

سلطات المحكم التجاري الدولي

أ.م.د. علي كاظم الرفيعي
كلية القانون - جامعة بغداد

أهمية التحكيم

١. يحتل التحكيم كنظام قانوني لحل المنازعات مكاناً مهماً على الصعيد الدولي خصوصاً في نطاق التعامل التجاري الدولي فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط التحكيم و مرد هذه المكانة اللائقة هي في الأساس إرادة الأطراف المتنازعة و كذلك المزايا التي يقدمها هذا النظام مقارنة بالقضاء الوطني والتي تتمثل بالمرونة في تنظيمه والسرعة في حسم النزاع واختصاص الأشخاص الذين يقومون بخدمة التحكيم وكذلك السرية التي يحافظ عليها حول أسباب وطبيعة النزاع المعروف عليه^(١) . و لكن ينبغي علينا ان نسجل الضعف النسبي في هذا التنظيم الذي ينتج عن الصياغة الرديئة للشروط التي تكون أساسا لنشوء التحكيم و التعقيد الزائد في طرق الطعن يضاف إلى ذلك الثمن الباهظ لمصاريفه أحياناً^(٢) .

(١) انظر

FOUCHARD , (PH). L'arbitrage commercial international, Dalloze , Paris , P. 3

(٢) من المزايا التي داب الكتاب و الباحثون في موضوع التحكيم التجاري على ذكرها هي (قلة المصاريف) وهذا غير صحيح .

٢. إن النظرة الانتقادية لهذا التنظيم نادراً ما تؤخذ بعين الاعتبار أصالة وفائدة التحكيم وخصوصاً السلطات المفوضة الى المحكم ، ونطاق هذه السلطات التي تختلف عن تلك المخولة للقاضي الوطني .
- في الواقع إن دراسة سلطات المحكم يتطلب أولاً وقبل كل شيء تحديد طبيعة النظام القانوني للتحكيم قبل الدخول في موضوع السلطات المخولة للمحكم . كذلك تتطلب دراسة سلطات المحكم الاطلاع على القرارات التحكيمية التي تعد ضرورية في نطاق الفهم العلمي لظاهرة التحكيم و لكن رغبة الأطراف المتنازعة في الحفاظ على سرية المعلومات تحول دون ذلك في اغلب الأحيان .
٣. يتميز التحكيم في الواقع بطبيعته " المختلطة " أو بطبيعته "غير متجانسة" حيث انه يعكس لنا مكاناً للالتقاء بين نوعين من التأثير ، التأثير القضائي و التأثير التعاقدى . فالتحكيم هو نوع من العدالة ولكنها عدالة خاصة تجد مصدرها في العقد .
٤. يمارس المحكم وظيفة قضائية هي الحكم وهذا يعني ((مراجعة أساس النوعين من الادعاءات المتعارضة المعروضة أمامه))^(١) ولهذا السبب فان قرار التحكيم يشبه قرار القضاء و لذلك فانه ويشكل خاص يمكن ان يكون محلاً للطعن .
- ان التمييز بين التحكيم التعاقدى و التحكيم القضائي هو محل اعتراض من قبل الفقه ، والقانون المقارن يظهر لنا انه في العديد من البلدان لا تبدو الطبيعة المزدوجة للتحكيم واضحة جداً . ولكن الكل

(١) Motulsky " La nature de l'arbitrage " Ecrits , tome II , Etudes et notes sur l'arbitrage Dalloz 1974 .p.5

- يسير دائماً بالاتجاه الذي يقول بوجود تماثل بين التحكيم التعاقدى و التحكيم القضائي وتوسع مجال النوع الأخير .
٥. إذا كان التحكيم يتصف بكونه يتضمن إقامة العدالة فان هذه العدالة لها طبيعة خاصة . أن اتفاق التحكيم الذي تقرر الأطراف بموجبه إنشاء قضاء المحكمين ما هو إلا عقد ولهذا فان المحكم لا يستمد صلاحيته من أية سلطة دولية ، انه يستمد سلطته أساساً من اتفاق التحكيم و بمعنى آخر فهو يمارس مهمته التي يجد لها أساساً في العقد الموقع بين الطرفين (١) .
- ان النظام القانوني يسمح للمحكمين بممارسة وظيفة هي من حيث المبدأ مخصصة للدولة و لكن الدولة لا تتدخل في هذا الجانب المخالف للوظيفة القضائية .
٦. ان هذه الطبيعة (غير المتجانسة) للتحكيم تسمح لتمييز مصادر هذه الوظيفة و بالتالي دحض الطروحات التي ترمي اما الى إعطاء الصفة التعاقدية للتحكيم وإخضاعه كلياً الى النظام القانوني للعقد . او كونه يستمد كلياً الى مفهوم القضاء .
- ولكن اذا كان من الصحيح ان التحكيم ما هو الا نظام مركب إلا انه وكما ذكرنا يكون موقعاً ل لتلاقي بين نوعين من التأثير التعاقدى و القضائي اللذين يمارس كل منهما تأثيره على الآخر .
٧. ان مهمة هذه الدراسة هي إيضاح نتائج هذا الجمع بين السلطات للمحكم فالطبيعة الخاصة للتحكيم تعطي نتائجها على سلطات المحكمين . فأحياناً تؤدي إلى توسيع هذه الصلاحيات و أحياناً إلى تضيق حدودها و بنفس الطريقة فان المعطيات القضائية تضع العراقيل

(١) د . فوزي محمد سامي " التحكيم التجاري الدولي " دار الحكمة للطباعة و النشر بغداد

أمام حرية المحكم و الأطراف في هذا التنظيم و كذلك الحلول التي يقرها التحكيم . ولهذه الأسباب فإن سلطات المحكم وان كانت صادرة بجوهرها عن تلك الخاصة بالقاضي إلا إنها تظهر لنا خصوصية بالنسبة للصلاحيات الممنوحة للمحكم الدولي مقارنة بالقاضي الوطني (الفصل الأول) . وان التحليل لهذه الخصوصية الخاصة تسمح لنا بالتالي تحديد مدى سلطات المحكمين (الفصل الثاني) .

الفصل الأول

خصوصية سلطات المحكم الدولي

٨. ان الأصالة التي يتميز بها نظام ال تحكيم تنتج عن الطبيعة الخاصة للمهمة التي يمارسها المحكم الدولي .

فالمحكم الدولي هو بمثابة قاضي الا انه قاض خاص يتم اختياره من قبل أطراف العلاقة القانونية و ليس بموجب النظام القانوني للدولة (المبحث الأول) . وهذه الطبيعة الخاصة للتحكيم تعتبر بنفس الوقت عاملاً لتوسيع ولتقييد سلطات المحكم . فباعتبره مستقلاً عن النظام القضائي للدولة فان المحكم وبصورة أساسية المحكم الدولي لا يخضع في حدود معينة للضغوط التي يفرضها النظام القضائي للدولة و لكن من ناحية أخرى فان المحكم الدولي باعتبره قاضي خاص فانه في حالات معينة يكون ملزماً بالرجوع إلى النظام القضائي الداخلي للدولة عندما يتطلب ممارسته لصلاحيته مثل هذا التدخل . والأصالة في نظام التحكيم الدولي تبدو واضحة في كون صلاحيات المحكم الدولي تستقي مصدرها من مبدأ حرية التعاقد بين أطراف العلاقة . ولذلك فان سلطات المحكم تعتمد في الأساس على الشروط التي يتضمنها اتفاق التحكيم (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

خصوصية سلطات المحكم بسبب الطبيعة الخاصة للتحكيم
٩. كما هو معلوم فإن المحكم لا يتم تعيينه من قبل الجهات المختصة في
الدولة و بالتالي فإنه يستمد اختصاصه من اتفاق التحكيم . لذلك فإنه
لا يصدر قراراته باسم الدولة وإنما باسم أطراف الاتفاق .
هناك نتيجتان تنشآن عن الطبيعة الخاصة للتحكيم النتيجة الأولى
تتمثل في كون المحكم وبصورة أساسية المحكم الدولي ليس له نظام
قانوني محدد وبمعنى آخر لا يكون ملزماً بنظام قانوني يفرض عليه
اتباع قواعد محددة (١) .
أما النتيجة الثانية فهي ان المحكم - على خلاف القاضي الوطني -
مجرد من سلطة فرض القرار .

أولاً : الآثار التي تترتب على عدم وجود نظام قانوني محدد يحكم
سلطات المحكم الدولي

١٠. لا يخضع المحكم بصورة مباشرة لمجموعة محددة من القواعد صالحة
للتطبيق على موضوع النزاع في حين ان القاضي الوطني المختص إذا
نظر في نزاع ذي طبيعة دولية فإنه يخضع على خلاف المحكم لقواعد
محدده يطلق عليها بقواعد قانون القاضي التي يسترشد به لمعرفة
القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يقره النظام القانوني
للدولة التي ينتمي اليها ولذلك فإن القاضي الوطني في مهمته

(١) BATIFFOL *Arbitrage et les conflits des lois* . Rev ,Arb, 1957
III .

Fouchard (Ph) . " *L'arbitrage Commercial international* " op.cit.
378 Goldman , (B) les conflits de lois en matière d`arbitrage
international , RCADI , 1963. 367

- هذه ينبغي عليه مراعاة القواعد التي تسري على القضاء في دولته ومنها قواعد تنازع القوانين التي تعبر عن إرادة الدولة التي يستمد منها سلطاته في اختيار تطبيق أحد التشريعات الوطنية في العالم .
- ١١ . إن المحكم قاضي خاص لا يملك كما يقول البعض مرسى قانوني داخل نظام قانوني للدول وكما يقول الأستاذ (لوفيل " M.Level ") كل خصوصية قضاء التحكيم تتأتى من كونه غير مقيد بقانون دولة محددة بالمفهوم المعروف في قانون القضاء الدولي .
- ١٢ . ان من العبث الرد على هذا الرأي بالقول بان قانون مكان التحكيم يعتبر هو قانون المحكم . ان اختيار هذا المكان غالباً ما يحصل بصورة عرضية او بالمصادفة . ان تحديد مكان التحكيم لا يعني خضوعه للنظام القانوني للدولة التي يجري فيه التحكيم . لقد تولى القانون الفرنسي الوضعي في قرار له عن معيار مكان التحكيم كعنصر لتعيين طبيعة التحكيم . واعتمد في مقابل ذلك معياراً آخر هو القانون الذي يختاره أطراف النزاع ليحكم إجراءات التحكيم بشكل مستقل تماماً عن كل توطين لمكان التحكيم (١) .
- ١٣ . على كل حال ان تسمية قانون ما ليحكم إجراءات التحكيم وما يستتبعه من تحديد جنسية التحكيم لا يمكن أن يفسر على انه اعتماد لقانون بلد معين للمحكم . كما انه لا يمنح المحكم وظيفة قضائية في البلد الذي

