

تنازع القوانين في موضوع النزاع المحال على التحكيم
دراسة في التشريع الأردني

**Conflict of laws in the assignee of the subject of
the dispute to arbitration
“A Study in Jordanian Legislation”**

إعداد الطالب
خليل حسين عطية


إشراف
الدكتور مهند أبو مغلي

رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص
كلية الحقوق
جامعة الشرق الأوسط
2013/2012

تفويض

أنا الطالب خليل حسين عضوة أفوض جامعة الشرق الأوسط
بتزويد نسخ من رسالتي المعنونة بـ "تنازع القوانين في موضوع النزاع المحال
على التحكيم - دراسة في التشريع الأردني" للمكتبات الجامعية أو المؤسسات أو
الهيئات أو الأشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: خليل حسين عطية
التوقيع: 
التاريخ: 2013/ /

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة و عنوانها "تتازع القوانين في موضوع النزاع
المحال على التحكيم - دراسة في التشريع الأردني"،
وأجيزت بتاريخ ١٩/٠١/٢٠١٣م.

التوقيع

.....
.....
.....
.....

مشرفاً ورئيساً

عضواً

عضواً خارجياً

اعضاء لجنة المناقشة

الدكتور مهدي أبو مغلي

الدكتور محمود العباينة

الأستاذ الدكتور جعفر المغربي

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي الدكتور مهند أبو مغلي على ما بذله من جهد مخلص في سبيل إخراج هذه الرسالة بصورة علمية تعكس علمه الغزير، فجزاه الله عني خيرا الجزاء.

كما وأتقدم بالشكر ووافر الاحترام إلى عضوي لجنة المناقشة لما بذلاه من جهد طيب في قراءة الرسالة من أجل إثرائها بعلمهم النافع وملاحظاتهم القيّمة، فجزاهما الله عني خيرا الجزاء.

والشكر إلى كليتي ممثلة بعميدها وأساتذتها، ولقسم القانون الخاص على ما قدّمه لي أثناء فترة الدراسة والعون والمساعدة التي كانت المحفز والداعم لي لتحقيق الأفضل.

الباحث

الإهداء

إلى نهر العطاء المتجدد وإلى اليد التي طالما قدمت دون بخل

أبي الحبيب - أطال الله في عمره

إلى مصدر ثقتي ورفيقة دربي الطويل في مسيرة حياتي

زوجتي حفظها الله وأدامها ذخراً وسنداً وعوناً

إلى أولادي . . .

إلى إخواني وأخواتي . . .

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	التفويض
ج	قرار لجنة المناقشة
د	شكر وتقدير
هـ	الإهداء
و	قائمة المحتويات
ي	الملخص باللغة العربية
ك	الملخص باللغة الإنجليزية
1	الفصل الأول: مقدمة الدراسة
1	أولاً: تمهيد
3	ثانياً: مشكلة الدراسة
3	ثالثاً: أسئلة الدراسة
4	رابعاً: أهمية الدراسة
4	خامساً: أهداف الدراسة
5	سادساً: حدود الدراسة
5	سابعاً: محددات الدراسة
5	ثامناً: المصطلحات الإجرائية للدراسة
6	تاسعاً: الإطار النظري للدراسة

الصفحة	الموضوع
7	عاشراً: الدراسات السابقة.....
11	حادي عشر: منهج الدراسة.....
12	الفصل الثاني: ماهية التحكيم.....
12	المبحث الأول: تعريف التحكيم وأنواعه ومصادره.....
13	المطلب الأول: تعريف التحكيم.....
19	المطلب الثاني: أنواع التحكيم.....
24	المطلب الثالث: مصادر التحكيم.....
26	المبحث الثاني: طبيعة التحكيم ومشروعيته وعلاقته بقضاء الدولة.....
26	المطلب الأول: طبيعة التحكيم.....
33	المطلب الثاني: مشروعية التحكيم.....
34	المطلب الثالث: علاقة التحكيم بقضاء الدولة.....
40	الفصل الثالث : القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم وموضوعه وإجراءاته.....
41	المبحث الأول: القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم.....
43	المطلب الأول: القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم.....
48	المطلب الثاني: القانون الذي يخضع له تشكيل هيئة التحكيم.....
55	المبحث الثاني: القانون المختص بموضوع اتفاق التحكيم.....
	المطلب الأول: السلطة التقديرية للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق
56	على موضوع اتفاق التحكيم.....

الصفحة	الموضوع
71	المطلب الثاني: قانون الإرادة.....
81	المبحث الثالث: القانون المختص بإجراءات التحكيم المطلب الأول: السلطة التقديرية للمحكم في اختيار القواعد الإجرائية لسير
82	المنازعة.....
95	المطلب الثاني: النظام العام واختصاص المحكم.....
103	الفصل الرابع : القواعد التي تطبقها هيئة التحكيم في التحكيم بالصلح (الطلاق)
103	المبحث الأول: مفهوم العقد الدولي الطليق
104	المطلب الأول: تحديد معنى العقد الدولي الطليق.....
106	المطلب الثاني: مهمة هيئة التحكيم بالصلح (الطلاق)
110	المبحث الثاني: شروط صحة التحكيم بالصلح (الطلاق)
110	المطلب الأول: وجود اتفاق صريح بين الأطراف على التحكيم بالصلح
111	المطلب الثاني: تقييد المحكم بالصلح بحدود النزاع المعروض عليه
113	المطلب الثالث: احترام المحكم بالصلح للمبادئ الناظمة لخصومة التحكيم المطلب الرابع : مراعاة القواعد الإجرائية الاتفاقية وتلك الواردة في قانون
114	التحكيم.....
116	المطلب الخامس: مراعاة قواعد النظام العام المتعلقة بموضوع النزاع
	المبحث الثالث: قواعد العدالة والإنصاف الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في
117	التحكيم بالصلح.....

الصفحة	الموضوع
	المطلب الأول : نطاق تطبيق التحكيم الدولي بالصلح لقواعد العدالة
120	والإنصاف
122	المطلب الثاني: ماهية قواعد العدالة التي يطبقها المحكم بالصلح
134	الفصل الخامس : الخاتمة والنتائج والتوصيات

134	أولاً: الخاتمة
134	ثانياً: النتائج
135	ثالثاً: التوصيات
137	قائمة المراجع

تنازع القوانين في موضوع النزاع المحال على التحكيم

"دراسة في التشريع الأردني"

إعداد الطالب

خليل حسين عطية

إشراف الدكتور

مهند أبو مغلي

الملخص باللغة العربية

تعالج هذه الدراسة موضوع تنازع القوانين في موضوع النزاع المحال على التحكيم، ذلك أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يعد مسألة قانونية أساسية لهيئة التحكيم حتى تقوم بمهمتها على الوجه الصحيح، كما أنه السند الذي تستمد منه هيئة التحكيم قدرتها على إصدار حكم تحكيم قابل للتنفيذ.

لقد أظهرت هذه الدراسة أن هناك قصوراً في القانون الأردني عن تلبية الحلول الملائمة للنزاعات القائمة في مجال التجارة الدولية، وكذلك الحلول التي تسببها أحياناً استخدام قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، خاصة في حال عدم اتفاق أطراف النزاع في التحكيم على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أو عند عجز هيئة التحكيم عن استنباط الإرادة الضمنية للأطراف.

ولأن نظام التحكيم يرمته يقوم على إرادة الأطراف، فقد بينت الدراسة القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم وموضوعه وإجراءاته، كما بينت الدراسة القواعد القانونية التي تطبقها هيئة التحكيم في حالة تفويضها للتحكيم بالصلح (الطلاق).

خرجت هذه الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات والتي تم توثيقها في الفصل الخامس من هذه الدراسة، ومن أهم النتائج التي خرجت بها الدراسة : أن موضوع تنازع القوانين يعد من المسائل بالغة الأهمية في مجال التحكيم التجاري الدولي، خاصة أن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح سواء من أطراف النزاع أو تم تحديده من قبل هيئة التحكيم، فإنه يرتب نتائج مهمة من حيث تحديد التزامات كل طرف من أطراف النزاع، هذا فضلاً عن أن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح للتحكيم يعدّ من الأمور الصعبة بالنسبة لهيئة التحكيم؛ كونه لا يوجد لها مرجع قانوني سوى إرادة الأطراف الضمنية، والعقد المنعقد بين الطرفين وغيرهما من الأعراف التجارية مما يشكل على هيئة التحكيم صعوبة في المهمة الموكولة إليها. ومن أهم توصيات الدراسة: أن يقوم المشرع الأردني بتعديل نص المادة (36/د) النازمة لمسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحال على التحكيم بالصلح من خلال إعادة صياغتها بإضافة "ما عدا تلك المتعلقة بالنظام العام" وكذلك إعادة ترتيب فقرات المادة بحيث تصبح الفقرة (ج) مكن الفقرة (د).

**Conflict of laws in the assignee of the subject of the
dispute to arbitration
“A Study in Jordanian Legislation”**

**By
Khalil Husan Atiya**

**Supervisor
Dr. Mohannad Abu Moghli**

Abstract

This study dealt with the subject of the conflict of laws in the assignee of the subject matter of the dispute to arbitration, as the law applicable to the subject matter of the dispute is the fundamental legal issue of the arbitral tribunal to carry out its mission properly, it is also the basis of the arbitral tribunal which it derived its ability to produce an arbitration provision is enforceable.

This study has shown that there is a drawback of the Jordanian law appropriate solutions to meet the existing conflicts in the area of international trade, as well as solutions that sometimes caused by the use of conflicts of law rules of private international law, in particular in the absence of an agreement the parties to the conflict in the arbitration on the law applicable to the subject matter of the dispute, or when a deficit of the arbitral tribunal to devise implicit will of the Parties.

Because arbitration system as a whole was based on the will of the Parties, the study showed law arbitration agreement by virtue of competent theme and procedures, the study also revealed the legal rules applied by the arbitral tribunal in the case of delegated arbitration reconciliation (potions).

This study emerged a number of findings and recommendations, which were installed in chapter V of this study, one of the most important

results that emerged from the study: that the theme of conflict of laws is one of the critical issues in the field of international commercial arbitration, especially to determine the applicable law to the conflict before both of the Parties to the conflict or determined by the arbitral tribunal, it entails important consequences in terms of identifying the obligations of each Party to the dispute, as well, the to determine the law applicable to the dispute before the arbitration is the difficult things for the arbitral tribunal; being there is no legal reference only the will of the Parties implied, and the Decade held between the parties and other trade usages which constitutes the difficulty of the arbitral tribunal in the mission entrusted to it. One of the most important recommendations of the study: that the Jordanian legislature to amend The text of the article (36/d) governing the issue of the law applicable to the assignee of the subject of the dispute to arbitration reconciliation through reformulated to add "except those relating to public order" as well as reordering of the paragraphs of the article so as to become paragraph (c) place of the paragraph (d).

الفصل الأول

مقدمة الدراسة

تمهيد

عرفت المجتمعات القديمة التحكيم وكان من أقدم صور العدالة التي عرفها الجنس البشري قبل معرفة القضاء المنظم الذي تتولاه سلطة مركزية⁽¹⁾، فإذا كان الأصل العام هو لجوء الأفراد إلى قضاء الدول لفض المنازعات الناشئة عن العلاقات التي يبرمونها، فإن التحكيم يعد في الأونة الأخيرة الوسيلة المعتادة والأداة الفعّالة التي يلجأ إليها الأطراف لتسوية المنازعات المثارة، لا سيما تلك الناشئة في إطار العقود الدولية⁽²⁾.

فمما لا شك فيه أن ولوج التحكيم من قبل الأطراف المتنازعة؛ نظراً لما يقدمه التحكيم من مزايا يعجز القضاء الوطني في الغالب الأعم من الأحوال عن تحقيقها⁽³⁾، فالتحكيم فضلاً عن اتسامه بالسرية وسرعة الفصل في المنازعات المثارة أمامه، فإنه يعد الوسيلة المفضّلة للتححرر من هيمنة القواعد القانونية الوطنية سواء أكانت موضوعية أم إجرائية، خاصة عندما تتصرف إرادة الأطراف إلى إخضاع العقد لسيطرة القواعد القانونية الدولية، اتفاقية كانت أم غير اتفاقية⁽⁴⁾.

(1) رفعت، ولاء (1419هـ). التحكيم التجاري الوطني والدولي في المملكة العربية السعودية، الغرفة التجارية الصناعية في جدة، ص27.

(2) الأحذب، عبد الحميد (2011). موسوعة التحكيم، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، دون طبعة، ص23.

(3) الحداد، حفيفة السيد (2011). الطعن بالبطلان عن أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط1، ص7.

(4) بريري، مختار أحمد (2009). التحكيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، ص8.

وأول هذه الوظائف والأهداف التثبيت من وظيفة هيئة التحكيم والمهمة المناط بها للقيام بها، وكذلك التأكد من الشروط التي وفقاً لها قامت هيئة التحكيم بأداء مهمتها وإصدار الحكم التحكيمي⁽¹⁾.

يلاحظ أن معظم الأنظمة القانونية والمعاهدات الدولية قد تبنت قانوناً خاصاً للتحكيم، بحيث حصرت حالات والأسباب التي يمكن أن تكون سبباً للطعن ببطلان حكم التحكيم، والتي منها مسألة القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم الذي يعدّ من المسائل بالغة الأهمية في القانون الدولي الخاص، لما ينطوي على ذلك من الفصل في النزاع المعروض على هيئة التحكيم، ويلاحظ في الآونة الأخيرة بشكل خاص عدد أحكام التحكيم التي تتعرض للبطلان نتيجة لحدثة وتطور هذا القانون، وما تقع فيه هيئة التحكيم من أخطاء وتجاوزات للمهمة الموكولة إليهم.

لهذا ارتأيت أن أكتب في هذا الموضوع لعله يشكل ولو مساهمة بسيطة في لفت النظر إلى أهمية الوصول إلى أحكام تصدر عن هيئة التحكيم بدون تجاوزات لسلطتها التي نصت عليها القوانين الوطنية والدولية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، ومنها قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001⁽²⁾ الذي عالج هذه المسألة في المادة (36).

ونظراً لكون المحكم يناط به الفصل في المنازعة المعروضة عليه بإصدار حكم فيها، فإن الأحكام التي يصدرها تقبل شأنها في ذلك شأن الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الوطني بطرق الطعن القانونية.

(1) الحداد، حفيفة السيد، المرجع السابق، ص8.

(2) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 4496، تاريخ 2001/7/16، ص282.

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة هذه الدراسة في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم أو عند عجز هيئة التحكيم عن استنباط إرادة الأطراف في تحديد هذه القواعد، ومن ثم تطرح إشكالية تتعلق بمدى قدرة قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص للوصول إلى تلك القواعد.

