بحث المرسل الى مؤتمر موريتانيا

التحكيم بديلاً للتقاضى

التحكيم وسيلة لحماية وتشجيع الاستثمار

السيدات والسادة ..

تحية من عند الله مباركة طيبة وبعد،،

أتوجه الى حضراتكم بخالص الشكر والتقدير لاختيارى متحدثة فى مؤتمركم الموقر حول موضوع "**التحكيم وسيلة لحماية وتشجيع الاستثمار**" مقدرة للقائمين على هذا المؤتمر والأستاذ الدكتور عميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية - جامعة نواكشوط على نشاطهم والجهود الطيبة التى يبذلونها لترسيخ العلم والتعاون العلمى بين الأقطار العربية والافريقية.

عندما استعرضت الموضوعات المطروحة فى هذا المؤتمر اخترت منها موضوع "**التحكيم**" على اعتبار أن هذا الموضوع لى فيه مؤلف كما أننى أمارس التحكيم كمحكم سواء من خلال مكتبى الخاص أو من خلال المراكز الدولية العربية للتحكيم التجارى الدولى.[1]

المقدمة :

أصبح التحكيم ظاهرة من مظاهر العصر الحديث وزاد اللجوء إليه كنظام لحسم المنازعات لما يوفره هذا النظام من مزايا لا يحققها قضاء الدولة المثقل بالقضايا، وأيضا لما يوفره من مزايا للمتعاقدين من دول مختلفة حيث يجنبهم مشكلة عدم العلم بالقواعد الموضوعية والإجرائية فى القانون الأجنبى.

ولقد أدى التطور الهائل الذى طرأ على التجارة والإستثمار إلى ذيوع التحكيم وإنتشاره على الصعيدين الداخلى والدولى مما يضاعف من أهميته ويستوجب الإحاطة بأحكامه.

وأصبح التحكيم يحظى بالقبول لدى الأغلب الأعم للدول المختلفة فى أنظمتها القانونية والإقتصادية والاجتماعية. ولا ينصب هذا القبول فقط على كون التحكيم هو الوسيلة المثلى الملائمة لفض المنازعات الناشئة فى إطار العلاقات التجارية داخلية كانت أو دولية، وإنما أيضا كحافز ضرورى نتيجة هذه العلاقات وتطويرها بما يعود بالنفع الوفير على الدول المنتجة والدول المستهلكة.

([1]) مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى ومركز أبو ظبى للتوفيق والتحكيم التجارى الدولى ومركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالبحرين ومركز البحرين للتحكيم التجارى الدولى. والمركز اليمنى للتوفيق والتحكيم. **ويشرفنا أننا أحد محكمى هذه المراكز**.

وسوف يتضمن هذا البحث ما يلى :

أولاً : الفكرة التى يقوم عليها التحكيم وتعريفه وصوره– مقارنة مفهوم التحكيم ببعض المفاهيم القريبة منه.

ثانياً : لمحة تاريخية عن التحكيم

ثالثاً : التحكيم فى الشريعة الاسلامية

رابعاً : ايجابيات وسلبيات التحكيم - أهمية التحكيم بالنسبة للتجارة الخارجية والاستثمار.

خامساً : التحكيم فى اتفاقية نيويورك - التحكيم فى القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى (Model Law) - التحكيم فى اتفاقيات الجات (دورة أورجواى ١٩٩٤).

سادساً : التحكيم فى القانون المصرى – نبذة تاريخية عن التحكيم فى مصر - قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ – الأهداف والأسس التى قام عليها القانون المصرى.

وفى ضوء ما سبق نقول..

أولاً : الفكرة التى يقوم عليها التحكيم وتعريفه وصورتيه

الفكرة التى يقوم عليها التحكيم

والفكرة التى يقوم عليها التحكيم فى كل التشريعات المعاصرة هى حق الأطراف فى الاتفاق فيما بينهم على تجنيب دور قضاء الدولة فى منازعاتهم واخضاعها لقضاة يختارونهم بأنفسهم ويرضون طوعا بأن يفرض عليهم ما يصدره أولئك القضاة من أحكام، فالتحكيم لايختلف عن القضاء الا فى أن الدولة هى التى تعين القاضى وتلزم الناس بالتقاضى أمامه وتنفذ الأحكام التى تصدر عنه، بينما فى التحكيم فالخصوم هم الذين يختارون القضاة ويلزمون أنفسهم بتنفيذ ما حكم به المحكم بوازع من ضميره تحت تأثير الضغوط والعلاقات الاجتماعية لأطراف النزاع. ولهذا يعتبر التحكيم فى عصرنا الحالى قضاءً خاصاً. "ونستطيع القول أن التحكيم جهة قضاء خاص نظمها القانون".

تعريف التحكيم[٢]

(٢) التحكيم لغة مأخوذ من حكم. قال صاحب لسان العرب "حكموه بينهم" أمره بحكم بينهم، ويقال حكمنا فلان بيننا أى أجزنا حكمه بيننا، وحكمه فى الأمر فأحتكم فيه حكمه . لسان العرب ١٥ / ٣١-٣٢

يعرف التحكيم كما جاء فى مقدمة ابن خلدون وبمجلة الأحكام العدلية العثمانية بأنه "اتخاذ الخصمين حكما برضائهما للفصل فى خصومتهما ودعواهما".

ونحن نقول ان التحكيم هو إحدى وسائل تسوية المنازعات، وملزم لأطرافها ، وهو إتفاق بمقتضاه يعهد إلى شخص أو أشخاص لا ينتمون إلى القضاء العادى مهمة الفصل فى هذه المنازعات.

صورتى اتفاق التحكيم

الصورة الأولى هى شرط التحكيم: قد يرد التحكيم فى نفس العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية، سواء كان عقداً مدنيا أو عقدا تجاريا. فيتفق طرفا العقد على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد أو تنفيذه يحل عن طريق التحكيم، وعندئذ يرد التحكيم على أى نزاع يحدث فى المستقبل، فلا ينصب على نزاع معين. ويسمى هذا الاتفاق كما درج عليه فقه التحكيم "شرط التحكيم".

ويرد شرط التحكيم عادة فى العقد الأصلى بين الطرفين، على أنه لا يوجد ما يمنع من ورود هذا الشرط أيضا فى عقد لاحق -يعرف بوثيقة التحكيم- قبل نشوء أى نزاع، فيكون المميز لشرط التحكيم ليس هو وروده فى العقد الأصلى، ولكن كون المنازعات التى ينصب عليها التحكيم هى منازعات لم تنشأ بعد، أى منازعات محتملة وغير محددة.

والصورة الثانية هى مشارطة التحكيم : قد لا يتفق الطرفان على التحكيم فى العقد الأصلى، ولكن بعد قيام النزاع بينهما يبرمان اتفاقاً خاصاً لعرض هذا النزاع المعين على محكم أو أكثر ويسمى هذا الاتفاق "مشارطة التحكيم".

يتضح من هاتين الصورتين أن مضمون شرط التحكيم هو شرط يتفق عليه الأطراف وقوامه طرح النزاعات المحتملة أمام المحكم للفصل فيها وبهذا يختلف شرط التحكيم عن المشارطة فى أن الأول يتعلق بنزاع محتمل الوقوع مستقبلا، أما الثانى فانه يتعلق بنزاع وقع فعلا.[٣]

([٣]) وننوه هنا أن الفقه فى مصر جرى على تسمية الاتفاق السابق على النزاع "شرط التحكيم" والاتفاق اللاحق له "مشارطة التحكيم ولعل التسميتين ابتدعتا للايجاز. وأن عبارة شرط التحكيم تعنى الاتفاق الذى يرد عادة كشرط فى العقد الأصلى. وتجمع فى الصورتين عبارة اتفاق التحكيم.

فى فرنسا حتى عام ١٩٨٠ كان الأمر يجرى على أنه عندما ينص على شرط التحكيم فى عقد ما فان ذلك يعتبر وعداً من الأطراف بأنه اذا قام بينهم فى المستقبل نزاع فانهم سيبرمون مشارطة تحكيم يحددون فيها موضوع النزاع. وقد بدأ الاتجاه العالمى يتجه ابتداء من اتفاقية نيويورك التى ابرمت عام ١٩٥٨ الا أنه لا

والواقع أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً فى التطبيق من الناحية العملية لأنه يبرم فى وقت تسوده روح الود، بعكس المشارطة التى تبرم بعد وقوع النزاع مما يصعب معه ابرام اتفاق التحكيم. ويعد شرط التحكيم أهم مصدر من مصادر التحكيم التجارى سواء الداخلى أو الدولى حيث تبين أن ما يقرب من ٨٠ % من عقود التجارة الدولية أصبحت تتضمن شرطا تحكيميا. ويصبح الاختصاص فى شأن النزاع عن طريق محكم أو محكمين أو الإحالة الى النظم الخاصة بهيئة تحكيمية معينة كغرفة التجارة الدولية بباريس أو كمركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى أو كمركز أبو ظبى للتوفيق والتحكيم التجارى الدولى أو مركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالبحرين أو مركز البحرين للتحكيم التجارى الدولى.

وأصبح شرط التحكيم معروفا وكذلك مشارطة التحكيم بصورة واسعة فى الاتفاقات الصناعية وعقود نقل التكنولوجيا، سواء كانت هذه الاتفاقات أو العقود بين دول، أو دولة وأشخاص عاديين، أو فيما بين أشخاص بعضهم مع بعض بحيث أصبحوا ينشدونه لأنه يرتكز فى النهاية على اتفاق ارادى بينهم.

ويحدد المتعاقدان فى اتفاق التحكيم (شرط أو مشارطة)، موضوع التحكيم والاجراءات المتبعة فيه، وهذا بالتحديد هو الذى يحدد نطاق ولاية هيئة التحكيم. فلصياغة اتفاق التحكيم أهمية بالغة فى مجال تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى، وذلك للوقوف على ارادة الأطراف المتنازعة، فاذا كان الأطراف يرغبون فى وضع شرط التحكيم بطريقة أو تصور معين فيجب أن يحرصوا على ابراز ذلك صراحة فى شرط التحكيم بحيث تتم صياغته بالشكل الذى يتلائم مع حماية حقوق كافة الأطراف وحتى يؤدى اتفاق التحكيم دوره فى حل المنازعات.

لذا يجب أن يكون اتفاق التحكيم محلا لصياغة دقيقة، حيث ثبت أن معظم المشاكل التى قد تعترض عملية التحكيم منها ما يكون مصدرها سوء صياغة هذا البند وغموضه.

داعى للتفرقة بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم، لأن شرط التحكيم ليسا فى الواقع سوى اتفاق تحكيم وأن طبيعتهما القانونية واحدة. ولذلك كان قانون المرافعات المدنية والتجارة المصرى الصادر فى سنة ١٩٦٨ والذى الغى بالقانون الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذى نظم التحكيم فى المواد من ٥٠١ الى ٥١٣ منه موقفاً اذا لم يتحدث الا عن اتفاق التحكيم. وقد كان لهذه النصوص السبق حتى بالنسبة للقانون الفرنسى فى أنها جمعت بين مشارطة تحكيم وشرط التحكيم معاً.

وتبين لنا مقارنة مفهوم التحكيم ببعض المفاهيم القريبة منه ما يلى :

أ- إن التحكيم يختلف عن **الخبرة،** حيث ان الخبير يعبر فقط عن رأى، فى حين أن المحكم على العكس، يأخذ قراراً يفرضه على المعنيين به.

