

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

د/ بليغ حمدى محمود الخياط د/ احمد ابو المجد محمد السيد
عفيفى
مدرس بقسم القانون الدولى مدرس بقسم القانون الدولى الخاص
الخاص
كلية الحقوق - جامعة طنطا كلية الحقوق - جامعة مدينة السادات
الملخص باللغة العربية:

على الرغم مما قد يظنه البعض من بلوغ التحكيم الدولى أوج ازدهاره , واستقلال قواعده , الا ان تحكيم اليوم ليس هو تحكيم الامس . فدائما فى حركة تطور مستمرة , نلمسها وبوضوح فى اتفاق التحكيم . فلم يعد هذا الاخير مجرد اتفاق عقدى يخضع لما تخضع له العقود من قواعد واحكام , كما لم يعد اجراء يخضع فى صحته لقانون دولة القاضى , وانما صار اتفاقا له ذاتيته واستقلاله ومكفول له صحته .

ويعد اتفاق التحكيم المحرك لعملية التحكيم فلولاها لما نصب المحكمون انفسهم قضاة لحسم موضوع النزاع , وايا ما كانت وسيلة ابرام هذا الاتفاق , فإن مجرد التحقق من وجوده القانونى كاف لعقد الاختصاص لهيئة التحكيم ليس فقط بنظر موضوع النزاع , وانما ايضا نظر إدعاءات عدم اختصاصهم .

وقد كرسست القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية فضلا عن احكام القضاء وعادات واعراف التجارة الدولية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم .

وقد أخذت الاستقلالية مفهوما وبعدا جديدا منح نظام التحكيم أرضية تفوق عن تلك التى كان يحتلها من ذى قبل ومرد ذلك يكمن فى مبدأ صحة هذا الاتفاق بعيدا عن اى قانون وطنى , الامر الذى يزيح من طريقه امكانية التدخل فى شأنه بقواعد التنازع , أو بقواعد القانون المختار . وأصبح المحكم بموجبه يستأثر بمسألة البت فى اختصاصه وبالفصل فى الموضوع على السواء .

Reflections of the principles of health and independence regarding the applicable law of the arbitration agreement

Abstract:

It may be thought that international arbitration has reached its peak of prosperity, and independence of its rules. However, today's arbitration is not yesterday's. There is always an ongoing movement of evolution, which can be seen clearly in the arbitration agreement. The latter is no longer merely a contract agreement subjected to the rules and provisions governing contracts. It is also no longer a procedure whose validity is subject to the law of the litigation state, but rather has become an agreement that has its own autonomy and independence, and its validity is guaranteed.

The arbitration agreement is the engine of the arbitration process, without which the arbitrators would not have appointed themselves as judges resolving the issue of the dispute. Whatever means of concluding this agreement, simply verifying its legal existence is sufficient to contract jurisdiction for the arbitral tribunal not only with regard to the subject matter of the dispute, but also to the allegations of their lack of jurisdiction.

National laws and international agreements, as well as judicial rulings, customs and norms of international trade, have enshrined the principle of the independence of the arbitration agreement.

Independence has represented a new concept and dimension, giving the arbitration system a ground superior to what occupied before. The reason for this lies in the principle of the validity of this agreement away from any national law. The matter which leaves out the possibility of interfering with the rules of conflict, or with the rules of the law chosen. Accordingly, the arbitrator has the authority to decide on his jurisdiction and on the matter alike.

مقدمة :

لم يعد التحكيم ذلك الفتى المدلل الذى نال من العناية والاهتمام ما يفوق سواه من سائر موضوعات القانون ، فقد صار فتيا له ذاتيته واستقلاله ، وفرض نفسه على مسرح الحياة الدولية الخاصة كقضاء مناسب وملائم لعلاقاتها .

وعلى الرغم مما قد يظنه البعض من بلوغ التحكيم أوج ازدهاره ، واستقرار قواعده ونضوجها، إلا ان تحكيم اليوم ليس هو تحكيم الغد . فدائماً ما تطالعتنا التحكيميات بالجديد ويطرح مناصروه افكارا لم تكن بمخيلة احد ، وما ذلك الا لكسب ارضية جديدة تفوق عن تلك التي اعتلاها فى الامس .

واتفاق التحكيم لم يعد كما كان محورا للمساجلات ، فصار عنوانه ان التحكيم هو التحكيم . فبمجرد الاشارة اليه ولو على سبيل الخطأ ، او السهو كان له اثره فى عقد الاختصاص اليه ولهيبته بالبت فى كافة النزاعات أيا كانت .

وانطلاقاً من زاوية ان التحكيم ليس كله خير ، كما انه ليس كله شر ، كان من المهم التركيز على الشواهد والمعطيات التحكيمية للوقوف على غايتها والاستعداد المناسب لكل ما قد يرى المرء انه غير ذى قيمة فيها لاستدراك ما عساه ان يكون فى غده ومواجهة كل مستجداته وافرازاته .

فكلنا يعلم ان اتفاق التحكيم هو فى حقيقه أمره عقد، ولكنه ليس كأي عقد، اذ يتولد عنه اثر اجرائى غاية فى الخطورة وهو اقصاء القضاء الوطنى بكل معانى هذه الكلمة عن نظر المنازعة. ولا أقصد بالاقصاء هنا الاستبعاد التام، وانما أعنى انه لا دخل للقضاء فى شئونه الا حينما يستدعى هذا القضاء للتدخل. فالعلاقة بين التحكيم والقضاء اشبه بعلاقة السلطات فيما بينهما. فهى على استقلالها الذى لا ينفى التعاون فيما بينهما.

وقد ثار الخلاف ، واحتدم النقاش حول حقيقة وطبيعة وتكييف هذا الاتفاق ، وانحصر الامر فى طبيعتين الاولى عقدية ، والاخرى قضائية . والانتصار لطبيعة على اخرى لم يعد يرتد الا لخدمة النظام التحكىمى . ولهذا مالت الاكثريه نحو طبيعته القضائية الذاتية المستقلة . ولم يقف الامر عند هذا الحد ، بل راح الخلاف يطول الاتفاق ذاته، وما اذا كان من الممكن ان يستقل عن العقد الاصلى سواء كان بندا من بنوده ، او جاء بطريق الاحالة ، او اتى مستقلا بعقده وانتهى المطاف الى تمتع هذا الاتفاق بالاستقلالية ليس عن العقد الاصلى فقط ، وانما عن القضاء ايضا . وزاد عليه فاستقل بنظامه القانونى عن سائر الانظمة القانونية الوطنية .

والمتمأل لنظام التحكيم واتفاقه نجده يعكس رغبة واضعى هذا النظام فى الافلات به
وباتفاقه من النظم القانونية الوطنية الى رحاب العالمية التى تكرسها القواعد المادية والتى
تضمنتها الاتفاقيات الدولية ، والاعراف التجارية الدولية .

وكان من نتيجة ذلك ان تمتع هذا الاتفاق ليس فقط بالاستقلال على النحو السابق
، وانما ايضا بالصحة الذاتية .

حقا ان الاصل فى الاعمال والتصرفات هو صحتها ، بيد ان هذه القرينة تدحضها
القواعد الأمرة وقواعد البوليس فى النظم الوطنية الداخلية . اما فى نظام التحكيم ، فلم
تعد تلك القواعد موضع اعتبار الا بالقدر الذى تتوافق فيه مع النظام العام الدولى العابر
 . فلم تعد تشكيلات الاتفاق عقبه تحول دون صحته ولم يعد موضوعه محلا للجدال الا
وفق القواعد العالمية المستلهمة من المبادئ العامة ، واعراف التجارة الدولية . فضلا
عن النظام العام الدولى العابر .

والاكثر من ذلك ، لم يعد الوجود المادى لهذا الاتفاق مطلوباً فيكفى ان يتوافر
وجوده القانونى لعقد الاختصاص لهيئة التحكيم او لمركزه . هذا ما تؤكد الشواهد بشأن
التحكيم بلا انفاق . بيد ان ذلك لا يعنى فرض التحكيم دون هذا الاتفاق ، وانما
المقصود ان هيئة التحكيم لا تألوا جهداً فى منح الاختصاص لنفسها ولو عن طريق
الاتفاقيات الجماعية او الثنائية كما هو الشأن فى اتفاقية واشنطن المبدعة عام ١٩٦٥
والتى على اثرها انشئ مركز الاكسيد لىتولى الفصل فى المنازعات ذات الطابع الدولى
الاستثمارى بين الدول المضيفة ، رعايا الدول المستثمرة .

بيد ان ذلك لا يعنى دوام صحة الاتفاق وسلامته . فالقرينة المستقرة ترمى الى عدم
المنازعة فى هذا الاتفاق من زاوية النظم الوطنية ، ومع ذلك فان امكان المنازعة فيه
مانزال ماثلة ولكن فى الاطار الجديد الذى غلف التحكيم نفسه به .

ولا نحسب ان الحاكم لهذا الاتفاق يكمن فيما يختاره الاطراف من قانون . فرغم
الحرية المعترف بها للاطراف فى هذا الشأن الا انها حرية محدودة تقف عند حد عدم
المساس بالاتفاق ذاته .

فلا يمكن للمرء ان يستوعب الاختيار الخاطيء. بمعنى انه لا يعقل ان يختار الاطراف قانونا يؤدي اعماله الى ابطال هذا الاتفاق، فمثل هذه الفرضية لم تعد مطروحة، وبالتالي يجب استبعاد هذا القانون المختار كلياً او جزئياً حسب ظروف الحال.

وحتى عند غياب هذا الاختيار ، يتولى مهمة تحديد هذا القانون الواجب التطبيق . ونتيجة لعدم وجود قانون اختصاص له ، فقد يستعين بمنهج التنازع ، او بالاختيار المباشر أو باعمال منهج القواعد المادية . واختيار المحكم ليس كاختيار القاضى ، فالاخير له نظامه القانونى الذى يسوقه الى هذا القانون مباشرة إما باعمال مقتضى الاتفاقيات الدولية ان وجدت ، او باعمال منهج التنازع .

ويبقى التساؤل عن جدوى الاختيار أمام المحاكم ، وإذا كان بمقدور هذا الاخير الالتفات عن القانون المختار إذا كان فى اعماله ما يؤدي بالاتفاق ، أم أن عليه واجب الانصياع لقواعده وأحكامه ، أم يستغنى المحكم عن كل ذلك ويتجه صوب اعمال القاعدة المادية التى تفرض صحة الاتفاق والاستقلال .

الاجابة على هذه التساؤلات خلال فى فصلين ، نعرض فى الاول الاستقلالية اتفاق التحكيم ضرورة يقتضيها نظام التحكيم ، ونخصص الثانى للقانون الواجب اعماله بشأن اتفاق التحكيم وذلك على النحو التالى :

الفصل الاول : استقلالية اتفاق التحكيم ضرورة يقتضيها نظام التحكيم .

الفصل الثانى : القانون الواجب التطبيق اعماله بشأن اتفاق التحكيم .

الفصل الاول

استقلالية اتفاق التحكيم ضرورة يقتضيها نظام التحكيم

مفهوم نظام التحكيم ونطاقه اتفاق التحكيم هو اتفاق يلتزم طرفاه الفصل فى المنازعات المثارة أوالتي ستثار بينهما الى التحكيم ، متى كانت طبيعتها تسمح بذلك ورغم تعدد التعريفات التى قيلت فى هذا الشأن ، الا انها لم تخرج فى مضمونها عن ذلك الذى اوردها ، ويتخذ اتفاق التحكيم صورة الشرط ، او المشاركة ، او الاحالة ، وقد يستخلص الوجود القانونى للاتفاق من مجرد التصديق على اتفاقية دولية عالمية كانت

او ثنائية تهتم بالتحكيم ، فالوجود المادى لهذا الاتفاق قد لا يتحقق مباشرة ، وانما يتأكد وجوده القانونى من خلال الانضمام للاتفاقية .

وسواء كان هذا الاتفاق شرطاً أو مشاركة أو حتى بالاحالة فإنه يتمتع بذاتيه وخصوصية تجعله فى مركز متميز سواء عن العقد الاصلى ، او عن القضاء ويطلق على هذا التميز، وتلك الخصوصية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم .

ولئن كان من شأن اتفاق التحكيم ان يرتب اثران احدهما ايجابى ويتمثل فى العهدة للتحكيم بالفصل فى النزاع، والاخر سلبى يتمثل فى اقصاء القضاء عن نظر موضوع المنازعة المتفق على عرضها على التحكيم وكلا الاثرين يكرسان مبدأ استقلال اتفاق التحكيم .

واستصحاباً لما تقدم ، سوف يرتب مبدأ اتفاق استقلال التحكيم اثره فى مواجهة القضاء ، فى مواجهة العقد الاصلى ، ويثور التساؤل عن حقيقة كلا الاثرين . ان الاستقلالية لا تصون اتفاه فقط بقدر صيانتها لنظام التحكيم ذاته .

ومن ناحية اخرى فإن التساؤل الذى يطرح نفسه على بساط البحث يتعلق بمدلول الاستقلالية ومصدرها واساسها القانونى ، فما دام ان اتفاق التحكيم هو ظهير التحكيم ودستوره ، فهل يعنى ذلك ان مصدر الاستقلالية واساسها يرتد الى ارادة الاطراف ام ان الوضع الحالى للتحكيم يقتضى ذلك ، ام ان غياب السلطة القضائية هى التى فرضت ذلك ، ام ان ضرورات المعاملات التجارية الدولية هى التى املت ذلك ، سنحاول الاجابة على هذه التساؤلات من خلال مبحثين نعرض الاول لماهية مبدأ الاستقلالية ، ونخصص الثانى لنطاق استقلال اتفاق التحكيم وذلك على النحو التالى:

المبحث الاول : ماهية استقلال اتفاق التحكيم

المبحث الثانى : نطاق استقلال اتفاق التحكيم .

المبحث الاول

ماهية استقلال اتفاق التحكيم

صار اللجوء الى التحكيم قبلة المتعاملين على مسرح الحياة الخاصة الدولية ، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية الا وتضمن اتفاق اطرافه على التحكيم لتسوية اى نزاع يثار بشأن تنفيذ هذه العقود او تفسيرها . وحتى يامن نظان التحكيم من المساس باتفاقيه سواء بالتدخل من جانب القضاء الوطنى ، او بربط مصيره بالعقد الاصلى بذلت الجهود فى سبيل ضمان استقلاله سواء عن القضاء الوطنى ، او عن العقد الاصلى . وتوج ذلك الجهد بما يعرف بمبدأ الاستقلالية.

ويقتررب هذا الاخير فى مدلوله من فكرة الحق فى تقرير المصير ، بمعنى ان الاطراف وبموجب اتفاقهم يعهدون لهيئة التحكيم بكامل صلاحية البت فى كافة المنازعات المثارة بينهم بعيدا عن ساحات القضاء الوطنى بما فى ذلك منازعات الاتفاق ذاته . ومبدأ الاستقلالية رغم تكريسه من جانب الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية ولوائح التحكيم لم يكن ليستقر الا بفضل مجهودات القضاء الوطنى والتحكيى . الامر الذى يثير التساؤل عن اساس هذا المبدأ ، والاسباب التى دعت الى ضرورة الاخذ به والعمل بمقتضاه .

وسنحاول فيما يلى الاجابة على هذه التساؤلات خلال مطلبين .

نعرض فى الاول لمفهوم المبدأ ومصدره ، ونخصص الثانى لاساس الاستقلالية

ومبرراتها وذلك كما يلى :

المطلب الاول : مفهوم مبدأ الاستقلالية ومصدره .

المطلب الثانى : اساس مبدأ الاستقلالية ومبرراته .

المطلب الاول

مفهوم مبدأ الاستقلالية ومصدره

مفهوم المبدأ

بات مستقرا ان اتفاق التحكيم له استقلاليته وذاتيته التي تميزه عن العقد الاصلى ،
وان هذه الاستقلالية تجعله بمنأى عن العقد الاصلى سواء فى صحته او بطلانه . فهو
اتفاق منفصل ومستقل ويشكل قانون الاطراف والقاضى معا (١) . وقد اكدت محكمة
استئناف باريس على ذلك بقولها " ان شرط التحكيم يتمتع باستقلال قانونى بالنسبة
للاتفاق الرئيسى ، وان عدم فاعلية او فسخ العقد لا تاثير له على سلامة وصحة شرط
التحكيم " (٢) . ويؤكد البعض على هذه الاستقلالية بقوله " انه . الاتفاق . تصرف قانونى
مستقل وان تضمنه العقد الاصلى ، بحيث يتصور صحته رغم بطلان العقد الاصلى ما
لم يكن سبب البطلان يشملهما معا " (٣)

ويضيف جانب من الفقه الى ان المقصود بالاستقلالية هى الاستقلالية بالمعنى
القانونى وليس بالمعنى المادى . فشرط التحكيم سواء أكان فى ورقة منفصلة ، ام ورد
كبنود من بنود العقد الاصلى فهو مستقل من الناحية القانونية استقلالية ذاتية . (٤)
ونتيجة لهذه الاستقلالية فإن شرط التحكيم يظل باقيا لحسم المنازعات التي يثيرها
العقد الاصلى ولو كان هذا الاخير باطلا إذ يبقى لهذا الشرط قدرته على تحديد طريقة
تسوية المنازعات الناشئة عن انتهاء العقد الاصلى (٥)
هل الاستقلالية فى مواجهة العقد الاصلى فقط ام فى مواجهة القضاء :

حتى يمكن الوقوف على حقيقة مبدأ الاستقلالية يجب ان نضع أثر الاتفاق فى
الحسبان (٦) . فمن غير المقبول ان تغلق مفهوم هذا المبدأ عند حد علاقته بالعقد الاصلى

(١) Martthieu de Boissèsion ; Le droit Francais De L'arbitrage interne et international , Paris 1990 , P . 72 .

(٢) Cour d'appel de Paris , 18 Decembar 2008 , Rev , Arb , 2009 , P . 233 .

(٣) د / فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - دار النهضة العربية ١٩٨٧ ص ٨٨٥
(٤) د/ حفيظة السيد الحداد - الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم - دار الفكر الجامع ٢٠٠١ - ص
٤٣ .

(٥) Alan Redfern Hunter : " law and Practice of international commercial Arbitration " third Edition , London , sweet & Maxwell , 1999 , P . 154 .

(٦) للمزيد من التفاصيل حول آثار الاتفاق التحكيمى راجع د / حفيظة السيد الحداد - الاتجاهات المعاصرة
..... مرجع سابق - ص ١١٠ وما بعدها , د / محمد السيد عرفه - التحكيم الداخلى فى القانون المصرى
- دار النهضة العربية - ٢٠١٤ ص ٨٦ وما بعدها ، د / احمد ابراهيم عبد التواب - اتفاق التحكيم
والدفع المتعلقة به - دار النهضة العربية ٢٠٠٨ - ص ٤١ وما بعدها .

فقط. ذلك ان اثر الاتفاق يكمن فى اقضاء القضاء الوطنى عن ساحة النزاع. هذا ما تؤكدته تلك القاعدة المادية التى تفرض مبدأ صحة الاتفاق (٧) . فسوف نرى ان هذه القرينة تمنح قضاء التحكيم الاختصاص بنظر المنازعة رغم الادعاء بانعدام هذا الاتفاق او بطلانه ، وفى الوقت ذاته ، وبموجب هذه القرينة ايضا تغدو المحاكم الوطنية غير مختصة بنظر المنازعات المتفق على اللجوء بشأنها للتحكيم . هذا ما اشارت اليه اتفاقية نيويورك صراحة من خلال نص الفقرة الثالثة من المادة الثانية(٨)، وهو ما سارت عليه اتفاقية جنيف من خلال نص الفقرة الثالثة من المادة السادسة(٩)

وما جرت عليه نصوص التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم (١٠) وقد عنى المشرع الفرنسى بموجب المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص سواء فى جانبه السلبى او الايجابى مؤكدا أن على محاكم الدولة الامتناع عن الفصل فى تلك المنازعات (١١) ولئن تقرر استبعاد القضاء ، الفرنسى عن نظر النزاع محل الاتفاق فى التحكيم الداخلى ، الا يمتد بالضرورة الى التحكيم الدولية بحسبان انه مبدأ اساس من مبادئ القانون الفرنسى وجد مصدره فى الاتفاقيات الدولية التى وقعت عليها فرنسا(١٢). وفيما جرى عليه القضاء الفرنسى نفسه فى اكثر من مناسبة(١٣)

(٧) انظر ما يلى ص
 (٨) تنص الفقرة الثالثة من المادة ٢ من الاتفاقية على انه " على محكمة الدولة المتعاقدة التى يطرح امامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق بين الاطراف بالمعنى الوارد فى هذه المادة ان تحيل الخصوم بناء على طلب احدهم الى التحكيم"
 (٩) تنص الفقرة الثالثة من المادة السادسة من اتفاقية جنيف ١٩٦١ على انه " فى حالة عدم الالتجاء الى اى قضاء وطنى ، والشروع فى اتخاذ اجراءات التحكيم فان المحاكم القضائية فى الدول المتعاقدة ان تتوقف عن الفصل فى الموضوع الخاضع لاختصاصها "
 (١٠) تنص م ١٣ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على انه " يجب على المحكمة التى يرفع اليها نزاع بوجود بشأنه اتفاق تحكيمى أن تحكم بعدم قبول الدعوى "
 (١١) راجع د / على عبد الحميد تركى - التطورات الجديدة لنظام التحكيم فى القانون الفرنسى - دراسة تحليلية فى ضوء المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ - مجلة القانون والاقتصاد - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - العدد التسعون - ص ٤٧١ وما بعدها .

(12) R . Bourdin : la convention d ' Arbitrage international en droit Francais depuis le decret du 13 janvier 2011 , P . 29 , J .PELLERIN , le droit Francais de l'arbitrage après le decret du 13 janvier 2011 , Rev . arb , n , 5 , P .11 .

(13) Paris , 4 Mai , 1988 , Rev – Arb , 1988 , P . 657, mote , Fouchhard , Cass , 30 nov , 2011 , Procedures 2012 , conmm , note , A . Bugada .

حقيقة استبعاد القضاء الوطنى

استبعاد القضاء الوطنى عن نظر المنازعات المتفق على التحكيم بشأنهما هو اثر للاتفاق التحكيمى. القضاء الوطنى ممنوع ليس فقط من نظر موضوع النزاع، وانما ايضا عن نظر الادعاءات حول اتفاق التحكيم ذاته. وايا ما كان وجه الراى بشأن حقيقة استبعاد القضاء عن نظر موضوع النزاع المتفق على التحكيم بشأنه فيما لو تمسك الخصم بالدفع بوجود اتفاقية تحكيم ، وهل هو دفع بعدم الاختصاص^(١٤)، ام دفع بعدم القبول^(١٥) .

ام هو دفع بعدم جواز النظر^(١٦) ، فإن الذى يعيننا هو الوقوف على أساس ذلك الاستبعاد .

مبدأ الاختصاص بالاختصاص يحول دون نظر القضاء للمنازعة

^(١٤) تنص المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسى على انه فى حالة وجود اتفاق تحكيم بشأن نزاع مطروح على القاضى يجب عليه ان يعلق عدم اختصاصه بنظر النزاع ، ولئن ورد هذا النص بشأن التحكيم الداخلى فان الفقه والقضاء الفرنسيين يقرون بعدم حجب هذه القاعدة من التحكيم الدولى .
راجع

Ph . Fouchard , E , Gaillard , B . Goldman ; Traité de l'arbitrage commercial international , Paris , 1996 , P . 418 .

وراجع د / فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - مرجع سابق - ص ٧٥ حيث يقرر سيادته ان محكمة النقض الايطالية اخذت بهذا الاتجاه وراجع ايضا د / عز الدين عب الله - تنازع القوانين فى مسائل التحكيم فى مواد القانون الخاص - مجلة العدالة - الامارات المتحدة - ابو ظبى - عدد ابريل ومايو - بحث مقدم لاثر التحكيم فى القانون الداخلى والقانون الدولى - العريش من ٢٠ : ٢١ سبتمبر ١٩٨٧ .

^(١٥) قرر المشرع المصرى هذا الدفع من خلال المادة ١٣ / ١ بنصها على انه " يجب على المحكمة التى يرفع اليها نزاع بوجود بشأنه اتفاق تحكيم ان تحكم بعدم قبول الدعوى"

وللمزيد راجع د / فتحى والى - المرجع السابق - ص ٩٠٢ ، د / احمد حشيش - الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - ١٩٨٦ ص ٥١ ، د / محمود سمير الشرفاوى - اثر شرط التحكيم على نظر النزاع امام القضاء الوطنى، بحث =مقدم الى المؤتمر الدولى الثانى عن الدور الفعال للقضاء فى التحكيم - نوفمبر ٢٠٠٧ - ص ٥ ، د / احمد ابو الوفا - التحكيم الاختيارى والاجبارى - الطبعة الخامسة - منشأة المعارف ١٩٨ ص ٢٥ = وما بعدها ، ود / امينة النمر - قوانين المرافعات - منشأة المعارف ، ١٩٨٢ - ص ١٥٣ ، ود / نبيل عمر الدفع بعدم القبول ونطاقه القانونى - منشأة المعارف - ١٩٨١ - ص ٢٢١

^(١٦) يذهب جانب من الفقه الى ان طبيعة هذا الدفع تكمن فى بطلان المطالبة القضائية ، للمزيد راجع د / مصطفى الجمال ، ود / عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - الدلتا للطباعة - ١٩٨٨ - ص ٥٢٢ - وما بعدها .

يتعين على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ان تتخلى عن نظر هذا النزاع احتراماً لوجود اتفاق التحكيم الذي يتمسك به الخصم^(١٧) . واستبعاد المحكمة عن نظر النزاع في هذه الحالة انما جاء كأثر لوجود الاتفاقية التحكيم واستقلالها بغض النظر عن صحتها . فكان هذه الاخيرة ان هي اتفاق على منح الاختصاص للمحكم تماماً كما هو الشأن في حالة الخضوع الاختياري . ومع ذلك لا يزال الفارق بينهما قائماً . ففي حالة الاتفاق المانع للاختصاص التحكيمي ينعقد الامر للمحكم للبت في مسألة اختصاصه بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق بشأن هذا الاتفاق . فسوف نرى ان قانون الارادة لم يعد له القول الفصل في هذه المسألة^(١٨) فهناك العديد من القواعد المادية ، وقواعد النظام العام الدولي العابر والتي يفضل المحكمون اعمالها بصورة مباشرة للتحقق من اختصاصهم . والامر على خلاف ذلك في الخضوع الاختياري . فالقاضي لا يستطيع ان يقرر صحة الاتفاق المانع للاختصاص او عدم صحته بعيداً عن قانونه ، وأنظامه العام الدولي^(١٩) فانفاق التحكيم لا يعدو ان يكون سوى اتفاقاً مانحاً للاختصاص للمحكم بالبت في جميع المنازعات المثارة بما في ذلك الادعاء بعدم وجود اتفاق التحكيم ذاته او بطلانه^(٢٠) . هذه الملحوظة الاخيرة تقودنا الى القول بان اساس سلطة المحكم وان كانت وليدة الاتفاق الا ان استقلالية هذا الاتفاق عن القضاء هي التي منحت المحكم سلطة البت في مسألة اختصاصه .

(١٧) راجع د / احمد عبد الكريم سلامة - التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية - دار النهضة العربية - الطبعة الاولى - ص ٢٨٠ .

(١٨) انظر ما يلي ص

(١٩) لمزيد من التفاصيل حول الشروط الواجب توافرها للاعتداد بالخضوع الاختياري. راجع د / هشام صادق - تنازع الاختصاص القضائي الدولي - منشأة المعارف - ص ٥٤ وما بعدها، و د / عكاشة عبد العال - القانون القضائي الخاص الدولي - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠٠١ - ص ١٥٦ وما بعدها، د/ احمد عبد الكريم سلامة - فقه المرافعات المدنية الدولية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٣٠٠ وما بعدها، و د/ محمد قط - الخضوع الاختياري كضابط اختصاصي قضائي دولي للمحاكم الوطنية - رسالة ماجستير - جامعة قاصدي مرباح - الجزائر - ٢٠١٥ - ص ١٢ وما بعدها، و د - حفيظة الحداد - القانون القضائي الخاص الدولي - دار الفكر الجامعي ٢٠٠١ - ص ١٠٧ وما بعدها.

(٢٠) راجع د / ابراهيم احمد - التحكيم الدولي الخاص ، و د / سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الاول - اتفاق التحكيم - دار النهضة العربية - ١٩٨٤ - ص ٨٨ .

وبهذه المثابة يغدو استقلال التحكيم عن القضاء لازمة من لوازم التحكيم باعتباره طريقا اصيلا وملزما لحسم المنازعات بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية^(٢١) ، وهو ما يمنح المحكم اختصاصا اصيلا بالفصل في مسألة اختصاصه^(٢٢).
بيد ان ذلك لا يعنى استئثار المحكم بالببت في مسألة اختصاصه دون تعقيب قضائى . فالرقابة القضائية سوف تفرض نفسها بالضرورة سواء عند الطعن في الحكم التحكيمى بالبطلان ، او عند طلب الامر بتنفيذه^(٢٣) .

وهكذا يبدو ان مبدأ الاختصاص بالاختصاص لم يعد تنويجا لاستقلاله التحكيم عن العقد الاصلى فقط وانما يقض بالدرجة الاولى الى استقلال التحكيم عن القضاء^(٢٤) ونتيجة لذلك كرست الاتفاقيات الولية والقوانين الوطنية ولوائح التحكيم واحكام التحكيم هذا المبدأ بنصوص واضحة لا لبس فيها ولا غموض وذلك على النحو الذى سنراه فيما بعد^(٢٥) . ولئن كان من شان استقلالية اتفاق التحكيم انفراده وتميزه ليس فقط في مواجهة العقد الاصلى وانما ايضا في مواجهة القضاء ، الا ان ذلك يدعونا الى التساؤل عن مصدر هذه الاستقلالية . هذا ما سنجيب عليه فيما يلى .

مصدر مبدأ الاستقلالية

(٢١) راجع د / مصطفى الجمال , و د / عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية الداخلية - الطبعة الاولى ١٩٨٨ ص ٥٨ .

(٢٢) يؤكد جانب من الفقه على ضرورة اعمال هذا المبدأ بغض النظر عن صحة العقد الاصلى واتفاق التحكيم , وبغض النظر ايضا عن ضرورة الرجوع الى قانون دولة معينة تقرره وتعترف به , فهو معترف به في كونه قاعدة مادية او موضوعية وجدت في نطاق التحكيم الدولى للمزيد راجع د / احمد عبد الكريم سلامة - المرجع السابق - ص ٢٩٨ .

(٢٣) للمزيد من التفاصيل , راجع د / انور احمد الطشى - مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم - دار النهضة العربية - ص ٣٩ وما بعدها . وانظر

Querghi . H; l'autonomie de la clause compromissoire en matiere d'arbitrage international memoire , université de montéal , 2006 , P 66 ets.

(٢٤) يرجع البعض اساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص كاتر مباشر لاتفاقية التحكيم . راجع د / ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم - النهضة العربية - ١٩٩٦ - ص ٣٣٣ , و د / محمد ابراهيم قطب - انعكاسات العولمة على التحكيم التجارى الدولى - رسالة دكتوراه - حقوق طنطا - ص ٨٩ - وفى انتقا هذا الاساس راجع / حفيظة الحداد - المرجع السابق - ص ١٣١ , و د / احمد مخلوف - اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - دار النهضة العربية ٢٠٠١ ص ١٤٧ . وعلى العكس من ذلك يعول جانب من الفقه على الطبيعة القضائية للتحكيم لاقرار هذا المبدأ - راجع د / فتحى والى - المرجع السابق - ص ٩١٢ .

(٢٥) انظر ما يلى

يدين مبدأ الاستقلالية في نشأته لمجهودات القضاء الفرنسي^(٢٦) فقانون المرافعات الفرنسي القديم لم يكن يكرس سوى مشاركة التحكيم ، حيث سمح للأفراد باللجوء الى التحكيم بموجب هذه المشاركة بشأن جميع الحقوق التي يتمتعون بحرية التصرف فيها ، واشترط فيها وجوب تحديد موضوع النزاع وتسميه المحكمين والا كانت باطلة^(٢٧) . اما شرط التحكيم فلم يعدو ان يكون مجرد وعد بالتعاقد يلقي على عاتق الاطراف التزاما بإبرام مشاركة التحكيم في المستقبل اذا ما ثار نزاع بشأن هذه العلاقة وينقضى هذا الوعد بإبرام المشاركة . فاذا ما تم ذلك انقضى الالتزام عينا ويصير التحكيم هو طريق حسم النزاع . اما اذا نكل احد الاطراف عن تنفيذ التزامه ، فلا سبيل لاجباره على التنفيذ ، ولن يكون في وسع الطرف الآخر سوى المطالبة بالتعويض خاصة وأت المشرع الفرنسي لم يجز تنفيذ هذا الالتزام جبرا^(٢٨)

ولم تكن فكرة الوعد بالتعاقد سوى نوع من التحايل للالتفاف على نصوص القانون لتهيئتها لقبول شرط التحكيم ، خاصة وان في الاخذ بها ما يعزز الطبيعة العقدية للتحكيم التي كانت سائدة آنذاك^(٢٩) وهكذا تبنى القضاء الفرنسي هذا التصور بالنسبة

(٢٦) افصحت محكمة النقض الفرنسية في قضية Gosset عام ١٩٦٣ من تكريس مبدأ الاستقلالية بقولها " انه في اطار التحكيم التجارى الدولي يتمتع اتفاق التحكيم سواء تم على نحو منفصل عن العقد الاصلى او جاء كبنود من بنوده باستقلال قانونى كامل يستبعد معه ان يتأثر هذا الاتفاق باى بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف الا في حالات استثنائية . انظر

Cass . Civ , 7 mai 1963 , Rev . crit , D – I – P , P . 615 , note , H. Motulsky . وقد سارت محاكم الاستئناف على نحو ما قرره محكمة النقض في قضية Gosset ولا وقت احكامها تاييد المحكمة العليا وذلك في قضية IMPEX عام ١٩٧١ ، وقضية HECHET عام ١٩٧٢ ، وقضية MENICUCCI عام ١٩٧٥ ، انظر

Cass . civ 18 mai 1977 , Rev . crit , D . I . p . 1972 , p 124 mote , M ALGER . N. cass . civ . 14 juillet 1972 , Clunet 1972 , P . 843 , note Oppetit – B – Cass . civ , 13 Decmber , 1975 . clunet , 1977 , P . 106 , note loquin . E وقد تأثر القضاء الفرنسي بما سبق وان قرره القضاء الهولندى عام ١٩٣٥ ، والقضاء الالمانى عام ١٩٥٢ ، والقضاء الايطالى عام ١٩٥٩ ان قرر ذلك المبدأ وذلك بعدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الذى تضمنه . لمزيد من التفاصيل ، راجع / احمد مخلوف - اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - درا النهضة العربية - ٢٠٠١ - ص ١١٨

(٢٧) للمزيد من التفاصيل راجع د / على عبد الحميد تركى - المرجع السابق - ص ٤٤٦ وما بعدها (٢٨) راجع د / مصطفى الجمال ود / عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات مرجع سابق ص ٣٣٤ .

(٢٩) راجع د/ احمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٢٧٢ .

لشروط التحكيم بيد انه جعله شرطا تابعا للعقد الاصلى ، من ثم لم يكن بوسع المحكمين تقدير صلاحية هذا الشرط منفصلا عن العقد الاصلى (٣٠) وازاء الانتقادات التى تعرض لها تكييف الشرط التحكىمى على هذا النحو (٣١) وارتباط مصيره بالعقد الاصلى وانتقاء سلطة المحكمة فى تقدير صحته او بطلانه ، ان قرر القضاء الفرنسى فى مناسبات عديدة تمتع شرط التحكيم بالاستقلالية الذاتية عن العقد الاصلى هذا ما قرره محكمة استئناف باريس بقولها "ان شرط التحكيم هو اتفاق اجرائى مستقل ومختلف عن الاتفاق الرئيسى الملزم للطرف فى موضوع النزاع، ويجب ان يطبق استقلالا عن وجود العقد الاصلى طبقا للارادة المشتركة". وهو ما اكدته محكمة النقض بقولها "ان شرط التحكيم يتمتع باستقلال قانونى فى مواجهة الاتفاق الرئيسى الذى يدرج فيه مما يستبعد ان يتاثر بعدم فاعلية هذا الاتفاق"، وبهذه المثابة صار مبدأ الاستقلالية قاعدة مادية فى القانون الفرنسى بشأن التحكيم الدولى (٣٢)، ومنذ ذلك الحين لقي هذا المبدأ ترحيبا ورواجا لدى قضاء التحكيم (٣٣) وفى الاتفاقيات الدولية (٣٤) والقوانين الوطنية (٣٥) ولوائح التحكيم المختلفة (٣٦) .