هذا فضلاً عن إشكالية تتعلق بمدى تلبية النصوص القانونية الوطنية لحل المنازعات التجارية الدولية، ومن ثم مدى كفاية شروط العقد الدولي لتطبيقها كقواعد تحكم موضوع النزاع، وكذلك فيما إذا كانت قواعد التجارة الدولية بما تتضمنه من أعراف وعادات وعقود نموذجية تلبي الحلول اللازمة لتلك المنازعات، وبخاصة في مجال التحكيم بالصلح (الطلاق).

أسئلة الدراسة

تطرح الدراسة الأسئلة الآتية:

1. هل تكفي قواعد القوانين الوطنية لمعالجة منازعات التجارة الدولية عند الاتفاق الصريح على تطبيقها؟
2. إذا تم الاتفاق على تطبيق قانون ما، فهل تطبق القواعد القانونية الموضوعية فيه أم يطبق القانون بما فيه من قواعد التنازع الواردة فيه؟
3. ما مدى حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع؟ وهل هذه الحرية - إن وجدت - مطلقة أم مقيدة؟
4. هل يعدّ العقد الدولي الطليق نموذجاً للتحكيم مع التفويض بالصلح؟
5. ما مدى استقرار قواعد قانون التجارة الدولية لتطبيقها على موضوع النزاع في أحكام التحكيم دون اتفاق الأطراف؟

6. ما مفهوم قواعد العدالة والإنصاف الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم بالصلح

(الطبيق)؟

أهمية الدراسة

تكمّن أهمية هذه الدراسة في إلقاء الضوء على أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؛ لما يتضمنه ذلك من تحديد قواعد وأحكام للقانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح على التحكيم الذي يرتب بدوره حقوق والتزامات كل طرف من أطراف العلاقة محل النزاع المطروح للتحكيم، وخاصة في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من أطراف العلاقة لا بشكل صريح أو ضمني، الأمر الذي يجعل هيئة التحكيم مسؤولة على تحديده للوصول إلى حكم قابل للاعتراف به وتنفيذه والذي يعدّ سبباً من أسباب البطلان إذا قامت هيئة التحكيم بتجاوزات وأخطاء من شأنها استبعاد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح للتحكيم.

لذا كان لا بد من دراسة هذا الموضوع لبيان الأسس في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والاطلاع على موقف القانون الأردني بخصوص هذا الموضوع.

أهداف الدراسة

تسعى الدراسة لتحقيق هدفين أساسيين هما:

1. معرفة الحلول القائمة والمبتكرة للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع المحال

على التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف على تحديدها.

2. معرفة قدرة قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لتحديد تلك القواعد.

حدود الدراسة

تأمل الدراسة أن تتضح معالمها خلال الفصل الدراسي الأول من العام الجامعي 2013/2012 والتي سيكون موطنها الرئيسي نصوص قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، إضافة إلى نصوص القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م⁽¹⁾ ذات الصلة بموضوع الدراسة، إضافة إلى بعض نصوص قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م وبعض الاتفاقيات ذات الصلة، نظراً لأهميتها في مجال هذه الدراسة.

محددات الدراسة

يتناول الباحث موضوع هذه الدراسة في نطاق القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم، سواء أكان التحكيم داخلياً أم دولياً. وهذا يشمل الحديث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم، وهذا كله في نطاق التحكيم الاختياري، ومن ثم لن تتعرض الدراسة إلى التحكيم الإجباري، كما أنها لن تبحث في تنفيذ حكم التحكيم وطرق الطعن به، إذ إن هذين الموضوعين يحتاجان إلى دراسة مستقلة بهما.

المصطلحات الإجرائية للدراسة

- التحكيم لغةً: هو التفويض في الحكم ومصدره حكم⁽²⁾.
- التحكيم اصطلاحاً: هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة⁽³⁾.

(1) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 2645، تاريخ 1/8/1976م، ص2.

(2) ابن منظور، جمال الدين محمد بن عبد الله بن مكرم (1982). لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج 8، ص40.

(3) الفقي، عمر عيسى (2003). الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص16.

- **اتفاق التحكيم**: هو اتفاق الأطراف المحكّمون على الالتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت فعلاً بينهم لحظة إبرام العقد (مشاركة التحكيم)، أو يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية (شرط التحكيم) (1).

- **التحكيم العادي (التحكيم بالقضاء)**: وهو ما تعارفت عليه غالبية الأنظمة القانونية، ويقوم على أساس تقييد المحكم بقواعد القانون الإجرائية والموضوعية للفصل في النزاع (2).

- **التحكيم بالصلح (التحكيم الطليق)**: هو التحكيم الذي يقوم على إعفاء المحكم من اتباع القواعد والإجراءات التي نص عليها القانون، وإنما يطبق قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون (3).

الإطار النظري للدراسة

أصبح التحكيم اليوم من أهم الظواهر القانونية التي اتسع نطاقها حتى عمّ الاعتراف بها في كافة دول العالم، بالرغم من اختلاف أنظمتها القانونية وأوضاعها الاقتصادية تاركة لها مكاناً متزايداً في تحقيق العدالة بين الأطراف المتنازعة.

ولعلّ الذي يؤكد ذلك هو الإقبال الشديد من المتعاملين بالتجارة الدولية في حسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم في هذا المجال عن طريق التحكيم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يصرّ بموجبه إلى اتباع التحكيم كوسيلة لفض المنازعات (4).

(1) التحويوي، محمود (2003). العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 60.
(2) الزعبي، محمد عبد الخالق (2009). شرح قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، دار اليراع للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، ص 36.
(3) انظر: نص المادة (36/د) من قانون التحكيم الأردني.
(4) غصن، خليل عمر (2009). سلطة المحكم في التحكيم الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، ص 13-

لقد قسمنا هذه الدراسة إلى خمسة فصول، في الفصل الأول تم توضيح الإطار العام للدراسة، أما الفصل الثاني فقد خصص لبحث ماهية التحكيم من حيث معناه وطبيعته القانونية ومصادره وأنواعه.

أما الفصل الثالث فقد خصص لبيان القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم وموضوعه وإجراءاته سواء في قانون التحكيم الأردني، أم في القانون المدني الأردني من خلال أعمال قواعد موضوعية في تنازع القوانين.

وقد خصص الفصل الرابع لبيان القواعد التي تطبقها هيئة التحكيم في التحكيم بالصلح، وفي الفصل الخامس سوف يتم تثبيت الخاتمة والنتائج والتوصيات.

الدراسات السابقة

- الجداوي، أحمد قسمت (1996). بعنوان: تنازع القوانين في شأن قابلية النزاع للتحكيم⁽¹⁾.

تناول الباحث في هذه الدراسة ماهية مسألة القابلية للتحكيم والقانون الواجب التطبيق على مسألة القابلية للتحكيم، وهي بذلك تختلف اختلافاً جذرياً عن موضوع الدراسة الحالية، إذ إن الأخيرة تبحث في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحال على التحكيم سواء أكان تحكيمياً داخلياً أم دولياً، ولن تبحث في المسائل القابلة للتحكيم، أم تلك غير القابلة للتحكيم إلا ضمن الحد الذي يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على محل التحكيم باعتباره شرطاً موضوعياً لصحة اتفاق التحكيم.

- الطراونة، مصلح، والحجايا، نور (2005). بعنوان: التحكيم الإلكتروني⁽¹⁾.

(1) دراسة منشورة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد 2، السنة 38.

تناول الباحثان في هذه الدراسة نشأة التحكيم الإلكتروني ومزاياه وعيوبه وإجراءاته، وموقف القانون الأردني منه، هذا ولا تتشابه هذه الدراسة مع دراستي الحالية، وتختلف عنها في أنها لم تبحث في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحال على التحكيم، الأمر الذي تبخته دراستي تلك.

- الخريشا، تمارا محمود (2008). بعنوان: الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الوطنية والدولية - دراسة مقارنة⁽²⁾.

تتضمن هذه الرسالة دراسة مقارنة لما يمكن أن يتعرض له التحكيم كوسيلة لحل المنازعات القانونية من معوقات منذ الاتفاق على إخضاع تلك المنازعات للتحكيم إلى حين صدور القرار في المنازعات، والواقع أن العديد من الثغرات يمكن أن تواجه قرار المحكمين، سواء من حيث الشكل أو الموضوع، وسواء من حيث المصدر وطبيعته أو النتيجة المترتبة عليه، وبالتالي فالعيوب يمكن أن تمس القرار بالمقارنة مع الصلاحيات الممنوحة لمصدره (اتفاق التحكيم) أو عيوب في ممارسة الإجراءات المؤثرة على القرار أو في المدة التي يتطلبها صدوره . وهنا يأتي دور الرقابة القضائية سواء كان ذلك بالتطبيق لأحكام قوانين التحكيم الداخلية أو تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أو بالاستناد للاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك لعام 1958م، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1958م، وعليه تختلف الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة كونها تبحث في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحال على التحكيم.

(1) الطراونة، مصلح، والحجايا، نور (2005). التحكيم الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الأول.

(2) الخريشا، تمارا محمود (2008). الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الوطنية والدولية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

- العداسين، محمد (2009). بعنوان: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة⁽¹⁾.

تناول الباحث في هذه الدراسة مقارنة بين التشريعات الأردنية وتحديداً قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م، والتشريعات المصرية وخاصة قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م، والاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها لسنة 1958م، وقوانين لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي.

تتناول هذه الدراسة مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني في ظل القوانين الوطنية الحالية وخاصة قانون التحكيم، وفي ظل الاتفاقيات الدولية أيضاً، وخاصة اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958م، حيث يبحث الفصل التمهيدي ماهية التحكيم الإلكتروني بين مفهوم التحكيم الإلكتروني مقارنة بالتحكيم العادي، كما يبين المبادئ التي تنظم التحكيم العادي ومدى توافرها في التحكيم الإلكتروني، كما تناولنا الأسباب الدافعة للجوء إلى التحكيم الإلكتروني لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية.

ويوضح الفصل الأول الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني سواء من ناحية الشروط الشكلية أو الموضوعية اللازم توافرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني، ويتناول الفصل الثاني آلية التحكيم الإلكتروني ابتداءً من تقديم طلب التحكيم وتعيين المحكمين ومستعرضين قواعد هيئات التحكيم الإلكتروني المختلفة، وقد انتهت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات ، ومن ثم تختلف عن الدراسة الحالية، كون ال دراسة السابقة لم تتعرض لمسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحال على التحكيم.

(1) العداسين، محمد (2009). التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.

- أبو مغلي، مهند عزمي، والجهني، أمجد حمدان (2009). بعنوان: رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني⁽¹⁾.

تناول الباحثان رقابة القضاء على حكم التحكيم وفقاً للقانون الأردني وفي ضوء اتفاقية نيويورك لسنة 1958م الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، هذا ولا تتشابه هذه الدراسة مع مفردات دراستي الحالية، وتختلف عنها في أنها لم تتناول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحال على التحكيم وإنما بحثت في أوجه الرقابة القضائية على حكم التحكيم، في حين أن دراستي الحالية تتناول مسألة تنازع القوانين بشأن موضوع النزاع المحال على التحكيم.

- الأحمّد، محمد حسين محمد (2012). بعنوان: بطلان حكم التحكيم ونطاق رقابة محكمة التمييز عليه⁽²⁾.

تناول الباحث الأسباب التي يترتب عليها بطلان حكم التحكيم وماهية دعوى بطلان حكم التحكيم، ونطاق رقابة محكمة التمييز على قضاء محكمة البطلان، وبهذا تختلف هذه الدراسة عن الدراسة الحالية، كون أن الأخيرة تتناول موضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم، وهو ما لم تتناوله الدراسة السابقة.

(1) أبو مغلي، مهند عزمي، والجهني، أمجد حمدان (2009). رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون

الأردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 38.

(2) رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة آل البيت.

منهج الدراسة

ستعتمد الدراسة على منهج البحث الوصفي التحليلي (تحليل المضمون) المقارن القائم على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة في ضوء قانون التحكيم الأردني والقانون المدني الأردني، وكذلك تحليل آراء الفقه القانوني والأحكام القضائية مقارنة بموقف الاتفاقيات الإقليمية والدولية ذات الصلة بموضوع الدراسة؛ نظراً لأهمية الوقوف على موقفها وبخاصة في إطار التحكيم التجاري الدولي.

ونظراً لتشابه قانون التحكيم الأردني مع غيره من القوانين العربية، فإن الباحث لن يشير في هذه الدراسة إلا لقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م في بعض المسائل فقط.

الفصل الثاني

ماهية التحكيم

يعدّ التحكيم أداة فعّالة في تسوية المنازعات التي نشأت بالفعل أو التي من الممكن أن تنشأ في المستقبل دون اللجوء إلى القضاء، نظراً لبساطة هذا النظام وقلة نفقاته، وإذا كان جوهر التحكيم هو تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ففيه يحصل كل طرف على حقه، إلا أنه لا بد من المرور بعدة إجراءات، وأياً كان الأمر فإن الإجراءات أو إعاقته يسهم إلى حد كبير في تحديد مستقبل التحكيم، كما أن عدم صحة الإجراءات التي يمر بها التحكيم عادةً ما تكون سبباً لرفض حكم التحكيم بعد صدوره وهو ما يفقد التحكيم قيمته وأهميته.

لهذا سوف نخصص هذا الفصل لبيان ماهية التحكيم من خلال بيان تعريفه وأنواعه ومصادره، وكذلك لا بد من بيان مشروعيته وطبيعته القانونية وعلاقته بقضاء الدولة وذلك بغية معرفة الأفكار الرئيسية التي يقوم عليها نظام التحكيم، وعليه سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول تعريف التحكيم وأنواعه ومصادره، أما المبحث الثاني فيتناول طبيعة التحكيم ومشروعيته وعلاقته بقضاء الدولة.

المبحث الأول

تعريف التحكيم وأنواعه ومصادره

يعدّ نظام التحكيم وسيلة نص عليها القانون لتسوية النزاع الذي من الممكن أن ينشأ بين الأفراد سواء كانوا من جنسية واحدة أو من جنسيات متعددة، أو بينهم وبين الدول، أو بين الدول بعضها مع بعض دون اللجوء للقضاء في الدولة، بحيث يحل فيها حكم التحكيم محل الحكم

القضائي الصادر من القضاء في تحقيق الحماية القانونية للحق⁽¹⁾، إلا أن القوانين الخاصة في التحكيم والتي خلت من تعريف التحكيم بنص واضح وصريح وتُرك ذلك لاجتهاد الفقه وأحكام القضاء، فمعظم الأنظمة القانونية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية اعتنت بنظام التحكيم، وأقرته في كثير من أنظمتها القانونية، إلا أن أغلبهم لم يحددوا المقصود من التحكيم ولم يتطرقوا إلى تعريف محدد له.