(١) انظر

paris 22 décembre 1978, Rev, Arb1979, note Robert , Paris 18
Juin 1974 . Rev, Arb1975,
266, note Viaile.
Fouchard (ph) , Quand un arbitrage est – il international Rev .
Arb . 1970 P. 71

يصدر فيه قرار التحكيم إلا انه يعطي للمحكم سلطة ربط التحكيم من الناحية القانونية بقانون بلد معين وهذا يعطي المؤشر على القواعد التي ينبغي على المحكم مراعاتها في تطبيقه لإجراءات التحكيم وتحديد السلطات القضائية الساندة⁽¹⁾ . ان توظيف التحكيم ضمن نظام قانوني محدد يعني إدخاله ضمن هذا النظام إلا انه لا يمكن اعتباره جزءاً مكملاً له . فعلى سبيل المثال ان قرارات التحكيم الدولية التي تجري وفقاً لقوانين الإجراءات الفرنسية تعتبر وكأنها قرارات فرنسية وتخضع بالتالي إلى نفس طرق الطعن المتعلقة بالقرارات الداخلية الأمر الذي أدى بالبعض الى القول في بعض الحالات باعتبارها جزءاً من النظام القانوني الداخلي . وهذا يعني السماح في فرنسا باستخدام نفس طرق الطعن الداخلية بالنسبة لقرارات التحكيم الدولية التي يمكن النظر إليها كما لو انها قرارات فرنسية والأساس القانوني لهذا الاتجاه ناشئ من ضرورة مراقبة حسن تطبيق القانون الفرنسي الذي يعد صاحب الاختصاص في عملية التحكيم .

لقد اعتبر القضاء الفرنسي قرارات التحكيم الصادرة بدون ان تستند الى قانون اجراءات معين بانها قرارات (عبر وطنية) وانها قرارات دولية اذ قررت محكمة استئناف باريس في قرارين صدرتا عنها في عام ١٩٨٠ و ١٩٨١⁽²⁾ . ان قرار التحكيم الصادر في فرنسا و الذي نظم وفقاً للمادة (١١) من قواعد غرفة التجارة الدولية وبدون الرجوع الى قانون إجراءات بلد معين بأنه قرار تحكيم غير فرنسي .

(1) " (PANCHAVD) Le siège de L'arbitrage international de droit privé " Rev.Arb,1966,2

(2) Paris , 9 december 1980 , Rev . Arb , 1981 , 306 note JEANTET.Paris 21 Fevrier 1980 , clunet 1980 .669.note fouchard

١٤ . لقد أكد القانون الفرنسي الحديث للتحكيم هذا المفهوم الجديد (١) إذ أوضحت المادة (١٤٩٢) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي (بأنه التحكيم الذي لا يرتبط بالضرورة بقانون معين) أو عرفته بأنه (التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية) . أي ان المشرع الفرنسي اخذ بالمعيار الاقتصادي في نطاق التجارة الدولية (٢) .

ان " حيادية " التحكيم لا تظهر فقط على مستوى طرق الطعن ن ذلك ان قرارات التحكيم الصادرة في فرنسا يمكن أن تكون محملاً للطعن بالأبطال كما هو الحال بالنسبة للقرارات الداخلية (المادة ١٥٠٤ الجديدة من مدونة الإجراءات المدنية) .

١٥ . ان عدم وجود قانون محدد للتحكيم يؤدي بالنتيجة وبصورة مباشرة إلى توسيع سلطات المحكم في إجراءات التحكيم . إلا أن ذلك لا ينبغي أن يفسر على ان المحكم في حالة قيامه بالنظر في النزاع الدولي عليه تطبيق قواعد الإجراءات المتبعة في قانونه الوطني فمثل هذا الإلزام لا يمكن الأخذ به للأسباب التالية :

أولاً :- أن لأطراف النزاع الحرية في تحديد القواعد الواجب اتباعها في إجراءات التحكيم .

ثانياً :- وطالما لا يوجد قانون محدد للتحكيم فان المحكم ستكون له سلطة واسعة في موضوع تحديد القواعد التي ستنظم إجراءات التحكيم . وهو ما أخذت به الاتفاقية الأوربية للتحكيم لعام ١٩٦١ حيث نصت

(١) المرسوم الصادر في ١٢/٥/١٩٨١ منشور في مجلة التحكيم لعام ١٩٨١ الفقرة ٣٢٧ .

(٢) د. فوزي محمد سامي / مصدر سابق / ص ١٠٢

على ذلك بصورة صريحة في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة منها و التي جاء فيها مايلي :-

(في حالة اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم الخاص (ad hoc) دون ان يحدد اتفاق التحكيم قواعد الإجراءات اللازمة لسير التحكيم فان هذه الإجراءات يتم تحديدها من قبل المحكمين الذين تم تسهيتهم)

أما اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ فإنها قد أقرت نفس المبدأ بصورة غير مباشرة بالمادة (٥/د) منها وذلك حينما ذكرت بان قانون مكان التحكيم لا يطبق إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف^(١) . وفي واقع الحال فان القوانين الحديثة^(٢) المتعلقة بالتحكيم قد أعطت للمحكم سلطة تحديد قواعد إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود نص في اتفاق التحكيم يخول الأطراف مثل هذه السلطة . ان مثل هذا الحل المنطقي يمكن تصوره في حالة عدم تضمن اتفاق التحكيم نصاً صريحاً بالإجراءات الواجب اتباعها كما لا يمكن تطبيق قانون قاضي الموضوع بصورة احتياطية وبناءً عليه فانه يعود عندئذ الى المحكم سلطة تحديد قواعد الإجراءات سواء بالرجوع إلى قانون وطني يتم اختياره من قبله بحرية أو باعتماده قواعد إجراءات خاصة كتلك المطبقة في أنظمة مؤسسات التحكيم .

(١) فوزي محمد سامي . نفس المصدر ص ١٧١

(٢) المادة (١٥) من القانون البلجيكي الصادر في ١٩٧٢/٧/٤

المادة (٨١٦) من قانون المرافعات المدنية الإيطالية

المادة (١٠٣٤) من القانون الألماني

المادة (١٣) من القانون السويدي حول التحكيم

المادة (١٤٦٠) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد

ان عدم وجود قانون محدد بشأن الإجراءات يؤدي إلى م ا يمكن ان يطلق عليه اصطلاحاً ب (لا وطنية) إجراءات التحكيم أو إلى حرية اختيار إجراءات التحكيم بالقياس إلى قواعد الإجراءات الداخلية لكل دولة و التي تنص عليها أنظمة بعض المراكز التحكيمية (١) .

١٦ .وتطبيقاً لنفس المبدأ ، فان عدم وجود قانون محدد للمحكم يعطي له سلطة واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع . فمن ناحية ينبغي على المحكم الاحترام الكامل لاختيار أطراف النزاع قانوناً معيناً لتطبيقه على موضوع النزاع .

ومن الناحية الأخرى فإن الطبيعة التعاقدية للتحكيم تفرض ذلك دون ان تكون هناك ضرورة للاستعانة بأحد قواعد تنازع القوانين و التي تقر بدورها مبدأ حرية الإرادة كأساس في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العلاقة القانونية .

هذه الملاحظات و التي سنتناولها فيما بعد ، ستكون لها نتائج مهمة بشأن حرية أطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق .

و من ناحية أخرى فان عدم النص صراحة على القانون الواجب التطبيق يعطي للمحكم سلطة واسعة في حرية تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع .

١٧ . ان قواعد القانون الوضعي الخاصة بالتحكيم تقر في الواقع بان المحكم هو الجهة الوحيدة التي لها حرية اختيار الق انون الواجب التطبيق .

(١) ومنها قواعد التحكيم المعمول بها في غرفة التجارة الدولية (CCI) حيث تنص المادة (١١) منها على سريان قواعد الإجراءات المنصوص عليها في قواعد الغرفة على النزاع المعروض أمام المحكم و في حالة سكوت قواعد الغرفة تطبق القواعد التي يختارها أطراف النزاع و في حالة عدم تحديدها من قبل الأطراف تطبق القواعد التي يحددها المحكم بالرجوع إلى قانون داخلي لبلد ما او القواعد التي يختارها المحكم .

وهذا الحل هو ما اعتمده الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١ التي نصت
المادة السابعة منها على مايلي : -

((في حالة عدم تحديد أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق
فللمحكمن تطبيق القانون الذي يتم تحديده وفقاً لقواعد تنازع القوانين
و الذي يرونه ملائماً لموضوع النزاع))

ان القاضي الوطني يطبق قواعد تنازع القوانين المعمول بها في
البلد الذي يمارس فيه وظيفته . أما المحكم الدولي و كما يرى الفقه
الحديث - وعلى خلاف المحكمة - ليس له قانون وطني ثابت (Lex
fori) ولا مناص من ترك تعيين القانون الواجب التطبيق لتقويم المحكم
يختاره بما يلائم النزاع المعروض عليه دون التقيد بقواعد التنازع في
أي تشريع وطني (1) .

و قد تأيد هذا الاتجاه بعدة قرارات تحكيمية صدرت تحت رعاية
محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس و التي نصت
على ان المحكم الدولي ليس لديه قانون وطني ولا قواعد تنازع ملزم
بتطبيقها (2) على موضوع النزاع وذلك بحكم كونه لا يستمد سلطاته من
دولة ما . ان عدم خضوع المحكم الدولي لقانون معين سمح للتحكيم
الدولي و وفقاً لرأي البعض من الفقهاء بتطوير ((نظام حقيقي) لا
وطني) لقواعد التنازع ((3) .

١٨ . ان غياب قانون خاص بالتحكيم سمح أيضاً للمحكم الدولي و بصورة
مباشرة ان يطبق على موضوع النزاع القواعد العرفية للتجارة الدولية

(1) د . محسن شفيق ((التحكيم التجاري الدولي)) دار النهضة العربية ١٩٧٧ ص ٢٦٩ .

(2) Sentence CCI n° 1512 1971, clunet 1975 , P.886

(3) Sentence CCI n° 1776 , clunet 1975 , P. 666

Fouchard (Ph) " L'arbitrage commercial international " OP.cit , P
. 364 et suiv

التي تكونت خارج المساهمات القانونية للدول . بالتأكيد أن القاضي الوطني حاله حال المحكم الدولي يستعين أحياناً بهذه الأعراف التجارية (1) .