ب- أن التحكيم يتميز عن **الوساطة**[٤] فالوساطة وسيلة لحل المنازعات يلجأ اليها الأطراف بصورة اختيارية بغية الوصول الى حل ينال موافقة الأطراف جميعاً، بينما التحكيم يتمتع القرار التحكيمى فيه بقوة الزامية ويفرض على المتنازعين بصرف النظر عن رضاهم وهذا الفرق الجوهرى بين الوسيلتين يجعل لكل واحدة منها ميزات عن الأخرى.[٥]

ثانياً : لمحة تاريخية عن التحكيم

عرف التحكيم منذ أقدم العصور، حتى يمكن القول انه سبق نشوء القوانين والمحاكم فى التاريخ، فالتحكيم نظام قديم عرفه اليونانيون القدماء والرومان، وكانت أول أصول التحكيم فى العهد الرومانى القديم، مع اتساع سلطة القاضى وظهور عدالة حسن النية "justitia bonae fidei" حيث عرف الرومان التحكيم الاختيارى كما نتصوره اليوم[٦]. ثم عرف التحكيم العرب وغيرهم قبل الاسلام إذ يعتبر التحكيم مرحلة راقية وصلت اليها الجماعات البشرية، بعد أن كان اللجوء الى الانتقام الفردى أو الجماعى سائداً والاحتكام الى القوة مبدأ، يقول الدكتور صوفى أبو طالب "يعتبر التحكيم أعلى مراحل التطور الذى وصلت اليه الجماعات الفطرية، وقد استقرت فكرة التحكيم فى ازهان الناس وألفوا الالتجاء اليها، حتى أصبحت عادة أصيلة فى نفوسهم. ومع ذلك كان الالتجاء الى التحكيم اختيارياً، وتنفيذ الحكم الصادر متروك أمره الى المتنازعين [٧] ثم وضعت قواعد للتحكيم بعد ظهور الاسلام فى الفقه

---

(٤) وتشتبه الوساطة مع التوفيق ولكن يمكن التمييز بينهما بفارق دقيق هو أن الوسيط يجب عليه أن يلزم الحياد بين الجانبين فلا ينحاز لأحدهما أما فى التوفيق فانه يجوز للموفق أن يقف الى أحد الجانبين ويؤيد وجهة نظره وينحاز اليه.

(٥) لمزيد من التفاصيل راجع مؤلف د. ناريمان عبد القادر "اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤- دراسة مقارنة إتفاقية نيويورك – القانون الفرنسى – القانون النموذجى للشريعة الاسلامية – التشريعات العربية" الطبعة الأولى، ١٩٩٦، توزيع دار النهضة العربية وأيضاً أمناء استثمار البنك الأهلى، (تسويق) ابراج كايرو بلازا ١١٨٧ كورنيش النيل بالقاهرة فاكس ٥٧٤٨٩٠٨ (٠٠٢٠٢).

(٦) Encyclopedia Universal, volume 2, p. 259

(٧) مبادئ تاريخ القانون مكتبة النهضة المصرية صفحة ٩٩، طبعة ١٩٥٧. – د. اسماعيل الاسطل، التحكيم فى الشريعة الاسلامية، مكتبة النهضة العربية، بدون تاريخ ، صفحة ٢٤ وما بعدها.

الاسلامى ثم طورته بعد ذلك التشريعات الوطنية حتى يساير التطورات الحديثى التى طـرأت على التجارة والاستثمار وخاصة التجارة الدولية.

ثالثاً : التحكيم فى الشريعة الاسلامية

اذا نظرنا الى المنطقة العربية فاننا نجد أن مكانة التحكيم غير منكورة، حيث تضـرب جذوره الى الماضى البعيد منذ أكثر من ١٤ قرنا حينما إعتد القرآن الكريم بـالتحكيم كطريـق لفض الشقاق وكطريق للتبصير والوقوف على حقائق الأمور عند إختلاف الرأى.

سوف نتناول اتفاق التحكيم بصفة عامة فى الشريعة الاسلامية دون تعمـق حيـث لا يتسع المجال هنا للتعرض له فى هذه العجالة.

أ - مبدأ التحكيم فى الشريعة الاسلامية

أقر الاسلام شرعية التحكيم حيث ورد ذكره فى القرآن الكريم عدة مرات: منها قولـه تعالى "ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"[٨] وهذه الآية تكرس المبدأ العام للتحكيم فى الاسلام وهى تتناول خطابا لكـل المسـلمين لـيس موجها للقاضى فقط ولكن موجها لكل من ينظر فى نزاع بين الناس.

كما نصت علـى مبـدأ التحكيم آيـة أخـرى من القـرآن الكـريم حيـث يقـول اللـه تعالى "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فـى أنفسـهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما "[٩] وأخرى جاءت آية من القرآن الكريم تحدد بوضوح مـن ميادين التحكيم منها قوله تعالى " وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيراً"[١٠].

وقبل الرسول - صلى الله عليه وسلم - أن يؤدى عمل المحكم فى النزاع بين القبائـل على من يكون له شرف حمل الحجر الأسود لوضعه فى مكانه بالكعبة المشرفة، وكذلك وافـق الرسول - صلى الله عليه وسلم - على قرار التحكيم الذى أصدره المحكم وذلك ما روى عـن ابن شريح أنه قال " يارسول الله ان قومى اذا اختلفوا فى شىء فأتونى فحكمت بينهم فرضـى

---

(٨) سورة النساء آية رقم ٥٨.
(٩) سورة النساء آية رقم ٦٥.
(١٠) سورة النساء آية رقم ٣٥.

على الفريقان فقال الرسول صلى الله عليه وسلم" وما أحسن هذاً[١١] كما أن الرسول الكريم صلوات الله عليه وسلامه نصح احدى القبائل أن تحل نزاعها بواسطة التحكيم[١٢].

وقد أجمع الصحابة على صحة التحكيم لفض المنازعات، عندما حدث نزاع بين عمر بن الخطاب ورجل من العامة يدعى أبى بن كعب فاتفقا على تحكيم زيد بن ثابت للفصل فى النزاع، وعندما ذهب الخليفة مع خصمه الى زيد دهش وسأل الخليفة عن سبب عدم استدعائه اليه بدل من حضوره شخصيا، فأجاب الخليفة" عندما نحتكم نأتى الى بيت المحكم لنطلب اليه الفصل فى النزاع - ثم دخل الخليفة وخصمه الى بيت زيد بن ثابت، فأعطاه وسادة ليرتاح اليها، فرفض الخليفة ذلك قائلا "هذا أول تصرف يفتقر الى الانصاف". ويتضح مما سبق أن الخليفة والرجل اتفقا على حل النزاع عن طريق التحكيم واختارا محكما وذهبا اليه فى بيته وجلسا أمامه على قدم المساواة وعرض عليه النزاع وفصل فيه ورضيا بحكمه.

وفى عهد الخلفاء الراشدين جرى أول تطبيق عملى للتحكيم وكان فى حالة النزاع على السلطة وذلك عندما حصل نزاع حول الخلافة بين على بن أبى طالب ومعاوية بن أبى سفيان ونشبت على أثر ذلك حرب أهلية بين المسلمين وطلب جيش معاوية الاحتكام الى القرآن وعين كل منهما حكما من جانبه.

وكذلك أجمع فقهاء المسلمين على مشروعية التحكيم فالاجماع هو ثالث مصدر للشريعة الاسلامية.

ولم يختلف فقهاء المسلمين حول شرعية التحكيم وانما اختلفوا فقط فيما يتعلق بطبيعة التحكيم وميدان تطبيقه. ويتقاسم هذا الموضوع نظرتان هما: **النظرة الأولى**: يرى أصحابها أن التحكيم هو نوع من الصلح، استنادا الى ما جاء بسورة النساء لفض الشقاق بين الزوجين، حيث يلزم اجماع المحكمين ليكون القرار نافذا. وقد استند أنصار هذه النظرة الى أنه اذا اعتبر قرار التحكيم ملزما فان ذلك قد يمس القضاة الرسميين، وبالتالى يمس سلطة الامام. وذهب المذهب الشافعى الى أن قرار التحكيم لا يقبل التنفيذ الا بموافقة الخصوم على تنفيذه. وبالتالى فالتحكيم طبقا لهذه النظرة ليس له طابع قضائى، بل هو أقرب للصلح.

والنظرة الثانية: ذهب أنصارها ومنهم الفقه الحنبلى الى أن القرار الصادر من المحكم له صفة الالزام

---

(١١) د. محمد ضياء العظمى، أحكام النبى ١٩٧٨، ص ٦٧٦.
(١٢) د.عبد الحميد الأحدب "التحكيم" - منشورات أيكونوميكا ١٩٨٨ ومنشورات نوفل ١٩٩٠ الجزء الأول، ص٥٧.

كحكم القاضى لذلك يجب أن يكون المحكم أهلا لهذا القرار[١٣].

والتحكيم عند غالبية فقهاء الشريعة الاسلامية قضاء، ولذا يشترطون فى المحكم (أو الحكم) ما يشترط فى القاضى وقت التحكيم ووقت صدور قرار التحكيم. ومع ذلك فالتحكيم فى نظرهم أقل شأنا من القضاء لأنه لا يجوز فى أمور يجوز فيها القضاء وهى القصاص والحدود كما لا يجوز للمحكم - فى القول الراجح - أن يحبس بينما الحبس من سلطة القاضى.

ونخلص مما سبق الى أن المذاهب الاسلامية قررت مبدأ التحكيم وأن هذا المبدأ ليس مقيدا فى تطور مفاهيمه وقواعده الا بما نصت على حظره مصادر التشريع الاسلامى وذلك مثل حظر التحكيم فى حقوق الله وحدوده كالحد والقصاص وغيرها.

ب - اتفاق التحكيم فى الشريعة الاسلامية

يمكن اللجوء الى التحكيم باحدى وسيلتين: اما بنص فى صلب العقد ذاته، واما باتفاق لاحق مستقل أى فى عقد خاص بالتحكيم. ولكل من هذين النوعين شروطه فى الفقه الاسلامى.

١ - شرط التحكيم الوارد فى العقد

التحكيم كما سبق القول عقد شأنه شأن سائر العقود فلابد فيه من احترام شروط المتعاقدين، ولم يتطرق الفقه الاسلامى بصورة مباشرة لشرط التحكيم الوارد فى العقد ولكن يمكن تأسيسه على ضوء أراء الفقه الاسلامى للشروط المقترنة بالعقد.

يفرق فقهاء الاسلام بين فئتين من الشروط المقترنه بالعقد هما: **الفئة الأولى** وهى الشرط الصحيح، وهو شرط مشروع ويجب أن يكون: **أ**- شرط يقتضيه العقد. **ب**- شرط يلائم العقد - ويتعين لصحته الا يكون محل العقد مجهولا أو يخفى مقامرة أو غررا وألا تكون فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد وألا يكون شرط يخفى ربا فيصبح الشرط فاسدا. **جـ**- شرط جرى به تعامل بين الناس.

والفئة الثانية هى الشرط الفاسد وقد فرق الفقه الاسلامى بين نوعين من الشروط الفاسدة هما: **أ**- شرط فاسد يسقط ويبقى العقد صحيحا وهوالشرط الذى لا يحقق منفعة لأحد الأطراف ولا يمكن المطالبة بتنفيذه. **ب**- شرط فاسد ويؤدى سقوطه الى فساد العقد بكامله.

---

(١٣) د. خالد الكاديكى، مقال بعنوان شرط التحكيم فى الشريعة الاسلامية وفى القانون الوضعى العربى المنشور بملحق نشرة هيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية، أيار (مايو ١٩٩٢) المجلد ٣ رقم ١، ص ٣٥.