(٣٠) راجع د / محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - المرجع السابق - ص ١٩٥ وانظر Jacqueline Rubellin & Devichi , J , Vincent : L'arbitrage Nature Juridique , Droit interne et droit international prive , Paris , 1965 , P. 109 .

(٣١) للمزيد حول الانتقادات التى وجهت الى فكرة الوعد بالتعاقد فى شأن الاتفاق التحكىمى، راجع د / محمود عبد الرحيم الديب - الطبيعة القانونية للاتفاق التحكىمى - دراسة مقارنة - ص ٢٥٣ وما بعدها .

(٣٢) انظر PH . Francescakis ; le Principe Jurisprudenciel de L'autonomie de L'accord compromissoir " Rev . arb . 1974 , P . 67 .

(٣٣) انظر قرار التحكيم الصادر فى القضية رقم ١٥٢٦ لعام ١٩٦٨ والمنشور فى clunet عام ١٩٧٤ تعليق DERAIS .

(٣٤) تنص المادة ٣/٥ من اتفاقية جنيف ١٩٦١ على انه مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها فى قانون القاضى لا يجب على المحكم المتنازع فى اختصاصه ان يتخلى عن القضية ، فالمحكم له السلطة فى الفصل فى اختصاصه وفى مسألة وجود او صحة اتفاق التحكيم او العقد الذى يفيد الاتفاق جزءا منه ويمكن استخلاص مبدأ الاستقلالية من خلال ما يمنحه الاتفاق من سلطة للمحكم للبت فى مسألة اختصاصه ، وهو ما اكدته المادة ٤١ / ٢ من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥

(٣٥) ومن امثلة التشريعات التى تضيف على هذا المبدأ التشريع الفرنسى من خلال نص م ١٤٦٦ مرفعات فرنسى، والمادة ١/١٨٦ من القانون الدولى الخاص السويسرى ، والمادة ٣٧ - ١ من قانون المرافعات الالمانى، والمادة ١٦٩٧ من القانون البلجيكى ، والمادة ٢٣ من قانون التحكيم المصرى ، والمادة ٩١ من قانون التحكيم التونسى ، والمادة ٤٥٨ من قانون التحكيم الجزائرى .

(٣٦) المادة ٢١ من لائحة التحكيم لعام ١٩٧٦، والمادة ٤/٨ من لائحة تحكيم غرفة التجارة بباريس.

المطلب الثانى

اساس مبدأ الاستقلالية وميرراته

اكتسب استقلال اتفاق التحكيم مفهوماً وبعداً قانونياً يتجاوب مع مقتضيات العلاقات الدولية الخاصة ، ويلبى حاجة المتعاملين فى مجال التجارة الدولية ، وقد تجسد هذا المفهوم ليس فقط فى الاعتراف بصحة اتفاق التحكيم بغض النظر عما تقرره القوانين الوطنية فى هذا الشأن ، وإنما ايضا التقرير للمحكم بسلطته فى نظر النزاع حتى لو تمسك احد الاطراف بعدم اختصاصه لبطلان العقد الاصلى بطلانا مطلقا .

ورغم استقرار هذا المبدأ الا ان التساؤل يثار حول اساس هذه الاستقلالية ، والدوافع

التي جاءت اليها .

أساس الاستقلالية

على الرغم من تأكيد الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية لمبدأ الاستقلالية الا انه يصعب تفسير اساس هذه الاستقلالية فى ضوء الافكار السائدة فى النظم القانونية الوطنية وحدها ، دون الاخذ فى الاعتبار بتلك المفاهيم السائدة فى قواعد واعراف التجارة الدولية ، وما افرزته الممارسات العملية من قواعد مادية فى هذا الشأن .

ومن المتصور امكان رد هذه الاستقلالية الى ارادة الاطراف المشتركة بتفضيلها اللجوء الى التحكيم دون القضاء الوطنى المختص ، ومن المتصور كذلك اسناد هذه الاستقلالية الى ذاتية موضوع الاتفاق التحكىمى الذى يختلف عن العقد الاصلى تمام الاختلاف ، بيد انه من غير الممكن البحث عن اساس هذه الاستقلالية دون النظر الى شرعية نظام التحكيم ذاته على النحو الذى اراده المشرع . وسوف نعرض فيما يلى لكل اساس على حدة على النحو التالى :

اولا : احترام ارادة الاطراف كاساس للاستقلالية :

يعول جانب من الفقه على ارادة الاطراف المشتركة كاساس لتبرير استقلالية اتفاق التحكيم ، فارادة الاطراف يجعل لهذا الاتفاق طابعا وظيفيا غايته حسم كافة المنازعات سواء الناجمة عن العقد الاصلى ، او تلك التى تتعلق بالاتفاق ذاته . فهذا الاخير

تتحصر وظيفته فى تنصيب شخص من الغير يتولى مهمته استقلالاً عن القضاء دونما
اعتداد بما يثيره العقد الاصلى من اوجه البطلان (٣٧)

وعلى هذا النحو يمكن تاسيس نظام التحكيم ، واستقلالية اتفائه على القدرة الذاتية
لارادة طرفية. وعلى الرغم من الدور الذى يمكن ان تلعبه الارادة فى العقود عامة ، وفى
عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، الا انها تعجز وحدها عن تفسير شرعية نظام
التحكيم، كما يصعب الاعتماد عليها كاساس لاستقلالية اتفائه شرطاً كان او مشاركة
(٣٨)

ذلك ان دور الارادة يقف عند حد تحريك نظام قانونى قائم سواء اكان هذا النظام
متكاملاً، او فى حاجة الى تدخل الارادة لاكتمال نفاذه. فلا الارادة بمفردها بقادرة على
خلق هذا النظام ، ولا هذا النظام بوضعه المعروف بقادر على النفاذ لولا الارادة (٣٩)
ولعل ذلك ما يفسر حق الافراد فى النزول عن الاتفاق صراحة او ضمناً ، كما
يفسر سقوط الحق فيه ما لم يبده الخصم قبل الكلام فى الموضوع أمام القاضى (٤٠)
ومما يؤكد ايضا قصور الارادة عن تفسير استقلالية اتفاق التحكيم ان احجام احد
الاطراف عن المشاركة فى التحكيم كلياً او جزئياً ، لا يحول دون مباشرة هيئة التحكيم
لنظر الدعوى على الرغم من هذا الرفض او ذلك التجاهل (٤١) . فالتحكيم وان كان غير
القضاء ، الا انه من جنسه ، ويقف دور الارادة عند حد تحريك هذا النظام بطرح
الادعاءات امام المحكم ، وتحقيق اوجه الفاع فيها ، وصولاً الى حكم حاسم لها (٤٢)

(٣٧) انظر J . ROBERT ; Arbitrage Civil et commercial ,l droit interne et droit international prive 4 eme ed , Dalloz , 1967 , p . 363 .

(٣٨) لمزيد من التفاصيل راجع د / مصطفى الجمال ، ود / عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات
الخاصة الدولية - مرجع سابق - ص ٥١ وما بعدها .

(٣٩) يذهب جانب من الفقه الى القول بان كلا من اتفاق التحكيم ، وقضاء التحكيم صاحبان لا يفترقان فى
كل مراحل التحكيم من اولها الى آخرها . راجع د / مصطفى الجمال ، ود / عكاشة عبد العال -
المرجع السابق - ص ٤٨ .

(٤٠) راجع د / احمد ابراهيم عبد التواب - اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به - الطبعة الاولى - دار النهضة
العربية - ٢٠٠٨ - ص ٢٠٨ وما بعدها .

(٤١) راجع د / عبد المنعم زمزم - اتفاق التحكيم الالكترونى - دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ - ص ٩٠

(٤٢) قرب من ذلك د / مصطفى الجمال ، د / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٥٢ .

وهكذا ينحصر دور الإرادة عند تحريك نظام التحكيم اعمالا لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق على النحو الذى اراده المشرع ، الاتفاق ، بحيث يصير الاتفاق بمثابة الشريعة العامة للاطراف . ولن يكون بمقدور احدهما منفردا نقضه او تعديله الا للاسباب التى يقررها المشرع^(٤٣) وهو ما يفسر عدم جواز نظر القضاء للمنازعات المتفق على اللجوء بشأنها للتحكيم^(٤٤)

وامام قصور الإرادة عن تفسير هذه الاستقلالية^(٤٥) اتجه النظر الى الاتفاق ذاته لتلمس هذه الاستقلالية

ثانيا : طبيعة الاتفاق تفرض استقلاليته

يعتمد جانب من الفقه على اختلاف موضوع الاتفاق التحكىمي عن موضوع العقد الاصلى كاساس للاستقلالية . فالاتفاق التحكىمي ينصب اساسا على مسألة اجرائية مؤداها اسناد مهمة الفصل فى النزاع للمحكمن دون القضاء المختص ، ولا يتعلق هدفه او غرضه بحقوق والتزامات الاطراف الموضوعية التى يفرضها العقد الاصلى^(٤٦) ويترتب على ذلك استقلال الاتفاق التحكىمي عن العقد الاصلى من الناحية القانونية ولو جاء مندمجا فيه من الناحية المادية^(٤٧) .

فعما د الاستقلالية مستوحى من اختلاف محل وسبب هذا الاتفاق . فمحل المهمة التحكىمية ، وسببه يكمن فى تفضيله على القضاء لحسم النزاع^(٤٨) .

ويؤكد جانب من الفقه على هذه الإستقلالية بقوله " واتفاق التحكيم ليس جزءا مندمجا وتابعا للعقد الموضوعى ايا كان ، بل ولاهو عقد موضوعى قائم بذاته من عقود

^(٤٣) قرب من ذلك د / عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - المجلد الاول - نظرية الالتزام بوجه عام - دار النهضة العربية - ١٩٨١ - ص ١٨٢ ، أ / فاطمة هاشمى - اثار اتفاق التحكيم - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق والعلوم السياسية - الجزائر - ٢٠١٨ - ص ٣٧ وما بعدها .

^(٤٤) راجع نص المادة ١٣ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

^(٤٥) راجع د/ احمد حشيش - طبيعة المهمة - مرجع سابق - ص ٣٣ ، ود / مصطفى الجمال ، ود / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٥١ .

^(٤٦) راجع د / نور الدين بن شيخ - شرط التحكيم فى العقود الاقتصادية الدولية - رسالة ماجستير - جامعة الجزائر - ١٩٨٦ ، ص ٩٢ .

^(٤٧) راجع د/ حفيظة السيد الحداد - الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم - مرجع سابق - ص ٢٠

^(٤٨) راجع د / احمد حشيش - طبيعة المهمة التحكىمية - مرجع سابق - ص ١٠٢ وما بعدها .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/بليغ حمدى محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفى

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

القانون الخاص وإنما هو اتفاق قائم بذاته من الاتفاقات الاجرائية " ويؤكد هذا الجانب على ان من شأن هذه الاستقلالية " ان اتفاق التحكيم لا يخضع لنظام صحة او بطلان العقد الموضوعى ، ولا العقد الموضوعى يخضع لنظام صحة او بطلان اتفاق التحكيم فى القانون الاجرائى (٤٩)

واللافت ان هذا الاتجاه ابرز استقلالية الاتفاق بوضوح عن العقد الاصلى ، ولكنه لم يفصح عن هذه الاستقلالية فى مواجهة القضاء . بيد انه يحمده انه لم يجر مقارنة بين عقدين الاصلى والاتفاق التحكىمى وانما اوضح الطبيعة الاجرائية للاتفاق على نحو يمكن معه تبرير اساس الاستقلالية عن القضاء (٥٠)

فليست الاستقلالية نابعة من طبيعة الاتفاق بقدر تعلقها بما يفرزه هذا الاتفاق من آثار احنها منع القضاء من نظر تلك المنازعات السابق الاتفاق على عرضها على التحكيم بما فى ذلك المنازعة فى اتفاق التحكيم ذاته (٥١) .

فكما ان للقاضى مكنه من البت فى اختصاصه ، فان المحكم لا يحرم منها . فما دام ان هذا الاخير . وبإقرار المشرع . صار قاضيا بلاطرف ، فان له . شأن القاضى . البت فى مسالة اختصاصه (٥٢) . وبذلك تتضح معالم الاستقلالية سواء فى مواجهة العقد الاصلى او فى مواجهة القاضى من زاوية طبيعة الاتفاق ذاته وما يتمتع به من طبيعة اجرائية .

بيد ان الاتفاق المجرد لا يمكن ان يرتب اثره المانح للاختصاص دون ان يقر له المشرع بهذه المكنه ، ولهذا ذهب البعض الى رد اساس الاستقلالية الى شرعية نظام التحكيم .

(٤٩) راجع د / احمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - مرجع سابق - ص ٢١٤ .

(٥٠) د / احمد حشيش - المرجع السابق - ص ٢١٢

(٥١) راجع د / حفيظة الحداد تا المرجع السابق - ص ١٧٣ .

(٥٢) راجع د / فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - دار النهضة العربية - ١٩٩٣ ، ص ٩١٢ ، ود / عصام مطر - التحكيم الالكترونى - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٩ - ص ١٣٧ .

وانظر Loquin . E : " Le conflit entre la competence arbitral et la competence judiciaire , J . ce , Fasce 1034 , 2010 , p . 23 .

ثالثا : شرعية التحكيم بمقتضى استقلالية اتفائه (٥٣)

لا يبعد هذا الاساس كثيرا عن سابقه وانما يزيد عليه ، حيث يؤسس الاستقلالية على شرعيه نظام التحكيم الذى يكفل فى نفس الوقت ذاتيه اتفائه . فهذا الاخير يتجاوز فى مضمونه مضمون العقود الاخرى التى تستند الى مبدا سلطان الارادة اذ يقيم كيانا عضويا يعترف له النظام القانونى بسلطة الفصل فى النزاع (٥٤)

فالتحكيم ليس مجرد نتاج مبدا سلطان الارادة التى يقف حدها عند تحريكه ، وانما هو طريق كرسه المشرع ، وفرضته ضرورات معاملات التجارة الدولية فى ظل غياب السلطة العليا فى المجتمع الدولى لحسم تلك المنازعات (٥٥)

ونقطة البداية فى استقلال التحكيم ومن ثم استقلالية اتفائه ترتد الى القانون الرومانى الذى نظر الى التحكيم على انه غير القضاء (٥٦)

فمن المسلم به ان بداية الوظيفة القضائية كانت تحكيمية (٥٧) ، فقبل نشاة الدولة كان السائد وقتها ان القوة هى التى تنشئ الحق وتحميه (٥٨) ، وكان التحكيم وسيلة الاطراف فى منع الاحتكام الى القوة التى تخلف آثارا وخيمة تمتد لفترة طويلة من الزمن . ومع قيام الدولة صار استتباب الامن والسلم الاجتماعى احد مهامها ، وتمارسه عن طريق القضاء . بيد ان ذلك لم يؤد الى اندثار التحكيم ، بل ظل قائما كنظام اتفائى لتسوية المنازعات التى تسمح القوانين الوضعية بحسمها من خلاله (٥٩)

وتحكيم اليوم هو امتداد لتحكيم الامس ، بيد ان اهميته الآن تفوق اهميته عن ذى قبل ، خاصة مع معطيات التجارة الدولية الراهنة (٦٠) ، وغياب السلطة القضائية

(٥٣) يذهب جانب من الفقه الى ضرورة توافق التحكيم مع اساس قانونى راجع / احمد حشيش - طبيعة المهمة مرجع سابق - ص ٦٧ وما بعدها ، د / مصطفى الجمال ، د / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٧

(٥٤) راجع د / مصطفى الجمال ، د / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٥١ وما بعدها

(٥٥) المرجع السابق ، ص ٥١ وما بعدها

(٥٦) راجع د / احمد حشيش - المرجع السابق - ص ٥٩ .

(٥٧) راجع د / ابراهيم العنانى - اللجوء الى التحكيم الدولى - دار الفكر العربى بالاسكندرية - ١٩٧٣ - ص ٣١ وما بعدها ، د / مصطفى الجمال ، د / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٥٣ .

(٥٨) راجع د / عبد المنعم درويش - دروس فى تاريخ القانون . مطبعة جامعة طنطا - ص ٧٣ .

(٥٩) راجع د / مصطفى الجمال ، د / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٥٥

(٦٠) راجع د / حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة مرجع سابق - ص ٧ .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/بليغ حمدى محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفى

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

العالمية^(٦١) ، ورغبة الاطراف فى الافلات من النظم القانونية الوطنية التى قد لا تتلاءم
قواعدها مع طبيعة المنازعات العالمية^(٦٢)

وتحت وطاة هذه المعطيات ، وتلك الرغبة ، صار التحكيم هو الاصل فى تسوية
منازعات عقود الدولية الدولية^(٦٣)

ومن اجل ذلك عقدت المؤتمرات ، وابرمت الاتفاقيات ، وسنت التشريعات على نحو
يضمن للتحكيم استقلاليته وذاتيته فى مواجهة القضاء الوطنى . ولم تتخلف لوائح
التحكيم ومراكزه عن اعتباره طريقا اصيلا لحسم منازعات التجارة الدولية^(٦٤)

ويعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص التجسيد الحقيقى والعملى لهذه الاستقلالية
ويحقق فى الوقت ذاته كامل الاستقلالية لنظام التحكيم^(٦٥).

فلئن كان التزام الاطراف بالعهددة بعرض النزاع على التحكيم مصدره الاتفاق الذى
يتمتع هكذا بالاستقلالية ، فان انعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم بنظره يكمن فى مبدأ
الاختصاص بالاختصاص الذى يضمن وحده استقلال التحكيم عن القضاء .
وهكذا يمكن رد اساس استقلالية الاتفاق التحكىمى على ما يتمتع به التحكيم من
ذاتية واستقلال فى مواجهة القضاء الوطنى ، على النحو الذى اراده المشرع .

تعقيب

رغم ان المحاولات السابقة تصيب جانبا من حقيقة اساس الاستقلالية ، بل ان
بعضها حينما شيد اساسها على شرعية التحكيم ذاته ، وهو سبب كاف يغنى عما عداه

(٦١) راجع د / مصطفى الجمال , د / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٥٩ .
(٦٢) راجع د / هشام صادق - مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين اسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة
الدولية - ١٩٩٧ , ص ٢ وما بعدها , ود / محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٧٣ - ص ١٧
وانظر P . 15 ; l'arbitrage dans le commerce international , Parise , 1982 , David . R ;
(٦٣) راجع د / هدى محمد مجدى - دور المحكم فى خصومه التحكيم وحدود سلطاته - دار النهضة العربية
- ١٩٩٧ - ص ١١ .
(٦٤) للمزيد راجع د / ايناس الخالدى - التحكيم الالكترونى - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩ - ص ٤٨ وما
بعدها .

(٦٥) نال مبدأ الاختصاص بالاختصاص أهمية كبيرة بالنظر لأهميته واثره على نظام التحكيم , ونادرا ما
تحلو المؤلفات العامة والخاصة المعنية بالتحكيم من هذا المبدأ . حول هذا المبدأ وآثاره راجع د /
حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة مرجع سابق , ص ٢٣ وما بعدها , ود / مصطفى الجمال ,
ود / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ١٩٩٨ - ص ٣٨٥ وما بعدها .

من اسباب الا انها جميعا تساند بعضها بعضا فى سبيل ضمان هذه الاستقلالية . فمن العصى اهمال احداها فى هذا الشأن . وبيان ذلك أن التحكيم اليوم يعد الضمانه الاساسية لعقود الاستثمار ، وعقود نقل التكنولوجيا ومبادلات التجارة الدولية^(٦٦). و ترد هذه الضمانه الى رغبة اطراف هذه العقود فى الافلات من النظم القانونية الوطنية^(٦٧) ولن يتحقق ذلك سوى باقضاء القضاء الوطنى عن نظر منازعات تلك العقود ، واللجوء بشأنها للتحكيم . فالحاجة نحو ابرام مثل هذه العقود ، هى التى فرضت نظام التحكيم ، وحتى يحقق الاخير الهدف المرجو منه كان من اللازم تكريس استقلالية عن القضاء . فشرع مبدأ الصحة على ما سنرى ، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص فى سبيل ضمان هذه الاستقلالية^(٦٨) ورغم ان التحكيم صار فرضية اجبار لا اختيار وان كافة القواعد الدولية والوطنية احاطت باطر هذا النظام الا ان اساسه الاتفاقى ما يزال دستور هذا النظام^(٦٩)

وبهذه المثابة يكون اتفاق التحكيم بمثابة الاتفاق المانع للاختصاص . هذه الفكرة وان كانت اثرا للاتفاق الا انها تصلح كذلك كاساس لاستقلالية سواء عن العقد الاصلى ، او عن القضاء فلئن كان للاطراف الحق فى عقد الاختصاص القضائى لمحكمة دون اخرى ، وهو ما اصطلح على تسميته بالخضوع الاختيارى ، فلا باس من استعارة هذه الفكرة بشأن الاتفاق التحكيمى .

فإزاء غياب السلطة القضائية العالمية ، والرغبة فى اقضاء القضاء الوطنى ، والميل نحو التحرر من سلطان القانون الداخلى ، ان لجأ الاطراف الى التحكيم لما ينفرد به نظامه من قواعد ملائمة مصدرها القانون التجارى المهنى ، والعقود النموذجية ،

^(٦٦) للمزيد من التفاصيل , راجع د / محمد ابراهيم موسى - النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا - بدون سنة نشر - ص ١٣٩ وما بعدها .

^(٦٧) راجع / محمود مختار احمد بربرى - قانون المعاملات التجارية - الالتزامات والعقود التجارية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩ - ص ١٣٤ وما بعدها

^(٦٨) انظر ما يلى ص

^(٦٩) قرب من ذلك د / ابراهيم احمد ابراهيم - التحكم الدولى الخاص - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٢٩ ، د / ميشيل نصر حكيم معوض - مبدأ استقلال شرط التحكيم فى ضوء العلاقات الدولية الخاصة - رسالة دكتوراه - حقوق طنطا - ٢٠١٥ - ص ١١ .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدى محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفى

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

والعادات والاعراف السائدة فى مجال التعامل الدولى ، فضلا عن المبادئ العامة
للقانون . (٧٠)

وهكذا اصبح التحكيم هو الطريق الاكثر استثمرا وسيادة فى مجال المعاملات
الدولية ، وهو نظام لا يقوم الى جوار نظام القضاء الوطنى بقدر اعتباره النظام القضائى
العام والوحيد والذى يستقل باداء الوظيفة القضائية فى مجال معاملات التجارة الدولية .

لدرجة ان البعض وصفه بالقضاء الملزم والدائم بشأن هذه المنازعات (٧١)
ولهذا لم يعد مقبولا اعتباره طريقا استثنائيا لحسم النزاع سواء بالنظر الى قاضيه وهو
المحكم ، او بالنظر الى قراراته وهى الاحكام ، ولا بالنظر الى ما تحوزه احكامه من
حجية (٧٢) . كل ذلك يفرض استقلال اتفاق التحكيم سواء عن العقد أو القضاء .

وهكذا فان استقلال نظام التحكيم باتت حقيقة قانونية تستعصى على الانكار ،
دونما حاجة الى اثبات (٧٣) ، فمن العسير الحديث عن استقلالية اتفاق التحكيم دون
ايلاء فكرة استقلال التحكيم ذاته على النحو المنظم عالميا وداخليا القدر الكافى من
العناية ، وذلك دون اهمال ارادة الاطراف فى كفالة فاعلية التحكيم من خلال الاتفاق
المانح للاختصاص . وفى كلمة موجزة " لولا شرعية التحكيم ، لما امكن الحديث عن
استقلاليته، ولا عن دور الارادة بشأنه" ، يبقى ان نشير الى هناك العديد من القواعد
المادية التى كرسست هذه الاستقلالية . فالقضاء الفرنسى افرز قاعدة استقلال الاتفاق عن
العقد الاصلى كما افرز قاعدة صحة هذا الاتفاق بعيدا عن اى قانون وطنى ، وهو ما
يضمن فاعلية مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذى يكرس بدوره استقلالية التحكيم فى
مواجهة القضاء على النحو الذى سنراه فيما بعد ، ويبقى التساؤل عن مبررات هذه
الاستقلالية .

(٧٠) يرجع السبب الكامن وراء تزكية نظام التحكيم فى مواجهة القضاء ذلك الفساد الذى حاق بالقضاء
والتي كرسستها المآثرات الفرنسية " اللهم احمنا من عدالة المحاكم ، وان الصلح السىء افضل من
احسن خصومة قضائية ، وان التحكيم لو كان سينا فهو افضل من قضاء عادل ، راجع د/ احمد حشيش
- طبيعة المهمة مرجع سابق - ص ٢٧٥ وما بعدها

(٧١) راجع د/ مصطفى الجمال ، د/ عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٥٧

(٧٢) انظر عكس ذلك د/ احمد حشيش - مبادئ التنفيذ الجبرى - بدون سنة نشر - ص ٨٦ وما بعدها .

(٧٣) راجع د/ احمد حشيش - طبيعة المهمة مرجع سابق ص ١٥

مبررات الاستقلالية

هناك العديد من المبررات التي تفرض استقلالية الاتفاق التحكيمي سواء عن العقد الاصلى او عن القضاء الوطنى ، او عن كافة النظم القانونية الوطنية ، منها ما هو ذو طابع عملى ومنها ما هو منطقى ، ومنها ما هو قانونى .

اما عن المبررات العملية فيمكن اجمالها فى مقتضيات التجارة الدولية من ناحية وغياب السلطة القضائية الدولية التي يمكن ان تتولى حسم مثل هذه النوعية من المنازعات من ناحية اخرى ، فكلتاها فرضتا اللجوء للتحكيم فرضا على نحو يقتضى استقلاله عن القضاء ، واستقلالية اتفاه عن العقد الاصلى .

فقد اصبح التحكيم القضاء الطبيعى والدائم لحسم منازعات عقود التجارة الدولية ، وغيرها من العقود ذات الطابع الدولى كعقود الاستثمار ، وعقود نقل التكنولوجيا (٧٤) هذه المكانة عضدتها مثالب التقاضى امام المحاكم الوطنية من طول امد التقاضى ، وعدم الثقة فى قضاء بعض الدول ، والتخوف من معاملة هذه النوعية من العقود ذات معاملة العقود الوطنية (٧٥) . فهى عقود بالغة التطور قد لا يسعها النظام القانونى لدولة القاضى او يتجاوب معها . ولعل ما يفسر اهمية اللجوء للتحكيم انه على الرغم من نشوء المنازعات بين اصحاب هذه العلاقات ، الا ان الواقع العملى يكشف عن استمرار المعاملات فيما بينهم على نحو يجعلهم يفضلون سبيل التحكيم لتسوية هذه المعاملات منازعاتهم للحفاظ على سرية معاملاتهم (٧٦)

ومن ناحية اخرى فان غياب السلطة القضائية العليا فى المجتمع الدولى هى التي جعلت من اطراف التجارة الدولية . وبخاصة الطرف القوى . وبغية الافلات من النظم القانونية الوطنية ، تفضل اللجوء الى التحكيم . ولن يتحقق هذا المأرب الا من خلال

(٧٤) راجع د / محمد الكيلانى - عقود التجارة الدولية فى مجال نقل التكنولوجيا - الطبعة الثانية - دار الفكر العربى - ١٩٩٥ - ص ٥٥ وما بعدها .

(٧٥) المرجع السابق - ص ٥٠٨

(٧٦) انظر . R.J.Merlin ; é tude offertes a Rene Rodière , 1982 , P . 401 ets . L'arbitrage Maritime ,

البعد عن القضاء الوطنى بما يحمله من مساوئ التعقيد ، وشبهة التحيز ، وعدم
الملاءمة (٧٧)

وهكذا ساهم كلا التبريرين فى ازكاء نظام التحكيم ، فاصبح مستقل بنظامه عن
القضاء وصار لاتفاقه أثر مانح على نحو يتتبع معه على القضاء التدخل فى شان
هذا الاختصاص .

وبعيدا عن هذه المبررات العملية فان المنطق يكرس هذا النظام ويعززه ، ويفرض
استقلاله واستقلال اتفاه . فتتق الاطراف فى نظام التحكيم ، والتي افصح عنها الاتفاق
التحكيمى لا تقف عند حد الحكم الموضوعى ، بل تمتد هذه الثقة بالتبعية الى كل حكم
تمهيدى يصدر قبل الفصل فى الموضوع كالحكم بثبوت الاختصاص او نفيه(٧٨) ، ومن
ناحية اخرى فان الاتفاق المانح للاختصاص يفرض التزاما بغرض النزاع على التحكيم
دون القضاء الوطنى ، ذلك ان مشاركة الاخير للمحكم فى هذا الصدد ، يفض الى
اشكالات بشأن تنازع الاختصاص . وتتنازع القوانين ولا سبيل للحد منها إلا بالاعتراف
باستقلالية التحكيم ، واستقلالية اتفاه ، واستقلالية هيئة التحكيم(٧٩) .

يضاف الى ما تقدم ان المحكم بتولييه مهمة حسم النزاع صار كالقاضى ، وكما
يملك الاخير البت فى مسألة اختصاصه ، ينبغى الا يحرم منها المحكم الذى يملك هو
الأخر صلاحية التصدى لكافة الدفوع المبداه امامه بما فى ذلك الدفع بعدم الاختصاص
والقول بغير ذلك فيه اهدار لفاعلية الاتفاق المانح للاختصاص ، ويهيىء للخصم

(٧٧) لمزيد من التفاصيل حول مزايا وعيوب التحكيم بالمقابلة للقضاء ، راجع د / محمود سلامة -
موسوعة التحكيم والمحكم - الناشرىون المتحدون - دار السماح - الطبعة الثانية - ٢٠٠٩ - ص ٧ وما
بعدها . وانظر ، these , PH . Fouchard ; L'arbitrage commercial international , Dijon , 1963 , Dalloz , 1964 , P . 360 ets .

(٧٨) راجع د / احمد عبد الكريم سلامة - التحكيم فى المعاملات مرجع سابق - ص ٣٠١ ، د / احمد
حشيش - طبيعة المهمة - مرجع سابق - ص ٢٨١ ، ٣٢١ وما بعدها .

(٧٩) نزولا على مبدأ صحة الاتفاق ، ومبدأ الاختصاص بالاخصاص سوف يعقد المحكم الاختصاص
لنفسه بالنظر فى صحة اختصاصه ، فى حين قد ترى المحكمة المختصة عكس ذلك الامر الذى قد
يسفر عن وجود حكمين متعارضين احدهما تحكيمى ، والاخر قضائى ، ومن ناحية اخرى قد تعترف
احد الدول المتصلة بالنزاع بسلطة المحكم فى تقرير اختصاصه ، بينما لا تعترف احدى الدول الاخرى
بمثل هذا الاختصاص على نحو ما يقرره تشريعها الوطنى من اختصاص المحكمة الوطنية بهذه
المسألة ، راجع د / سراج محمد ابو زيد - التحكيم فى عقود البترول ، دار النهضة العربية - ١٩٩٨
ص ٣٦٣ وما بعدها .

سوء النية السبيل نحو عرقلة الاجراءات لمجرد ادعائه ببطلان الاتفاق أو عدم صحته^(٨٠) ، تبقى حجة قانونية تؤيد الاستقلالية للتحكيم ، وللاتفاق ، وللمحكم تكمن في القاعدة التي تقضى بان قاضى الاصل هو قاضى الدفع^(٨١) فالدفع ببطلان الاتفاق وانعدامه يثير مسألة فرعية تتعلق بنكران الاختصاص، وهذه المسألة ينعقد امر تقديرها لقاضى الاصل، فلو ان احد الخصوم دفع امام القاضى بعدم الاختصاص، أو بعدم الدستورية مثلا، فإن القاضى لن يجيب هذا الخصم الى طلبه مباشرة وبصفة تلقائيا، وانما عليه ان يزن الدفع ويقدره ثم يقرر بعد ذلك اجابته الى طلبه أو رفضه. ولا يخرج المحكم فى تناوله لهذا الدفع عما هو مقرر بالنسبة لقاضى الدولة. الامر الذى يفضى الى ضرورة الاعتراف باستقلال المحكم فى تقرير اختصاصه، وهو ما يفضى اليه اثر الاتفاق المانح للاختصاص. وهكذا فإن المبررات الداعية الى استقلاليه الاتفاق المانح للاختصاص كثيرة للدرجة التى صار معها هذا المبدأ واقعا قانونيا تكرسه الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والقواعد المادية ولوائح التحكيم فضلا عن احكام التحكيم . ويبقى التساؤل عن نطاق هذه الاستقلالية ومداها وهو ما سنعرضه فيما يلى :

المبحث الثانى

نطاق مبدأ الاستقلالية

تقديم

يذهب جانب من الفقه الى ان " التحكيم غير القضاء ، فالقضاء شىء والتحكيم شىء آخر ، وتلك حقيقة قديمة قدم القانون الرومانى " ويضيف " ان العلاقة بين

^(٨٠) راجع د / عصام عبد الفتاح مطر - التحكيم الالكترونى - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ٢٠٠٩ ، ص ١٣٨ . وانظر

PaRtida . S ; L'arbitre international , etude de droit compare , univrsite Pantheon Sorbonne , 2011 , P 54 .

^(٨١) لمزيد من التفاصيل راجع د / عبد الحكم فودة - ضوابط الاختصاص القضائى فى المواد المدنية والجنائية والادارية والشرعية على ضوء الفقه واحكام القضاء - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٩٥ - ص ٤٣٥ وما بعدها .

التحكيم وبين القضاء هى علاقة استقلال مزدوجة سواء من جانب القضاء او من جانب التحكيم ، وبالتالي فكل منهما مستقل بحكم عطبيته عن الآخر^(٨٢) ولئن كان التحكيم مستقل عن القضاء ، فإن ضمانه هذه الاستقلالية تكمن فيما يرتبه الاتفاق المانح للاختصاص من الالتزام باللجوء للتحكيم ، وفى الوقت ذاته حجب القضاء الوطنى عن النظر فى تلك المنازعات^(٨٣) ، ولتفعيل هذه الضمانه ونفاذا لمبدأ الاستقلالية تم اقرار مبدأين يرتبط كل منهما بالآخر تمام الارتباط ، الاول هو مبدأ صحة الاتفاق التحكىمى ، والثانى هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، ذلك ان مقتضى قرينة صحة الاتفاق المانح للاختصاص تقضى الى اختصاص هيئة التحكيم بالبت فى كافة الدفوع التى يمكن ان تثار امامها بما فى ذلك الدفع بعدم الاختصاص . بيد ان مبدأ الاستقلالية لا يقف عند حد المواجهة مع القضاء الوطنى ، بل يتعداه الى العلاقة مع العقد الاصلى فلم يعد يرتبط مصير الاتفاق المانح للاختصاص بما يعتور العقد الاصلى من اوجه العوار والعكس صحيح بمعنى أنه لا تأثير على صحة العقد بما يصيب الاتفاق المانح من اوجه البطلان او الانعدام . الامر الذى يقتضى انفراد هذا الاتفاق بنظام قانونى مستقل عن ذلك الذى يخضع له العقد الاصلى . وسوف نحاول فيما يلى القاء الضوء على مظاهر هذه الاستقلالية سواء فى مواجهة القضاء " مطلب اول " او فى العلاقة مع العقد الاصلى " مطلب ثانى " وذلك على النحو التالى :

المطلب الاول : مرتكزات مبدأ الاستقلالية فى مواجهة القضاء .

المطلب الثانى : مبدأ الاستقلالية فى العلاقة مع العقد الاصلى .

(٨٢) راجع د / احمد حشيش - طبيعة المهمة التاكيمية - المرجع سابق - ص ٢١٢ وما بعدها .

(٨٣) راجع د / حفيظة الحداد - المرجع السابق - ص ١٧٣ .

المطلب الاول مرتكزات مبدأ الاستقلالية فى مواجهة القضاء

مقدمة

يستند نظام التحكيم الى مجموعة من المبادئ تساند بعضها بعضا فى سبيل تكريس استقلاليته فى مواجهة القضاء ، وأول هذه المبادئ هو مبدأ الاستقلالية وقد لازم استقرار هذا المبدأ ظهور مبدئين آخرين هما مبدأ صحة الاتفاق ومبدأ الاختصاص بالاختصاص .

ومن خلال هذه المبادئ ترسخ نظام التحكيم ، فاصبح طريقا أصيلا لحسم منازعات عقود التجارة الدولية ، وكافة منازعات عقود الاستثمار وعقود نقل التكنولوجيا . ولم يعد طريقا استثنائيا للتقاضى ، بل صار القضاء العام والطبيعى ، والوحيد ، والملزم فى شان حسم تلك المنازعات .