ان الرجوع الى العادات التجارية من قبل القاضي الوطني مشروط بعدم معارضتها مع قواعد القانون الذي يتم تحديده وفقاً لقواعد التنازع التي يطبقها هذا القاضي .

ان تطبيق القواعد المتعارف عليها في الوسط التجاري (lex Mercatoria) من قبل القاضي الوطني لا يتم الا في حالة عدم وجود نص صريح في العقد كما انه يحصل احتياطاً لغرض سد النقص في نصوص القوانين الداخلية للدول .

١٩. ان المحكم الدولي في أدائه لمهمته لا يمكن أن يعتبر حارساً للتعليمات المطبقة في النظم القانونية الوطنية و بما أن العدالة التي يطبقها المحكم لا تصدر بأسم أية سلطة وطنية معينة و لهذا فانه غير ملزم بقواعد التنازع المنصوص عليها في القوانين الداخلية . إن الحرية التي يتمتع بها المحكم الدولي في التحرر من قواعد التنازع التي ينص عليها في القوانين الداخلية تعني منح المحكم الحرية في عدم تطبيق قانون و ظني معين ولذلك لا يمكن تفهم السبب الذي يمنع هذا المحكم من الرجوع إلى قواعد مادية تختلف عن تلك التي يطبقها المشرع الوطني تم الاتفاق عليها صراحةً و ضمناً من قبل أطراف النزاع أو أن النزاع يرتبط بطبيعته بالنظام الدولي (1) .

ثانياً : الآثار المترتبة على عدم تمتع المحكم بسلطات قضائية ملزمة

(1) cass, Francaise ,cass 20 Octobre 1953 , 5 1953 ,1,129

(1) BATIFFOL , coordination des systèmes nationaux de conflits de lois RCADI , 1966, P072

٢٠ . يعد المحكم قاضياً خاصاً و لذلك فإنه لا يتمتع بالمميزات التي يتمتع بها القاضي الوطني ونعني بذلك عدم وجود سلطة ملزمة له بالنسبة لأطراف التحكيم و من باب أولى بالنسبة للغير هذا من جانب و من جانب آخر فإنه لا يتمتع بسلطة قضاء كاملة . ومن هذا التصور فإن الطبيعة الخاصة للتحكيم تبدو و كأنها (نقص بالولادة) لأنها تحد من سلطات المحكم و بالتالي فاعلية التحكيم و تجعل قضاء التحكيم تابعاً لعدالة السلطات العامة .

٢١ . آن عدم تمتع المحكم بسلطات قانونية كتلك التي يتمتع بها القاضي أصبح من الأمور المعروفة التي لا تتطلب إعادة البحث فيها لكن من المفيد وبصدد هذا الموضوع إن نشير إلى عدم تمتع قرار التحكيم بالقوة التنفيذية دون تدخل السلطة العامة في تنفيذه . كما إن قدرة المحكم في البحث عن الأدلة الثبوتية محدودة قياساً بتلك الممنوحة للقاضي كما إن السلطة القانونية التي يتمتع بها القاضي الوطني من إجبار أطراف النزاع على تقديم وثائق و إجبار الشهود على الإدلاء بشهادتهم غير متوفرة بالنسبة للمحكم .

كذلك فإنه من غير المتصور إن المحكم الذي يستمد ولايته من إرادة أطراف النزاع فقط بإمكانه أن يصدر أوامر واجبة التنفيذ بالنسبة للأشخاص الذين ليسوا طرفاً في النزاع . إن هذا الواقع يقودنا للتساؤل عما إذا كان بإمكان المحكم أن يتوجه إلى القاضي الوطني طالباً منه إصدار أوامر بوجوب تقديم وثائق معينة أو إلزام أشخاص معينين بالمتول أمامه ؟

لا يمكن إعطاء جواباً مؤكداً في حالة عدم وجود نص قانوني يعالج هذا الأمر إلا إن الفقه في فرنسا يميل في الغالب بالرجوع إلى قاضي الأمور المستعجلة^(١) .

في حين إن عدداً من القوانين الأجنبية أجازت صراحة مثل هذا الرجوع^(٢) .

إلا إن الإشكال يثار بصيغة مختلفة حينما يكون رفض التنفيذ صادراً عن أحد أطراف التحكيم بالتأكيد فإن عدم تحويل المحكم مميزات قضائية ستكون حائلاً دون إصداره أوامر ملزمة بالتنفيذ .
إلا إن المحكم سيكون حراً في استثمار كافة النتائج التي تترتب على عدم تمتعه بمثل هذه السلطات .

فالتهديد بالرجوع إلى القضاء الوطني احتمالاً قائماً بالنسبة للطرف الذي يمتنع عن تقديم وثائق كما إن قرار المحكم بالرجوع إلى القضاء الوطني لإجبار الطرف الممتنع عن تقديم الوثائق لا يؤثر على المدة المحددة بالتحكيم و لا يوقف الإجراءات الخاصة بالتحكيم .

٢٢ . بما أن المحكم يعد قاضياً خاصاً فإنه بالتالي لا يستفيد من صلاحيات قضائية كاملة . إن اتفاق التحكيم يتضمن في الغالب تحديداً

(1) B – MOREAU " L' intervention de tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et comparé . Rev. Arb.1978,323. PEROT , L'application à L'arbitrage des règles du nouveau code de p`rocédure civile , Rev. Arb , 1980 , 642

(٢) مثال ذلك وثيقة التحكيم السويسرية (المادة ٢٧ و المادة ٣١)

القانون الدنماركي (المادة (٥) من القانون الصادر في ١٩٧٢/٥/٢٤

القانون الهولندي (المادة ٦٣٥ من قانون الاجراءات المدنية)

Rev. Arb. 1974 .P. 287

وكذلك القوانين الانكلوسكسونية

للصلاحيات التي تعطي بصورة استثنائية للمحكم . وهو ما يسبغ طابع الضعف على هذه السلطات و يجعلها مرتبطة بصحة شرط التحكيم . ان السؤال الذي يطرح بهذا الصدد هو معرفة فيما اذا كان المحكم مؤهلاً لتقرير شرعية اتفاق التحكيم الذي ينظر فيه وذلك عندما تكون هذه الشرعية محلاً للطعن فيها ؟

اخذ النقاش الذي دار بهذا الصدد متسعاً من الوقت واتسم بالطابع التقليدي وقد تمحور هذا النقاش في استقلالية شرط التحكيم عن العقد الاصيلي و الذي يؤدي إلى إعطاء المحكم سلطة النظر في اختصاصه و هو ما يعرف في الفرنسية بـ (La compétence de la compétence)

" ومفاد ذلك ان المحكم يستمر في اجراءات التحكيم و هو الذي يقرر كونه مختصاً بالنظر في الموضوع ام لا وان كان قد جرى الطعن بصحة العقد الاصيلي في المحاكم او الطعن بصحة شرط التحكيم وان النظر من قبل المحاكم في هذا الموضوع لا يوقف الاجراءات الخاصة بالتحكيم^(١) .

٢٣ . ان سلطة المحكم في النظر في اختصاصه و التي كانت مثاراً للنقاش كما أسلفنا أثارَت جملة من التساؤلات المباشرة في ضوء واقع التحكيم الذي يقر بان المحكم لا يكتسب صفة قضائية و دائمة لا من القانون و لا من السلطة العامة و ليست لديه سلطات قضائية واسعة كتلك التي يتمتع بها القاضي الوطني فهل يستطيع الفصل في الاعتراضات التي تطرح بشأن ولايته وذلك حينما يحصل هناك شك جدي في مشروعية هذه الولاية ؟ ومن جانب آخر وعلى فرض صحة شرعية اتفاق

(١) د. فوزي محمد سامي / مرجع سابق / ص ٢٠٨

التحكيم فهل بمقدور المحكم تجاوز حدود ولايته وذلك بالفصل في موضوع لم ينص عليه في اتفاق التحكيم ؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات قد حسم في ظل التحكيم التجاري الدولي . فإقرار مبدأ سلطة المحكم في النظر في اختصاصه قد تأكد على المستوى الدولي بالاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١ التي نصت في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة منها على أن : " المحكم له سلطة تقرير اختصاصه و تقرير صحة اتفاق التحكيم او صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه " كما أخذت بذلك قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية اذ جاء بالفقرة الرابعة من المادة (٨) منها الآتي:

((الادعاء ببطلان العقد الأصلي او انعدامه لا ينفى اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم ويبقى مختصاً حتى في حالة انعدام أو بطلان العقد ٠٠٠))

لقد استبقت الاتفاقية الاوربية التشريعات الوطنية التي أخذت بهذا المبدأ .

أما القضاء الفرنسي فانه بعد ان اخذ بمبدأ سلطة المحكم بالنظر في اختصاصه (La Competence dela competence) على نطاق الدولي الا انه رفض في حالات متعددة الأخذ بهذا المبدأ في نطاق التحكيم الداخلي واذا كانت بعض محاكم الاستئناف الفرنسية قد أقرت فيما بعد بصحة هذا المبدأ في نطاق التحكيم الدولي إلا ان محكمة النقض الفرنسية لم تبد رايها بشكل واضح حول هذا الموضوع و لا يمكن اعتبارا القرار الصادر عن هذه المحكمة المتعلق بقضية " GOSSET " بخصوص استقلالية شرط التحكيم ^(١) . على انه دليل على ان قضاء

(١). GOSSET , civ, 7 ma`c 1963 , D. 1963,545,note , ROBERT ,RECHT ,CIV 4 Juillet 1972,clunet,1972 , 843, note OPPETIT.

محكمة النقض الفرنسية قد أقر مبدأ سلطة ال محكم في النظر باختصاصه .

فمن المعروف ان محكمة النقض قد أكدت مبدأ استقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي ان ما نستطيع قوله بهذا الصدد هو ان قرار القضاء الفرنسي آنف الذكر والذي كثيراً ما يشار إليه لم يعط الا حلاً جزئياً لمشكلة صلاحية المحكم في النظر باختصاصه والذي كثيراً ما يشار إليه لغرض تبرير هذا المبدأ .

ان قرار القضاء آنف الذكر يسمح للمحكم فقط النظر في الفصل في إبطال العقد الأصلي ، أما شرط التحكيم فانه لا يتأثر بهذا البطلان بالتأكيد فان هذا الاتجاه يعني الإقرار للمحكم لان ينظر بحكم اختصاصه رغم ان العقد الأصلي قد تم إبطاله . ولكن اذا كان قرار المحكم قد انصرف الى إلغاء اتفاق التحكيم نفسه فان مبدأ استقلال شرط التحكيم لا يصلح أن يكون أساساً لاعطاء المحكم سلطة النظر في اختصاصه^(٢) .