وبتطبيق القواعد التى أقرها الفقه الاسلامى على الشروط المقترنه بالعقد بصفة عامة فانه يمكن اعتبار شرط التحكيم لا يقع ضمن دائرة الشروط الفاسدة المقترنه بالعقد بل يعتبر شرطا صحيحا لأنه يلائم العقد وخاصة فى عقود التجارة الدولية حيث أصبح شرط التحكيم فيها من أهم الشروط وأكثرها شيوعا. فشرط التحكيم يلائم العقد وان كان سابقا للنزاع ويتضمن أحكاما للحق والعدالة ويحقق منفعة للفريقين على قدم المساواة فى تحديد طريقة فض النزاعات الناشئة عن العقد وهو بذلك الوصف شرط صحيح مشروع لا يتضمن غررا أو مقامرة أوربا.

٢ - اتفاق التحكيم المستقل عن العقد

يرد شرط التحكيم عادة فى العقد الأصلى بين الطرفين. على أنه لا يوجد ما يمنع من ورود هذا الشرط فى عقد لاحق قبل نشوء أى نزاع، أو على أثر نشوب نزاع معين. واتفاق التحكيم اللاحق للعقد أو اللاحق للنزاع يعتبر منفصلا عن العقد السابق له فيما يتعلق بشروط صحته، ولا ينسحب الى اتفاق التحكيم شروط صحة العقد الأول أو مصدر النزاع، فاذا كان محل النزاع صحيحا وشاب اتفاق التحكيم اللآحق عيب من العيوب فانه يكون باطلا بالرغم من صحة العقد الأول والعكس صحيح. بل انه حتى عند ورود إتفاق التحكيم فى صورة شرط فى العقد الأصلى فإن صحته وبطلانه أيضا ينظر إليهما إستقلالا عن هذا العقد.

واتفاق التحكيم يعتبر من العقود الصحيحة وفقا للشريعة الاسلامية وذلك تطبيقا لما جاء به القرآن الكريم والسنة واجتهاد الفقه. وعقد التحكيم ملزم لأطرافه الا اذا تضمن موضوعا حرمه الله أو اذا كان مخالفا للنظام العام[١٤].

ويقول أستاذنا الدكتور السنهورى فى هذا الخصوص أن هناك قاعدة فقهية تفرض على المسلمين احترام التزاماتهم التعاقدية وان كل عقد يتضمن أى شرط مقبول بموجب الشرع الاسلامى هو عقد قانونى وبالتالى عقد الزامى وذلك استنادا لما ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال "المسلمين عند شروطهم".

فاتفاق التحكيم يعتبر عقدا صحيحا والزاميا بين أطرافه وان كان لا يعتبر عقدا من العقود المسماة التى درسها وفصلها فقهاء الشريعة الاسلامية لأن العقود التى ذكرتها كتب الفقه

---

(١٤) وفى ذلك يقول ابن تميمة "ان الأصل فى العقود الجواز والصحة ولا يحرم منها الا ما دل على تحريمه وابطاله نص أو قياس" ويدل على ذلك بالنقل والعقل فيقول "أما النقل فلقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"وأما العقل فيقول ابن تميمة "ان العقود أو الشروط من باب الأفعال العادية وليست من العبادات والأصل فيها عدم التحريم ... فالوفاء بالعقود واجب خاصة بعد أن رضيه المتعاقد مختاراً لأن الأصل فى العقود رضى المتعاقدين لقوله تعالى "ألا أن تكون تجارة عن تراضى" الا فيما حرمه الله كالتجارة فى الخمر..." - فتاوى ابن تميمة ، جزء ٣، ص ٣٣٦، راجع فى ذلك د. خالد الكاديكى، مقال سابق الاشارة اليه ص ٣٨ وما بعدها.

الاسلامى انما هى التى كان يغلب التعامل فيها فى زمنهم ولا شىء يمنع من اضافة عقود جديدة اليها كلما تطلبت حاجة التعامل والتطور ذلك[١٥].

ويشترط لصحة اتفاق التحكيم باعتباره عقدا مستقلا ما يشترط لصحة باقى العقود من الرضى، الأهلية، المحل والسبب.

جـ- آثار اتفاق التحكيم فى الشريعة الاسلامية

يرى الفقهاء أن العقد أو اتفاق التحكيم وان كان عقدا صحيحا الا أنه ليس ملزما لأطرافه وبامكان أى من الأطراف أن يتحلل منه طالما أن المحكم لم يباشر بعد النظر فى النزاع، وسبب ذلك أن الفقه الاسلامى يتجه الى اعتبار اتفاق التحكيم من الأمور المدنية والتجارية ذات طبيعة توافق مصالحه أكثر من كونه اختصاصا قضائيا تحكيميا.

والتحكيم فى الشريعة الاسلامية اختيارى يقوم على اتفاق الطرفين. واذا اتفقا عليه، جاز لكل منهما الرجوع فيه طالما أن قرار المحكم لم يصدر، ولأن المحكم معين من جهتهما فلهما عزله قبل أن يحكم. أما اذا حكم، نفذ الحكم ولا يبطله العزل اللاحق هذا هو القول الراجح، وهناك غيره يقول لا يشترط دوام الرضا الى حين الحكم، فاذا أقاما البينة عنده (أى عند الحكم) ثم بدأ لأحدهما العدول قبل أن يحكم فانه يفصل بينهما ويصح حكمه. وقيل ليس لأحدهما حق الرجوع بعدما ناشب صاحبه الخصومة، وقيل فى المسألة قولان والراجح لا يشترط دوام رضائهما حتى صدور الحكم أما اذا رجعا معا ولم يرتضيا قبل الحكم فلهما ذلك وليس له أن يحكم ولا يمضى حكمه أن صدر رغم ذلك.

وينظر المحكم النزاع كما ينظره القاضى، يسمع البينة ويقضى بالنكول والاقرار وهو مصدق فيما يجبر به من اقرار أحد الخصمين أمامه بحيث اذا أنكر الخصم ورفع الأمر الى القاضى أخذ القاضى بقول المحكم.

وقرار المحكم ملزم للطرفين دون حاجة الى أى اجراء. هذا عند أحمد بن حنبل وأبى حنيفة وقول الشافعى. وفى رواية أخرى عن الشافعى أن القرار لا يلزمهما الا إذا ارتضياه[١٦].

ويرى الفقه الاسلامى أيضا أن اتفاق التحكيم (شرط التحكيم الوارد فى العقد الأصلى وكذلك الاتفاق اللاحق على العقد أو النزاع) لا يجرد القاضى من اختصاصه الأصيل وأن

---

(١٥) د. عبد الرازق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى، المجمع العربى الاسلامى، منشورات دار محمد الداية، بيروت، الجزء الأول، ص ٨٠.

(١٦) أنظر فى هذا الموضوع كتاب الأستاذ محمد سلام مدكور، بعنوان القضاء فى الاسلام. - أنظر تفصيلا فى هذا الموضوع د. اسماعيل الأسطل، مرجع سابق الاشارة اليه.

العلاقة بين المحكم والأطراف فى عقد التحكيم ترتكز الى تفويض منهم ويجوز بالتالى لأى منهم سحبه قبل الدعوى. وبناء على ذلك اذا لجأ أحد الأطراف الى القاضى فانه ينظر فى النزاع دون أن يأخذ بعين الاعتبار اتفاق التحكيم.

ونخلص مما سبق أن اتفاق التحكيم سواء كان شرطا فى صلب العقد أو اتفاقاً لاحقا على العقد أو النزاع فى ظل أراء الفقه الاسلامى يظل عقدا معلقا على ارادة الأطراف المعنية ولا ينتج أثره الالزامى الا عند نظر المحكم فى النزاع المقدم من الخصوم.

رابعاً : ايجابيات وسلبيات التحكيم وأهمية التحكيم بالنسبة للتجارة الخاريجة والاستثمار

ايجابيات وسلبيات التحكيم[١٧]

يثور السؤال لماذا يلجأ التجار ورجال الأعمال والمستثمرين أكثر فأكثر الى التحكيم؟

أن التقاضى أمام المحاكم التى تقيمها الدولة، وان كان مأمونا بسبب ما يحيطه من ضمانات تكفل سلامة العدالة التى يؤدى اليها، فإنه طويل بطئ وهو عيب، وان كان من الجائز التجاوز عنه فى المعاملات المدنية فانه غير محتمل فى مجال التجارة، لأنه يربك خطط التجار والمستثمرين ومقدراتهم ويعطل حركة الأموال ويفسد برامج تنفيذ التعهدات، واذا تعلق الأمر بالتجارة الدولية ظهر عيب آخر هو القلق الناجم عن تعيين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق الذى يكون – فيما عدا الفرض الذى توجد فيه قواعد دولية موحدة – قانونا وطنيا غريبا على أحد طرفى النزاع ان لم يكن غريبا عليهما معا، فضلا عن عدم ملاءمته للتجارة الدولية لأنه لم يعُد أصلاً لها.

لهذا كان من المشاهد نفور التجار ورجال الإستثمار من رفع منازعاتهم الى المحاكم العادية وتفضيلهم الاتفاق على احالتها الى محكم مع تعيين المكان الملائم لاجراء التحكيم والقواعد الواجب تطبيقها فيتقون بذلك سلبيات نظام التقاضى العادى. يضاف الى ذلك أن التحكيم يقوم على فلسفة تناسب الطابع العملى للتجارة والإستثمار لأن القضاء العادى قضاء جامد مكبل بنصوص القانون، يلتزم باحترامها ويمتنع عليه مخالفتها وان اقتضت ظروف الدعوى ذلك، بينما يمتاز قضاء التحكيم بالتحرر الذى يتمثل فى جواز افساح الحرية للمحكم للتقدير والفصل فى النزاع بما يحقق مصلحة الخصوم ولو اقتضى الأمر الخروج عن منطق

---

(١٧) راجع مؤلف د. ناريمان عبد القادر – مرجع سابق الاشارة اليه من صفحة ٦٥ وما بعدها. وبخصوص إيجابيات وسلبيات التحكيم فى الأعمال المصرفية راجع هذا الموضوع تفصيلا فى بحث د. ناريمان عبد القادر بعنوان "اتفاق التحكيم والصيغة النموذجية له وأنواع عقود البنوك التى يمكن أن يدرج فيها" منشور فى المجلة اللبنانية للتحكيم العربى والدولى – العدد الرابع سنة ١٩٩٦ بلبنان.

النصوص. لذلك نقول أن القضاء العادى يبحث عن العدالة لصالح القانون، بينما يبحث عنها قضاء التحكيم لصالح الخصوم.

وكذلك لعله من أهم ما يذكر فى هذا الصدد هو ما يحققه التحكيم للخصوم من التجار ورجال الأعمال والمستثمرين من سرية عزيزة عليهم. حقيقة أن العلانية "publicite" التى تحيط القضاء العادى من ضمانات العدالة، ولكنها تنقلب وبالا عليهم اذا كان من شأنها اذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرصون على ابقائها سرا مكتوما. وكم من تاجر أو مستثمر يفضل خسارة دعواه على كشف أسرار تجارته أو صناعته والتى تمثل فى نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذى يناضل من أجله فى الدعوى.

ورغم أن التحكيم يدور فى اطار قضائى، الا أنه عملية قائمة على الثقة بين الأطراف وبين هيئة التحكيم، وهذه الثقة تسعى دائماً الى شيىء أبعد من مجرد اصدار حكم، بل هى غالباً تقيم نوعاً من الحوار بين هيئة التحكيم والأطراف وبذلك تزول الفجوة بين اختلاف الحضارات والثقافات القائمة على المعاملات التجارية الدولية. وهذا ما تسعى اليه الآن ظاهرة العولمة.