ويعد مبدأ صحة الاتفاق ، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص بالتجسيد الواقعى والعملى لضمان فاعلية استقلالية الاتفاق المانح للاختصاص عن القضاء الوطنى . هذه الاستقلالية يمكن استلهاهما من خلال الاجابة على مجموعة من التساؤلات تاتى تباعا، اولهما يتعلق بقيمة الاتفاق المانح للاختصاص ، والرد انه يلزم الاطراف باللجوء للتحكيم دون القضاء المختص ، ويأتى السؤال الثانى واذا كان القضاء ممنوع من نظر موضوع المنازعة حسب هذا الاتفاق ، فما الذى يمنعه من نظر ادعاءات عدم صحة هذا الاتفاق ، الرد ان هناك مبدأ لازم استقلالية هذا الاتفاق هو مبدأ صحته على نحو لا يكون هناك محل لتدخل القضاء ، واذا كان الامر كذلك فما أثر هذه الصحة ، الرد انعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم ، وماذا نستفيد من كل ذلك ، الرد أن التحكيم مستقل باتفاقه ومبادئه عن القضاء الوطنى ولئن حظى مبدأ الاختصاص بالاختصاص بعناية الفقه والقضاء على السواء وكرسته القوانين المعنية بالتحكيم^(٨٤) فإن دراستنا سوف تقتصر

(٨٤) للمزيد حول مبدأ الاختصاص بالاختصاص راجع د / حفيظة الحداد - المرجع السابق - ص ٢٣ وما بعدها , د / محمود سلامة - المرجع السابق - ص ٢٧٣ وما بعدها , ود / ميشيل نصر حكيم معوض - مبدأ استقلال شرط التحكيم - مرجع سابق ص ١٧٠ وما بعدها , ود / ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم - دار النهضة العربية - ١٩٩٦ - ص ٣١١ وما بعدها , د / ابراهيم احمد ابراهيم - التحكيم

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

على صحة الاتفاق . وفى سبيل الاجابة على التساؤلات السابقة من خلال التعرف على
مبدأ الصحة " فرع أول ثم لاصدار هذا المبدأ " فرع ثان " وذلك على النحو التالى .

الفرع الاول

مبدأ صحة الاتفاق يؤكد استقلاليته

تنويه

اتجه القضاء الفرنسى نحو ارساء مبدأ صحة الاتفاق التحكيمى كأثر لاستقلالية هذا
الاتفاق . وتلك معادلة معكوسة ، بمعنى أن قرينة الصحة هى التى تفرض الاستقلالية ،
لا أن تكون أثرا له . إذ بموجب هذه القرينة يمكن اسناد الاختصاص للمحكم بالبت فى
مسألة اختصاصه ، وهى التى تمنح الاتفاق القدرة على الافلات من النظم القانونية
الوطنية ، وهى التى تحقق له الذاتيه فى مواجهة العقد الاصلى .

ومع ذلك فالاستقلالية فى حقيقتها لا تعدو ان تكون استقلالية فى مواجهة القضاء
بالدرجة الاولى ، وعن العقد الاصلى ، وعن اى قانون وطنى بالتبعية ، اما صحة
الاتفاق فهى قرينه تؤكد كل هذه المعانى . ولا يمكن تفسير مبدأ الصحة سوى انه حلقة
نحو ارساء مفهوم جديد ومتطور للاستقلالية بكل معانيها .

مفهوم مبدأ الصحة

يعنى مبدأ صحة الاتفاق ، أن مجرد التحقق من الوجود المادى ، أو القانونى
للاتفاق المانع للاختصاص كاف بذاته لتكريس نظام قانونى لهذا الاتفاق يتمتع بالفاعلية
الذاتية وتكون القدرة على مناهضة اى محاولة للنيل من الزاميته^(٨٥)

ويعد هذا المبدأ ركيزة اساسية لنظام التحكيم إذ بمقتضاه يتأكد إختصاص المحكم ،
ويمتتع على القضاء النظر فى منازعاته ، وبموجبه يستقل الاتفاق عليس فقط عن العقد
الاصلى ، وإنما أيضا كافة النظم القانونية الوطنية^(٨٦) وتستند قرينه الصحة الى مجرد

الدولى الخاص - مرجع سابق - ص ٨٩ وما بعدها , ود / انور احمد الطشى - مبدأ الاختصاص
بالاختصاص - دار النهضة العربية - ص ٣١ وما بعدها .

^(٨٥) انظر R . David ; L'arbitrage danse le commerce international , Economice , Paris , 1982 , P . 309 .

^(٨٦) انظر

الاتفاق فإتجاه إرادة الأطراف نحو التحكيم يجب ان يفسر على انه اختيار للتحكيم دون القضاء ولكي يكون هذا الاختيار مجديا يتعين افتراض صحته^(٨٧)

ويعد الحكم الذى اصدرته محكمة النقض الفرنسية بتأييدها لما انتهت اليه محكمة الاستئناف فى القضية المعروفة باسم DALICO تتويجا لبسط مبدأ صحة الاتفاق المانح للاختصاص فى ذاته ، دونما اعتداد بما يمكن أن يقرره أى قانون وطنى فى هذا الشأن^(٨٨) . حيث خلصت محكمة الاستئناف الى أنه " فى اطار التحكيم الدولى ، فإن مبدأ صحة واستقلالية شرط التحكيم يكرس استقلالية اتفاق التحكيم فى مواجهة ليس فقط النصوص المادية للعقد الذى يشير اليه ، إنما ايضا فى مواجهة القانون الداخلى الواجب الاعمال على هذا العقد ، والشرط الوحيد هو عدم مخالفة النظام العام الدولى خاصة ما تعلق منه بقابلية موضوع المنازعة للفصل فيها بطريق التحكيم^(٨٩) وهو ما أكدته

P. H . Fouchard , E . Gaillard ,B . Galdman ; Traité de L'arbitrage commercial international , Paris , Litec , 1996 , P . 237

P . MAYER ; L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa Propre^(٨٧) competence , P . C . A . D . I 1989 , P . 84 Gaillard . E ; Arbitrage , commercial international , J cl . dn . intern , Fascie 586-1 , P . 10 ets .

^(٨٨) تخلص وقائع هذه القضية فى أنه فى عام ١٩٨١ أبرم الجانب الليبى عقدا مع شركة DALICO الدنماركية لتتولى بموجبه الأخيرة تشييد البنية التحتية فى احدى الوحدات المحلية الليبية , وأبرم العقد فى ضوء رسو المناقصة عليها والتي تضمنت من بين شروطها شرطا يقضى بتسوية ما قد يثار بينهما من منازعات من خلال غرفة التجارة الدولية بباريس . ولقد ورد بالعقد ان الشروط النموذجية , والشروط المعدلة فى الملحق تعد جزءا لا يتجزأ من هذا العقد . وقد تضمنت الشروط النموذجية الموقع عليها شرطا يمنح الاختصاص للمحاكم الليبية للفصل فى اى منازعة قد تنور بين الطرفين . وتم تعديل هذا الشرط الاخير بموجب الملحق غير الموقع عليه بأخر مؤداه الاحالة الى شرط التحكيم الوارد فى احدى الوثائق المتعلقة بالمناقصات . ونتيجة لقيام الجانب الليبى بإنهاء العقد بارادته المنفردة , لجا الجانب الدنماركى الى التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس حيث قررت محكمة التحكيم اختصاصها بنظر المنازعة وانتهت الى اوانة الجانب الليبى والزمته بدفع مبالغ مالية حسب مراحل التنفيذ للطرف الدنماركى حسبما أشار بذلك تقرير الخبير الذى عينته المحكمة . طعن الجانب الليبى على هذا الحكم امام محكمة استئناف باريس بمناسبة الاعتراض على امر التنفيذ مؤسسا طعنه على بطلان شرط التحكيم حسب القانون الليبى المتفق على اعماله , وايضا القانون الفرنسى الذى يشترط أن يكون الاتفاق مكتوبا وموقعا عليه من الأطراف والا كان باطلا . الا ان محكمة الاستئناف رفضت هذا الطعن وقد اكدت على ان استقلالية اتفاق التحكيم وصحته لا يقتضى ان يتقرر ذلك وفق القيود التى يستلزمها القانون الواجب التطبيق وهو القانون الليبى , وانتهت الى ان الملحق الذى ينص على شرط التحكيم بالإشارة قد تم ادماجه بالعقد نزولا على إرادة الأطراف المشتركة , ويصير بذلك قانون الأطراف . راجع تفاصيل هذا الحكم د / حفيظة الحداد , المرجع السابق - ص ٢٤ وما بعدها .

^(٨٩) انظر . H . mote , P 456 , Rev , arb , 1991 , mars , 1991 , Parisw , 26 , Goudement , T allon .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

محكمة النقض برفضها النص على هذا الحكم بقولها " وفقا لقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم يعد شرط التحكيم مستقلا من الناحية القانونية عن العقد الاصلى الذى يتضمنه سواء بطريق مباشر او عن طريق الاشارة . توجد اتفاق التحكيم وصحته تتقرر وفقا للارادة المشتركة للاطراف ، دون الحاجة الى الاشارة الى قانون وطنى وضعى باستثناء التقيد بالقواعد الآمرة فى القانون الفرنسى والنظام العام الدولى " (٩٠)

وبذلك ، يكون القضاء الفرنسى قد ارسى قاعدة مادية من قواعد التحكيم الدولى تفرض بمقتضاها صحة الاتفاق المانع للاختصاص دونما حاجة الى اعمال منهج التنازع التقليدى ، ولائمة قيد فى هذا الصدد سوى احترام النظام العام الدولى ولم يكن حكم DALICO السابقة الاولى نحو تقرير مبدأ الصحة ، فقد سبقته الى ذلك العديد من الاحكام ، فلقد قررت محكمة استئناف باريس فى قضية Mencucci صحة اتفاق التحكيم فى العقود الدولية بالنظر لان استقلالية تحول دون امكانية تأثره بأسباب البطلان أو عدم المشروعية الواردة فى اى قانون وطنى (٩١) ، فمحكمة الاستئناف لم تتقف عند حد تقرير الاستقلالية عن العقد الاصلى على نحو ما ذهب اليه حكم Gosset ومحكمة Hecht ، وانما تجاوزت الى حد تقرير هذه الاستقلالية عن اى

(٩٠) انظر . P . 663 note , Rev . crit , 1994 , P . 20 , decembre , 1993 , Cass . civ , Mayer وانظر E . G . aillard على هذا الحكم المنشور فى Clunet ١٩٩٤ ص ٥١١ , وتعليق

Tallon على هذا الحكم المنشور فى Rev . arb ص ١١٦

(٩١) تدور احداث هذه القضية حول عقد ابرم بين شخص فرنسى لا يعد تاجرا وشركة هولندية منحت بمقتضاه هذه الاخيرة للشخص الفرنسى حق تصريف منتجات الشركة داخل فرنسا واتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم لحسم اى خلاف فيما بينهما , ونتيجة لما نشب بينهما من خلافات على اثر تقاعس الشركة عن امداد الطرف الآخر بما هو متفق عليه حسب العقد المبرم بينهما لجأ الطرف الفرنسى الى القضاء الفرنسى لالزام الشركة باداء التعويضات اللازمة وفسخ العقد , واعتمد فى دعواه على بطلان الشرط حيث يحظر القانون الفرنسى شرط التحكيم فى هذه الحالة لكون احد الاطراف ليس تاجرا . بيد ان الشركة الهولندية دفعت بعدم جواز نظر الدعوى نتيجة وجود شرط التحكيم . وقد انتهت محكمة اول درجة الى بطلان شرط التحكيم لوروده بصدد عمل تجارى مختلط وهو ما يحظره القانون الفرنسى . طعن الجانب الهولندى فى هذا الحكم امام محكمة استئناف باريس التى قضت بالغاء هذا الحكم رغم اتفاقها مع حكم اول درجة من أن العقد ذو طابع مختلط على نحو لا يصح معه شرط التحكيم بحسبان ان القانون الفرنسى لا يجيز هذا الشرط الا بصدد العقود التجارية متى كان طرفاها تاجرين , بيد أن المحكمة قررت صحة شرط التحكيم فى العقود الدولية , لان استقلالية هذا الاتفاق تحول دون تأثره باسباب البطلان أو عدم المشروعية الواردة فى اى قانون وطنى .

انظر هذا الحكم والتعليق عليه فى Rev . crit ١٩٧٦ ص ٥٠٦ تعليق oppetil وايضا clunet ١٩٧٧ ص ١٠٧ تعليق Loquin .

قانون وطني. الامر الذي يمكن معه استخلاص مفهوم جديد ومتطور لاستقلالية الاتفاق المانع للاختصاص مؤداه افتراض صحة هذا الاتفاق دون ثمة قيود عدا احترام النظام العام الدولي. وبهذه المثابة استقرت في القضاء التحكيم الدولي قاعدة مادية دولية من صنع القضاء الفرنسي تقضى الى الصحة الذاتية للاتفاق المانع للاختصاص التحكيمي ، وبموجب هذه القرينة يضمن قضاء التحكيم استقلاله عن القضاء الوطني (٩٢) .

بيد ان ذلك لا يعنى منح هذا الاتفاق حصانه تعصمه من التجريح أو البطلان . فالصحة المطلقة لا يمكن قبولها بصفة دائمة وفي كافة الحالات (٩٣)

فسوف نرى في العديد من الاقضية التحكيمية ان المحكم انتهى فيها الى عدم اختصاصه تارة ، ورفض الدعوى تارة اخرى نتيجة لما لحق الاتفاق المانع من عوار اختصاصه ، ومع ذلك تبقى قيمه قرينه الصحة في تركيز الاختصاص للمحكم .

ويبقى التساؤل عن صدى هذا المبدأ الذي طالعنا به القضاء الفرنسي، في الاتفاقيات الدولية، وقوانين التحكيم الوطنية، ولوائح التحكيم هذا ما سنعرض له فيما يلي:

الفرع الثاني

اصداء المبدأ

تقديم

لا تثير محاولة الوقوف على المغزى الحقيقي من وراء بسط قرينة صحة الاتفاق المانع للاختصاص التحكيمي ثمة صعوبة . فالرغبة الكامنة في استقلال نظام التحكيم

(٩٢) لعل الذي دفع القضاء الفرنسي نحو تكريس نظام التحكم هو ثورة هذا القضاء على ما كان سائدا من مساوئ القضاء فيما مضى ، وللمزيد راجع د / ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - منشأة المعارف - ١٩٧٤ ت ص ٧٣٤ ، ود / سمير تناغوت النظرية العاملة للقانون - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٧٤ - ص ٥١٦ ، ود / محمد نور عبد الهادي شحاته - النشأة الاتفاقيه للسلطات القضائية للمحكمين - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ١٩٩٣ - ص ٢١٢ وما بعدها

(٩٣) يذهب جانب من الفقه الى ان الاستقلالية لا تعنى بالضرورة خروج اتفاق التحكيم عن ربة وسطوة قانون الدولة ، وان كان لابد ذلك فهو بالضرورة داخل سلطان قانون آخر يتلاءم مع معطياته وهو قانون من صنع القضاء في مجال العقود الدولية ، او نتيجة للخلق التلقائي في اوساط التجارة الدولية ، ولكنه يدخل في مفهوم القانون بالمعنى الواسع . راجع د/ احمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية - دار النهضة العربية - ١٩٨٩ ص ٣٠ .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

وانفراده بنظر منازعات عقود التجارة الدولية ، واستئصالها من كنف القضاء الوطنى^(٩٤) ،
تمثل الدافع الرئيسى نحو اقرار هذا المبدأ على النحو الذى اصبح معه احدى القواعد
المادية للتحكيم الدولى^(٩٥) .

فقد مضت الاشارة الى ان هذه القرينة تفضى الى استقلال المحكم بالبت فى مسألة
اختصاصه دون تدخل اية جهة قضائية وطنية فى هذا الشأن ، كما تفرض هذه القرينة
استقلال هذا الاتفاق عن العقد الاصلى على النحو الذى سنراه فيما بعد .

بيد ان التساؤل الذى يمكن ان يثار يتعلق بصدى هذا المبدأ فى الاتفاقيات الدولية
أو القوانين الوطنية كما يتعلق بموقف الفقه والقضاء التحكيمى فى هذا الصدد .

وتجدر الاشارة بداءة الى انه يصعب الارتكان الى نص صريح يقرر مبدأ الصحة
على نحو مباشر ، بيد انه يمكن استلهاً هذا الشرط من خلال التفسير المنطقى
للتصوص المعنية بالاستقلالية ، ومن ناحية اخرى ، فان هذا المبدأ وان لقي استحسان
الفقه والقضاء الا ان جانبا آخر من الفقه والقضاء وان اتفق مع مؤدى اعمال المبدأ من
عقد الاختصاص للمحكم ، الا انه يرفض هذه القرينة بعيداً عن القوانين الوطنية .

وسوف نعرض فيما يلى لموقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية ، ولوائح
التحكيم من هذا المبدأ ، مرجئين موقف الفقه منه لحين دراسته بمناسبة القانون الواجب
التطبيق بشأن الاتفاق التحكيمى .

صدى المبدأ فى الاتفاقيات الدولية

^(٩٤) بلغ التحكيم اوج قمته فى اعقاب الثورة الفرنسية ، واعتبره الدستور الصادر فى ١٩٧٠ بأنه الوسيلة
المثلى لانهاء المنازعات بين المواطنين وحقا مقدسا لا يجوز للشارع الانتقاص منه " . راجع د /
محمد نور عبد الهادى شحاته - المرجع السابق - ص ١١ .

ويضيف جانب آخر من الفقه بشأن النظام القانونى فى فرنسا " ولم تكن هذه المحاكم تراعى العدالة حقا
فى قضائها ، حتى اصبح من الاقوال المأثورة عند الناس عبارة " فليجمعنا الله من عدالة المحاكم " .
راجع د / سمير تناغو - المرجع السابق ص ٥١٦ .

^(٩٥) استهدف القضاء الفرنسى من وراء مبدأ صحة اتفاق التحكيم دون حاجة لاعمال منهج التنازع ، خلق
نوع من الحصانة المضروبة حول هذا الاتفاق ، حماية لهذا الاتفاق ، و ضمانا لفاعليته .

انظر . Ancel . J . P ; " l'actualite de la autonomie de la clause compromissoir " .
D . I . p , 1991 - 1992 , P 81 .

انطلاقاً من قاعدة أن الاتفاق هو الاتفاق ، ارسى القضاء الفرنسي قاعدة مادية تقضى بصحة الاتفاق التحكيمى الدولى استقلالاً عن اى قانون وطنى ، ودونما قيد سوى احترام قواعد النظام العام الدولى .

ورغم اعتراف الاتفاقيات الدولية كنيويورك و جنيف وواشنطن ، بمبدأ الاستقلالية عموماً ، الا أنه يصعب التقرير باعتدائها بمبدأ الصحة على نحو مباشر . فالنظرة العابرة على نصوص هذه الاتفاقيات توحى بالتفاتها عن هذا المبدأ واستعانتها فى الوقوف على صحة الاتفاق المانح للاختصاص بمعايير قانونية مستمدة من ارادة الاطراف ، أو القوانين الوطنية ذات الصلة بالاتفاق^(٩٦) وذلك بالمخالفة لما ارساه القضاء الفرنسى من بسط مبدأ الصحة دونما اعتداد باى نظام قانونى وطنى سوى مقتضيات النظام العام الدولى^(٩٧) ، فاتفاقية نيويورك لم تكرر مبدأ الاستقلالية الا بشكل غير مباشر فالمادة الخامسة من الاتفاقية تسمح باخضاع هذا الاتفاق لقانون العقد الاصلى ، وهو ما يوحي بقبول الاتفاقية لمبدأ الاستقلالية القانونية للاتفاق ، دون ان يمتد هذا التفسير لمبدأ الصحة فى ذاته على النحو الذى قرره القضاء الفرنسى ، فنصوص الاتفاقية تعجز عن تقديم ما يفيد استقلال هذا الاتفاق عن كل قانون وضعى، اذ ما زالت الاتفاقية تتحرى صحة الاتفاق التحكيمى وفق القانون الذى نشير به قاعدة الاسناد الواردة فيها^(٩٨)

ومن جانبنا نرى خلافاً لذلك ، فالاتفاقية لم تكرر الاستقلالية عن العقد الاصلى فحسب بل تجاوزت الى حد الاعتراف بمبدأ الصحة الذاتية للاتفاق ويمكن التذليل على ذلك من خلال الاجابة على التساؤل عن غرض ومغزى مبدأ الصحة ؟ الاجابة المباشرة

^(٩٦) انظر

PH . Fouchard , E . Gaillard , B . Goldman ; Traitéop . cit , p . 234 .

^(٩٧) راجع د / احمد عبد الكريم سلامة - المرجع السابق - ص ١٩ وما بعدها .

^(٩٨) قاعدة الاسناد الخاصة بالاتفاق التحكيمى وردت من خلال نص المادة الخامسة وهى بصدد الحديث عن حالات رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمى وذلك بقولها :

١ - ان اطراف الاتفاق المنصوص عليه فى المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذى ينطبق عليهم عديمى الاهلية ، او ان الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذى اخضعه له الاطراف ، أو عند عدم النص على ذلك ، طبقاً لقانون البلد الذى صدر فيه الحكم .

تكمّن في تأكيد استقلال الوظيفة القضائية للتحكيم عن القضاء ، ومن ثم يكون افتراض الصحة هو الخطوة الاولى نحو عقد الاختصاص للمحاكم ، ثم تتداعى بعد ذلك الاجراءات التحكيمية حيث يختص المحكم بالبت في مسألة إختصاصه وهكذا .
ومع ذلك يجب الا نخلط بين الغاية المنوط بمبدأ الصحة تحقيقها وبين الوقوف فعلا على صحة الاتفاق . فالاولى تتعلق بعقد الاختصاص للتحكيم ، اما الثانية فتتحرى صحة الاتفاق من الناحية القانونية ، بمعنى آخر أن مبدأ الصحة هو المحرك للعملية التحكيمية والذي يكفل فاعلية التحكيم واستقلاله ، اما الوقوف على صحة الاتفاق فمسألة ترتبط بعمل المحكم .

ويمكن استلزام مبدأ الصحة من خلال نص المادة الثانية من الاتفاقيات التنا تقرر في فقرتها الاولى " ستعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق مكتوب " ثم تأتي الفقرة الثالثة منها لتؤكد ذلك بقولها " على محكمة كل دولة متعاقدة أن تقوم بإحالة الاطراف الى التحكيم " (٩٩) ، والمستفاد من كلا الفقرتين ان هناك التزام على عاتق الدول بالاعتراف بالاتفاق التحكيمي ، وان على محاكمها التخلي عن نظر اي منازعة تتعلق بهذا الاتفاق ، واحالة الاطراف الى التحكيم .

وبهذه المثابة تكون الاتفاقية قد فرضت قاعدة موضوعية ملزمة لكافة الدول مؤداها الاعتراف بالاتفاق دون حاجة الى اعمال اي تشريع وطني ، الامر الذي يصح معه القول بان الاتفاقية رصدت مباشرة مبدأ الصحة على النحو الذي اراده القضاء الفرنسي .
ثم تأتي المادة الخامسة من الاتفاقية لتضع قاعدة اسناد تعيين المحكم في الوقوف على الصحة القانونية للاتفاق . وتلك مسألة لا تتعارض مع عمومية مبدأ الصحة على النحو السابق ، بمعنى ان الذي يتولى هذه المهمة هو المحكم دون القضاء الوطني ، وكما هو معروف فإن اي اتفاق يحتاج الى قانون لتقرير صحته (١٠٠) وقد وضعت الاتفاقية

(٩٩) راجع نص المادة الثانية من الاتفاقيات .

(١٠٠) يذهب جانب من الفقه الى أن " كل عقد دولي يكون بالضرورة مستندا الى قانون دولة معينة ، او بقانون وطني وفقا للقواعد الثابتة في القانون الدولي الخاص . ذلك انه من البديهي ان كل رابطة قانونية تخضع للقانون " .

راجع د / محمود ياقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد " - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٠ - ص ٢٩٢ وما بعدها

معايير الوقوف على صحة هذه المسألة ، دون ان يخل ذلك بمبدأ الصحة في ذاته وعلى نحو ما سادت عليه اتفاقية نيويورك ، يمكن الكشف عن تبنى اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ لكلا المبدأين الصحة والاستقلالية وذلك من خلال نص المادة ٥ / ٣ منها .
فهذه المادة^(١٠١) عنيت بتكريس اختصاص المحكم بالبت في مسألة اختصاصه حيث فرضت على المحكم المطعون في صلاحيته ، الا يتخلى عن نظر القضية ، وله اتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية ، بما في ذلك التحقق من وجود وصحة اتفاق التحكيم ، او العقد الذى تشكل الاتفاقية جزء منه " . والنص على هذا النحو يقطع ليس فقط باستقلالية التحكيم من ثم الاتفاق المانح للاختصاص عن القضاء ، وانما يؤكد مبدأ صحة هذا الاتفاق على النحو المراد منه . فالاعتراف بسلطة المحكم بالبت في مسألة هذا اختصاصه يصعب استيعابها أو فهمها الا في ظل مبدأ صحة الاتفاق . فلولا قرينه الصحة لما كان للمحكم ان يعتلى منصة القضاء وعلى صعيد آخر فإن الوقوف على صحة الاتفاق المانح للاختصاص يمكن النظر اليها من خلال نص المادة السابعة من الاتفاقية^(١٠٢) والتي تستهل بحرية الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق بصدد اساس النزاع ، وعند الاغفال يتولى المحكمون هذا التحديد في ضوء ما تشير به قاعدة التنازع المناسبة . والنص بوضعه الحالى يسمح باستقلالية الاتفاق المانح عن العقد الاصلى ، بحيث لا يرتبط مصيريهما بالآخر ، فضلا عن امكانية استئثار كل منهما بنظام قانونى مغاير على نحو ما شارته به قاعدة الاسناد الواردة بالمادة السابقة يبقى ان نشير الى ان هذه الاتفاقية ، وعلى نحو ما سارت عليه اتفاقية نيويورك ، اجرت تفرقه غير مباشرة بين مبدأ الصحة في ذاته وذلك بمنحها كامل الاختصاص للمحكم بداءة ، وبين الوقوف على حقيقة هذه الصحة والتي يتولاها هذا الاخير هلى نحو ما جرت به نصوصها .

ولم تبعد اتفاقية واشنطن عن سابقتها بشأن مسألتى الصحة ، والاستقلالية . فالمادة ٤١ اناطت بمحكمة التحكيم مهمة البت في مسألة اختصاصها ، وهو ما يعنى

(١٠١) راجع نص المادة ٥ / " من اتفاقيات جنيف ١٩٦١ على انه "

(١٠٢) راجع نص المادة السابعة من الاتفاقية .

مباشرة افتراض صحة الاتفاق المانح للاختصاص^(١٠٣) ، اذ لولا قرينه الصحة لما جاز هذا الاختصاص بداءة . ثم تاتي المادة ٤٢ لتكرس استقلالية الاتفاق في مواجهة العقد الاصلى وانفراد كل منهما بنظامه القانونى ، وذلك بوضعها قاعدة اسناد تقف بمقتضاها محكمة التحكيم على القانون الواجب التطبيق بشأن النزاع المعروض عليها^(١٠٤) ولفظ نزاع جاء نكرة بما يسمح ان ينطلى سواء على ما تعلق بالموضوع ، ما يتعلق بالاتفاق . ولم نخرج قاعدة الاسناد التى رصدتها المادة ٤٢ عن اعمال قانون الارادة ، وقانون الدولة المتعاقدة عند غياب الاتفاق ، ومبادئ القانون الدولى المتعلقة بالموضوع .

خلاصة ما تقدم أن الاتفاقيات السابق عرضها اجمعت على اختصاص هيئة التحكيم بالبت فى مسألة اختصاصها ، كما أنها اشارت بطريق الاستنتاج الى امكانية خضوع المانح للاختصاص لقانون غير الذى يفهم منه عدم ارتباط مصير ايا منهما بالآخر . وهو الامر الذى يفض الى بنتيجتين متلازمتين ، الاولى ان مجرد وجود الاتفاق المانح للاختصاص يحجب عن القضاء اى محاولة للاتصال بذات المنازعة ، والثانية ان قرينه الصحة تسمح للمحكم بتولى جهة القضاء للفصل فى المنازعة . واذا كان هذا موقف الاتفاقيات الدولية فماذا بشأن القوانين الوضعية . هذا ما سنلقى الضوء عليه فيما يلى :

موقف القوانين الوطنية من مبدأ الصحة

من المستقر عليه ان انضمام الدولة للاتفاقية الدولية يلقي عليها التزاما بالا تناهض تشريعاتها احكام تلك الاتفاقية بحسبان انها صارت جزء من قانونها الداخلى . واذا كانت غالبية دول العالم قد انضمت الى اتفاقية نيويورك ، وقد راينا كيف ان هذه الاتفاقية تنبت مبدأ الصحة والاستقلالية على النحو السابق . فان المنطق القانونى يفرض على هذه الدول الاعتراف بتلك المبادئ بتضمين تشريعاتها ما يؤكد ذلك^(١٠٥) وقد عنى المشرع الفرنسى باستقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلى وذلك من خلال نص المادة

^(١٠٣) راجع نص المادة ٤١ من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥

^(١٠٤) راجع نص المادة ٤٢ من الاتفاقية .

^(١٠٥) يمكن استلزام هذا الالتزام من مطلع المادة الاولى من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بقولها " مع عدم الاخلال باحكام الاتفاقيات الدولية تسرى احكام هذا القانون

١٤٤٧ من قانون المرافعات^(١٠٦). وقد أكد القضاء الفرنسي على ذلك بقوله أن شرط التحكيم يشكل عملاً قانونياً مستقلاً ، فلا يتأثر بما يلحق بالعقد الاصلى من بطلان او زوال^(١٠٧) . وكما كرس المشرع الفرنسي مبدأ استقلالية الاتفاق في مواجهة القضاء بالاختصاص من خلال نص المادتين ١٤٥٨ / ١^(١٠٨) و المادة ١٤٦٦^(١٠٩) من قانون المرافعات . وقد اكد القضاء الفرنسي على كلا المبدئين في العديد من احكامه . والملاحظ ان المشرع الفرنسي وان لم يشر صراحة الى قرينه صحة الاتفاق ، الا انه لم يتخلى عنها . فاخصاص المحكم بالببت في مسألة صحة اختصاصه ، وامتناع المحاكم القضائية عن التدخل في هذه المسألة تفضيان الى اعتماد هذا المشرع لمبدأ الصحة الذاتية للاتفاق المانع للاختصاص ، الى جوار مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وهو ما تبرزه بوضوح المادة ١٤٦٠ / ١ من قانون المرافعات بتأكيدهما على السلطة القضائية الكاملة لمحكمة التحكيم^(١١٠)

^(١٠٦) تنص المادة ١٤٤٧ مرافعات فرنسي على انه " اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يرتبط به ولا يتأثر الاتفاق بعدم نفاذ العقد " انظر^(١٠٧)

Cass. Com , 9 avr , 2002 , p , 2470 , note , clay , Cassciv , 11 Juill , 2006 . J . C . P . 2006 . وانظر استئناف باريس في _ اكتوبر لعام séraghlini , note , 187 , وانظر . P . 2006 . Ancet et Gout . ١٩٩٩ ص ٤٥٠ تعليق arb , Rev , ١٩٩٨ المنشور في

^(١٠٨) تنص المادة ١٤٥٨ / ١ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه إذا لم تكن محكمة التحكيم اختصت بالنزاع بعد فإنه يجب على محاكم الدولة ان تقضى بعدم اختصاصها بشرط الا يكون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان " للمزيد حول مبدأ الاختصاص بالاختصاص انظر

O . CACHARD ; Le controle de la Nullite ou de l'inapplicabilite , manifest de la clause compromissoire , Rev . arb , 2006 , p , 93 .

^(١٠٩) تنص المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه " اذا نازع أحد الاطراف امام المحكم في أصل ونطاق السلطة القضائية للمحكم , فإن هذا الأخير يتولى الفصل في شرعية وحدود سلطاته " . وقد قضى اعمالاً لهذا النص بانه " لا يمكن لقاضي الدولة الفصل في طلب بطلان اتفاق التحكيم لعب في الرضا " انظر في ذلك حكم محكمة النقض الدائرة المدنية والصادر في ٢٣ / ٥ / ٢٠٠٦ . والمنشور في JCP ص ١٨٧ تعليق Séraglini .

^(١١٠) تنص المادة ١٤٦٠ / ١ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه إذا كان احد الاطراف يجوز احد ادلة الاثبات , يمكن للمحكم أن يأمره بتقديمها " . وامتداداً لهذا يمكن لمحكمة التحكيم اتخاذ الامر بالاجراءات الوقتية والتحفيزية , والغرامة الهديدية عند الاقتضاء بحسبان أن هذه الاجراءات لا تعدو أن تكون امتداداً ضرورياً لوظيفة المحكمة القضائية , وليس في اتخاذها ما يعد تجاوزاً لحدود مهمته انظر في ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية والصادر في ١٣ / ٥ / ١٩٧٦ . والمنشور في Rev . arb , ١٩٧٧ , ص ٢٦ , تعليق Devichhi . Rubllin .

ومن جانبه اكد المشرع السويسرى على مبدأ استقلال التحكيم عن العقد الاصلى وذلك من خلال نص المادة ١٧٨ / ٣ من القانون الدولى الخاص الصادر سنة ١٩٨٧^(١١١) ، كما اكد فى المادة ١٨٦ / ١ على مبدأ الاختصاص بالاختصاص^(١١٢) الامر الذى يستفاد فيه تبنى المشرع السويسرى لمبدأ الصحة الذاتية لاتفاقية التحكيم ولو بطريق الاستنتاج . وعلى ذات النهج سارت العديد من التشريعات الغربية كالتشريع الهولندى ، والبلجيكى ، والاسبانى ، والالمانى .

وقد أفصح المشرع المصرى عن موقفه من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلى بموجب نص المادة ٢٢ / ١ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤^(١١٣) كما اقر مبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال نص المادة ٢٣^(١١٤) ، وتوج هذا المبدأ بنص المادة ١٣ من هذا القانون^(١١٥) ، والتي تلقى على المحكمة التى يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ، أن تقضى بعدم القبول إذا ما تمسك الخصم بذلك قبل ابداء اى دفاع أو دفاع . ثم تأتى المادة ٢٢ لتقرر اختصاص هيئة التحكيم بالبت فى مسألة اختصاصها . فهذه النصوص تفصح عن تبنى المشرع لمبدأ الصحة ، فلولا هذه القرينة لما انعقد الاختصاص بداءة للمحكم بنظر الادعاءات حول صحة اختصاصه ولما وجب على المحكمة إذا ما اتصلت بموضوع النزاع ان تقضى بعدم القبول اذا ما تمسك بذلك ، يضاف الى ماتقدم أن المشرع قرر ان المشرع قرر استقلال الاتفاق عن

^(١١١) تنص المادة ١٧٨ / ٣ من القانون الدولى الخاص السويسرى لسنة ١٩٨٧ على أنه " لا يجوز المنازعة فى صحة اتفاق التحكيم لمجرد الادعاء بعدم صحة العقد الاصلى "
^(١١٢) تنص المادة ١٨٦ / ١ من القانون السويسرى لسنة ١٩٨٧ على أنه " تفصل محكمة التحكيم فى اختصاصها

^(١١٣) تنص المادة ٢٢ / ١ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه " تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم ، أو سقوطه أو بطلانه ، أو عدم شموله لموضوع النزاع "
^(١١٤) تنص المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصرى على أنه " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى . ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته .

^(١١٥) تنص المادة ١٣ / ١ من قانون التحكيم المصرى على أنه " يجب على المحكمة التى يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى قبول الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه اى طلب أو دفاع فى الدعوى .

العقد الاصلى بحيث لا يرتبط مصير اى منهما بالآخر^(١١٦) حسبما اشارت الى ذلك المادة ٢٣ . وعلى ذات النهج سار المشرع اليمنى^(١١٧) ، والمشرع البحريني^(١١٨) وقد اتجه المشرع الانجليزى نحو الاخذ بمبدأ الاستقلالية بعد تردد كبير من خلال الفصل السابع من قانون التحكيم الصادر عام ١٩٩٦ حيث صار اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد الاصلى ، كما قرر ان المحكم منوط به امر الفصل فى مسألة اختصاصه^(١١٩)

وعلى العكس مما تقدم فإن القضاء الامريكى ، وإن تبنى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلى ، واسند الى المحكم مهمة التحقق من صحة هذا العقد ، الا انه لم يتبنى مبدأ الاختصاص بالاختصاص . فقد خص المشرع المحاكم الامريكية بالنظر فى اى نزاع يمكن ان يثار بشأن صحة هذا الاتفاق ، الامر الذى يستفاد منه أن المشرع الامريكى عزف عن تبنى مبدأ الصحة^(١٢٠)

تلك هى امثلة لبعض التشريعات وموقفها من مبدأ الاستقلالية ، ومبدأ الصحة ويبقى التساؤل عن موقف لوائح التحكيم هذا ما سنعرض له فيما يلى :

^(١١٦) لمزيد من التفاصيل راجع د / حمد الله محمد حمد الله - النظام القانونى لشرط التحكيم فى المنازعات التجارية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ ص ١٢٩ .