لقد حسم المشرع الفرنسي النقاش حول هذا الموضوع في المرسوم الصادر في ٤ / مايس / ١٩٨٠ الذي نص فيه على حق المحكم في النظر في صحة قرار تعيينه (المادة ١٤٦٦ المعدلة من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي) . ولكن تبقى أبعاد هذا النص الجديد محدودة . ان القانون الفرنسي الجديد للتحكيم قد نص على ان قاضي الأمور المستعجلة الذي ينظر في اعت راض يتعلق بتشكيل محكمة

(٢) في هذا المعنى أنظر

التحكيم يستطيع ان يقرر بطلان شرط التحكيم وعدم تسمية محكمين في الموضوع (المادة ١٤٤٤ من قانون الإجراءات) .

ان إقرار مبدأ (الاختصاص بالاختصاص) ينبغي ان يتم دعمه لأنه يضمن سلامة وتحسين التحكيم وذلك بمنع أطراف التحكيم من اللجوء إلى المناورات و التحايل . خصوصاً وانه قد بني على مبادئ قانونية جديدة .

ان التبريرات و التي يمكن وصفها بأنها تبريرات "الحلقة المفرغة" والتي طالما طرحت بهدف رفض اعتماد هذا المبدأ يمكن ردها في واقع الأمر . فإنكار سلطة المحكم في النظر في اختصاصه في حالة إبطال عقد التحكيم بحجة افتقاره لصفة القاضي يعد مصادرة على المطلوب . ان فقدان المحكم سلطته لا يمكن أن يحصل إلا إذا كان الموضوع محل النزاع يتم حسمه تبعاً لإلغاء مشاركة التحكيم^(١) .

ان المحكم هو قاضي الحالات الاعتيادية وبنفس الوقت هو قاضي للحالات الاستثنائية . ان الطبيعة الخاصة للتحكيم لا تتعارض مع هذا المبدأ . ولذلك فان المحكم يبقى دائماً قاضياً و من هذا المنطلق فهو مخول بمراجعة موضوع صلاحياته .

المبحث الثاني

(١) انظر في هذا الصدد التحليل الواضح الذي قدمه الاستاذ

H. MOTYLSKY " Menace sur L`arbitrage " J cp . 1954 , I .
1194

خصوصية سلطات المحكم بسبب الطبيعة التعاقدية للمهمة التي يقوم بها

٢٤ . يتمتع القاضي الوطني بسلطات محددة بالقانون . وقد حددت قوانين

الإجراءات المدنية واجب القاضي فيما يتعلق بالإجراءات التي يتعين
اتباعها و القواعد التي ينبغي تطبيقها على موضوع النزاع .

ان قانون المرافعات يفرض بشكل خاص على القاضي الوطني إطاراً
متماسكاً من القواعد تفادياً لوقوع الإدارة المسؤولة عن تطبيق العدالة
تحت تأثيرات رغبات المتخاصمين و القضاة ولكي لا يتم معاملة الخصوم
بطريقة مختلفة أمام نفس الجهات القضائية . وكذلك فان على القاضي
احترام قواعد القانون عندما يفصل في النزاع لان مهمته تتمثل في
النطق بالقانون^(١) وحراسة قانون الدولة التي اختارته لهذا الموقع .

٢٥ . أما المحكم فانه لا يعتبر حارساً للتوجيهات القانونية للدولة . إن

التزامات المحكم تجاه القانون لا تنشأ استناداً إلى عمله كمحكم و إنما
تعود إلى المهمة التي أنيطت به من قبل أطراف النزاع . فإذا كان
المحكم ملزم باحترام قواعد القانون فان ذلك يعود إلى رغبة الأطراف في
خضوعه لهذه القواعد .

٢٦ . ينتج مما تقدم بأنه إذا كانت هذه هي رغبة الأطراف، فان المحكم يمتلك

سلطات خاصة إزاء قواعد القانون . ان الطبيعة التعاقدية لمهمته
تسمح له بالتمتع بحرية إضافية في نطاق رغبة الأطراف لا ستبعاد

(١) مثال على ذلك فان المادة (١٢) من قانون الإجراءات الفرنسي قد نصت على

Le Juge est tenu de statu " conforment aux lois . regissant la
matiere , encore que l'application de ces lois na'pasété
expressement " requise Les parties

التطبيق الطبيعي لبعض القواعد و لكن هذه الحرية ليست بدون حدود

فمن جانب ، فان حرية إرادة الأطراف ليست مطلقة إذ إنها تخضع لبعض قواعد القانون كما ان هذه القواعد تفرض بالضرورة على المحكم . هناك ترابط كامل بين قوة النصوص المتعلقة بحرية الأطراف وحدودها وصلاحيات المحكمين . ومن جانب آخر فان الطبيعة التعاقدية للتحكيم لا تتعارض مع الوظيفة القضائية لمهمة التحكيم . ان مهمة المحكم في بنائها تشابه مهمة القاضي كما ان إرادة الأطراف لا يمكن ان تنال من تجريد التحكيم من قيمته القانونية و هكذا يتضح بان إرادة الأطراف لن تكون قادرة على تجريد التحكيم من الضمانات الخاصة بإجراءات قضائية وان تعطيل المبادئ التي تحكم حقوق الدفاع سيكون جزائها إلغاء تلك الإجراءات .

كما يتضح أيضاً بان الأطراف لا يمكنها تفويض المحكمين سلطات تخرج بطبيعتها عن مهمة العمل القضائي . فإعطاء المحكمين على سبيل المثال صلاحيات تحديد الالتزامات سيؤدي بالنتيجة إلى إلزام القاضي الداخلي المختص لإعادة النظر في هيئة التحكيم و الإجراءات المحددة للتحكيم كلما لاحظ بان المهمة المناطة للتحكيم ستكون خارج العمل القضائي . ولكن ضمن هذه الحدود فان الطبيعة التعاقدية للتحكيم تسمح بتوسيع سلطات المحكم (أولاً)

وبالمقابل فان الطبيعة التعاقدية للتحكيم تحدد أحياناً سلطات المحكمين . فالمحكم في واقع الأمر يتقيد بإرادة الأطراف بشكل لا يمكن معه مطلقاً مخالفة هذه الإرادة . هذا الخضوع لإرادة الأطراف يقيد من سلطات المحكمين ولهذا السبب نجد ان سلطات المحكمين اقل اكتمالاً أحياناً من تلك التي يتمتع بها القاضي الوطني (ثانياً) .

أولاً : اتساع سلطة المحكم بسبب الطبيعة التعاقدية للتحكيم

٢٧ . أحد الجوانب الأصلية للتحكيم تكمن في الخاصية الممنوحة لأطراف النزاع من قبل اكثرية التشريعات الوطنية ا لمتعلقة بالتحكيم و كذلك القوانين الدولية تخول المحكم سلطة التحكيم بالصلح و الذي يطلق عليه بالفرنسية (L`amiable compositeur)^(١)

فالمادة (٢٨) من القانون النموذجي تنص على ان ((تجري محكمة التحكيم تسوية وفقاً للعدالة و الأنصاف أو بصفتها منشئة للمواعدة ودية فقط ، اذا أذن لها الأطراف في ذلك صراحة)) . ونص قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بالفقرة (٤) من المادة (٣٩) منه على انه ((يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة و الأ نصاف دون التقيد بأحكام القانون)) .

(١) يجري الفقه على ترجمة التسمية الفرنسية اعلاه بوصف (المحكم بالصلح) أو(التحكيم مع التفويض بالصلح) وهي كما يقول الأستاذ محمود مختار احمد بريري ((ترجمة لا نراها موفقة لما تثيره من خلط بين التحكيم و الصلح رغم التمايز بينهما فضلاً عن إن المحكم لايجري صلحاً في حالة تفويضه ، وانما يصدر حكماً ملزماً غاية ما هناك انه لايصدر هذا الحكم متبنياً نصوص قانون او تشريع محدد ، وانما يوائم بين المصالح الى حكم (ودي) بمعنى عدم استناده الى نصوص قانونية ، وانما فحسب لتقدير شخص يستخدمه المحكم تراضي واتفق ودي مسبق بين الطرفين)) ويرى الأستاذ المذكور ان من الأفضل تسميته ب (الموفق) .

انظر الأستاذ د . محمود مختار بريري (التحكيم التجاري الدولي) / الطبعة الثالثة/دار النهضة العربية /هامش (٢) صفحة ١٣٩ .

وتتضمن مواد قانون المرافعات الفرنسي احكاماً مشابهة سواء في مجال التحكيم الداخلي أو الدولي^(١) .

إن السلطات التي يتمتع بها (المحكم بالصلح) تنتج عن اتفاق أطراف العقد على التنازل عن تطبيق قواعد القانون على موضوع النزاع^(٢) . هذا التنازل يكون بالنسبة للحقوق الشخصية التي يقرها القانون والمقصود بالحق الشخصي هنا الحق في الاستفادة من الحماية التي تقرها قواعد القانون الوضعي في طلب مقاضاته وفقاً لقواعد القانون و بتعبير آخر في نطاق التحكيم المطالبة من المحكم بتطبيق قواعد القانون على النزاع المعروض أمامه . إلا انه ينبغي الإشارة إلى أن تنازل الأطراف عن المطالبة بتطبيق قواعد القانون لايعني ان هذه الصلاحية مطلقة و من غير حدود . فهذا التنازل قد يصطدم و المصلحة العامة فقواعد النظام العام ترسم حدوداً لحرية التعاقد .كم . وتحدد بنفس الوقت و لنفس الأسباب نطاق حرية التنازل . أن التنازل عن الحقوق غير مسموح به قانوناً إلا للحقوق التي يكون الأطراف أحرار في تنظيمها .

(١) د. محمود مختار بريري / المصدر نفسه / ص ١٤٠

(٢) تنص المادة (١٤٧٤) من قانون المرافعات الفرنسي بخصوص التحكيم الداخلي على ان ((تحسم محكمة التحكيم النزاع و وفقاً لقواعد القانون طالما أن الأطراف لم يخولها و وفقاً لاتفاق التحكيم إجراء تسوية بصفتها منشئة لتسوية ودية ((و تنص المادة ١٤٩٧ المتعلقة بالتحكيم الدولي على ان ((المحكم يجري تسوية كمنشئ لتسوية ودية إذا خوله اتفاق الأطراف هذه المهمة)) . المصدر نفسه / هامش (١) ص ١٤٠

٢٨ . إن سلطات المحكم بالصلح بالنسبة لقواعد القانون ترتبط صميمياً بالسلطات الناتجة عن نصوص اتفاق التحكيم بين الأطراف و التي تعطي الحق ل طرفي النزاع في التنازل عن الحماية القانونية . هذا التنازل و كما ذكرنا آنفاً لا يكون مشروعاً الا في نطاق الحقوق التي تسمح بها القواعد القانونية . إن سلطات المحكم بالصلح في مواجهة قواعد القانون تتوقف حينما لم يعد في مقدور الأطراف التحكم في حقوقهم .