ويتضح مما سبق الأسباب التى تفسر انتشار التحكيم فى العلاقات التجارية الداخلية والدولية حتى صار بالنسبة للأخيرة فن مقوماتها لنموها، ولا أدل على هذا الانتشار من ذيوع شرط التحكيم حتى لا يكاد يخلو منه عقد تجارى دولى، وتضخم نشاط المنظمات الدولية المعنية بالتحكيم. فعامل السرعة من العوامل الهامة فى تنفيذ المعاملات التجارية الداخلية وكذلك المعاملات الدولية التى تتأثر بتقلبات أسعار المواد والصرف. ولعله من المناسب هنا أن أذكر أننى دعيت فى مصر للمشاركة فى ندوة موضوعها "الحسم الفورى للمنازعات التجارية عن طريق شبكة المعلومات الدولية" حول التعريف بطبيعة وخصائص التحكيم الفورى عبر شبكة المعلومات ولعل ذلك تقدم ثورة جديدة فى عالم الأتصال نأمل أن يستفيد منها التحكيم...

كذلك فان نمو العلاقات التجارية والاستثمارية بين دول الغرب والدول النامية يتطلب حلولا فعالة للمنازعات المحتملة بطريقة محايدة يتفادى بها، بقدر الامكان، تدخل الاعتبارات السياسية.

لذلك فان التجار والمستثمرين يفضلون عادة أسلوب التحكيم على أسلوب التقاضى أمام المحاكم الداخلية، فالأسلوب الأول مرن وسريع نسبيا يقوم عليه نخبة مختارة من المؤهلين

المدركين لمتطلبات العلاقات التجارية الداخلية وعلى وجه الخصوص العلاقات التجارية الدولية والاستثمار.

ونرى، من جهة أخرى، أنه اذا كان للتحكيم هذه الأهمية البالغة فى مجال العلاقات التجارية الداخلية والدولية على السواء، لما يحققه للأفراد والهيئات من مزايا، فانه كثيراً ما يثير العديد من الصعوبات نظرا لأن التحكيم له جوانب متعددة، إذ يبدأ التحكيم باتفاق وفى وسطه اجراء ثم ينتهى بقضاء، فضلا عن ذلك الجدل الفقهى حول طبيعته وطبيعة أحكامه وكيفية وطرق تنفيذها.

كما أن اللجوء الى التحكيم ليس هو أفضل وسيلة من غيره من وسائل فض المنازعات ولكن اللجوء الى التحكيم يكون لاعتبارات عملية بحتة، فالتحكيم ليس خيرا محضا ولا شرا محضا ولكنه وسيلة تستخدم فى الحصول على قضاء قابل للتنفيذ فى دولة أو أكثر ومزاياه تفوق بكثير عيوبه.

والتحكيم كوسيلة قد يحسن أو يساء استخدامها، فاذا قام المحكم أو هيئة التحكيم بواجبهم تحققت مزايا التحكيم.

ولكن هذه المزايا تتلاشى وتنقلب إلى ضدها وتكون النتيجة شراً بل شراً محضا عندما تحيد إجراءات التحكيم عن قواعده السليمة فيتصدى للتحكيم محكمون غير أكفاء يشوب سلوكهم التحيز، يعالجون الوقائع فى ظل مصالح شخصية ضمن إجراءات خاطئة تقودهم فى النهاية إلى حكم مجانب للعدل ومجانب للصواب فتحل الكارثة لأن قرار التحكيم مهما كان مجحفا فهو نهائى وملزم وواجب النفاذ.

ان المتعاقد الذى يقبل شرط التحكيم ربما لا يدرك وهو يوقع على هذا الشرط مدى خطورة تنازله عن حقه الدستورى فى اللجوء الى القضاء العادي ويكتفى عادة بقبول شرط التحكيم الذى وضعته هيئة التحكيم ذات اعتبار وطنى أو دولى(١٨).

وربما لا يدرك أن شرط التحكيم المقتضب لا يكفى وحده لضمان سلامة اجراءات التحكيم وتحقيق مزاياه التى يتطلع اليها المتعاقدون. فاتفاق التحكيم "شرط أو مشارطة" هو المصدر الوحيد الذى يتضمن قانون التحكيم الذى يفصل بين أطراف العقد ومن اتفاق التحكيم يبدأ كل شئ فى التحكيم. واذا استعرضنا –كما سبق القول- أسباب الإبطال المشتركة فى أكثر

---

(١٨) مثل الهيئة الأمريكية للتحكيم "AAA" أو غرفة التجارة الدولية "ICC" أو مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى أو مركز أبو ظبى للتوفيق والتحكيم التجارى الدولى أو مركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالبحرين أو مركز البحرين للتحكيم التجارى الدولى. **ويشرفنا أننا أحد محكمى هذه المراكز.**

قوانين العالم نجد أن العيب فى اتفاق التحكيم هو من أكثر أسباب الأبطال لذا يتعين علينا أن نلفت النظر لأهمية صياغة اتفاق التحكيم بطريقة جيدة وبعناية خاصة.

أهمية التحكيم فى التجارة الدولية والاستثمار

لقد أملت الضرورات الاقتصادية والصناعية أحكامها فى التعاملات الدولية بين كافة الدول. وتبلورت مفاهيم التجارة الدولية واتضح اختلافها عن المفاهيم المحلية. وأصبحت المفاهيم المحلية بالتالى مصدر قلق لتدفق التجارة الدولية وانسيابية حركتها فى شرايين العالم الذى أصبح أشد اتصالاً وأكثر ارتباطاً والذى ستحكمه اتفاقية الجات وغيرها قريباً.

فالقضاء الوطنى لم يعد له القدرة على التصدى لفض منازعات التجارة الدولية بالكفاءة والمقدرة والحسم اللازم لأنه –كما سبق القول- مقيد بالقواعد الجامدة المحلية التى تختلف من دولة لأخرى اختلافا تاما من شأنه عرقلة التجارة الدولية عند النزاع.

والملاحظ فى مجال التجارة الدولية –كما سبق القول- أنه قلما يخلو عقد من شرط على التحكيم وجاءت منظمات دولية عديدة - وفى مقدمتها غرفة التجارة الدولية بباريس - وغيرها - لتضع فى خدمة التجار والمنشأت التجارية أنظمة للتحكيم وجهات للاشراف عليه كما أبرمت جملة اتفاقيات دولية لتوحيد قواعده، حتى سار التحكيم التجارى الدولى من مظاهر الفكر القانونى الحديث وأداة لتنشيط التجارة الدولية.

لذا فان دراسة التحكيم باعتباره وسيلة هامة وأساسية لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات الخاصة الدولية تحظى باهتمام بالغ من جانب المشتغلين بالقانون بصفة عامة والمعنيين بدراسات القانون الدولى الخاص على وجهه الخصوص[١٩].

---

(١٩) جدير بالذكر أن مؤتمرات كثيرة ناقشت موضوع التحكيم التجارى الدولى مثل مؤتمر فيينا عام ١٩٦٩ ومؤتمر موسكو عام ١٩٧٢ ومؤتمر نيودلهى عام ١٩٧٥، وهذا الأخير اشترك فيه رجال القانون من الدول الغربية والاشتراكية والنامية، ونشير الى الاجتماع الذى دعا اليه المجلس الدولى للتحكيم التجارى والذى خصص لبحث موضوع التحكيم فى عقود نقل التكنولوجيا والذى تم فى فيينا فى ٣٠ سبتمبر ١٩٧٦ واعترف الحاضرون بفائدة التحكيم وشجعوا اللجوء اليه، والمؤتمر الدولى السادس للتحكيم الذى عقد فى المكسيك فى ١٣ مارس ١٩٧٨، وأخيرا المؤتمر الأوروبى الذى عقد فى هلسنكى وبحث موضوع الأمان والتعاون فى أوربا، والذى أوصى فيه المؤتمرون، والمنظمات والمؤسسات والشركات التابعة لدولهم بأن يضمنوا عقودهم التجارية والتعاون الصناعى شرطا للتحكيم حتى لا يكونوا مضطرين الى الخضوع الى القانون الوطنى للطرف الذى يتعاقدون معه وهو فى معظم الأحيان من الدول النامية وهذه الأخيرة ترفض الخضوع الى قانون دولة المورد، وتلتقى ارادتهما عند اللجوء الى التحكيم كحل يبدو أكثر قبولا.

ويتميز التحكيم الدولى بالمرونة، حيث يستطيع الأطراف اختيار المحكم أو المحكمين من بين الأشخاص الأكثر مقدرة وكفاءة على حل منازعاتهم وعلى أساس اجراءات تتفق وظروف هذه المنازعات بل ان هؤلاء الأطراف يستطيعون أن يخولوا هيئة التحكيم سلطة الفصل دون التقيد بقواعد قانونية محددة.

فالتحكيم اذن بما يتوافر له من مقومات المرونة يقدم لنا نوعا من الحلول الدولية يتطلع اليها ويأمل فى وجودها المعنيون بأمور التجارة الدولية والاستثمار فالمحكم يبحث فى القانون الذى يفض النزاع على مقتضاه دون التقيد بالمنهج التقليدى لقواعد تنازع القوانين المرتبطة بنظام قانونى محدد حيث ينتهى الأمر باعمالها الى تطبيق قانون معين وضع أساسا، وفى الغالب، لتلبية حاجات ومصالح داخلية. فالمحكم، بعد دراسة متأنية لمختلف عناصر النزاع ولكافة الظروف المحيطة به يستطيع أن يحدد القواعد القانونية الموضوعية المناسبة. وفى هذا المجال فان الدراية الواسعة والمعرفة المتعمقة للجوانب العملية الخاصة بالتجارة الدولية والتى يغلب أن يتحلى بها المحكمون، تسمح لهم بتطبيق أعراف هذه التجارة والتى صارت تشكل معينا قانونيا، مستقلا عن الأنظمة القانونية الوطنية، تستقى منه الكثير من القواعد التى تحكم النشاط الاقتصادى الدولى.

هكذا فان النجاح الذى صادفه التحكيم فى مجال العلاقات الخاصة الدولية، يعبر فى الوقت نفسه عن قصور قواعد القانون الدولى الخاص وأدواته عن الايفاء بمتطلبات التجارة الدولية فظاهرة الـ "forum shopping" الناجمة عن الربط بين الاختصاص القضائى وبين اعمال قاعدة التنازع فى قانون دولة القاضى وما تؤدى اليه من تطبيق قانون دولة معينة يتلافاها التحكيم، وذلك بفض المنازعات استنادا الى قواعد موضوعية، دولية غالبا، تتلائم مع طبيعة المعاملات الدولية(٢٠).

ومن ناحية أخرى فان تطبيق قانون القاضى على الجانب الاجرائى للنزاع والميل لتطبيقه، كلما سمحت الفرصة على الجانب الموضوعى، علاوة على تأثيره فى مجال التكييف الدولى وكذا الحالات التى تنتهى الى تطبيقه اعمالا للدفع بالنظام العام، كل هذه الاعتبارات تشكل ثقلا للعنصر الوطنى - الغير حقيقى أحيانا - مما يخل بتكافؤ فرص اقتضاء العدالة بين أطراف النزاع.

---

(٢٠) لمزيد من التفاصيل راجع أستاذتنا د.سامية راشد وأستاذنا د.فؤاد رياض، تنازع القوانين، ١٩٩٤، دار النهضة العربية وأيضا د.فؤاد رياض، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، ١٩٩٤، دار النهضة العربية.

هذه السلبيات يتلافاها أسلوب التحكيم ويجعله يلقى رواجا لدى الأوساط الاقتصادية التى تفضله بلا شك على الخضوع الى القضاء الرسمى خاصة اذا كان هذا القضاء أجنبيا عليها. ان نجاح أسلوب التحكيم وزيوع استخدامه فى مجال التجارة الدولية لم يعد محل شك، بل ان ازدهار هذه التجارة الدولية يعد فى حد ذاته من أسباب انتشار ورسوخ هذا الأسلوب كوسيلة لفض المنازعات الدولية - وتؤكد ذلك الاحصائيات الدالة على تزايد اللجوء الى أسلوب التحكيم فى مجال التجارة الدولية(٢١).