^(١١٧) تنص المادة ١٦ من قانون التحكيم اليمنى لسنة ١٩٩٢ على انه " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على شكل عقد مستقل ، أو على شكل بند فى عقد ، وفى الحالة الاخيرة يعامل شرط التحكيم باعتباره اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى ، وإذا حكم ببطان العقد ذاته أو بفسخه ، فإنه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم " وقد نصت م ٢٨ على انه " تختص لجنة التحكيم بالفصل فى الدفع المتعلقة باختصاصها بما فيها الدفع المقدم بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه او عدم شمول موضوع النزاع"

^(١١٨) تنص المادة ١٦ / ١ من قانون التحكيم البحريني رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ على انه " يجوز لهيئة التحكيم البت فى اختصاصاتها بما فى ذلك البت فى أية إعتراضات تتعلق بوجود اتفاق تحكيم أو بصحته ، ولهذا الغرض ينظر الى شرط التحكيم الذى يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى ، و اى قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم " الخ

^(١١٩) للمزيد من التفاصيل راجع د / عاطف راشد الفقى - التحكيم التجارى الدولى - الجزء الاول - درا النهضة العربية - ٢٠١٢ ص ٨٣ وما بعدها ، ود / ميشيل نصر حكيم معوض - مبدأ استقلال شرط التحكيم - مرجع سابق - ص ١١٠ وما بعدها .

^(١٢٠) راجع د / حفيظة الحداد - المرجع السابق - ص ٣١ ، د / عاطف الفقى - المرجع السابق - ص ٩٠ وما بعدها .

مبدأ الصحة فى لوائح التحكيم

لم تكن لوائح التحكيم هى الاخرى بمعزل عن مبدأ الاستقلالية عموما والصحة على وجه الخصوص ؟ فلائحة غرفة التجارة الدولية بباريس المعروفة اختصارا ب ٢٠٢٠١ C . C . I افسحت من خلال الفقرة الثالثة والرابعة من المادة الثامنة (١٢١) منها عن تكريسها لمبدأى الاستقلالية أو الاختصاص بالاختصاص ، فالفقرة الرابعة قررت ان بطلان العقد الاصلى لا تأثير له على اتفاق التحكيم متى كان صحيحا هذا البطلان فى ذاته ، واناطت الفقرة الثانية بالمحكم مهمة البت فى مسألة اختصاصه ، دون ان تلزمه بتطبيق قانون معين (١٢٢) ، الامر الذى يفهم معه أن الغرفة قد تبنت مبدأ الاستقلالية فى اوسع معانيه للحد الذى يمكن معه القول بان مبدأ صحة الاتفاق فى ذاته كان محل اعتبار لدى واضعى قواعد الغرفة (١٢٣)

وعلى صعيد آخر كرست لائحة التحكيم التى اعدتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولى لعام ١٩٧٦ (١٢٤) ، وكذلك قانون الاونستيرال النموذجى لعام

(١٢١) تنص الفقرة الثالثة من لائحة غرفة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٨٨ على أنه " إذا أثار احد الاطراف دفعا أو اكثر يتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته , كان لهيئة التحكيم وحدها بعد التحقق لاول وهلة من وجود هذا الاتفاق , ان تقرر مواصلة التحكيم , وذلك دون مساس بقبول هذه الدفوع أو سلامتها , وللمحكم وحده فى هذه الحالة اتخاذ اى قرار يتعلق باختصاصه " . وتنص الفقرة الرابعة من ذات المادة على أنه " إذا لم يكن ثمة اتفاق على خلاف ذلك فإن الادعاء ببطلان العقد , او الزعم بانعدامه لا يترتب عليهما عدم اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم , وبطل المحكم مختصا حتى فى حالة انعدام العقد نفسه أو بطلانه مختصا بتحديد حقوق الاطراف والفصل فى ادعاءاتها وطلباتها " .

(١٢٢) جاء بحديثيات الحكم الذى اصدرته الغرفة فى القضية رقم ٤١٤١ " ولما كانت لائحة الغرفة تتضمن نصا يعطى للمحكم سلطة الفصل فى اختصاصه دون ان تلزمه بتطبيق قانون وطنى معين , فإن المحكمة سوف تتولى تحديد نطاق وأثار شرط التحكيم بالاستناد الى الارادة المشتركة للاطراف مع الاخذ بعين الاعتبار عادات التجارة الدولية , وانظر

Sentence c. c. I, rendue a Paris dans , L'affaire n ' 4131 en 23-19-19 82 , Rev , Arb , 1984 , P . 137 ets , note , Y . DERAÏN .

(١٢٣) قرب من ذلك د / سامية راشد - التحكيم فى - مرجع سابق - ص ١٢٨ .
(١٢٤) تنص م ٢١ من هذه اللائحة على أنه " ١ - تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المثارة بشأن عدم اختصاصها بما فى ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة شرط التحكيم واتفاق التحكيم المستقل . ٢ - ولهيئة التحكيم الاختصاص فى الفصل فى وجود وصحة العقد الذى يعذ شرط التحكيم جزءا منه , ووفقا لذلك النص لا يترتب على تقرير هيئة التحكيم بطلان العقد الاصلى , بطلان شرط التحكيم بقوة القانون " .

١٩٨٥^(١٢٥) مبدأ استقلال الاتفاق عن العقد الاصلى ومبدأ الاختصاص بالاختصاص . الامر الذى يمكن معه القول بأن كل منهما تبنى مبدأ الصحة الذاتية لاتفاقية التحكيم . وبالنظر الى لائحة تحكيم غرفة لندن للتحكيم الدولى والصادرة عام ١٩٨٥ نجدها تقيم احكامها على نسق ما تضمنته لائحة التحكيم لعام ١٩٧٦ ، والقانون النموذجى لعام ١٩٨٥^(١٢٦) ، الامر الذى يفضى الى تبنى لائحة هذه الغرفة لمبدأ الصحة الذاتية لاتفاقية التحكيم .

وهكذا يمكن ان نستخلص من العرض السابق لبعض نماذج لوائح التحكيم انها جميعا اتجهت نحو تبنى الاستقلالية بمفهوم يتسع ليشمل مبدأ الصحة الذاتية لاتفاق التحكيم .

ويبقى التساؤل عن موقف قضاء التحكيم من هذه المسألة هذا ما سنعرض له فيما

يلى

موقف قضاء التحكيم من مبدأ الصحة

يذهب جانب من الفقه الى ان الاخذ بالقواعد الدولية المادية للفصل فى مسألة وجود وصحة الاتفاق المانع للاختصاص امر تفرضه ضرورات التعامل فى مجال التجارة الدولية^(١٢٧) وان فى اضطراد العمل بها يكفل للتحكيم الافلات من سيطرة القوانين الداخلية التى وضعت لتنظيم علاقات داخلية ، قد لا تتلاءم قواعدها مع التطورات المتلاحقة التى تشهدها العقود الدولية^(١٢٨)

^(١٢٥) تنص المادة ١٦ / ١ من القانون النموذجى لعام ١٩٨٥ على أنه " يجوز لهيئة التحكيم البت فى اختصاصاتها بما فى ذلك البت فى اى اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم او صحته , ولهذا الغرض , ينظر الى شرط التحكيم الذى يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى , وای قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شروط التحكيم "

^(١٢٦) راجع د / شحاته غريب - اشكالات اتفاق التحكيم - مرجع سابق - ص ٣٨ وما بعدها

^(١٢٧) انظر . P . C , P . J . cla , P . C , P . Fochard ; " L'arbitrage commercial international 253 , ets

^(١٢٨) انظر , J . D , I , P , 6840 en 1991 , C . C , I rendre dans L'affaire n . 103 , not . y . Dorains .

ونتيجة لذلك ذهبت العديد من احكام التحكيم الصادرة عن غرفة التحكيم بباريس الى تبني مبدأ صحة الاتفاق التحكيمى دونما اعتداد باى قانون وطنى ، وذلك حتى قبل صدور حكم محكمة النقض فى قضية DALICO الشهيرة بيد ان احكاما اخرى رفضت هذه القرينة واستعانت فى سبيل الوقوف على صحة الاتفاق بقانون دولة المقر عند اغفال الاطراف عن تحديد هذا القانون ،

ومن الاحكام التى صدرت تحت مظلة الغرفة والتى انتهى فيها المحكم الى التقرير بصحة الاتفاق المانح للاختصاص دونما اعتداد باى قانون وطنى ، الحكم الصادر فى القضية رقم ٤١٣١ بتاريخ ٢٢ / ٩ / ١٩٧٢ (١٢٩) ، حيث استبعدت هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على سند من أن استقلالية الاتفاق تقتضى استقلاله بنظامه القانونى المتميز عن القانون الذى يحكم . العقد وانتهت الى ان الوقوف على تحديد نطاق وآثار شرط التحكيم يكون من خلال الارادة المشتركة للاطراف ، وعادات واعراف التجارة الدولية . واسست هذا الاستنتاج على ان مجرد اختيار الاطراف لغرفة التجارة الدولية بباريس للفصل فيما بينهم من منازعات يفضى الى اتجاه ارادتهم نحو ادماج نصوص لاثحتها فى العقد المبرم بينهما ، ولما كانت هذه اللائحة تمنح المحكم سلطة البت فى اختصاصه دون ان تلزمه بتطبيق قانون وطنى معين ، فإن للمحكمة كامل الحرية فى استخلاص القواعد التى يمكن بمقتضاها الوقوف على صحة ونطاق وآثار شرط التحكيم .

كما نلاحظ ذات الاتجاه فى الحكم الصادر فى القضية رقم ٤٣٨١ لعام ١٩٨٦ (١٣٠) ، حيث قررت المحكمة أنه إزاء عدم اتفاق الاطراف بشأن القواعد الواجبة الاعمال بشأن صحة الاتفاق التحكيمى ، فإن للمحكمة كامل الصلاحية فى اختيار هذه القواعد دون ان تكون ملزمة فى ذلك بقانون معين ، وانتهت المحكمة الى ان ارادة الاطراف

(١٢٩) انظر

Sentence . C . C . i , rendue a Paris dans L'affaire n ' 4131 en 23 / 9 / 1982 ,
Rev , arb , 1984 , P . 137 , ets , note , Y .DERAIN .

(١٣٠) انظر

Sentence , C . C . I rendue a stockHolm dans , L'affaire n ' 4381 en 24 / 9 /
1986 , clunet , 1986 , P . 1103 ets , note , P . Mayer .

المشتركة والتي يمكن استخلاصها من ظروف ابرام العقد وتنفيذه ستكون المرجعية في الوقوف على صحة الاتفاق مع الاخذ في الاعتبار عادات واعراف التجارة الدولية وبشرط عدم معارضتها لقواعد التحكيم في الدول المعنية .

وبإمعان النظر في كلا الحكمين نستطيع أن نقرر بإطمئنان ، أن مبدأ الصحة لا يعنى حيازة الاتفاق التحكيمي للحصانة التي تتأى به عن البطلان أو الانعدام ، وإنما غاية المبدأ هي تعزيز نظام التحكيم ، فمجرد الاتفاق كاف لتحريك هذا النظام ، اما الوقوف على حقيقة الاتفاق فمسألة لا بد من تقديرها وفق النظام القانوني المناسب . ذلك ان من شأن الصحة المطلقة هو عدم إثارة اى نزاع حول الاتفاق ، وهو ما لا يجوز من ناحية ، ويخالف ما هو مشاهد عملا في المنازعات التحكيمية من إثارة الخصم للشكوك حول صحة هذا الاتفاق .

هذه الملحوظة يؤكدتها الحكم الصادر تحت مظلة الغرفة في القضية رقم ٥٧٣٠ لسنة ١٩٨٨^(١٣١) ، حيث رفضت هيئة التحكيم الاخذ بالقاعدة الموضوعية التي قررها القضاء الفرنسي ، وقررت ان اتفاق التحكيم يجب ان يستمد قوته الملزمة من نظام قانوني معين^(١٣٢) ، واستطردت ، انه اراء اختيار الاطراف لقانون العقد ، واغفالهم هذا الاختيار بالنسبة للاتفاق ، فإن محكمة التحكيم صارت صاحبة الاختيار بموجب تفويض الاطراف المستمد من سكوتهم عن الاختيار ، وانتهت المحكمة الى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون مقر التحكيم وذلك بعد رفضها تطبيق قانون بلد الابرام لعدم اتساقه مع نصوص اتفاقية نيويورك ، ولاتفاقية جنيف ، كما اسست رفضها على عدم اعمال القانون الموضوعي المختار من جانب الاطراف على تلك الاستقلالية التي يتمتع بها الاتفاق والتي تسمح بخضوعه لنظام قانوني مغايرا لما يختاره الاطراف بخصوص موضوع العقد الاصلى خاصة وان الاطراف اغفلوا تماما هذه الجزئية .

(١٣١) انظر

Sentence , C . C . I . rendue a Paris , dans L'affaire N ' 5730 en 24 / 8 / 1988 , Rev , arb , 1991 , P . 125 , et s . s

(١٣٢) راجع د / سراج ابو زيد - المرجع السابق - ص ٢٦٠

ويبقى التساؤل عن اطر الاستقلالية عن العقد الاصلى ، هذا ما سنلقى عليه
الضوء فيما يلى :

المطلب الثانى

استقلالية الاتفاق عن العقد الاصلى

مقدمة

مضت الاشارة الى ان المغزى الحقيقى للاستقلالية يكمن فى تعزيز نظام التحكيم
فى مواجهة القضاء ، وما الاستقلالية فى مواجهة العقد الاصلى الا حلقة من حلقات هذا
الغرض .

وقد لاح المفهوم الاول لهذا المبدأ فى مواجهة العقد الاصلى ، فلا بطلان الاخير
أو انعدامه يؤثر على الاتفاق ، ولا بطلان هذا الاتفاق ينال من العقد . وعلة ذلك ترد
الى ذات علة الاستقلالية فى مواجهة القضاء وهى احاطة النظام التحكىمى باكبر قدر
من الحصانة والفاعلية ، بحيث ينعقد له الاختصاص حتى مع بطلان العقد الاصلى .
وحتى تكتمل حلقة الاستقلالية فى مواجهة العقد الاصلى ، راح الفقه تسانده احكام
القضاء يروج لاعلى مظاهرها ، نكرس للاتفاق التحكىمى نظاما قانونيا خاصا به ،
يتلاءم مع وظيفته ، ويدعم فى الوقت ذاته من " استقلالية التحكيم فى مقابلة للقضاء".
وليس بالضرورة ان يختلف النظام القانونى للاتفاق عن العقد الاصلى ، فكما سنرى من
غير المستبعد خضوعها لقانون واحد فى بعض الاحيان كقانون الارادة ومع ذلك يبقى
للاتفاق طبيعته الخاصة التى قد تفضى الى استثنائه بنظام قانونى مغاير . وسوف
نعرض فيما يلى لحدود استقلالية الاتفاق عن العقد الاصلى ، ثم لاثار الاستقلالية على
النظام القانونى للاتفاق .

حدود استقلالية الاتفاق عن العقد الاصلى

من خلال حكمين متتابعين مختلفين ، ورغم اتحاد ظروفها ، يمكن التعرف على
حدود مبدأ استقلالية الاتفاق عن العقد الاصلى .

اما القضية الاولى فتخلص وقائعها فى ذلك النزاع بين شركة مقاولات يونانية وبين
مجموعة من الاشخاص التابعين لدولة اسلامية حول مقدار العمولة المرصودة نظير

سعيهم لدى السلطات كيما تتمكن الشركة من التعاقد مباشرة مع الحكومة بطريق الممارسة^(١٣٣) واتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس لتسوية أى خلاف قد ينشأ بينهما . ونتيجة لتوقف الشركة عن سداد باقى العمولات الامستحقة لجأ الطرف الآخر للتحكيم . وتمسكت الشركة اليونانية بعجزها عن الحصول على أية مبالغ فضلا عن خسارتها الجسيمة نتيجة قيام حكومة ثورية جديدة بالبلاد ، ورغم ما ينطوى عليه موضوع العقد من مخالفة صارخة للنظام العام الدولى لكونه يتعلق بالاتجار بالنفوذ والرشوة .

الا ان المحكم قرر اختصاصه بنظر الدعوى مستندا فى ذلك الى استقلاليه الاتفاق عن العقد الاصلى ، رغم ذلك انتهى الى رفض الدعوى^(١٣٤)

اما القضية الثانية فتتعلق بالعقد المبرم بين شخص ارجنتينى ، وشركة مقاولات انجليزية وبموجبه يلتزم الطرف الاول بتسهيل حصول الشركة على عقد مقاوله ضخم من خلال استغلال نفوذه ونفوذ اقاربه مقابل عموله ، واتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم غرفة التجارة بباريس لحسم اى نزاع يثور بينهما . وقد حصلت الشركة على العقد الموعد به دون ان تقى بما تعهدت به . وعندما عرض النزاع على المحكم اثار مسالة مشروعيتها محل العقد الاصلى . حيث ارتأى عدم مشروعية ظاهرة ليس فقط وفق القانون الفرنسى وهو قانون بلد مقر التحكيم ، ولا القانون الارجنتينى . قانون بلد محل التنفيذ . وانما ايضا وفق النظام العام الدولى بيد ان اللافت للنظر والانتباه ان المحكم تقضى بعدم الاختصاص .

وبامعان النظر فى كلا الحكمين ، نجد ان الحكم الاول كرس مبدأ الاستقلالية بحسبان ان بطلان العقد الاصلى لا يؤدى الى بطلان الاتفاق ، حيث يظل هذا الاخير صحيحا فى ذاته منتجا لآثاره فى عقد الاختصاص للمحكم بنظر موضوع النزاع فى حين

^(١٣٣) لمزيد راجع د/ سامية راشد التحكيم فى العلاقات الدولية..... مرجع سابق - ص ١٤٣ وما بعدها .

^(١٣٤) راجع هذا الحكم المنشور

Julian D . M , law , Applicable law in international commercial arbitration , Dobbs Ferry , New York , 1978 , P . 554

مشار اليه لدى د / سامية راشد - المرجع السابق - ص ١٤١ .

ربط الحكم الثانى بين محل العقد الاصلى ، وموضوع المنازعة محل المهمة التحكيمية وانتهى الى ان سبب بطلان العقد الاصلى هو ذاته الذى يصيب الاتفاق بالعوار ، وانتهى الى الحكم بعدم الاختصاص دون ان يعر استقلالية هذا الاخير ثمة اعتبار (١٣٥) .

الامر الذى يدعو للتساؤل عن اى من المحكمين أولى بالتأييد ، فى الحقيقة يصعب الاجابة على التساؤل السابق دون الوقوف على سبب الاستقلالية ، وحدورها .

سبب الاستقلالية

عرضنا فيما سبق لاساس ومبررات الاستقلالية ، ومن ثم نحيل اليها منعاً للتكرار^(١٣٦)، وحسبنا الاشارة الى ان دواعى الاستقلالية تكمن فى الرغبة فى ان يحوز التحكيم وثبة تصل به الى مرتبه ان لم تكن اعلى فعلى الاقل تكون مساوية لمرتبه القضاء^(١٣٧) بمعنى آخر ، ان مناصرى هذا النظام ومؤيدوه لا يترددون لحظة فى ارساء كل ما من شأنه تعزيز وتدعيم هذا النظام ، بغية الافلات بكل السبل ليس فقط من القضاء الوطنى لاحدى الدول ، وانما أيضا من كافة النظم القانونية الوطنية^(١٣٨) ، ووجد هؤلاء مآربهم فى مبدأ الاستقلالية . ولئن كان مفهوما أن هذه الاستقلالية انما هى فى مواجهة القضاء ، الا ان استمرارها فى مواجهة العقد الاصلى لها ما يبررها . فهى بالدرجة الاولى تساند الاستقلالية فى مواجهة القضاء . آية ذلك ان أى بطلان أو انعدام أو فسخ أو انتهاء للعقد الاصلى لن يحول بين المحكم وبين اختصاصه بالبث فى مسألة هذا الاختصاص ، ولا من نظر موضوع المنازعة .

ولا يثير البحث عن سبب استقلالية الاتفاق عن العقد الاصلى ثمة صعوبة ، فمن الناحية الموضوعية فكلاهما مختلفان اشخاصا ومحلا وسببا ، فاشخاص العقد الاصلى

(١٣٥) راجع د / سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - مرجع سابق - ص ١٤٥

(١٣٦) انظر ما سبق ص

(١٣٧) قرب من ذلك د / احمد حشيش - طبيعة المهمة مرجع سابق , ص ٢٧٥ وما بعدها .

(١٣٨) راجع د / مختار بربرى - المرجع السابق - ص ٨ وما بعدها , ود / حفيظة الحداد - الرقابة القضائية على احكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة - دار الفكر الجامعى - ٢٠٠٠ ص ٥

هم الأطراف ، ومحلّه هو الموضوع او الموضوعات التي من اجلها ابرم هذا العقد ، اما السبب فهو رغبة كل طرف في تحقيق مصلحة قانونية مشروعة يحميها القانون . وعلى العكس من ذلك فإن اشخاص الاتفاق التحكيمي هم الاطراف بادعاءاتهم ، والمحكومون الذين يفصلون فيها ، ومحلّه هو المهمة التحكيمية بما تتضمنه من مفردات المنازعة المطروحة على المحكم ، اما السبب في الرغبة في تجنب القضاء واللجوء للتحكيم (١٣٩)

وتقتضى هذه المغايرة استقلال كل منهما عن الآخر . ونتيجة لذلك لن يمتد اثر العوار الذي يصيب العقد الاصلى الى الاتفاق ، كما أن ما يصيب هذا الاخير من اوجه البطلان تمتد الى العقد الاصلى (١٤٠) ، وامعانا في هذه الاستقلالية شرعت قاعدة الصحة الذاتية للاتفاق لضمان استمرار هذه الاستقلالية سواء في مواجهة القضاء ، او في مواجهة العقد الاصلى ، فصار للاتفاق نظام قانونى خاص به على ما سنرى ، يتناسب مع طبيعته القانونية ، ووظيفته التحكيمية (١٤١)

ولئن منحت الاستقلالية على النحو المتقدم شرط التحكيم نوعا من المناعة الذاتية ، التي تجعله في مأمن من كل خطر يهدد العقد ، وتعطى للتحكيم التجارى الدولى نوعا من التميز (١٤٢) ، الا أن ذلك لا يقطع بحصانه الاتفاق على الدوام ، فالنظام العام الدولى يعد مبدأ لا يمكن تجاهله . الأمر الذى يدعو للتساؤل عن حدود هذه الاستقلالية.

حدود الاستقلالية

يصعب من الناحية النظرية التسليم بالاستقلالية المطلقة، لأنه من غير المستبعد ان يطل بطلان العقد او انعدامه الاتفاق التحكيمي ذاته المثال الواضح الذى يمكن طرحه يتعلق بموضوع العقد. فلو ان العقد ابرم بمناسبة تسهيل الحصول على رشوة، أو كان

(١٣٩) راجع رسالة ميشيل نصر حكيم معوض السابق الاشارة اليها ص ٩٢ وما بعدها , ود/ مصطفى الجمال , ود / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٣٥٤ , ود/ احمد حشيش - المرجع السابق - ص ٢١٤

(١٤٠) راجع د / حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة مرجع سابق - ص ٤٤ وما بعدها

(١٤١) انظر ما يلى ... ص

(١٤٢) راجع د / جمال محمود الكردى - القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ - ص ٣٦ .

باعثه الفساد، أو تعلق بتجارة محرمة، كتجارة المخدرات أو الاسلحة أو اى سلعة غير قابلة للتداول على نحو غير قانونى . فان مصير هذا العقد هو البطلان سواء عرض الامر على القضاء او على التحكيم، وإذا كان التحكيم سبيل الاطراف فى حسم مثل هذه المنازعات فإن وثيقة المهمة المنبثقة عن الاتفاق سوف تتضمن تحديدا الموضوع المنازعة على نحو يتلامس مع موضوع العقد الاصلى. فإذا ما كان محل العقد باطلا على هذا النحو، فان مصير هذا الاتفاق هو البطلان، وسوف يتأكد هذا المصير لكل من العقد والاتفاق فى الفرض الذى يتحد فيه القانون الحاكم للعقد الاصلى، وللاتفاق نفس النتيجة سوف تتحقق فيما لو لم تتلق ارادة الاطراف ابداء، هذه الفرضية وان كانت تصلح فى شأن التحكيم الوطنية^(١٤٣)، الا انها لا تستقيم بشأن التحكيم الدولى^(١٤٤) فلئن كان من المتصور نظريا امتداد اثر بطلان العقد الى الاتفاق فى بعض الحالات ، الا انه من الناحية العملية يصعب التسليم بذلك فاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلى باتت من المسلمات سواء فى الاتفاقيات الدولية ، او القوانين الوطنية ، او لوائح التحكيم او احكام القضاء الوطنى او التحكيمى ، بل ان الفقه فى مجموعه لم يبد ثمة اعتراض حول اعمال هذا المبدأ بحسبان انه صار يشكل احد القواعد المادية التى يقوم عليها نظام التحكيم الدولى^(١٤٥) .

وبهذه المثابة لا ينال انعدام العقد او بطلانه من الاتفاق المانع للاختصاص ، إذ يبقى هذا الاخير مرتباً لآثاره فى عقد الاختصاص للمحكم بالنظر فى كافة الادعاءات ولو تعلقت بمسألة اختصاصه . هذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية حينما قررت صحة اتفاق التحكيم حتى فى حالة الادعاء بانعدام العقد الاصلى الذى لم يدخل خير التنفيذ اذا انصب النزاع حول ابرامه^(١٤٦) ونتيجة لذلك فان صحة الاتفاق ونفاذه لن تتاثر

^(١٤٣) راجع د / شحاته غريب شلقامى - اشكالات اتفاق التحكيم - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٥ - ص ٤٤ .

^(١٤٤) المرجع السابق .. ص ٤٧ .

^(١٤٥) انظر B . Goldman ; " Arbitrage commercial international convention d'arbitrage . Generalites . Autonomie et princip de validite loi Applicable " , J . cla , droit - international , Fasce , 586 - 1 , 1989 , n ' 1 .

^(١٤٦) انظر B . Goldman . Cass-civ , 6 dec 1988 , Rev . Arb , 1989 , p 611 , note B .

تتأثر بمصير العقد الاصلى^(١٤٧) ، بمعنى ان بطلان هذا الاخير أو فسخه أو انقضائه لن ينل من صحة اتفاق التحكيم^(١٤٨) ، ومع ذلك يذهب جانب من الفقه الى انه من الصعب ان تقبل بصحة اتفاق التحكيم واستقلالته فى حالة ما اذا كان العقد الذى يتضمنه ليس له وجود ، فمن غير المتصور ان نزع ان ارادتين لم تلتقيا يمكن ان تصلح للاتفاق على التحكيم^(١٤٩)

فى حين يرى جانب آخر من انه لا مبرر لاستبعاد استقلالية اتفاق التحكيم لمجرد ادعاء احد الاطراف بعدم وجود العقد الاصلى ، لان من شان ذلك فتح الباب امام الوسائل الاحتياطية للنيل من التحكيم ، ولهذا فإن لمبدأ الاستقلالية اهمية فى تخطى مثل هذه العراقيل^(١٥٠)

نخلص مما تقدم ان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلى يمثله نقطة ارتكاز بالنسبة للتحكيم ، فالطعن فى العقد الاصلى ايا كان سببه ، او مداه ، هو فى حقيقته طعن فى اختصاص المحكم ، ومن ثم فلا جدوى من اى تقييد لهذا المبدأ ، خاصة وانه مدعم بمبدأ آخر هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وهذا الاخير يعطى للمحكم مكنه البت فى مسالة اختصاصه حتى مع الادعاء ببطلان الاتفاق .

لقد اصبح مبدأ الاستقلالية أحد القواعد المادية التى يركز عليها نظام التحكيم قوامه ان الاتفاق هو الاتفاق ، فمجرد الاتفاق على التحكيم كاف لعقد الاختصاص للمحكم

وانظر JAQET , J . M ;le contrat international , Dallog , 1992 , p . 28 .
وانظر MOREAU . B ; Arbitrage international , Encyclopedie , Dallog , Mars , 2001 , p . 4 , ets .

^(١٤٧) راجع د / مصطفى ترارى - التحكيم التجارى الدولى فى الجزائر اثر صدور المرسوم التشريعى رقم ٩ لسنة ١٩٩٣ - مجلة الدراسات القانونية - دار القبة للنشر والتوزيع - العدد الثالث - ٢٠٠٣ - ص ١٩ .

^(١٤٨) PH . FOUCHHARD , E. GAILLARD , B . Goldman ; traite de l'arbitrage commercial international , litec , 1996 , p 226 .

^(١٤٩) انظر

P . MAYER ; l'autonomie de L'arbitre dans l' appreciation de sa proper competence , R . C . A . D , I , 1989 , 133 ets .

^(١٥٠) انظر

B. Goldman ; Aerbitrage commercial international , J . cla , Fasce , 1054 , 1994 , P . 79 .

بالنظر فى كافة الادعاءات المطروحة . بيد ان تلك الحصانه التى يتمتع بها الاتفاق ليست مطلقة وانما مقيدة بقواعد النظام العام الدولى ^(١٥١) ، يبقى ان نشير الى التساؤل السابق الذى ارجانه والمتعلق باى من الحكمين يمكن ان نرجح .

الحكم الراضى للدعوى اولى بالتأييد

اصدر المحكم حكمه بعدم الاختصاص فى النزاع بين شركة المقاولات الانجليزية والشخص الارجنينى ، فى حين قضى المحكم برفض الدعوى فى نزاع الشركة اليونانية والوسطاء والتابعين لدولة اسلامية من دول الشرق الاوسط .

وفى معرض التقدير لكلا المحكمين يتعين سرد مجموعة من الحقائق ، فلقد اصبح مبدأ الاستقلالية قاعدة موضوعية مسلمة فى قضاء التحكيم ، وقد لازم ذلك مبدأ الصحة الذاتية لهذا الاتفاق ، والذى توج ذلك بمبدأ اختصاص المحكم بالبت فى مسألة اختصاصه ، وكل هذه المبادئ موضع اعتراف من كافة النظم المعينة بالتحكيم ، واذا كان المحكم كالقاضى ، وكان على الاخير ان يزن الدفع بعدم اختصاصه ، ثم يقرر ما اذا كان مختصا ام لا . فان الامر على خلاف ذلك بالنسبة للمحكم الذى انعقد له الاختصاص بالفعل على النحو السابق ، ومن ثم فمن العصى قبول عدم اختصاصه، حتى ولو شاب الاتفاق المانع للاختصاص ثمة عوار .

وعلى صعيد آخر ، يتعين استبعاد المفاهيم التقليدية كفكرة انعدام العقد او بطلانه واسقاطها بصورة آلية بصدد المنازعات المعروضة على المحكم لتجنب استمراره فى مهمته ، وذلك ان من شان هذا الاسقاط التقليل الى حد كبير من استقلالية هذا الاتفاق ، والنيل من نظام التحكيم ، على غير ما هو مشاهد من استثناء نظامه وسيادته فى مجال التجارة الدولية ، وعقود الاستثمار ، وعقود نقل التكنولوجيا ، ولهذا فإنه من غير المستساغ اقصاء المحكم عن نظر المنازعة فى كل مرة ينازع فيها احد الاطراف فى صحة العقد والاتفاق ، فمثل هذا الهدف يناقض المبادئ المستقرة السابق عرضها .

(١٥١) راجع د / حفيظة الحداد - المرجع السابق - ص ٩٦ .

وفى ضوء ما تقدم يجب التفرقة بين التسليم بالاختصاص للمحكم ، وبين الهدف الذى يبيغيه الاطراف . فالاختصاص اصيل للمحكم ، اما ما قد ينتهى اليه فمرده لتقديره حسب ظروف الدعوى وملاساتها ، ان ما تثيره هذه المسألة يثير الشك والريبة حول اختصاص المحكم وهو امر ترديه الاحكام التى عرضناها . فالحكم بعدم الاختصاص السابق عرضه صحيح لان موضوع العقد والاتفاق كليهما باطل ، والحكم برفض الدعوى صحيح ، ويتفق مع مؤدى المبادئ السابق عرضها . ولكن الميل لن يكون فى صالح الحكم بعدم الاختصاص . ذلك ان المحكم مختص ، ومن ثم لن يكون مقبولا منه القضاء بعدم اختصاصه ، وعلى فرض صحة هذا القضاء ، فان طريق الاطراف سيتجه نحو القضاء ، وعلى فرض نظر الاخير للدعوى ، فان المآل الطبيعى لهذه الدعوى هو الرفض وهو ما يلتقى مع الحكم الراض لموضوع الدعوى التحكيمية وهو الاجدر بالتأييد خاصة وانه ليس الحكم الوحيد فى مثل هذا النوع من المنازعات .

ويبقى التساؤل على اثر هذه الاستقلالية على النظام القانونى للاتفاق التحكيمى .

هذا ما سنحاول القاء الضوء عليه فيما يلى :

الاستقلال القانونى لاتفاق التحكيم

لم يعد ممكنا النظر الى اتفاق التحكيم على انه مجرد بند من بنود العقد الاصلى ، وملحقا به ، بعدما استقرت قاعدة استقلالية هذا الاتفاق عن العقد الاصلى . فعلى الرغم من ان هذا الاتفاق غالبا ما ياتى مندمجا مع العقد الاصلى من الناحية المادية ، الا ان ذلك لا يحول دون تمتعه باستقلال قانونى يسمح بخضوعه لنظام قانونى يتناسب مع ذاتيته وطبيعته التى تميزه عن سائر الاتفاقات الاخرى .

والحق ان هذا الاثر مهد الطريق نحو الاخذ بمبدأ الاستقلالية فى ثوبه الجديد^(١٥٢)

والمتمثل فى مبدأ الصحة الذاتية لاتفاقية التحكيم، ولهذا اصبحت هذه القاعدة المادية محل اعتبار حال البحث عن القانون الواجب التطبيق بشأن تلك الاتفاقية، للدرجة التى يمكن معها القول بأنها منحت نظام التحكيم الدولى الحق فى تقرير مصيره بعيدا عن

(١٥٢) للمزيد من التفاصيل - راجع د / مصطفى ترارى - المرجع السابق - ص ١٢ .

النظم القانونية الوطنية ، وبعبارة عن قانون العقد الاصلى . والذي لاشك فيه ان استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الاصلى وانفراده بنظام قانونى يتناسب مع وظيفته ، فضلا عن افتراض صحته كلها مسلمات لا تقبل اثبات العكس فى شان اسناد الاختصاص لقضاء التحكيم، بيد ان مدى هذه الاستقلالية وافترض الصحة فموكول امرها للمحكم، ولن يتسنى للاخير الوقوف على سلامة الاتفاق دون الرجوع لنظام قانونى يقر له بذلك. ولئن كان النظام القانونى لاتفاق التحكيم وثيق الصلة بمسألة القانون الواجب التطبيق عليه، وتلك ستكون موضع عناية الفصل الثانى من هذه الدراسة^(١٥٣)، الا انه حسبنا الاشارة الى ان جانبا من الفقه عبر عن امكانية انفراد الاتفاق التحكىمى بنظامه القانونى كأثر لاستقلالته عن العقد الاصلى، باستقلالية الاسناد^(١٥٤). وبموجبها يجوز للاطراف باختيار اكثر من قانون يعنى كل واحد منها بجانب او اكثر من جانب النزاع^(١٥٥) .

وقد أكد المشرع السويسرى على هذا النوع من الاستقلالية من خلال نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٢/١٨٧ من القانون الصادر لسنة ١٩٨٧ . فبعد ان قررت الفقرة الثالثة استقلال الاتفاق عن العقد الاصلى عنيت الفقرة الثانية بتكريس قاعدة اسناد تخص هذا الاتفاق ، ووفقا لها يكون النظر فى سلامة الاتفاق التحكىمى من خلال القانون المختار، او القانون الذى يحكم العقد الاساسى ، أو القانون السويسرى^(١٥٦)

وقد سائر المشرع الانجليزى نظيره السويسرى فى هذا الشأن، هذا ما توضحه المادة ٤٦ من قانون التحكيم لعام ١٩٩٦، فعلى الرغم من ان عناية هذا النص تتعلق بالقانون

^(١٥٣) انظر ما يلى

^(١٥٤) انظر

PH Fouchard : les conflit de loi.....op . cit , 221 , ets . & P. MAYER ; Droit de L'arbitrage international ,..... op cit p . 86 ets .