إن تنازل الأطراف المتعاقدة عن تطبيق حكم القانون > يعطي للمحكم سلطة جديدة و بالوقت الذي يوسع مثل هذا الشرط سلطة المحكم فانه يحدد واجباته بما تقتضيه مبادئ الإنصاف و العدالة > (١) . نتيجة لذلك فإن المحكم بالصلح يتمتع بحرية تصرف كاملة فيما يخص الحقوق التبعية والتي يكون للأفراد الحق الكامل في تنظيمها . ومن واقعة تنازل الأطراف هذه يستمد المحكم بالصلح سلطته في الخروج عن قواعد القانون التي تنظم هذه الحقوق وتطبيق قواعد اكثر ارتباطاً بالموضوع (٢) ، و هذا يعني ان المحكم بالصلح يستمد سلطة وليس واجباً .

(١) د. فوزي محمد سامي / مصدر سابق / ص ٣٢٣

(٢) في هذا الموضوع أنظر مؤلف الأستاذ E. LOQUIN

" Lamible composition en droit comparé et international , contribution à L'étude du non – droit dans L'arbitrage commercial , librairies techniques , paris 1980.

إن إدراج أطراف النزاع لشرط التحكيم بالصلح يعني حرمانهم من حماية قواعد القانون . إلا إن ذلك لايعني تجاوزهم على القانون . كذلك فإن تنازل أطراف النزاع عن الحماية المقررة بقواعد القانون وإن كان يسمح للمحكم بالصلح بعدم احترام هذا القانون إلا إن ذلك لايمنع المحكم من أخذ محتوى نصوص القانون بعين الاعتبار⁽¹⁾ .

إن المحكم بالصلح يتمتع بسلطة استثنائية لا يتمتع بها القاضي الوطني و الذي لا يمكنه الخروج عن تطبيق قواعد القانون فهو ملزم دائماً بتطبيقها لانه لا يتمتع بهذه السلطة الاستثنائية .

إن القاضي الوطني ملزم دائماً بمراعاة الح قوق التبعية لأطراف النزاع طالما لم يتنازلوا عنها . لا يوجد بهذا الشأن خيار للقاضي الوطني . ونفس الأمر ينطبق على المحكم الذي يلزم بتطبيق قواعد القانون وسبب هذا الاختلاف في حدود السلطات يعود و كما ذكرنا آنفاً إلى التفويض الذي يحصل عليه المحكم بالصلح من قبل أطراف النزاع .

٣٠ . إن الطبيعة التعاقدية للتحكيم تسمح وكما رأينا للأطراف و المحكم بالصلح أن يكونوا على مسافة من قواعد القانون ، وهذا يسمح بإعطاء المزيد من المرونة للمحكم بالصلح في تسوية المنازعات سواء على صعيد البحث عن طرق لاحتلال التوازن بين الأطراف أو على صعيد البحث بكل حرية عن مصادر القانون إن المحكم بالصلح و كما يرى الأستاذ René DAVID يقوم بدور إيجابي كبير فهو يقيم بين أطراف النزاع علاقات قانون جديد يختلف عن القانون الذي يطبقه

(1) أنظر قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية رقم 2279 في 12/مايس

/ 1970 الذي جاء فيه إن المحكم بالصلح بإمكانه تصحيح النتائج الناجمة عن تطبيق القانون البلجيكي على موضوع النزاع و الذي يبدو عادلاً إلا إن المحكم لا يرى أي دافع لتطبيقه على الحالة المعروضة عليه .

القاضي الوطني ، قانون يتركز على العدالة ويتجاوز الشكلية للقوانين الوطنية⁽¹⁾ .

ثانياً : تقييد سلطات المحكمين بسبب الطبيعة التعاقدية للتحكيم

٣١ . إذا كانت إرادة الأطراف المثبتة في اتفاق التحكيم يمكن اعتبارها مصدراً لحرية المحكم فإنها و بنفس الوقت يمكن ان تقييده و تحصر سلطاته في أضيق الحدود . فالمكون التعاقدى للتحكيم يفرض على الم حكم الذي يستمد سلطاته من إرادة الأطراف أن يحترم هذه الإرادة فالمحكم لا يمكنه مطلقاً ان يذهب ضد نصوص العقد الذي يحدد نطاق مهمته و الوسائل التي عهد بها إليه لاتمام مهمته .

٣٢ . ينتج مما تقدم ذكره من ناحية و كما هو اصبح معروفاً في مجال التحكيم بان المحكم يتحدد بموضوع النزاع الذي يتم تحديده من قبل الأطراف ولايجوز للمحكم ان يوسع من نطاق هذا الموضوع . ولذلك يعتبر باطلاً القرار التحكيمي الذي يتضمن عقوبة لعدم تنفيذ العقد حينما يطلب من المحكم تفسير العقد⁽²⁾ . و من ناحية أخرى فان أطراف العقد يحددون نطاق الموضوع و ال مدة الزمنية لانجاز التحكيم . ولذلك فان القرار التحكيمي الذي يصدر خارج هذه المدة يعتبر باطلاً . الا انه تجدر الإشارة إلى ان أغلبية قواعد التحكيم المقررة من قبل مؤسسات التحكيم قد سمحت لمحكمة التحكيم تمديد مدة التحكيم⁽³⁾ . وقد الزم

(1) René DAVID " L'arbitrage dans le commerce international " Economica , 1982,463,464

(٢) أنظر تعليق الأستاذ Fouchard على قرار تحكيمي صادر في باريس في

Rev. Arb. 1972, 22/1/1972 منشورة في مجلة التحكيم الفرنسية 158, 1973

(٣) وكمثال على ذلك أنظر المادة (٤) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية التي

==

جاء فيها :

المشروع الفرنسي بالمادة (١٤٥٦) من قانون الإجراءات المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد ميعاد معين - أن ينهوا عملهم خلال ستة اشهر من تاريخ صدور آخر قبول للمهمة من المحكمين اذا اختلفت تواريخ قبولهم ^(١) . ولكن تخويل مثل هذه الصلاحية لهيئة التحكيم ينبغي أن ينص عليها في اتفاق الت حكيم . كما ان محكمة النقض الفرنسية قد خففت من صرامة المبدأ إذ قضت بأنه في غياب الإشارة الصريحة من قبل الأطراف بشأن مدة التحكيم ، فان المحكم يحتفظ بسلطة تحديد مدة التحكيم لان النظام العام الدولي الفرنسي لا يتطلب تحديداً زمنياً لسلطات المحكمين ^(٢) .

٣٣ . كذلك ينبغي على المحكم احترام قواعد الإجراءات المنصوص عليها في اتفاق التحكيم . فهذا الاتفاق يستطيع ان ينظم او يعين مسبقاً القواعد التي ينبغي على هيئة التحكيم اتباعها سواء بوضع قواعد خاصة محددة أو إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد الإجراءات المعمول بها في إحدى مؤسسات التحكيم . وفي مثل هذه الفرضية فان سلطة المبادرة للمحكم تكون مقيدة بهذا التحديد .

إن من نتائج احترام إرادة أطراف النزاع هو النص على قواعد الإجراءات في اتفاق التحكيم و لذلك فان كل خرق لهذه القواعد يعتبر خروجاً عن نطاق هذا الاتفاق وجزاءً لذلك يحكم ببطلان قرار التحكيم .

= "La partie défenderese pourra exceptionnellement demander au secrétariat un nouveau délai pour exposer ses moyens de défense et fournir ses pièces".

(١) أنظر د . محمود مختار بريري / مصدر سابق / ص ١٦٩

Civ ,30 Juin, 1976 , Rev . Arb 1977 , 37

(٢) أنظر

تجدر الإشارة هنا إلى اختلاف " موقف التشريعات الوطنية من حيث قواعد المرافعات التي يجب على المحكم اتباعها عند عدم وجود اتفاق بين الخصوم بشأنها . فمن التشريعات ما يتطلب من المحكم الالتزام بقواعد المرافعات المنصوص عليها في القانون ومن هذه التشريعات القانون الفرنسي (المادة ١٠٠٩ مرافعات) " (١) . وكذلك القانون الإنجليزي و القانون الأسباني . إلا إن غالبية التشريعات الوطنية كالقانون الألماني و القانون النمساوي و القانون الإيطالي تحرر " المحكمين من اتباع قواعد المرافعات المنصوص عليها في القانون و يترك لهم حرية تعيين القواعد الواجب اتباعها و من هذه التشريعات كذلك القانون المصري الذي ينص في المادة (٥٠٦) مرافعات " يصدر المحكمون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه هذا الباب " (٢) .

٣٤ . ان هذا التحديد لسلطات المحكم يفرض وبنفس الصرامة في ما يتعلق بالقانون الذي يتم تحديده من قبل الأطراف ليحكم موضوع النزاع . فعندما يتفق أطراف النزاع على اختيار قانون دولة ما ليحكم النزاع فالمحكم يكون ملزماً بهذا التعيين . ان التطبيق السيئ لهذا القانون و الخطأ في التطبيق لا يمكن المحاسبة عليه طالما ان الأطراف قد تخلوا عن الاستئناف مباشرة ضد قرار التحكيم بالمقابل فان تصميم المحكم على استبعاد تطبيق القانون الذي تم تحديده من قبل طرفي النزاع وتطبيق قانون آخر غير القانون الذي اختاره أطراف النزاع يعد حكماً

(١) د. محسن شفيق (التحكيم التجاري الدولي) دراسة في قانون التجارة الدولية . دار

النهضة العربية ١٩٩٧ ص ٢٤٣ .

(٢) د. محسن شفيق / نفس المصدر / ص ٢٤٣

مخالفاً لنصوص اتفاق التحكيم و يفتح المجال في القانون الفرنسي
للتقدم بدعوى لألغاء قرار الحكم او إصدار حكم بعدم تنفيذ القرار .
أما المحكم بالصلح فان الأمر يكون مختلفاً بالنسبة له اذ
باستطاعته استبعاد تطبيق القانون المحدد من قبل الأطراف في الحالة
التي لا يكون فيها هذا التطبيق ملزماً له . ولكن لا يوجد هناك تعارض
من حيث المبدأ بين الشرط الذي يرد في اتفاق التحكيم على تسوية
الأمر من قبل المحكم بالصلح و بين تحديد أطراف النزاع لقانون معين
لتطبيقه على موضوع النزاع .

