجارية الجارية.

كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (32) منه على أن:

"تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذي اختاره الأطراف".

و بالتالي فإن اختيار الأطراف لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يعد إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعد المتعلّقة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك. @ معاهدة جنيف 1961- المادة (1/7).

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

فقد نصت الاتفاقية الأوروبية (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.

فقواعد الإسناد غالباً ما يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع، وقد يتم تنظيمها عن طريق اتفاقيات دولية، ويمكن في حالة عدم وجود تشريع أو اتفاق دولي استكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي العرف والقضاء والفقهاء @ الهداوي حسن - ص49.

بالإضافة إلى أن المحكم وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الممكن أن يتعارض محتوى هذا القانون مع النظام العام في الدولة المنوط بها تنفيذ الحكم

التحكيمي وأن هذا التعارض يكون سببا لرفض التنفيذ ، ولكن ليس اختيار القانون هو الذي يثير مشكلة، بل الحلول الموضوعية لهذا القانون.

فعلى سبيل المثال فإن حكم تحكيم يطالب أحد الأطراف بدفع فوائد ، لا يمكن تنفيذه في المملكة العربية السعودية بصرف النظر عن كون الحكم يستند على القانون الألماني ، أو الانجليزي أو الفرنسي أو أي قانون آخر بسبب أنه يقرر حلا يتعارض مع مفهوم النظام العام كما حددته الشريعة الإسلامية والسبب في رفض التنفيذ ليس هو اختيار قانون بدلا من قانون آخر بل تعارض الحكم مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها@ الرقاعي أشرف - ص6@.

يتضح من خلال هذه النصوص أنه يؤخذ بعادات التجارة الدولية بوصفها عنصرا من عناصر القانون الذي يتم الفصل في النزاع على أساسه، وذلك لأهميتها وملاءمتها لظروف التجارة الدولية، لكن تطبيق هذه العادات إنما يأتي بصورة تبعية أو تكميلية أو احتياطية لأن الأولوية كما سبق توضيحه هي للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه، ولمنهج التنازع ولا خلاف في أن عادات وأعراف التجارة الدولية لا تطبق إلا بما لا يتعارض مع القانون الواجب التطبيق، إذا لم يكن هناك نص يتضمن الإحالة إليها.

يتبين من خلال ما سبق مدى التعايش بين منهج قواعد التنازع وعادات وأعراف التجارة الدولية، والموضوع هنا لا يتعلق بالتنازع بين المنهجين وإنما يتعلق بمقدار التكامل بينهما.

وعليه الأصل أنه في جميع الأحوال يجب عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد، وعادات التجارة الدولية وعدم المخالفة للنظام العام.

الجزء الثاني :

النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

ظهرت عدد من النظريات التي تعنى بتحديد القانون المختص، حيث تبنت كل نظرية وجهة نظر مختلفة يمكن الاعتماد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وهذه النظريات هي:

النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج، ونظرية التركيز الموضوعية ، ونظرية ازدواج نظام العقد، وأخيرا نظرية الأداء المميز.

حيث سأقوم بعرض موجز لهذه النظريات والأساس الذي حددت بموجبه "ما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع".

أولاً :

النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج وتجد أساسها في مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون، وليس مبدأ قانون الإرادة، و يتم إدماج القانون إما عن طريق ترديد نصوصه في صلب العقد، أو عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون، ولهذا ذهب جانب من الفقه المصري إلى التفرقة بين

مبدأ سلطان الإرادة مباشرة في اختيار القانون، وما يترتب على ذلك من اعتبار القانون في حكم الشروط التعاقدية، وبين مبدأ قانون الإرادة الذي يستند إلى قاعدة إسناد وضعية @ صادق هاشم- ص 653@.

وبرأيي_ طبقا لهذه النظرية_، فإن أطراف النزاع بإمكانهم استبعاد بعض النصوص من القانون المختار ولهم تجزئة العقد، واختيار أكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة وفي هذه الحالة يعتبر العقد رابطة متعددة الجوانب.

وهذه النظرية الشخصية ترى أن القانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية ويأخذ حكمها، بحيث يفقد طابعه القانوني بمعناه الدقيق، أي باعتباره قرارا صادرا من المشرع، عندئذ لا يتأثر القانون المدمج بما يطرأ عليه من تعديل أو إلغاء، بمعنى أنه لا يسري إلا القانون المدمج فيه استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة بحالته التي كان عليها وقت إبرامه، مع استبعاد جميع ما يطرأ عليه من تعديلات تشريعية حتى ولو كانت هذه التعديلات تمثل قوانين أمرة وهو ما يطلق عليه شرط الثبات التشريعي @ عبد المجيد منير - ص 160@.

وهذا القانون المختار يمكن أن يتم تعديله من جانب الأطراف في أية مرحلة يكون عليها التحكيم كغيره من بنود العقد، ومن المؤكد أن هذه النظرية الشخصية تؤدي إلى تلاشي كل فكرة تتعلق بقواعد تنازع القوانين، استنادا إلى ما للإرادة من شبه قوة مطلقة دون الاستناد إلى قانون يبرر وجودها. بالإضافة إلى أنه متى كان القانون المدمج في العقد في حكم الشرط التعاقدية" فإنه لا يقوى على إبطال هذا العقد.

إلا أنه في بعض الأحيان يكون التعاون المتطلب في إطار التجارة الدولية يتنافى مع شرط الثبات التشريعي، وهو ما كان دافعا إلى نشوء نماذج جديدة من العقود متحركة المضمون استنادا إلى شرط "إعادة النظر" أو شرط الملاءمة مع الظروف الاقتصادية بهدف بعث الثقة والاستقرار في المعاملات الدولية، على أساس أن هناك متغيرات لا يمكن التكهّن بها مقدما إلا أن عددا من الفقهاء أتجه إلى أن اختيار القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد، سواء أكانت الصلة قائمة على جنسية الأطراف، أو مكان الإبرام، أو مكان التنفيذ، أو على مقتضيات التجارة الدولية.

ثانياً :

نظرية التركيز الموضوعية: تقوم هذه النظرية على انتفاء إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، ذلك أن دور الإرادة هنا هو تركيز العقد في مكان معين، أي تحديد مقره وفقا للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطا وثيقا والمحيطه بظروف التعاقد وموضوعه، وذلك حماية للمصالح الاقتصادية والاجتماعية في هذا المكان، ولا شك أن إنكار دور الإرادة طبقا لهذه النظرية في اختيار القانون يؤدي بالتالي إلى استبعاد فكرة الإدماج المؤسسة على سلطان الإرادة وفكرة التركيز تحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون، وهي الطريقة المثالية لوحدة القانون المطبق على العلاقة، وبهذا تتفادى تجزئة العلاقة الواحدة بين عدة قوانين، وهي التجزئة التي يمكن أن تؤدي إلى نتائج غير مترابطة @ عبد المجيد منير - ص 163@.

ومتى تم تركيز العقد في مكان معين، فإن الأطراف يكونون قد ارتضوا سلفا الخضوع لنظام تشريعي بكل ما يصيبه من تعديلات تشريعية والتركيز يحمل طابعا إقليميا في الغالب عن طريق توافر عناصر مادية تسمح بإسناد العلاقة في مكان معين، وفي حالة تعدد أماكن التنفيذ، يجب البحث عن مكان التنفيذ الرئيسي والاعتداد بقانون هذا المكان دون أماكن التنفيذ الثانوية ويعتبر هذا المكان الرئيسي مركز النقل في العلاقة @ عبد المجيد منير - ص 166@.

أيضا قد تكون اللغة أو المحكم رابطا وتركيزا للعلاقة القانونية ومركز ثقل لها ، ففيما يتعلق بهذه النظرية فإنه يجب على القاضي أن يراقب اختيار الخصم وأن يصحح هذا الاختيار في حال كان لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة وأن يرد العلاقة إلى مكانها الصحيح.

ويتم التركيز عادة في الحالات التي لا يتوقع فيها الأطراف حدوث مشكلة ، أو في الحالات التي يكون فيها الأطراف على دراية بالمسألة ولكنهم لم يتوصلوا إلى اتفاق بشأنها وبهذا حكمت المحكمة الفدرالية السويسرية حيث أن المحكمة ليست ملزمة باتفاق الخصوم، وخلصت إلى بحث الأداء المميز في العقد لاستخلاص القانون الواجب التطبيق يتضح من خلال هذه النظرية أنه في حال انعدام الرابطة بين القانون الواجب التطبيق والعلاقة فإن ذلك يعتبر أحيانا من قبيل الغش نحو القانون، وقد يؤخذ على نظرية التركيز أنها تمنح القاضي سلطة تصحيح التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق، على أساس أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق قد ينتفي معه قيام رابطة بينه وبين العقد ومن ثم فإنها تؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف @ عبد المجيد منير - ص171@.

ثالثا :

نظرية ازدواج نظام العقد: إن مجرد الاختيار الإرادي والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود لا يعتبر عملية تركيز، وأن التركيز لا يكون إلا في حالة انتفاء الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، فيتم استبعاد فكرة الاختيار الضمني أو المفترض، على أساس أن مثل هذا الاختيار يتسم بالطابع الوهمي أو الخيالي، لأن الإرادة إما أن توجد أو لا توجد واختيار القانون يعد طبقا لهذه النظرية قاعدة قانون دولي خاص مادي، خاص بالعلاقات الدولية، وليس هناك ثمة قيد على هذا الاختيار، بمعنى انه لا يلزم وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية حتى يتمشى مع علاقات التجارة الدولية @ عبد المجيد منير - ص171@.

حيث قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بأن " الخصوم باتفاقهم المشترك لهم سلطة تحديد القانون المادي الذي يطبقه المحكم، فإذا لم يكن هناك اتفاق من هذا القبيل، يطبق المحكم القانون المحدد بمقتضى قاعدة التنازع " وقد نصت معاهدة جنيف في 21 ابريل 1961 م الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي " على أنه على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، وفي حالة عدم إشارة الخصوم إلى القانون المشار إليه، يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع الملائمة @ معاهدة جنيف 1961- المادة (6)@.

ويرى أنصار ازدواج العقد، انه إذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للخصوم باستبعاد النصوص الآمرة للقانون الذي يطبق على العقد في حالة الاختيار الصريح، فأنهم يرون استبعاد نظرية الغش نحو القانون التي تفترض وجود قانون ينطبق بصفة موضوعية، وأنه يجب البحث عن هذا العلاج في إطار النظام العام .

رابعا :

نظرية الأداء المميز: تجد هذه النظرية أساسها في القضاء السويسري الذي أضاف على فكرة الرابطة الوثيقة نوعا من المرونة، عن طريق البحث عن المضمون المميز في العلاقة القانونية أي في الأداء المميز، وهذا الأداء المميز يعتبر ركيزة للإسناد، بالتالي يجعل العقد خاضعا إلى قانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققا فيه ، وهذا يتحقق دون الحاجة إلى بحث إرادة الخصوم، أو البحث عن أي عنصر خارج العلاقة، تبعا لذلك فإن توقعات الخصوم تبقى مضمونة بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق وتفاذي تشبثت العلاقة بين عدة قوانين مختلفة.

ومن تطبيقات هذه النظرية ، ما يتعلق بالحساب الجاري، حيث يطبق قانون البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري باعتبار أن أداء البنك في عملية الحساب الجاري يعد بمثابة الأداء المميز، وأن المصارف ترتبط بالوسط الاقتصادي الذي تمارس فيه أنشطتها، والذي يسود فيه قوانين بوليس وأمن ذات تطبيق فوري، بحيث يحكم العديد من جوانب الحساب الجاري دون ثمة اعتبار لموطن العميل أو جنسيته @ عكاشة محمد - ص 279@.

وتخضع عمليات البنوك ، وعلى الأخص الاعتماد المستندي لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية، وهو في الوقت نفسه يعتبر العنصر الجوهري والمميز لها في العملية ، فيحكم العقد برمته ، وقد تأيدت فكرة إسناد الاعتماد المستندي إلى قانون مكان التنفيذ الذي يحكم العقد.

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لحكم التحكيم

المبحث الأول:

من جهة العقد :

يرى أنصار النظرية العقدية أن التحكيم من المعاملات الخاصة للأفراد التي تستند إلى مصدر عقدي، والمحكمون ليسوا قضاة إنما أفراد يعهد إليهم تنفيذ هذا العقد ويستمدون سلطتهم منه ويستمد حكم التحكيم حجيته من اتفاق التحكيم الذي يلتزم فيه الطرفان بالخضوع لهذا الحكم.

يرى أنصار هذه النظرية أن اتفاق التحكيم ذو طبيعة عقدية، انطلاقاً من هذا الاتفاق الذي يعد عقداً كغيره من العقود حتى لو كان منتجا لحكم فهذا الحكم يعد أثراً من آثار اتفاق التحكيم @ درادكة لافي - ص17@.

وبما أن العقد شريعة المتعاقدين فإن أطراف هذا الاتفاق يمتلكون حرية اختيار نوع التحكيم الذي يحيلون إليه النزاع واختيار هيئة التحكيم التي ستتولى الفصل في النزاع وغيرها من إجراءات التحكيم @ الصلاحي أحمد - ص18@.

ويعد أنصار النظرية اتفاق التحكيم وحكم التحكيم مرحلتين في إجراء واحد لأن تنظيم التحكيم وإجراءاته هدف مرحلي لتحقيق الهدف النهائي المتمثل في حسم النزاع، وأطراف هذا النزاع عندما يبرمون اتفاق التحكيم يلتزمون بجميع الالتزامات الناتجة عن هذا الاتفاق بما فيها تنفيذ حكم التحكيم @ الصلاحي أحمد - ص23@.

ومركز الثقل في نظام التحكيم ومصدر أحكام التحكيم الفاصلة في النزاع وقوتها الإلزامية هو اتفاق أطراف النزاع ، وتمتد طبيعة التحكيم العقدية إلى هذه الأحكام التي تعد واتفاق التحكيم كلاً لا يتجزأ لأن هذا الاتفاق يستغرق عملية التحكيم بأكمله ويصلح أساساً لتفسير سائر مراحلها حتى صدور الحكم الملزم لأطراف هذا النزاع وحكم التحكيم يتمتع بحجية ملزمة ويستمد آثاره من إرادة أطراف النزاع لكونه تنفيذاً للعقد الذي بموجبه اتفق هؤلاء الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع القائم بينهم وهذا الحكم مرتبط بوجوده وصحته بوجود وصحة اتفاق التحكيم، فهو عنصر تبعية لأنه مجرد تحديد لمضمون العقد بواسطة المحكمين. @ التحيوي محمود السيد - ص267@

لم يكتف أنصار النظرية بإبراز الدور الكبير الذي تجسده الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، إنما حاولوا إظهار الفرق بين التحكيم والقضاء من خلال عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع والمختلف في طبيعته عن عمل قاضي الدولة فهو ليس عملاً قضائياً وإنما عملاً مختلفاً يجد أساسه في عقد يستند إلى إرادة الأطراف ويستمد آثاره من الاتفاق على التحكيم وتشابه وظيفة المحكم مع وظيفة السلطة القضائية يشكل تشابهاً ظاهرياً لا يصلح أن يكون أساساً

لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فالمحكم يقوم بوظيفته بناءً على اتفاق خاص تم تعيينه بموجبه ويتقاضى أتعابه من أطراف هذا الاتفاق وهذا يشكل اختلافًا جوهريًا بينه وبين القاضي الذي تعيينه الدولة. @ الخزاعلة شمس الدين - ص122@.