^(١٥٥) راجع د / هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - دار الفكر الجامعى - ٢٠٠١ ص ٢٦٤ وما بعدها .

^(١٥٦) تنص المادة ١٨٧ من القانون الدولى الخاص السويسرى الصادر فى ١٨ / ١٢ / ١٩٨٧ على انه :

١ - يعتبر العقد التحكىمى صحيحا من حيث الشكل اذا كان مكتوبا
٢ - ويعتبر صحيحا فى الاساس اذ كان يلبى الشروط التى يفرضها اما القانون الذى اختاره الاطراف , او القانون الذى يرفع موضوع النزاع ولا سيما القانون الذى يرفع العقد الاساسى , او القانون السويسرى .
٣ - لا يجوز الادعاء بعدم صحة العقد التحكىمى لعدم صحة العقد الاساسى نفسه او لان العقد التحكىمى يتعلق بنزاع لم ينشأ بعد .

الذى يحكم الموضوع، الا انها اشارت الى انه فى حالة عدم الاختيار، وعدم امكانية الكشف عن الارادة الضمنية، فان قانون دولة المقر سيكون محل اعتبار لدى هيئة التحكيم، وتبرير ذلك، حسبما اشار النص، ان هذا القانون اوثق صلة باتفاقية التحكيم .
والاشارة الاخيرة تعنى امكانية خضوع الاتفاق لهذا القانون ، فى الوقت الذى يختار فيه الاطراف صراحة او ضمنا قانونا آخر ليطبق على العقد الاصلى ^(١٥٧) ، وهو ما يقطع بامكانية استقلال الاتفاق بنظام القانونى المغاير لما يخضع لع العقد الاصلى .
وعلى صعيد آخر يمكن استلزام هذا الاثر من خلال قانون المرافعات الفرنسى ، فقد اناطت المادة ١٥٠٩ بايكال امر اجراءات التحكيم الى ما يتفق عليه الاطراف مباشرة، او بالاحالة الى احد لوائح التحكيم ، وفى حالة سكوت الاطراف عن هذا الاختيار، تتولى هيئة التحكيم مهمة تحديد هذه الاجراءات ثم تاتى المادة ١٥١١ / ١ لتوضح ان القانون المختار هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع . وعند عدم الاختيار تتولى هيئة التحكيم هذه المهمة ^(١٥٨)

وبهذه المثابة يكون المشرع قد افصح عن امكانية خضوع الاتفاق لقانون غير قانون العقد الاصلى ، بيد انه تجدر الاشارة الى ان المشرع الفرنسى لا يستطيع التصريح مباشرة بالقانون الواجب التطبيق بشأن الاتفاق بحسبان ان قضائه مستقر بشأن القاعدة المادية التى تقضى بصحته دونما اعتداد بما يقرره اى تشريع وطنى فى هذا الشأن ^(١٥٩)
ومع ذلك يمكن الاهتداء الى تلك النتيجة بطريق غير مباشر من خلال نص المادتين سالفتى الذكر فاخذا بالتكييف الاجرائى يخضع الاتفاق لقانون الارادة ، وعند

^(١٥٧) تنص المادة ٤٦ من قانون التحكيم الانجليزى لسنة ١٩٩٦ على انه " تطبيق هيئة التحكيم القانون الموضوعى الذى تختاره الاطراف ، وفى حالة عدم الاتفاق ، يطبق القانون الذى تشير به الارادة الضمنية للاطراف ، وفى حالة استحالة اكتشاف الخيار الضمنى ، ستأخذ الهيئة فى الاعتبار القانون الاوثق صلة باتفاقية التحكيم وهو قانون دولة مقر التحكيم " .

^(١٥٨) تنص المادة ١٥٠٩ مرافعات فرنسى على انه " اتفاق التحكيم يمكن سواء مباشرة او عن طريق الاحالة الى احد انظمة التحكيم أو الى قواعد الاجراءات ، تحديد الاجراءات المتبعة فى خصومة التحكيم . وفى حالة سكوت اتفاق التحكيم ، تحدد محكمة التحكيم الاجراءات بقدر ما يلزم ، سواء مباشرة ، وتنص المادة ١٥١١ / ١ على ان " محكمة التحكيم تفصل فى النزاع وفقا للقواعد القانونية التى اختارها الاطراف ، وعند عدم الاختيار فوفقا للقواعد التى تقررها ملانمة " .

^(١٥٩) انظر ما سبق ص

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

غيابها وفقا للقانون الذى تقرره هيئة التحكيم انه مناسب وملئم ، ووفقا للتكييف العقدى
سوف يخضع هذا الاتفاق لقانون الارادة ، وعند سكوتها فللهيئة اختيار القواعد التى ترى
مناسبتها لموضوع النزاع (١٦٠)

وهكذا ليس بالضرورة ان يتحد قانون العقد وقانون الاتفاق . وهذا الاستنتاج يمكن
ان يمتد ايضا الى كافة القوانين التى اغفلت هذه المسألة كالتشريع المصرى مثلا (١٦١)
بيد انه يتعين الاخذ فى الاعتبار بقاعدة الاسناد التى اوردتها اتفاقية نيويورك فى
هذا الصدد ، بحسبان ان انضمام الدولة المعينة الى هذه الاتفاقية سوف يلزمها باعمال
مقتضى احكامها خاصة ما تعلق منها باتفاقية التحكيم .

وموقف الاتفاقية من مسألة الاستقلال القانونى للاتفاق ، وافصحت عنه المادة ٥ /
١ وهى بصدد تعدادها لحالات رفض الاعتراف بالحكم التحكىمى فقد قررت هذه المادة
انه عند المنازعة فى صحة الاتفاق فان المرجعية فى سلامته تكون لقانون الارادة ،
ولقانون دولة صدور الحكم . المقر . فى حالة عدم الاختيار (١٦٢) .

ومن جانبها اكدت اتفاقية روما ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق بشأن
الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ ، هذا النوع من الاستقلالية وشارتها الى ان للمحكمن
اخضاع هذا الاتفاق لقانون مغاير عن ذلك الذى يخضع له العقد الاصلى (١٦٣)

(١٦٠) انظر لا حقا ص

(١٦١) كرس المشرع المصرى استقلالية الاتفاق عن العقد الاصلى من خلال نص المادة ٢٣ دون ان يشر
الى استقلاله القانونى . بيد انه يمكن استخلاص هذه الاستقلالية من خلال نص المادة ٢٥ التى منحت
الاطراف حرية اختيار القواعد الاجرائية الواجبة الاعمال وعند سكوت الاطراف ، يكون لهيئة التحكيم
اختيار الاجراءات المناسبة ، ثم تاتى المادة ٣٩ لتؤكد هذه الاستقلالية من خلال منحها الاطراف حرية
اختيار القواعد الموضوعية واجبة الاعمال بشأن موضوع النزاع ، وفى حالة عدم الاتفاق ، تطبق هيئة
التحكيم القواعد التى ترى مناسبتها لموضوع النزاع مع الاخذ فى الاعتبار لشروط العقد ، وعاداتا
واعراف التجارة الدولية ، والحرية الممنوحة للاطراف بموجب المادتين ٢٥ ، ٣٩ تسفر عن امكانية
خضوع الاتفاق لقانون غير قانون العقد الاصلى .

(١٦٢) تنص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ على انه :

١ - لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذى يحتج عليه بالحكم الا اذا قدم هذا
الخصم للسلطة المختصة فى البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على :
أ - ان اطراف الاتفاق المنصوص عليه فى المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذى ينطبق عليهم عديمى
الاهلية ، او ان الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذى اخضعه له الاطراف ، او عند عدم
النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذى صدر فيه الحكم .
(١٦٣) انظر

ولئن استقر الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم سواء في التشريعات الوطنية او في الاتفاقيات الدولية على النحو السابق ، فان الاحكام القضائية ، على كثرتها^(١٦٤) كرسست هذه الاستقلالية القانونية ، نذكر منها حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عام ١٩٩٢ في قضية " سوني تكس " ، حيث قررت " انه في مجال التحكيم التجارى الدولي يعد مبدأ صحة واستقلال شرط التحكيم تكريسا ليس فقط لاستقلالية تجاه الاحكام الموضوعية المتعلقة بالعقد الاصلى ، وانما كذلك عن القانون الداخلى الواجب التطبيق على هذا العقد^(١٦٥)

وهو ما قرره محكمة النقض المصرية بقولها " انه يرجع فى شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره الى قواعد القانون الفرنسى باعتباره قانون البلد الذى انتق على اجراءات التحكيم فيه طبقا لما تقتضى به المادة ٢٢ من القانون المدنى^(١٦٦) واللافت ان محكمتنا العليا آثرت التكييف الاجرائى للاتفاق واخضعته بالتالى لقانون بلد القاضى . المقر . وهو القانون الفرنسى ، وكان يتعين عليها ان تشير ايضا الى نص المادة ٥ / ١ من اتفاقية نيويورك خاصة وان المنازعة تتعلق بتحكيم دولى يخضع بالضرورة و قبل كل شىء لاحكام الاتفاقيات النافذه . ولئن اصبح الاتفاق التحكيمى يتمتع بكيان قانونى خاص به وليس بالضرورة ان يختلف عن وضعية العقد الاصلى ، ولكانها فرضية مطروحة غرضها المنأى بهذا الاتفاق من اى عوار قد يلحق بالعقد الاصلى ، الا ان التساؤل يثار حول القانون الواجب التطبيق بشأن هذا الاتفاق ، هذا ما سنعرضه فيما يلى .

GALLARD . E ; Arbitrage comerecial" Op . cit , p 28 ets

^(١٦٤) اكد القضاء الفرنسى فى قضية Gasset الصادر عام ١٩٦٣ على هذه الاستقلالية القانونية بقوله " ان اتفاق التحكيم له استقلال قانونى كامل يستبعد تأثره بما قد يطرأ على التصرف من بطلان أى ظرف استثنائى " وقد استبعدت محكمة النقض فى قضايا impex والصادر عام ١٩٧١ ، و Hecht الصادر عام ١٩٧٢ ، التحفظ الخاص بالظروف الاستثنائية وذلك بتقريرها صراحة ان لاتفاق التحكيم استقلال قانونى كامل فى مسائل التحكيم الدولى " . وانظر

Cass . civ , 7 mai 1963 , Rev . crit , 1963 , p . 615 , note Motvlsky . cass – civ , 18 mai 1971 , Rev , crit , 1972 , P . 124 , Rev . crit , 1974 , p . 82 , note P . level .

cass civ , 3 Mars 1992 , Rev . arb , 1993 P . 272 , note , Tallon . H .^(١٦٥)

^(١٦٦) راجع مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ ، رقم ٨٧ ، ص ٤٤٥ ، رقم ٢٧٩ - ص ١٤١٦

الفصل الثانى

القانون الواجب التطبيق بشأن شفافية اتفاق التحكيم

مقدمة

لا يحول مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ، أو مبدأ صحته دون التحقق من سلامة هذا الاتفاق . فمن غير المقبول ، ومما يجافى المنطق ، أن يوالى المحكم نظر النزاع دون أن يوالى المحكم نظر النزاع دون أن يولى الادعاء بعدم إختصاصه ثمة اعتبار . فقد سبق وأن رأينا أن المحكم فى بعض الاقضية لم يتردد فى الحكم بعدم اختصاصه معولا على ما شاب موضوع العقد الاصلى ، ومن ثم موضوع الاتفاق من مخالفة لقواعد النظام العام الدولى (١٦٧)

ومن ناحية اخرى قد يثار امر النزاع بشأن الاتفاق امام القاضى الوطنى فى حالة طلب الامر بتنفيذ الحكم أو بمناسبة الطعن فيه بالبطلان هذه الملحوظة تقودنا الى ضرورة التعرف على الآلية التى من خلالها يستطيع المحكم أو القاضى الاستيثاق من صحة هذا الاتفاق .

وفى سبيل ذلك ذهب جانب من الفقه الى ان تقدير سلامة الاتفاق أو عدم سلامته يجب أن تفيض من خلال قانون وضعى (١٦٨) .

ومع ذلك فإن قرينة الصحة سوف تضى على الاتفاق صحة ذاتية تجعل من المحكم صاحب الاختصاص للفصل ليس فقط فى الادعاء بعدم اختصاصه وانما ايضا فى حسم موضوع المنازعة المعروضة (١٦٩) .

(١٦٧) انظر الحكم ٣/١٠/١٩٦٣ en ١١١٠ , Cass , C . C . I , n , وعلى الرغم من مرور اكثر من نصف قرن على صدوره يعاب عليه أنه تضمن ما يخالف ادبيات وأسس التحكيم المعاصرة . للمزيد من التفاصيل , راجع د / محمود محمود مقربى - دور المحكم فى التصدى لمعضلة الفساد فى المجتمع التجارى الدولى - مجلة الحقوق - الكويت - العدد ٣ - الجزء الثانى - ٢٠١٨ ص ٩٤ .
(١٦٨) راجع د / طارق عبد الله عيسى المجاهد - تنازع القوانين فى عقود التجارة الدولية , رسالة دكتوراه - بغداد ٢٠٠١ ص ٦٥

وانظر DEBY . Gerard . F ; " Le role de la regle conflit dans le reglement des rapports internationaux " these , Dalloz , 1973 . P . 237 ets .
وانظر , MAYER . P . & Heulze , V ; droit international prive " 7 ed , Montchrestion , 2001 , p . 470 ets
(١٦٩) انظر ما سبق .

بيد ان المحكم ليس كالقاضي ، فالأخير وإن كان منوط به الفصل في مسألة صحة الاتفاق قانون الإرادة ، وقانون العقد ، وقانون بلد الأبرام ، وقانون بلد التحكيم كلها معايير مطروحة امام القاضي في سبيل استقصاء حقيقة سلامة أو عدم سلامة الاتفاق المانع للاختصاص ، مع الأخذ في الاعتبار بالاتفاقيات الدولية المعقودة في هذا الشأن وأخصها اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ .

ومن ناحية أخرى ليس ثمة ما يحول دون الارتكان الى القواعد المادية التي فرضت نفسها في هذا الشأن ، وباتت محل إعتبار لدى القضاء التحكيمي بعدما كرستها احكام القضاء الفرنسي .

وبهذه المثابة فإن الاتفاق التحكيمي أيا كان تكييفه اجرائيا ، أو عقديا ، يصح تقديره وفق المنهج التنازعي ، كما يصح الاعتداد في شأنه بالمنهج المادي .

ويعد قانون الإرادة أحد أهم الضوابط المعول عليها في الوقوف على صحة الاتفاق ، سواء كانت صريحة أو ضمنية (١٧٠) .

ومع ذلك يثير مبدأ الصحة الشكوك حول جدوى هذا الاختيار . فلا يمكن التسليم بان الاطراف اختاروا قانونا ليحكم اتفاقهم ، في الوقت الذي يؤدي فيه اعمال هذا الاختيار الى بطلان الاتفاق .

ومن ناحية أخرى سوف يثار التساؤل عن مآل هذا الاختيار ذلك أن قرينة الصحة سوف تردى هذا الاختيارحتى ولو كان في أعمال مقتضاه ما يبطل الاتفاق . وعند غياب الاختيار الصريح أو الضمني من جانب الاطراف يكون منوطاً بالمحكم أو القاضي تحديد القانون الواجب الاعمال في هذا الشأن .

ومن غير المستبعد اللجوء الى المنهج التنازعي الذي يقتضى اعماله تكييف الاتفاق المانع للاختصاص ، وقد يسفر هذا التكييف عن اعمال القانون الواجب التطبيق على

(١٧٠) راجع نص المادة ١٩ مدنى مصرى ، والمادة ٢٥ مدنى عراقى ، والمادة ٢٠ مدنى أردنى ، والمادة ٣٥ من القانون الدولى الخاص النمساوى ، والمادة ٢٤ من القانون الدولى الخاص المجرى ، والمادة ٢٤ من القانون الدولى الخاص التركى ، والمادة ٢٧ من القانون المدنى الألمانى ، ونص المادة الثانية من اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولى للمنقولات المادية ، والمادة الثالثة من اتفاقية روما ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، والمادة السابعة من اتفاقية لاهاي ١٩٨٥ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق الدولى للبضائع الخ

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

العقد اذا ما نظر الى من هذه الزاوية ، أو الى اعمال القانون الاجرائى اذا ما نظر الى
الاتفاق على انه اجراء .

وعلى صعيد آخر قد يفضل المحكم . وهو السائد . إعمال مقتضى القاعدة المادية
التي تقر صحة الاتفاق دونما اعتداد بأى قانون وطنى .

بيد أن هذه الاخيرة لم تلق اجماع الفقه ، حيث تحفظ البعض على اطلاقها ، مرتبا
على ذلك ضرورة الاعتماد بقانون وطنى ذو صلة بالاتفاق للتحقق من صحته .

وسوف نعرض فيما يلى لخضوع الاتفاق التحكيمى لقانون الارادة " مبحث أول " ،
ثم القانون الواجب التطبيق عند غياب الاختيار " مبحث ثان " وذلك كما يلى :

المبحث الاول : خضوع الاتفاق التحكيمى لقانون الارادة

المبحث الثانى : القانون الواجب التطبيق على الاتفاق التحكيمى عند غياب الاختيار .

المبحث الاول

خضوع الاتفاق التحكيمى لقانون الارادة

الاعتداد بقانون الارادة

لعل أفضل ما يمكن تقديمه لضمان اليقين القانونى الواجب توافره لدى المتعاقدين
فى مجال التجارة الدولية هو منح هؤلاء حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على
عقودهم ^(١٧١) ولهذا تجمع التشريعات على اختلاف مذاهبها على اخضاع هذه العقود
لقانون الارادة ^(١٧٢)

فلئن كان للارادة دورها فى انشاء التصرفات القانونية وتحديد الآثار التى ترتب
عليها ^(١٧٣) ، فلا أقل من منحها القدرة على اختيار النظام القانونى الذى يحكمها .

^(١٧١) قرب من ذلك د / احمد عبد الحميد عشوش - قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة - مطبعة
النهضة - ١٩٨٩ ص ٨٣ ، وأيضا د / عبد المنعم زمزم - قانون التحكيم الالكترونى - مرجع سابق -
ص ٢٣٩

^(١٧٢) راجع نص المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى ، والمادة ٢٠ من القانون المدنى الأردنى ،
والمادة ١٨ من القانون المدنى الجزائرى الخ ، وكذلك المادة ١٩ من القانون الدولى الخاص
السويسرى ، والمادة ١١٧ من القانون الالمانى الخ
وراجع نص المادة ٥ / ١ من اتفاقية نيويورك ، والمادة ٣ / ١ من اتفاقية روما ١٩٨٠ .
^(١٧٣) لمزيد من التفاصيل - راجع د / عبد الرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ١٧٦ وما بعدها.

وتتطلب هذه القاعدة على اتفاق التحكيم بوصفه احد التصرفات التي يتجلى فيها مبدأ سلطان الارادة . وبموجبه يلتزم الاطراف باللجوء للتحكيم دون القضاء الوطنى المختص .

وإزاء ما يتمتع به هذا الاتفاق من استقلالية عن العقد الاصلى ، وأن صار لهذا الاتفاق استقلال القانونى الذى يسمح بإخضاعه لقانون غير الذى يخضع له العقد الاصلى (١٧٤)

وبموجب حرية الاختيار الممنوحة للاطراف ، فإن لهم اختيار القانون الواجب التطبيق بشأن الوقوف على صحة وسلامة الاتفاق التحكىمى . بيد أن تلك الحرية لا تنقيد بالتكليف القانونى لهذا الاتفاق .

بمعنى أنه يستوى فى اعمال قانون الإرادة أن يتم تكييف هذا الاتفاق على أنه عقد، أو على انه اجراء ، أو دون اجراء هذا التكييف بالمرّة .

والإرادة على ما هو معروف قد تكون صريحة ، وقد تكون ضمنية أو مفترضة ، وقد ساوى المشرع فى كثير من البلدان بين الإرادة الصريحة والضمنية فى الأختيار بيد أن مهمة المحكم أو القاضى فى هذا الشأن لن تكون سهلة لكثرة المؤشرات التى يمكن الاستعانة بها فى هذا الصدد .

وسوف نعرض فيما يلى لاختيار القانون الذى يحكم الاتفاق التحكىمى صراحة أو ضمنا " مطلب أول " ثم لجدوى هذا الاختيار " مطلب ثان " وذلك كما يلى :

المطلب الأول : إختيار القانون الذى يحكم الأتفاق التحكىمى صراحة أو ضمنا .

المطلب الثانى : جدوى الاختيار أمام المحكم .

(١٧٤) انظر ما سبق .

المطلب الاول

اختيار القانون الذى يحكم الاتفاق التحكىمى صراحة أو ضمنا

حق الإرادة فى الاختيار

فى النظم الداخلىة، يحق للأفراد ممارسة حريتهم فى انشاء المراكز القانونية المشروعة . فالإدارة فى ميدان الالتزامات التعاقدية تجول فى أوسع ما تكون خطى ، وابتعد ما يكون مدى (١٧٥)

وفى إطار علاقات التجارة الدولية يكفل هذا المبدأ للأطراف علاوة على ذلك الحق فى اختيار القانون الذى يحكم تصرفاتهم الارادية (١٧٦)

ويعلل جانب من الفقه هذا الحق فيما يكفله من تجنب التعرض بطرح قوانين يصعب التعرف على أحكامها مسبقا (١٧٧) ، وعلى العكس من ذلك يذهب جانب آخر الى التقليل من قيمة حق الاختيار ، مقررًا أن قانون الإرادة لا يعدو أن يكون أحد العناصر الواجب إعتبارها ، دون أن يكون هو العنصر الوحيد فى استخلاص قواعد الحكم على النزاع. بيد أن هذا الاتجاه لم يحظ برواج كاف (١٧٨)

ويكفل الحق فى الاختيار علم الاطراف بالقانون الذى يحكم تصرفاتهم حتى ، يتسنى لهم الوقوف بدقة على كل ما يتعلق بما لهم من حقوق، وما عليهم من التزامات (١٧٩)

ويدين مبدأ حرية الإرادة فى ذبوعه الى الفلسفة الفردية التى سادت كافة المجالات حتى بدايات القرن العشرين ، والتى جعلت من الفرد محور النظام الاجتماعى ، وأن إرادته هى مصدر سائر الحقوق .وان غاية كافة النظم هى إسعاد الفرد .

(١٧٥) راجع د / السنهورى - المرجع السابق - ص ١٨٥ .

(١٧٦) انظر

Bernard Audit : " droit international privé , 2 em ed economica , 1997 , P . 655.

(١٧٧) قرب من ذلك د / محمد الروبى - عقود التشييد والاستغلال والتسليم - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤

- ص ٢٣٨ ، و د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ٦٩٢ وما بعدها .

(١٧٨) انظر

Batiffol . H & lagarde . P ; droit international privé , 5 edition , parise , 1970 , p . 211 , ets .

(١٧٩) راجع د / احمد عشوش - قانون العقد - مرجع سابق - ص ٨٩ .

والارادة وفق هذه الفلسفة تقيد القانون ولا تتقيد به ، وأن القانون فى مجال النشاط
الانسانى أمر غير مرحب به ، ولا يقبلونه الا على مضمض (١٨٠)
ويستند الحق فى الاختيار الى ادبيات الفلسفة الفردية بقولها أن " كل ماهو تعاقدى
يكون عادلا ومشروعا " وأن " من قال عقدا فقد قال عدلا " (١٨١)
وبموجب هذا الحق يستطيع الافراد إسناد التصرف الدولى الى قانون وطنى معين ،
أو الى اى قواعد أخرى كعادات وأعراف التجارة الدولية مثلا (١٨٢)
وتكمن علة تقرير هذا الحق فى أن يملك الأكثر يملك الأقل ، بمعنى أن المشرع
إذ يسمح للاطراف باللجوء للتحكيم الدولى ، فإن من لوازم ذلك ، ومن باب أولى أن
يترك لهم حرية تنظيمه (١٨٣)
ويستجيب الحق فى إختيار القانون الواجب التطبيق بشأن اتفاق التحكيم لمتطلبات
عقود التجارة الدولية لما يحققه من صيانة للتوقعات المشروعة لأطراف العلاقة ، فضلا
عن أن الاعتراف للإرادة بالقدرة على تحديد الاختصاص القضائى . التحكيم . يقتضى
منحها ذات القدر من الحرية بشأن الاختصاص التشريعى أيضا (١٨٤)

(١٨٠) راجع د / سموحى فوق العادة - كتاب ترجمة هنرى باتيفول - فلسفة القانون - الطبعة الثالثة - منشورات عويدات - بيروت - ١٩٨٤ - ص ٩٣ وما بعدها , وللمزيد عن مبدأ سلطان الارادة راجع د / السنهورى - المرجع السابق - ص ١٧٦ وما بعدها , ود / سمير تناغو - مصادر الالتزام - ١٩٩٩ - ص ١٠ وما بعدها , ود / السيد عبد الحميد فودة - مبدأ سلطان الارادة فى القانون الرومانى والفقهاء الاسلامى - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ١٩٩٦ ص ٩٣ وما بعدها , ود / عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - ١٩٨٦ - ص ٤٥ وما بعدها .
(١٨١) راجع د / السيد فوده - المرجع السابق - ص ٢١٢ .
(١٨٢) راجع د / نغم حنا رؤوف - المعيار المتبع فى تحديد الاعراف المطبقة على عقد البيع الدولى - مجلة جامعة تكريت - العراق - المجلد ١ , والعدد ٢٠٠٩ , ص ٣٤٨ .
(١٨٣) فى نفس المعنى راجع د / عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولى - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ١٦٤ .
(١٨٤) راجع د / عكاشة عبد العال - الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الاجنبية - الفتح للطباعة والنشر - ٢٠١٠ - ص ٦٣ .

بيد أن الحق فى الاختيار ليس مطلقا ، فمن ناحية يجب الا يكون وسيلة للتهرب من الاحكام الأمرة فى القانون الوطنى المختص ، والا ينطوى على مخالفة لقواعد النظام العام الدولى (١٨٥)

طبيعة الحق فى الاختيار

يذهب جانب من الفقه الى ان القاعدة التى تقرر الحق فى الاختيار لا تعدو أن تكون قاعدة إسناد على النحو المعروف فى نظرية التنازع التقليديّة (١٨٦) ، وما الارادة إلا أحد معايير الإسناد فمهمة قاعدة الحق فى الإختيار تكمن فى الإشارة الى القانون الواجب التطبيق ، وهى ذات مهمة قاعدة الاسناد التى تقف عند حد ارشاد القاضى أو المحكم إلى القانون الواجب التطبيق ايضا .

ويضيف انصار هذا الرأى إلى أن قاعدة الحق فى الاختيار تجد مصدرها فى اعراف وعادات التجارة الدولية ، والتى تمتد جذورها الى أمد بعيد (١٨٧) ، وان ضرورات التعامل الدولى ومستجدات عقود التجارة الدولية هى التى فرضت وجود هذه القاعدة بغية تحقيق الأمان القانونى لاطراف العلاقة (١٨٨)

ويرفض جانب آخر من الفقه ما اتجه اليه اصحاب الرأى السابق ، مقررًا أن حق الاختيار صار قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولى الخاص ، ولا تستند . كما يذهب الرأى السابق . الى عرف دولى تمتد جذوره فى القدم (١٨٩)

فالمتمأل فى الاتفاقيات الدولية ، والقوانين الوطنية ، ولوائح التحكيم ، والقضاء التحكيمى سوف يلحظ بسهولة تكريسها لهذا الحق . فضلا أن فى اعمال هذا الحق ما

(١٨٥) قرب من ذلك د / محمد السيد عرفه - القانون الواجب التطبيق على النزاع امام هيئة التحكيم - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩ - ص ١٥٧ ، الهام عزام وحيد الحزاز - التحكيم التجارى الدولى فى إطار منهج التنازع - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية - فلسطين - ٢٠٠٩ - ص ٣٩ . (١٨٦) راجع د / صالح المنزلاوى - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية - دار الفكر الجامعى - الاسكندرية - ٢٠٠٦ ص ٢٧٣ .

(١٨٧) راجع د / ابراهيم سعيد زمزمى - القانون الواجب التطبيق فى منازعات عقود التجارة الدولية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩ - ص ١٠٧ وما بعدها .

(١٨٨) راجع د / احمد عشوش - المرجع السابق - ص ٨٦ . (١٨٩) للمزيد راجع د / محمود محمد ياقوت - حرية المتعاقدين فى اختيار قانون العقد الدولى بين النظرية والتطبيق - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ١٢٠ وما بعدها .

يغنيينا عن اللجوء الى عملية التكييف التي تعد اوليات منهج التنازع ، والتي توقعنا بين رعى التكييف العقدي ، والتكييف الاجرائي^(١٩٠) والحقيقة أن في اعمال مقتضى هذه القاعدة بما تكفله من تطبيق مباشر للقانون المختار لن يبعدها كثيرا عن منهج التنازع التقليدي ، بحسبان أن الارادة ذاتها ان هي الا ضابط من ضوابط الاسناد التي تشير مباشرة الى القانون الواجب التطبيق . ولئن كان للارادة القدرة على اختيار القانون الواجب التطبيق بشأن اتفاق التحكيم سواء باعتبارها قاعدة مادية ، أو باعتبارها ضابطا للاسناد بشأن اتفاق التحكيم ، فإن التساؤل يثار عن حدود هذا الاختيار .

حدود الحق في الاختيار

يثير تفسير المادة ١٦ من قانون التحكيم الاسباني^(١٩١) التساؤل عن حدود الحق في الاختيار ومداه ، بحسبان أن هذه المادة بعد أن كرست الحق في الاختيار ، اشترطت في القانون المختار أن يكون على صلة بالعملية القانونية ، أو بالمنازعة ورغم أن المشرع الاسباني تدارك هذا الوضع فيما بعد^(١٩٢) ، الا ان ذلك لم يحل دون اتجاه جانب من الفقه الى القول بأن الاختيار المطلق غير جائز ، فسلامة الاختيار يقتضى

^(١٩٠) راجع د / عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني - تنازع القوانين - دار النهضة العربية - ١٩٦٩ - ص ٧٣٤ - هامش رقم ٤ .

^(١٩١) تنص المادة ١٦ من قانون التحكيم الاسباني رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٨ على أنه ، " يحكم صحة إتفاق التحكيم وآثاره القانون الذي يحدده الأطراف صراحة بشرط أن يكون على صلة بالعملية القانونية الاصلية أو بالمنازعة " ، وقد عدل المشرع الاسباني عن ذلك في القانون رقم ٦٠ لسنة ٢٠٠٣ ، والمعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١١ ، حيث نصت المادة ٩ / ٦ منه على أنه " في التحكيم الدولي يكون اتفاق التحكيم صحيحا ، ويكون النزاع قابلا للتحكيم اذا استوفت الشروط المنصوص عليها في أى من الامور التالية :

القواعد القانونية التي يختارها الطرفان لحكم الاتفاق ، القواعد المطبقة على جوهر النزاع ، أو القواعد المنصوص عليها في القانون الاسباني .

^(١٩٢) انظر . H. Batiffal , P . lagarde : droit international Op . cit , P . 511 ets . وانظر

Loussouarn . Y , Bourel . P : droit international privé " 4 éd , Dalloz , 1993 , P . 171 ets .

وانظر

Schnitzer . A . F : les contacts , internationaux en droit international , Privé suisse , Rec des cors , 1968 , Tome I , P . 561 ets .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

وجود صلة مادية ، أو فنية بين القانون المختار ، وموضوع المنازعة ، كأن يكون هذا القانون مثلا قانون دولة المقر ، أو بلد الأبرام ، أو بلد التنفيذ ، أو قانون أحد الاطراف ، أو قانون العقد الاصلى (١٩٣) . بيد ان جانبا من فقه هذا الاتجاه يرى أنه ليس مطلوباً أن يتصل القانون المختار بالعلاقة برابطة وثيقة ، ولا أن يكون من القوانين المتصلة بها ماديا . فيكفى في عقد هذا الاتجاه أن يكون للاطراف مصلحة مشروعة حقيقية وجدية من وراء اختيار قانون معين ليحكم عقدهم (١٩٤)

فإذا ما انعدمت الصلة المطلوبة بين القانون المختار ، والمسألة موضوع النزاع ، جاز لهيئة التحكيم الالتفات عن هذا الاختيار الى غيره ممن تتوافر فيه هذه الصلة (١٩٥) .

وعلى النقيض من ذلك يذهب اتجاه فقهي تسانده النصوص القانونية ، وأحكام القضاء الى وجوب منح الاطراف الحرية الكاملة فى إختيار القانون الواجب التطبيق دونما اشتراط ثمة رابطة بين القانون المختار ، والمنازعة المطروحة (١٩٦) ، ونتيجة لذلك يجب اهمال أية قيود على حرية الأطراف فى شأن اختيار القانون الواجب التطبيق سواء على العقد أو على اتفاق التحكيم (١٩٧) فمثل هذه القيود تتعارض ليس فقط مع اعتبارات التيسير الواجب توافرها بشأن معاملات التجارة الدولية ، وإنما أيضا مع واقع هذه المعاملات (١٩٨)

(١٩٣) راجع د / احمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ ص ٣٠٢ وما بعدها

(١٩٤) راجع د / عكاشة عبد العال - الوجيز فى تنازع القوانين - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٤ - ص ٣٩٣
(١٩٥) راجع د / محمد جلال حسن ، د / بختيار صديق رحيم - القانون الواجب التطبيق على موضوع منازعة التحكيم الالكترونى - دراسة مقارنة - ٢٠١٩ - ص ٣٤٣ .

(١٩٦) راجع د / مصطفى الجمال ، ود / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٢٧١ .

(١٩٧) يذهب جانب من الفقه الى أن " القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم هو قانون الارادة ، أى القانون الذى يختاره المتعاقدان ، وهذا هو المبدأ السائد فى التحكيم التجارى الدولى ، وهو الذى تؤكد الاتفاقيات الدولية ، ولا توجد قيود على حرية المتعاقدين فى إختيار القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم الا النظام العام الدولى وليس النظام الداخلى ، راجع د / محسن شفيق - المرجع السابق - ص ٢١٠ .

(١٩٨) راجع د / حسام محمد عيسى - التحكيم التجارى الدولى - نظرة نقدية - دار النهضة - ١٩٨٨ - ص ٦٦ وما بعدها . وانظر

فلقد بات مألوفا إبرام هذه العقود مع الاحالة للعقود النموذجية أو للشروط العامة ، وهي غالبا ما تتضمن شرط التحكيم ، مع الإشارة الى القانون الذى يحكمه ، دونما اعتداد بصلة هذا الاخير باتفاق التحكيم (١٩٩)

بيد أن الاعتداد بهذه الحرية مشروط بضمان سلامة الاتفاق ، وألا ينطوى هذا الاختيار على غش نحو القانون المختص .

وأيا ما كان حد الاختيار ، وما إذا كان مقيدا أو مطلقا ، فإن الذى لاشك فيه أن القدرة على الاختيار تترد الى القاعدة الموضوعية التى كرستها كافة النظم القانونية .

ولئن كانت الإرادة الصريحة على هذا النحو موضع اعتبار فى مجال الاختيار ، فإن التساؤل يثار عن امكانية اللجوء للإرادة الضمنية عند عدم التصريح بهذا الاختيار .

دور الإرادة الضمنية فى تكريس الاختيار

يذهب جانب من الفقه الى أنه يجب على المحكم عند اغفال الاطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن الاتفاق التحكيمى ، أن يتجه مباشرة نحو تحديد هذا القانون مستعينا فى ذلك بالضوابط الاحتياطية ، أو من خلال تركيز العلاقة فى القانون الأوثق صلة بها (٢٠٠)

ويرفض هذا الجانب الزام المحكم بالبحث عن الإرادة الضمنية للاطراف (٢٠١) ، ذلك أن اى محاولة من جانبه قد تؤدى الى تحكمه ، وقد تفض الى تطبيق قانون قد لا

PH . Foucard : " L'arbitrage commercial international " , J . CL . de droit int , No , 585 , -1 , P , 33 ets .

(١٩٩) للمزيد راجع د / ابو زيد رضوان - الاسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - دار الفكر العربى - ١٩٨١ - ص ١٣٢

(٢٠٠) راجع د / هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - ص ٤٢٧ . وانظر

Deby Gérard ; le role de la régle de conflit dans le réglemrent des rapports internationaux , op . cit , 1973 , P , 260 .