٣٥ . الأصل التعاقدى لسلطات المحكم ينتج عنه أثر آخر ألا وهو إلزام المحكم
بتطبيق القانون على موضوع النزاع فسلطات المحكم تكون في هذه
الحالة أقل امتداداً من القاضي الوطني في تفسير و تطبيق قواعد
القانون . فالمحكم في واقع الأمر عليه تطبيق القانون كحقيقة مسلم
بها . ولذلك فهو لا يستطيع الا تسجيل مضمون القانون الذي سيطبقه و
لهذا يكون دوره اكثر سلبية من تلك التي يتصف بها القاضي الوطني .
فهذا الأخير بإمكانه ان يدخل تعديلاً على أحكام القضاء بهدف تطوير
قانونه الوطني . بينما لا يستطيع المحكم الذي يفوض بتطبيق قانون
مالاستطيع تقديم تفسير آخر لقواعد القانون غير التفسير الذي اعتمده
القضاء الوطني للنظام القانوني الذي اختاره أطراف النزاع .
ان على المحكم الامتثال للتقسيم الذي يرسمه النظام القانوني فيما
يخص قواعد النظام العام بين القواعد الآمرة وغير الآمرة ^(١) إذ يكون
ملزماً بمراعاته .

(١) انظر تعليق الأستاذ LEVEL تحت عنوان "المحكم بالصلح " في المرسوم

الصادر في ١٤/٥/١٩٨٠ حول التحكيم . مجلة التحكيم الفرنسية ١٩٨٠

الفصل الثاني

مدى سلطات المحكم

٣٨. ما أتينا على ذكره في الفصل الأول يسمح لنا بتحديد نطاق سلطات المحكم سواء في تحديد القواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم (المبحث الأول) أو تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

مدى سلطات المحكم في تحديد القواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم

تحكم إجراءات التحكيم بشكل عام مبادئ استقر العمل بها في نطاق التحكيم الدولي و هي نتيجة للطابع الاتفاقي لا تفاق التحكيم و هذه المبادئ هي:

- (١) حرية أطراف النزاع في الاتفاق على القواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم سواء كان التحكيم مؤسسياً أم حراً .^(١)
- (٢) حرية هيئة التحكيم او المحكم في اختيار قواعد تحكم سير إجراءات التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف وهذا يعني ان المحكم يملك سلطة واسعة في المبادرة عند عدم اتفاق الأطراف (أولاً) الا ان

(١) المادة (٥) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، و المادة (٤/٢-٣) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي ١٩٦١ . و المادة (١٩) من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ و المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري لعام ١٩٩٤ . و المادة (١٤٩٤) من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي ١٩٨١ . أنظر في ذلك د . عاطف محمد الفقي " التحكيم في المنازعات البحرية / دار النهضة العربية/ ٢٠٠٧ / ص ٤٠٦

هذه السلطة ليست مطلقة إنما هي محددة بمبادئ مستقرة ناشئة عن المهمة القضائية للمحكم (ثانياً) .

أولاً : سلطة المبادرة للمحكم

٣٧ . يمكن للمحكم ان يبادر من جانبه بتحديد قواعد إجراءات تتلائم مع موضوع التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد قواعد معينة و المحكم في اختياره لقواعد مالا يتقيد " اساساً بالإجراءات المعمول بها أمام القضاة في المحاكم الوطنية ولا بأشكالها و مواعيدها . فلا يتقيد بطرق الإعلان التي يلتزم بها القضاة ولا برسمية الوثائق و المستندات ا لمقدمة إليه ، ولا بتوقيع المحامين عليها، ولا يلزم المحكمون أو المحامون بلباس معين ، ولا يلزم الشهود أو المترجمون بحلف يمين ، ولا تتقيد هيئة التحكيم بنظر الدعوى في صورة جلسات مرافعة شفوية بل يمكنها نظرها من خلال الوثائق و المستندات فقط ، وغيرها من الإجراءات المعمول بها أمام القضاة ولا يتقيد بها المحكمون " (١) .

هذه السلطة التي يتمتع بها المحكم تعد أحد مزايا التحكيم و التي يختلف فيها عن النهج الإجرائي المحدد وغير المرن الذي يفرضه القانون الداخلي على القاضي الوطني . الا ان هذه المرونة لا تعني بان التحكيم يتم دون قواعد للإجراءات وانما يعني ذلك بأن للمحكم الحرية في تحديد قواعد إجرائية خاصة تستجيب لضرورات كل نزاع كما ان هذه الحرية او سلطة المبادرة التي يتمتع بها المحكم لا تعني انه يستطيع ((التخلص من المبادئ الكبرى الحاكمة لحل النزاعات بوجه عام والمستقرة في الضمير العالمي بصرف النظر عن هذا القانون او ذاك ،

(١) د . عاطف محمد الفقي / المصدر نفسه / ص ٤٠٨

فلا تملك هيئة التحكيم الا ان تراعي حق الأطراف في الدفاع عن أنفسهم بإعطائها لكل طرف الفرصة كاملة في تقديم أدلته و مستنداته وإبداء وجهة نظره في دعواه ، وفي الرد على مزاعم الطرف الآخر، وان تعامل جميع الأطراف على قدم المساواة ، كذلك تلتزم هيئة التحكيم باحترام مبدأ المواجهة باتخاذ جميع الإجراءات في حضور الأطراف أو ممثليهم ، وان تتيح لهم الفرصة الكاملة في العلم بما قدمه كل طرف والإطلاع عليه حتى يستطيع تفنيده ومناقشته في وقت مناسب . وذلك حتى لا يتعرض حكم التحكيم الصادر بعد ذلك للإبطال^(١) .

٣٨ . تقر معظم مؤسسات التحكيم سلطة المبادرة التي يتمتع بها المحكم في تحديد القواعد التي تسير عليها إجراءات التحكيم إذ نصت قواعد التحكيم المعتمدة في منظمة (CNUDCI) على أن المحكم يستطيع أن يقرر بان إجراءات التحكيم تدور حصراً على الأورا ق المقدمة من قبل الأطراف طالما انهم لم يتفقوا على عرض حججهم شفويّاً^(٢) . وقد أقر القضاء الفرنسي بشرعية الحرية التي يتمتع بها المحكم ، إذ قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها صدر عام ١٩٧١^(٣) بأن ميزة المواجهة في إجراءات التحكيم لا تفترض بالضرورة حضور أطراف النزاع

(١) د . عاطف محمد الفقي / نفس المصدر / ص ٤٠٩ .

كذلك انظر

R.David . " L'arbitrage dans Le commerce international , op. Cit.p.405 "

(٢) أنظر المادة (2-13) من قواعد تحكيم منظمة (CNUDCI)

(٣) أنظر تعليق الأستاذ Fouchard , Ph

Paris ,19 Juillet 1971 . Rev, Arb,1973

أو محاميهم أمام المحكم من أجل المواجهة الشفوية .وبالعكس فإن هذا القضاء قد أقر بصحة إجراء يكون شفويًا فقط (١) .

٣٩ . أقرت لوائح التحكيم المعتمدة في مراكز التحكيم الدولية بحرية المحكم في اعتماد نظام محدد للأدلة في نطاق الإجراءات التي تجري في مواجهة الأطراف حيث يقوم المحكم بدور نشط و فعال في هذا الجانب فقد نصت المادة (٢٤) من قواعد التحكيم في اللجنة الاقتصادية الأوروبية على :

(يسمح للمحكّمين وبكافة الوسائل المتوفرة لديهم تعيين طرق الإثبات التي يقررون اعتمادها و تسمية الخبراء في كل مرحلة من إجراءات التقاضي الطلب إلى الأطراف تقديم أدلة مكملة خلال مدة ملائمة يحددها لذلك) .

كذلك يحق للمحكّمين وبشكل خاص تسمية خبراء دون أن يكونوا ملزمين بالأخذ بما سيقدمه هؤلاء إلى هيئة التحكيم (٢) . ولكن ليس هناك ما يمنع المحكم من اعتماد نظام إجرائي للمواجهة يسمح على سبيل المثال لأحد أطراف النزاع الاستفسار من الآخر أو الشهود أو الخبراء المعتمدين من قبل الخصوم .

ثانياً : حدود سلطة المبادرة للمحكم

٤٠ . أن حدود سلطة المحكم في المبادرة ناتجة من الطبيعة القضائية للوظيفة المناطة به . وبهذا الصدد وكالقاضي الوطني ينبغي على المحكم احترام حقوق الدفاع ، ويجب عليه أحياناً أيضاً الأخذ بعين

(١) أنظر تعليق الأستاذ

LOQUIN Paris , 11 February ,. 1971 , Rev, Arb 1973

(٢) أنظر في هذا الموضوع بحث كويلمانا KOPELMANA الموسوم بـ

(دور الخبراء في التحكيم التجاري الدولي) مجلة التحكيم ، سنة ١٩٧٩ ص ٢٠٥

الاعتبار لنصوص تُعد ملزمة بموجب قوانين الإجراءات في الدولة التي يقع فيها مقر التحكيم .

٤١ . أن مفهوم " حقوق الدفاع " تضم المبادئ التي يمكن تسميتها بـ (الضمانات الأساسية للأطراف) ^(١) . ويقصد بها المبادئ التي تتضمن حماية أطراف النزاع في مواجهة التعسف أن حقوق الدفاع تكون ملازمة للعمل القضائي لأنها تضمن بان الادعاء سوف يعرض على القاضي وان المراجعة تكون واقعية ونزيهة . فالمحكم يلزم باحترام هذه المبادئ والا تتعرض هيئة التحكيم للطعن في عدم جديتها .

٤٢ . إن مبدأ (المواجهة - Contradictoire) يتضمن عرض الادعاء أمام القاضي . كل طرف ينبغي أن تكون له الحرية في عرض موضوعه وأن يعترض أمام المحكم على الوثائق التي يبرزها خصمه . وهذا المبدأ العام متفق عليه في كافة قوانين الإجراءات و قد تأكد العمل به أمام المحكمين الدوليين با

اعتباره مبدأ أساسياً " Jus gentium " . وقد أكدته جميع قواعد مؤسسات التحكيم التي تنص على أن " الجلسة تكون بالواجهة " وهو مانصت عليه المادة (5/4) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس . إن الخروج على هذا المبدأ يُعد سبباً يؤدي إلى عدم الاعتراف بقرار التحكيم من قبل الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ^(٢) .