برغم اتفاق أنصار هذه النظرية على الطبيعة العقدية لحكم التحكيم اختلفوا فيما بينهم حول تحديد طبيعة العلاقة بين أطراف اتفاق التحكيم والمحكمين، ففسر جانب منهم هذه العلاقة أنها عقد وكالة، بمعنى أن المحكم وكيل عن الأطراف نظرًا لأن سلطته في الفصل في النزاع مستمدة من اتفاق الأطراف واختيارهم له، وفسر جانب آخر هذه العلاقة أنها عقد إجارة عمل نظرًا لاتفاق الأطراف والمحكم على إجارة عمله بحيث يترتب على هذا الاتفاق حقوق والتزامات متبادلة بذمة كل منهم واستند أنصار النظرية العقدية على حجج متعددة في تدعيم وجهة نظرهم في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم سيتم تناولها في الجزء الأول، وبرغم ذلك وجهت إليها عدة انتقادات سيتم تناولها في الجزء الثاني.

الجزء الأول :

مرجعية النظرية العقدية

استند أنصار النظرية العقدية على أسس متعددة في تدعيم الطبيعة العقدية لحكم التحكيم تعتمد على الدور الجوهري الذي تمثله إرادة الأفراد في التحكيم وعلى الفرق بين هذا الحكم والحكم القضائي تأسيسيًا على أن المحكم لا يتمتع بسلطات القاضي .

من هذه الأسس:

1- أساس اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع هو اتفاق أطراف النزاع على ذلك سواء كان هذا الاتفاق شرطًا أم مشاركة تحكيم، حيث تعد إجراءات التحكيم والحكم المنهي للنزاع والصادر بناء على هذه الإجراءات جزءًا لا يتجزأ من هذا الاتفاق @ شتا احمد - ص21@.

2- رغبة أطراف النزاع في حل النزاع القائم بينهم وديًا عن طريق اللجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم تتولى إنهاء هذا النزاع بإصدار حكم يكون محلًا لقبولهم @ التحويي محمود السيد - ص273@.

3- إن أطراف النزاع يمتلكون حق اللجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم تتولى مهمة الفصل في النزاع وفق الإجراءات والقواعد التي يحددها هؤلاء الأطراف، وهذا يتطلب إعطاء الأهمية لمن منح هيئة التحكيم هذه المهمة وليس للمهمة التي تقوم بها هذه الهيئة . وبذلك يكون التحكيم مشابهًا لعقود الصلح التي تخضع لتصديق القضاء، ولم يحدث نزاع حول الطبيعة العقدية لهذه العقود @ الوحيددي درويش مدحت - ص29@.

- 4- المحكم يقوم بمهمته بصفته وكيلًا أو مفوضًا عن أطراف النزاع، والحكم الصادر، يعد عقدا مبرما بين هؤلاء الأطراف ويتم تنفيذه بأمر من المحكمة المختصة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الذي يتطلب تنفيذه إجراءات تنفيذية خاصة @ الصلاحي أحمد - ص18@.
- 5- التحكيم الإجباري الذي لا يتم اللجوء إليه بناء على اتفاق أطراف النزاع لا يعد تحكيما بالمعنى الفني القائم على الإرادة في اللجوء إليه لحسم النزاع @ ابراهيم نادر محمد - ص30@.
- 6- يظل التحكيم متمسًا بالطبيعة العقدية، ولا يمكن القول بأنه ذو طبيعة قضائية حتى في الحالة التي يعين فيها المحكم من قبل السلطة القضائية لأن هذه السلطة عند تعيينها له تحل محل الأفراد في استعمال حقهم في اختيار هذا المحكم @ ابراهيم نادر محمد - ص30@.
- 7- اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم يتضمن تنازلا ضمنيًا عن اللجوء إلى القضاء وهذا الاتفاق يخول المحكم سلطة مصدرها إرادة أطرافه، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون قضائية لأنها تقوم على إرادة الأطراف، وهذا يتطلب التزام المحكم بشروط اتفاق التحكيم عند إصداره للحكم المنهي للنزاع، وقيام الأطراف بتنفيذ هذا الحكم يعد تأكيدًا على التزامهم بمضمون الاتفاق @ البحيري عزت محمد - ص19@.
- 8- أساس تمتع حكم التحكيم بحجية الشيء المقضي به يرجع إلى وجود اتفاق ضمني بين أطراف اتفاق التحكيم على الالتزام بالحكم الصادر عن المحكم، والالتزام بعدم إعادة عرض النزاع على القضاء @ عمر نبيل إسماعيل - ص32@.
- 9- لأطراف النزاع الاتفاق على تنفيذ حكم التحكيم دون الحصول على أمر بتنفيذه من المحكمة المختصة إذا صدر وفقًا للشروط والإجراءات المتفق عليها بينهم على اعتبار هذا الحكم أثر لاتفاق التحكيم @ الخزاولة شمس الدين - ص37@.
- 10- لأطراف النزاع الاتفاق على إعلاء فعالية حكم التحكيم باتفاقهم على أن يكون الحكم نهائيًا لا يجوز الطعن به بأي طريق من طرق الطعن لأن هذا الحكم قد ارتضاه الخصوم واعتقدوا عدالته مسبقًا باتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم @ سلامة أحمد - ص42@.
- 11- الطبيعة العقدية لحكم التحكيم يفرضها اعتبار التحكيم أحد أدوات المعاملات الدولية مما يقتضي أن يستجيب لمتطلبات هذه المعاملات وتزايد انتشارها؛ لأن المعاملات الدولية قد تتعارض مع القوانين وأحكام القضاء في مختلف الدول مما يحول دون تنفيذ هذه المعاملات ولا يمكن تحرير المعاملات الدولية إلا عن طريق العقد لما يتصف به من طابع دولي @ الوحيدي درويش - ص44@.

12- اختلاف التحكيم عن القضاء من حيث الهدف، فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يمارسها القاضي بحكم وظيفته القضائية بهدف حماية سيادة القانون، دون النظر إلى العلاقات المستقبلية بين أطراف النزاع، أما المحكم فمهمته اجتماعية تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن استمرار العلاقات السلمية بين أطراف هذا النزاع لذلك سمي التحكيم "قضاء العلاقات المتصلة" بينما سمي القضاء "قضاء العلاقات المحطمة" @ شفيق محسن - ص32.

13- التحكيم يتطلب وجود اتفاق بين الخصوم على اللجوء إليه، بينما القضاء حق عام يستعمل الخصم دون الحاجة إلى الحصول على موافقة من خصمه @ شفيق محسن - ص15.

14- وظيفة المحكم المكلف بالفصل في النزاع لا تعد وظيفة قضائية لأن هذه الوظيفة تختل عن وظيفته من الناحية المادية والشكلية فالمحكم لا يمتلك سلطة الأمر التي يمتلكها القاضي ولا يتمتع بالضمانات المقررة له ولا يعد منكرًا للعدالة إذا امتنع عن القيام بمهمته ولا تسأل الحكومة عن عمله لأنها لا تسأل إلا عن أعمال تابعيها وهو ليس تابعًا لها، والإجراءات المتبعة أمام المحكم ليست إجراءات قضائية بالمعنى الحقيقي لأن الإجراءات حتى تعتبر قضائية يجب أن ترتبط بخصومة قائمة أمام محكمة تتبع جهة قضائية، والمحكم وإن كان يقوم مقام القاضي في الفصل في النزاع، لا تكون له صفته أو سلطته والحكم الصادر عن هذا المحكم لا ينفذ جبرًا إلا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية المختصة بذلك @ التحويي محمود السيد - ص291.

15- حكم التحكيم يتمتع بحجية نسبية بصورة عامة لا يرد عليها استثناء حيث تقتصر آثار الحكم على أطراف النزاع، بينما الحجية النسبية التي يتمتع بها الحكم القضائي كأصل عام يرد عليها استثناء يتمثل في الحكم الصادر في دعوى الإلغاء فهو يتمتع بحجية مطلقة تسري في مواجهة الجميع، إذا قضى بالإلغاء سواء كان الإلغاء كليًا أم جزئيًا، أما إذا قضى برفض هذه الدعوى فإنه يتمتع بحجية نسبية في نطاق وحدة الخصوم والموضوع. @ التحويي محمود السيد - ص291.

16- دعوى بطلان حكم التحكيم تستند إلى أسباب ترتبط باتفاق التحكيم مما يشكك في الصفة القضائية لهذا الحكم لأن مثل هذه الدعوى ليس محلها الأحكام القضائية التي تخضع لطرق الطعن المقررة قانونًا @ أبو الوفا أحمد - ص19.

17- المحكم عند الفصل في النزاع يمتلك سلطات أوسع من سلطات القاضي لأنه لا يتقيد بأحكام القانون باستثناء القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب بينما القاضي يفصل في النزاع مقيّدًا بقواعد القانون @ خالد هشام - ص170.

18- استخدام ذات المصطلحات القانونية في مجال التحكيم والقضاء مثل: مصطلح "حكم" أو "نزاع" أو "خصوم" وغيرها من المصطلحات هو تشابه ظاهري لا يحدد الطبيعة القانونية للتحكيم @ الصلاحي أحمد - ص21.

الجزء الثاني :

الانتقادات الموجهة إلى النظرية العقدية

لهذه النظرية فضل في إبراز الدور الذي يؤديه اتفاق الأطراف في نظام التحكيم لكن مبالغتهم في تقدير هذا الدور أدى إلى النتيجة التي انتهوا إليها والتي وجهت إليها انتقادات متعددة منها:

1- المبالغة في إعطاء الدور الأساس لإرادة أطراف النزاع في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، فالمحكم عندما يفصل في النزاع يطبق إرادة القانون دون الاهتمام بما اتجهت إليه إرادة الخصوم @ موقع محامون بنت@.

2- الطابع الإتفاقي لنظام التحكيم لا يكفي لاعتباره نظاماً عقدياً إنما يجب التمييز بين المصدر والوظيفة لهذا النظام، فالتحكيم في مصدره عقد يخول الأطراف بموجبه شخص أو أكثر مهمة حسم النزاع فيصبحون قضاة يقومون بوظائف قضائية @ عطية عزمي - ص32@.

3- المعيار المادي والشكلي الذي استند إليه أنصار النظرية العقدية في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، يتجاهل طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم المكلف بالفصل في النزاع، والدور الذي يجسده في حماية الحقوق والمراكز القانونية حيث هناك الكثير من الأعمال التي تعد أعمالاً قضائية دون أن تكون مرتبطة بخصوصية قضائية ومرجع هذا التجاهل الانطلاق من ظاهرة هيمنة الدولة الحديثة على الوظيفة القضائية بوساطة قضاة يعينون من قبلها، وهذا يحول دون تكييف الوظيفة التي يقوم بها المحكم والمتمثلة بالفصل في النزاع بأنها وظيفة قضائية، ويؤدي إلى البحث عن تفسير آخر لنظام التحكيم يتمثل بفكرة العقد التي ترتبط بسلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقود وليس بالقضاء @ الجمال مصطفى - ص53@.

4- إرادة أطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، لا تكفي وحدها للجوء إلى التحكيم، إنما يجب أن يقر القانون هذا الاتفاق ويضمن تنفيذ الحكم الفاصل في النزاع ، فالمحكم شأنه شأن كل شخص مخاطب بالقانون لا يمكنه أن يؤدي مهمته كمحكم إلا إذا أجازت الدولة ذلك وفقاً للشروط التي تحددها، أما إذا حظرت التحكيم لا يمكن ممارسته على إقليمها @ الحداد حفيفة السيد - ص59@.

5- إرادة أطراف الاتفاق على التحكيم ليست مطلقة، فالتحكيم لا يجوز إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، وهذه الإرادة لا تعد دائماً أساس اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع كما هو الحال في التحكيم الإجباري الذي يتم اللجوء بناء على نص في القانون والأخذ بالنظرية العقدية للتحكم

يؤدي إلى إطلاق مبدأ سلطان الإرادة، وترك الأمر لأطراف النزاع والمحكم الذي تم اختياره من قبلهم واتفقوا مسبقاً على قبول ما يصدره من أحكام، ويؤدي إلى عدم تدخل الدولة إلا للحفاظ على النظام العام أو لضمان حسن سير عملية التحكيم وذلك بوضع قواعد مكملة تسد النقص في اتفاق التحكيم، ولا تضع قواعد أمره إلا لضمان المحافظة على المبادئ الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية السائدة فيها @ إبراهيم نادر محمد - ص30@.

6- المحكم ليس وكيلاً عن الأطراف لأن الوكالة تفترض أن الأعمال التي يتم تكليف الوكيل بها يمكن أن يقوم بها الموكل نفسه، وهذا لا ينطبق على أطراف النزاع الذين لا يستطيعون القيام بوظيفة المحكم بأنفسهم .

ويختلف اتفاق التحكيم عن الوكالة في أن الحكم الفاصل في النزاع والصادر عن المحكم يفرض على أطراف هذا النزاع، بينما في الوكالة تفرض إرادة الموكل على الوكيل @ الشواربي عبد الحميد - ص34@.

7- النظرية العقدية لا تتفق مع قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي ينظم العلاقة بين الأطراف الذي دار حولها النزاع، وأسهمت إسهاماً فعالاً في تأخر الأخذ بفكرة استقلال هذا الاتفاق @ حشيش أحمد - ص98@.

8- النظرية العقدية لم تستطع تسويغ جواز الطعن بحكم التحكيم بالاستئناف الذي لا يوجه إلا إلى حكم قضائي، برغم محاولة بعض أنصارها ذلك من خلال تفسير غير منطقي، يتمثل بأن الاستئناف ضد حكم التحكيم يكون نتيجة اتفاق ضمني مرتبط باتفاق التحكيم، معتمدين في ذلك على جواز الامتناع المسبق عن الاستئناف الذي تأخذ به قوانين بعض الدول، التي تتضمن أحكامها إلزام أطراف النزاع اشتراط الاستئناف إذا رغبوا ذلك وإذا لم يتضمن اتفاق التحكيم هذا الشرط عد قرينة على الامتناع عن الاستئناف @ الصلاحي أحمد - ص23@.

9- اتفاق التحكيم يختلف اختلافاً جوهرياً عن كل الاتفاقات، نظرًا لعدم جواز التمسك ببطلان اتفاق التحكيم بشكل مستقل قبل صدور الحكم المنهي للتحكيم، حيث تضمن كل من قوانين التحكيم الفلسطيني والأردني والمصري قواعد خاصة بالطعن في هذا الحكم تبين أسباب هذا الطعن، والتي من بينها بطلان اتفاق التحكيم، ولم يتضمن قواعد خاصة ببطلان هذا الاتفاق من شأنها أن تسمح لأطراف الاتفاق طلب بطلانه قبل صدور الحكم الفاصل في النزاع @ حشيش أحمد - ص106@.