(٢٠١) يذهب جانب من الفقه الى القول بانه " وإذا لم تتوافر إرادة صريحة على النحو السابق , إنفتح باب التنازع من القوانين المتصلة بالعلاقة وكان هناك مجال لإسنادها إلى أكثرها ملائمة لحكمها " , راجع د / مصطفى الجمال , ود / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٢٤٧ وما بعدها .

يكون معبرا عن هذه الارادة . فالارادة الضمنية لدى البعض أن هى إلا وهم ومجاز
مجافى للحقيقة (٢٠٢)

ويرفض جانب آخر من الفقه هذا الزعم مقررا أن الإرادة الضمنية شأنها شأن الارادة
الصريحة قد تم التعبير عنها (٢٠٣) ، ويمكن الاستدلال عليها من خلال العديد من
المؤشرات ، كقانون بلد الابرام ، والموطن المشترك ، وبلد التنفيذ ، والجنسية المشتركة ،
وقانون العقد الاصلى ، لفقه ولغة العقد ، وعملة الوفاء . هذه المؤشرات سوف تعين
المحكم أو القاضى فى الوقوف على هذا القانون (٢٠٤)

ولئن كانت الارادة الضمنية مطروح أمرها أمام قاض العقد محكما أو قاضيا ، الا
أن البحث عنها يجب أن يكون من خلال قرائن يستدل بها على القانون الواجب التطبيق
على نحو يمثل تعبيراً حقيقياً عن هذه الارادة (٢٠٥) .

أما اهمال هذه الاخيرة فإنه يجعلها والعدم سواء ، وهو ما يجافى المنطق السليم ،
والقواعد القانونية ، وقواعد الاسناد فى كافة القوانين ، ولا يراعى خشية الاطراف من عدم
إتمام العملية التعاقدية نتيجة الخلاف حول مسألة القانون الواجب التطبيق (٢٠٦)

(٢٠٢) انظر

VINCent Hevzé ; la reglement Francais des contrats internatioaux , etude
critique des mlethodes , these GLN , 1992 , P . 251 ets .

(٢٠٣) انظر

Batffol . H , lagarde . B ; droit international , privé Tome I , Paris 1970 , P 412
ets .

(٢٠٤) راجع د / عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ٤٢٣ ، د / طارق عبد الله المجاهد - المرجع
السابق - ص ١٤٠ وما بعدها ، ود / سامى منصور ، ود / عكاشة عبد العال - القانون الدولى الخاص -
بيروت - الدار الجامعية - ١٩٩٥ - ص ٣٩٠ ، د / أحمد عبد الحميد عشوش - النظام القانونى لعقد
الفرض الدولى - ص ٣٣٣

(٢٠٥) انظر

Deby Gerrad :op . cit , P / 242 .

(٢٠٦) انظر

P . MAYer : droit international privé , 2 éme editions , montchrestien , 1991 ,
P , 517 ets .

وأياً ما كان وجه الرأى فإن التساؤل يثار عن جدوى هذا الاختيار بصدد اتفاق التحكيم ، فى ظل القاعدة المادية التى تقضى بصحة الاتفاق ، هذا ما سنحاول القاء الضوء عليه .

المطب الثانى

جدوى الحق فى الاختيار امام المحكم

لا يثير القانون الواجب التطبيق بشأن الاتفاق التحكىمى تلك الحيرة التى اثارها ، ولا يزال ، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع^(٢٠٧) ، فالمسألة الاخيرة شديدة التعقيد بالمقارنة بمسألة التحقق من سلامة الاتفاق التحكىمى ، ويكمن ذلك فيما يذخر به النظام القانونى لهذا الاتفاق من قواعد مادية تضمن سلامته من العوار مستقلاً فى ذلك عن اى قانون وطنى . هذه الملحوظة تقودنا الى تساؤلين ، مرتبطين ببعضها تمام الارتباط ، الاول يتعلق بمدى كفاية قانون الارادة للتحقق من سلامة الاتفاق التحكىمى ، والثانى يتعلق بفاعلية الحق فى الاختيار فى مواجهة مبدأ الصحة .

وقبل أن نجيب على كلا التساؤلين ، تجدر الاشارة الى أن المحكم باعتباره قاضى التحكيم يتولى مهمة ضمان الحقيقة^(٢٠٨) . بمعنى أن عليه الاستماع للخصوم والفصل فى ادعاءاتهم مراعيًا فى ذلك القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولى . ومن هذه الزاوية، لن يتردد المحكم فى عقد الاختصاص لنفسه نزولاً ليس فقط على مبدأ استقلال التحكيم على القضاء ، أو بمقتضى مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وإنما ايضا انصياعاً لمبدأ صحة الاتفاق .

^(٢٠٧) للمزيد التفاصيل حول دور الارادة بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، راجع د / هشام صادق - القانون الواجب التطبيق مرجع سابق - ص ١٧ وما بعدها ، ود / أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولى - دار النهضة العربية - ٢٠٠١ - ص ١٥٧ وما بعدها ، د / ابراهيم أحمد - مركز الاجانب وتنازع القوانين - ١٩٩٢ - ص ٥٥٠ وما بعدها ، و د / محمود محمد ياقوت - حرية المتعاقدين فى اختيار قانون العقد الدولى بين النظرية والتطبيق - منشأة المعارف - ٢٠٠٠ - ص ٢١٢ وما بعدها . وانظر

Guillaume weiszbery : " le Raisonnable en droit du commerce international " these Paris TT , 2003 , P . 111 ets , V . aussi , Y . Loussourn et P . Bourel : " droit international privé " ed , Dalloz , 1993 , P . 168 ets .

^(٢٠٨) راجع د / محمود محمود مغربى - دور المحكم فى التصدى لمعضلة الفساد فى المجتمع التجارى الدولى - مجلة الحقوق - الكويت - العدد ٣ - الجزء الثانى - ٢٠١٨ ص ١٠٣ وما بعدها

وعلى صعيد آخر يمكن النظر الى المحكم بأنه قاضى الخصوم ، ومهتمة خدمتهم ، والنزول على مقتضى اتفقاتهم .

ومن هذه الزاوية إذا كان فى هذا الاتفاق حسبما يشير بذلك القانون الواجب التطبيق على اتفاق تحكيمهم ما يصيب هذا الاخير بالعوار ، فإن عليه أن يعلن عن ذلك متخليا عن نظر النزاع (٢٠٩)

والحقيقة أن المحكم هو قاضى التحكيم ، ومن ثم لا يستطيع أن يتخلى عن اختصاصه المعقود له بداءة بزعم أن فى القانون المختار ما يقوض هذه المهمة . فقرينة صحة الاتفاق ومن ثم التقرير باختصاصه سوف تردى كل هذه المزاعم (٢١٠)

وعلى الرغم من ذلك لا بأس من استظهار ليس فقط قصور قانون الارادة عن الاحاطة بكافة الادعاءات التى تنال من الاتفاق ، وإنما أيضا للتأكيد على أن اى تعارض بين أحكام القانون المختار وبين مبدأ الاتفاق التحكىمى ، لن تحسم الا لصالح هذا المبدأ الاخير .

وسنحاول فيما يلى الاجابة على كلا التساؤلين السابق طرحهما .

الفرع الاول

مدى كفاية قانون الارادة فى الاحاطة بجوانب الاتفاق التحكىمى
لن يتأثر الحق فى الاختيار بطبيعة الاتفاق التحكىمى . بمعنى أن القانون الذى يتفق عليه الاطراف هو الواجب التطبيق بشأن هذا الاتفاق أيا كانت طبيعته عقدية أم اجرائية . فكلا التكييفين لا يحولان دون تطبيق قواعد القانون المختار (٢١١)

(٢٠٩) راجع تفاصيل الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس فى القضية رقم ١١١٠ والصادر فيها الحكم بتاريخ ١٠/٣/١٩٦٣ حيث اعلن المحكم السويدى عن عدم اختصاصه لعدم قابلية المسألة محل النزاع للتحكيم وفقا للقانون الفرنسى ، والقانون الارجننتينى ، ولما يتضمنه من مخالفة لقواعد النظام العام الدولى .

(٢١٠) يذهب جانب من الفقه ان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم " له أثره الكبير فى تثبيت خصوصية الاجراء التحكىمى ، وتحصين اتفاقية التحكيم اذ لولاها لقوضت القدرة التحكىمية عن تحرى مزاعم الفساد من ناحية ، فضلا عن تقرير مدى صحة العقد المحاصر بشبهات الفساد من ناحية أخرى ، راجع د / محمود محمود مقربى - المرجع السابق - ص ٩٩ .

(٢١١) تنازع الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم اتجاهين رئيسيين ، الاتجاه العقدى ، والاتجاه الاجرائى . وتكمن النظره العقدية فى أن الاتفاق لا يعدو أن يكون مظهرا من مظاهر سلطان الارادة . فنشأته العقدية سوف تصبغ عليه طابعا عقديا بما يترتب على ذلك من اخضاعه لقانون العقد ، ومن ثم يخضع

ولئن كانت هذه الحقيقة ماثلة ولا تقبل الجدل ، الا ان الشك مازال يحيط بقدرة هذا القانون على الاحاطة بكافة جوانب الاتفاق ، فالادعاء بانعدام الاهلية أو نقصانها ، وكذلك عدم مراعاة شكل الاتفاق يثير قواعد واحكام قد تختلف بطبيعة الحال عن تلك التى يتضمنها القانون المختار . فمن المستقر عليه استبعاد ومسالتى الشكل و الاهلية من مجال قانون الارادة ، حيث تستقل كل منهما بقاعدة اسناد خاصة بها ، فالقانون الشخصى هو المعول عليه فى شأن الاهلية ، وقانون القاضى هو الذى يحكم شكل التصرف . وبهذه المثابة يكون من غير الملائم من إعمال قواعد القانون المختار على مسألتى الشكل والاهلية^(٢١٢)

الاتفاق لقانون الارادة الصريحة أو الضمنية , وعند غيابها يتم البحث عن القانون الواجب التطبيق وفق هذا التصوير العقدي, للمزيد من التفاصيل, راجع د / أحمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية مرجع سابق - ص ١١٢, د / حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة - مرجع سابق - ص ٦٢ وما بعدها, د / مصطفى الجمال, د / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٣٨ وما بعدها, د / ابو زيد رضوان - الاسس العامة للتحكيم التجارى الدولى - مرجع سابق - ص ٢٣ وما بعدها, د / هشام صادق - مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تسميه المحكمين - مرجع سابق - ص ٤٠, د / احمد ابو الوفا - التحكيم الاختيارى الاجبارى ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالاسكندرية - ص ١٥, د / فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - دار النهضة - ١٩٨١ ص ٥١ وما بعدها, د / احمد قسمت الجداوى - تنازع الاختصاص وتنازع القوانين - دار النهضة العربية - ١٩٨٢ ص ٣٧, ود / وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - دار النهضة العربية - ١٩٧٦ ص ٢١٤ وانظر

PH . Fauchard : " L'arbitrage commercial.....op . crit , p 7 , F.E.Klein : "

"Autonomie de la volonté de arbitrage , Rev , cit , 1958 , p . 28

اما الاتجاه الذى يرى أن الاتفاق التحكيمى له طابع اجرائى وذلك بالنظر الى ما يفرزه من آثار اهمها التزام الاطراف باللجوء الى التحكيم دون القضاء الوطنى , للمزيد راجع د / أحمد حشيش - المرجع السابق - ص ٩٨, د / حفيظة الحداد - المرجع السابق - ص ٥٥ وما بعدها, ود / مصطفى الجمال , ود / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٤٠ وما بعدها, ود / ابو زيد رضوان - المرجع السابق - ص ٢٥ وما بعدها, ود / نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلى - التحكيم فى القانون اليمنى - رسالة دكتوراه - حقوق الاسكندرية - ١٩٩٦ - ص ٥٦, ود / محمود هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية - دار الفكر العربى - ١٩٩٠ - ص ٦٢ وما بعدها. وانظر

PH.Fauchard , E . Gaillard , B. G oldman : Traite de L 'arbitrageop . cit . p

. 14 ets . R . David : l'arbitrage dansop . cit , p . 15 ets , J.Robert :

Arbitrage civil et commercial privé , Dalloz , 1983 , p . 134 .

^(٢١٢) للمزيد من التفاصيل حول المسائل التى تخرج من نطاق تطبيق قانون الارادة , راجع د / هشام صادق - تنازع القوانين - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣ - ص ٣٦٢ وما بعدها, د / عكاشة عبد العال - الوجيز فى تنازع القوانين - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٤ ص ٤٠٠, د / فؤاد رياض , ود / سامية راشد - الوجيز فى القانون الدولى الخاص - دار النهضة العربية - ص ٣٠٣, ود / جمال الكردى - تنازع القوانين - منشأة المعارف ٢٠٠٥ ص ٥١٠, ود / عز الدين عبد الله - القانون الدولى الخاص - مرجع سابق - ص ٤٧١ وما بعدها .

تبقى مسألة الاتفاق ، ومحلله وسببه وآثاره وكلها تخضع لقانون الارادة .
فالتراضى وطرق التعبير عنه ، وضمان صحته وسلامته تخضع لقانون الارادة ،
كما تخضع مسألة القابلية للتحكيم وهى محور النزاع التحكيمى الذى يتكفل الاتفاق
بعرضها على التحكيم وتمثل فيه المحل فإنها تخضع لقانون الارادة . كما يخضع سبب
الاتفاق هو الآخر لقانون الارادة ، ذلك أن تقرير مشروعية السبب لا يجوز اخضاعها
الا للقانون الذى يتفق عليه الاطراف باعتباره قانون العقد المختار . كما تدخل مسألة
آثار الاتفاق فى نطاق قانون الارادة الواجب التطبيق على الاتفاق (٢١٣)
ورغم ذلك يبدو قصور قانون الارادة عن تغطية كافة جوانب النزاع المحتمل إثارته
بشأن الاتفاق التحكيمى . فقد سبقت الإشارة الى اخراج مسألتى الشكل والأهلية من
نطاق اعمال القانون المختار ، ويضاف اليها أن قانون الارادة قد يعجز عن تفسير
ماشابه الاتفاق من غموض .

هذا ما تبرزه بوضوح احدى الاقضية التحكيمية التى عرضت على غرفة التجارة
الدولية بباريس للفصل فى النزاع المتعلق بعقد ابرم بين شركة تونسية وأخرى فرنسية على
إقامة مصنع للطوب فى تونس بتمويل من الشركة الفرنسية ، وقد تضمن العقد شرط
تحكيم غامض مؤداه أنه فى حالة أى نزاع بين الطرفين يتم تسويته وديا ، واذا استنطال
النزاع قيمة اللجوء الى الغرفة الدولية بلاهاى ، على أثر الخلاف بين الطرفين تقدمت
الشركة الفرنسية بطلب للتحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس ، فدفعت الشركة
التونسية بغموض الشرط وهو عدم تحديده بما يلحق عن المحكم صفته فى الاختصاص
، الا أن هيئة التحكيم انتهت الى وضوح المعنى المتبادر عن الشرط إقصاء القضاء

(٢١٣) راجع د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ٣٦٥ وما بعدها ، و د / عكاشة عبد العال - المرجع
السابق ص ٤٠٠ وما بعدها ، و د / جمال الكردى - المرجع السابق - ص ٥١٢ وما بعدها ، و د / محمد
السيد عرفه - القانون الدولى الخاص - دار الفكر والقانون - المنصورة - ٢٠١٣ - ص ٤٧٥ وما بعدها
، و د / أحمد عبد الحميد عشوش - القانون الدولى الخاص - المكتبة القانونية العربية - ٢٠١٢ - ص ٩١
وما بعدها ، و د / حفيظة الحداد - الموجز فى القانون الدولى الخاص - بيروت - منشورات الحلبي -
٢٠٠٣ ص ٣٩٧ وما بعدها .

الوطني ، واللجوء الى التحكيم . وتمشيا مع الشرط عقدت محكمة التحكيم جلساتها في
لاهاي (٢١٤)

والمستفاد من واقعة النزاع ، أن قانون الارادة عجز عن تفسير جانبا من الغموض
الذي أحاط بشرط التحكيم ، الامر الذي يفصح عن عدم كفاية هذا القانون عن التصدى
لجميع مشكلات الاتفاق .

وفي الفرض الذي يمكن السماح فيه لهذا القانون بالتطبيق ، سواء بشأن تكوين
العقد أو قابلية محل النزاع للتحكيم ، أو بالنظر الى سببه أو آثاره فإن فاعليه هذا
الإعمال تحييطها الشكوك . فقرينة صحة الاتفاق سوف تضمن للاخير حصانه تعصمه
من البطلان ، وبموجبها سوف ينعقد الاختصاص حتما للمحكم بنظر النزاع والتصدى
للدعاء ببطلان الاتفاق ، الأمر الذي يثير التساؤل عن قيمة قانون الارادة في هذه
الحالة . هذا ما سنلقى عليه الضوء فيما يلي :

الفرع الثانى

مبدأ الصحة يقوض الحق فى الاختيار

اهمية مبدأ الصحة

مضت الاشارة فى أكثر من موضع من هذه الدراسة الى أن اتفاق التحكيم يتمتع
باستقلالية ليس فقط فى مواجهة القضاء ، وإنما أيضا فى مواجهة العقد الأسمى الذى
غالبا ما يرد كشرط فيه (٢١٥)

ونزولا على هذه الاستقلالية توالى العديد من القواعد المادية التى اصبحت جزءا لا
يتجزأ من نظام التحكيم الدولى ، ومن أخص ادبياته ، وأساسه الذى تبنى عليه
أحكامه (٢١٦) ، ويعد مبدأ صحة الاتفاق ، وما تلاه من مبدأ الاختصاص بالاختصاص
ابرز هذه القواعد .

(٢١٤) للمزيد , راجع د / سالمية راشد - اتفاق التحكيم مرجع سابق - ص ٢٣٢ .

(٢١٥) انظر ما سبق .

(٢١٦) راجع د / محمود محمود مقربى - المرجع السابق - ص ٩٩ .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

وينطلق مبدأ الصحة من مقدمة مؤداها ، أن الاتفاق هو الاتفاق ، وأن مجرد التحقق من وجوده القانوني ، كاف بذاته لضمان صحته دونما اعتداد بأية قيود قد يفرضها أى قانونى وطنى ولو كان مختارا بمعرفة الاطراف^(٢١٧) . وبموجب هذا المبدأ سوف ينعقد الاختصاص للمحكم بنظر كافة الادعاءات التى يطرحها الاطراف ولو تعلقت باتفاق التحكيم ذاته^(٢١٨) .

هذه الفرضية تطرح التساؤل عن قيمة الحق فى الاختيار . او بمعنى آخر ، إذا كان مبدأ الصحة لا يعبأ بما يسفر عنه إعمال الحق فى الاختيار ، فما هى قيمة هذا الحق الذى اقرته النظم القانونية المختلفة ، وكيف يمكن التوفيق بينهما حال تعرض قواعد واحكام القانون المختار مع هذا المبدأ .

اتساق مبدأ الصحة مع حق الاختيار وفق النظرية الشخصية

غالت النظرية الشخصية الشخصية فى تقديس مبدأ سلطان الارادة الى اقصى حد ممكن . فإرادة الاطراف لديها من القدرة التى تكفى لتنظيم شئون العقد وجوانبه ، دونما حاجة الى قوة القانون الذى يقف حده عند حماية هذه الارادة^(٢١٩) ، كما تمتد هذه القدرة أيضا الى اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، لو كان منبت الصلة بهذا العقد^(٢٢٠) ، ولا يعدو القانون المختار سوى أن يكون بندا من بنود العقد^(٢٢١) ، وهو بهذه الصفة لا تقوى قواعده الأمره على التقرير ببطلانه^(٢٢٢) فمن غير المتصور أن يختار الاطراف قانونا يودى بعقدهم . فإذا ما تعارضت احكام القانون المختار مع شروط العقد ، وجب تغليب هذه الأخيرة والاستغناء عن هذا القانون ، وأساس ذلك أن القانون فى عقد

^(٢١٧) راجع د / حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة ت المرجع السابق - ص ٩١ وما بعدها . وانظر . H , 281 note , p , 1993 , Rev , arb , 17 , December , 1991 , Paris , Synvent

^(٢١٨) راجع عائشة مقرانى - مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجارى الدولى فى القانون الجزائرى - رسالة ما جستير - الجزائر - ٢٠٠٥ - ص ٩٠ .

^(٢١٩) راجع د / صلاح على حسين على - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولى - رسالة دكتوراه - حقوق طنطا - ٢٠١١ - ص ٣٩٨ .

^(٢٢٠) راجع د / عكاشة عبد العال - الوجيز فى تنازع القوانين - مرجع سابق - ص ٣٩١

^(٢٢١) راجع د/ هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود - مرجع سابق - ص ١٣٢ وما بعدها

^(٢٢٢) راجع د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ١٣٥

هذه النظرية قواعده مكملة تقف أهميتها عند تكملة الشروط العقدية وسد الفراغ العقدى الذى عساه أن يتحقق^(٢٢٣) ، وهكذا تتضح معالم هذه النظرية فى أن العقد شريعة المتعاقدين وأن للإرادة كامل الحرية ولا يحدها سوى قواعد النظام العام الدولى العابر .
وبإجراء مقارنة بين أطر ومواجهات هذه النظرية ، وبين نظام التحكيم الساعى نحو فرض مبدأ صحة الاتفاق التحكىمى ، نخلص الى ان مبدأ صحة الاتفاق لا يعدو أن يكون تجسيدا واقعيا لكل ابجديات هذه النظرية .

وبهذه المثابة نستطيع أن نتلمس صيغة مناسبة للتوفيق بين ضمان مبدأ الصحة ، وكفالة حق الاختيار من خلال اعمال منهج هذه النظرية . حقا أن مكان النظرية الطبيعى يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الموضوع^(٢٢٤) . الا أن ما يؤدى اليه منطقها يسمح بامتداد إعمالها فى شأن الاتفاق التحكىمى .

فالحق فى الاختيار مكفول ومشروط ، فهو مكفول باعتباره أحد القواعد المادية المتفق عليها فى القانون الدولى الخاص^(٢٢٥) بيد أنه مشروط بالا يؤدى الى المساس بصحة الاتفاق . فكما أن الشروط العقدية هى قانون الاطراف ولا يقوى القانون المختار على مناهضتها^(٢٢٦) ، فكذلك القانون المختار فى علاقته بصحة وسلامة الاتفاق ،

^(٢٢٣) انظر H . Batiffol : Subjectivisme et objectivime dans la droit international prive , des contrats , mélanges Maury , Tome I , 1976 , P . 11 ets .

^(٢٢٤) للمزيد من التفاصيل حول منهج المدرسة الشخصية , راجع د / هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ١٢٨ , د / احمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولى - مرجع سابق - ص ٧ وما بعدها , د / عكاشة عبد العال - قانون العمليات المعرفية الدولية - دار الجامعة الجديدة - ١٩٩٣ ص ١٤ . وانظر

Y . Loussouarn , P . Bourel : droit international prive =

= وانظر , Dolloz , Daniel Gutman : droit international prive , Op . cit , P . 169 ets , P . Mayer et , v . Heuge : droit international prwe , op . cit p 477 ets ,

^(٢٢٥) راجع د / احمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولى - مرجع سابق - ص ١٦٦ , د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ٤٥٠ وما بعدها , د / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٣٨٧ وما بعدها . وانظر

DEby . GHERARD : le role de la signification de regleop cit , p . 255 , ets , H . Batiffol : " La loi designee par les contractants , Milano , 1957 , p , 183 ets

^(٢٢٦) راجع د / جمال الكردى - تنازع القوانين - مرجع سابق - ص ٤٨٨ .

الذى يبقى صحيحا على عكس ما قد تقرره قواعد واحكام القانون المختار . حينئذ يتعين استبعاد هذا القانون ويظل مبدأ الصحة عنوانا للاتفاق .

وبهذه المثابة يتعين الا يؤدي الحق فى الاختيار الى ابطال الاتفاق (٢٢٧) ، وبذلك سوف يتحقق التوفيق بين مقتضى الحق فى الاختيار ، وبين مبدأ صحة الاتفاق ، فكليهما متحد فى اساسه ، وفى غرض اعماله .

ويعلل جانب من الفقه رفضه لتصور إمكانية ابطال العقد نزولا على مقتضى قانون الارادة ، بان من شأن ذلك مناهضة التوقعات المشروعة للاطراف ، والعصف بامان الشروط العقدية وهى غاية يسعى القانون الدولى الخاص الى ادراكها (٢٢٨)

وعلى الرغم مما تقدم فإن التساؤل المطروح يتعلق بالتوفيق بين حرية الاختيار وبين تقييد هذا الاختيار . بمعنى كيف تكفل النظم القانونية للاطراف حرية الاختيار وفى الوقت ذاته تحول هذه النظرية دون تحقيق أثر هذا الاختيار .

والاجابة على ذلك تكمن فى أن مبدأ الصحة صار من القواعد المادية واجبة الاعمال (٢٢٩)، وان حرية الاختيار صارت هى الاخرى قاعدة مادية واجبة الاعمال (٢٣٠) بيد أن اعمال احدهما يتوقف على احترام القاعدة الاخرى ، وبدون ذلك سوف تنته احدى القاعدتين فى مواجهة الاخرى بسبب سوء الاختيار . وبذلك تتضح معالم الاختيار الذى ينبغى أن يقتصر على القانون الذى يضمن صحة الاتفاق .

وعلى عكس النظرية الشخصية ، تذهب النظرية الموضوعية الى التقييد من حق الاختيار ، وتعلل من شأن القانون بحيث تكون له القدرة على ابطال الاتفاق ، وهنا يكمن التناظر الواضح بين مبدأ الصحة ، وبين مقتضى الحق فى الاختيار وفق هذه النظرية ، وهو ما سنعرض له فيما يلى .

(٢٢٧) راجع د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ١٤٤ .

(٢٢٨) راجع د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ٣٦٦ .

(٢٢٩) لمزيد من التفاصيل راجع د م هشام صادق - المرجع السابق - ص ٧١٩ وما بعدها .

(٢٣٠) راجع د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ٧٤٥ وما بعدها .

مبدأ الصحة يناهض حق الاختيار وفق النظرية الموضوعية

لا يمكن الزعم بأن الحق في الاختيار يتجاوز أو يمكن أن يتجاوز مع مبدأ صحة الاتفاق في ظل النظرية الموضوعية . فحق الاختيار مقيد ، ومشروط ومغلول وفق أحكام هذه نظرية^(٢٣١) ، فالنظرية الموضوعية تعلى من شأن القانون عموماً ، ولهذا لم تطلق العنان لحرية الإرادة في الاختيار كسابقها ، وإنما قصرت هذا الحق على مجرد تركيز الاختيار في نظام قانوني موثق صلة من غيره بحكم العلاقة . ويترتب على ذلك امكانية ابطال العقد أو الاتفاق لمخالفة للقواعد الأمرة في القانون المختار^(٢٣٢) .

كذلك يجوز لقاضي العقد أن يصحح الاختيار فيما لو كان غير معبر عن مركز الثقل الحقيقي في العلاقة . ومثل هذه المعطيات تثير التنازع ليس فقط مع مبدأ الصحة ، وإنما أيضاً مع الحق في حرية الاختيار .

فالقاعدة المادية التي تركز صحة الاتفاق لم تتقرر عبثاً ، وإنما لإفلات هذا الاتفاق من أي قانون وضعي ، ولتأكيد اختصاص المحكم بنظر النزاع فيما كان وجه العوار الذي يلحق بالاتفاق^(٢٣٣) . عدا حالة انعدام هذا الاتفاق . فمن غير المقبول

^(٢٣١) تعتمد النظرية الموضوعية على فكرة تركيز العلاقة ، بمعنى ان القانون الواجب التطبيق ، ولو تم اختياره بمعرفة الاطراف يجب ان يكون معبراً عن الصلة بين القانون والنزاع المطروح . فدور الإرادة في عقد هذه النظرية يقتصر على توطين العقد دون ان يتجاوز الى حد اختيار القانون الواجب التطبيق بحسبان أن هذا الأخير من اختصاص القاضي في ضوء ما يراه مرتبطاً بالعقد على نحو موثق صلة من غيره ، يحق للقاضي استبعاد القانون المختار إذا لم يكن معبراً عن صلته بالعقد موضوع النزاع . شأن في ذلك شأن الاتفاق المانع للاختصاص .

لمزيد من التفاصيل حول هذه المدرسة راجع د / عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص - الطبعة التاسعة - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٨٦ - ص ٤٢٣ وما بعدها ، د / فؤاد رياض ، د / سامية راشد - الوسيط في القانون الدولي الخاص - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - ص ٣٢٣ ، د / هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - ص ٥٠٤ ، د / عكاشة عبد العال - قانون العمليات المصرية - ص ١٥ وما بعدها . وانظر

H . BATiffol : " les confits de loi en matiere des contrats. Etude de droit international privé compare " sirey 1938 , p . 36 ets , p . Louis , lucas : La liberté contractuelle et le droit international privé Francais " , Melanges Dobin , sirey 1963 , P . 743 ets . Daby Gerardop . cit , p . 235 ets .

^(٢٣٢) راجع د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

^(٢٣٣) انظر ما سبق

الادعاء بصحة اتفاق لم تلتق ارادة اطرافه ابدأ (٢٣٤) ، وحتى فى هذا الغرض ، لم يعد المحكم الوسيلة لعقد الاختصاص لنفسه ثم ينتهى الى رفض الدعوى .

وبهذه المثابة يبدو منطقيا القول بأن مبدأ صحة الاتفاق التحكيمى يصيب الحق فى الاختيار وفق منطق النظرية الموضوعية بالشلل ، فمبدأ الصحة يسبح بحرية تكاد تكون مطلقة فى عالم التحكيم (٢٣٥) وهذه الحرية لاتناسبها قيود الاختيار على نحو ما تجرى به النظرية الموضوعية .

وهكذا نكون قد عرضنا فى عجالة للقانون الواجب التطبيق بشأن الاتفاق التحكيمى وفق قانون الارادة سواء الصريحة أو الضمنية ويبقى ان نشير الى هذا القانون فى الفرص الذى تسكت فيه الارادة عن هذا الاختيار . هذا ما سنعرض له فيما يلى .

المبحث الثانى

القانون الواجب التطبيق بشأن اتفاق التحكيم عند غياب الاختيار

مقدمة

لاندري ما الذى يخفيه نظام التحكيم الدولى ، او يحتفظ به للمستقبل ، هذا ما يشهد به واقع اتفاق التحكيم ذاته . فمن اتفاق عقدى الى اجرائى ثم افتراض صحته ، الى تقرير المحكم بسلطته التحكيمية الكاملة . كلها شواهد تقطع بأن هذا النظام لا يتردد فى فرض القواعد التى تحكم قبضته على الاستثنائى بالنزاع بعيدا عن القضاء الوطنى، وبعيدا عن النظم الوطنية .

(٢٣٤) يذهب جانب الفقه الفرنسى انه من الصعب قبول صحة اتفاق التحكيم فى حالة اذا ما كان العقد الذى يتضمنه ليس له وجود ، فلا يمكن للمرء أن يتصور ان ارادتين لم تلقيا على العقد الاصلى ، يمكن ان تصلح سندا لاتفاق التحكيم ، انظر

P. Mayer : la protection de la partie faible en droit international privé , L.G.D.I, 1996, p . 513 ets .

(٢٣٥) انظر

Osman . F ,les principes generaux de la lex mercatoria " , L . G . D . I , 1992 , p , 181 ets .

ودراستنا للقانون الواجب التطبيق بشأن الاتفاق التحكيمى حال غياب قانون الارادة ليست اكثر من محاولة للاستعداد لما يسفر عنه مستقبل التحكيم بشأن المنازعات التحكيمية خاصة ما تعلق منها باتفاقه .

فالاصل أنه فى حالة تخلف الاختيار الصريح من جانب الاطراف للقانون الواجب التطبيق بشأن اتفاق التحكيم ، وتعذر التوصل الى الارادة الضمنية ، فان لهيئة التحكيم التصدى لهذه المهمة ، وتمتع فى ذلك بحرية تامة فى اختيار هذا القانون^(٢٣٦) ولها فى ذلك الاستعانة بالمنهج التنازعى او باللجوء مباشرة الى تطبيق القواعد المادية المستقرة فى هذا الشأن ولئن كان من الافضل للمحكمة اللجوء الى المنهج المادى للوقوف على صحة الاتفاق التحكيمى لبساطته وسهولته ، الا ان ذلك لا يحول دون امكانية الوصول الى هذه النتيجة من خلال اتباع المنهج التنازعى . وعلى الرغم من أن هذا الاخير اصبحت تحيط به الشكوك حول جدوى اعماله بصدد المنازعات التحكيمية خاصة فى شان الاتفاق الا انها فرضية . يتعين التعرض لها ، فمن يدري ربما تتقلب دفة التحكيم نحو هذه الزاوية فى المستقبل رغم انها باتت املا بعيد المنال . وسوف نعرض للقانون الواجب التطبيق بشأن اتفاق التحكيم وفق المنهج التنازعى ، " مطلب اول " ثم لدور القواعد المادية فى استخلاص صحة الاتفاق " مطلب ثان " وذلك على النحو التالى :

المطلب الاول : القانون الواجب التطبيق بشأن اتفاق التحكيم وفق منهج التنازع .

المطلب الثانى : دور القواعد المادية فى استخلاص صحة الاتفاق التحكيمى

المطلب الاول

القانون الواجب التطبيق بشأن اتفاق التحكيم وفق منهج التنازع

فرضية اساسية

يعتمد منهج التنازع فى تحديد القانون الواجب التطبيق ايا كانت طبيعة المنازعة على عملية التكييف . وتعنى هذه العملية ببساطة شديدة ، تحليل الواقعة واعطائها

^(٢٣٦) انظر فى ذلك

P . lalive : " cours general de droit international privé " Rec . cours la Haye , 1977 , vol . 155 , P . 5 ets .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

الوصف القانونى المناسب ، تمهيدا لأدراجها تحت احد الافكار المسندة ، توطنه للوصول الى القانون الواجب التطبيق حسبما يشير بذلك ضابط الاسناد . ومن المتفق عليه ان هذه العملية تخضع لقانون القاضى المعروض عليها امر النزاع (٢٣٧)

بيد أن المحكم ليس له قانون اختصاص ، ولهذا يتمتع . خلافا للقاضى . بسلطة تقديرية واسعة فى استخلاص هذا القانون .

وقد يلجأ قاضى العقد . محكما أو قاضيا . الى اعمال قانون دولة المقر أخذا بالتكييف الاجرائى ، أو تطبيق قانون العقد الاصلى ، اخذا بالتكييف التعاقدى ، كما له الاستعانة بقانون بلد الابرام ، او بلد التنفيذ ، أو الجنسية المشتركة للوقوف على صحة هذا الاتفاق . وليس ثمة ما يحول دون الاستعانة بقواعد الاسناد المقررة فى قانون الدولة الذى يرى فيها المحكم مناسبة إعمال قانونها فى هذا الصدد ، إما لانه الاوثق صلة بهذا الاتفاق ، او لتجاوبه مع مقتضيات النزاع .

وسوف نعرض فى ايجاز لابرز ما استقر عليه الفقه والقضاء فى هذا الشأن .

تطبيق قانون دولة المقر

يعزى تطبيق قانون دولة المقر بشأن اتفاق التحكيم الى العديد من المبررات ، يأتي فى مقدمتها امكانية تكييف هذا الاتفاق تكييفاً اجرائياً ، وهو من هذه الزاوية لا يعدو ان يكون حلقة اجرائية من حلقات التقاضى عن طريق التحكيم ، ولما كانت الاجراءات تخضع لقانون محل التقاضى يكون منطقياً ان يخضع تقدير صحة هذا الاتفاق لقانون دولة مقر التحكيم (٢٣٨)

(٢٣٧) لا يخلو مؤلف من المؤلفات العامة للقانون الدولى الخاص من التعرض لموضوع التكييف ، راجع د / هشام صادق - الموجز فى تنازع القوانين - مرجع سابق - ص ٥٠ وما بعدها ، د / عكاشة عبد العال - الوجيز - مرجع سابق - ص ٤٢ ، ود / جمال الكردى - المرجع السابق ص ٦٤ وما بعدها ، ود / فؤاد رياض ، ود / سامية راشد - المرجع السابق - ص ٥٢ ، د / عز الدين عبد الله - المرجع السابق ص ١١١ ، د / محمد كمال فهمى - اصول القانون الدولى الخاص - ١٩٨٥ ص ٣٩٧ وما بعدها ، ود / حفيظة الحداد - محل التكييف فى القانون الدولى الخاص - منشأة المعارف - ١٩٩٢ ص ٦٧ وما بعدها . وانظر

V. Rigaux : La theorie des qualifications en droit international privé , these .

Paris .1965 , p , 113 ets

(٢٣٨) راجع د / مصطفى الجمال ، د / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٣٠٤ وما بعدها ، د / احمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ ص

وعلى صعيد آخر فإن المحكم ليس لديه قانون اختصاص ، فهو يستمد اختصاصه من ارادة الاطراف ، وازاء اغفال هؤلاء عن تحديد القانون المعول عليه في تقرير صحة اتفاق التحكيم ، وكان من غير المقبول أن يوالى المحكم اجراءات التحكيم فى دولة دون الاعتراد بنظامها القانونى ، فإن من شأن ذلك ضرورة اعتبار قانون دولة المقر ليس فقط بشأن اجراءات التحكيم وإنما ايضا بشأن اتفاق هذا التحكيم .