لذا يتعين علينا التعرف على ماهية التحكيم من خلال تعريف التحكيم، وبيان أنواعه ومصادره، وذلك في ثلاثة مطالب، يتناول المطلب الأول تعريف التحكيم، في حين يبحث المطلب الثاني أنواع التحكيم، ويبحث في المطلب الثالث مصادر التحكيم.

المطلب الأول: تعريف التحكيم:

التحكيم في اللغة مصدره حكم أي إصلاح اليد في الشيء للغير يتصرف فيه كما يشاء، وطلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه⁽²⁾، كما يعني التفويض في الحكم، ومصدره حكم يقال حكمت فلاناً في مالي تحكيمياً إذا فوّضت إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك⁽³⁾، وفي القرآن الكريم: (لَا وَرَبَّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) (٦٥) (4).

(1) منسي، محمد عبد العزيز (2011). موسوعة اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ودار حنين للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ص9.

(2) رضا، يوسف محمد (2006). معجم العربية الكلاسيكية والمعاصرة، معجم الفبائي موسع في اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، ص327.

(3) لسان العرب لابن منظور، باب حكم.

(4) سورة النساء، الآية 65.

وفي الفقه الإسلامي فقد عرّف التحكيم بأنه : "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر"⁽¹⁾، وعند فقه الشريعة الإسلامية المعاصر ذهب إلى أنه : "اتفاق طرفي الخصومة على تولية رجل أو أكثر أهلاً ليفصل فيما تنازعا بحكم الشرع دون القاضي المولى"⁽²⁾، ويعرّف قاموس أكسفورد الإنجليزي التحكيم بأنه : "محاولة لتسوية النزاع بواسطة شخص أو أشخاص تتفق الأطراف المتنازعة على إحالة نزاعهم إليه بغرض الحصول على قرار في ذلك النزاع"⁽³⁾.

وعرّف قاموس لونغمان الإنجليزي التحكيم بأنه : "تسوية النزاع بواسطة شخص أو جماعة تتفق الأطراف المتنازعة على إحالة نزاعهم إليه للوصول إلى قرار"⁽⁴⁾. وقد تعددت التعريفات الفقهية للتحكيم، فقد عرفه بعضهم بأنه: "نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع"⁽⁵⁾. ومنهم من عرف بأنه : "نظام للقضاء الخاص يستبعد بمقتضاه أطراف النزاع قضاء الدولة ويختارون أفراداً للفصل في المنازعات التي تثور بينهم"⁽⁶⁾.

(1) مشار إليه في: زين العابدين، إبراهيم بن نجم المصري الحنفي (دون سنة نشر). البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ص256.

(2) مشار إليه في: مذكور، محمد سلام (1972). المدخل إلى الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص131.

(3) مشار إليه في: بندق، وائل أنور (2004). موسوعة التحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط1، ص37.

(4) مشار إليه في: الرمح، عبد الله عيسى علي (2009). حكم التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ص33.

(5) والي، فتحي (2007). قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ص13.

(6) شفيق، محسن (1997). التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص13.

وعرفه آخر بأنه: "احتكام المتخاصمين إلى شخص أو أكثر لفصل نزاعاتهم القائمة أو التي ستقوم"⁽¹⁾.

يتضح من عبارات الفقهاء في تعريفهم لمعنى التحكيم، وإن اختلفت الألفاظ، أن التحكيم هو: "تولية وتقليد وتفويض من طرفي الخصومة لطرف ثالث ليفصل فيما تنازعا".

وعرف الفقيه الفرنسي (J. Robert) التحكيم بأنه: "نظام للقضاء الخاص تقضي فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، ويعهد به إلى أشخاص يختارون للفصل فيه"⁽²⁾.

وعرفه الفقيه (David) بأنه: "نظام يهدف إلى إيجاد حل لموضوع يتعلق بين طرفين أو أكثر وذلك بواسطة شخص أو أكثر - أي المحكم أو المحكمين - الذين يستمدون سلطتهم من عقد خاص دون أن يكون للدولة أي تدخل في ذلك"⁽³⁾.

في حين اقترح فقه القانون المقارن تعريفات عدة لنظام التحكيم، إذ عرفه جانب منهم بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه، والفصل في موضعه، وقد يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته، ويسمى عندئذ مشاركة التحكيم، وقد يتفق ذو الشأن مقدماً، وقبل قيام النزاع، على عرض المنازعات التي قد تنشأ بين هم في المستقبل، خاصة بتنفيذ عقد معين على المحكمين ويسمى الاتفاق عندئذ شرط التحكيم"⁽⁴⁾.

(1) المومني، أحمد (1983). التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، مطابع التوفيق، عمان، الطبعة الأولى، ص55.

(2) أشار إليه: عبد الحميد، عثمان (2011). التحكيم في منازعات العمل الجماعية، الكويت، الطبعة الأولى، ص31.

(3) أشار إليه: Al – Baharna H.M. (2009). International Commercial Arbitration in perspective Ara Law Quarterly, London, February, P. 18

(4) التحويي، محمود السيد (2002). أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ص41 وما بعدها.

وعرفه آخرون بأنه: "الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير، بدلاً من الطريق القضائي العام"⁽¹⁾، وعند فقه القانون الدولي الخاص يعرف البعض التحكيم بأنه: "طريق لفض المنازعات الدولية المالية بين الأطراف"⁽²⁾، أو: "وسيلة معتادة ومفضلة يلجأ إليها الأطراف لحل المنازعات الناشئة في إطار العلاقات الدولية الخاصة"⁽³⁾، وتتفق آراء شراح القانون الخاص على أن التحكيم هو في الأصل وليد إرادة الخصوم، أي اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية⁽⁴⁾، على اختيار شخص مُحكم أو أكثر يفضل فيما يثور بينهم فعلاً أو مستقبلاً من منازعات⁽⁵⁾، بحكم ملزم خارج نطاق المحكمة المختصة⁽⁶⁾.

وقد عرّفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم بأنه: "اتخاذ الخصمين شخصاً آخر حكماً برضاها ليفصل في خصومها ودعواها"⁽⁷⁾، وذهبت محكمة التمييز الأردنية بتعريف التحكيم بأنه: "طريق استثنائي لفضل الخصومات مقصور على ما تتصرف إرادة الفريقين إلى عرضه على المحكم"⁽⁸⁾.

(1) راغب، وجدي (1992). مفهوم التحكيم وطبيعته، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثامن، السنة الثلاثون، ص30.

(2) إبراهيم، أحمد إبراهيم (1997). التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص21.

(3) الحداد، حفيظة السيد، المرجع السابق، ص7.

(4) بريري، مختار أحمد، المرجع السابق، ص5.

(5) صاوي، أحمد السيد (2010). التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 1994م وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ص10.

(6) أبو الوفا، احمد (2001). التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، ص15.

(7) المادة (1790) من مجلة الأحكام العدلية.

(8) تمييز حقوق رقم 93/452، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة 42، العدد السادس، 1994، ص1241.

كما عرّفته بأنه : " التحكيم في معناه القانوني هو احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفصل النزاع بينهم، ولا يعدّ تعهداً بتأدية نقود في وقت معين، وأن القرار الذي يصدره المحكمون يكون بمثابة حكم صادر عن محكمة"⁽¹⁾.

ومن أحكامها: التحكيم هو عبارة عن عقد بمقتضاه يتفق شخص أو أكثر على إحالة النزاع الذي نشأ أو ينشأ بينهما في تنفيذ العقد على محكمين للفصل فيه بدلاً من الالتجاء إلى القضاء⁽²⁾.

وعرّفته محكمة النقض المصرية بأنه : "طريق استثنائي لفصل المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية بما تكفله من ضمانات"⁽³⁾، ووفقاً لقانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م ينصرف لفظ التحكيم إلى أنه: التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، إذ يفهم هذا من خلال نصوص القانون المذكور⁽⁴⁾.

وأرى من التعريفات السابقة للتحكيم بأنه طريق مستقل لتسوية المنازعات وله ذاتيته، كما يؤكد حجية الأحكام التي تصدر عن المحكم، أو هيئة التحكيم، وإلزامية تنفيذها.

فالتحكيم بوصفه اصطلاحاً قانونياً له مضمون وجوهر، فلم تضع أغلب التشريعات تعريف صريح له، إلا أن من يطالع المؤلفات العامة والمتخصصة في مجال التحكيم يجد له تعريفات كثيرة ليست متناقضة، وإنما نظراً لتعدد زوايا التحكيم، فإن كل فقيه يسلط نظره على زاوية من هذه الزوايا، لا يأتي تعريفه للتحكيم شاملاً لكل جوانبه، فأغلبهم يسلط النظر على

(1) تمييز حقوق رقم 99/337 تاريخ 1999/5/31، منشورات مركز عدالة.

(2) تمييز حقوق رقم 2011/1783 تاريخ 2010/10/6، منشورات مركز عدالة.

(3) الحكم الصادر بجلسة 1994/1/18م في الطعن رقم (886) لسنة 30ق، عطية، سليم، والفكهاني، حسن (1999-2000). موسوعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض المصرية، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، الطبعة الأولى، ص 885.

(4) انظر مثلاً: نص المادة (3) من قانون التحكيم الأردني.

التحكيم كاتفاق أو عقد بين الخصوم، وفي ظل هذا التصور يبدو التحكيم كطريق أو نظام متميز للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص، فالتحكيم نظام قانوني يتمثل في مسار مواز لمسار القضاء رسمه المشرع ليتم عن طريقه حسم المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص بحكم له حجية واجبة الاحترام عن طريق أفراد عاديين هم المحكمون⁽¹⁾.

وأرى أن التحكيم هو : "نظام قانوني باتفاق الأطراف بملئ إرادتهم على اختيار محكم أو أكثر لحل النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ في المستقبل بينهم دون اللجوء إلى القضاء بحكم له حجية واجبة الاحترام وملزم للأطراف".

بالرغم من أن التحكيم نظام يستند أساساً إلى تراضي أطراف النزاع على اختيار محكم أو أكثر للفصل في نزاع بينهما سواء وفقاً لأحكام القانون أو وفقاً لقواعد الإنصاف والعدالة متى اتفق أطراف النزاع على تفويض المحكمين بالصلح، أي أن يقوم بوظيفة قضاء الدولة، إلا أنه لا يكتسب هذه الوظيفة إلا بحكم القانون، إذ إن شرعية التحكيم ثابتة من اعتراف القانون به كنظام بديل عن اللجوء إلى القضاء ويقوم بوظيفته، كما يعترف القانون بأحكاما لتحكيم وبمنحها حجية أحكام القضاء، ومكنة تنفيذها بذات وسائل تنفيذ هذه الأحكام باعتبارها أحكاماً ملزمة لأطرافها⁽²⁾.

وفي المحصلة النهائية، فإن التحكيم هو نظام خاص يتم بمقتضاه اتفاق المحكمين على إخراج بعض المنازعات من اختصاص قضاء الدولة لعرضها على أشخاص عاديين، يعهد إليهم بمهمة الفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو من الممكن أن تنشأ بينهم في المستقبل، ويصدر فيه المحكم حكماً ملزماً، فالمحكم يمكنه البحث عن العدالة، ليفصل في النزاع

(1) الزعبي، محمد داود (2011). دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة، عمان، ط1، ص19.

(2) الشرفاوي، محمود سمير (2012). التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص6.

على أساسها بغية تحقيقها، في حين أن القاضي لا يستطيع أن يحكم إلا بالقانون⁽¹⁾، فالتحكيم يعبر بصورة صريحة ومباشرة عن "مبدأ سلطان الإرادة" فهو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصبح إجراء ثم ينتهي قضاء⁽²⁾.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم:

للتحكيم أنواع مختلفة سواء من حيث الأساس الذي تستند إليه، أو من حيث السلطة الممنوحة للمحكّمين عند قيامهم بالفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم، أو من حيث أسلوب التحكيم الذي يصاغ فيه في ضوء اختيار أطراف النزاع لطريقة التحكيم وكيفية التوصل إلى تسوية نزاعهم، وعليه سنبين هذه الأنواع بإيجاز في أربعة فروع.

(1) الحديدي، علي الشحات (2009). التدابير الوقائية والتحفّظية في التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص5-6.

(2) العدواني، محمد سعد (2011). مدى الرقابة القضائية على حكم التحكيم، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ص24.

الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

أولاً: التحكيم الاختياري:

يكون التحكيم اختيارياً عند استناده إلى مبدأ سلطان الإرادة وحده، فالأساس هنا الإرادة الحرة للطرفين، فالتحكيم هو اتفاقية مصدرها إرادة الطرفين في الاتفاق المبرم بينهم⁽¹⁾. فيختارون المحكمين ويعينون مكان التحكيم وينظمون إجراءاته ويتفقون على القانون الواجب التطبيق مستنداً في مجموعه إلى سلطان الإرادة، ويستند إلى اتفاق خاص ويستمد وجوده من هذا الاتفاق، والذي يخضع للقواعد العامة في النظرية العامة للعقد بصفة عامة⁽²⁾، فالتحكيم يكون اختيارياً إذا كان اللجوء إليه يتم بمحض إرادة الخصوم أطراف النزاع المراد عرضه على التحكيم، بدلاً من اللجوء للقضاء وهذا الأصل في التحكيم⁽³⁾.

ثانياً: التحكيم الإجباري:

الأصل في التحكيم أن يكون اختيارياً إلا أن القانون نظم أحياناً تحكيمياً إجبارياً إذ يوجب على الأطراف اللجوء إليه لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية، فيلتزم الأطراف بالالتجاء إليه بدلاً من الالتجاء إلى القضاء، فيكون التحكيم إجبارياً عندما يفرضه المشرع على الخصوم بنص القانون.

أي أن الإرادة لم تعد أساساً للتحكيم، وهنا شكلان للتحكيم؛ الشكل الأول : يكتفي فيه المشرع بفرض التحكيم ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين الإجراءات التحكيمية، أما

(1) أبو الوفاء، أحمد، المرجع السابق، ص38.

(2) التحيوي، محمود السيد (دون سنة نشر). التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ص44.

(3) عمر، محمد عبد الخالق (2010). النظام القضائي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، ص99.