10- إن الطعن في حكم التحكيم عن طريق رفع دعوى البطلان أمام المحكمة المختصة لا يؤكد الطبيعة العقدية لنظام التحكيم ولا ينفى طبيعته القضائية لأن بعض الأحكام القضائية يرفع ضدها دعوى لإبطالها، وفي حال تم رفع هذه الدعوى ضد حكم التحكيم يظل هذا الحكم متمتعاً بحجية الأمر المقضي به إلى حين الحكم بالبطلان، وهي من خصائص الحكم القضائي @ التحيوي محمود السيد - ص133@.

11- إن عدم تنفيذ حكم التحكيم تنفيذًا جبريًا إلا بعد صدور أمر بذلك من المحكمة المختصة، لا يكفي للقول بالطبيعة العقدية لنظام التحكيم وإنكار طبيعته القضائية، شأنه في ذلك شأن أحكام القضاء الأجنبي التي تظل أحكامًا قضائية رغم عدم إمكانية تنفيذها إلا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية @ التحويي محمود السيد - ص46@.

12- اختلاف القواعد القانونية الخاصة بالقاضي عن تلك الخاصة بالمحكم المكلف بالنزاع لا يضيف الطبيعة العقدية على نظام التحكيم لأن المحكم وهو يقوم بمهمته وهي مهمة ذات طابع قضائي لا يمثل الدولة، وعليه يحظى القاضي بصفته ممثلًا للدولة ببعض القواعد التي تختلف عن القواعد الخاصة بالقاضي المحكم @ التحويي محمود السيد - ص310@.

13- أنصار النظرية العقدية اختلفوا فيما بينهم حول تحديد طبيعة العلاقة بين الخصوم والمحكم المكلف بالفصل في النزاع @ الجبلي نجيب أحمد - ص47@.

أرى أن أنصار النظرية العقدية فسروا كل ما يتعلق بطبيعة حكم التحكيم بأنه أثر لإرادة أطراف النزاع واستندوا في تدعيم وجهة نظرهم على أسانيد تبرز دور هذه الإرادة واستبعدوا كل ما من شأنه إضعاف دور إرادتهم.

لا شك أن إرادة أطراف النزاع تمثل دورًا كبيرًا في نظام التحكيم وهي الأساس الذي بموجبه يلتزم الخصوم باللجوء إلى التحكيم دون القضاء لحل النزاع، لكن هذا لا يعني الطبيعة العقدية لحكم التحكيم الصادر في النزاع، ولا يمكن عده عقدًا قائمًا على اتفاق إرادة أطرافه، إنما هو حكم تحكيمي خاضع لقواعد تختلف عن القواعد الخاصة بالعقود، والقول خلاف ذلك يتعارض مع التحكيم الإجمالي الذي لا يستند إلى إرادة أطراف النزاع في اللجوء إليه بوصفه وسيلة لحل هذا النزاع ويتعارض مع اعتبار الطبيعة القانونية لحكم التحكيم واحدة لا تختلف باختلاف نوع التحكيم.

وإرادة الأطراف لا تكفي وحدها للجوء إلى نظام التحكيم، إنما تحتاج إلى تنظيم وإقرار من القانون للتحكيم وبدون هذا الإقرار، لا يستطيع الأفراد اللجوء إليه، ولا يجوز لهم الخروج عن قضاء الدولة. وهذا القانون منح أطراف النزاع الحرية في اللجوء إلى التحكيم واختيار إجراءاته تحقيقًا لمصالحهم لكن لا يعني ذلك أن إرادتهم تتدخل في تحديد مضمون الحكم الفاصل في النزاع.

واتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم وفق الشكل الذي يقرره القانون، يعني التزامهم بحسم النزاع بهذا الطريق، وينتهي أثر إرادتهم عند هذا الحد، ثم يبدأ دور المحكم في تطبيق قواعد القانون التي تحكم سلامة إجراءات التحكيم، وسلامة الحكم الصادر بناء على هذه الإجراءات كالنصوص المتعلقة باحترام حقوق الدفاع وكيفية إصدار حكم التحكيم والبيانات الواجب توافرها فيه وكيفية تنفيذه جبرًا في حال تعذر التنفيذ الاختياري وطرق الطعن فيه لأن المحكم ليس وكيلًا عن الخصوم أو ممثلًا لهم، فهو ينظر النزاع ويفصل فيه وفقًا لإرادته المستقلة عن إرادة الخصوم وغير متأثر بها.

لكن إجازة القوانين اللجوء إلى التحكيم ليست إجازة شاملة ومطلقة، إنما مقيدة بالنظام العام وبالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح بمعنى لا يجوز اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات المتعلقة

بالنظام العام والنزاعات التي لا يجوز فيها الصلح كالمنازعات الجنائية، والمنازعات المتعلقة بالجنسية، وكل ما يتعلق بالأحوال الشخصية، كالطلاق والنسب والإرث والنفقة. لكن يجوز أن يكون موضوعاً للتحكيم، تقدير النفقة أو المهر أو أي دعوى مالية ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني:

من جهة القضاء

يرى أنصار هذه النظرية أن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يكون بتغليب المعايير الموضوعية المتمثلة في المهمة التي يقوم بها المحكم والغرض من هذا النظام وليس بتغليب المعايير الشكلية أو العضوية برغم أن القضاء مظهر لسيادة الدولة الحديثة يمارس بوساطة سلطات قضائية مخصصة لذلك فإن القوانين أجازت للأفراد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم واختيار محكم يتولى مهمة الفصل في النزاع بدلاً من القضاء فالسلطة القضائية سلطة قائمة بذاتها بغض النظر عن يتولاها، تمنحها الدولة إلى الأشخاص بالطرق التي يحددها القانون إما بصورة دائمة وإما بصورة مؤقتة كالمحكم الذي تمنح له بسبب طبيعة المهمة التي يقوم بها. @ رضوان أبا زيد - ص272@

ويعودون مركز الثقل في نظام التحكيم هو حكم التحكيم، وليس اتفاق التحكيم لأن المحكم يؤدي العدالة في إطار سيادة الدولة وبتفويض منها، وهذه العدالة يمكن أن تتحقق من خلال القضاء العام الذي تتولى الدولة إقامته وتنظيمه أو من خلال القضاء الخاص المتمثل في نظام التحكيم الذي تقره الدولة لهذا النوع من القضاء مع الاعتراف بالارتباط بين حكم التحكيم واتفاق التحكيم الذي أدى إلى صدور هذا الحكم، لكن هذا لا ينفي الطبيعة القضائية للتحكيم لكنه يفسر بعض الاستثناءات التي يتميز بها هذا القضاء الخاص عن القضاء العام، مثل جواز الطعن في حكم التحكيم بدعوى البطلان .

والمحكم بوصفه قاضيًا خاصًا لا يملك سلطة الجبر في مواجهة الأطراف والغير ، والسبب في ذلك هو أن المحكم يقوم بوظيفة القاضي بصفة مؤقتة حين النظر في النزاع مما يتطلب عدم منحه كامل سلطات القاضي وحكم التحكيم لا يقبل التنفيذ الجبري إلا بعد صدور أمر التنفيذ من المحكمة.

وهذا لا يغير من طبيعته القضائية " ولا يعيبه إنما تقتضيه طبيعة الأمور، لأن الإجراءات المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم تتعلق باختصاص المحاكم على نحو قاصر وأطراف النزاع الذين يمكنهم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم دون القضاء لحسم النزاع لا يمكنهم منح المحكم سلطة إصدار أمر بتنفيذ الحكم والهدف من إصدار هذا الأمر هو التأكد من مراعاة حكم التحكيم للشروط التي يتطلبها القانون، والتأكد من مدى التزام المحكم بالقواعد القانونية المتعلقة باتفاق التحكيم وإجراءاته@ البحري عزت - ص25@.

ويرى أنصار هذه النظرية أن الإرادة تمثل ذات الدور في كل من التحكيم والقضاء، حيث يتم اللجوء إليهما بعمل إرادي يتمثل في اتفاق إرادة أطراف النزاع إذا تم اللجوء إلى التحكيم، وفي

إرادة أحدهم إذا تم اللجوء إلى القضاء، وهذا لا يشكل دليلاً كافياً على أن هذه الإرادة هي أساس تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم والفارق بينهما أن العمل الإرادي الأول يرغب في تحقيق العدالة الخاصة، بينما الثاني يرغب في العدالة العامة، وهذا لا ينفي الطبيعة القضائية لهذا النظام @ رضوان أبو زيد - ص27@.

ويعدون نظام التحكيم نظاماً قضائياً عالمياً يتفق على اللجوء إليه في العقود الوطنية والدولية، لكنهم اختلفوا فيما بينهم حول طبيعة الوظيفة القضائية التي يقوم بها المحكم ففسر جانب منهم ذلك بأن سلطة هذا المحكم في إقامة العدالة الخاصة بين أطراف النزاع هو تفويض من الدولة يقوم بموجبها بمباشرة الوظيفة القضائية بصفة مؤقتة ، ولأن العدالة باعتبارها مهمة تتولى السلطة العامة تحقيقها تعد من الأمور التي تدخل في النطاق القاصر لها، فإن قام المحكم بأداء هذه العدالة فإن ذلك يكون بناء على تفويض من الدولة وفقاً للقواعد التي تضعها @ الحداد حفيظة السيد - ص60@.

وفسر جانب آخر طبيعتها بأن كل من التحكيم والقضاء يعد نظاماً قضائياً وهذا يعني وجود قضائين متوازيان داخل الدولة وذلك انطلاقاً من تطور نظام التحكيم، وانتشار مراكزه، وسبق ظهوره على القضاء العام في الدولة ، واختلفوا فيما بينهم حول وقت اكتساب حكم التحكيم الصفة القضائية، منهم يرى أن حكم التحكيم يتسم بالطبيعة القضائية بعد صدور الأمر بتنفيذه من المحكمة المختصة بذلك ، والبعض الآخر يرى عدم اشتراط صدور الأمر بالتنفيذ لإكساب حكم التحكيم الطبيعة القضائية فهو يتمتع بالحجية منذ صدوره وهذا الأمر لا يمنح الحكم الحجية إنما يجعله قابلاً للتنفيذ @ التحيوي محمود السيد - ص26@.

أيضا استند أنصار هذه النظرية على أسانيد عديدة في تدعيم وجهة نظرهم سيتم تناولها في الجزء الأول، والتي لم تسلم من النقد على النحو الذي سيتم تناوله في الجزء الثاني.

الجزء الأول :

مرجعية النظرية القضائية

استند أنصار النظرية القضائية على أسس متعددة تعتمد على قواعد مشتركة بين التحكيم والقضاء تؤيد اعتبار حكم التحكيم حكماً قضائياً.

من هذه الأسس:

1- العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي، والمتمثل في الفصل في النزاع، وهذا يتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيارين الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، فكل منهما يقوم بتطبيق قواعد القانون أو قواعد العدالة من أجل الفصل في هذا النزاع، والحكم الصادر عنهما يعد حكماً قضائياً، وذلك خلافاً لما نادى به أنصار النظرية العقدية بأن حكم التحكيم يعد أثراً من آثار الاتفاق @ التحوي محمود السيد -ص325@.

2- اختلاف الهدف بين نظام التحكيم ونظام القضاء في الدولة والذي نادى به أنصار النظرية العقدية، لا يعد دليلاً على الطبيعة العقدية لنظام التحكيم ونفي طبيعته القضائية لأن القضاء يهدف إلى حماية المصالح الخاصة شأنه شأن التحكيم الذي يحقق مصالح خاصة للخصوم، ومصالح عامة تتمثل في تخفيف العبء الكبير الملقى على عاتق المحاكم بسبب كثرة القضايا المرفوعة أمامها @ الغزيري أمال أحمد -ص68@.

3- إقرار القانون لنظام التحكيم لحل النزاعات، فالمحكم يعد قاضياً لأنه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ومن القانون الذي أجاز هذا الاتفاق وجعل الحكم الصادر عنه قابلاً للتنفيذ @ التحوي محمود السيد -ص325@.

4- نظام التحكيم يتضمن عناصر العمل القضائي وهي: "الادعاء والمنازعة والعضو" يتمثل الادعاء بالحماية القانونية التي يهدف الشخص إلى الحصول عليها من تطبيق القاعدة القانونية، وتتمثل المنازعة بالخلاف في وجهات النظر بين الخصوم، بحيث يسعى كل منهم إلى إثبات وجهة نظره مع القاعدة القانونية التي تقرر الحل لصالحه، ويتمثل العضو بالشخص الذي يتولى مهمة الفصل في النزاع، والمحكم يستمد صلاحية القيام بالوظيفة القضائية من القانون، ومن اللحظة التي يجيز فيها هذا القانون لشخص ما القيام بهذه الوظيفة، يعد المعيار العضوي متوافراً @ عطية عزمي عبد الفتاح -ص28@.

5- إن السلطة القضائية للمحكم تختلف عن ولايته التي تمثل الاختصاص النوعي له، هذه الولاية تتحدد وفق ما تتجه إليه إرادة أطراف النزاع في اتفاق التحكيم وترتبط صحة وبطلاناً بهذا الاتفاق، وهذا لا يمس سلطته القضائية وذلك لعدم وجود سلطة قضائية معيبة مقارنة مع الحق الذي يكون مشروعاً دائماً، والمحكم إذا قرر عدم الاختصاص بنظر النزاع لعدم صحة اتفاق

التحكيم يكون أحسن استخدام سلطته القضائية، وإذا فصل في هذا النزاع رغم عدم صحة هذا الاتفاق يكون أساء استخدام هذه السلطة @ غسن خليل - ص75@.

6- الإجراءات التحكيمية هي إجراءات ذات طبيعة قضائية سواء من ناحية احترام المبادئ الأساسية في التقاضي والمتمثلة في حقوق الدفاع والمساواة والمواجهة بين الخصوم أم ناحية احترام المحكم للمواعيد المحددة للقيام بهذه الإجراءات والتزامه بفحص الأدلة والبيّنات المقدمة من الخصوم، والموازنة بينها وغيرها من الإجراءات والحكم الصادر بناء على هذه الإجراءات يعد حكماً قضائياً، وإجازة القانون للخصوم للاتفاق على بعض الإجراءات التحكيمية لا ينفي طبيعتها القضائية، إنما يتلاءم مع ما يتميز به نظام التحكيم من مرونة وبساطة في الإجراءات، والتحكيم المؤسسي الذي يتم فيه الفصل في النزاع من قبل مراكز التحكيم وفقاً للإجراءات المعدة من قبلها يعد دليلاً على أن التحكيم مجموعة من الإجراءات @ ابن ناصر شريف - ص37@.

7- وحدة المصطلحات القانونية بشأن التحكيم وبشأن القضاء كمصطلح "الحكم" "أو الخصوم" أو النزاع "وغيرها من المصطلحات التي تستخدم في الأعمال القضائية @ الفصاح عبيد محمد - ص78@.

8- يترتب على صدور حكم التحكيم حجية الأمر المقضي وهي ذات الأثر الذي يترتب على صدور الحكم القضائي بمعنى أن حكم التحكيم يحوز الحجية القضائية المانعة من إعادة النظر فيما قضى به المحكم، إلا بالطرق التي يحددها القانون @ فهمي وجدي - ص142@.