هذا النجاح الذى حققه أسلوب التحكيم فى مجال التجارة الدولية لا يعنى أن هذا الأسلوب يخلو من نقاط الضعف فما زالت جوانبه المختلفة وما تطرحة من مشكلات قانونية تنجذب لها أقلام الفقهاء وتتناولها أحكام القضاء وتنشط لتدارسها وتضع الحلول الملائمة لها المنظمات الدولية ومراكز التحكيم. ولعل من أهم المسائل التى حظيت فى هذا المجال بعناية ملحوظة هى مسألة "**اتفاق التحكيم**" الذى يبدأ به كل شئ فى التحكيم.

لذا أصبح التحكيم الدولى قضاءً أصيلاً للتجارة الدولية نتيجة للتطور العالمى الحالى.

ومن أجل ذلك صدرت العديد من التشريعات تضع بعضها نصوصا كاملة للتحكيم(٢٢) أو عدلت التشريعات القديمة تعديلا جوهريا(٢٣). وكذلك أبرمت الاتفاقيات الدولية فى هذا المجال وكان من أبرزها اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية سنة ١٩٥٨، والتى انضمت إليها مصر سنة ١٩٥٩ والتى أصبحت منذ أن وافقت عليها ونشرتها فى الجريدة الرسمية جزءا من النسيج القانونى المصرى بشأن التحكيم التجارى الدولى.

وكذلك جهود لجنة القانون التجارى الدولى بالأمم المتحدة بتوحيد قواعد التحكيم التجارى الدولى بين الدول والمعروفة بـ "Uncitral" لسنة ١٩٨٤. والقانون النموذجى للتحكيم التجاري الدولى والمعرف بـ "Model Law" لسنة ١٩٨٥.

خامساً : اتفاقية نيويورك والقانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى

---

(21) J. Paulsson the contemporary role of ICC Arbitration in resolving international Business Disputes" Droit et pratique du commerce international", 1983, p. 323.
ومن الفقه المصرى راجع د. طارق فؤاد رياض
"The Changing Role in the Arbitration Process", Journal of Investment Law - ICSID Review. vol.1, 1986, p. 157-188 (in Collaboration with Prof. Ahmed s. El-Kosheri)

(٢٢) كما حدث فى فرنسا سنة ١٩٨٠ بالنسبة لقانون التحكيم الداخلى وسنة ١٩٨١ بالنسبة لقانون التحكيم الدولى وفى المملكة العربية السعودية سنة ١٩٨٣، ودولة الإمارات العربية المتحدة سنة ١٩٩٢ وتونس والجزائر سنة ١٩٩٣، ومصر سنة ١٩٩٤ والبحرين سنة ١٩٩٤.

(٢٣) كما حدث فى انجلترا سنة ١٩٧٩ وايطاليا سنة ١٩٨٣ وسويسرا سنة ١٩٨٧ وبلجيكا والسويد وغيرهم من دول أوروبا.

مقدمة :

حققت التشريعات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجارى الـدولى منـذ الحـرب العالمية الأولى وبنوع خاص بعد الحرب العالمية الثانية وحتى اليوم ثورة قانونية لحقت بثورة التجارة الدولية وأدركتها ووضعت نفسها فى خدمتها لما فيه خير وازدهار ورخاء الانسانية.

وأمام ما يشهده العالم من انفتاح اقتصادى وتجارى كان لابد لهذا الانفتاح من دعامـة توفر الأمان فيه، فى ظل تباين أنظمة العالم فى معالجتها للنزاعات المسـتقبلة فـى التجـارة الدولية وليضمن ممارسى التجارة الدولية ميزانا عـادلا يراعـى أعـراف التجـارة الدوليـة وأحكامها.

لذلك انصرف القانون الدولى فى العالم لتنشيط وتحصين التحكيم كوسيلة لحسم خلافات التجارة الدولية عن طريق الاتفاقيات. وسنشير هنا فى عرض تاريخى للجهود الدوليـة التـى بذلت فى هذا المجال دون الخوض فى تفاصيلها كما يلى:

فى مرحلة ما بين الحربين العالميتين، كانت البلدان الصناعية وحدها هى المهتمة بتلك التحديات التى طرحها التحكيم لكسب ثقة التجارة الدولية، الأمر الذى برز فـى بروتوكـول - جنيف عام ١٩٢٣، ومن ثم فى اتفاقية جنيف عام ١٩٢٧.[٢٤]

وبعد ذلك، وعند قيام الدول الاشتراكية بعد الحرب العالمية الثانية، وبروزهـا كقـوة اقتصادية، فان التحدى الذى طرحه التحكيم لكسب ثقة التجـارة فيمـا بـين أنظمـة سياسـية واقتصادية مختلفة جاءت الاستجابة له فى اتفاقية جنيف الأوروبية عام ١٩٦١ للتحكيم الـدولى والتى انضمت اليها البلدان الأوروبية سواء منها الغربية أو الشرقية.

ولم يبق عالقا بالتالى الا كسب ثقة التجارة الدولية ببلدان العالم الثالـث فـى علاقتهـا خاصة مع البلدان الصناعية. وقد كان ذلك دور اتفاقية عام ١٩٦٥ لحل نزاعات الاستثمار مـا بين الدول والمواطنين المنتمين الى دول أخرى وهى ما تعرف بـ "ICSID" وهى اتفاقية تمت بجهد وبتنظيم البنك الدولى للانشاء والتعمير.

وفى إطار المجلس الأوروبى، أمكن التوصل إلى إبرام إتفاقية أوروبية بشأن تشـريع موحد فى مسائل التحكيم فى ٢٠ يناير سنة ١٩٦٦. وفى إطار الجامعة العربية أبرمت إتفاقيـة

---

(٢٤) التى حلت مكانها عام ١٩٥٨ اتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم فطورتها وكيفتهـا مـع الظروف الجديدة.

تنفيذ الأحكام، وأقرها مجلس الجامعة فى ١٤ سبتمبر ١٩٥٢، ثم إتفاقية الرياض للتعاون القضائى فى ٦ إبريل ١٩٨٣.

وظهرت حاجة ماسة الى قانون للتحكيم الدولى فقد كانت فى تشريعات دول العالم قوانين للتحكيم تطبق على التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى الى أن ظهر بوضوح أن التحكيم الداخلى مرتبط بالتجارة الداخلية والتحكيم الدولى مرتبط بالتجارة الدولية وأن طبيعة هذه مختلفة عن تلك، لهذا كان لابد من أحكام قانونية ترعى التحكيم الدولى وتكون مختلفة عن الأحكام التى ترعى التحكيم الداخلى لاختلاف التجارة الداخلية عن التجارة الدولية.

من هنا جاءت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ والتى تتعلق بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والتى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص للتحكيم التجارى الدولى المنعقد فى نيويورك فى المدة من ٢٠ مايو - ١٠ يونيه ١٩٥٨.

وأصبح التحكيم التجارى من المسائل الهامة فى اطار قانون التجارة الدولية، وأصبح الطريق المألوف لتسوية المنازعات التجارية. وهذا ما حدا بلجنة قانون التجارة الدولية التابعة لهيئة الأمم المتحدة أن تولى جهودا كثيرة لتوحيد القواعد القانونية التى تنظم التحكيم التجارى الدولى. وقد أدت هذه الجهود فى البداية الى وضع اللجنة لقواعد موحدة للتحكيم غير المؤسسى اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى قرارها رقم ٩٨/٣١ بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١٥، ويعرف بقواعد (الأنسترال UNCITRAL)[٢٥].

وتابعت هذه اللجنة جهودها لوضع قانون نموذجى موحد لهذا الغرض، وابتدأ ذلك سنة ١٩٨١ وانتهى سنة ١٩٨٥ بإقرار اللجنة لمشروع القانون الذى أصبح يعرف بالقانون النموذجى "Model Law". وطلبت اللجنة من الجمعية العامة للأمم المتحدة بأن توصى الدول الأخذ بعين الاعتبار هذا القانون باتباع نصوصه كما هى - قدر المستطاع - وذلك تحقيقا الى التوحيد المنشود لقوانين التحكيم الوطنية لمواجهة التحكيم التجارى الدولى.[٢٦]

---

(٢٥) وهي اختصار لعبارة UNITED NATIONS CONFERENCE OF INTERNATIONAL TRADE LAW.

(٢٦) خطت لجنة القانون التجارى الدولى فى الأمم المتحدة "الأنسترال" "UNCITRAL" خطوة كبيرة هامة على طريق توحيد وتنسيق قوانين التحكيم فى العالم بعون المجلس الدولى للتحكيم التجارى "ICCA" اذ قامت مجموعة تضم كبار المهتمين بالتحكيم فى العالم، فأقرت القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى والمعروف باسم "Model Law" فى ١٩٨٥/٦/٢١. فى نصوص القانون النموذجى كما أقرته اللجنة، أنظر الكتاب السنوى للجنة القانون التجارى بالأمم المتحدة، الملحق الأول بصيغته التى اعتمدت فى ٢١ حزيران - يونيو ١٩٨٥، تقرير اللجنة عن جلستها (١٨) فى الوثيقة رقم (A/٤٠/١٧) ص ٣٣٣. وأنظر فى نطاق تطبيق القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى د. حمزة أحمد حداد، مركز القانون والتحكيم عمان - الأردن، ورقة عمل مقدمة الى مؤتمر تحكيم الهيئة العربية للتحكيم الدولى فى الفترة من، ١١-١٥ /١٠/١٩٩٢. راجع قواعد الأنسترال والقانون النموذجى بالملحق المرفق بهذا المؤلف.

جاءت اتفاقية نيويورك وبعدها القانون النموذجى للتحكيم الـدولى يضـعان أساسـين متينين لتحكيم دولي يؤمن للتجارة الدولية طريقا سالكا الى التحرك بحرية وبضمان... فالتحكيم أصبح للتجارة ضمانا للحقوق... وبدونه فان التجارة لا تقوم....

فالتجارة الدولية مدينة بازدهارها لاتفاقية نيويورك والقانون النموذجى. ودول العـالم بقدر ما تقترب من الاتفاقية والقانون النموذجى بقدر ما تزدهر التجارة الدولية فيها وبقدر مـا تبتعد عن الاتفاقية والقانون بقدر ما تزبل التجارة الدولية.... وكما قال بحـق الـدكتور عبـد الحميد الأحدب أن "معاهدة نيويورك كنز قانونى والقانون النموذجى كنز قانونى آخر"[٢٧].

لقد صار هناك ارتباط عضوى بين التجارة الدولية والتحكيم، وصار الهيكل القـانونى للتحكيم الدولى الذى فيه كل مراسم التجارة الدولية قائما علـى اتفاقيـة نيويـورك والقـانون النموذجى للوصول الى قواعد عالمية موحدة يخضع لها التحكيم التجارى الدولى.

أولاً : اتفاقية نيويورك[٢٨]

أخذ التحكيم التجارى الدولى يتطور فجاءت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، ثورة فـى تشريع التحكيم الدولى، فيما يتعلق بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. والحاجة الى هـذه الاتفاقية نشأت بسبب التطور الهائل الذى طرأ على التجارة الدولية حيـث أصـبحت اتفاقيـة جنيف غير كافية وغير قادرة على تلبية مستلزمات التحكيم الدولى. ولم تكن اتفاقية نيويـورك خطوة الى الأمام فحسب بل حققت أيضا خطوة نوعية أكثر منها كمية[٢٩].