الشكل الثاني: يضع المشرع تنظيمًا إلزاميًا لإجراءات التحكيم ولا يبقى للإرادة أي دور أو وزن⁽¹⁾، ونجد نموذجاً لهذا النوع من التحكيم الإلزامي في التشريع الأردني وهو التحكيم في المنازعات التي تنشأ بين إحدى الجمعيات وبين أحد أعضائها أو موظفيها أو مستخدميها⁽²⁾، كذلك المشرع المصري جعل التحكيم إجبارياً في منازعات شركة القطاع العام التي قد تقع بين شركات القطاع العام بعضها البعض أو بين الجهات الحكومية المركزية أو المحلية أو هيئات القطاع العام⁽³⁾.

الفرع الثاني: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

أثارت التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي جدلاً فقهيًا وقضائياً كبيراً في محاولة لوضع معيار لهذه التفرقة، حرصاً على إبعاد التحكيم التجاري الدولي عن سلطان القوانين الوطنية وتحريره من قيودها التي تتعلق بصفة خاصة بإجراءاته وسبل تنفيذ ما يسفر عنه من قرارات.

فالتحكيم الداخلي (الوطني) هو التحكيم الذي يتعلق بمعاملات وطنية وبين أطراف وطنيين ويفصل فيها محكمون وطنيون، كما ينفذ الحكم في ذات الدولة، لذلك فهو مرتبط بعناصره الموضوعية والشخصية لذات الدولة.

أما التحكيم الدولي فهو التحكيم الذي يشتمل على عنصر أجنبي سواء تعلق هذا العنصر بموضوع النزاع أو جنسية الأطراف أو موطنهم أو المحكمين أو إجراءات التحكيم أو مكان صدور الحكم أو القانون الواجب التطبيق أو بمصالح التجارة الدولية⁽⁴⁾.

(1) عبد القادر، ناريمان (1996). اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص47.

(2) الزعبي، محمد عبد الخالق، المرجع السابق، ص36.

(3) شرف الدين، أحمد (2010). المرشد إلى قواعد التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، ص15.

(4) غندور، أحمد حسن (1998). التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص53.

الفرع الثالث: التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح (التحكيم الطليق):

يقصد بالتحكيم بالقضاء بأن المحكم بالقضاء يحكم وفقاً لقواعد القانون الواجب التطبيق حسب الترتيب الذي وضعه المشرع، والذي يبدأ بالقواعد الآمرة ثم شروط العقد - إن وجدت - والعرف والعادة والقواعد التشريعية المكملّة، وقواعد العدالة إن لم يجد حكماً في المصادر السابقة⁽¹⁾، أما التحكيم بالصلح فهو التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون حيث يحكم وفقاً لقواعد العدالة أو الإنصاف ولا يكون حكمه قابلاً للطعن به⁽²⁾.

والتحكيم قد يكون تحكيمياً عادياً أي تحكيمياً بالقضاء وهو التحكيم الذي لا يكون للمحكم فيه إلا سلطة القضاء في المنازعة المعروضة عليه، متقيداً في حكمه بقواعد القانون الموضوعي، وقد يكون تحكيمياً بالصلح وهو التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكم بالصلح بقواعد القانون الموضوعي، ولا يكون حكمه قابلاً للطعن فيه حيث أن المحكم بالصلح يحكم في النزاع المعروض عليه وفقاً لما يراه هو عادلاً أو ملائماً لمصلحة الطرفين، بغض النظر عن موافقة رأيه لقواعد القانون الموضوعي أو عدم موافقته⁽³⁾.

فالتحكيم بالقضاء هو الأصل، بينما التحكيم بالصلح استثناء على الأصل، لهذا يجب أن يكون منصوص عليه في الاتفاق صراحةً، وأن تدل عليه الإرادة الصريحة الواضحة للأطراف، ويجب أن يسبب في حكمه وذلك بما يدل على أن إرادة الطرفين قد اتجهت بالفعل إلى التحكيم بالصلح، فإذا تحقق المحكم من أن حكم القانون يحقق العدالة في تفويضه الحكم طبقاً لقواعد

(1) حداد، حمزة أحمد (2010). التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة، عمان، ط1، ص146.

(2) أبو الوفاء، أحمد، المرجع السابق، ص179.

(3) هاشم، محمود محمد (1990). النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي،

القاهرة، ط1، ص39.

العدالة والإنصاف لا يستبعد تماماً حكم القانون، على أن ذلك لا يعني تقيده بنصوص القانون ولو كانت آمرة، وإلا أفرغ هذا التقييد مهمة المحكم بالصلح من مضمونها⁽¹⁾.

الفرع الرابع: التحكيم الحر والتحكيم المقيد:

يقصد بالتحكيم الحر، وهو الأصل في التحكيم، والصور التقليدية له، حرية الخصوم في اختيار من يشاءوا من المحكمين، مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها والقانون الواجب التطبيق، ومكان التحكيم، وهوية المحكم وغير ذلك من مسائل التحكيم، فهو تحكيم ينظمه الأطراف بمناسبة نزاعهم أي أنه تحكيم طليق حر من أي قلب تحكيمي جاهز⁽²⁾.

أما التحكيم المقيد (المؤسسي)، فهو التحكيم الذي تتبناه هيئات تحكيم دائمة، أو مراكز دولية أو وطنية وذلك وفقاً لإجراءات معدة سلفاً تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وقد أصبح هذا التحكيم هو الغالب في المنازعات التجارية الدولية⁽³⁾، فالتحكيم الحر يتم بمعرفة محكم أو محكمين يختارهم الخصوم ووفقاً لما يحدده هؤلاء من قواعد وإجراءات، إذ لا يلجأ فيه الخصوم إلى هيئة تحكيم دائمة منظمة سلفاً، وتفصل فيما يعرض عليها وفق قواعد وإجراءات تحددها لائحتها، وإنما يلجأ الخصوم إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم، ثم يتولى هؤلاء المحكمون الفصل في النزاع المعروض عليهم وفقاً لما حدده لهم الخصوم من قواعد أو وفقاً للقواعد العامة في التحكيم، في حين أن التحكيم المقيد (المؤسسي) تتولاه هيئات منظمة دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وهو القاعدة الأساسية في مجال التجارة

(1) صاوي، أحمد السيد، المرجع السابق، ص 33.

(2) صاوي، أحمد السيد، المرجع السابق، ص 13.

(3) هاشم، محمود محمد، المرجع السابق، ص 21.

الدولية، فقد اهتم المجتمع الدولي بالتحكيم بأن تنشأ هيئات منظمة دولية وإقليمية أو وطنية للقيام بالتحكيم وفق إجراءات وقواعد محددة⁽¹⁾.

وقد أنشأت العديد من المراكز الدائمة والمتخصصة في التحكيم، إذ تقدم خدماتها لمن يطلبها من قبل أطراف المنازعة، ومن هذه المراكز المتخصصة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، وجمعية التحكيم الأمريكية، والمركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة، والمحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي، وكذلك يوجد العديد من مراكز وهيئات التحكيم الوطنية والمنتشرة في جميع أنحاء دول العالم مثل المركز القضائي للتحكيم بباريس، وغرفة التجارة بهامبورغ بألمانيا، واستكهولم بالسويد، ومحكمة تحكيم لندن.

المطلب الثالث: مصادر التحكيم:

هناك عدة مصادر للتحكيم، فهناك ا لمصادر الداخلية، والمصادر الدولية، وسأبين هذه المصادر من خلال فرعين.

الفرع الأول: المصادر الداخلية للتحكيم:

تتضمن التشريعات الوطنية ويتبين أن معظمها تتضمن تشريعات خاصة عن التحكيم التجاري الدولي وأغلبها مأخوذ من القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي "اليونسترال"، ومنها القانون الأردني والبحريني والإماراتي والكويتي والمصري والجزائري والتونسي والإنجليزي والإيطالي والإسباني وغيرها⁽²⁾.

(1) حداد، حمزة أحمد، المرجع السابق، ص135.

(2) سامي، فوزي محمد (2012). التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في العقود والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة، عمان، ط1، الإصدار السادس، ص24.

الفرع الثاني: المصادر الدولية للتحكيم:

أولاً: الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾، وهي:

- بروتوكول جنيف لعام 1923م وما زال ساري المفعول بالنسبة للدول التي لم توقع على اتفاقية نيويورك مثل مالطا والعراق.
- اتفاقية نيويورك لعام 1958م بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية.
- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965م.

ثانياً: الاتفاقيات الإقليمية⁽²⁾:

- الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي، جنيف لعام 1961م.
- اتفاقية ستراسبورغ لعام 1966م للقانون الموحد للتحكيم التجاري الدولي في أوروبا.
- اتفاقية بنما لعام 1975م بشأن التحكيم الدولي في أمريكا اللاتينية.
- اتفاقية عمان لعام 1987م بشأن التحكيم التجاري الدولي بين الدول العربية.
- اتفاقية مورشيوس لعام 1993م بشأن التحكيم الدولي في أفريقيا.

ثالثاً: الاتفاقيات الثنائية⁽³⁾، وهي كثيرة منها:

- الاتفاقية الإيرانية الأمريكية لعام 1991م بشأن عقود البترول.
- اتفاقية كانتريري لعام 1986م بين فرنسا وبريطانيا.

رابعاً: اتفاقيات أخرى⁽⁴⁾، وتتعلق بالتحكيم التجاري الدولي بشكل غير مباشر:

- اتفاقية هامبورغ لعام 1978م بشأن عقد النقل البحري.

(1) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص26.

(2) الزعبي، محمد عبد الخالق، المرجع السابق، ص38.

(3) الزعبي، محمد عبد الخالق، المرجع السابق، ص38.

(4) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص29.

- اتفاقية هلسنكي لعام 1975م بشأن الأمن والتبادل الأوروبي.
- خامساً: أحكام التحكيم الدولية⁽¹⁾، والصادرة عن مراكز التحكيم الدائمة ومنها:
 - المحكمة الدولية بغرفة التجارة الدولية بباريس.
 - جمعية التحكيم الأمريكية.
 - محكمة لندن للتحكيم الدولي.
 - المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المبحث الثاني

طبيعة التحكيم ومشروعيته وعلاقته بقضاء الدولة

طالما أن هذه الدراسة يبحث موضوعها في بيان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحال على التحكيم، فإنه لا بد لنا من بيان الطبيعة القانونية للتحكيم ومشروعيته، وكذلك علاقته بقضاء الدولة، وذلك ضمن الحد الذي يفيد هذه الدراسة.

وعليه سأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ أتناول في المطلب الأول الطبيعة القانونية للتحكيم، أما المطلب الثاني فيبحث في مشروعية التحكيم، أما المطلب الثالث فيبحث عن علاقة التحكيم بقضاء الدولة.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم:

يوجد خلافات فقهية حول طبيعة التحكيم، كوسيلة لحسم النزاعات، إذ يستند كل فريق منهم على أسباب معينة، فذهب البعض منهم إلى القول بأن له طبيعة عقدية، وفريق آخر قال بأن له طبيعة قضائية، وذهبت طائفة إلى أن له طبيعة مختلطة، وذهب جانب منهم إلى أن له طبيعة مستقلة، وسوف نتناول هذه النظريات تباعاً في أربعة فروع.

(1) الأحمد، عبد الحميد، المرجع السابق، ص 87.

الفرع الأول: النظرية العقدية:

يرى أنصار هذه النظرية أن حكم التحكيم يعتبر جزءاً لا يتجزأ من اتفاق التحكيم، سواء تجسد هذا الاتفاق في صورة شرط تحكيم أم مشاركة تحكيم، فهو عقد رضائي، يتفق الأطراف في حل نزاعهم بطريقة ودية عن طريق أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ولا يرتقوا إلى مرتبة القضاء⁽¹⁾.

فالأطراف هم الذين يتفقون على تولي المحكم هذه المهمة، ويختارونه ويحددون له الإجراءات التي يتبعها والقانون الذي سوف يطبقه بينهم، إذ إن بدء التحكيم وسيره حتى صدور الحكم أساسه هو اتفاق الأطراف⁽²⁾، فنظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف، فله طابع تعاقدية، وكانت محكمة النقض الفرنسية قد أصدرت حكماً قديماً سنة 1812م قضت فيه: بأن التحكيم يتمتع بالصفة التعاقدية منذ إبرام وثيقة التحكيم حتى صدور القرار⁽³⁾.

وظل الأمر على هذا النحو في القضاء الفرنسي، حتى صدور حكم محكمة استئناف باريس في 10 سبتمبر 1901م باعتبار التحكيم خاصة القرار الذي يصدر منه قضاءً وليس اتفاقاً، إلا أن هذا الحكم لم يغير موقف محكمة النقض الفرنسية، إذ قضت في 8 سبتمبر 1914م ثم في 9 يوليو 1928م بأن التحكيم يعد اتفاقاً⁽⁴⁾، إذ إن التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فالقضاء يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، في حين أن التحكيم يرمي إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف عقد التحكيم، كذلك القضاء يفترض انعدام إرادة الأطراف والامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي مصلحة أحدهما في مواجهة الآخر، لكن في التحكيم يرغب الأطراف

(1) أبو الوفا، أحمد (2008). التحكيم بالقضاء وبالصلح، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط5، ص35.

(2) بريري، محمود مختار، المرجع السابق، بند 3، ص7.

(3) مشار إليه في: بريري، محمود مختار، مرجع سابق، بند 4، ص8.

(4) مشار إليه في: شفيق، محسن (دون سنة نشر)، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1،

بإرادتهم إبعاد كل شك حول نطاق حقوقهم، والمحكم ليس قاضياً، وإنما نائب عن أطراف النزاع في إعلان إرادتهما بشأن ما يرد عليه النزاع من خلال تفسير الشروط العقدية طبقاً لإحساسه الذاتي بالعدالة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: النظرية القضائية:

تعد هذه النظرية الأكثر شيوعاً حالياً، إذ ينظر أصحاب هذه النظرية إلى المحكم على أنه قاض، والحكم الذي يصدره يتمتع بكافة الخصائص التي تتمتع بها الأحكام الأخرى، إذ يحوز بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي به، فلا تختلف الأحكام الصادرة عن المحكمين عن الأحكام الصادرة عن قضاة الدولة، إلا أنه لا تنفذ أحكام المحكمين إلا من خلال القضاء. والواقع أنه عندما يتفق الأطراف على التحكيم، فإنهم لا يتنازلون عن اللجوء إلى القضاء، وإنما يتنازلون عن الالتجاء بدعواهم إلى القضاء الذي تنظمه الدولة لصالح قضاء آخر، يختارون فيه قضاتهم وتعترف به الدولة، وبهذا المعنى أخذت محكمة التمييز الأردنية، وقضت في بعض أحكامها بأن إجراءات التحكيم هي من أعمال النقااضي التي تعتبر صحيحة إذا دلّ مظهرها على ذلك⁽²⁾.

وذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه إذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع بإرادة من طرفي المتنازعين، فإن الالتجاء إلى القضاء يكون أيضاً بإرادة من جانب أحدهما، وقد يتفق الأطراف على رفع النزاع إلى محكمة غير المحكمة المختصة أصلاً، لذلك يتفق أطراف الخصومة على النزول عن الخصومة بعد رفعها، دليل على أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور

(1) حشيش، أحمد (1986). الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، مصر، ص146.

(2) تمييز حقوق رقم (65/476) لسنة 1996م، منشور في مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية، ج2، ق2، ص1499.

في طرح النزاع على التحكيم بدلاً من القضاء ليس له من أثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم، من كونها وظيفة قضائية، مثلها في ذلك مثل وظيفة قضاء الدولة.

فهم ينظرون إلى حكم التحكيم من زاوية أنه قضاء إجبار يملزم للخصوم عندما يتفقون عليه فهو يحل محل قضاء الدولة الإجمالي⁽¹⁾، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم، وأن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة، فكل من المحكم والقاضي يحل النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي وهي حجية من المسلم أنها لا تتمتع إلا بأحكام القضاء، فهو نظام قضائي، وإنكار طابعه القضائي يغير من حقيقة جوهره، وإذا كان حكم المحكمين لا ينفذ (عكس حكم قاضي الدولة) إلا بأمر تنفيذ يصدر من القاضي.

فإن أمر التنفيذ في الواقع لا يضيف أي عنصر من شأنه أن يحول عمل المحكم إلى قضاء، فقرار الحكم يعتبر قضاء قبل إضافة أمر التنفيذ، وهناك الكثير من المصطلحات التي نص عليها التشريع تدل على الطبيعة القضائية لحكم التحكيم، مثل استخدام مصطلحات حكم التحكيم والنزاع والخصوم إلى غير ذلك من المصطلحات التي تستخدم بشأن الأعمال القضائية، كذلك يتمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي به، ولو قبل صدور الأمر بتنفيذه.

خلاصة القول أن التحكيم يعد قضاء، وحكم المحكمين عملاً قضائياً، ولو كان المحكم

مفوضاً بالحكم وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، وقد اعتبرت محكمة التمييز الأردنية خصومة

(1) أنصار هذا الرأي: والي، فتحي (1980). مبادئ قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 5، ص 73؛ السرحان، عبد العزيز (دون سنة نشر). مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، ص 515؛ رضوان، أبو زيد (1981). الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1، ص 33.

التحكيم في مستوى خصومة القضاء، إذ قضت بأن الحقوق لا تكون محل منازعات جدية إلا في خصومات على شكل قضايا معروضة على المحاكم أو المحكمين⁽¹⁾.

الفرع الثالث: النظرية المختلطة:

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم هو نظام مختلط، لأنه يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم، إن هذا التفسير منطقي نوعاً ما، ولكن لا ينفي الصفة القضائية لنظام التحكيم، والواقع أن الحكم القضائي يمكن أن يبدأ باتفاق (اتفاق على المحكمة المختصة) وهو دائماً يمر بمرحلة الإجراءات ثم ينتهي بقضاء، إن التحكيم له طبيعة مختلطة، فهو عقد بالنظر إلى الوجوه التي تشتق من أصل التحكيم وهو العمل الإرادي للأطراف، وهو قضاء بالنظر إلى كون الحكم الصادر يلزم الأطراف بقوة غير القوة الملزمة للعقد⁽²⁾.

كذلك يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً فهو نظام يمر بمراحل متعددة يتخذ طابعاً مختلفاً في كل مرحلة، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم⁽³⁾، وانتقد بعض الفقه هذه النظرية القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، فمثل هذا التعبير يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: النظرية المستقلة:

(1) تمييز حقوق رقم (86/845) لسنة 1989م، منشور في مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية، نقابة المحامين، ج7، ق1، ص717.

(2) انظر: البطاينة، عامر فتحي (2008). دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، ط1، ص46.

(3) شفيق، محسن، المرجع السابق، ص73.

(4) راشد، سامية (1984). التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص70.

التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات بين الأفراد، فالعقد ليس جوهر التحكيم، بل دليل أنه لا يوجد في التحكيم الإجمالي، كذلك المحكمين لا يعينون دائماً باتفاق الأطراف، فمن الممكن تعيينهم من قبل المحكمة المختصة، أو من مراكز التحكيم، والتحكيم ظهر في المجتمعات القديمة قبل القضاء، ونشأ نشأة مستقلة عنه، واستمر قائماً بعد ظهور القضاء لأنه يلبي حاجة اجتماعية مختلفة لا يحققها القضاء، ولذا فإنه إذا كان ما يهتم القاضي هو إنزال حكم القانون، وما يهتم المحكم هو فهم المصالح الاجتماعية والاقتصادية المتنازعة، لهذا فإنه يكون مفوضاً بالصلح فلا يحكم طبقاً لقواعد القانون وإنما طبقاً لقواعد العدالة التي يراها أكثر ملائمة لمصالح الطرفين⁽¹⁾.

يختلف التحكيم عن القضاء في بنائه الداخلي، إذ يتولى قانون أصول المحاكمات المدنية تنظيم القضاء المدني عضوياً وإجرائياً عن طريق قواعد عامة مجردة، بينما المحكم شخص مفوض من الطرفين لحل النزاع القضائي للمحاكم المختلفة، فطريق القضاء هو طريق إجرائي عام لحماية الحقوق يخضع لقواعد مجردة، في حين يعتبر التحكيم طريقاً خصوصياً مفصلاً وإجرائياً للفصل في نزاع معين⁽²⁾.

ونظراً لوجود عدة نظريات وعدة آراء وعدم الوصول إلى نقطة التقاء، ونظام موحد لنظام التحكيم بصفة تميزه عن غيره، يجدر بنا حصر العناصر ذات الطابع الإرادي (التعاقدية) وتمييزها عن العناصر ذات الطابع القضائي، بحيث يمكن في المحصلة تحديد مدى تداخل كل من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم وإعطائه طبيعته الذاتية والمستقلة، طبيعته الخاصة التي تميزه عن غيره.

(1) راغب، وجدي (1998). هل التحكيم نوع من القضاء؟ مجلة العلوم القانونية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة العشرون، ص135.

(2) راغب، وجدي، المرجع السابق، ص137.

فمن غير الممكن النظر إلى التحكيم كعقد، فالعقد لا يحسم النزاع، كذلك ليس جوهر

التحكيم، بدليل عدم وجوده في التحكيم الإجباري، فإذا اعتبرنا أن التحكيم يتسم بالصبغة الرضائية، فلا يمكن أن تتسحب هذه الصفة إلى حكم التحكيم الصادر في النزاع، كذلك النظرية القضائية، لا تتفق وطبيعة التحكيم، لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة، لا يتولاها إلا القاضي، فالمحكم لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة كتوقيع غرامات على الخصوم أو الشهود، والتحكيم يتقيد دائماً بالقانون، كما هو الأمر في التحكيم بالصلح، على عكس القاضي الذي يلتزم دائماً بتطبيق القانون.

فلمحكم لا يستند إلى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام واستقرار، فإذا اختير لحل نزاع فقد لا يختار لحل نزاع آخر حتى لو كان يؤدي عمله في إطار هيئة تحكيم دائمة، كما أن حجية الحكم الصادر وقوته التنفيذية تختلف عن حجية الحكم القضائي وقوته التنفيذية، فهو لا يتمتع بما يتمتع به حكم القضاء من قوة تنفيذية، فالحجوية تحول دون رفع دعوى بطلان أصلية للحكم القضائي، بينما يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

كما أن حجية الحكم القضائي متعلقة بالنظام العام، بينما يستطيع أطراف التحكيم الاتفاق على إعادة التحكيم أمام هيئة التحكيم، بعد الفصل فيه، بينما لا يمكن ذلك في الحكم القضائي، ونحن لا ننفي وجود العديد من أوجه الشبه بين أحكام التحكيم وأحكام القضاء، إلا أن هذا التشابه لا يجيز لنا أن نعتبر التحكيم نظام قضائي، لأن هناك أوجه اختلاف بينهما، وإذا كان التحكيم لا يكون إلا باتفاق فيما بين أطرافه، فإن هذا الأمر لا يعني على الإطلاق أن التحكيم مجرد عقد أو نظام تعاقدية.

وفي النهاية نرى أن التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات، فيه اتفاق، وفيه قضاء، وفيه ما يميزه عنهما، فله طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود، كما يفترق عن أحكام

القضاء، فهو قائم بذاته، مستقل بوظيفته وبنائه الداخلي، فهو أداة متميزة لحل المنازعات بطريقة سلسلة وسهلة.

المطلب الثاني: مشروعية التحكيم:

التحكيم في الشريعة الإسلامية جائز بالكتاب والسنة، فالقرآن الكريم شرف نظام التحكيم في العديد من الآيات منها قوله تعالى : (لَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾)⁽¹⁾، وقوله تعالى : سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ ۖ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلْيُضْرِبُوا شَيْئًا ۚ وَإِن حَكَمْتَ بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ ۖ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٤٢﴾)⁽²⁾.

ومن السنة النبوية الشريفة، أتى أبا شريح رسول الله ﷺ أن قومي إذا اختلفوا في شيء

فأتوني، فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان، فقال رسول الله ﷺ: ما أحسن هذا⁽³⁾.

أما عن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التحكيم، فهو موضع خلاف، فقال بعضهم: إن كان في البلد قاضٍ فلا يجوز التحكيم، أما إذا لم يكن هناك قاضٍ فإن في المسألة قولين: منهم من قال: إن لم يكن في البلد قاضٍ جاز التحكيم قولاً واحداً، وقد لخص النووي الآراء فقال: ولو حكم خصمان رجلاً في غير حد الله تعالى جائز مطلقاً، وفي قول: لا يجوز، وقيل بشرط عدم وجود قاضٍ في البلد، وقيل يختص بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما⁽⁴⁾.

(1) سورة النساء، الآية 65.

(2) سورة المائدة، الآية 42.

(3) مشار إليه في: العظمي، محمد ضياء (1978). أحكام النبي، دون دار نشر، ص 676.

(4) شهاب الدين بن أبي إسحاق المعروف بابن أبي الدم الحموي (دون سنة نشر). أدب الفقهاء، تحقيق د. محمد

وهبي الزحيلي، المجمع العلمي، ص 138-139.

وفي مجلة الأحكام العدلية المأخوذة من المذهب الحنفي، تضمن باب التحكيم فيها المواد من (1841-1851)⁽¹⁾، وفي الأردن وضع المشرع الأردني قانوناً جديداً للتحكيم⁽²⁾ الذي ألغي بموجبه العمل بقانون التحكيم رقم (18) لسنة 1953م⁽³⁾.

المطلب الثالث: علاقة التحكيم بقضاء الدولة:

إن التحكيم سابق في نشأته على القضاء العادي للدولة، ويقول د . أحمد أبو الوفا بهذا الخصوص: "إن القانون الطبيعي هو الذي فرض التحكيم على الإنسان، وفرضته عليه الطبيعة منذ الأزل، وقبل نشوء الدولة، فالتحكيم إذن كان هو طريق العدل الأول للإنسان يحقق بمقتضاه الأمن والسلام في المجتمع، فليس بغريب أن يفرض على الدول بعد أن فرض على الإنسان، والتحكيم هو قضاء سنته لنا الطبيعة⁽⁴⁾، فالتحكيم وجد كصورة من صور العدالة وهو أسبق في الوجود من عدالة الدولة.

وفي هذا المطلب سأتناول أوجه التشابه والاختلاف بين التحكيم والقضاء العادي للدولة، ومن ثم أبين مدى تأثير التحكيم والقضاء على بعضهما بعضاً، وذلك في فرعين.

(1) حيدر، علي (دون سنة نشر). درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، مكتبة النهضة العربية، بيروت، ص702.

(2) أصدر المشرع الأردني قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001م.

(3) بموجب المادة (55) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001م تم إلغاء هذا القانون.

(4) أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص16.

الفرع الأول: أوجه التشابه والاختلاف بين التحكيم والقضاء العادي للدولة:

سأبحث أولاً أوجه التشابه بين التحكيم والقضاء العادي للدولة، وثانياً أوجه الاختلاف

بينهما.

أولاً: أوجه التشابه بين التحكيم والقضاء العادي للدولة:

يعد التحكيم قضاءً حقيقياً، أي جهة قضائية يسعى إليها الأشخاص بمحض إرادتهم، ويطرحوا نزاعهم على مجرد أشخاص عاديين ليفصلوا به⁽¹⁾. وبتوافق التحكيم يحل قضاء التحكيم محل قضاء الدولة في حماية الحقوق، ويكون إلزامياً شأنه شأن قضاء الدولة⁽²⁾. والتحكيم - وإن كان قضاءً خاصاً - إلا أنه يشبه القضاء العادي للدولة، فمن ناحية أن كلاً من القضاء والتحكيم يفصل في المنازعات بهدف تحقيق العدالة . كما أن القاعدة الأساسية في القانون أن حكم التحكيم يخضع لذات الشكل المقرر للأحكام القضائية من حيث صدور حكم المحكمين باسم السلطة العليا للبلاد واعتبار حكم التحكيم ورقة رسمية شأنه شأن الأحكام التي تصدر عن القضاء العادي⁽³⁾.

ومن ناحية أخرى، فإن قضاء الدولة والتحكيم يتشابهان من حيث الآثار التي يترتبها الحكم القضائي وحكم التحكيم ومنها؛ حجية الأمر المقضي به، والقوة التنفيذية لحكم المحكمين⁽⁴⁾.

كما أنهما يتشابهان من حيث احترام المبادئ الأساسية للتقاضي؛ لأن هذه المبادئ من النظام العام، فيجب مراعاتها من قبل المحكمين، وتمثل في: احترام حقوق الدفاع، والمداولة قبل

(1) أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص54.

(2) فهمي، راغب، المرجع السابق، ص162.

(3) فهمي، راغب، المرجع السابق، ص164.

(4) هندي، أحمد (2001)، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، ص38.

إصدار الحكم، واحترام القواعد القانونية المتعلقة بإجراءات سير المنازعة⁽¹⁾، وبالتالي يشبه قضاء التحكيم قضاء الدولة في هذه الناحية.

وقد أوجب المشرع الأردني في قانون التحكيم احترام المبادئ الأساسية للتقاضي، وتنص المادة (25) من هذا القانون على أن: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة، وتتهيئ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه".