9- حكم التحكيم والحكم القضائي يخضعان لذات القواعد القانونية التي تتضمن شروطاً شكلية واجبة مراعاتها عند إصدار هذه الأحكام كالكتابة المشتملة على البيانات الشخصية للخصوم والتسبيب والتوقيع وغيرها من البيانات. @ فهمي وجدي - ص142@.

10- الطعن في حكم التحكيم عن طريق رفع دعوى البطلان لا ينفي طبيعته القضائية، فالحكم القضائي المنعقد يمكن إبطاله بهذه الدعوى ويكون الحكم القضائي منعدماً إذا فقد ركناً من أركانه الأساسية، كصدوره من محكمة غير مشكلة تشكيلاً قانونياً صحيحاً أو صدر ضد شخص متوفى.

11- تنفيذ حكم التحكيم بعد صدور أمر بذلك من المحكمة المختصة لا ينفي طبيعته القضائية شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي الأجنبي.

12- استقلال اتفاق التحكيم عن الاتفاق الأصلي الذي ينظم علاقة الأطراف التي دار حولها النزاع أمر مسلم به في مجال التحكيم التجاري الدولي، فصحة هذا الاتفاق أو بطلانه أو فسخه لا

تؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم أو فسخه ما دام هذا الاتفاق صحيحاً بذاته؛ لأن موضوع هذا الاتفاق يختلف عن موضوع الاتفاق الأصلي و يعد كل منهما اتفاقاً مستقلاً عن الآخر ، وهذا يؤكد الصفة القضائية لنظام التحكيم@ عبد المجيد منير - ص142@.

13- إقرار القانون للتحكيم الإجمالي الذي يتم اللجوء إليه بناء على نص في هذا القانون وليس بناء على اتفاق أطراف النزاع يؤكد الطبيعة القضائية لنظام التحكيم؛ لأن المحكم الذي يتولى النظر في النزاعات يتمتع بسلطة قضائية بموجب القانون ، وهذا النوع من التحكيم يدل على أن الإرادة ليست أساس اللجوء إلى هذا النظام في جميع الأحوال فهي لا تصلح لتفسير الطبيعة القانونية للتحكيم الإجمالي @ عبد المجيد منير - ص9@.

14- كثرة اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاعات خاصة المتعلقة بالتجارة الدولية وانتشار العديد من الهيئات والمراكز التي تتولى ذلك وفق الإجراءات الخاصة بها، أدى إلى عد نظام التحكيم قضاء للنزاعات الدولية ، نظراً لعدم وجود قضاء دولي للفصل في هذه النزاعات، فقامت هيئات التحكيم بدور القضاء الدولي من أجل تحقيق ذلك، وذلك خلافاً لما ذهب إليه أنصار النظرية العقدية. @ التحويي محمود السيد - ص550@.

الجزء الثاني :

الانتقادات الموجهة إلى النظرية القضائية

لم تسلم هذه النظرية من النقد؛ لأن التشابه بين نظام القضاء ونظام التحكيم الذي أدى إلى وجود قواعد مشتركة بينهما لا يعني التماثل، ولأن اختلافهما من حيث الوظيفة والغاية، ومن حيث الآثار القانونية، ومن حيث البناء القانوني أدى إلى اختلافهما في تفاصيل القواعد المشتركة. ومن هذه الانتقادات:

1- الاستناد إلى أن العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي لا يكفي للقول بالطبيعة القضائية للتحكيم؛ لأن وظيفة كل منهما تختلف عن الأخرى، فوظيفة القاضي وظيفته قانونية تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بغض النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده، حيث يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يقوم القاضي بإصدار حكم يكفل حماية هذه الحقوق والمراكز. والنظرية التقليدية التي عرّفت الوظيفة القضائية بأنها: "الفصل في النزاعات بين الأفراد" وجه إليها انتقاداً تمثل في أنها لا تعرّف هذه الوظيفة تعريفاً جامعاً ، أما المحكم فوظيفته اجتماعية واقتصادية سلمية، تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف هذا النزاع في المستقبل ، لكنه لا يقوم بهذه الوظيفة إلا إذا وجد نزاع؛ لأن الهدف

المشترك في كل أنواع التحكيم يتمثل في حسم النزاع، وفقاً لقواعد القانون أو قواعد العدالة@

فهى وجدى - ص142@.

2- إقرار القانون لنظام التحكيم لا يغير من حقيقة أن اتفاق التحكيم هو المصدر المباشر لقيام المحكم بوظيفته، وأن هذا القانون هو مصدره غير المباشر، فالمحكم يفصل في النزاع بناء على تفويض من أطراف هذا النزاع دون التقيّد بالقواعد القانونية، بينما القاضي يفصل في النزاع مقيداً بهذه القواعد احتراماً لسيادتها@ التحويي محمود السيد - ص565@.

3- لم يعد القانون المحكم المكلف بالفصل في النزاع قاضياً خاصاً أو عاماً، بدليل أنه نظم قواعد خاصة بالقاضي تختلف عن القواعد الخاصة بالمحكم كالقواعد المتعلقة بالصلاحيّة والسلطة والمسؤولية. @ التحويي محمود السيد - ص565@.

4- للحجية معان متعددة تختلف من حالة إلى أخرى، فحجية العقد تعني "قوته الملزمة"، و حجية عقد الصلح تعني "قوته في حسم النزاع"، وهذه الحجية لا تضي على هذا العقد الطبيعية القضائية، فحجية حكم التحكيم، تختلف عن حجية الحكم القضائي؛ لأن حجية الحكم القضائي تجيز الطعن في هذا الحكم وفقاً للطرق والمواعيد المحددة لذلك في القانون، ولا يجوز رفع دعوى بطلان ضد هذا الحكم إلا إذا صدر منعدياً ومنتقياً للحجية، لأن هذه الدعوى لا ترفع إلا ضد حكم قضائي فاقد لهذه الحجية بينما يجوز رفع دعوى بطلان ضد حكم التحكيم إذا توافرت أسبابها؛ لأن أساس حجية هذا الحكم يستند إلى القوة الملزمة للعقد وليس إلى طبيعة الوظيفة التي يقوم بها المحكم، ودليل ذلك إذا اتفق الخصوم على أن لا يكون للحكم حجية إلا بعد موافقة جهة معينة أو مصادقتهما لا تكون له الحجية قبل ذلك وحجية حكم التحكيم لا تتعلق بالنظام العام خلافاً لحجية الحكم القضائي التي تتعلق بالنظام العام @ فهى وجدى - ص142@.

5- القانون لا يجيز تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد صدور أمر بتنفيذه من الجهة القضائية المختصة خلافاً للحكم القضائي الذي لا يتطلب مثل هذا الأمر؛ نظراً لصدوره من هذه الجهة المختصة.

6- المصطلحات أحياناً لا تستخدم بالدقة الواجبة ويجب تحديد ما يقصده المشرع من مجمل النص الذي يرد فيه المصطلح. فيما يتعلق بمصطلح الحكم فإن إطلاقه على الحكم القضائي وحكم التحكيم مقصور على بعض التشريعات العربية وهذا لا يرجع إلى أمر مقصود من المشرع العربي إنما يرجع إلى استقرار اصطلاح الحكم والمحكمة في مجال القضاء وفي مجال التحكيم، خاصة أن لفظ الحكم مشتق لغوياً من التحكيم أما مصطلح الاختصاص فهو غير قاصر على الاختصاص القضائي إنما يطلق في القانون بمعنى واسع يشمل نطاق السلطة التي يعترف بها القانون لأي شخص يمارس سلطة خاصة أو عامة، وفكرة الاختصاص بالمعنى الدقيق في مجال القضاء لا تنطبق على التحكيم؛ لأنها تقتصر في هذا المجال على توزيع القضايا على المحاكم داخل الجهة القضائية.

7- القول بأن مراكز وهيئات التحكيم التي تتولى حسم النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية تقوم مقام القضاء في ذلك لا يكفي للأخذ بالطبيعة القضائية للتحكيم؛ لأن هذه الهيئات لا تتمتع بما يتمتع به القاضي من حصانة وسلطة واستقرار، إضافة إلى أن الحكم الصادر عنها لا يتم تنفيذه بالطريقة التي ينفذ بها الحكم القضائي إلا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية المختصة .

@ فهمي وجدي - ص144@.

8- أنصار النظرية القضائية اختلفوا فيما بينهم حول طبيعة الوظيفة القضائية التي يقوم بها المحكم وحول الوقت الذي يكتسب فيه الحكم الصفة القضائية. @ فهمي وجدي - ص148@

من الملاحظ أن أنصار النظرية القضائية حاولوا تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم استناداً إلى التشابه والتقارب بين المهمة التي يقوم بها كل من القاضي والمحكم والمتمثلة في فض النزاع، وإلى الآثار التي يترتبها حكم التحكيم والحكم القضائي.

إن هذا التشابه لا يعني الطبيعة القضائية لنظام التحكيم؛ لأن القول خلاف ذلك يعني أن المحكم قاضي محدود السلطات والصلاحيات، والحكم الصادر عنه يعد حكماً قضائياً، لكن لا يتم تنفيذه إلا بعد صدور أمر بذلك من قاض يمتلك سلطات أوسع من السلطات التي يمتلكها القاضي الذي أصدر حكم التحكيم وهذا المعنى غير صحيح.

الفصل الثالث

الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم

يجب الإشارة بداية إلى أن الاتفاقيات الدولية التي عنيت بمشكلة النفاذ الدولي لأحكام التحكيم أو كما يطلق عليها مشكلة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لم تكن بمسألة جنسية حكم التحكيم بل إن اهتمامها لم ينصرف على الأقل إلى تحديد متى يعتبر حكم التحكيم وطنيا أو أجنبيا فقد تركز هذا الاهتمام - فقط - حول المعاملة التي يجب أن تلقاها أحكام التحكيم الصادرة في إطارها.

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 أن هذه الاتفاقية التي انضم إليها ما يربو على سبعين دولة قد وضعت نظاما متكاملًا للتحكيم ذاته 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 أراضها تنفيذ الالتزامات المالية التي يرتبها هذا الحكم كما لو كان حكما قضائيا نهائيا صادرا من محكمة قضائية تمارس وظيفتها على أرض هذه الدولة@ سامي فوزي محمد - ص384@.

كذلك لم تتضمن اتفاقية (21 ابريل _ 1961) الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي أي معيار خاص بالتعرف إلى جنسية حكم التحكيم الأجنبي .

وهذا يتفق في الواقع مع الرؤى الطموحة لهذه الاتفاقية واستهدافها إقامة مرحلة للانطلاق نحو الاعتراف بحكم التحكيم الدولي.

ومن ناحية أخرى فإن من هذه الاتفاقيات الدولية التي عنيت بمشكلة النفاذ الدولي لأحكام التحكيم لم تهتم ببيان الصفة الوطنية أو الأجنبية لحكم التحكيم بحد ذاته وإنما من خلال تحديد مجال تطبيق أحكامها أي أن أحكام التحكيم المنوه عنها في الاتفاقية تكون أجنبية طبقا للمعيار أو المعايير التي وضعتها هذه الاتفاقية بصرف النظر عن الصفة التي قد تلحق بهذه الأحكام في إطار نظم قانونية أخرى.

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".

ويتبين من هذا النص أن أحكام التحكيم الأجنبية التي عنيت الاتفاقية بتنظيم الاعتراف بها وتنفيذها هي تلك الأحكام الصادرة في دولة أخرى غير تلك المراد الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على إقليمها.

تشرط هذه الاتفاقية إذن_ باختصار_ أن يكون حكم التحكيم صادرا في دولة أجنبية بصرف النظر عن القانون الإجرائي الذي تم التحكيم وفق أحكامه، وسواء كانت الدولة التي صدر فيها هذا الحكم من الدول المتعاقدة (أي التي انضمت إلى هذه الاتفاقية) أم لا.

هذا المعيار الموسع لمجال تطبيق اتفاقية نيويورك يمثل في الواقع اتجاها حديثا في الاتفاقيات الدولية يرمي إلى تحقيق قدر من العالمية لهذه الاتفاقيات (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).

إلا أنه ينبغي أن لا يتم الإفراط في التفاؤل حول التأثير الذي يمكن أن يحدثه هذا المعيار الواسع والذي يوحي بالخروج من إطار الفكرة التقليدية الخاصة بنسبية اثر الاتفاقية الدولية وكونها أداة لتنظيم العلاقات بين أطرافها فحسب.

ومبعث عدم التفاؤل هذا ما ذهبت إليه الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك من الاعتراف بحق " كل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الأخطار بامتداد تطبيقها عملا بنص المادة العاشرة أن تصرح على أساس المعاملة بالمثل أنها ستطبق الاتفاقية فقط على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة".

هكذا فقد أفسحت الاتفاقية المجال أمام الدول الأطراف فيها أن تقتصر مجال أعمالها على الأحكام الصادرة في دولة متعاقدة أي منحت الدول الأطراف الحق في التحفظ سواء عند التوقيع على الاتفاقية أو عند التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الأخطار بامتداد تطبيقها إليها وعلى أساس المعاملة بالمثل فإنها لن تطبق هذه الاتفاقية إلا على الأحكام التحكيمية الصادرة في دولة من الدول المتعاقدة.

ولعل الغرض الذي سعت إليه الاتفاقية من إتاحة الفرصة أمام الدول الأعضاء لاستخدام هذا التحفظ هو إقامة نوع من التوازن بين العالمية المنشودة في هذه الاتفاقية والنسبية المعترف بها في مجال الاتفاقيات الدولية بصفة عامة والتي يعبر عنها بأن الحقوق التي توفرها اتفاقية لدولة متعاقدة هي مقابل الالتزامات التي تلتزم بها هذه الدولة قبل الدول المتعاقدة الأخرى ومن ناحية أخرى فإن تضمين الاتفاقيات المذكورة مثل هذا النص قد يعد حافزا أمام الدول غير المتعاقدة على الدخول والانضمام إليها.

ولكن ما المقصود بعبارة المعاملة بالمثل هنا ؟

يرى البعض أن هذا التحفظ يفهم منه أن الدولة (أ) تطبق الاتفاقية على حكم تحكيم صادر في الدولة (ب) لان هذه الدولة الأخيرة عندما انضمت للاتفاقية قد أعلنت أنها ستطبق الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة في الدولة (ب).

في الواقع فإنّ هذا التفسير قد عكس الفرض الذي أراد واضعو الاتفاقية معالجته بهذا النص فنحن أمام فرض خاصته أن دولة ما تشترط عند انضمامها للاتفاقية أو عند التصديق عليها أنها لن تطبق نصوصها إلا على الأحكام الصادرة من دولة متعاقدة أخرى خروجاً على المبدأ العام الذي نصت عليه اتفاقية نيويورك والذي بمقتضاه لا يشترط في الحكم التحكيمي لكي يعترف به أو ينفذ أن يكون صادراً في إقليم دولة متعاقدة، هنا لا يمكن فهم عبارة " على أساس المعاملة بالمثل " إلا على أساس أن هذا التحفظ يمنح للدولة العضو الحق في الامتناع عن الاعتراف أو تنفيذ الحكم الصادر في إقليم دولة أخرى غير متعاقدة إذا كانت هذه الأخيرة تعترف وتنفذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم الدولة الأولي.