وجدير بالذكر أن لجنة (الأنسترال) التى أنشئت بقرار الجمعية العمومية للأمم المتحـدة رقـم (٢٢٠٥) بتاريخ ١٧ كانون الأول ١٩٦٦ رفضت أثناء أعمالها السابقة وضع اتفاقية دولية جديدة، كمـا رفضـت تعديل اتفاقية نيويورك تحاشيا للمخاطر ولبطئ الموقعين وبطئ سريان مفعول الاتفاقيات الدوليـة. لـذا فضلت أن تعرض على الدول وسيلة اختيارية هى عبارة عن نموذج تشريعى يمكنها اعتماده أولا، وذلك للمحافظة على طريقة لينه لتوحيد القانون التجارى الدولى.

(٢٧) د. عبد الحميد الأحدب، رئيس الهيئة العربية للتحكيم الدولى، بحثه القيم الذى استزدنا الكثير من علمه والمقدم الى مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالتعاون مع الهيئة العربية للتحكيم الـدولى، المشروع المصرى لقانون التحكيم التجارى الدولي فى الفترة من ١١-١٥ أكتوبر ١٩٩٢، ص١

(٢٨) صدقت مصر على هذه الاتفاقية سنة ١٩٥٩ أثناء الوحدة مع سوريا وكانت مصر من أول الدول التى انضمت إلى هذه الإتفاقية. وانضم اليها حتى الآن ٩٤ دولة منهم اثنى عشر دولة عربية منها الكويت التى صدقت عليها بموجب القانون رقم ١٠لسنة ١٩٧٨ الصادر فى ٢٦ مارس ١٩٧٨، البحرين التى أنضمت أيضاً فى ١٩٨٨/٣/١٧ وقد وضعت البحرين ثلاثة تحفظات عليها وكانت آخر الدول العربية التى صدقت عليها هى المملكة العربية السعودية. وقد صدرت هذه الاتفاقية بخمس لغات هى الانجليزية، الفرنسـية، الروسية، الأسبانية والصينية ولم تكن اللغة العربية حينذاك ضمن اللغات الدولية فى الأمم المتحدة. لذا فقد ترجمت الى العربية ونشرت فى الجريدة الرسمية المصرية.

(٢٩) نذكر أهم ما جاء باتفاقية نيويورك بالهامش حيث انها تخرج عن نطاق بحثنا هذا : ١ - لم تعد تشترط صيغة التنفيذ في بلد المنشأ لكي تمنح صيغة التنفيذ في البلد المطلوب التنفيذ فيه. فصار حكم التحكيم معفي من الصيغة التنفيذية المكررة. ٢ - نصت الاتفاقية علي أن هناك قانونين يمكن تطبيقهما علي اجـراءات التنفيذ هما: قانون الارادة الذي اتفق عليه الطرفان - أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالـة عـدم الاتفاق هكذا فان قانون ارادة الطرفين هو الذى يرجح على قانون البلد الذى يجرى بها التحكيم. ٣ - قلبت الاتفاقية عبء الاثبات، جاعلة من حكم التحكيم في يد الطرف الحائز عليه سندا ثابتا يعتد بـه. وأصـبح عبء الاثبات علي الطرف الجاري التنفيذ ضده والذي يجب أن يأتي بالدليل علي البطلان.

يعتبر القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى "Model Law" من أكثر قوانين التحكيم التجارى أهمية فى الوقت الحاضر وتبرز أهميته من حيث انه وضع خصيصا للتجارة الدولية وشارك فى إعداده خبراء يمثلون مختلف النظم القانونية والمناطق الجغرافية فى العالم وهى الدول الستة وثلاثين التى كانت أعضاء فى لجنة قانون التجارة الدولية.

ثانياً : القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى "MODEL LAW"[٣٠]

أ- يثور السؤال ما هى الطبيعة القانونية للقانون النموذجى؟ هل هو اتفاقية دولية؟ أم أنه قانون دولى؟

ليس القانون النموذجى اتفاقية دولية ملزمة لأى دولة كما هو واضح من اسمه وليس قانونا بالمعنى الفنى الدقيق لهذا المصطلح، وانما هو فى حقيقة الأمر مشروع قانون موحد للتحكيم التجارى الدولى[٣١]. وكما سبق القول تم اعداده واقراره من لجنة دولية تابعة للأمم المتحدة، هى لجنة قانون التجارة الدولية. وحتى يعتبر قانونا مطبقا فى دولة من الدول، لابد أن يمر فى المراحل الدستورية والقانونية اللازمة فى تلك الدولة، شأنه شأن أى قانون وطنى آخر. بل يجوز للدولة أن تعدل فيه كيفما تشاء أو حتى أن تلغيه، ولا مسئولية عليها فى ذلك.

وتضمن القانون النموذجى قواعد نموذجية للتحكيم توفق بين مختلف أنظمة العالم القانونية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية. وهذا القانون النموذجى هو دعوة من الأمم المتحدة لدول العالم لتتبناه كما جاء موضوعا ولفظا كقانون للتحكيم التجارى الدولى لديها بدلا من أن تسن كل دولة لنفسها قوانين لا تعرف مدى ملاءمتها لسائر القوانين ومدى انسجام التحكيم الذى يجرى على أساسها مع سائر قوانين التحكيم الدولية فى العالم.

ب- أهمية القانون النموذجى

يعتبر القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى "Model Law" من أكثر قوانين التحكيم التجارى أهمية فى الوقت الحاضر وتبرز أهميته من حيث انه وضع خصيصا للتجارة الدولية

---

(٣٠) يتكون القانون النموذجى من ستة وثلاثين مادة موزعة على ثمانية أقسام هى: الأحكام العامة، إتفاق التحكيم، تشكيل هيئة التحكيم، إختصاص هيئة التحكيم، إدارة إجراءات التحكيم، إصدار الحكم وإنتهاء الإجراءات، الطعن بقرار التحكيم والاعتراف بقرار التحكيم ونفاذه.

(٣١) أو بمعنى أخر هو قواعد (قانونية) نموذجية للتحكيم التجارى الدولى ويكون لكل دولى حرية تبنيه فى تشريعاتها الداخلية كليا أو جزئيا، وإجراء التعديلات اللازمة عليه، وبطبيعة الحال لا يمنع هذا من أن تطبقه الدول على التحكيم الداخلى أيضاً بالاضافة للتحكيم الدولى ومثال ذلك مصر فى قانون التحكيم الجديد - ولمزيد من تفاصيل القانون النموذجى راجع د. حمزة حداد، بحث مقدم الى مؤتمر التحكيم الدولى فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس ١٩٩٥ القاهرة.

وشارك فى إعداده خبراء يمثلون مختلف النظم القانونية والمناطق الجغرافية فى العالم وهى الدول الستة وثلاثين التى كانت أعضاء فى لجنة قانون التجارة الدولية.

ويراعى القانون النموذجى كل أنظمة بلدان العالم وكل قوانين التحكيم الدولى فيها، فتبنيه والتصديق عليه يجعلان التحكيم التجارى الدولى سالكا وآمنا وينتزعان من دربه كل ما يمكن أن يعرقل السير الهادئ الآمن لحسم خلافات التجارة الدولية. كما يفتح الأبواب أمام تنفيذ يسير للحكم الذى يحسم الخلاف.

إن القانون النموذجى قد نتج عن تنازلات متبادلة ما بين ممثلين لأنظمة قانونية مختلفة لها مفاهيم مختلفة بالنسبة للتحكيم، لهذا تعمد القانون النموذجى أن يترك فراغا فى كثير من الأمور الحساسة. فهو قانون واقعى فى مراعاته للنظام الداخلى للدولة التى لا يتصور أن تتنازل عن قواعدها الأمرة فى مرحلة مبكرة وبذلك اتجه هذا القانون الى المرونة فى التشريع وترك الباب مفتوحا للتعديل والاضافة بما يتناسب وأنظمة الدولة الراغبة فى اقراره.

إن إعتماد البلدان التى لم تضع بعد تشريعا يتفق مع ما تريد أن تلعبه فى ميدان التحكيم الدولى، للقانون النموذجى مرفقا ببعض الترتيبات المحلية المناسبة قد يكون الطريق الأكثر أمنا والأسرع لإحداث تغيير تشريعى بها الذى يؤدى الى الاستغناء عن الأبحاث فى القانون المقارن وتوفير الأعمال التحضيرية الطويلة.

والفائدة الأساسية للقانون النموذجى قد تكون من زاوية أخرى، وبغض النظر عن ادخاله الكامل أو الجزئى فى النطاق القانونى الوطنى لهذا البلد أو ذاك ، ففى الواقع أصبح القانون النموذجى يمثل اليوم تقنينا حقيقيا للأعراف والعادات السارية فى نظام التحكيم الدولى والقانون الدولى الخاص.

ويتميز هذا القانون أيضا بمبادىء وأحكام لا تتوفر فى القضاء العادى وأهمها حجب الاختصاص الولائى للقضاء العام - وهى الفكرة التى يقوم عليها التحكيم - وانعقاد ذلك لهيئة التحكيم فى حدود اتفاق التحكيم وممارستها قواعد القانون النموذجى.

ان الدولة التى تعتمد هذا التشريع تكون واثقة من اتفاقها مع المجموعة الدولية وفى الوقت الذى تحاول فيه العديد من البلدان والأوساط القانونية أن تجلب التحكيم الدولى الى أراضيها وتجاهد لرفع العقبات غير المبررة لتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة فى الخارج فان القانون النموذجى يأتى بمنارة تضئ لها هذا الطريق. فهو يأخذ بعين الاعتبار التطورات الحالية والتقدم الحاصل فى التجارة الدولية خلال المرحلة الزمنية الراهنة.

وفى نهاية هذا المبحث نستطيع القول، ان اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ وكذلك القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى خطوة كبيرة هامة على درب توحيد وتنسيق قوانين التحكيم فى العالم. وهذه الخطوة **نرى** أنها تمهيدا للوصول الى قواعد عالمية موحدة يخضع لها التحكيم التجارى الدولى، حتى لا يجد من حصل على حكم التحكيم نفسه قد حصل على حكم أحيط بعقبات تمنع تنفيذه.

ولأن مصر تريد جلب التحكيم التجارى الدولى اليها فهى كانت فى حاجة الى نص تباشره، بجانب انضمامها الى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، وهذا ما تم بالفعل حيث أقر المشرع حديثا قانون التحكيم المصرى الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ مأخوذا معظمه عن القانون النموذجى، اذ أن مصر الآن تتحول أكثر فأكثر الى دولة للمال والأعمال فى علاقاتها مع العالم وعلى الأخص مع البلاد العربية والأفريقية حيث أصبح التحكيم الدولى مرتبطا ارتباطا عضويا بالتجارة والمعاملات الدولية وبالمال والأعمال(٣٢).

---

(٣٢) **ولأن تونس** تريد أيضاً جلب التحكيم التجارى الدولى اليها فقد صدر قانون التحكيم الجديد بمجلة التحكيم بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ والمؤرخ فى ٢٦ ابريل لسنة ١٩٩٣ والذى لم يدخل حيز التطبيق الا بعد ستة أشهر من تاريخ صدوره أى فى ٢٧ اكتوبر ١٩٩٣، بينما صدر القانون المصرى فى ٢١ ابريل ١٩٩٤ وبدأ العمل به بالفعل فى ٢٢ مايو من نفس السنة.