ثانياً: أوجه الاختلاف بين التحكيم والقضاء العادي للدولة:

التحكيم يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة، أي أنه يجب أن يكون لإرادة أطراف النزاع شأن فيه، وهو من هذه الناحية يختلف عن قضاء الدولة، لأن الالتجاء إلى القضاء العادي للدولة حق عام يستعمله الخصم دون حاجة إلى الحصول على موافقة من خصمه أو الاستناد إلى نص خاص⁽²⁾.

هناك اختلافات جوهرية بين التحكيم والقضاء العادي للدولة تتمثل في:

1. أن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف تحقيق سيادة القانون على المنازعات، أما التحكيم فيرمي إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة هي التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل فضلاً عن العدالة⁽³⁾.
2. القضاء تحلّمه قواعد عامة مجردة موضوعة سلفاً لأي نزاع، أما التحكيم فهو يتشكل في كل حالة على حدة حسب مقتضات الخاصة بكل نزاع⁽⁴⁾.

(1) عيسى، جلال محمد (1996)، القواعد التي تطبقها المحكمة على موضوعات المنازعات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، ص44.

(2) أبو مغلي، والجهني، المرجع السابق، ص275.

(3) فهمي، وجدي، المرجع السابق، ص135.

(4) فهمي، وجدي، المرجع السابق، ص128.

3. أن القضاء العادي للدولة يختص بالنظر في جميع المنازعات، إلا ما استثنى منها مثل أعمال السيادة، أما التحكيم فلا يجوز اللجوء إليه إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، وبالتالي هناك بعض المنازعات لا يجوز التحكيم فيها مثل المنازعات المتعلقة بالنظام العام أو بالحالة المدنية للفرد⁽¹⁾. وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه : "أجازت المادة (9) من قانون التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح، وحيث أن الحقوق العمالية التي يطالب بها لاعامل بعد انتهاء عمله يملك حق التصرف بهذه الحقوق والمصالحة عليها، فإن اللجوء إلى التحك يم لا يحرمه من حقوقه العمالية، وحيث أن الجهة المدعى عليها تقدمت بطلب لرد الدعوى قبل الدخول في الأساس لتمسكها بشرط التحكيم الوارد في عقد العمل، لذا يكون الحكم بعد الأخذ بشرط التحكيم الذي أثارته المدعى عليها يخالف الشرط الوارد في عقد العمل موضوع الدعوى، وبالتالي يخالف حكم القانون"⁽²⁾.
4. إن أحكام القضاء العادي للدولة لها حجية مطلقة يحتج بها على الكافة، أما أحكام التحكيم لا يتعدى أثرها أطراف النزاع.
5. إن أعضاء القضاء العادي للدولة لا يتم اختيارهم بواسطة أطراف النزاع ولا يملكون عزلهم أو ردهم إلا عن طريق نظام عدم الصلاحية ونظام رد القضاة أو مخصصتهم، في حين أن المحكمين يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع، كما يملكون عزلهم أو تحييتهم عن نظر النزاع⁽³⁾.

(1) عبد المجيد، منير (1995)، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، ص145.

(2) تمييز حقوق رقم 2009/3658 (هيئة خماسية)، تاريخ 2010/4/20، منشورات مركز عدالة.

(3) ناصف، حسام الدين (1999)، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص44.

6. إذا كان حكم التحكيم باطلاً يكون للقاضي الحكم ببطلانه، أما القاضي فلا يبطل حكمه إلا بحكم صادر عن محكمة أعلى درجة⁽¹⁾.

يتضح لنا أن هناك اختلافات جوهرية بين قضاء الدولة والتحكيم، مع ذلك فإنهما يعدان قضاءً متوازنان، وهناك أوجه كثيرة للتعاون بينهما من خلال مساعدة ومؤازرة قضاء الدولة للتحكيم، فمثلاً المحكم يحتاج إلى تعاون القاضي في المسائل التي يختص بها القضاء وحده مثل الفصل في المسائل المستعجلة كتوقيع الحجز التحفظي على أموال أحد أطراف النزاع الموجودة تحت يده، وفي مقابل مساعدة قضاء الدولة لا بد من تدخل هذا القضاء بالرقابة على أعمال المحكمين سواء أكانت رقابة سابقة على صدور حكم التحكيم، أم كانت رقابة لاحقة على صدوره.

الفرع الثاني: مدى تأثير التحكيم والقضاء على بعضهما بعضاً:

التحكيم له صفتان؛ الأولى: هي الصفة التعاقدية، حيث أن مبدأ سلطان الإرادة يلعب دوراً بارزاً من حيث لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم منه إلى قضاء الدولة كوسيلة لفض المنازعات، وكذلك اختيارهم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى إجراءاته. والصفة الثانية: هي الصفة القضائية، بالنظر إلى مساعدة ومؤازرة قضاء الدولة للتحكيم، خاصة عندما يلجأ أطراف النزاع إلى قضاء الدولة ليضفي على حكم التحكيم القوة التنفيذية، إذ يتحول التحكيم إلى عمل قضائي⁽²⁾.

ومن هنا يتضح للباحث التأثير المتبادل بين التحكيم والقضاء، وهو ما يطلق عليه بعض

الفقه القانوني⁽³⁾ التحكيم المختلط.

(1) أبو مغلي، والجهني، مرجع سابق، ص 276.

(2) شحاتة، محمد نور (دون سنة نشر)، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، ص 145-166.

(3) فهمي، وجدي، المرجع السابق، ص 166.

وسيظل التحكيم والقضاء نظامان يقومان بدورهما في حل المنازعات، لأن كلاّ منهما يركز على إشباع حاجة اجتماعية قائمة ومختلفة عن الأخرى، ولذلك لا أرى المفاضلة بين التحكيم والقضاء، وبالتالي التمييز بينهما، لأنه لا مجال للمفاضلة ما بينهما، فالقضاء هو سلطة عامة، والتحكيم مصدره اتفاق أطراف النزاع.

وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "الأصل في فض النزاعات بشكل عام هو من اختصاص المحاكم بأنواعها، وإن اللجوء إلى المحاكم هو حق لكل شخص سواء أكان طبيعياً أو اعتبارياً، وأن هذا الحق مصون بالمادة (101) من الدستور، وأن السلطة القضائية هي سلطة عامة"⁽¹⁾.

(1) تمييز حقوق رقم 2005/10 (هيئة خماسية)، تاريخ 2005/6/16، منشورات مركز عدالة.

الفصل الثالث

القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم وموضوعه وإجراءاته

الأصل في أي عد من العقود أن يكون خاضعاً لقانون معين ينظمه، من شروط انعقاده ابتداءً وحتى تنفيذ ما يترتب عليه من التزامات يحترمها كلا الطرفين بموجب هذا القانون. ولا يشذ اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن هذا الأصل، وإن كان هناك من ينادي بوجود عزله عن كل قانون وإسناده بكليته إلى إرادة المتعاقدين لتكون هي المصدر الوحيد للالتزام الذي يتضمنه⁽¹⁾.

فلا مفر تبعاً لذلك من أن يرتبط اتفاق التحكيم بتشريع معين، قد يكون قانوناً وطنياً، أو اتفاقية دولية، إلا أن الاتفاقيات الدولية قلما تعنى بالمسائل المتعلقة باتفاق التحكيم لصعوبة بلوغ التوحيد التشريعي في شأنها، فإذا وجدت القاعدة المادية الموحدة فلا محل لتنازع القوانين في نطاقها، وإذا اشتملت الاتفاقية على قاعدة إسناد موحدة وجب إعمالها، أما في غير هذا الفرض، فإن التنازع بين القوانين يكون أمراً لا بديلاً عنه، ويتعين تبعاً لذلك تعيين القانون الواجب التطبيق⁽²⁾.

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

حيث يتخصص القانون الدولي الخاص بتنظيم العلاقات بين الأفراد ذات الصبغة الدولية، تلك الصبغة التي تلحق العلاقة القانونية إذا كان أحد عناصرها، سواء أحد أطرافها أم

(1) شفيق، محسن، مرجع سابق، ص 210.

(2) شفيق، محسن، مرجع سابق، ص 211.

موضوعها (محلها) أم سببها أجنبياً، ولعل أهم موضوعات هذا القانون ما اصطُح على تسميته بتنازع القوانين، والذي تتركز وظيفته الأساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي ويتم ذلك عادة من خلال ما يسمى بقواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين⁽¹⁾.

أما المحكم فإنه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

في ضوء ما سبق، سأقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، هي:

المبحث الأول: القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: القانون المختص بموضوع اتفاق التحكيم.

المبحث الثالث: القانون المختص بإجراءات التحكيم.

المبحث الأول

القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم

تنص المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁽²⁾ على أن اتفاق

التحكيم هو: "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة

(1) الهداوي، حسن (2008). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، ط 1، الإصدار الثامن، ص60.

(2) القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمعروف بقانون اليونسטרال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، تم إصداره من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في 21 يونيو سنة 1985م، حيث ينطبق هذا القانون على التحكيم التجاري الدولي مع مراعاة أي اتفاق نافذ مبرم بين الدولة المعنية وأية دولة أخرى، حيث ينظم هذا القانون كل ما يتعلق باتفاق التحكيم التجاري الدولي. ي. للتفصيل انظر: سامي، فوزي، مرجع سابق، ص78-83.

التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

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

وقد عرّف القانون المصري التحكيم رقم (27) لسنة 1994 في المادة العاشرة منه على أنه: "اتفاق الطرفين على اللجوء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

في حين لم يتناول المشرع الأردني تعريفاً لاتفاق التحكيم، وإنما عالج صور هـ في المادة (11) من قانون التحكيم.

وجاء تعريف اتفاق التحكيم في اتفاقية عمان العربية للتحكيم منسجماً مع ما سبق، حيث نصّت المادة الأولى من الاتفاقية المذكورة على أن: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف كتابياً على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده"⁽¹⁾.

يأخذ اتفاق التحكيم التجاري صورته، فهو إما اتفاق لاحق لقيام النزاع (المشارطة)، والصورة الأخرى لا ينتظر فيه الأطراف نشوب النزاع وإنما يتم النص في العقد أو في اتفاق لاحق للعقد على أن يكون التحكيم هو وسيلة تسوية المنازعات بينهم (شرط التحكيم)⁽²⁾. وكذلك قد يكتفي العقد بالإحالة إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة تتضمن شرط التحكيم، دون أن يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي، وهذا ما نص عليه قانون التحكيم الأردني في المادة (10/ب).

(1) اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي حررت في مدينة عمان سنة 1987م ووقعت عليها عدد من الدول العربية.

(2) انظر تفصيلاً: الزعبي، محمد، مرجع سابق، ص 59-63.

وعليه، سيم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ يتناول المطلب الأول المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها، وسوف يتناول المطلب الثاني تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له.

المطلب الأول: القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم:

يثار في هذا الصدد تساؤلاً مفا ده: ما القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم؟ للإجابة على هذا التساؤل، نقول: أن هذه المسائل تخضع لقانون الإرادة، وهو القانون الذي يختاره المتعاقدون، حيث أنه مبدأ سائد في التحكيم التجاري الدولي، كما أكدته أيضاً كل الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم مثل اتفاقية جنيف سنة 1961م⁽¹⁾، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي، ولا تخضع إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لأية قيود إلا ما يتعلق منها بالنظام العام الدولي⁽²⁾.

إن دراسة المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم تتطلب من الباحث أن يقوم بدراسة الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم وبيان القانون الواجب التطبيق عليها، وكذلك الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم وبيان القانون المطبق عليها، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم:

لا بد لصحة اتفاق التحكيم أن تكون الشروط الموضوعية متوفرة، وهذه الشروط تتمثل في التراضي، وأن يرد هذا الاتفاق على محل جائز قانوناً، وأن يكون السبب مشروعاً⁽³⁾.

(1) المعاهدة الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة 1961م، حيث تعد من أهم اتفاقيات التحكيم العالمية التي تعالج موضوعات التحكيم التجاري الدولي.

(2) شفيق، محسن، المرجع السابق، ص213.

(3) بريري، محمود مختار أحمد، المرجع السابق، ص45.

حيث يعد التراضي أول شرط موضوعي لصحة اتفاق التحكيم، ويعني تطابق إرادتين في ترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون الاتفاق⁽¹⁾، فلا بد أن يطابق الإيجاب قبولاً لاختيار التحكيم وسيلة لحسم المنازعات التي تثور بين طرفي العلاقة، فيجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما⁽²⁾.

بالإضافة إلى أن اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة، فإنه قد يخضع لقانون غير القانون الذي يخضع له الاتفاق الأصلي، بالتالي يكون المرجع في كافة ما يتعلق بهذا الاتفاق للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وهو إما قانون الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الاتفاق، أو قانون الإرادة في حال اتفاق الطرفين على ذلك⁽³⁾.

والتراضي أيضاً يخضع لقانون الإرادة، وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم⁽⁴⁾، وبما أن الرضا من قبل طرفي الاتفاق يعتبر شرطاً موضوعياً لصحته وينطبق عليه القانون المطبق على اتفاق التحكيم، بالتالي فإن عيوب التراضي (الإكراه والغلط والتغيير مع الغبن الفاحش)⁽⁵⁾ في هذا الاتفاق ونطاقه وتفسيره تكون محكومة بالقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم كما يخضع لنفس قانون السبب غير المشروع وجزاء عدم المشروعية.

والملاحظ أن الأحكام الفرنسية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والتي صدرت بشأن عيوب الإرادة "الغش والخطأ" لا تستند إلى قانون معين أو حتى إلى القانون الفرنسي ولكنها تستند إلى عادات وأعراف التجارة الدولية⁽⁶⁾.

(1) بريري، محمود مختار أحمد، المرجع السابق، ص45.

(2) شفيق، محسن، المرجع السابق، ص174.

(3) انظر: المادة (1/20) من القانون المدني الأردني.

(4) البطاينة، عامر، المرجع السابق، ص146؛ والجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص4.

(5) نظمت المواد من (135-156) من القانون المدني الأردني الأحكام الخاصة بهذه العيوب.

(6) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص82.

أما فيما يتعلق بالشرط الموضوعي الثاني وهو محل التحكيم، فهو يعني أن يكون النزاع قابلاً للتسوية بطريق التحكيم، حيث نصت المادة (9) من قانون التحكيم الأردني على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، وهو يقابل نص المادة (11) من قانون التحكيم المصري.