ولم تقف الاتفاقية في بيان ماهية حكم التحكيم الأجنبي وبالتالي تحديد مجال تطبيقها عند معيار محل صدور حكم التحكيم وإنما نصت على سريانها كذلك على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب فيها تنفيذها أو الاعتراف بها.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن تطبيق هذا المعيار يحده حدين أولهما أن يكون الحكم صادراً في الدولة المراد تنفيذه فيها وثانيهما أن اعتبار حكم التحكيم أجنبياً بالرغم من صدوره في إقليم هذه الدولة يعد أمراً متروكاً للمحكمة المطلوب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه حسب تقديرها.

مفاد ذلك إذن أن هذا المعيار يمثل طبقاً لحدده الأول معياراً ثانياً مضافاً لسابقة أو بديلاً عنه وليس استثناءً عليه فإذا اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم في الدولة (أ) طبقاً لقانون الدولة (ب) فإن الدولة (أ) إذا كانت تسمح بالتحكيم طبقاً لقانون تحكيمي أجنبي فيكون لها إذا ما طلب التنفيذ على إقليمها أن تعتبر حكم التحكيم وبالرغم من صدوره على إقليمها أجنبياً وتطبق عليه اتفاقية نيويورك (1958) . @ القصي عصام الدين - ص50@.

الفصل الرابع

تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية

تنص القواعد العامة على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أن لا تكون المسألة التي صدر فيها حكم التحكيم تدخل في الاختصاص الوجداني لقضاء الدولة المراد التنفيذ على أراضيها، على سبيل المثال أن تكون المسألة متعلقة باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي داخل أراضي الدولة، ويخرج عن ولاية هيئة التحكيم، حيث ينفرد القضاء وحده بالتصدي لهذه المسألة التي تعتبر من قوانين البوليس.

أما في حال كانت هذه المسألة التي تم حسمها من خلال حكم التحكيم تدخل في الاختصاص المشترك بين القضاء والتحكيم، فالأصل أنه يجوز تنفيذ حكم التحكيم الصادر في شأنها متى توافرت سائر الشروط الأخرى.

تبعاً لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى مبحثين يتناول المبحث الأول رفض تنفيذ القرار التحكيمي ، ويتناول المبحث الثاني الطعن في القرار التحكيمي.

المبحث الأول :

رفض تنفيذ القرار التحكيمي

أوردت بعض التشريعات الأسباب التي تؤدي إلى رفض تنفيذ القرار التحكيمي منه:

1- عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح طبقاً للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أو أن يكون تشكيل الهيئة مخالفاً للقواعد الواجبة التطبيق، أو أن هيئة التحكيم لم تقم بدورها بشكل صحيح، أو أن القرار قد تم إبطاله من قبل جهة مختصة في البلد الذي صدر فيه حيث أن القرار الخاص برفض تنفيذ القرار التحكيمي يصدر من السلطة المختصة في البلد المراد فيه التنفيذ وفي الغالب المحكمة المختصة بنظر النزاع في ذلك البلد.

وقد بينت اتفاقية نيويورك لعام 1958 حول الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية الأسباب التي يمكن بموجبها رفض التنفيذ إذا تمكن طالب الرفض من إثبات وجودها وهذه الأسباب هي:

ا- نقص أهلية أحد الأطراف أو عدم صحة اتفاق التحكيم

ب- عدم احترام حق الدفاع للخصم وعدم إبلاغه بإجراءات التحكيم

ج- تجاوز هيئة التحكيم لاختصاصها في النظر بالنزاع المعروض عليها

د- عدم سلامة الإجراءات التحكيمية

ه- حالة عدم اكتساب القرار صفة الإلزام @ عبد المجيد منير - ص 290.

2- للسلطة المختصة أن ترفض تنفيذ القرار التحكيمي من تلقاء نفسها في حال مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام بالإضافة إلى أن يكون موضوع النزاع لا يجوز تسويته بالتحكيم طبقاً لقانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه.

3- إن رفض تنفيذ القرار التحكيمي في إحدى الدول لا يؤدي إلى رفضه من قبل الدول الأخرى ويترك لكل دولة أن تقرر سلطتها المختصة كما أنه في المقابل فإن تنفيذ القرار التحكيمي في إحدى البلدان لا يعني إلزام الدول الأخرى بالتنفيذ في إقليمها.

أيضا إبطال القرار التحكيمي أو وقف العمل به تقررته السلطة في البلد الذي صدر فيه القرار التحكيمي أو البلد الذي صدر القرار التحكيمي بموجب قانونه، وإبطال القرار التحكيمي من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه القرار هو البلد الذي صدر فيه القرار بموجب قانونه يعتبر سببا كافيا لرفض التنفيذ في البلد المراد تنفيذ القرار فيه.

وإذا رفضت دعوى بطلان أو وقف تنفيذ القرار التحكيمي في بلد إصدار القرار أو البلد الذي صدر القرار بموجب قانونه فإن ذلك قد يكون مبررا لتأجيل النظر في طلب تنفيذ ذلك القرار من قبل السلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار فيه لحين البت في الدعوى.

وهناك أسباب يمكن للسلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار التحكيمي فيه أن ترفض تنفيذه من تلقاء نفسها، وهذا ما نصت عليه اتفاقية نيويورك حيث جاء فيها أن موضوع النزاع الذي صدر بشأنه القرار التحكيمي لا يمكن تسويته بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد بالإضافة إلى أن تنفيذ القرار المذكور يشكل خرقا لقواعد النظام العام في ذلك البلد أو قواعد النظام العام الدولي بالنسبة لتشريعات بعض البلدان @ سامي فوزي محمد - ص388.

المبحث الثاني :

الطعن في القرار التحكيمي

القرار التحكيمي يكون عادة محلا للطعن مباشره أمام الهيئة التي أصدرته أو أمام هيئة أخرى، وعلى الأغلب يكون الطعن أمام القاضي، وفي حال كان هذا القاضي هو قاض في الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي، فهنا إن تحقق سبب من أسباب البطلان يحكم بإبطال قرار التحكيم أو إلغائه وأحيانا تعديله، أما الطعن بالقرار التحكيمي أمام قاضي دوله أخرى ففي هذه الحالة إذا تأكد القاضي من توافر بعض الأسباب فهنا يأمر بعدم الاعتراف ورفض التنفيذ للقرار التحكيمي.

حيث يقابل تقديم طلب فسخ حكم التحكيم في قانون التحكيم الأردني المادة رقم 42 رفع دعوى بطلان القرار التحكيمي في القانون المصري 4 مادة 52 حيث نص على عدم قبول أحكام التحكيم الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المحددة في قانون أصول محاكمات أو المرافعات المدنية والتجارية ، إنما أجاز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا لأسباب محددة تحديدا حصريا.

لكن أسباب البطلان لا تشمل على كل ما يلحق بحكم التحكيم من عيوب تؤدي إلى بطلانه كحالة صدور الحكم مبنيا على غش أو ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم ، لذلك يجب تفسير هذه الأسباب باعتبارها الطريق الوحيد للطعن في حكم التحكيم تفسيرا لا يدع مجالاً للقياس على طرق الطعن في الأحكام القضائية. @ صاوي أحمد السيد - ص225.

فالأصل في التحكيم أن للطرفين المتنازعين الحرية التامة في الاتفاق على الجهة التي يصار إليها تقديم طلب الطعن في القرار التحكيمي وبالتالي يعني هذا أنهما يستطيعان الاتفاق على إمكانية الطعن في قرار التحكيم أمام هيئة أخرى تعين من قبلها غير تلك التي أصدرت القرار.

وفي حال عدم اتفاقهما فالأمر في هذه الحالة يترك إلى أحكام القواعد التحكيمية التي اختارها لسير عملية التحكيم بموجبها، على الرغم من أن بعض القواعد التحكيمية الدولية المعروفة لا تنص على تعيين جهة معينة يصار أمامها إلى الطعن بالقرار التحكيمي.

ومثال ذلك ما جاء في الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري حيث أجازت لأحد الطرفين أن يطلب من رئيس مركز التحكيم إبطال القرار إذا توافرت فيه أحد الأسباب الواردة في هذا القانون ويتم تنظيم المدة التي يجب خلالها تقديم طلب الإبطال من قبل المشرع الذي يضع مده محدد. @ الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري - المادة (34) @.

على الرغم من أن بعض القواعد التحكيمية الدولية تعتبر القرار عند صدوره باتاً ونهائياً ولا يجوز الطعن فيه ويبرر ذلك أن قبول الطرفين حسم النزاع عن طريق التحكيم يعتبر قبولا للقرار الذي يصدر حول 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 فلجوء الأطراف للطعن بالقرار سيجعل الطرفان يلجأان للقضاء وهذا على خلاف ما تم الاتفاق عليه بالإضافة إلى أن الطعن قد يقصد به المماثلة ويحسب الوقت بالنسبة للطرف الخاسر في التحكيم. @
المادة (21) من قواعد غرفة التجارة الدولية @

وما تجدر الإشارة إليه أن الاتفاقيات الدولية تلزم الدول المنضمة إليها بما تنص عليه بهذا الخصوص في حين أن قواعد التحكيم الدولية لا تلزم الدول بإتباعها.

أما فيما يتعلق بأسباب الطعن في قرار التحكيم فإن القوانين الوطنية تختلف في تعداد الأسباب التي يجوز بموجبها الطعن في قرار التحكيم، وإجمالاً يمكن تصنيف الأسباب التي بموجبها يتم الطعن في قرار التحكيم إلى أربع أقسام:

أولاً: الأسباب التي تتعلق بمحتوى القرار فالطرف الذي يقدم طلب الطعن يستند إلى أن قرار التحكيم لا يتفق مع ما يطلبه قانون البلد الذي صدر فيه أو قانون الإجراءات الواجب التطبيق.

ثانياً: الأسباب التي تتعلق باختصاص هيئة التحكيم فهذه الهيئة هي التي تملك سلطة النظر في النزاع وبالتالي إصدار القرار الخاص بذلك وفي حال أن النزاع ليس من الأمور الداخلة في سلطة الهيئة وفقاً لقانون بلد التحكيم والقانون الواجب التطبيق فهنا يمكن الطعن في القرار الذي تصدره الهيئة.

ثالثا: الأسباب التي تتصل بإجراءات التحكيم: ففي هذه الحالة يكون الطعن بقرار التحكيم مبني على أن هيئة التحكيم لم تحترم القواعد الإجرائية للتحكيم وهذه القواعد التي تضمن صحة تشكيل هيئة التحكيم وتضمن الحفاظ على حقوق الطرفين المتنازعين أثناء إجراء الموافقة، ومن الأمور الإجرائية التي يمكن الاستناد عليها للطعن في القرار التحكيمي عدم إجراء التبليغات الأصولية للأطراف أو عدم معاملة الطرفين على قدم المساواة، في المرافعة أو في التبليغات أو عدم ضمان حق الدفاع لأحد الطرفين وذلك بإعطائه الفرصة الكافية لتقديم طلباته ودفاعه وهذا أمر يكاد يكون مجمعا عليه في كافة الاتفاقيات الدولية باعتباره من الحالات التي يمكن الاستناد إليها للطعن بقرار التحكيم.

رابعا: الأسباب التي تستند إلى مخالفة قواعد النظام العام حيث تجمع القواعد الدولية والتشريعات الوطنية على أن مخالفة القرار لقاعدة من قواعد النظام العام يعتبر سببا من أسباب بطلانه أو عدم الاعتراف به وعدم تنفيذه، حيث يحق للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم إذا كان مخالفا للنظام العام، بمعنى يجوز للمحكمة الحكم بهذا البطلان استنادا إلى مخالفة النظام العام وحده حتى لو استند مدعي البطلان إلى سبب آخر غير هذا السبب الذي استند إليه هذا المدعي غير متحقق فعلا. @ عمر نبيل إسماعيل - ص277@.

وأخيرا تفرق بعض القوانين الحديثة بين قواعد النظام الدولي وقواعد النظام الداخلي حيث يصار إلى الإبطال أو عدم الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الدولي إذا كان مخالفا لقواعد النظام العام الدولي، أما غالبية القوانين فلا تذهب إلى الأخذ بمثل هذه التفرقة ولا يمكن للدولة المصادقة عليها الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي وان كان دوليا إذا كان يتضمن مخالفة لقواعد النظام العام بالشكل الذي تعرفه قوانين تلك الدول. @ سامي فوزي محمد - ص410@.

الفصل الخامس

الإطار التطبيقي للبحث العلمي

التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة

على الرغم من عدم وجود قانون مستقل للتحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة، إلا أن المشرع الإماراتي عالج موضوع التحكيم وخصص له باباً مستقلاً في قانون الإجراءات المدنية رقم 1992/11 والمعدل بالقانون رقم 2005/30 وترك لأطراف النزاع حرية الاتفاق على التحكيم من خلال شرط التحكيم الذي قد يرد في العقد أو في مشاركة مستقلة@ عرب حسن محمد - ص71@.

من الجدير بالذكر أن المشرع الإماراتي يدرس حالياً مشروع إصدار قانون مستقل يعالج موضوع التحكيم، حيث أن هذا الموضوع معالج حالياً من خلال المواد (203-218) من قانون الإجراءات المدنية رقم 1992/11 والمعدل بالقانون رقم 2005/30م.

غير أن نطاق هذه المواد يعالج التحكيم من منظور محلي ولا يرقى إلى معالجة موضوع التحكيم من منظور دولي على الرغم من أن المشرع أعطى المتعاقدين حرية الاتفاق على التحكيم كمبدأ عام ولكن يبقى موضوع صدور قانون مستقل أملاً يترقبه الجميع في ظل النهضة التي تشهدها الدولة على كافة الأصعدة، لاسيما استحداث تشريعات منسجمة ومتلائمة مع هذا التطور، وقد نما إلى علمنا بأن القانون المترقب متطور وينسجم مع أغلب القوانين والأنظمة العالمية المتبعة وعلى وشك الصدور قريباً@ عرب حسن محمد - ص73@.

استحداث مراكز تحكيم وأنظمة جديدة:

هنالك مؤشر يدل على الأهمية التي يحضهاها موضوع التحكيم في دولة الإمارات، هذا المؤشر يكمن في إنشاء مراكز جديدة مختصة بموضوع التحكيم كالمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم الذي أنشئ حديثاً في دبي لمعالجة مواضيع خاصة بالصناعة المالية الإسلامية حيث يهدف

المركز إلى إنجاح فكرة التحكيم المتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها من ناحية حل الخلافات الناجمة عن ممارسة الصناعة المالية الإسلامية المنتشرة في الآونة الأخيرة توخيا للوصول إلى تعميمها على قطاعات أخرى كالقطاع العقاري، التجاري والصناعي.

هذا إلى جانب سعي بعض المراكز إلى تعديل قواعدها وأنظمتها لتنسجم مع تطور هذا الموضوع المهم، نذكر على سبيل المثال مركز دبي الدولي للتحكيم التجاري الذي عدل أنظمته مؤخرا في مايو 2007 بما يتلاءم والأنظمة العالمية المتبعة لدى مراكز التحكيم العالمية كقواعد غرفة تجارة باريس، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي والقانون النموذجي للأمم المتحدة (الاونسيترال).... وقد طرح مشروع قانون جديد في أغسطس 2009 متضمنا تعديلات تتوافق والأنظمة العالمية الحديثة مراعيًا تفادي الإشكاليات والعقبات التي واجهت المركز خلال السنوات الأخيرة وهو الآن قيد الدراسة في وزارة الاقتصاد ومنتظر صدوره قريبا @ عرب حسن محمد - ص74@.