^(١)OPPETIT , " Les garanties fondamentales des parties , dans le procès civil en droit français , milan 1973.P.481

^(٢) أنظر المادة (5 / 1b) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ و كذلك المادة (I 1b) من الاتفاقية الأوروبية . مشار إليه في

FOUCHARD Ph . " L'arbitrage commercial international . op. Cit n° 524 et suiv.

إن احترام هذا المبدأ لا يفترض الأخذ بالشكليات التي تنص عليها قوانين الإجراءات حماية للمبدأ المذكور . فالمحكّمين يواجهون في الواقع العملي هذا المبدأ الا انهم لا يقرون هذه الشكليات الا استثناءً . أن النتيجة التي تترتب على ذلك هي أن طرف التحكيم الذي يحتج على قرار المحكم ينبغي عليه أن يقدم الدليل على وجود مخالفة حقيقية من قبل المحكم لمبدأ المواجهة و ليس الادعاء بعدم احترام المحكم للشكليات المقررة لمبدأ المواجهة ^(١) . ولنفس الأسباب فإن التأكد من احترام حقوق الدفاع في موضوع التحكيم الدولي لا يتم وفق نفس القواعد الداخلية ^(٢) .

٤٣ . إن الالتزام بمبدأ حقوق الدفاع في التحكيم التجاري الدولي يفترض أيضاً احترام مبدأ التسبب في قرارات التحكيم . فهو يلزم المحكم ان يأخذ بعين الاعتبار هذا المبدأ ويكون قرار مسبباً كي لا يبدو وكأنه قراراً تعسفياً . ومع ذلك فان مبدأ تسبب القرار في التحكيم الدولي لا يكون بنفس القوة التي يتمتع بها مبدأ المواجهة في نطاق الحالات التي لاتعرض فيها بعض التشريعات الداخلية على المحكم الالتزام بتسبب القرار ^(٣) .

(١) انظر

LOQUIN . OP. Cit , n° 364 et suiv

(٢) أنظر

FOUCHARD, OP. Cit , n° 526 et suiv

(٣) انظر المادة الثامنة من الاتفاقية

وقد أقرت الاتفاقية الأوربية لعام ١٩٦١ عدم تسبب قرار التحكيم على افتراض أن أطراف النزاع قد اتفقوا على ذلك أو ان هذه الأطراف تخضع لإجراءات تحكيم لاتأخذ بموضوع تسبب القرار^(١) .
ولنفس الأسباب فإن محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات صادرة عنها أقرت بان عدم تسبب قرار التحكيم لاي عد في حد ذاته مخالفاً للنظام العام الدولي الفرنسي إذا كان القرار قد صدر في ظل قانون لايتطلب التسبب من جهة و من جهة أخرى ان لا يكون عدم التسبب قد أخفى واقع الاضرار بحقوق الدفاع .

أن اعتبار تسبب قرار التحكيم الدولي أمراً ملزماً يقتضي بالتالي من المحكم الدولي الالتزام به إلا إذا كان أطراف النزاع قد تخلوا عن هذه الحماية بصورة صريحة (المادة (٧) من اتفاقية نيويورك) او بصورة ضمنية من خلال اخضاعهم التحكيم لقانون إجراءات لا يأخذ بمبدأ تسبب القرار . ان التسبب وكما يقول الأستاذ فوشار يُعد في التحكيم التجاري الدولي كضمان لأطراف النزاع بإمكانهم بكل حرية التخلي عنه ولكنه يلزم المحكم في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق بين أطراف النزاع^(٢) .

٤٤ . أخيراً فإن سلطة المبادرة التي يتمتع بها المحكم يمكن كذلك أن تحد من خلال عدد من قواعد الإجراءات المطبقة في بلد مكان التحكيم إذ تُعد وفقاً لهذا القانون من النظام العام . و الذي يحصل في الواقع احياناً

(١) أنظر

I I, 12273 note MOTULSKY , ci 22 novembre 1960 Jcp 1968 . I I Civ , 14Juin 1960 Jcp 1961, , 15318 note MOTULSKY , civ 18 Mars , Clunet 80 , 874 , note LOQUIN .

Cf. FOUCHARD , OP. Cit , n° 531

(٢) أنظر

أن قوانين بعض الدول تنص على تطبيق قواعد إجراءات محددة على التحكيم الذي يجري في إقليمها^(١).

إن عدم احترام هذه القواعد يعني المخاطرة بعدم المصادقة على التحكيم في ظل تطبيق أحكام اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨. فهذه الاتفاقية نصت على رفض تنفيذ قرار التحكيم إذا كان هذا القرار قد خالف عند صدوره قواعد النظام العام المطبقة في ذلك البلد.

(١) كمثل على ذلك المادة (٣/١) من المدونة السويسرية الخاصة بالتحكيم تطبق على كل تحكيم يتم في الكانتونات السويسرية بمعزل عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم. حول هذا الموضوع أنظر تعقيب DERAIS المنشور حول قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية ذي الرقم 2879 المنشور في Clunet, 989, 1979

المبحث الثاني

سلطات المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على

موضوع النزاع

٤٥ . إن هدف المحكم في نطاق التجارة الدولية كما هو الحال بالنسبة للقاضي الوطني هو الفصل في النزاع . ولكن على خلاف هذا الأخير فالمحكم من جهة لا يصدر قراره باسم دولة في نطاق نظام قانوني داخلي وإنما باسم أطراف النزاع . و نتيجة لذلك فهو يتمتع بسلطات خاصة في تحديد قواعد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (أولاً) و من جهة أخرى فإن بإمكان المحكم البحث على حل للنزاع من خلال تمتعه بسلطات استثنائية تمكنه من تطبيق قواعد القانون (ثانياً) .

أولاً : سلطات المحكم في تحديد قواعد القانون

٤٦ . يطبق القاضي الوطني بالضرورة قواعد التنازع التي تنص عليها قوانين دولته لغرض تحديد القواعد التي تطبق على النزاع الدولي ونفس الحال بالنسبة للمنازعات التعاقدية . وهي ما يقره مبدأ حرية الإرادة المعترف بها عالمياً .

في الواقع ليس من النادر أن لا يستخدم أطراف النزاع الحرية المتاحة لهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الموقع بينهم وفي المقابل إذا اختار أطراف النزاع تحديد هذا القانون فينبغي في هذه الحالة تحديد مدى و فعالية استخدام هذا الحق .
إن المحكم الدولي ليس له قانون محدد يلزمه باتباع قاعدة إسناد معينة تلزمه باتباع قانون يطبق على موضوع النزاع .

٤٧ . إن الطبيعة التعاقدية للتحكيم تفرض على المحكم الاحترام الكامل لاختيار أطراف النزاع للقواعد التي تطبق على موضوع النزاع . من المعلوم إن هناك بعض الأنظمة القانونية تشترط أن يكون هناك علاقة جدية بين هذا القانون و موضوع النزاع ^(١) . كذلك فإن الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١ و كذلك التطبيق العملي للتحكيم قد أقر بحرية كاملة لأطراف النزاع ^(٢) . فالمحكم الدولي يطبق على موضوع النزاع قانون البلد الذي يتم اختياره من قبل أطراف النزاع بغض النظر عن العلاقة الموضوعية مع موضوع الخصومة ^(٣) .

٤٨ . إن الصعوبة تكمن في الإجابة على التساؤل الذي يطرح بهذا الشأن و هو معرفة فيما إذا كانت الحرية المتاحة لأطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق تسمح لهم باستبعاد النزاع من الخضوع لكل التشريعات الداخلية للدول ؟

في واقع التحكيم الدولي ليس نادراً اختيار أطراف النزاع لقواعد (فوق الوطنية anationales) لتطبيقها على العقد المبرم بينهم ^(٤) أو اختيارهم للعادات التجارية الدولية أو للمبادئ العامة للقانون . هذه الدولية في القانون المطبق تنتج تارة عن أطراف النزاع في تسوية نزاعهم من خلال قواعد موضوعية أكثر ملائمة تشكل قانوناً مهنيّاً دولياً

^(١) أنظر في ذلك مؤلف الأستاذ

BATIFOL Traité alimentaire de droit commercil n , 574

^(٢) المادة (٧) من الاتفاقية " لأطراف النزاع الحرية في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على

موضوع النزاع "

^(٣) حول هذا الموضوع التقليدي أنظر FOUCHARD . Ph / مصدر سابق /

صفحة 538

^(٤) أنظر FOUCHARD / نفس المصدر / صفحة 576

(١) . وتارة أخرى من تخوف أحد الأطراف في رؤية موضوع النزاع تتم تسويته و فق قانون الطرف الآخر المتعاقد (٢) .

إن تطبيق هذه القواعد من قبل المحكم قلما يثير صعوبات سواء أتم التعبير عن رغبة أطراف النزاع في العقد ذاته أو وهو الشيء الأكيد استخدام أطراف النزاع لحرية الاختيار الناتجة عن مبدأ حرية الإرادة و التي ينتج عنها إخضاع موضوع النزاع لسلطة تلك القواعد . كما إن القانون الاتفاقي الدولي يعترف للمحكمن بمثل هذه السلطة وهو ما أخذت به المادة (٩) من القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٦٤ . وسلطة المحكم هذه كرستها الممارسات العملية للتحكي م (٣) والتي لا تثير أية صعوبة في تطبيق العادات التجارية الدولية على العقد قبل القانون الداخلي الذي لا يتم اللجوء إليه إلا بصفة مكملة . إن اتفاق الإرادة هذا يستبعد في كافة الأحوال تطبيق القانون الداخلي لمصلحة

(١) أنظر FOUCHARD / نفس المصدر / صفحة 590 كذلك KAHN " La vente commercial international " Paris 1961. GOLDMAN , la lex mercatoria dans les contrats et L` arbitrage internationaux . clunet . 1979 . n 475

(٢) وهذه هي الحالة بالنسبة للمستثمر في عقود الاستثمار الذي يرفض تطبيق قانون دولة الطرف الآخر في هذه العقود . حول هذا الموضوع أنظر

WEILL , Proble`mes relatives aux contrats entre un Etat et un particulier RCADI , 1969, III , 101.

(٣) أنظر

DERAIVS , le statut des usages du commerce international devant les Juridictions arbitrales , Rev.Arb 1973 , 122 .

تطبيق العادات التجارية^(١) . كما إن القاضي الوطني في حالة مماثلة قد اتخذ الموقف ذاته .

٤٩ . إن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع يثير في المقابل الكثير من الصعوبات حينما لا يتضمن اتفاق التحكيم تحديد القواعد الواجبة التطبيق . وفي مثل هذا الافتراض تكون سلطة المحكم في تحديد قواعد القانون الواجبة التطبيق محددة نوعياً .