فكلا القانونين حددا محل التحكيم بشكل واضح لا لبس فيه، حيث أورد الاستثناء على سبيل الحصر، وبيّن الحالات التي لا يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم وما عدا هذه الحالات يجوز فيها للأطراف اللجوء للتحكيم واتخاذ وسيلة لحل المنازعات المدنية التجارية التي تثور بينهم. يقصد بمحل اتفاق التحكيم، موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها بطريق التحكيم، وفي بعض الأحيان لا يتضمن الاتفاق الإشارة فقط إلى النزاع في موضوع معين، كأن يقال إن الخلافات التي ستنشأ بين الطرفين بالنسبة لنوعية البضاعة يصار إلى حلها بالتحكيم، أو يقال إن جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد يصار إلى حلها بالتحكيم، هذا في حالة وضع شرط التحكيم في العقد، أما في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، فاتفاق التحكيم "مشاركة التحكيم" يتم بعد نشوء الخلاف أو النزاع، وفي هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروفاً، ويمكن تحديده بدقة⁽¹⁾، أو بشكل عام دون تفصيل أوجه النزاع⁽²⁾.

فموضوع الاتفاق أو محله يثير مسألتين أساسيتين؛ **المسألة الأولى:** القابلية الشخصية للتحكيم التي تتعلق بأهلية الدول أو الدولة التي تخضع للمجموعات العامة والأشخاص المعنوية للقانون العام في الالتجاء إلى التحكيم، وهذه يحكمها القانون الشخصي للدولة الطرف في الاتفاق أو الشخص المعنوي في القانون العام، وأيضاً قانون العقد الأصلي المتضمن لاتفاق التحكيم مع

(1) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص126.

(2) تنص المادة (11) من قانون التحكيم الأردني على ضرورة تحديد موضوع النزاع الذي يتم حسمه بالتحكيم بموجب مشاركة التحكيم وإلا اعتبر الاتفاق باطلاً.

مراعاة أن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية في القانون العام تع د قاعدة قانون دولي مادي،

المسألة الثانية : القابلية الموضوعية التي تتعلق بموضوع النزاع، فإنها تتحدد طبقاً للقانون

المطبق على اتفاق التحكيم للمسألة المتنازع عليها إذا كانت تخرج عن نطاق العقد⁽¹⁾.

أما بالنسبة للشرط الثالث من الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم ، فهو السبب

المشروع، حيث أنه ضروري ولازم لتكوين اتفاق التحكيم أسوة بأي عقد آخر، فاتفاق الأطراف

يجد سببه في إرادتهم في استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمن، ويعدّ هذا

السبب سبباً مشروعاً إلا إذا ثبت أن المقصود منه التهرب من أحكام القانون الذي كان سيطبق

في حال طرح النزاع على القضاء نظراً لوجود قيود معينة يرغب الأطراف في التخلص منها⁽²⁾،

وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها

الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق⁽³⁾.

لا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، فالأول يقتضي

البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكيم؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد

تسويته بطريق التحكيم وهل هو مشروع أم لا؟⁽⁴⁾.

فنظراً لكون التحكيم هو طريق استثنائي لحل المنازعات بين الأطراف، فلا بد أن يكون

السبب مشروعاً، حتى يحقق التحكيم الهدف المرجو منه، وأن لا يكون وسيلة لدى الأطراف

للتهرب من الخضوع لأحكام القضاء.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم:

(1) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص85؛ والجداوي، أحمد، مرجع سابق، ص8.

(2) رضوان، أبو زيد، المرجع السابق، ص58.

(3) رضوان، أبو زيد، المرجع السابق، ص13.

(4) بريري، محمود مختار أحمد، المرجع السابق، ص58.

تتمثل الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم بضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، حيث يعد اتفاق التحكيم صحيحاً في إطار المبادئ العامة إذا أبرم حسب ما يتطلبه القانون المحلي، وهو في الغالب مكان الإبرام، أو القانون الذي يحكم الموضوع، أو قانون الموطن المشترك، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين⁽¹⁾.

وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى: "أن الشكلية المعتبرة ركناً في انعقاد التصرف دون تلك المفضية إلى إثباته تخضع لقانون الموضوع"⁽²⁾.

نص قانون التحكيم الأردني في المادة (10) منه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعدّ بمثابة سجل الاتفاق"⁽³⁾.

كما نصت المادة (12) من قانون التحكيم المصري على ذات النص الأردني بأنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة".

تتحقق الكتابة وفقاً لنص القانونين السابقين إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة ولكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم، فإذا أرسل طرف رسالة أو تلكس، يتضمن عرض الالتجاء إلى التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنور بمناسبة العقد الذي يجري التفاوض لإبرامه، فيلزم

(1) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص85؛ والجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص5.

(2) تمييز حقوق رقم 2005/889 تاريخ 2005/10/6، منشورات مركز عدالة.

(3) انظر: قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م.

صدور قبول الطرف الآخر، واتصال هذا القبول بعلم الطرف الأول، أما السكوت فقد يعدّ قبولاً إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطاً فيها، أو إذا تعلق الأمر بتحديد عقد يتضمن شرط التحكيم، أو إبرام عقد جديد يحيل إلى العقد السابق المتضمن لشرط التحكيم⁽¹⁾.

وفي حال كان اتفاق التحكيم يتم بوساطة وكيل، فيجب أن تكون الوكالة مكتوبة، ولا بد أن تكون الوكالة خاصة فلا تخوّل الوكالة العامة الوكيل سلطة إبرام اتفاق تحكيم أو وضع شرط تحكيم في العقد الذي تمت الوكالة لإبرامه⁽²⁾.

المطلب الثاني: القانون الذي يخضع له تشكيل هيئة التحكيم:

يخضع تشكيل هيئة التحكيم في الأصل إلى إرادة الأطراف واتفاقهم، وقد حاولت القوانين تنظيم هذا الأمر من خلال النص على ذلك في التشريعات الوطنية، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (14) من قانون التحكيم الأردني حيث جاء فيها: "أ- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين، من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاث، ب- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً"، ويقابل نص هذه المادة ما جاء في المادة (10) من قانون التحكيم المصري.

هذا وترك القانون الأردني والمصري للأطراف الحرية في تشكيل هيئة المحكمين، إلا أن المشرّع تدخل بنص أمر، حيث اشترط في حال تعدد المحكمين دون تحديد للعدد، أن يكون العدد ثلاثة، وفي جميع الأحوال، يجب أن يكون العدد وتراً.

(1) بريري، محمود مختار أحمد، المرجع السابق، ص59.

(2) العساف، تمام عودة (2011). إلزامية حكم المحكم، بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأردنية، المجلد

عالج قانون اليونسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي القواعد الخاصة بتشكيل محكمة التحكيم في المواد من (10-15) حيث أرست هذه المواد مبدأ سلطان الإرادة بترك الحرية للأطراف في تحديد عدد المحكمين وإلا كان العدد ثلاثة⁽¹⁾.

كما ينص القانون النموذجي على أنه : "في حال عدم وجود اتفاق على تشكيل هيئة التحكيم، تتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة، وتكون قراراتها في هذا الخصوص غير قابلة للطعن فيها"⁽²⁾.

أما اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي ، فقد نظمت موضوع تشكيل هيئة التحكيم في المادة (15) من الاتفاقية المذكورة، حيث نصت على أن : "1- تتألف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء ويجوز للطرفين الاتفاق على محكم واحد".

فالأصل ترك تشكيل محكمة التحكيم لحرية الأطراف سواء تولوا ذلك بأنفسهم أو فوضوا جهة معينة لتتولى هذه المهمة، أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق أو تعذر التشكيل، فيتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (16) من قانون التحكيم الأردني بقولها : "أ- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية وتاريخ اختيارهم، فإذا لم يتفقا على ذلك تتبع الإجراءات التالية:

1. إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناءً على طلب أحد الطرفين.

(1) الصوراني، مهند أحمد (2005). دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ط 1، ص84؛ والنوايسة، عامر حمد الله (2003). النظام القانوني لهيئة التحكيم في القانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الكرك، ص24.

(2) انظر: المواد (6، 11، 12، 13، 16) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

2. وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكماً ويتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناءً على طلب أي من الطرفين، وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي عينته المحكمة.

3. تتبع الإجراءات المذكورة في البند (2) من هذه الفقرة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من ثلاثة محكمين.

ب- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها، أو لم يتفقا على كيفية القيام بتلك الإجراءات، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يجب الاتفاق عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن، تتولى المحكمة المختصة بناءً على طلب أي من الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب.

ج- تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة، ولا يكون هذا القرار قابلاً للطعن فيه بأي من طرق الطعن".

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

في ضوء ما تقدم، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتناول الفرع الأول الشروط

الواجب توفرها في المحكم، ويتناول الفرع الثاني شروط اختيار المحكمين.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم:

يجب أن يتوفر في المحكم عدة شروط حتى يستطيع القيام بالمهمة الموكلة إليه، حيث لا يكفي توفر الأهلية المدنية التي تخضع للقانون الشخصي⁽¹⁾ عند الفرد ليكون محكماً، وإنما يلزم توفر شروط أخرى، هي في الغالب شروط صلاحيته لممارسة العمل القضائي، مثل شرط الجنسية، أو شرط مزاوله مهنة معينة، أو مراعاة القيود الواردة في القانون، مثل أن لا يكون المحكم قاصراً، أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً، فهذه الشروط تتعلق بالاختصاص بالتحكيم، ولها أثرها في صحة الحكم أو بطلانه، وهي بهذه المثابة تخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات⁽²⁾، وهذا ما يؤكد نص المادة (23) من القانون المدني الأردني بأن: "يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي".

فالشروط المطلوب توافرها في المحكم هي لغرض ضمان الحيادة والاستقلال حتى يطمئن الطرفان للقرار الذي سيصدره هذا المحكم، فالمحكم لا يعتبر وكيلاً عن أحد الأطراف أو مدافعاً عنه، وإنما الاختيار لهذا المحكم هو تفويض من الشخص أو أحد الأطراف لشخص آخر بأن يقوم بحل النزاع، مع قبول الشخص المفوض بما يحرره المحكم⁽³⁾.

(1) تنص المادة (1/12) من القانون المدني الأردني: "1- يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

(2) عبد الله، عز الدين (1978). تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، العدد 371، يناير، ص54.

(3) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص153.

تجدر الإشارة هنا إلى ما جاء في مجلة الأحكام العدلية "أن المحكم بمنزلة القاضي المولى من طرف السلطان للحكم بين الطرفين، ولذلك يجب أن يكون المحكم حائزاً للشروط المشروط وجودها في القاضي"⁽¹⁾، وهذا لا يعني بالضرورة أن يتم اختيار القاضي لمهمة التحكيم. في حين نصت المادة (10) من قانون التحكيم الأردني على أنه : "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف أو شهر إفلاسه ولم يرد إليه اعتباره".

يمكن حصر الشروط الواجب توفرها في المحكم بشكل عام حسب ما ورد في قانون التحكيم الأردني بالآتي:

أولاً: يجب أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً ولا يجوز أن يكون شخصاً معنوياً، وهذا الشرط يمكن استنتاجه من النصوص القانونية دون أن يرد ذلك صراحةً، فقد نصت المادة (9) من قانون التحكيم الأردني: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"، وإذا عيّن اتفاق التحكيم شخصاً معنوياً، فإن مهمته تقتصر على تنظيم التحكيم، وعليه فإن المحكوم لا يكون إلا شخصاً طبيعياً⁽²⁾، أما إذا عيّن اتفاق التحكيم شخصاً معنوياً، كأن ينص أنه إذا ثار خلاف بسبب العقد فيصار إلى تسويته بالتحكيم عن طريق مركز للتحكيم مثل غرفة التجارة الدولية⁽³⁾، فهذا يعني أن مركز التحكيم يقوم بتنظيم عملية التحكيم فقط⁽⁴⁾.

(1) حيدر، علي، المرجع السابق، ص146.

(2) النوايسة، عامر، المرجع السابق، ص44.

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

(4) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص155.

ثانياً: أن يكون المحكم متمتعاً بالأهلية الكاملة وفقاً لقانونه الشخصي، ولا فرق في كونه ذكراً أو أنثى، إذ تنص المادة (15/ب) من قانون التحكيم الأردني: "لا يشترط أن يكون المحكم من جنس محدد ... إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك"، تنص بعض الدول في تشريعاتها على وجوب أن يتم اختيار المحكمين من مواطني هذه الدولة كما هو الحال في قوانين كولومبيا والإكوادور، إلا أنه في تشريعات أخرى يجوز أن يكون المحكم أجنبياً، إذ تنص المادة (15/ب) من قانون التحكيم الأردني: "لا يشترط أن يكون المحكم من ... جنسية معينة إلا إذا اتفقا طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك"، أيضاً لا يشترط أن يكون للمحكم مهنة معينة⁽¹⁾، إلا أن بعض القوانين تشترط أن يكون للمحكم مهنة معينة كأن يكون محامياً مثلاً⁽²⁾، فالقانون الإسباني يشترط أن يكون المحكم من المحامين في حالة حسم النزاع طبقاً لأحكام القانون⁽³⁾.

يتضح من خلال ما سبق أن أهلية المحكم منوطة بقانونه الشخصي الذي يحدد أهليته والشروط والواجب توفرها فيه.

الفرع الثاني: شروط اختيار المحكمين:

إن القواعد الدولية المعمول بها في التحكيم الدولي هي بصورة عامة لا تضع شروطاً خاصة لمن يمكن اختياره محكماً؛ ذلك لأن القاعدة في هذه الحالة ترك الحرية للطرفين في

(1) ينص قانون استقلال القضاء الأردني رقم (115) لسنة 2001م على عدم جواز اختيار القاضي محكماً إلا بموافقة مجلس الوزراء بناءً على تنسيب من المجلس القضائي إذا كانت الحكومة أو إحدى المؤسسات العامة طرفاً في النزاع المراد إحالته للتحكيم أو كان النزاع ذا صفة دولية.

(2) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص156.

(3) المادة (12) فقرة (2) من القانون الإسباني الخاص بالتحكيم رقم 1988/36 الصادر في 5 كانون الأول 1988م. أشار إليه: سامي، فوزي، المرجع السابق، ص156.

اختيار الشخص أو الأشخاص الذين يثقون بهم وبنزاهتهم والاطمئنان إلى عدالتهم في اتخاذ القرار الخاص بحسم النزاع.

في حين نصت بعض الاتفاقيات الدولية صراحةً على إمكانية قيام الأجنبي بمهمة المحكم، فقد ورد في الاتفاقية الأوروبية للتحكيم لعام 1961م في المادة الثالثة منها على أنه :
 "في التحكيم الخاضع لهذه الاتفاقية يمكن للأجانب أن يعينوا المحكمين"، كما نصت بعض الاتفاقيات والقواعد الدولية على عدم تعيين محكم ممن يحملون جنسية أحد أطراف النزاع، وذلك في حال تعيينه من قبل سلطة التعيين⁽¹⁾.