تعديل نظام مركز دبي للتحكيم الدولي مايو 2007

طرح نظام التحكيم الخاص بمركز دبي للتحكيم الدولي في مايو 2007، وهو نظام متطور وثيري يتطابق والأنظمة العالمية المعمول بها في بعض المراكز والمؤسسات العالمية المعنية بالتحكيم كغرفة التجارة العالمية بباريس (ICC) ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) إضافة لتأثره بالقانون النموذجي للتحكيم (الاونسيترال) @ عرب حسن محمد - ص74@.

1- إن نظام التحكيم المطروح من قبل مركز دبي الدولي للتحكيم يعد نموذجا متطورا لفض المنازعات عن غير طريق القضاء ويكفي أن النظام الجديد أعطى هيئة التحكيم صلاحية إصدار بعض الأوامر الوقتية والمستعملة أثناء نظر منازعات التحكيم المطروحة أمامها إذا ما لجأ طرف من الأطراف إلى استصدار مثل هذا الأمر وهو ما لم يكن معروفا في ظل النظام القديم للمركز فلقد نصت المادة 31 بند أحكام عامة على ما يلي:

أ- مع الأخذ بالاعتبار ما قد تنص عليه القواعد الأمرة للقانون الواجب التطبيق يجوز للهيئة بناء على طلب أي الأطراف أن تصدر أوامر تمهيدية أو أن تتخذ أي تدابير مؤقتة أو تحفظية تراها ضرورية بما في ذلك الأوامر والتدابير اللازمة للحفاظ على البضائع التي تشكل جزءا من موضوع النزاع مثل الأمر بإيداعها لدى شخص

ثالث أو بيع البضائع المعرضة للتلف ويجوز للهيئة أن تشترط تقديم ضمان ملائم يقدمه الطرف الذي يطلب اتخاذ هذه الإجراءات وذلك قبل الإذن بها.

ب- يجوز أن تأخذ الأوامر والتدابير المقررة بموجب هذه المادة شكل قرار تحكيم مؤقت أو تمهيدي.

ج- إذا تقدم احد الأطراف بطلب إلى جهة قضائية مختصة لاتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية أو لتقديم ضمانات للدعوة أو للدعوة المتقابلة أو لتنفيذ أي من التدابير أو الأوامر التي صدرت عن الهيئة فان ذلك لن يعد تعارضا مع اتفاق التحكيم أو تنازلا عنه .

د- على الطرف الذي يقدم مثل هذا الطلب أو يسعى للحصول على هذه التدابير أن يخطر المركز بدون أي تأخير بذلك الطلب أو بتلك التدابير التي اتخذتها الجهة القضائية المختصة وعلى المركز أن يقوم بإخطار الهيئة بذلك الأمر الذي ينم وكما ذكرنا أنفا عن سعة وعمق النظام الجديد .

2- من ضمن المزايا الأخرى التي يتيحها النظام الجديد لمركز دبي الدولي للتحكيم حرية اتفاق الأطراف والمحكمين على اختيار مكان انعقاد جلسات التحكيم إذ لم يعد من الضروري أن تعقد الجلسات في دبي وإنما يترك الأمر لأطراف التحكيم للاتفاق على المكان المناسب لعقد الجلسات حيث نصت المادة 20 مكان التحكيم على ما يلي:

أ- يجوز للأطراف الاتفاق كتابة على مكان التحكيم في حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار يتم الإجراء التحكيمي في دبي ما لم تقرر اللجنة التنفيذية أن مكان آخر أنسب وذلك في ضوء جميع الظروف وبعد إعطاء الأطراف فرصة لإبداء رأيهم خطياً.

ب- يجوز للهيئة بعد التشاور مع الأطراف أن تعقد الجلسات أو الاجتماعات في أي مكان تراه مناسب كما يجوز لها أن تتداول بأي مكان تختاره.

ج- يعتبر حكم التحكيم انه صادر في مكان التحكيم.

3- النظام الجديد أعطى ضماناً أساسية مفادها أن جميع المستندات التي تقدم في دعوى التحكيم بما في ذلك حكم المحكمين ستحظى بالسرية التامة.

كما منح النظام الجديد أطراف التحكيم حرية اختيار اللغة التي تحكم إجراءات التحكيم وهي ميزة تنم على مرونة النظام من ناحية احترام إرادة أطراف الاتفاق، حيث نصت المادة 21 بند اللغة على ما يلي:

1- ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، تكون اللغة التي تبدأ فيه إجراءات التحكيم هي لغة اتفاقية التحكيم.

2- إذا كانت اتفاقية التحكيم مكتوبة بأكثر من لغة يجوز للجنة التنفيذية أن تقرر أي من تلك اللغات تكون اللغة التي تبدأ بها إجراءات التحكيم، إلا إذا نصت اتفاقية التحكيم على أن تتم إجراءات التحكيم بأكثر من لغة.

3- تتمتع الهيئة بعد تشكيلها بصلاحيات تحديد لغة التحكيم أو لغاته، مع الأخذ بالاعتبار أي ملاحظات للأطراف وجميع الظروف المتعلقة بالقضية.

4- يجوز للهيئة أن تقرر وجوب ترجمة كل أو بعض المستندات التي قدمت بلغات غير لغة التحكيم إلى لغة التحكيم.

نبذة عن ائتلاف مركز دبي المالي العالمي (DIFC) ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) :

كما ذكرنا فان مركز (DIFC-LCIA) للتحكيم هو ائتلاف بين مركز دبي المالي العالمي (DIFC) ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) تم الإعلان عنه في فبراير من العام 2008 كبادرة نوعية هي الأولى على مستوى الشرق الأوسط.

فبفضل النهضة التي تشهدها الدولة في مختلف القطاعات واهتمام المسؤولين في تأمين بيئة قضائية ملائمة لجذب مزيد من المستثمرين، فإن فكرة إنشاء منطقة مالية حرة على غرار مركز دبي المالي العالمي (DIFC) كانت فكرة متميزة تبعتها فكرة الائتلاف الخاصة بمركز التحكيم (LCIA)- (DIFC) التي جاءت أيضا متميزة لتضيف ابتداءا آخر للمركز المالي.

فمن ضمن المزايا التي يوفرها هذا الائتلاف هي إمكانية اختيار أطراف النزاع لمحكميهم من خلال قائمة المحكمين المدرجين ضمن جدول محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) كما أن نظام مركز (DIFC-LCIA) للتحكيم والتوفيق يتطابق كثيرا مع النظام المتبع لدى محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) لذا فلن يجد أطراف النزاع أي صعوبة أو تردد في اختيار مركز (DIFC-LCIA) ونظامه لإحالة نزاعاتهم وإجراء التحكيم من خلاله.

الجدير بالذكر أن الحكم الصادر عن مركز (DIFC-LCIA) للتحكيم قابل للتنفيذ بعد التصديق عليه من محاكم مركز دبي المالي العالمي (DIFC) واتخاذ الإجراءات الخاصة بتنفيذ أحكام هذه المحاكم، بداية عن طريق قاضي التنفيذ في محاكم دبي المحلية الذي سيعطي الحكم صيغة تنفيذية لتنفيذه في دبي أو باقي الإمارات أو حتى دول مجلس التعاون التي يجمعها اتفاقية تعاون مشتركة هي اتفاقية تنفيذ الأحكام والإنايات والإعلانات القضائية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لسنة 1996.

بل أكثر من ذلك فإن الحكم الصادر عن مركز (DIFC-LCIA) يعامل معاملة الحكم الأجنبي الصادر عن دولة عضو في اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن تصديق وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بحكم أن دولة الإمارات العربية عضو منضم لهذه الاتفاقية منذ عام 2006، لذا فان حكم المحكمين الصادر عن مركز (DIFC-LCIA) يعد حكما صادرا عن دولة عضو في اتفاقية نيويورك وبالتالي سيصبح قابلا للتنفيذ في باقي الدول الأعضاء في الاتفاقية. @ عرب حسن محمد - ص81

تصديق وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة خارج دولة الإمارات العربية المتحدة

الملاحظ انه عند نشوء النزاع ولجوء أحد الأطراف بدعوى حقوقية أمام المحكمة يأتي الطرف الآخر ويدفع بعدم اختصاص المحكمة لوجود شرط التحكيم مستندا في ذلك إلى نص الفقرة (5) من المادة (203) إجراءات مدنية والتي ذكرت بأنه:

"إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع فلا يجوز رفع دعوى به أمام القضاء ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع دعوى دون الاعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغيا."

فبناء على حكم المحكمة يلجأ الأطراف أو الطرف الذي رفضت دعوته إلى هيئة التحكيم خارج الدولة لعرض الخلاف عليها حسب بنود الاتفاقية، وبعد المثول أمام الهيئة وصدور حكم المحكمين مستوفيا كافة شروطه الشكلية والموضوعية يأتي الطرف الذي صدر الحكم لمصلحته لتصديق هذا الحكم وتنفيذه في الدولة.

وفي هذه المرحلة تبدأ المحكمة ببحث الشروط الواجب توافرها في الحكم الصادر خارج الدولة لتنفيذه وهذه الشروط عددها المادة (235) من قانون الإجراءات المدنية حيث ذكرت ما يلي: @عرب حسن محمد - ص61

1- الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في دولة الإمارات العربية المتحدة بذات الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في الدولة.

2- ويطلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ولا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:

(أ) إن محاكم الدولة غير مختصة بالمنازعة التي تصدر فيها الحكم أو الأمر، وإن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.

(ب) إن الحكم أو الأمر صادر من محكمة مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه.

(ج) إن الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا.

(د) إن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته.

(ه) أنه لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بالدولة ولا يتضمن ما يخالف الآداب أو النظام العام فيها.

في الإطار التطبيقي للبحث العلمي أود الإشارة للأنظمة والقوانين التي تمت دراستها والتي أخذت من مركز دبي للتحكيم الدولي وهي النظام الأساسي للمركز لعام 2004 والمعدل بالمرسوم (58) لعام 2009 والذي يشمل على (29) مادة تنظم عمل المركز وتحلّه محل مركز التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة و صناعة دبي وتحدد أهدافه واختصاصاته وإدارته ولجانه وعضويته وشروطها وشؤونه المالية وأحكامه العامة والانتقالية.

كذلك مشروع القانون الاتحادي الجديد فيما يتعلق بالتحكيم المقدم في أغسطس (2009) لوزارة الاقتصاد للمصادقة عليه واعتماده والذي يعتبر أكثر شمولية وتوافقا مع القوانين والأنظمة والاتفاقيات الدولية والذي يشتمل على (60) ستين مادة تحدد بوضوح التعاريف والمسميات والهيئة التحكيمية وإجراءات التحكيم وشروطها وظروفها وطريقة عملها والقوانين الضابطة لها بما يتوافق وينسجم مع الاتفاقيات الدولية الموقعة ومع الظروف الدولية والعولمة واتجاهاتها ويعتبر نقلة نوعية في عملية ضبط قوانين التحكيم بالدولة في المرحلة الحالية بالتوافق مع التطورات في حركة التجارة الدولية.

سوف نعرض الاتفاقيات الدولية التي تمت المصادقة عليها في دولة الإمارات العربية المتحدة وبدأ فعليا العمل بها بحسب تواريخها:

أولاً: اتفاقية الرياض للتعاون القضائي 1983.

ثانياً: اتفاقية مجلس التعاون لدول الخليج العربية 1994.

ثالثاً: اتفاقية نيويورك 1958 تمت المصادقة عليها واعتمادها في 19 نوفمبر 2006.

الفصل السادس

المسائل الجوهرية في اتفاق التحكيم

بدايةً لا بد أن يكون اتفاق التحكيم واضحاً ومحددًا، وتكون عباراته دالة بصورة قطعية على أن طرفي التحكيم، قد اختارا التحكيم كأسلوب لحل كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية .

وسنعرض بشكل موجز للمسائل الجوهرية التي يجب تحديدها في اتفاق التحكيم، وكيفية معالجة القانون لحالات عدم وجود اتفاق على تلك المسائل.

والمسائل الجوهرية في اتفاق التحكيم تتمثل بالأمر التالي @ موقع القانون. نت:

1- تحديد عدد المحكمين: والذي يجب أن يكون وترًا، وكيفية تسميتهم وتعيين بديل عن المحكم في حال تم رده أو عزله أو تنحيته.

وفي حال عدم الاتفاق فتتولى محكمة الاستئناف المختصة بناء على طلب أحد الأطراف تسمية المحكم، أو تسمية بديل عنه في حال رده أو عزله أو تنحيته ولم يتفق الأطراف على تسمية المحكم البديل.

2- تحديد مدة التحكيم : أي المدة التي يجب أن تصدر فيه هيئة التحكيم حكمها في موضوع النزاع المحال عليها من قبل أحد الأطراف، بناء على اتفاق التحكيم، وإذا لم يقر طرفا التحكيم بتحديد المدة حدد قانون التحكيم تلك المدة بمائة وثمانين يوماً، تبدأ من تاريخ انعقاد أول جلسة لهيئة التحكيم ويجوز لهيئة التحكيم أن تقرر مد أجل التحكيم 180 يوماً لمرة واحدة فقط.

3- تحديد مكان التحكيم: ولتعيين هذا المكان أهمية بالغة، تتجلى بأمور عديدة أهمها، التزام هيئة التحكيم بعقد جلساتها في المكان الذي اتفق عليه طرفا التحكيم، وبتحديد مكان التحكيم يتم تحديد نوع التحكيم هل هو محلي أم دولي؟ وتحدد كذلك المحكمة المختصة بالنظر في مسائل التحكيم التي يشملها قانون التحكيم، كطلب تسمية المحكم أو رده أو عزله أو تقديم طلب إكساء حكم التحكيم.

4- لغة التحكيم: نص قانون التحكيم بأن يكون التحكيم باللغة العربية، ما لم يتفق الطرفان أو تقرر هيئة التحكيم تحديد لغة أو لغات أخرى. أما إذا اتفق الطرفان على لغة معينة، كانت تلك اللغة هي المعتمدة في تقديم الوثائق والمذكرات المكتوبة والمرافعات الشفهية، وفي كل قرار تتخذه هيئة التحكيم أو رسالة توجهها أو حكم تصدره، ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك.

وإذا قُدم إلى هيئة التحكيم وثائق أو مذكرات مكتوبة بلغة غير لغة التحكيم فإن لها أن تطلب إرفاق ترجمة محلقة عنها إلى اللغة أو اللغات المستخدمة في التحكيم.

5- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم: منح قانون التحكيم لطرفي التحكيم حرية اختيار أو تعيين الإجراءات التي يجب على هيئة التحكيم إتباعها، وتكون هذه الهيئة ملزمة بإتباع تلك الإجراءات، وأية مخالفة لها يجعل إجراءات التحكيم باطلة، وإذا لم يوجد اتفاق تقوم هيئة التحكيم باختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة.

6- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع: لطرفي التحكيم تحديد هذا القانون، وعلى هيئة التحكيم تطبيقه، وإذا استبعدت هيئة التحكيم تطبيق القانون المتفق عليه، كان ذلك أحد الأسباب التي تجيز لطرفي التحكيم رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر عنها.

وإذا لم يتفق طرفا التحكيم على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه الأكثر اتصالاً بالنزاع الذي تنظر فيه.

القسم الأول:

مفهوم الحكم وشروطه عموماً @ موقع القانون .نت @

1- يقصد بحكم التحكيم، القرار النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع، سواء كان هذا القرار شاملاً لكل النزاع أو لجزء منه، وسواء قبلت هيئة التحكيم طلبات أي من الطرفين كلها أو رفضتها كلها، أو قبلت جزءاً منها ورفضت الجزء الآخر. ففي النزاع المعروض على هيئة التحكيم، قد يطلب أحد الطرفين طلبات معينة يرفضها الآخر كاملة، بل ويتقدم بدعوى متقابلة، وبعد تبادل اللوائح والمذكرات وتقديم البيّنات، تحجز الهيئة الدعوى للحكم، وتصدر حكمها النهائي في كل طلبات الطرفين مرة واحدة، وهذا هو الحكم النهائي الشامل.

2- وإذا كان المعروض على هيئة التحكيم أكثر من نزاع، يمكن لهيئة التحكيم تسوية هذه النزاعات

بحكم واحد، أو الفصل بينها وإصدار حكم تحكيم نهائي، في كل نزاع على حدة، ما دام بالإمكان ذلك، ومثاله أن يكون العقد مقاوله بناء، تعهد فيه المقاول بتوريد المواد وإنشاء البناء، وكان العقد ينص على شرط تحكيم لتسوية المنازعات.

حصل نزاع بين الفريقين حول أسعار المواد من جهة، ونوعية البناء من جهة أخرى، وتمت إحالته للتحكيم، في هذا المثال، يمكن للمحكم الفصل بمسألة أسعار المواد بحكم، وبمسألة نوعية البناء بحكم آخر، ما دام ذلك ممكناً؛ أو الفصل بهما معاً بحكم واحد، حسبما يراه المحكم مناسباً، وإذا أصدر حكمه في بعض هذه الخلافات دون الأخرى على النحو المذكور، يكون الحكم قابلاً للطعن والمصادقة والتنفيذ، بمعزل عن الخلافات الأخرى، وتمشياً مع هذا النهج، قضت محكمة النقض، بأن الطرفين في هذه الحالة، ملزمان بتنفيذ الحكم الصادر في أحد الخلافات، ولو لم يصدر المحكم حكمه بباقي الخلافات.

3- وقد تفصل هيئة التحكيم ببعض طلبات أحد الطرفين كمسألة أولية، في حين ترجئ البت في الطلبات الأخرى لتفصل بها في وقت لاحق.

ومثال ذلك، أن يقوم (أ) بمطالبة (ب) بمليون درهم، فيقر الأخير بأن ذمته مشغولة بمائة ألف درهم فقط دون فوائد، وينازع بالباقي والفوائد، فيطلب (أ) الحكم له بالمائة ألف درهم بقرار أولي نهائي، وتستجيب هيئة التحكيم لذلك. وفي وقت لاحق، تصدر قرارها النهائي بباقي المطالبة، في هذا الفرض نكون أمام حكمي تحكيم، يجب أن يتوفر في كل منهما شروط الحكم، كما يخضعان للقواعد الخاصة بأحكام التحكيم، من حيث تصديقها وتنفيذها أو الطعن بها.

4- وحكم التحكيم، على غرار الحكم القضائي، يجب أن يكون واضحاً وحاسماً وخاصة في منطوقه، بحيث يبين بصورة لا تدع مجالاً للشك، الواجبات المفروضة على كل من الطرفين والحقوق المعطاة له، وأن يردّ الحكم على كافة طلباتهما (الموضوعية) سلباً أو إيجاباً، وإلا كان عرضة للطعن به، مع اختلاف وسيلة الطعن.

5- ومن ناحية أخرى، تصدر هيئة التحكيم قرارات كثيرة أثناء الإجراءات، ويشمل ذلك مختلف القرارات الوقتية أو الجزئية أو الإجرائية، مثل القرارات الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ومكان التحكيم، والاستماع للشهود، واللجوء للخبرة، ولغة التحكيم بما في ذلك لغة البيانات وكيفية تقديمها، وتبادل المذكرات واللوائح وتواريخ تقديمها، والجدول الزمني للسير في إجراءات التحكيم.

ومثل هذه القرارات، التي لا تمس موضوع النزاع لا تعتبر، كما نرى، قرارات تحكيم، وبالتالي لا يشترط أن يتوفر بها شروط الحكم، كما أنه لا يجوز الطعن بها بصورة مستقلة عن الحكم النهائي.

والمسألة بالنسبة للقرارات الإجرائية البحتة، متفق عليها ولا خلاف حولها، مثل القرار بقبول بيئة أو رفضها، أو تحديد مواعيد لجلسات المحاكمة، أو تحديد لغة ومكان التحكيم، أو رفض أو قبول طلب أحد الطرفين بتقديم مذكرة وكقاعدة عامة، فإن هيئة التحكيم لها صلاحية الرجوع عن القرار الإجرائي البحت، بافتراض أن مثل هذا الرجوع له ما يبرره، في حين ليس لها ذلك في حكم التحكيم النهائي كقاعدة عامة.

6- أن الحكم يجب أن يكون مكتوباً، وأن يصدر بالإجماع أو بأكثرية الآراء، وفي حال عدم توفر الأكثرية، يصدر الحكم من رئيس هيئة التحكيم منفرداً.

وكذلك يشترط في الحكم أن يتضمن أسماء أعضاء هيئة التحكيم، وأسماء الخصوم وعناوينهم وصفاتهم وجنسياتهم، وتسبب الحكم، وصورة من اتفاق التحكيم، وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم، ومنطوق الحكم، وتاريخ ومكان إصداره، وتوقيع المحكمين عليه، وهذه الشروط، هي الحد الأدنى التي يجب توفرها في حكم التحكيم، وعليه يمكن إضافة بيانات أخرى في الحكم، سواء بناءً على اتفاق الأطراف، أو من المحكمين دون حاجة لاتفاق، مثل ملخص لإجراءات التقاضي والجلسات، وأسماء وعناوين وجنسية ممثلي أطراف النزاع.

القسم الثاني:

كتابة الحكم

1- وكتابة الحكم شرط جوهرى لقيام الحكم، بحيث يؤدي تخلفه لا إلى التأثير في مضمون الحكم فحسب، بل إلى عدم معرفة هذا المضمون، لدرجة انعدام الحكم ولا يكفي لاعتبار الحكم مكتوباً الحصول مثلاً، على إقرار من المحكمين بأنه سبق لهم وأصدروا حكماً شفويًا بمضمون معين، لصالح أحد الأشخاص ضد شخص آخر، في ضوء المستندات والبيانات الأخرى المقدمة في الدعوى التحكيمية، أو تسجيل الحكم الشفوي على شريط مسجل أو فيديو.

كما أن شرط توقيع الحكم من المحكمين، مما هو منصوص عليه في القوانين العربية، يستحيل توفره إلا إذا كان الحكم مكتوباً.

وأخيراً، فإن العرف التحكيمي يقضي بصدور حكم التحكيم كتابة، وهذا هو الواقع في الحياة العملية في قضايا التحكيم.

2- وكل حكم تحكيم يجب أن يكون كتابة، فلا يقبل كتابة جزء منه، والاعتماد في الباقي على وسيلة أخرى من الوسائل الصوتية، مثل التسجيل، أو المرئية مثل الفيديو.

ولكن يستوي أن تكون الكتابة بخط اليد أو طباعة عن طريق الآلة الكاتبة أو الحاسوب (الكمبيوتر)، أو مزيجاً من الاثنين: الكتابة والطباعة.

ومرة أخرى، نقول بأنه يترتب على عدم كتابة الحكم أو أي جزء منه، انعدام الحكم برمته لارتباط الحكم ببعضه على أساس أنه كل لا يتجزأ.

3- وهناك مسألة هامة تتعلق بديباجة الحكم القضائي المفروضة بحكم القانون أي فيما إذا كان يتوجب كتابتها أيضاً في الأحكام التحكيمية أم لا. ونقصد بذلك أن الحكم القضائي في الدول العربية، يجب أن يصدر باسم جهة معينة، مثل الملك بالنسبة للأردن، أو الأمير بالنسبة للكويت، أو الشعب بالنسبة لسوريا. والسؤال المطروح هنا فيما إذا كان يتوجب ذكر هذه العبارة في حكم التحكيم أم لا؟ وقبل الإجابة على هذا التساؤل، يجدر القول بأن هذه العبارة، هي إجراء شكلي محض، تم تقنينه في النصوص بشكل تقليدي متوارث، وأصبح ملزماً للقضاء تطبيقاً للقانون، وخشية نسيان هذه العبارة عند تلاوة الحكم القضائي، أصبحت تطبع على أوراق المحاكم مسبقاً بصيغة نموذجية.

وإجراء شكلي، على هذا النحو، ليس جوهرياً، ولا يمكن اعتباره من إجراءات التقاضي الأساسية، التي يتوجب على المحكم إتباعها، حتى لو لم يكن معنى من التقيد بقواعد الأصول وإجراءاته، وهو فرض نادر الوقوع في الحياة العملية.

وما نخلص إليه، أن هذا الإجراء، إذا كان لا بد من إتباعه في الأحكام القضائية، نرى أن ذلك لا يمتد ليشمل أحكام التحكيم، وبالتالي فإن خلو الحكم التحكيمي منه لا يؤثر عليه سلباً.

القسم الثالث:

أسماء الخصوم والمحكمين @ موقع القانون. نت

1- يعتبر ذكر أسماء الخصوم في الحكم بياناً جوهرياً، ولا يعقل أن يصدر حكم تحكيم بين طرفي نزاع، دون ذكرهما فيه، وهو أمر مسلم به في كل قضية تحكيم. وجزت العادة في التحكيم، بأن يذكر أسماء الخصوم في الصفحة الأولى للحكم بشكل واضح وبارز، ولكن عدم ذكر ذلك في الحكم على هذا النحو، لا يؤثر على مضمونه، ويمكن بالتالي أن ترد أسماؤهم في أي مكان في الحكم. ولكن يجب أن ترد أسماء الخصوم بطريقة يمكن معها التمييز بين المحكوم له والمحكوم عليه، بشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض. فمن غير المعقول عدم بيان أسماء أطراف النزاع، وأن لا يرد لهم أي ذكر في الحكم، أو الإشارة لهم أو لبعضهم بالرمز أو المركز أو المنصب، كالقول مثلاً أن (أ) أقام هذه الدعوى التحكيمية ضد (ب) دون تعريف من هو (أ)، ولا من هو (ب)، ويستمر الحكم بذكر (أ) و(ب) حتى نهايته، ثم يأتي منطوق الحكم ليقضي لصالح أحدهما ضد الآخر، أيضاً بالرموز، أي (أ) و(ب). ونرى أن إغفال أسماء الخصوم على هذا النحو، يؤثر في مضمونه لعدم معرفة المحكوم له من المحكوم عليه، مما يجعل الحكم معيباً، ويشكل هذا سبباً صحيحاً للطعن به بالبطلان.

2- يجب أيضاً ذكر عناوين الخصوم وصفاتهم وجنسياتهم. وكما نرى، فإن هذا البيان ليس جوهرياً في الحكم، وإنما هو بيان ثانوي لا يؤثر إغفاله على حكم التحكيم. وبمعنى آخر، يكفي أن يرد في الحكم أسماء الخصوم بشكل واضح يدل عليهم، ولا يلتبس بغيرهم، دون حاجة لذكر عناوينهم وصفاتهم وجنسياتهم.

3- ويوجب القانون أيضاً، ذكر أسماء المحكمين في الحكم، وهو بيان جوهرى دون حاجة للنص عليه، ويترتب على إغفاله اعتبار الحكم معيباً، ويشكل ذلك سبباً صحيحاً للطعن به. إذ من غير المقبول صدور حكم التحكيم دون ذكر أسماء المحكمين. ويجوز أن ترد أسماءهم عند توقيعهم على الحكم ومع هذا التوقيع، وقد ترد في مكان آخر منفصل عن التوقيع. كما قد ترد الأسماء على صفحة واحدة من صفحات الحكم، وقد يرد على كل صفحة منه، وفي الحالة الأخيرة، إذا أغفل واحد أو أكثر من المحكمين ذكر اسمه على صفحة أو أكثر من صفحات الحكم، فلا يؤثر ذلك في الحكم.

القسم الرابع:

طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم @ موقع القانون. نت @

1- ونرى بأن هذا الشرط هو أيضاً جوهرى في حكم التحكيم، إذ من خلاله فقط يمكن معرفة ما إذا تجاوزت الهيئة صلاحياتها أم لا، وكذلك معرفة الصلة بين مضمون الحكم وطلبات الخصوم. فمضمون الحكم، مبنى أساساً على هذه الطلبات، ويستحيل معرفة مدى صحة هذا المضمون، وفيما إذا تجاوز المحكم الحدود المرسومة له في الاتفاق والقانون، دون معرفة تلك الطلبات. ولا يطلب من المحكمة المختصة الرجوع للوائح ومذكرات الخصوم، لمعرفة طلباتهم ومن ثم ربط ذلك بمضمون الحكم، بل هذا من واجب هيئة التحكيم، التي يجب أن يكون لحكمها كفايته الذاتية، إلى أقصى درجة ممكنة، ومن ذلك بيان طلبات الخصوم.

2- ولا يشترط أن يورد الحكم طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم وحججهم بشكل تفصيلي، وإنما بشكل موجز، بل يمكن الإيجاز إلى أقصى درجة ممكنة، على أن لا يصل الإيجاز إلى درجة الإبهام أو الغموض أو التعقيد غير المفهوم.

كما أنه ليس بالضرورة إيجاز كافة طلبات وأقوال ومستندات الخصوم، بل يكفي الإشارة إلى أهم هذه الطلبات والأقوال، والتي يغلب عليها طابع الجدية أو التي لها أثر في الفصل بالنزاع ومثال ذلك، أن يطلب المشتري من هيئة التحكيم، الحكم له بإرجاع البضاعة للبائع، مع استرداد ما دفعه من ثمن لها يساوي خمسين مليون درهم، بالإضافة لمائة درهم كنفقات بدل مواصلاته الشخصية من

مكان عمله، إلى مكان عمل البائع الذي توجد فيه البضاعة، أو يطالب الكفيل المدين بمبلغ الكفالة التي دفعها عنه ومقدارها مائة مليون درهم، بالإضافة لألف درهم رسم طابع. في هذين المثالين، يكفي أن تشير هيئة التحكيم للمطالبة الكبيرة وأساسها والفصل فيها، وإن أغفلت الإشارة للمطالبة الصغيرة المشار إليها.