وقد حاول جانب من الفقه رد اختصاص قانون دولة المقر الى اعتباره معبرا عن الارادة الضمنية للاطراف^(٢٣٩) ، بيد أن جانباً آخر من الفقه يرفض ذلك على أساس انه لا يصح مع عدم اتفاق الاطراف على تطبيق قانون هذه الدولة ، ان تفترض ان ارادتهم المفترضة توحى بذلك ، فضلا عما يخلفه هذا الافتراض من صعوبات واشكاليات عديدة^(٢٤٠)

ويؤكد البعض على أن الاحتكام لقانون دولة المقر فى هذه الحالة امر يفرضه الواقع^(٢٤١) وهو ما لا يقبله جانب آخر من الفقه باعتباره حلا لا يتلاءم مع الحاجات الحقيقية للتحكيم التجارى الدولى ، ويفضلون ترك هذه المسألة لاختيار المحكمين انفسهم^(٢٤٢) .

وتكشف الاحكام القضائية عن استقرار الاخذ بقانون دولة المقر لتقدير صحة اتفاق التحكيم . هذا ما اكدته محكمة النقض المصرية بقولها " ... فإنه يرجع فى شأن تقرير

٢٩١ ، د / هشام الرفاعى - القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم - مرجع سابق - ص ١٦٠ ، د / ابو زيد رضوان - المرجع السابق - ٢٨ . وانظر

P . Lalive : Proflèmes relatives à L'arbitrage international commercial , Rec des cours , la Haye , 1967 , p 588 , R . David : l'arbitrage dans la..... op , cit , p 109 .

^(٢٣٩) تعرضت هذه القرينة لنقد شديد من جانب الفقه حول المقصود بقانون دولة المقر ذاته ، وهل هو قانون البلد الذى تعقد فيه هيئة التحكيم أولى جلساتها ، ام قانون البلد الذى يصدر فيه الحكم ، فضلا عن ان اختبار دولة المقر قد يخضع للصدفة المحضة ، يزداد على ذلك صعوبة اعمال القرينة فى حالة التحكيم النظامى ، لمزيد من التفاصيل راجع د / ابو زيد رضوان - الاسس العامة للتحكيم التجارى - مرجع سابق - ص ١٤١

^(٢٤٠) راجع د / احمد محمود الفضلى - الموجز فى القانون الدولى الخاص - تنازع القوانين - دار قنديل للنشر والتوزيع - بدون سنة نشر - ص ٤٥ .

^(٢٤١) د / ابو زيد رضوان - الاسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - مرجع سابق - ص ٩٩

^(٢٤٢) راجع د / سراج ابو زيد - التحكيم فى عقود البترول - ص ٤٨٠ .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدى محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفى

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره الى قواعد القانون الفرنسى باعتباره قانون البلد الذى
اتفق على اجراء التحكيم فيه طبقا لما تقتضى به المادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى
..... " (٢٤٣) .

وهو ما سبق لهذه المحكمة أن قررته بقولها " ... فانه يرجع فى شأن تقرير صحة
شرط التحكيم وترتيب آثاره الى قواعد القانون الانجليزى الذى اتفق على اجراء التحكيم
فيه " (٢٤٤) ، وقد تلى ذلك العديد من الاحكام منها على سبيل المثال الحكم الصادر فى
١٩٩٦ (٢٤٥) حيث انتهت فيه الى انه " ولما كان من الثابت ان شرط التحكيم المدرج
فى سند الشحن قد نص على ان يحال اى نزاع ينشا عن هذا السند الى ثلاث محكمين
فى وتبرج ، وكان المشرع قد اقر الاتفاق على اجراء التحكيم فى الخارج بانضمامه الى
اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٩ بشأن الاحكام الاجنبية وتنفيذها، ... فانه يرجع فى شأن
تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره الى قواعد القانون السويدى بوصفه قانون البلد
الذى اتفق على اجراء التحكيم فيه "

كما ذهبت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، الى ذات الاتجاه
بقولها " ... فان هيئة التاكيم ترى ضرورة الرجوع الى قانون القاضى من اجل تكييف
شرط التحكيم، وهو فى هذه الحالة القانون السويسرى باعتباره قانون دولة مقر التحكيم
(٢٤٦)

وفى حكم آخر لها صدر بمناسبة النزاع بين شركة الومنيوم يوغسلافية، ومشرى
امريكى وعند البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة وجدت الهيئة

(٢٤٣) راجع حكم محكمة النقض فى ١٣/٦/١٩٨٣ - مجموعة احكام النقض - س ٣٤ - رقم ٢٧٩ ص
١٤١٦ .

(٢٤٤) راجع حكم محكمة النقض فى ٩/٢/١٩٨١ - مجموعة احكام النقض - س ٣٢ - رقم ٨٧ ص ٤٤٥ .

(٢٤٥) راجع حكم محكمة النقض فى ٢٧/٣/١٩٩٦ - مجموعة من احكام النقض - س ٤٧ - رقم ١٠٧ -
صفحة ٥٥٨ .

(٢٤٦) انظر

Sentence C . C . I , rendue dans l'affaire , N 4504 en 1985 , J . D . I , 1986 , p .
1118 , note , JARVIN . S .

وانظر

Sentence , C . C . I rendue dans l'offaire , N 5832 , 1988 , clunat , 1988 , p .
1198 , note , Aguilar Alvarez .

ان البائع يوغسلافى وأن العقد أبرم فى بلجراد، وان المشتري امريكى وقد كتبت العقد باللغة الانجليزية ، وازاء خلو العقد من قانون محدد بارادتيهما، بحثت الهيئة فى الارادة الضمنية، فلم تتوصل اليها، لذا قررت إعمال القانون الفرنسى باعتباره قانون دولة مقر التحكيم (٢٤٧)

وقد كرست اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ قاعدة اسناد احتياطية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم عند المنازعة فيه أو الادعاء ببطلانه مؤداها ضرورة الرجوع فى هذا الشأن لقانون الارادة ، وعند غيابها فللقانون الدولة التى صدر فيها الحكم . وبهذه المثابة " صارت قاعدة الاسناد الواردة بالمادة ١/٥ من الاتفاقية هى وحدها دون غيرها الواجبة التطبيق لتحديد مدى توافر صحة اتفاق التحكيم ، ولا يملك القاضى الوطنى المطلوب منه الاعتراف والتنفيذ سوى الرجوع الى القواعد الموضوعية التى تحكم هذه الامور فى القانون الاجنبى الذى صدر فى ظلله حكم التحكيم ، خاصة وان القاعدة المذكورة تغطى كافة الفروض الممكنة ، وتسرى تلقائيا حينما لا يوجد قانون معين اختاره الاطراف ليحكم اتفاقهم على التحكيم (٢٤٨)

وعلى الرغم من أن قانون دولة المقر ، وعلى ما ذهب الى ذلك جانب من الفقه (٢٤٩) ، يجب أن يحكم التحكيم فى مجموعة وبصفة خاصة الاجراءات (٢٥٠) الا أن ذلك لم يحل دون اعتراض جانب آخر على هذا القانون . فتوطين التحكيم اجرائيا ، لا يعنى

(٢٤٧) راجع د / اشرف عبد العليم الرفاعى - القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام

فى العلاقات الخاصة الدولية - دار الفكر الجامعى - الاسكندرية - ٢٠٠٣ ص ٢٠

(٢٤٨) راجع د / سامية راشد - اتفاق التحكيم - مرجع سابق - ص ٣١٩ وما بعدها . وانظر

Ph. Fauchard : " l' arbitrage commercial , international , op . cit , P . 74 ets .

(٢٤٩) راجع فى ذلك Ph. Fauchard فى رسالته السابق الاشارة اليها ص ٣١٩ , وراجع P. lalve

فى محاضراته بعنوان " مشاكل التحكيم التجارى الدولى السابق الاشارة اليه " والمنشور فى مجموعة

دروس اكااديمية القانون الدولى فى لاهى لعام ١٩٦٧ - المجلد رقم ١ - ص ٦٦٠ , وايضا . B .

Goldman فى مجموعة محاضرات بعنوان " تنازع القوانين فى التحكيم من مواد القانون الدولى

الخاص والمنشور فى المجلد رقم ٢ من مجموعة لاهى لعام ١٩٦٣ - ص ٣٦٧ .

(٢٥٠) راجع د / مصطفى الجمال , ود / عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٢٥٣ وما بعدها , راجع

د / محمد السيد عرفه - القانون الواجب التطبيق على النزاع امام هيئة التحكيم - دار النهضة العربية -

٢٠١٤ - ص ٢٣٣ .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

بالضرورة توطينه من الناحية القانونية ، ذلك ان اختيار مكان ما كمقر للتحكيم قد يكون
لاعتبارات الملاءمة وقد يخضع للصدفة البحتة أو للمزاج السياحي (٢٥١).

كما ان المحكم لا تربطه بهذه الدولة ثمة علاقة تبعية ، فضلا عن ان احكامه لا
تصدر باسم هذه الدولة (٢٥٢) ، يضاف الى ما تقدم امكانية تصور تعدد مقار جلسات
التحكيم ، وحينئذ يصعب تطبيق قوانينها جميعا (٢٥٣)

بيد أن اهم اوجه الانتقاء التي يمكن أن توجه الى قانون دولة المقر يكمن في اهمال
التكييف التعاقدى لاتفاق التحكيم . فأصل السلطة يتمتع بها المحكم مبعثها الاتفاق ،
وان كان للاتفاق أثره الاجرائي ، الا ان ذلك لا يغنى عن ضرورة اعتبار النشأة الاتفاقية
للتحكيم (٢٥٤) ، الامر الذي يقتضى التعرض للقانون الواجب التطبيق على هذا الاتفاق
من هذه الوجهة .

خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذى يحكم العقد الاصلى

اخذا بالتكييف العقدى لاتفاق التحكيم ، فان القانون الواجب التطبيق بشأن هذا
الاتفاق يكون هو ذاته القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع ، فاذا ما صرح

(٢٥١) راجع د / ابو زيد رضوان - المرجع السابق - ص ١٩٦٢ .
(٢٥٢) انظر

EISMAN . F : " La lex fori de l'arbitrage commercial " travaux du comité
français du droit international privé , 1975 , p . 189 , ets .

(٢٥٣) لمزيد من التفاصيل حول الصعوبات التي تواجه اعمال قانون دولة المقر راجع د / ابو زيد
رضوان - الاسس العامة...مرجع سابق - ص ٦١ وما بعدها , د / محمد جلال حسن , د / بخيتار
صديق رحيم - القانون الواجب التطبيق على موضوع منازعة التحكيم الالكترونى - مرجع سابق - ص
٤٢٨ , د / ايناس الخالدي - التحكيم الالكترونى - دار النهضة العربية - ص ٢٩٥ وما بعدها . وانظر

J . Beguin : l'arbitrage commercial international , Montreal , 1987 , p . 233.

(٢٥٤) راجع د / حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة...مرجع سابق - ص ٦٢ , د / محمد حامد فهمي -
تنفيذ الاحكام والسندات التنفيذية - ١٩٥١ ص ٤١ , د / احمد مليجي موسى - تحديد نطاق الولاية
القضائية والاختصاص القضائي - ١٩٧٩ - ص ٢٠٤ , د / مختار بري - التحكيم التجارى الدولى -
دار النهضة العربية - ١٩٩٥ ص ٧ وما بعدها . وانظر .

Jean Rober ; Arbitrage civil et commercial , Droit interm , Droit international
privé , Dalloz , 1967 , p . 493 .

الاطراف باختيار هذا القانون ، أو امكن استخلاصه من ظروف التعاقد ، وجب اعماله على الاتفاق ايضا ، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك (٢٥٥)

ويعزى اعمال قانون العقد فى هذه الحالة الى تلك الصلة الوثيقة التى تربط بين العقد والاتفاق ، وتتجلى هذه الصلة فى الارتباط الوظيفى المتبادل بينهما (٢٥٦)

فلولا العقد لما ابرم الاتفاق ، ولولا الاتفاق لما حسمت منازعات العقد بالتحكيم ، ويزداد هذا الارتباط فيما لو ورد الاتفاق . وهو غالب . كبند من بنود العقد . فالصلة المادية بينهما تسمح حينئذ بمد نطاق هذا الاعمال (٢٥٧)

ورغم سهولة اعمال هذا الضابط الا انه يتجاهل استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلى . ومرجع الاستقلالية يكمن كما سبقت الاشارة الى اختلاف كل منهما اشخاصا ومحلا وسببا . وان الرباط الوظيفى المزعوم لاشأن له بالعقد الاصلى الا من زاوية الاختصاص القضائى ليس الا . وتلك مسألة يستقل بها الاتفاق دون العقد الاصلى (٢٥٨)

ومن ناحية اخرى قد تتعدد القوانين الواجبة التطبيق على العقد ، واستصحابا لما تقدم سوف تتعدد القوانين الواجبة الاعمال على الاتفاق ، ولا يخفى ما يخلفه هذا التعدد من امكانية عدم انسجامها بما يؤدى الى زعزعة استقرار الاتفاق (٢٥٩)

يضاف الى ما تقدم ان قانون العقد قد لا يسمح باتفاق التحكيم ذاته فى بعض الحالات او الموضوعات التى يتضمنها العقد ، الامر الذى يفضى الى عدم امكانية اعماله ويزد الى ذلك معضله عدم تصريح الاطراف بهذا القانون ، وصعوبة استخلاصه من ظروف التعاقد . والملحوظه الاخيرة سوف تعيدنا الى نقطة البداية من جديد ، وتقودنا الى التساؤل عن قاعدة الاسناد واجبة الاعتبار لتحديد هذا القانون فهل تعدد بقاعدة الاسناد فى قانون دولة المقر ، ام بقاعدة الاسناد فى قانون الدولة الاوثق صلة

(٢٥٥) راجع د / حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة - مرجع سابق - ص ٦٣ وما بعدها , د / هشام الرفاعى - القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم - مرجع سابق - ص ٩٧ , د / فتحى والى - قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق - منشأة المعارف - ٢٠٠٧ - ص ١٤٠ .

(٢٥٦) راجع د / محمد جلال حسن , د / بخيتار صديق - المرجع السابق - ص ٤٤١ .

(٢٥٧) راجع د / حفيظة الحداد - المرجع السابق - ص ٦٥ .

(٢٥٨) انظر ما سبق - ص

(٢٥٩) راجع عائشة مقرانى - استقلالية اتفاق التحكيم فى القانون الجزائرى - مرجع سابق - ص ٨٧ .

بالعقد . واذا كان الامر كذلك فلماذا نجهد انفسنا بتركيز علاقة العقد دون السعى مباشرة نحو تركيز الاتفاق ذاته . ان الاجابة على هذه الاسئلة يفصح عنها تقدير المحكم ، الذى يملك ان يطبق على العقد ومن ثم الاتفاق قانون الموطن المشترك للطراف ، او قانون بلد الاجرام ، او قانون بلد التنفيذ ، او يسعى مباشرة نحو تطبيق القانون الاصلح للاتفاق ذاته (٢٦٠)

ولئن كان قانون دولة المقر مطروح للتطبيق فيما لو سمحت علاقة العقد الاصلى بدولة المقر بذلك ، الا اننا نحيل الى ما سبق دراسته منعا للتكرار . كما اننا سنرجى دراسة القانون الاصلح للاتفاق الى حين دراسة القواعد المادية الواجبة الاعمال بشأن اتفاق التحكيم .

تطبيق قانون الموطن المشترك للطراف

يعد قانون الموطن المشترك من انسب القوانين لحكم العلاقة العقدية بين اطراف(٢٦١)، فعند غياب قانون الارادة صراحة او ضمنا والخشية من الفراغ التشريعى للعقد ، عنى المشرع فى كثير من الدول نحو رصد قاعدة اسناد احتياطية يتم الاحتكام اليها فى هذه الحالة . هذا ما تؤكد المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى ، والمادة ٢٠ من القانون المدنى الاردنى ، والمادة ٢٥ من القانون العراقى (٢٦٢) الخ . ومن امثلة التشريعات الغربية التى اخذت بهذا الضابط ، القانون الدولى الخاص البرتغالى لعام ١٩٦٦ ، والاسبانى لعام ١٩٧٤ (٢٦٣)..... الخ .

(٢٦٠) قرب من ذلك د / ايناس الخالدى - المرجع السابق - ص ٢٩٤ .

(٢٦١) راجع فى ذلك د / بشار الاسعد - عقود الاستثمار فى العلاقات الدولية الخاصة - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٦ ص ٢٥٦ .

(٢٦٢) تنص المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى على انه " يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ، فان اختلفا موطننا سرى " ، وتبعتها فى نفس الصياغة المادة ٢٠ من القانون المدنى الاردنى ، والمادة ٢٥ من القانون العراقى ، وعلى ذات النهج سار المشرع السورى والليبي والسودانى ، والكويتى .

(٢٦٣) اعتد القانون البرتغالى بقانون محل الإقامة المعتادة ، كما اعتد القانون الاسبانى أيضا بضابط الموطن المشترك عند تخلف قانون الجنسية المشتركة للطراف .

ويعزى اعمال هذا القانون الى فكرة التوقع المشروع للاطراف ، حيث يعلمون مسبقا بقواعده ، ومن ثم لن يتفاجأ هؤلاء من اعماله^(٢٦٤) ، فضلا عن ان هذا القانون يحقق مصالح الاطراف المشتركة باعتباره قانون محل اقامتهم المعتاده ، او مقر ممارسة هذه الاعمال^(٢٦٥)

ولئن كان قانون الموطن المشترك يصلح للاعمال وبسهولة بشأن العلاقات الوطنية ، الا ان اعماله بشأن علاقات التجارة الدولية محدود للغاية نظرا لاختلاف مواطن اطرافها ، كما انه قد لا يكون معبرا عن من مركز الثقل في العلاقة^(٢٦٦) ، فضلا عن صعوبة تحديده فيما لو كانت قواعد تغييره تتسم بالمرونة العالية .

تطبيق قانون بلد الابرام

مضت الاشار الى العديد من التشريعات الوطنية تأخذ بضابط بلد الابرام كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد و وذلك عند غياب الاختيار الصريح او الضمنى لهذا القانون^(٢٦٧).

وتأتى اهمية قانون بلد الابرام فيما يمثله من البداية الحقيقية لنشأة العقد . كما انه يسهل التعرف عليه ، فضلا عن كفالاته وحده القانون المطبق على العقد^(٢٦٨) .

بيد ان هذا الضابط على سهولته ، وبساطته ، الا انه لا يضمن التركيز الحقيقي للعلاقة العقدية وذلك فيما لو كان بلد الابرام مجرد ظرف عارض التقى فيه الاطراف مصادفة^(٢٦٩) . كما ان هذا الضابط يعجز عن مواجهة طرق الابرام الحديثة للعقود ،

^(٢٦٤) راجع د / ابراهيم احمد - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ ص ٥٥٥ .

^(٢٦٥) راجع د / طارق عبد الله عيسى المجاهد - تنازع القوانين فى عقود التجارة الدولية - رسالة دكتوراه - جامعة بغداد - العراق - ٢٠٠١ - ص ١٤٦ .

^(٢٦٦) راجع د / هشام صادق - الموجز فى القانون الدولي - الفنيه للطباعة والنشر - ١٩٩٧ - ص ٣١٠ .

^(٢٦٧) راجع نص المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى ، والمادة ٢٠ من القانون المدنى الاردنى ، والمادة ٢٥ من القانون المدنى العراقى الخ

^(٢٦٨) راجع د / طارق عبد الله عيسى - المرجع السابق - ص ١٤٧ .

^(٢٦٩) راجع د / صفوت احمد عبد الحفيظ - المرجع السابق - ص ١٨٤ .

كما هو الشأن فى العقود الالكترونية ، والتي تسفر حداثتها عن صعوبة تحديد محل ابرام العقد فى العديد من الحالات (٢٧٠)

تطبيق قانون بلد التنفيذ

يتجه المشرع فى بعض الدول نحو اعتماد ضابط بلد التنفيذ كمؤشر للقانون الواجب التطبيق عند تخلف الاختيار الصريح او الضمنى لقانون العقد (٢٧١)

ويعول فقه القانون الدولى الخاص كثيرا على ضابط قانون بلد التنفيذ باعتباره مؤشرا يفصح عن ارادة الاطراف الضمنية ، خاصة فى البلدان التي لم ياخذ المشرع فيها بهذا الضابط كالمشرع المصرى ، والاردنى ، والعراقى الخ ، ويعزى هذا الضابط الى انه يمثل غاية الاطراف من ابرام العقد ، وفيه تتركز مصالحهم ، كما انه يعبر عن الوجهة الاخيرة للعقد ويمثل مركز الثقل فيه (٢٧٢) ، يضاف الى ما تقدم ان قانون بلد التنفيذ لن يتعارض تطبيقه مع توقعات الاطراف الذين لديهم على اقل تقدير علم مسبق بقواعده .

بيد ان هذه المبررات لا تحول دون تعرض هذا الضابط للانتقاد ، ويبدو ذلك فى الغرض الذى تتعدد فيه مآر التنفيذ (٢٧٣) ، او اذا ما ثار النزاع حول العقد قبل البدء فى تنفيذه (٢٧٤)

(٢٧٠) راجع د / نافع بحر البيانى - تنازع القوانين فى منازعات التجارة الالكترونية - رسالة دكتوراه - جامعة بغداد - ٢٠٠٤ - ص ٧٢ .

(٢٧١) اعتمد المشرع التركى من خلال المادة ٢٤ من القانون الدولى الخاص التركى الصادر عام ١٩٨٢ بقانون الدولة التى نفذ فيها العقد او كان واجبا تنفيذه فيها عند تخلف الاختيار الصريح لقانون العقد ، وفى حالة تعدد مجال التنفيذ يطبق القاضى قانون الدولة التى يرتبط بها العقد بروابط وثيقة ، وهو ما اتجه اليه المشرع البيرونى من خلال نص المادة ٢٠٩٥ من القانون المدنى الصادر عام ١٩٨٤ ، باخضاعه العقد لقانون الارادة ، وعند غيابها صراحة يطبق قانون الدولة التى يتم تنفيذ العقد فيها ، وعند تعدد مآر التنفيذ ، يخضع العقد لقانون الدولة التى ينفذ فيها الالتزام الرئيسى وفى حالة عدم امكانية تحديد مكان التنفيذ يخضع العقد لقانون بلد الابرام .

(٢٧٢) راجع د / السيد عبد المنعم حافظ - عقد التاجير التمويلى الدولى - دار الفكر العربى - ٢٠١٠ - ص ١٨٥ .

(٢٧٣) راجع د / السيد عبد المنعم حافظ - المرجع السابق - ص ١٨٦ .
(٢٧٤) راجع د / صفوت احمد عبد الحفيظ - دور الاستثمار الاجنبى فى تطور احكام القانون الدولى الخاص - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠٠٥ - ص ١٨٧ .

تلك هي اظهر الضوابط الواجبة الاعمال فى سبيل الوصول الى القانون الموضوعى الحاكم للعقد ، وهى تصلح للاعمال بشأن اتفاق التحكيم اخذا بالتكييف التعاقدى .

ويبقى التساؤل عن مدى امكانية اعمال هذه الضوابط جميعا اتفاق التحكيم ومدى اتساق الاعمال مع وظيفة هذا الاتفاق .

عدم صلاحية المنهج التنازعى للوقوف على صحة اتفاق التحكيم " تعقيب "

سواء تم تكييف اتفاق التحكيم تكييفاً اجرائياً على نحو يسفر عن تطبيق قانون دولة المقر ، او تم تكييفه على انه عقد بما يسمح بتطبيق قانون الموطن المشترك ، او بلد الابرام ، او بلد التنفيذ عند غياب قانون الارادة ، فان اى محاولة لاجراء مثل هذا التكييف بغية الوصول الى القانون الواجب التطبيق بشأن هذا الاتفاق سوف تبوء بالفشل ، ليس فقط لأن هناك قاعدة مادية كرستها اتفاقية نيويورك فى هذا الشأن خالصة من اى تكييف، ولا لعدم مناسبة الضوابط المتعلقة بالقانون الموضوعى للانطباق على الاتفاق حال عدم التصريح بهذا القانون ، وانما ايضا لما يحوزه هذا الاتفاق من حصانة ، وصيانة ، واستقلال ، وصحة دونما حاجة الى اعتراف من اى قانون وطنى ودونما اعتداد بما يقره هذا الاخير فى شأن هذا الاتفاق .

فمن ناحية ، يصعب اخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر بوصفه معبرا عن القانون الاجرائى الواجب التطبيق عن اتفاق التحكيم . ويبدو خطأ هذا التصور ، فى ان هذا الاتفاق وان كان أثره اجرائياً ، الا انه لا يفرض على المحكم او القاضى الامتثال للاجراءات المقررة فى قانون دولة المقر . كما أنه لا يفسر الاعتداد باتفاق الاطراف على تطبيق قانون آخر غير قانون هذه الدولة ، فالاتفاق سابق على الاجراءات ، وثم يتعذر عليه تحديدها . فضلا عن أن الاخذ بقانون دولة المقر فى هذه الحالة سيكون انصياعاً للقاعدة المادية التى قررتها اتفاقية نيويورك ، وليس نزولاً على مقتضى التكييف الاجرائى .

ومن ناحية اخرى ، فان قانون الموطن المشترك يصعب الركون اليه فى الكثير من الفروض ، ياتى فى مقدمتها صعوبة تحقق هذا الاشتراك خاصة فى مجال التجارة

الدولية ، وعلى فرض تحققه ، فانه قد لا يكون معبرا عن قصد الاطراف خاصة اذا ما اوجب هذا القانون فى الاتفاق شروطا لا تستقيم والهدف المرجو منه .

ولا ينأى ضابط بلد الابرام هو الآخر من الانتقادات ، ابرزها ان بلد الابرام قد يكون عارضا كما لو تم ابرام الاتفاق فيه مصادفة ، كما ان قانون هذا البلد قد يتضمن احكاما تناهض الاتجاهات المعاصرة لهذا الاتفاق . كما تبدو صعوبة اعمال ضابط بعد التنفيذ ، وبالتبعية سوف تتعدد القوانين الواجبة الاعمال ، مما يخل بوحده النظام القانونى الحاكم للاتفاق . وعلى فرض امكانية السماح بتطبيق قانون البلد الذى يتم فيه الجزء الرئيسى أو الاساسى من العقد ، فانه قد لا يعد انعكاسا لما اراده الاطراف ، او لم يكن بمخيلتهم . كما تبدو عدم صلاحية هذا الضابط فيما لو ثار النزاع بشأن الاتفاق قبل البدء فى تنفيذ العقد الاصلى .

والى جوار هذه الضوابط فرض الواقع العملى ضابط مؤداه ضرورة الاعتداد بمركز الثقل فى العلاقة ، وهو بدوره لا يصلح للانطباق على اتفاق التحكيم . فإى مركز ثقل يحتله هذا الاتفاق سوى فى مواجهة القضاء وفى مواجهة العقد الاصلى فهذا الضابط يخص العقد لا الاتفاق ، وان كنا نبحث عن ثقل كذلك لدى العقد الاصلى ، فسوف يرتد الى قانون بلد الابرام او قانون دولة المقر شريطة ان يتم اختيار صراحة ، او بلد التنفيذ ، وبافتراض امكانية تطبيق هذه الضوابط بشأن الاتفاق التحكىمى ، فان معضلتين سويا سوف يناهضان هذا الاعمال . اولهما ان الارتكان الى المنهج التنازعى ، يقتضى استمرار اعماله بشأن كافة جوانب الاتفاق الشخصية ، والموضوعية ، والسببية (٢٧٥) ، ومعنى ذلك امكانية تعدد القوانين الواجبة التطبيق على كافة جوانب الاتفاق . الامر الذى يخل بوحده الاتفاق من ناحية ، ويوقعنا فى اللبس والحيرة من ناحية اخرى . وتأتى المعضلة الثانية والاساسية والتي وحدها تقوض كل ما سبق ، وهى فرضية صحة الاتفاق التحكىمى مجردا من ذاته .

(٢٧٥) انظر ما سبق .

والصحة المضروبة ليست غاية في ذاتها بل وسيلة الغرض منها تثبيت دعائم التحكيم وسلطة القاضى التحكىمى معا ، فالتحكيم صار ند للقضاء وليس استثناء منه او عليه . ومظهر هذه الندية كرسنها صحته إذ بموجب هذا المبدأ سوف يضمن المحكم صحة اختصاصه دونما تعقيب عليه فى ذلك ، ويصير قاضيا ولوشاب الاتفاق التحكىمى اى عوار من منظور النظم الوطنية . ولا قيد عليه فى ذلك سوى مرعاة قواعد النظام العام الدولى العابر .

فالتبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم تستعصى على التركيز فى اى نظام قانونى وطنى ، فهو صالح للاعمال حتى فى ظل النظم القانونية التى تقيده . فالطابع الدولى للتحكيم سوف ينسحب بالضرورة الى الاتفاق ليصير هو الآخر دوليا ، وهذه السمة وحدها كفيلة باستقلاله عن كافة النظم القانونية الوطنية . آية ذلك ان المحكم سوف يفصل فى النزاع ولو كان موضوعه مما لا يجوز تسويته بالتحكيم كما ان حكمه بمجرد صدوره يصلح للاندماج فى اى نظام قانونى وطنى ، ومن ثم يقبل التنفيذ فى اى دولة عدا تلك التى قررت ابطاله من خلال محاكمها . فالحكم على هذا النحو يجوز حصانة تكفل له الفاعلية أمام كافة الانظمة القانونية المعينة .

بيد أن ذلك لا يعنى امكانية التنفيذ دوما وبصفة مطلقة . فحد النظام العام الدولى سوف يحول دون هذا التنفيذ اذا كان فى الحكم ما يناهضه ، والغالب أن يقضى المحكم برفض الدعوى فيما لو تعلق النزاع بمسألة لا يجوز التحكيم فيها كالرشوة والفساد . ولم يقل احد بعدم اختصاص المحكم فى هذه الحالة ، لان الذى يملك ذلك هو المحكم نفسه . ومن ادبيات واساسيات التحكيم الا يقضى المحكم بعدم الاختصاص ، وانما برفض الدعوى .

وعلة ذلك واضحة . اذ يستوى ان يعرض النزاع على المحكم أو على القاضى ، فالنتيجة واحدة . فالقاضى سوف يقضى انتهى اليه المحكم لان قواعد النظام العام الدولى العابر التى استند اليها المحكم هى فى الاصل ذات مردود وطنى . ومن ثم فهى تعبر عن النظام العام فى دولة القاضى . وإذا كان القاضى لن يقضى بعدم الاختصاص حال كونه مختص على سند من ان المنازعة ذات طابع غير اخلاقى ، وانما سيقضى

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدى محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفى

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

برفض الدعوى فإن مبدأ المساواة بين المحكم كقاضى تحكىمى ، وبين القاضى النظامى
تفرض منح المحكم ذات سلطات هذا الاخير ، ومنها الاختصاص ولو كانت المنازعة
غير اخلاقية من وجهة النظام العام الدولى العابر .

ولئن كان مبدأ الصحة . على نحو ما سبق . يحول دون اعمال منهج التنازع فإن
التساؤل يثار عن مصدر واساس هذا المبدأ ، وكيف يمكن للمحكم الارتكان اليه للوقوف
على صحة الاتفاق . هذا ما سنعرضه فيما يلى .

المطلب الثانى

دور القواعد المادية فى إستخلاص صحة الاتفاق التحكىمى

تمهيد

إذا ما طرح نزاع بشأن عقد دولى امام المحكم ، فإنه يجوز لهذا للأخير اعمال
قواعد واعراف التجارة الدولية وبصفة مباشرة خاصة فى الفرض الذى يسكت فيه
الاطراف عن قانون العقد ، ويتعذر الكشف عن ارادتهم الضمنية . نفس المسلك سوف
يسلكه المحكم بشأن اتفاق التحكيم الذى يبغى اطرافه حسم منازعات عقودهم المتعلقة
بالتجارة الدولية ، فالقواعد المادية التى افرزتها هذه المعاملات تسمح بالانطباق المباشر ،
على موضوع النزاع بحسبان انها وضعت خصيصا لتنظيم هذه الروابط . والمحكم سوف
يجد نفسه مدفوعا نحو اعمال مقتضى تلك القواعد بشأن الاتفاق خاصة وأنها تعتبر جزءا
من النظام القانونى الذى ينتمى اليه ، بحسبان أنه ليس لديه قانون اختصاص ينتمى اليه
او يستعين به (٢٧٦)

وبهذه المثابة سوف يخضع اتفاق التحكيم للقاعدة المادية التى تقرر دوام صحته فى
ذاته استقلالا عن أى قانون وطنى ، وبعبدا عن كل القيود الا ما تعلق منها بالنظام
العام الدولى العابر .

(٢٧٦) راجع د / هشام صادق - القانون الواجب التطبيق ...- مرجع سابق - ص ٧٥٨ . وانظر
Toubiana . Annie : le domaine de la loi du contrat en droit international prive ,
Dalloz , 1972 , p . 118 ets .

وإزاء عدم تأثر الاتفاق بأى إيداع ببطلانه أو انعدامه نزولاً على مقتضى تلك القاعدة المادية الأمر الذى يقتضى التعرف على مضمونها ومصدرها ، وأثر أعمالها على القانون الواجب التطبيق .

المقصود بالقواعد المادية

يتجه جانب من الفقه الى تعريف القواعد المادية بأنها مجموعة من القواعد الموضوعية المستقاة من مصادر متعددة ، وتقدم تنظيمياً قانونياً ، وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانوناً خاصاً مستقلاً عن القانون الذى يحكم الروابط الداخلية البحثه " (٢٧٧)

وتجد هذه القواعد مصدرها فى التشريع سواء كان وطنياً (٢٧٨) أو اتفاقياً (٢٧٩) ، كما كرسها احكام القضاء سواء الوطنى أو التحكيمى (٢٨٠) . وتتسم بطائفيها وتلقائيتها ، فضلاً عن موضوعيتها (٢٨١)

ويدراً المحكم من خلال أعمال هذه القواعد الصعوبات التى يثيرها اعمال منهج التنازع التقليدى ، خاصة فى حالة خلو القوانين الوطنية من قواعد تماثل تلك التى اقررتها قواعد واعراف التجارة الدولية (٢٨٢) فيتجه مباشرة نحو اعمالها بخصوص المنازعات المطروحة أمامه ، وهو ما يصدق بالنسبة لاتفاق التحكيم .

(٢٧٧) راجع د / احمد عبد الكريم سلامة - علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - ص ٢٦٧ ، د / محمد عبد الله المؤيد - منهج القواعد الموضوعية فى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية - دار النهضة العربية - ١٩٩٨ - ص ٢٨ .

(٢٧٨) من التشريعات الوطنية التى تضمنت قواعد موضوعية خاصة بعلاقات التجارة الدولية القانون التشيكي الصادر عام ١٩٦٣ والمسمى بقانون الروابط القانونية فى العلاقات التجارية الدولية ، والقانون الالمانى الصادر عام ١٩٧٥ والخاص بالعقود الاقتصادية الدولية . انظر

Bystricky . R : les traites général de la codification techecoslovaque de droit international prive , Rec , cour la Haye . vol , 123 , Tome I , 1968 , p . 406 , ets .

(٢٧٩) راجع نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك .

(٢٨٠) انظر ما سبق .

(٢٨١) للمزيد راجع د / محمد السيد عرقه - القانون الواجب التطبيق على النزاع امام هيئة التحكيم - مرجع سابق - ص ٢٥٨ .

(٢٨٢) راجع د / بلال عبد المطلب بدوى - التحكيم الالكترونى كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٦ - ص ٨٦ وما بعدها .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

فلقد بات مستقرا في شأن هذا الأخير ، ضرورة الاعتداد بالقواعد الموضوعية
السائدة في مجال العلاقات الدولية الخاصة (٢٨٣) ، حيث تقدم هذه القواعد الحل المباشر
بشأن كل ما يثور من منازعات بشأن هذا الاتفاق .

ولئن كانت هذه القواعد تقتضى الاعمال المباشر من جانب المحكم ، فما الذى
يميزها عن المنهج المباشر .