- **ولأن دولة البحرين** تريد أيضاً جلب التحكيم التجارى الدولى اليها فقد أصدرت حديثاً مرسوم بقانون للتحكيم التجارى الدولى رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ وهو من أربعة مواد المادة الأولى من هذا المرسوم أحالت الى أحكام القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى "Model Law" كما هو على اطلاقه على كل تحكيم تجارى دولى لم يتفق طرفاه على إخضاعه لقانون آخر.
- ومن الدول الأخرى الأجنبية أعطت **كندا** المثال على تبنى القانون النموذجى بطريقة فعالة اذا لم تعتمد الدولة الاتحادية وحدها القانون النموذجى بل ان جميع المقاطعات الفيدرالية أدخلته فى تشريعاتها، د. نبيل أنطاكى، بحث بعنوان البيئة القانونية فى كندا منذ تبنى القانون النموذجى، مقدم الى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى الدولى وتجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجى، القاهرة الفترة ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤. وهذا ما حصل فعلا فى **قبرص** التى أصدرت مؤخرا قانونا للتحكيم مأخوذا عن القانون النموذجى. ان بلدان أخرى فى **افريقيا وأمريكيا اللاتينة وأسيا** قد تبعت الطريق نفسه وتؤمن بذلك تدرجيا التأثير المباشر للقانون النموذجى فى الأنظمة القانونية الوطنية، د. عبد الحميد الأحدب، بحث سابق الاشارة اليه، ص٢.
- راجع تفصيلابخصوص هذا الموضوع أبحاث مقدمة الى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى وتجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجى، نظمه مركز القاهرة بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة (الأنسترال) القاهرة ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤.

- MR. Robert Coulson , The Application of The Model Law In Some **American** States: Florida, Georgia. Hawaii, Maryland, North Calolina, Ohio, Oregon and Texas..

- Mr. Charles Molineaux, Settlement of Construction Disputes According To Model Law Rules.

- Mr. Marcus S. Jacobs QC. Institutional International commercial Arbitration in **Australia**, Why Consideration Should be Given To Choosing The London Court of International Arbitration.

واذا كان عالم التحكيم التجارى الدولى قد شهد فى النصف الثانى من القرن العشـــرين صرحين قانونيين هما اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ والقانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى لسنة ١٩٨٥، فان القانون المصـــرى الجديد للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، هو صرح جديـــد تعطيـــه مصر للتجارة والاستثمار فيها.

لذا يتعين على الدول بصفة عامة والبلدان العربية والأفريقية بصفة خاصة التـــى لـــم تضع بعد تشريعا يتفق مع ما تريد أن تلعبه فى ميدان التحكيم الدولى، تبنى القانون النمـــوذجى والمصادقة عليه كما سبق لنا أن أشرنا من وجوب أخذه كما جاء موضوعا ولفظا بما يـــتلائم مع النظم الوطنية المناسبة لها وبموضوعية وتراعى فيه حرية الأطراف وحقهم فـــى اختيـــار صفة منازعتهم لتكون متماشية مع المجموعة الدولية وبذلك تضمن أن التحكيم التجارى الدولى لديها سالكا وآمنا ويساعدها على التخلص مما قد يعرقل سير الخصومة بين الأطراف لحســـم خلافات التجارة الدولية بينهم، وكذلك تنفيذ يسير للأحكام التى تحسم الخلاف، وتحقيـــق تغييـــر تشريعى سريع فيها.

و**نأمل** أن تحذوا الدول العربية والأفريقية كلها حذو مصر وتونس والبحرين وتتبنـــى القانون النموذجى فى قوانينها الداخلية - التى لم تظهر بعد - وتسعى الى الانضمام الى اتفاقية نيويورك، ويومئذ تكون الدول العربية والأفريقية فى طليعة الدول التى فتحت مجـــالا واســـعا وخصبا للتحكيم التجارى الدولى باعتباره القضاء الأصيل لحسم المنازعات التجارية الدولية.

التحكيم فى اتفاقيات الجات (دورة أورجواى ١٩٩٤)

لمحة تاريخية :

لما كان الهدف من الجات هو تحرير التجارة العالمية، فان تحقيق هذا الهـــدف كـــان يستدعى ترغيب الدول الأعضاء فى العمل على الوصول اليه دون ضغط عليهـــا فـــى ذلـــك. ولهذا كانت وسائل حل المنازعات منذ البداية تقوم على وسائل ودية بين الأطراف مثل اجراء المشاورات الثنائية والجماعية، أو تشكيل لجنة لبحث المسائل المعروضة أو تكوين فريق عمل أو فريق خاص لاصدار توصيات أو الفصل بقرار فى موضوع الخلاف.

وفى ظل روح الترغيب التى كانت تسود جولات ابرام وتنقيح اتفاقية الجات لم يكـــن من السهل تقرير طريق ينطوى على الترهيب مثل التحكيم، فهو يوحى بأن المحكمـــة ســـوف

- Mr. Jens Bredow, The New Trends In **German Legislation** With Regard to Commercial Arbitration.
- Mr. Christopher Lake, The **English Experience** With The Model Law And The Current New Draft Arbitration Bill.

تشكل وتصدر حكماً قابلاً للتنفيذ الجبرى. لذلك تأخر ظهور التحكيم فى مجال فض خلافات دول الجات الى الوقت الذى تتهيأ فيه هذه الدول لقبوله.

أن التحكيم لم يكن موجوداً فى اتفاقية جات ١٩٤٧، وأنه بدأ يظهر فى قرارات الجات ابتداء من عام ١٩٨٩، وأن اتفاقية جات ١٩٩٤ جعلته طريقاً من طرق تسوية المنازعات، ولكنه لا يصدر قرارات ملزمة كقاعدة عامة بل يقدم تقريراً لجهاز تسوية المنازعات يساعده على اتخاذ توصيات أو قرارات. وهذا التحكيم متعدد الدرجات ولكن ليس من بين هذه الدرجات ما يعتبر جهة استئنافية لسائرها الا فى الحدود الواردة فى المادة ١٧ وما بعدها من الجدول رقم ٢ الخاص بتسوية المنازعات. ولا يوجد تحكيم ملزم فى اتفاقيات جات ١٩٩٤ الا فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢١/٣/ج من الملحق رقم ٢ [٣٣].

والى جانب الأخذ بالتحكيم يجرى التشاور بين الأطراف وبين جهاز فض المنازعات لمتابعة تنفيذ التوصيات فاذا لم تنفذ قد يجرى تحكيم نهائى بشأن تعليق التنازلات وغيرها من الالتزامات ومدى إمكان اعتبار هذا التعليق معادلاً للتعطيل أو الالغاء الناتج عن مخالفة توصيات جهاز تسوية المنازعات.

ويلاحظ أن اتفاقيات الجات ١٩٩٤ وقد نشرت فى الجريدة الرسمية المصرية تعتبر قانوناً محلياً، مقدماً فى المرتبة على القوانين المحلية الأخرى التى ليست صادرة طبقاً لاتفاقيات دولية، لأن التزامات الدولة قبل الأخرى فى المعاهدات والاتفاقيات الدولية لها الأولوية على غيرها.

([٣٣]) ينبغى على العضو المعنى أن يعلم جهاز تسوية المنازعات فى الاجتماع الذى يعقده الجهاز فى غدون ٣٠ يوماً (اذا لم يكن هنالك اجتماع مقرر لجهاز خلال هذه المدة، عقد جهاز تسوية المنازعات اجتماعاً لهذا الغرض) بعد تاريخ اعتماد تقرير الفريق أو جهاز الاستئناف، بنواياه فيما يتصل بتنفيذ توصيات وقرارات جهاز تسوية المنازعات. واذا تعذر عملياً الامتثال فوراً للتوصيات والقرارات، أتيحت للعضو المعنى فترة معقولة من الوقت لكى يفعل ذلك. وهذه الفترة من الوقت هى :
الفترة التى تتفق عليها أطراف النزاع خلال ٤٥ يوماً بعد تاريخ اعتماد التوصيات والقرارات(اذا لم تتوصل الأطراف الى اتفاق على محكم خلال عشرة أيام بعد احالة الأمر الى التحكيم، قام المدير العام بتعيين المحكم خلال عشرة أيام بعد التشاور مع الأطراف) وينبغى فى التحكيم أن يكون أحد المبادئ التوجيهية للمحكم (تفسر كلمة محكم بأنها تشير الى فرد أو مجموعة) ضرورة عدم تجاوز الفترة الزمنية المعقولة من أجل تنفيذ توصيات فريق ما أو جهاز الائستئناف ١٥ شهراً من تاريخ اعتماد تقرير الفريق أو جهاز الاستئناف، الا أنه يجوز أن تقصتر هذه الفترة أو اطالتها حسب الظروف.

سادساً : التحكيم فى القانون المصرى

دراسة التحكيم فى مصر الآن ذات أهمية فائقة :

لما كان التحكيم فى مصر الآن يكتسب أهمية خاصة لمواكبة الجهود الكبيرة التى تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للإستثمار متمشية مع سياسة الإصلاح الإقتصادى الذى قطعت فيه الدولة شوطا كبيرا لجذب رؤس الأموال المستثمرة، لاسيما بعد ما تبين لها أن القوانين التى وضعت فى مجال الإستثمار لا تكفى وحدها لتحقيق هدف زيادة الإستثمارات. ذلك أن نظام التحكيم من شأنه أن يتيح السبيل إلى سرعة الفصل فى المنازعات التى تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية، فضلا عن أنه يعطى الطمأنينة والثقة للمستثمرين حيث انه يتفق مع القواعد الدولية السارية فى هذا الشأن كما يستهدف التغلب على بطء إجراءات الفصل فى الدعاوى الذى يعرقل العمل التجارى بصفة عامة.

وتتبؤ مصر شيئاً فشيئاً مركزاً تجارياً مرموقاً فتكثر فيها الأنشطة التجارية وعقود التكنولوجيا ويزداد إنضمامها الى اتفاقيات دولية أخرى عديدة كل ذلك فتح الضوء الأخضر أمام التحكيم التجارى الدولى فى مصر فأصبح يطل من جديد بعزم واضح.

نبذة تاريخية عن التحكيم فى مصر

نظمت قوانين المرافعات المتعاقبة فى مصر التحكيم الاختيارى فى صلبها، فلم يكن هناك قانون خاص بالتحكيم سوى ما جاء فى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالأمر العالى فى ١٨٨٣/١١/١٣ بالمواد من ٧٠٢-٧٢٧ منه. واستمر هذا الوضع قائما فى قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والذى نظم التحكيم فى المواد من ٨١٨-٨٥٠ منه. وقد جاراه فى ذلك قانون المرافعات رقم ١٣لسنه١٩٦٨ الذى نظم قواعد التحكيم فى المواد من ٥٠١-٥١٣ منه .

وقد تبين للدولة قصور فى قواعد التحكيم المذكورة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية الأخير.

لذا إهتم المشرع المصرى بنظام التحكيم ووضع قانونا متكاملا للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ منظما جميع الأحكام الخاصة بالتحكيم سواء كان التحكيم داخليا أو دوليا، وسواء كان النزاع فى معاملة مدنية أو تجارية وذلك بإعتبار أنه وسيلة لحل النزاع تم الإتفاق عليها. ويسرى هذا القانون على أشخاص القانون العام والخاص وعلى كل تحكيم يجرى فى مصر أيا كانت العلاقة التى يدور حولها النزاع (المادة الاولى) من هذا القانون.

الأهداف التى قام عيها قانون التحكيم المصرى الجديد

نجح قانون التحكيم المصرى الجديد الى حد كبير فى تحقيق :

أ- عمومية أحكام القانون واتساع نطاق تطبيقه.

ب- ازالة العقبات والعوائق التى تعترض بدء التحكيم وسيره.

ج- تدعيم أحكام المحكمين وضمان تنفيذها – بقدر الامكان.