3- والشيء ذاته يقال بالنسبة لأقوال ودفع الخصوم الأخرى، إذ يمكن تقسيمها إلى أقوال ودفع هامة أو جوهرية أو جدية قد تؤثر على مسار الدعوى، وأخرى ليست كذلك. ومثال الأولى، الدفع بالتقادم، وسداد الدين، وعدم الخصومة، وعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى، والدفع بعدم التنفيذ. ومثال الثانية أي دفع لا علاقة له بموضوع الدعوى، كأن يكون موضوع المطالبة سداد ثمن بضاعة، فيثير المشتري الدفع بأنه سدد أجره المنزل المستحقة عليه، أو يطالب البنك عميله بسداد القرض الذي عليه، فيثير العميل الدفع بسداد قرض آخر، لبنك آخر مما لا علاقة له بالنزاع المعروف أمام هيئة التحكيم. في هذين المثالين أيضاً، يكفي أن توجز الهيئة طلبات الخصوم وأقوالهم و دفعهم التي تتسم بالجوهريّة أو الجديّة، والتي لها علاقة بموضوع النزاع، دون الأخرى.

4- وبطبيعة الحال، لا يشترط أن يذكر الحكم طلبات الخصوم وأقوالهم في فقرة مستقلة، أو بصورة متتابعة أو متسلسلة بصورة منطقية، بل يمكن أن يكون ذلك في عدة فقرات متباعدة، وبمناسبات مختلفة أثناء تدوين الحكم.

القسم الخامس:

صدور الحكم من العدد المطلوب @ موقع القانون . نت@

1- كما تقدم يصدر حكم التحكيم بالإجماع أو أكثرية الآراء، وإذا لم تكن هناك أكثرية، وهو ما يعبر عنه بتشتت الآراء، يصدر الحكم من رئيس الهيئة منفرداً.

وكما هو واضح، يطبق هذا الشرط على هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم.

فلو فرضنا أن الهيئة مكونة من ثلاثة محكمين، وهذه هي الحالة الغالبة، قد يصدر الحكم بالإجماع أو بالأغلبية من محكمين اثنين.

ولو كان عدد المحكمين خمسة، فإن الحكم يجب أن يصدر عن أغلبية ثلاثة منهم على الأقل، وهكذا.

وبخلاف ذلك، يصدره رئيس الهيئة منفرداً. ومثل هذا المبدأ، مألوف في بعض قواعد التحكيم الدولية، مثل قواعد غرفة التجارة الدولية، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي، إلا أنه غير مقبول بالنسبة لقواعد أخرى مثل قواعد اليونسيترال لسنة 1976، التي تشترط في الحكم أن يصدر بالإجماع أو الأكثرية، وإلا لا يكون هناك حكم.

ولكن كما نرى، يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على غير ذلك، ويكون اتفاقهم ملزماً.

ففي التحكيم بثلاثة محكمين مثلاً، يجوز للأطراف الاتفاق على وجوب توفر الإجماع أو الأغلبية في الحكم، ولو كان عدد المحكمين خمسة، يجوز الاتفاق على صدور الحكم من اثنين فقط في حال عدم توفر الأغلبية، أو من محكمين اثنين على أن يكون رئيس الهيئة أحدهما.

2- وقد تتوفر الأغلبية المطلوبة أو يتوفر الإجماع في جزء من الحكم، ولا تتوفر في الجزء الآخر.

ومثال ذلك أن يكون عدد المحكمين ثلاثة، ويطالب البائع المشتري بالثمن مع الفوائد، فتقضي له الهيئة بالإجماع بالثمن.

وبالنسبة للفوائد، يرى أحد المحكمين عدم الحكم بالفوائد مطلقاً، ويرى محكم آخر الحكم بالفوائد بنسبة 10% من تاريخ المطالبة، في حين يرى المحكم الثالث الحكم بالفوائد بنسبة 5% من تاريخ الحكم، في هذه الحالة، إذا وقعت الأغلبية على الجزء الأول من الحكم، ووقع رئيس الهيئة منفرداً على الجزء الثاني منه، يكون الحكم صحيحاً وغير قابل للطعن به لهذا السبب.

3- وما دام الحكم صدر بالإجماع أو الأغلبية، وتم توقيعه على هذا الأساس، فلا يعيبه، كما نرى، النطق به من أحدهم في جلسة الحكم بغية المحكمين الآخرين، بصرف النظر عن سبب غيابهم أو غياب بعضهم، مثل المرض أو السفر أو الانشغال بأمر آخر.

الخاتمة نتائج وتوصيات

تناولت هذه الدراسة بالبحث والتحليل موضوع القوانين المستخدمة في حل النزاعات الناشئة في المعاملات التجارية الدولية والتي يتفق أطرافها على حلها بطريق التحكيم، فقد شكل التحكيم التجاري الدولي حقيقة ثابتة وواقعا 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، ابتداء باتفاق التحكيم وانتهاء بالقرار التحكيمي الصادر، كما أن القانون المختار سواء تم اختياره عن طريق إرادة الأطراف أو عن طريق المحكم أو بالقواعد التشريعية يقف أمامه مانع عام وهو وجوب عدم مخالفة القانون الواجب التطبيق للنظام العام في البلد الذي يراد فيه الاعتراف بالحكم الذي طبقه، فمن خلال هذه الدراسة توصلت للاستنتاجات الآتية:

أولاً: يعد اللجوء للتحكيم التجاري الدولي طريقاً يمتاز باليسر والسرعة والمساهمة في حل كم هائل من النزاعات التي تثار بصدد العلاقات التجارية الدولية، بنسبة تصل إلى % 80 تحل من خلال التحكيم التجاري الدولي.

ثانياً: إن موضوع اختلاف 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 اتفاق التحكيم.

2- الاختلاف في القوانين التي ستطبق على اتفاق التحكيم ابتداء من النص على هذا الاتفاق وانتهاء 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 عدم اتفاق الأطراف على قانون معين ليحكم علاقتهم التعاقدية تثار هنا مشكلة الإخلال بتوقعات الأطراف وذلك لانطباق قانون غير متفق عليه ليحكم علاقتهم التعاقدية.

ثالثاً: من خلال هذه الدراسة ومدى تأثير هذا الاختلاف في القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، أصبحت الحاجة 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.

رابعاً: من خلال استعراض قوانين التحكيم في دولة الإمارات محل الدراسة يجب الإسراع بإصدار القانون الخاص بالتحكيم وتطوير القوانين المعمول بها بشكل أفضل كي تكون قادرة على التماشي مع متطلبات التجارة الدولية والتطور التجاري الحاصل على الصعيد الدولي، والانسجام بشكل أكبر مع المعاهدات والاتفاقات الدولية التي تبرم بهذا الخصوص.

خامساً: عمل آلية للخروج من جمود النصوص التشريعية والانسجام بشكل أكبر 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 إليها لحل المنازعات التجارية الدولية.

سادساً: ضرورة خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول المجاورة للاستفادة من تجاربها والمشاركة في المؤتمرات التي تتناول موضوعات التحكيم.

سابعاً: يجب التدقيق جيداً بصياغة شرط التحكيم بالعقود التجارية لتغطية الجوانب القانونية مثار الجدل منعا للاختلاف والتعرض للإبطال.

ثامناً: التركيز على تدريب محكمين من ذوات الخبرة الفنية المتخصصة كالمهندسين والمحاسبين وغيرهم في مراكز التحكيم الرسمية لما له من توفير كبير في الوقت والجهد ودقة النتائج.

تاسعاً: لنتحقق الفائدة المرجوة من مراكز التحكيم بتوفير الوقت والمال عن المحاكم الرسمية أقترح تخفيض المدة اللازمة للحكم من 180 يوم إلى 90 يوم وذلك بتوسعة الكوادر العاملة بالمراكز الرسمية.

عاشراً: عقد الندوات وتوزيع النشرات بهدف توعية المواطنين بأهمية التحكيم وما يتمتع به من مزايا، وهذا بحد ذاته يساعد في إنجاح مراكز التحكيم والقيام بدورها على أكمل وجه.

قائمة المصادر و المراجع

القوانين

- 1- اتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 26/سبتمبر/ 1927 م.
- 2- معاهدة الدول الأوروبية المنعقدة في جنيف من 10-21/ ابريل/ 1961م.
- 3- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965م.
- 4- اتفاقية عمان العربية للتحكيم 1987 م.
- 5- اتفاقية نيويورك للتحكيم 1958 م.
- 6- القانون النموذجي للتحكيم التجاري (اليونسترال) لسنة 1985 م(وهو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة في 21/يونيو/1985).
- 7- قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 11/1992 والمعدل برقم 30/2005.
- 8- قانون التحكيم المحلي رقم 8/2004 الخاص بمركز دبي المالي العالمي.

المراجع

- كوفمان ، ر جيمس : العمل والطمأنينة في البيئة الأكاديمية، مترجم للعربية، ط1، مكتبة العبيكان، 2009 م.
- عرب ، حسن محمد : دراسات وتعليقات قانونية، منشورات صادر، لبنان، ط1 ، 2009 م.
- بربري، محمود :التحكيم التجاري الدولي .ط. 3. القاهرة .دار النهضة العربية 2004 م.
- الحداد، حفيظة :مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوطنية والتحفظية . دون طبعة .الإسكندرية . دار الفكر الجامعي .دون سنة نشر.
- دواس، أمين رجا رشيد : تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة . ط 1. عمان . دار الشروق للنشر والتوزيع 2001 م.
- رضوان، أبو زيد :الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي .دون طبعة .القاهرة .دار الفكر العربي م. 1981.
- سامي، فوزي محمد :التحكيم التجاري الدولي .الجزء الخامس دون طبعة .عمان . مكتبة دار الثقافة 1997 م.
- شفيق، محسن :التحكيم التجاري الدولي .دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية .بدون طبعة . القاهرة .دار النهضة العربية 1997 م.
- شمس مرعي :التحكيم في منازعات مشروع العام .دون طبعة .القاهرة .دار النهضة العربية. 1974.

- صاوي، احمد السيد :التحكيم طبقاً لقانون 1994 وأنظمة التحكيم الدولية . ط 2. دون مكان للنشر .دون دار للنشر 2003 .
- عبد القادر، ناريمان :اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ط1، القاهرة، دار النهضة العربية،1996
- عبد المجيد، منير :حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية . المحاماة 1991 . العدد 827
- عبد المجيد، منير :قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية . دون طبعة . القاهرة . دار المطبوعات الجامعية . 1995م.
- عمر، نبيل إسماعيل :التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية . ط 1. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة 2004 .
- الفقي، عمر عيسى :الجديد في التحكيم في الدول العربية، دون طبعة، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2003
- الهداوي، حسن :القانون الدولي الخاص تنازع القوانين . عمان .مكتبة دار الثقافة 1995 م.
- أبو الوفاء، أحمد :التحكيم الاختياري والإجباري . ط 4. الإسكندرية .منشأة المعارف 1983 .
- أبو الوفاء، أحمد :عقد التحكيم وإجراءاته . ط 2. الإسكندرية .منشأة المعارف 1974 .
- البحيري، عزت محمد علي :تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .دون طبعة . القاهرة . دار النهضة العربية . 1997.
- بريري، محمود مختار أحمد :التحكيم التجاري الدولي . ط 3. القاهرة . دار النهضة العربية. 2004م
- التحيوي، محمود السيد :طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به .دون طبعة .الإسكندرية . دار الفكر الجامعي 2003 .
- التحيوي، محمود السيد عمر :الطبيعة القانونية لنظام التحكيم .دون طبعة . الإسكندرية . دار المطبوعات الجامعية 2003 .
- الجبلي، نجيب أحمد عبد الله ثابت :التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية .دون طبعة .دون مكان النشر .المكتب الجامعي الحديث.2006.
- الجمال، مصطفى محمد .وعبد العال، عكاشة محمد :التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية . ط 1.دون مكان النشر .دون دار النشر 1998 .
- الحداد، حفيظة السيد :الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم .دون طبعة .الإسكندرية . دار الفكر الجامعي 2001 .
- الحداد، حفيظة السيد :الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية .دون طبعة .الإسكندرية . دار الفكر الجامعي .دون تاريخ النشر
- حشيش، أحمد محمد :طبيعة المهمة التحكيمية .دون طبعة .مصر . دار الكتب القانونية 2007 .
- خالد، هشام :أوليات التحكم التجاري الدولي .دون طبعة .الإسكندرية . دار الفكر الجامعي.2004.

- الخزاولة، شمس الدين قاسم: نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكم الأردني رقم 31 سنة 2001 دراسة مقارنة مع القانون الإنجليزي الجديد سنة . 1996 دون طبعة .إربد .دار الكتاب الثقافي 2005 .
- خلوصي، محمد ماجد عباس :أصول التحكيم في المنازعات الهندسية . ط .4 دون مكان النشر . دون دار النشر 1995 .
- دواس، أمين رجا رشيد :تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة . ط .1 عمان .دار الشروق .2001.
- رضوان، أبو زيد :الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي .دون طبعة .القاهرة .دار الفكر العربي . 1981
- سامي، فوزي محمد :التحكيم التجاري الدولي . ط .1 عمان .دار الثقافة للنشر والتوزيع 2006 .
- سلامة، أحمد عبد الكريم :قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي . ط .1 القاهرة .دار النهضة العربية . دون تاريخ النشر .
- شتا، أحمد محمد عبد البديع :شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته . ط .2 القاهرة .دار النهضة العربية 2004 .
- شفيق، محسن :التحكيم التجاري الدولي .دون طبعة .دون مكان النشر .دار النهضة العربية .دون تاريخ النشر .
- الشواربي، عبد الحميد :التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع . دون طبعة . الإسكندرية . دار المطبوعات الجامعية 1996 .
- صاوى، أحمد السيد :التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية . ط 2 دون مكان النشر .دون دار النشر 2004 .
- الصلاحي، أحمد أنعم بن ناجي :النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة . ط 1 صنعاء . المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 1994 .
- عبد القادر، ناريمان :اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ط .1 القاهرة .دار النهضة العربية 1996 .
- عبد المجيد، منير :الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم .دون طبعة .الإسكندرية .منشأة المعارف 2000 .
- عبد المجيد، منير :قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية .دون طبعة .الإسكندرية . دار المطبوعات الجامعية 1995 .
- عطية، عزمي عبد الفتاح :قانون التحكيم الكويتي . ط .1 الكويت .مطبوعات جامعة الكويت .1990
- عمر، نبيل إسماعيل :التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية . ط .1 الإسكندرية .دار الجامعة الجديدة 2004 .
- غصن، خليل عمر :سلطة المحكم الأممية في التحكيم الداخلي . ط .1 بيروت .منشورات الحلبي الحقوقية 2005 .

- الفزائري، أمال أحمد :دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم .دون طبعة .الإسكندرية.منشأة المعارف .دون تاريخ النشر.
- الفقي، عمر عيسى :الجديد في التحكيم في الدول العربية .دون طبعة . الإسكندرية .المكتب الجامعي الحديث2003 .
- نصار، جابر جاد :التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة .دون طبعة .القاهرة .دار النهضة العربية . دون تاريخ النشر.

رسائل جامعية

- شكري داوود ، أشجان فيصل : الطبعة القانونية لحكم التحكيم، رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين - 2008 م.
- الخراز وحيد ، ألهم عزام : التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين - 2009 م.

مواقع الإنترنت

www.qanoun.net

WWW.mohamoon.net