المنهج المباشر والمنهج المادى بشأن صحة الاتفاق

يذهب جانب من الفقه الى ان تحرى صحة الاتفاق يجب ان تكون من خلال
البحث عن القانون الذى يضمن صحته (٢٨٤) وإذا ما تعددت القوانين ذات الصلة
بالاتفاق ، وجب تطبيق القانون الذى يضمن صحته بشكل نهائى (٢٨٥) قالهدف الذى
يرمى اليه أصحاب هذا الاتجاه ، ليس البحث عن القانون الواجب الاعمال ،
وإنما تلمس صحة الاتفاق فى اى من القوانين المعنية به . ويقدم القانون السويسرى
المثل على ذلك من خلال نص المادة ٢/١٨٧ التى تقرر إخضاع الاتفاق لقانون
الارادة، او للقانون الذى يحكم الموضوع ، او للقانون السويسرى (٢٨٦) ، ويلاحظ ان هذه
القوانين ليست مرتبة على نحو تدريجى ، وإنما جاءت على نحو يضمن سلامة وصحة
الاتفاق . وقد حاول انصار هذا الاتفاق تخطى صعوبة عدم تحقق صحة الاتفاق فى اى
من هذه القوانين وذلك باللجوء الى تعدد القوانين واجبة الاعمال بحيث يطبق كل منها
على جزء الاتفاق الذى يضمن صحته (٢٨٧)

(٢٨٣) راجع د / منير عبد المجيد - التنظيم القانونى للتحكيم الدولى والداخلى فى ضوء الفقه وقضاء
التحكيم - منشأة المعارف - ١٩٩٧ ص ١٨٤

(٢٨٤) راجع د / أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - دار
النهضة العربية - ط ٢ - ٢٠٠٥ - ص ١٦٩ .

(٢٨٥) راجع د / هشام الرفاعى - القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم - رسالة دكتوراه - حقوق
عين شمس - ٢٠٠٩ - ص ١٦٩ .

(٢٨٦) تنص المادة ٢/١٨٧ من القانون الدولى الصادر عام ١٩٨٧ على انه "ويعتبر العقد التحكى صحى
فى الأساس إذا كان يلبى الشروط التى يفرضها اما القانون الذى اختاره الاطراف ، او القانون الذى
يرعى موضوع النزاع لاسيما القانون الذى يرعى العقد الاساسى، أو القانون السويسرى .
(٢٨٧) راجع د / هشام الرفاعى - المرجع السابق - ص ١٧٧ وما بعدها .

والملاحظ ان هذا الاتجاه يعود الى ما كان يجرى به العمل قبل نشأة منهج التنازع ، حيث المنهج الاحادى الذى يقوم على تحليل القوانين المتنازعة ، والكشف عن مضمونها، ثم اعمالها بدلا من تحليل الواقعة لفصل من خلالها الى ذلك القانون (٢٨٨). ورغم أن هذا المنهج يعد استثناءا من منهج التنازع (٢٨٩) ، الا ان اهميته تكمن فى تخفيف حدة الانتقادات الموجهة للمنهج التنازعى (٢٩٠) وخلافا لهذا المنهج فإن المنهج المادى لا يعبأ بما تكرسه القوانين الوطنية فى شأن تقرير صحة الاتفاق، حيث يتجه المحكم مباشرة نحو تطبيق القواعد المستقرة فى القانون التجارى الدولى والتي تقتضى بصحة الاتفاق ايا ما كان مصدرها اتفاقيا وقضائيا. وبهذه المثابة لن يعر المحكم المنهج المباشر ثمة اعتبار وينأى بالاتفاق من تسوق الصحة بين مختلف القوانين .

ولئن اتفق المنهج المباشر مع المنهج المادى (٢٩١) فى ان كل منهما يسفر عن التطبيق المباشر للقواعد والاحكام التى تضمن صحة الاتفاق سواء من خلال احد القوانين المتنازعة كما فى المنهج المباشر، او بالاعمال التلقائى للقاعدة المادية التى تقرر صحة الاتفاق كما فى المنهج المادى، الا انهما يفترقان فى طريقة التناول. فالمنهج المباشر يكبد المحكم عناء البحث عن اصلح القوانين التى تضمن صحة الاتفاق وعلى العكس من ذلك فان اعمال للمنهج المادى سوف يجنبه ذلك، ويضمن هو الآخر صحة الاتفاق. وعلى الرغم من ذلك فان المنهج المباشر يحمل فى طياته عدم العدالة، لان

(٢٨٨) راجع د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ٦٨٥

(٢٨٩) انظر

Batiffol . H . le pluralism des method en droit international privé Rec des cours , la haye , 1973 , vol , 139 , p . 199 .

(٢٩٠) للمزيد حول تعايش المناهج راجع د/ احمد عشوش - تنازع مناهج تنازع القوانين - دراسة مقارنة - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ١٩٨٥ - ص ٧٥ , د / احمد عبد الكريم سلامة - القواعد ذات التطبيق الضرورى - وقواعد القانون العام فى القانون الدولى الخاص - دار النهضة العربية - ١٩٨٥ - ص ٦٦ . وانظر

Deby . Gerard : le role de la règle Op cit , p . 8 . ets .

(٢٩١) راجع د / هشام صادق - المطول فى تنازع القوانين - الطبعة الرابعة - ١٩٨٢ ص ١٧٣ .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/ بليغ حمدي محمود الخياط ، د/ احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

مسلك المحكم سيكون دائما فى صالح الطرف الذى يتمسك بصحة الاتفاق مغلبا هذه
الصحة على ادعاءات الخصم الآخر (٢٩٢)

ويبقى التساؤل عن مصدر هذه القواعد المادية ، و هو ما سنعرض له الآن .

مصدر القواعد المادية

تتعدد المصادر التى يمكن ان تستقى منها القواعد المادية احكامها ، فاحكام القضاء
من ناحية ، والاتفاقات الدولية من ناحية اخرى ، فضلا عن عادات واعراف التجارة
الدولية ، كلها ساهمت فى ارساء العديد من القواعد المادية . والامثلة على ذلك كثيرة
فصحة اتفاقية التحكيم التى تكون الدولة طرفا فيها (٢٩٣) ، وصحة شرط الدفع
بالذهب (٢٩٤) ، واستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الاصلى (٢٩٥) ، وصحة اتفاق التحكيم
فى ذاته دونما اعتداد بأى تشريع وطنى (٢٩٦) ، وصحة التعاقد رغم الاختلاف فى
التسعير (٢٩٧) كلها امثلة لتلك القواعد .

وقد ساهم القضاء الفرنسى فى ارساء قاعدة استقلال شرط التحكيم وصحته فى ذاته
دونما حاجة الى الرجوع لاي قانون وطنى لتأكيد ذلك ، وكان حكم Gosset عام
١٩٦٣ هو البداية الحقيقية لظهور هذه القاعدة والعمل بمقتضاها ، ثم تلى ذلك العديد
من الاحكام منها حكم IMPEX عام ١٩٧١ ، وحكم Hecht عام ١٩٧٢ ، وحكم

(٢٩٢) راجع د / هشام الرفاعى - المرجع السابق - ص ١٧٠ .

(٢٩٣) قررت محكمة النقض الفرنسية سلامة اتفاق التحكيم الذى تكون الدولة طرفا فيه ، دون اعتداد
بالقانون الواجب التطبيق فى شأن أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية . وهى قاعدة ذات طبيعة مباشرة
لا يتوقف اعمالها على منهج التنازع . للمزيد راجع د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ٧٢٠ وما
بعدها ، د / سامية راشد - اتفاق التحكيم ... - مرجع سابق - ص ٨٩ وما بعدها .

(٢٩٤) قضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٥٠/٦/٢١ بصحة شرط الدفع بالذهب فى المعاملات الدولية
دون الداخلية ، وعللت ذلك بأن القانون الواجب التطبيق وهو القانون الكندى اذ يحظر هذا الشرط فإنه
يكون بذلك مخالفا للنظام العام الفرنسى - للمزيد راجع د / هشام صادق - المرجع السابق - ص ٧١٦ .

(٢٩٥) انظر ما سبق ص .

(٢٩٦) انظر ما سبق ص .

(٢٩٧) صار من المعتاد فى مجال التجارة الدولية الاعتماد بصحة العقد ولو لم يتم السعر فيه ، وذلك على
العكس مما هو مشاهد فى القوانين الوطنية ، حيث يؤدي اغفال هذا السعر الى ابطال العقد . انظر

Les principes uniRoit à l'article 5 et 7 .

MENicucci عام ١٩٧٥ ، وحكم SonEtex عام ١٩٩١ ، وحكم Dalico عام ١٩٩٣ الخ (٢٩٨)

ومن جانبها كرست اتفاقية نيويورك تلك القاعدة المادية ضمنا ويمكن استلهاً ذلك من خلال نص المادة الثانية والتي تفرض على الدول الاعتراف باتفاقية التحكيم ، ملقبة على محاكمها التزاما بعدم التعرض لموضوع النزاع واحالة الخصوم للتحكيم ما لم يكن الاتفاق ظاهر البطلان .

ولم تبعد القوانين الوطنية عن تكريس تلك القاعدة فالمشرع الفرنسي، ونظيره المصري وغيرهما من المشرعين اتجهوا نحو منح هيئة التحكيم وهي بصدد الفصل في النزاع ضرورة الاعتداد بعادات واعراف التجارة الدولية. وإذا كانت هذه الاخيرة تمثل السبب والمصدر نحو ارساء قاعدة الصحة، فإن مراعاة المحكم لها يكون نابعا ليس فقط من عادات واعراف التجارة الدولية وانما ايضا من تلك النصوص الوطنية التي اوجبت ذلك

ولم يترد قضاء التحكيم الدولي في تكريس هذه القاعدة ، والعمل بمقتضاها . فلقد تم اعتماد تلك القاعدة خلال قضيتين متزامنتين عرضتا على التحكيم ، وكانت مصر طرفا فيهما . حيث دفع الجانب المصري في الاولى امام المحكم اللبناني المشكل طبقا لقرار غرفة التجارة الدولية بباريس بعدم الاختصاص لخلو الاتفاق من تسمية المحكمين . والذي رفضه المحكم مؤسسا رفضه على ان الحاكم لصحة الاتفاق انما يكون من خلال اتفاقية نيويورك التي انضمت اليها مصر دون القانون الوطني ، وأشار أنه لا مجال لبطلان الاتفاق في ظل القواعد الدولية التي صارت وحدها الواجبة التطبيق في شأن العلاقات الدولية (٢٩٩)

وفي القضية الثانية دفع الجانب المصري امام المحكم المشكل طبقا لقرار الغرفة بعدم الاختصاص على اساس ان جريان التحكيم في فرنسا يتعارض مع الاختصاص

(٢٩٨) انظر ما سبق .

(٢٩٩) القضية رقم ٢٤٠٦ والمرفوعة امام غرفة الاتجارة الدولية بباريس في ١٩٨٢/٥/٤ والصادر فيها بتاريخ ١٩٨٤/٤/٥

الوجوبى القاصر على المحاكم المصرية لتعلق المنازعة بإقامة مبان فى القاهرة بمعرفة الشركة الفرنسية ، وأن هذا الشرط من النظام العام . وقد رفض المحكم هذا الدفع مستندا فى ذلك الى نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك ، ونص المادة ٣٠١ من قانون المرافعات المصرى التى تلزم الجانب المصرى باحترام تعهداته الدولية (٣٠٠) وبامعان النظر فى كلا الحكمين نلاحظ ان المحكم اتجه صوب أعمال القاعدة المادية التى قررتها المادة الثانية من الاتفاقية ، ولم يعول على ما يبيده الخصم من ادعاءات مبعثها القانون الوطنى . ويبقى ان نشير الى استقرار تلك القاعدة فى قواعد واعراف التجارة الدولية . وبيان ذلك أن تلك الاخيرة تكرر العديد من المبادئ التى ساهمت فى ارساء القاعدة المادية التى تقرر صحة الاتفاق التحكىمى . فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، ومبدأ حسن النية فى ابرام العقود فيهما من الكفاية لاسباغ الشرعية على التقرير بصحة الاتفاق (٣٠١) . فمتى اتجهت الارادة المشتركة للطرف ، وبحسن نية نحو ابرام اتفاق التحكيم ، فان مقتضى اعمالهما يوجب الاعتراف بصحة هذا الاتفاق، والقول بغير ذلك فيه اهدار لتلك المبادئ التى ترسخت فى قواعد واعراف التجارة الدولية (٣٠٢) وهكذا باتت قاعدة صحة الاتفاق وسلامته احدى القواعد المادية التى ساهم فى ترسيخها القضاء الوطنى وكرستها الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية ، واقترتها الممارسات التحكيمية ، فضلا عن عادات واعراف التجارة الدولية . ولم يعد باستطاعة احد ان يمارى فى التمسك ببطلان الاتفاق او انعدامه ، فلم ايتد طعن فى صحة الاتفاق بمجد ، ولن يتثنى قضاء التحكيم عن التقرير بنفسه لنفسه بالاختصاص بنظر هذه الادعاءات فضلا عن موضوع النزاع .

(٣٠٠) راجع الحكم الصادر فى القضية رقم ٤٥٨٩ والمرفوعة امام غرفة التجارة الدولية بباريس فى ١٩٨٣/١/٧ ، والصادر فيها الحكم بتاريخ ١٣/٤/١٩٨٤ .

(٣٠١) انظر

Jean Christophe Pommier et loi : Principe , D'autonomie et loi de conventionnel . Paris , 1992 , p . 296 ets .

(٣٠٢) للمزيد راجع د / مفيد عبد المجيد -الاسس العامة للتحكيم الدولى- مرجع سابق - ص ٢٥٦ ومابعدها .

الخاتمة

وبعد أن بلغت هذه الدراسة نهايتها ، بات واقعا أنه في مجال التحكيم الدولي تنقطع صلة الاتفاق التحكيمي بأى تشريع داخلى ويكون الاعتماد فقط على ارادة الاطراف المشتركة . وهو ما تناولته دراستنا لاتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق بشأنه فى ظل مبدأى الصحة والاستقلالية ، وقد اتضح من خلالها ان الوقوف على طبيعة الاتفاق التحكيمي لا تعدو ان تكون جدلا ونشاطا ذهنيا يشبع به الباحث رغبته العلمية، دون ان يكون لها على الاقل حتى الآن مردود واضح. فلقد عصفت قاعدة صحة الاتفاق بطبيعة هذا الاخير، فلم يعد التكييف العقدى مهما، ولا التكييف الاجرائى مجديا، وانما الاهم هو التحقق من الوجود المادى أو القانونى للاتفاق دونما اعتداد باى تشريع وطنى فى شأن صحته أو بطلانه أو حتى الادعاء بانعدامه.

وتعكف هيئات التحكيم على تحرى هذا الوجود بشتى السبل، ولن تألوا جهدا فى سبيل ذلك ، ولن تعدم الحيلة فى الوصول اليه.

وسواء جاء هذا الاتفاق مستقلا عن العقد ، أو بنا من بنوده او من خلال الاشارة اليه. فإن الاختصاص سوف ينعقد بموجبه لقضاء التحكيم دون القضاء الوطنى . وسوف يفصل المحكم فى مسألة اختصاصه دونما تعقيب قضائى عليه فى ذلك الا فى المرحلة اللاحقة على صدور الحكم وبمناسبه طلب الامر بتنفيذ ، أو الطعن فيه بدعوى البطلان . وحتى هذا التعقيب القضائى لم يعد ملزما سوى داخل الدولة التى يتم ممارسة التنفيذ او الطعن فيها ، فلن تتجاوز آثاره حدود هذه الدولة ، دون ان يتعداها الى غيرها من الدول . فإمكانية تنفيذ الحكم التحكيمي صارت لاحد لها سوى ما تراه دولة التنفيذ . ومن أجل ذلك كرسات الاتفاقيات الدولية استقلالية الاتفاق ، وتدويل الحكم على نحو دفع بجانب من الفقه الى وصف حال التحكيم الدولى الآن وبصفة خاصة تجاه الدول المتعاقدة، وهى اغلبها من الدول النامية، " بأنه اتجاه غير برىء فالتحكيم الدولى يخفى وراءه موقفا غير حيادى، حيث ينطلق مدفوعا باسباب ودوافع مشروعة أو غير مشروعة نحو اقصاء قضاء الدولة "، والامعان فى تطبيق القواعد المادية أو الموضوعية التى تكرسها الاتفاقيات الدولية، وعادات واعراف التجارة الدولية، أو القوانين الوطنية للدول

شديدة التمدين على واقعات النزاع التحكيمى ، كل ذلك بغية تحرير التحكيم ، وتحرير اتفاقه من أية قيود .

والحقيقة ان موضوع البحث رغم أهميته ، ورغم تناوله بأقلام العديد من الباحثين والفقهاء ، إلا انه مازال فى حاجة دائمة الى المزيد والمزيد من الدراسة . وترتد هذه الأهمية الى ضرورة التنبؤ بما عساه ان يفرزه القضاء التحكيمى من قواعد ، وثم الاستعداد لها .

ولقد بدأت أولى حلقات التحرر بتكريس قاعدة الاستقلالية ، ولنا أن نتساءل ، استقلالية من ، فى مواجهة من .

فلو قلنا بأن الاستقلالية تخص الاتفاق فى مواجهة العقد الاصلى ونظامه القانونى، فإن تلك الاجابة لا تشفع فى استقلال التحكيم عن القضاء. فالمشاهد غير ذلك. فالاستقلالية وبالدرجة الاولى هى فى مواجهة القضاء الوطنى الذى يقف دوره عند الدعم حد تقديم للعملية التحكيمية لا ان يكون معوقا لها.

ولهذا ترسخت قاعدة الاختصاص بالاختصاص فى سبيل تأكيد تلك الاستقلالية . واذا ما تأكد اختصاص المحكم على هذا النحو ، فلن ينال منه الادعاء ببطلان الاتفاق أو انعدامه . ففي مجال التحكيم الدولى ليس للمرء ان يستوعب ان لديه ما يبطل الاتفاق وبعدم الاختصاص . فتلك مفاهيم وطنية مبعثها أن ما بنى على باطل فهو باطل، وتلك يصعب اعمالها فى مجال التحكيم الدولى . فلقد تواترت احكامه وقواعده على تجاوز هذه المسألة رغم أهميتها ، وهو ما يؤكد الينا المقولة التى وصفت التحكيم فى سعيه نحو فرض نظامه بالاتجاه غير البرىء ، ثم تأتى قاعدة صحة الاتفاق دونما اعتداد باى قانون وطنى لتزيح من طريقها منهج التنازع التقليدى، والمنهج المباشر ايضا، فلم يعد لأى منهما مجال للاعمال بشأن تحرى صحة الاتفاق التحكيمى .

ولئن تحرر الاتفاق التحكيمى من اعمال منهج التنازع، أو المنهج المباشر ، فإنه قد تحرر أيضا من مبدأ حرية الاختيار فلم يعد بقدر هذا الاخير النيل منه. فلقد ظهر لنا أن حق الاختيار أصبح غير ذى جدوى امام القاعدة التى تقرر صحة الاتفاق وسلامته،

الأمر الذى أثار التساؤل عن قيمة هذه القاعدة التى تقرر حرية الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق .

ويعزى التمسك بهذه القاعدة الى رغبة الاطراف فى الافلات بتعاقداتهم الدولية من النظم القانونية الوطنية التى قد لا تتلاءم قواعدها مع طبيعة هذه العلاقات ، وهو ما يخفى فى طبيعته الرغبة فى الافلات من التفاضى أمام المحاكم الوطنية التى تحيط بها العقبات ، وسوء المظنة وهكذا ليدين النظام التحكيمى الدولى لهذه القاعدة فى سيادته وإزدهاره واستقلاله عن القضاء .

والمتتبع لحقات التحكيم الدولى سوف يدرك مدى التطور الذى يلحق به يوما بعد يوم. فمن يدري ربما يجيء اليوم الذى يتجه فيه المحكم نحو اعمال منهج التنازع أو المنهج المباشر ، أو حتى حق الاختيار ليصل الى ابطال الاتفاق فى بعض الحالات كما يتم اسناد الاختصاص لمحاكم احدى الدول ، لتفصل فى النزاع على نحو يحقق مصالح مواطنيهم اطراف الاتفاق .

ورغم استحالة هذا التصور فى الوقت الراهن بحسبان ان قاعدة الاختصاص بالاختصاص سوف ترديه ، فلم يعد من المقبول من المحكم الآن ان يقضى بعدم اختصاصه حال كونه مختصا رغما عنه . بيد أنه يجب الاستعداد لقبول الفرض العكسى ، وهو غاية البحث ونهايته والمتمثل فى امكانية لجوء الطرف القوى فى الاتفاق نحو عقد الاختصاص لمحاكمه على نحو مجرد دون أن يشير ألى تبرير ذلك، وهنا قد يظن الطرف الآخر أن مثل هذا الشرط لا قيمة له ولا اعتبار بالنظر الى استقلالية شرط التحكيم على النحو السابق .

إن مواجهة هذا الفرض تقتضى ولو على سبيل الاحتياط عدم اهمال منهج التنازع ، ولا حرية الاختيار ، ولا اشتراط اختصاص القضاء الوطنى فى الفرض الذى يحتمل معه ان ينتهى المحكم الى التقرير بعدم اختصاصه .

قائمة المراجع

المراجع العربية

١. د / إبراهيم أحمد إبراهيم . التحكيم الدولي الخاص . دار النهضة العربية . ٢٠٠٠
- ٢ . إبراهيم العناني . اللجوء إلى التحكيم الدولي . دار الفكر العربي . ١٩٧٣ .
- ٣ . د / إبراهيم نجيب سعد . القانون القضائي الخاص . منشأة المعارف . ١٩٧٤ .
- ٤ . د / ابراهيم سعد زمزمى . القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية . دار النهضة العربية . ٢٠٠٩ .
- ٥ . د / ابو زيد رضوان . الاسس العامة فى التحكيم التجارى الدولي . دار الفكر العربي . ١٩٨١ .
- ٦ . د / أحمد عبد الكريم سلامة . علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع . دار النهضة العربية . ١٩٩٢ .
- التحكيم فى العلاقات المالية الداخلية والدولية . دار النهضة العربية . ١٩٩٣ .
- نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية . دار النهضة العربية . ١٩٨٩ .
- قانون العقد الدولي . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ .
- فقه المرافعات الدولية . دار النهضة العربية . ٢٠٠٠ .
- ٧ . د / أحمد أبو الوفا . التحكيم الاختيارى والاجبارى . منشأة المعارف . ١٩٨٨ .
- ٨ . د / أحمد حشيش . طبيعة المهمة . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ .
- الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات . رسالة . حقوق الاسكندرية . ١٩٨٦ .
- مبادئ التنفيذ الجبرى . مطبعة جامعة طنطا . بدون سنة نشر .
- ٩ . د / أحمد عبد الحميد عشوش . قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة مطبعة النهضة . ١٩٨٩ .
- النظام القانونى لعقد الفرض الدولي . دار النهضة

- العربية . ١٩٩٠ .
- ١٠ . د / أحمد قسمت الجداوى . تنازع الاختصاص وتنازع القوانين . دار النهضة العربية . ١٩٨٢ .
- ١١ . د / أحمد مخلوف . اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية . دار النهضة . ٢٠٠١ .
- ١٢ . د / أحمد إبراهيم عبد التواب . اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به . دار النهضة العريسة . ٢٠٠٨ .
- ١٣ . د / السيد عبد الحميد فودة . مبدأ سلطان الارادة فى القانون الرومانى . رسالة دكتوراه . حقوق القاهرة . ١٩٩٦ .
- ١٤ . د / السيد عبد المنعم حافظ . عقد التأجير التمويلى الدولى . دار الفكر العربى . ٢٠١٠ .
- ١٥ . د / أنور أحمد الطشى . مبدأ الاختصاص بالاختصاص فى قضاء التحكيم دار النهضة العربية . ٢٠٠٧ .
- ١٦ . د / أمينة النمر . قوانين المرافعات . منشأة المعارف . ١٩٨٢ .
- ١٧ . د / إيناس الخالدى . التحكيم الالىكترونى . دار النهضة العربية . ١٩٨٨ .
- ١٨ . د / جمال محمود الكردى . تنازع القوانين . دار الجامعة الجديدة . ٢٠٠٥ .
- ١٩ . د / حسام محمد عيسى . التحكيم التجارى الدولى . نظرة نقدية . دار النهضة العربية . ١٩٨٨ .
- ٢٠ . د / حفيظة الحداد . الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم . دار الفكر الجامعى . ٢٠٠١ .
- ١٩٩٢ . محل التكييف فى القانون الدولى الخاص . منشأة المعارف . ١٩٩٢ .
- الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الإزدواجية والوحدة . دار الفكر الجامعى . ٢٠٠٠ .
- ٢١ . د / حمد الله محمد حمد . النظام القانونى لشرط التحكيم فى المنازعات التجارية دار النهضة العربية . ٢٠٠٢ .

٢٢. د / سامية راشد . التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة أ الكتب الاول . اتفاق التحكيم . دار النهضة العربية . ١٩٨٤ .
٢٣. د / سمير تناغو . النظرية العامة للقانون . منشأة المعارف . ١٩٧٤ .
مصادر الالتزام . منشأة المعارف . ١٩٩٩ .
٢٤. د / سراج أبو زيد . التحكيم فى عقود البترول . دار النهضة العربية . ١٩٩٨ .
٢٥. د / شحاته غريب شلقامى . اشكالات اتفاق التحكيم . دراسة مقارنة . دار الجديدة . بدون سنة نشر .
٢٦. د / صالح المنزلاوى . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية . دار الفكر الجامعى . ٢٠٠٦ .
٢٧. طارق عبد الله عيسى . المجاهد . تنازع القوانين فى عقود التجارة الدولية . رسالة دكتوراه . بغداد . ٢٠٠١ .
٢٨. د / عاطف الفقى . التحكيم التجارى الدولى . الجزء الاول . دار النهضة العربية . ٢٠١٢ .
٢٩. د / عبد المنعم فرج الصدة . مصادر الالتزام . دار النهضة العربية . ١٩٨٦ .
٣٠. د / عبد الرازق السنهورى . الوسيط فى شرح القانون المدنى . نظرية الالتزام . دار النهضة العربية . ١٩٨١ .
٣١. د / عبد الحكم فودة . ضوابط الاختصاص القضائى فى المواد المدنية والجنائية والشرعية على ضوء الفقه وأحكام القضاء . منشأة المعارف . ١٩٩٥ .
٣٢. د / عبد المنعم زمزم . اتفاق التحكيم الالكترونى . دار النهضة العربية . ٢٠٠٩ .
٣٣. د / عبد المنعم درويش ، د / أحمد موسى . دروس فى تاريخ . مطبعة جامعة طنطا . بدون سنة نشر .
٣٤. د / عز الدين عبد الله . تنازع القوانين فى مسائل التحكيم فى مواد القانون الخاص . مجلة العدالة . الامارات العربية . ١٩٨٧ .
٣٥. د / القانون الدولى الخاص . الجزء الاثنى . تنازع القوانين . دار النهضة

- العربية ١٩٦٩ ، والهيئة المصرية العامة للكتاب . ١٩٨٦ .
- ٣٦ . د / على عبد الحميد تركى . التطورات الجديدة لنظام التحكيم . فى القانون
الفرنسى . مجلة القانون و الاقتصاد . حقوق القاهرة . ٢٠١٢ .
- ٣٧ . د / عكاشة عبد العال . قانون العمليات المصرفية . دار الجامعة الجديدة
١٩٩٣ . القانون القضائى الخاص الدولى . دار الفكر الجامعى ٢٠٠١ .
- الوجيز فى تنازع القوانين القوانين . دار الجامعة الجديدة . ٢٠١٤ .
- ٣٨ . د / فتحى والى . الوسيط فى قانون القضاء المدنى . دار النهضة العربية .
١٩٨٧ .
- ٣٩ . د / مصطفى الجمال ، د / عكاشة عبد العال . التحكيم فى العلاقات الخاصة
الدولية والداخلية . الدلتا للطباعة . ١٩٨٨ .
- ٤٠ . د / محمد شفيق . التحكيم التجارى الدولى . دار النهضة العربية . ١٩٩٧ .
- ٤١ . د / محمد ابراهيم موسى . النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا . منشأة
المعارف . ٢٠٠٤ .
- ٤٢ . د / محمد الكيلانى . عقود التجارة الدولية فى مجال نقل التكنولوجيا . دار
الفكر العربى . ١٩٩٥ .
- ٤٣ . د / محمد نور عبد الهادى شحاته . النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن
دراسة مقارنة . دار النهضة العربية . ١٩٩٣ .
- ٤٤ . محمد محمود مغربى . دور المحكم فى التصدى لمعضلة الفساد فى المجتمع
التجارى الدولى . مجلة الحقوق . الكويت . العدد ٣ . الجزء الثانى . ٢٠١٨ .
- ٤٥ . د / محمد جلال حسن ، د / بخيتار صديق رحيم . القانون الواجب التطبيق على
موضوع منازعة التحكيم الالكترونى . ٢٠١٩ .
- ٤٦ . د / محمد عبد المؤيد . منهج القواعد الموضوعية فى تنظيم العلاقات الخاصة
الدولية . دار النهضة العربية . ١٩٩٨ .
- ٤٧ . د / محمد ابراهيم قطب . انعكاسات العولمة على التحكيم التجارى الدولى .
رسالة دكتوراه . حقوق طنطا . ٢٠١٧ .

انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
د/بليغ حمدي محمود الخياط ، د/احمد ابو المجد محمد السيد عفيفي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

- ٤٨ . د / محمد السيد عرفه . القانون الواجب التطبيق على النزاع امام هيئة التحكيم
دار النهضة العربية . ٢٠٠٩ .
- ٢٠١٤ . التحكيم الداخلى فى القانون المصرى . دار النهضة العربية . ٢٠١٤ .
القانون الدولى الخاص . دار الفكر و القانون . المنصورة . ٢٠١٣ .
- ٤٩ . د / محمد الروبى . عقود التشييد والاستقلال والتسليم . دار النهضة العربية
٢٠٠٤
- ٥٠ . د / محمد كمال فهمى . اصول القانون الدولى الخاص . ١٩٨٥ .
- ٥١ . د / محمود سمير الشرقاوى . اثر شرط التحكيم على نظر النزاع امام القضاء
الوطنى . بحث مقدم الى المؤتمر الدولى الثانى عن الدور الفعال للقضاء
فى التحكيم . نوفمبر . ٢٠٠٧ .
- ٥٢ . محمود عبد الرحيم الديب . الطبيعة القانونية . للاتفاق التحكيمى . دراسة مقارنة
دار النهضة العربية . ٢٠٠٩ .
- ٥٣ . د / محمود ياقوت . حرية المتعاقدين فى اختيار قانون العقد . منشأة المعارف
٢٠٠٠ .
- ٥٤ . د / محمود سلامة . موسوعة التحكيم والمحكم . دار السماح للنشر والتوزيع
٢٠٠٩ .
- ٥٥ . د / ميشيل نصر حكيم معوض . مبدأ استقلال شرط التحكيم فى ضوء العلاقات
الدولية الخاصة . رسالة دكتوراه . حقوق طنطا . ٢٠١٥
- ٥٦ . د / منير عبد المجيد . التنظيم القانونى للتحكيم الدولى و الداخلى فى ضوء الفقه
وقضاء التحكيم . منشأة المعارف . ١٩٩٧ .
- ٥٧ . د / هدى محمد مجدى . دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته . دار
النهضة العربية . ١٩٩٧ .
- ٥٨ . د / ناريمان عبد القادر . اتفاق التحكيم . دار النهضة العربية . ١٩٩٦ .
- ٥٩ . د / نبيل اسماعيل عمر . الدفع بعدم القبول ونطاق القانونى . منشأة المعارف
١٩٨١ .

٦٠. د / هشام صادق . مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين اسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية . منشأة المعارف . ١٩٩٧ .
القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . دار الفكر الجامعي . ٢٠٠١ .

تتازع الاختصاص القضائي الدولي . منشأة المعارف . ٢٠٠٦ .

تتازع القوانين دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة . ٢٠١٣ .

المراجع باللغة الفرنسية

1 - Ancle . J . P . " L'actualite de l'autonomie de la clause compromissoire " . Tr . comite . Fr . D . I . 1991 .

2 – Audit Bernard : " droit international prive " 2 em ، F – conomica ، 1997 .

3 - Batiffol . H : " Subyectivisme et objectivime dans le droit international privé des contrats nelanges Maury ، 1976 .

- Les conflits de loi en matiere de contrats ، F – tudé de droit international privé compare ، sirey ، 1938 .

- " La lex fori de l' arbitrage commercial Travaux de comité Francais de droit international privé ، Dalloz ، 1988 .

- Problemes relatives à l' arbitrage international commercial ، Rec . cours la Haye ، 1967 .

3 – B eguin – J : " l' arbitrage commercial international ، Montreal ، 1987 .

4 – ByseRicky – R : " les traits general de la codification Tchecoslovaque Rec – cour la Haye ، vol ، 123 ، Tome ، I ، 1968 .

5 – Bosséon . M . P : " Le droit Français de l'arbitrage interne et international ، Paris ، 1990 .

6 – Bourpin . R : " La convection d'arbitrage international en droit Français depuis le decret du 13 janvier ، 2011 .

7 –CACHARD . O : Le controle de la nullité de ou de l'inapplicabilité manifesté de la clause compromissoire ، Rev ، arb ، 2006 .

8 – David . R : " L'arbitrage dans le commerce international ، Paris ، 1982 .

9 – Deby . Gerard – F : " la role de la degle de conflit dans le reglement des rapports internationaux ، thèse ، Dalloz ، 1973 .

- 10 – Danil Gutman : droit international privé ، Dalloz ، 1999 .
- 11- EisMAN . F : Le principes generaux de la lex mercatoria " y . G – D – I ، 1992 .
- 12 – Fauchard – Ph ، Gaillard . E،Goldman . B : Tratié de l'arbitrage commercial international ، Paris ، 1996 .
- 13 – Fauchard – Ph: L'arbitrage commercial international ، " these ، Dijon ، 1963 .
- 14 – Francescakis . Ph : " Principe Jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissaine " ، Rev . arb ، 1974 .
- 15 – Gaillard . E : Arbitrage commercial international ، J . cl dr intern ، Fasce – 586 – 1 .
- 16 - Goldman . B . Arbitrage commercial international convention d'arbitrage ، Generalites Autonomie et Principe de validité – loi applicable " ، J . cl ، dr inte ، Fasc ، 586 – 1 ، 1989 .
- 17 – Guillaume weszberg : Raisonnable international " these ، Paris ، TT ، 2003 .
- 18 - Jacqueline Rubellin ، Devichi – J . Vincent : " l'arbrage Nature Juridique ، droit interne et droit international privé ، Paris ، 1963 .
- 19 – Jean christophe Pommier " Principe d'autonomie et loi de contrrrat en droit international privé conventionn el " Economica، Paris ، 1992 .
- 20 – lalive . P : " Cours general de droit international privé ، Rec . Cours la Haye ، 1977 .
- 21 – Loquin – E : " Le coflit entre la competence judiciare – J – cl ، Fas – co 1034 ، 2010 .
- 22 – Loussouarn – Y ، Bourel . P : " droit international privé " Dalloz ، 1993 .
- 23 – Louis Lucas . P : " La liberte contractuelle et la droit international privé Francais ، Melange Dobin ، Sirey ، 1963 .
- 24 – MAYER – P : " L'autownie de l'arbitrage dans l'appreciation de sa proper competence ، R . C . A . D . I ، 1989 .
- 25 – MAYER . P : droit international privé ، 2 éme editions montchrestien ، 1991 .
- 26 – MAYER . P et Heuzé . v : " droit international privé 7 éd ، Montchrestien ، 2001 .

27 – Merlin – R – J : " L'arbitrage Maritime etude offertes à René Rodiere ، 1982 .

28 – MOREAU – B : " Arbitrage international ، Dalloz ، 2001.

29 – Partida – s : l'arbitrage international ، etud de droit compare ، université Sorbonne ، 2011 .

30 – PELLERIN – J : " Le droit Francais de l'arbitrage décretdu 13 JanvieR ، 2011 .

31 - Schnitzer . A .F : " Les contrats international privé suissé ، Rec . cours ، 1968 .

32 – Toubiana Annie : " Le domaine de La loi du contrat en droit de la loi contrat en droit international privé ، Dalloz ، 1972 .

33 – VINCENT Heuze : La reglment Francais des contrats internationalux etude critique des methods ، these ، GLN ، 1992 .

34 – ROBERT – J : " Arbitrage civil et commercial droit interne et droit international privé ، Dalloz ، 1983 .