الأسس التى قام عليها قانون التحكيم المصرى الجديد

يعد قانون التحكيم المصرى الجديد خطوة كبرى فى التقدم بنظام التحكيم فى مصر فهو صرح جديد تعطيه مصر للتجارة والاستثمار فيها وهو أيضاً يساير نسق القانون النموذجى "Model Law" الذى وضعته لجنة القانون التجارى الدولى بالأمم المتحدة وسار على هديه وان اختلف معه فى بعض المسائل التى تخرج عن مبادئه حتى يكون أكثر اتساقا مع النسيج التشريعى المصرى ومتفقا مع التقاليد القانونية المصرية ومع أساليب الصياغة التى درج عليها المشرع المصرى. وهى خطوة كبيرة هامة على درب توحيد وتنسيق قوانين التحكيم فى العالم ولكى يكون القانون المصرى متمشياً مع المجموعة الدولية بخصوص التحكيم التجارى الدولى.

أخذنا بمعظم الحديث الذى أتى به القانون النموذجى ونقلناه الى قانوننا المصرى لكى لا يشعر المستثمر أجنبياً كان أو مصرياً أو عربياً أنه يحاكم فى أنظمة مغايرة لما هو موجود فى غير مصر، معنى ذلك أننا جعلنا المستثمر أيا كانت جنسيته يطمئن الى القضاء الذى سيحكم فى المنازعات المتعلقة بالمعاملات التى يقوم بها.

ان الدارس لقانون التحكيم المصرى الجديد يجد أن هذا القانون تم بأفضل صيغة ممكنة، مراعيا أفضل ما توصل اليه العقل القانونى فى حدود الممكن والمعقول لما يستجيب لمتطلبات تسوية المنازعات الداخلية والتجارة الدولية عن طريق التحكيم. فهو يساير أحدث التشريعات المقارنة فى هذا الخصوص بل يتفوق عليها أحياناً ومن ذلك: الاعتراف بالتحكيم كوسيلة مألوفة ومطلوبة فى العلاقات التجارية الوطنية والدولية، حرية الارادة فى التحكيم وقبول ذلك بأوسع مدى ممكن، الخروج على كثير من المفاهيم القانونية التقليدية تشجيعا للتحكيم، اختصار الوقت ما أمكن لتسوية النزاع، ترسيخ مبدأ نزاهة وحياد المحكم، التأكيد على سرية أحكام التحكيم كقاعدة عامة، احترام حكم التحكيم وتقديره بشكل خاص من حيث عدم جواز الطعن فيه الا بالبطلان المنهى للخصومة كلها ولحالات محددة، ووجوب تنفيذه الا فى حالات استثنائية وفى حدود ما هو مقبول فى التحكيم. ولا شك أن المشرع يقصد بذلك

حماية أحكام التحكيم بحيث لا يجوز ابطالها إلا فى حالات محددة وواضحة يتصف فيها العيب الذى يشوب التحكيم بجسامة بالغة تبرر ابطاله.

وبصفة خاصة يعترف المشرع المصرى فى قانون التحكيم الجديد بالاتفاق المكتوب الذى يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التى قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

سواء كانت هذه العلاقة مدنية أو تجارية بين أشخاص عامين أو بين أشخاص خاصين أو بين شخص عام وآخر خاص. وسواء كان التحكيم داخلياً أو دولياً بشرط أن يتفق أطرافه على اخضاع منازعتهم لقانون التحكيم المصرى الجديد.

وينفرد المشرع عن كل التشريعات المقارنة حيث ينظم التحكيم الداخلى والدولى فى بوتقة واحدة هى نتاج هذا القانون.

ومن الأصول الايجابية لهذا القانون اعلانه جهراً عن حرية الأطراف الكاملة لوضع أسس اجراءات التحكيم والمقصود بالتحكيم فى ظل هذا القانون هو التحكيم الاختيارى الحر بين طرفيه مع التزامهما ببعض الضوابط التى ينص عليها المشرع.

ويخرج المشرع عن المألوف ويتبنى المعيار الحديث لمفهوم التجارية ويفسره تفسيراً واسعاً ذا مدلول اقتصادى ليكون أعم وأشمل من الطابع التجارى البحت لأنه يتضمن كل نشاط يتصل باستثمار رؤوس الأموال والحصول على عائد هذا النشاط سواء كانت العلاقة من قبيل الأعمال المدنية أو الأعمال التجارية فى معنى (المادتين ٢ و٣) من التقنين التجارى المصرى. وهنا يريد المشرع أن يسير مع مقتضيات العلاقات الدولية الخاصة بالتحكيم ولمواكبة التطور السريع فى مجال نشاط التجارة الدولية والذى أدى الى ظهور أنشطة حديثة لم تكن موجودة من قبل مما أصبح معه العسير وضع معيار جامع مانع لهذا النوع من العلاقات.

ويحدد المشرع أكثر من معيار على سبيل الحصر يعتبر فيه التحكيم دولياً وفقا لأحكامه مما يسمح باتساع نطاق مفهوم التحكيم التجارى الدولى. ليسهل الوقوف على مسألة دولية التحكيم التجارى حيث أنها كانت من المسائل الصعبة والمعقدة.

وينظم المشرع "**اتفاق التحكيم**" تنظيماً موحداً يشمل صورتى اتفاق التحكيم معاً (الشرط والمشارطة) ويجيز الاتفاق على التحكيم لكل احالة ترد فى العقد الى وثيقة تتضمن شرط تحكيم.

ويحرص المشرع على ابراز الصورتين التى يمكن أن يأخذ أحدهما "الاتفاق على التحكيم" ليؤكد أن التنظيم الذى يأتى به يشمل هذا الاتفاق فى أى من صورتيه، دون أن يختص إحداهما بقيود خاصة للاعتراف أو يفردها بمعاملة أدنى مرتبة.

ويضع المشرع شروطاً خاصة لصحة اتفاق التحكيم بجانب الشروط العامة لصحة العقود وهى شروط خاصة بالشرط والمشارطة والاحالة وكذلك الأهلية والمحل وشرط الكتابة.

ويقصد باتفاق التحكيم المكتوب شرط التحكيم فى عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الطرفين وإستثناء من قاعدة المستند المكتوب الموقع عليه، يكفى أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا فقط وغير موقع عليه، وهذا تسهيل من المشرع المصرى لتشجيع التحكيم وتقرير وجود إتفاق التحكيم ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل اللاتصال المكتوبة.

ويؤكد المشرع على الأثر الالزامى لاتفاق التحكيم وهو وجوب عدم قبول قضاء الدولة نظر الدعاوى التى قد ترفع الى المحكمة بمجرد تمسك أحد الأطراف الماثلين فى الدعوى القضائية باتفاق التحكيم بتناول ذلك النزاع المطروح قبل ابدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى. ويقدم المشرع ثورة فى التشريع لتشجيع التحكيم والاستمرار فيه حيث يسمح لأطراف النزاع بابرام اتفاق تحكيم ولو كانت هناك دعوى بخصوص ذات النزاع أمام قضاء الدولة ، وهى ميزة كبيرة تشجع الى أقصى مدى الأطراف على اللجوء الى التحكيم.

ويتوسع المشرع فى نطاق المؤازرة والمساعدة التى يمكن أن يقدمها القضاء للتحكيم ويحدد بصراحة هذا الدور ويبدو أن المشرع يهدف من وراء هذه السياسة الى ضمان استقلال التحكيم لصالح أطرافه واحترامه لارادتهم فى عدم تدخل القضاء فى اجراءات التحكيم الا فى الأحوال التى ترد فى القانون على سبيل الحصر. ومن ذلك مسألة أثر اتفاق التحكيم على الاجراءات التحفظية والوقتية من جانب المحكمة التى قد يرى أحد الأطراف مناسبة اللجوء إليها تحوطاً لحقوقه أو لدواعى الاستعجال.

وكذلك من صور تشجيع المشرع ومسايرته للاتجاهات الدولية الحديثة أنه قنن **مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلى** بحيث لا يخضع بالضرورة لمصير هذا الأخير، حيث يجب أن يعد اتفاق مستقل منفصل عن سائر نصوص العقد الأصلى.

وكذلك من المبادئ التى خرج المشرع المصرى عن المألوف فيها المبدأ المعروف بإسم "**الاختصاص بالاختصاص**" وقرر أن من سلطة المحكم الفصل فى موضوع اختصاصه، حتى ولو كان الاعتراض على اختصاصه مرده الى المنازعة فى وجود أو صحة اتفاق التحكيم

فى أى من صورتيه (شرط أو مشارطة) الواردة ضمن نصوص العقد الأصلى. وكذلك أعطى المشرع للمحكم الحق فى أن يبحث وجود وصحة العقد الأصلى وأن يقضى بانعدامه أو بطلانه متى ثبت لديه ذلك، حتى ولو كان اتفاق التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلى. وقد يقصد المشرع من ذلك أن يمنع التداخلات الاجرائية بحيث لايستطيع أحد أطراف النزاع أن يعطل اجراءات التحكيم بسوء نيه.

وأخيراً، لقد نجح قانون التحكيم المصرى الجديد نجاحا كبيرا فى تحديث نظام التحكيم وتدعيمه فى التشريع المصرى.

وصفوة القول عندنا أن المشرع المصرى بذل جهداً عظيماً وأدخل اصلاحاً كبيراً على نظام التحكيم فى القانون المصرى، وأيضاً لم يصل فقط بقانون التحكيم الجديد الى قوانين حديثة ومستحدثة بل وصل به الى التوحيد العالمى لقواعد وأحكام التحكيم فهو خطوة كبرى للتقدم بنظام التحكيم فى مصر، وهذا التوحيد العالمى حقيقة سيعود بنفع كبير على التجارة الدولية والاستثمار فى مصر.

والأمل معقود على الجهود الفقهية والقضائية التى ستأخذ بيد هذا القانون الوليد ليحتل مكانه اللائق بين تشريعات التحكيم الحديثة والمتقدمة فمجال التطوير والتحسين قائم لا ينضب معينه.

يثور السؤال ما مدى اعتبار قانون التحكيم المصرى الجديد نموذجاً لتشريعات بعض الدول العربية والأفريقية، على غرار ما كان القانون النموذجى "Model Law" قانوناً نموذجياً استندت اليه كثير من التشريعات ومن ضمنها القانون المصرى الجديد؟

نرى أن قانون التحكيم المصرى الجديد، الذى كان من مصادره الأساسية القانون النموذجى "Model Law" الذى تم اعداده من خيره من رجال الفكر يمثلون مختلف الفكر ويمثلون مختلف النظم القانونية والاقتصادية فى العالم، يصلح لأن يكون نموذجاً يحتذى به من قبل تشريعات بعض الدول العربية والأفريقية حيث إنه لا يخالف النظام الأساسى الذى تقوم عليه فكرة التحكيم فى تشريعات بعض الدول العربية والافريقية التى ترغب فى تشجيع التحكيم التجارى وتطوره سواء كان وطنياً أو دولياً وهذا لا يمنع بالطبع من أن تتصرف هذه الدولة أو تلك ببعض أحكام القانون بما يتلاءم وتشريعاتها الأخرى والواقع الذى تعيش فيه، ما دمنا نصر على أن لكل دولة خصوصيات التى تميزها عن غيرها من الدول العربية والأفريقية.

وبناء على ذلك نستطيع القول أن قانون التحكيم المصرى الجديد هو بمثابة نموذج تشريعى للدول العربية والأفريقية لأن قانون التحكيم المصرى الجديد مبنى على فلسفة جديدة مبنى على أسس جديدة هى الأسس التى يقوم عليها التحكيم فى كل بلاد العالم المتمدنين.

وختاماً أشيد بالمجهودات العلمية التى تبذلها كلية العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة نواكشوط.

وشكراً لكم جميعا على مشاركتكم، وفقنا الله جميعا لكل خير،،