٥٠ . إن تحليل الممارسة التحكيمية تكشف لنا عن وجود محاولات فكرية لدى المحكم . فهو يبحث أولاً فيما إذا كانت العلاقات الناشئة عن العقد قد ضبطت وفق قواعد أساسية دولية الهدف منها تسوية النزاع . هذه المرحلة الأولى من المحاولات الفكرية تبني أساساً على فكرة ان قواعد قانون التجار (La lex mercatoria) له القابلية الفورية لتنظيم العلاقات الدولية والتي تعلق وفقاً لهذا الافتراض على القوانين الداخلية . ان بحث المحكم يهدف إلى أن يظهر بوضوح وجود عادات في التجارة الدولية تلائم بوضوح النزاع وتتضمن حلاً له^(٢) . إن هذه المحاولة من قبل المحكم تتلائم مع قواعد التحكيم التجاري الدولي . و من الجدير الإشارة إلى المادة (٧) من الاتفاقية الأوربية لعام ١٩٦١ التي أوصت بأنه في كل الأحوال ينبغي على " المحكمين أن يأخذوا بعين الاعتبار العادات التجارية " . هذا النص يظهر في موضوع التحكيم الأولوية المطلوب مراعاتها في قرار التحكيم مراعاة واحترام العادات التجارية و

(١) أنظر القرار التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية (CCI) رقم 1663 الذي اشار اليه الأستاذ /DERAINS /مصدر سابق ص 131 .

(٢) مثال على ذلك في موضوع الاعتمادات المستندية . أنظر القرارات التحكيمية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (CCI) رقم 3226 منشور في دورية Clunet 1980,959, n° 3031 , Clunet 1978, 921 .

حتى في حالة تسمية قانون داخلي من قبل أطراف النزاع لتسوية النزاع^(١) هذا التفسير تم دعمه باتفاقية لاهاي لعام ١٩٦١ التي تنص على انه في حالة عدم وجود رغبة مخالفة لأطراف النزاع فان العادات التجارية تسمو على القانون الموحد (المادة ٢/٩) . وقد أقر القضاء الوطني في إطار المهمة الرقابية التي يمارسها على القرارات بمثل هذه السلطة للمحكمن^(٢) إذ أقرت محكمة استئناف باريس هذا الاتجاه في قرارها الصادر في ١٢ حزيران ١٩٨٠^(٣) .

٥١ . لغرض تحديد قانون الدولة الذي ينبغي تطبيقه في حالة عدم وجود قواعد مادية للتجارة الدولية يجد المحكم الدولي نفسه أمام واقع مُحير وهو عدم وجود نظام تنازع قوانين يمكن الرجوع إليه طالما انه -أي المحكم- يفتقد لقانون خاص به يمنحه سلطات واسعة في البحث عن القانون الواجب التطبيق .

أعطت اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ المحكم سلطة تقديرية من خلال نص المادة (٧) الذي جاء فيها : ((يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قواعد التنازع الذي يرونه ملائماً للموضوع)) .

(١) أنظر في هذا المعنى

FOUCHARD , OP . CIT , n° 579 et suiv

(٢) حول هذا الموضوع أنظر

LOQUIN ,OP. CIT , n° 579 et suiv

(٣)Rev.Arb.1981.298

إن التطبيق الع لمي للتحكيم يظهر لنا إن المحكمين يفضلون الأسلوب الذي يطلق عليه الفقه (التطبيق المزدوج لأنظمة تنازع القوانين التي تهم النزاع) (١) . هذا يعني بان المحكم يؤسس على تقارب الحلول في القانون الدولي الخاص لعدة أنظمة لتنازع القوانين تهم النزاع . هذه الطريقة تقع ضم ن منطق التحكيم التجاري الدولي لعدم وجود قانون تحكيمي خاص ، يكون من المعقول إن المحكم في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق يستلهم حلاً دولياً من خلال اكتشاف " قاعدة تنازع مقبولة دولياً .

٥٢ . من المؤكد ان سلطات المحكم في الحالة المذكورة تبتعد كثيراً عما م عترف به للقاضي الوطني في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية . بحكم كونه ملزماً باتباع نظامه فيما يخص قواعد التنازع يطبق القاضي الوطني أولاً قانون الدولة الذي تحدده له قواعد القانون الدولي الخاص أما قواعد قانون التجار (Lex Mercatoria) فانه لا يمكن الرجوع إليها إلا بصفة مكملة لغرض سد نواقص النصوص القانونية الداخلية . لذلك يكون تطبيق قواعد هذا القانون بصورة غير مباشرة و مكملة . ولا يمكن الرجوع إليها إلا إذا سمحت بذلك قواعد القانون الداخلي النافذة وغياب نصوص قانونية تتضمن حلاً للنزاع . ولهذا فان التحكيم يعتبر كوسيلة تمنحها المجموعة الدولية للتجارة بغية تطبيق قانون مادي دولي خاص بتنظيم العلاقات التجارية الدولية (١) .

(١) أنظر

DERAINS " L`application cumulative des systèmes de conflit de lois inte`rcsés au litige , Rev , Arb , 1972 .LALIVE , les règles de conflit de lois applique`es au fond du litige par L`arbitre international siégcant en suisse . Rev,Arb 1976 , 155

FOUCHARD . op. Cit n° 759

(١) في هذا المعنى أنظر

٥٣ . لايمتلك المحكم الدولي مع ذلك حرية كاملة في تحديد القواعد التي ينبغي تطبيقها . خصوصاً فيما يتعلق بالسلطة المعترف بها له في موضوع استبعاد قانون الدولة الداخلي لصالح القواعد الدولية ، فهذه السلطة ينبغي ان تأخذ بعين الاعتبار انها لاينبغي ان تصطدم و القواعد الضرورية لحماية التنظيم السياسي او الاجتماعي او الاقتصادي للدول . وتأکید هذا الأمر ينبغي ان يكون واضحاً . ان موقف المحكم الدولي تجاه النظام العام الداخلي يُعد موقفاً متميزاً بالنسبة لنظام القاضي الوطني . فهذا الأخير لا يأخذ بعين الاعتبار سوى نظام عام واحد وهو قانونه الخاص الذي يلتزم بالدفاع عنه وذلك برفض القوانين الأجنبية التي يرى انها تتعارض مع مبادئ النظام القانوني الذي تم اختيار القاضي في ظله .

٥٤ . المحكم الدولي ليس له قانون يحكمه كما هو الحال بالنسبة للقاضي الوطني ، وهو ليس حارساً لأي نظام عام أو خاص . إنما يخضع فقط للنظام العام للدولة المعنية في النزاع محل الخصومة . وهذه الدول تحتفظ في الواقع بإمكانية رفض تنفيذ أو الإعلان عن إلغاء قرار التحكيم الذي ترى انه يتعارض مع نظامها العام ^(٢) . ينتج من هذه الملاحظة ، ان المحكم الدولي لاينظر الى مفهوم النظام العام إلا من طرف العلاقة بفعالية الحكم الذي يجب عليه إصداره . هذه الملاحظة توضح لنا قلق المحكم في موضوع احترام كل قواعد النظام العام التي لها علاقة بموضوع النزاع . هذا القلق او الاهتمام يظهر في عدد من القرارات التحكيمية .

ثانياً : تطبيق المحكم لقواعد القانون

(٢) أنظر المادة (٥) من اتفاقية جنيف

٥٥ . بعد ان يتوصل المحكم الى تحديد القواعد التي تحكم النزاع ينبغي عليه عندئذ تطبيقها .

المحكم الذي لم يخول سلطات المحكم بالصلح ينبغي عليه ان يحترم بدقة قواعد القانون التي توصل الى تحديدها أي كان اصل هذه القواعد وهكذا ليس باستطاعته الاتطبيق قواعد عادات التجارة الدولية التي تم الاعتراف بها كقواعد قانونية من قبل المجموعة الدولية للتجارة . فالمحكم في عمله هذا يتأكد من وجود هذه القواعد ولايقوم بخلقها (١) . وفي خلاف ذلك ، فانه يقوم بمخالفة الإرادة الصريحة لأطراف النزاع و يكون قراره قابلاً للإلغاء بحجة مخالفته لقواعد الاتفاق . و بنفس الاتجاه لايمكن للمحكم ان يخفف من صرامة قواعد القانون الوطني او القانون (غير الوطني) بدافع العدالة . ونفس هذا المبدأ يفرض على المحكم حينما يكون المطلوب منه تطبيق العقد . وقد أكدت ذلك المادة السابعة من الاتفاقية الأوربية حينما طلب من المحكم " أن يأخذ بعين الاعتبار نصوص العقد " . و الممارسة في مجال التحكيم تظهر لنا الاهتمام الكبير الذي يوليه المحكم للنصوص التعاقدية . وهذا الموقف يمثل اتجاه الأغلبية في قضاء التحكيم بالأخذ بمبدأ سمو نصوص العقد (Pacta sunt servanda) على أي مبدأ آخر فالمحكم ليس في مقدوره تعديل العقد حتى في حالة تغير الظروف الخارجية للعقد . وهو ماجاء في قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية (CCI) ذو

(١)LOQUIN .op. cit n` 576 , DERAINS , le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitra les, Rev . Arb , 1973 , 122

الرقم 1512^(١) . هذا الاتجاه في قضاء التحكيم دفع اشخاص التجارة الدولية نتيجة خبرتهم في هذا المجال الى حماية انفسهم من خلال النصوص التعاقدية الملائمة في مواجهة الأحداث التي قد تؤثر على تنفيذ العقد . واذا لم يتضمن العقد نصواً تضمن حماية لأطرافه في مواجهة م ثل هذه الظروف ، فإن مثل هذا النقص يمكن اعتباره أمراً طارئاً . إذ ان مبدأ سمو العقد (Pacta sunt servanda) يعني وجوب تنفيذه مثلما اتفق على ذلك مبدئياً .

(١) ونفس المعنى أنظر قرار نفس الغرفة المرقم 2708 المنشور في دورية (clunet) 1981 .

الخاتمة

هذا الاستعراض لسلطات المحكم الدولي تسمح لنا بتبديد الصورة
المأخوذة عن التحكيم . فالمحكم يستطيع أن يمتلك الكثير من السلطات ،
إلا أنه لا يفلت من مراقبة أطراف العقد له . فهؤلاء هم الذين
يستطيعون توسيع او تقليص سلطاته . فأطراف العقد لهم السيطرة على
سلطات المحكم . فالطبيعة التعاقدية للتحكيم توضح هذه السلطات
وتفرضها . ويعود لهؤلاء إذن أن يدركوا هذه ال سلطة التي تخولهم
توسيع او تقليص مدى سلطات المحكم .