كما نصت الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987م على أنه: "لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يتم تعيينهم من مواطني أحد الطرفين"، كما نصت هذه الاتفاقية في المادة (14) منها على أن: "يعدّ مجلس الإدارة سنوياً قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال وتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة"، وقد ورد نص مشابه في اتفاقية واشنطن لعام 1965م الخاصة بحل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، حيث جاء في المادة (38) من الاتفاقية أنه: "عندما يقوم رئيس مجلس إدارة تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بتعيين المحكم أو المحكمين يجب أن لا يكونوا من مواطني دولة أحد الأطراف"، ومثل هذا النص جاء في القواعد الدولية الخاصة بالتحكيم، ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في الفقرة السادسة من المادة الثانية من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، وأيضاً ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة (18) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة في القانون التجاري الدولي.

(1) سامي، فوزي، المرجع السابق، ص157.

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

المبحث الثاني

القانون المختص بموضوع اتفاق التحكيم

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

فالقاضي لا يجد صعوبة في معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لأنه يقوم بتطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، ويترتب على ذلك تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة، والتي تتركز م همتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، ويتم ذلك عادة من خلال ما يسمى بقواعد الإسناد، أو قواعد تنازع القوانين⁽¹⁾.

أما المحكم فإنه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

حيث يظهر في النزاع المطروح على التحكيم مسألة تنازع القوانين في مرحلتين؛ أولهما أمام هيئة التحكيم أو المحكم عندما يراد تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع،

(1) الصوراني، مهند، مرجع سابق، ص 87.

وثانيهما أمام القضاء عندما يتدخل أثناء إجراءات التحكيم أو قبل البدء فيها، مثال ذلك عندما يعترض أحد الأطراف على صحة اتفاق التحكيم ويطلب إبطاله، أو عندما يطلب الطرف المذكور من القاضي التدخل للنظر في النزاع⁽¹⁾.

في ضوء ما سبق، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ المطلب الأول يتناول السلطة التقديرية للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم، والمطلب الثاني يتناول قانون الإرادة.

المطلب الأول : السلطة التقديرية للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع

اتفاق التحكيم:

من الآراء التي طرحت ولاقت قبولاً بصدد معرفة القانون الواجب التطبيق في مجال حل المنازعات في المعاملات التجارية الدولية، الرأي القائل بأن على المحكم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع تطبيقاً لمبدأ احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي يجب على المحكم اتباعها لحسم النزاع، وقد يكون القانون الذي اختاره الأطراف لا علاقة له بالعقد، فلا هو مكان الانعقاد ولا هو قانون مكان التنفيذ وذلك لأن الأطراف عندما يختارون قانوناً لبلد ما لا علاقة له بالعقد الذي نشأ عنه النزاع، فهم في الغالب يهدفون إلى اختيار قانون محايد أو قانون متطور في أحكامه ليطبق على النزاع⁽²⁾.

(1) الصرايرة، منصور (2012). دورة تدريبية متخصصة في أساسيات التحكيم، تنظيم أزاليا للاستشارات المعنية بالتعاون مع نقابة المحامين الأردنيين، الأردن، الفترة من 13-15/7/2012م، ص24؛ وسامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص185.

(2) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص185.

وفي رأبي فإنه يجب على المحكم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع وذلك لأن اللجوء للتحكيم التجاري الدولي قد يكون الهدف الرئيسي منه هو تطبيق قانون غير القانون الوطني بسبب تماشي هذا القانون مع متطلبات التجارة الدولية والعقود التي تبرم بصدها. وفي العقود الدولية قد يتفق الأطراف على عدم اختيار أي قانون ليطبق على النزاع، فهم يرمون إلى إخضاع النزاع إلى قواعد العرف والعادات السائدة في التعامل التجاري الدولي. إذ تنص المادة (36) من قانون التحكيم الأردني على أن: "أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ب- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، ج- في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، د- يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح، أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون " وهو ذات نص المادة (39) من قانون التحكيم المصري.

وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع؛ يتناول الفرع الأول موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم، ويتناول الفرع الثاني النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم، كما يتناول الفرع الثالث موقف القانون الأردني من القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم.

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

إن تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف قد يكون صريحاً، وذلك بذكره في اتفاق التحكيم، سواء أكان ذلك في بنود شرط التحكيم، أو في مشاركة التحكيم، أو يوجد في الغالب مدوناً في العقود النموذجية الدولية⁽¹⁾، حيث تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع⁽²⁾. ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادة (10/ب) من قانون التحكيم الأردني بأن: "ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

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

(1) إن قانون التجارة الدولية يهدف إما إلى توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية أو إلى توحيد قاعدة الإسناد في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على البيع التجاري الدولي، ولما كان توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية هو الهدف الأمثل للتجارة الدولية، فإن من أهم صور التوحيد وجود قواعد موحدة للتعاقد تتبعها مختلف الدول في معاملاتها، ولذلك تتجه المعاملات التجارية الدولية إلى خلق الشكل النموذجي للعقد الدولي بحيث أصبح العقد الدولي يوصف بأنه عقد نموذجي، وإن أمكن تعدد نماذج العقود التي تعالج بيع سلعة واحدة بحيث يتبنى المتعاقدون الشكل الذي يروق لهم ويتفق مع ظروف تعاقدهم حتى إن العقود الدولية تتبنى عادة شروطاً عامة لبيع السلطة محل العقد بحيث أن هذه الشروط أصبحت توصف بأنها عقود نموذجية مثل ذلك ما جاء في العقود النموذجية الخاصة بتوريد المواد الإنشائية بين الدول الغربية حيث نصت المادة (13) على أن العقد وما ينشأ عنه من منازعات تخضع لقانون دولة البائع، إلا إذا اتفقت الأطراف على غير ذلك، كذلك ما جاء في المادة (110) من الشروط العامة لتسليم البضائع بين مؤسسات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الاقتصادي المشترك حول تطبيق قانون بلد البائع بالنسبة لتنظيم العلاقات التي ينظمها العقد. انظر: الصرايرة، منصور، المرجع السابق، ص38.

(2) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص186.

أما الإرادة المفترضة فتظهر وتتحقق عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف، وغالباً ما يصار إلى معرفة الإرادة المفترضة للأطراف، وفي أكثر الأحوال يظهر أن الأطراف قد قصدوا تطبيق قانون مكان التحكيم⁽¹⁾.

كما قد يقوم المحكم بتطبيق قواعد عرفية متبعة في التعامل التجاري الدولي عند عدم التعرّف على الإرادة الضمنية للأطراف⁽²⁾.

ولكن المشكلة لا تقف عند معرفة القانون الواجب التطبيق فقط على موضوع النزاع في اتفاق التحكيم، وإنما من الضروري معرفة قواعد القانون الدولي الخاص التي ستطبق، أي قواعد الإسناد التي يستهدي بها المحكم لمعرفة القواعد القانونية التي سيطبقها لحسم النزاع، إذ أن اختيار الأطراف لقانون معين أو معرفة ذلك القانون لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، وعلّة البحث عن هذه القواعد هو أن المنازعات الدولية غالباً ما تتعلق بالمسائل العقدية ولكنها قد تشمل على مسائل تتعلق بالأهلية، أو بالمسؤولية غير العقدية، أو بالمنافسات غير المشروعة⁽³⁾.

(1) الطراونة، مصلح أحمد (2010). الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دار وائل، عمان، ط1، ص105.

(2) قد يقوم المحكم بتطبيق قواعد ما يسمى (lex-mercatoria) وهذه القواعد يمكن تطبيقها عند عدم معرفة الإرادة الصريحة أو الضمنية للطرفين، وتلك القواعد هي مجموعة القواعد العرفية المتبعة في التعامل التجاري الدولي، وهناك من يذهب إلى تطبيق ما يسمى (tronc commun) ومفادها عند عدم تعيين القانون الواجب التطبيق من الطرفين وعدم معرفة إرادتهما الضمنية على المحكم أن يطبق القواعد المشتركة لقانون كل من الطرفين، أو قانون كل من الطرفين، فإنه في هذه الحالة لم يتم النص على قانون معين بسبب جهلها بقانون كل طرف بالنسبة للآخر، ولكنهما لا يذهبان إلى أكثر من ذلك بحيث يفرضان ما هو مشترك في قوانينهما الوطنية. انظر: الجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص10.

(3) عيسى، جلال محمد، المرجع السابق، ص146.

يعدّ نادراً ما يتفق الأطراف على تعيين قواعد القانون الد ولي الخاص الواجبة التطبيق عند نظر المحكم للنزاع، وعليه يجب البحث عن كيفية تحديد القواعد الخاصة بتنازع القوانين كي تطبق على المسائل التي تخرج عن نطاق القانون الذي تم اختياره من قبل أطراف النزاع. فالأصل في النظام الدولي أن المحكم الدولي يكون مقيداً بالقانون الذي اختاره الطرفان، مع تخويله حرية اختيار القانون الأنسب إذا لم يوجد بينهما اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بحيث يملك المحكم استبعاد هذا القانون، وذلك كله مع ضرورة مراعاة المحكم الدولي للأعراف والعادات التجارية الجارية، فضلاً عن شروط العقد، وهو ما يظهر من جماع نصوص اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي⁽¹⁾.

فقد نصت المادة (7) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961م المطابقة لنص المادة (1/33، 2) من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة على أن يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القانون عن طريق الطرفين، طبق المحكمون قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع، وفي الحاليتين يراعي المحكمون شروط العقد والعادات التجارية الجارية⁽²⁾.

كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (32) منه على أن :
"تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذي اختاره الأطراف، بالتالي فإن اختيار الأطراف لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يعد إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعد المتعلّقة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك"⁽³⁾.

(1) المصري، حسن (2006). التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط 1، ص338.

(2) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص157.

(3) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص157.

إذاً يجب على المحكم عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد وعادات وأعراف التجارة الدولية في نزع المعاملة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين.

فقد نصت الاتفاقية الأوروبية (جنيف) لسنة 1961م على حرية الطرفين في تحديد القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه، وفي حال عدم وجود بيان من الطرفين، يجب على المحكم تطبيق قواعد الإسناد الملائمة، وفي كلتا الحالتين ينبغي على المحكم مراعاة اشتراطات العقد وعادات التجارة الدولية⁽¹⁾، كما تضمنت المادة (5/13) من نظام غرفة التجارة الدولية نصاً مماثلاً لما سبق، فقواعد الإسناد غالباً ما ينكف المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع، وقد يتم تنظيمها عن طريق اتفاقيات دولية، ويمكن في حالة عدم وجود شريع أو اتفاق دولي استكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي العرف والقضاء والفقهاء⁽²⁾.

بالإضافة إلى أن المحكم وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، من الممكن أن يتعارض محتوى هذا القانون مع النظام العام في الدولة المنوط بها تنفيذ الحكم التحكيمي، وأن هذا التعارض يكون سبباً لرفض التنفيذ، ولكن ليس اختيار القانون هو الذي يثير مشكلة، بل الحلول الموضوعية لهذا القانون، فعلى سبيل المثال فإن حكم تحكيم يطالب أحد الأطراف بدفع فوائد، لا يمكن تنفيذه في السعودية مثلاً، بصرف النظر عن كون الحكم يستند على القانون الألماني، أو الإنجليزي، أو الفرنسي، أو أي قانون آخر بسبب أنه يقرر حلاً يتعارض مع مفهوم النظام العام، كما حددته الشريعة الإسلامية، والسبب في رفض التنفيذ ليس

(1) انظر: المادة (1/7) من الاتفاقية الأوروبية.

(2) الهداوي، حسن، المرجع السابق، ص49.

هو اختيار قانون بدلاً من قانون آخر، بل تعارض الحكم مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها⁽¹⁾.

يتضح لنا من خلال النصوص المتقدمة أنه يؤخذ بعادات التجارة الدولية بوصفها عنصراً من عناصر القانون الذي يتم الفصل في النزاع على أساسه، وذلك لأهميتها وملاءمتها لظروف التجارة الدولية، لكن تطبيق هذه العادات إنما يأتي بصورة تبعية أو تكميلية أو احتياطية لأن الأولوية هي للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه، ولمنهج التنازع، ولا خلاف في أن عادات وأعراف التجارة الدولية لا تطبق إلا بما لا يتعارض مع القانون الواجب التطبيق، إذا لم يكن هناك نص يتضمن الإحالة إليها⁽²⁾.

كما يتبين لنا من خلال ما سبق مدى التعايش بين منهج قواعد التنازع وعادات وأعراف التجارة الدولية، والموضوع هنا لا يتعلق بالتنازع بين المنهجين، وإنما يتعلق بمقدار التكامل بينهما، وعليه فإن الأصل في جميع الأحوال، يجب عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد، وعادات التجارة الدولية وعدم المخالفة للنظام العام.

(1) الرفاعي، أشرف عبد العليم (2010). القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في

العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط3، ص6.

(2) استبعدت المادة (6) من نظام تحكيم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تطبيق أي قانون وطني معين على

نزاع الاستثمار، وأوجبت على محكمة التحكيم تطبيق نصوص اتفاقية مؤسسة ضمان الاستثمار، والمصادر

المنصوص عليها في المادة (6) من الاتفاقية، وفي حال عدم وجود هذه المصادر في الاتفاقية يجب تطبيق

المبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة وتلك المعترف بها القانون الدولي. انظر: سامي، فوزي،

المرجع السابق، ص190.

الفرع الثاني: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في اتفاق

التحكيم:

ظهر عدد من النظريات التي تعنى بتحديد القانون المختص، حيث تبنت كل نظرية وجهة نظر مختلفة يمكن الاعتماد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في اتفاق التحكيم، وهذه النظريات هي: النظرية الشخصية (أو فكرة الإدماج)، ونظرية التركيز الموضوعية، ونظرية ازدواج نظام العقد، وأخيراً نظرية الأداء المميّز، حيث سأقوم بعرض موجز لهذه النظريات والأساس الذي حددت بموجبه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في اتفاق التحكيم؟

أولاً: النظرية الشخصية (أو فكرة الإدماج):

تجد أساسها في مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون، ويتم إدماج القانون إما عن طريق ترديد نصوصه في صلب العقد، أو عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون، ولهذا ذهب جانب من الفقه إلى التفرقة بين مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون، وما يترتب على ذلك من اعتبار القانون في حكم الشروط التعاقدية، وبين مبدأ قانون الإرادة الذي يستند إلى قاعدة إسناد وضعية⁽¹⁾.

وبرأيي - طبقاً لهذه النظرية - فإن أطراف النزاع بإمكانهم استبعاد بعض النصوص من القانون المختار ولهم تجزئة العقد، واختيار أكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة، وفي هذه الحالة يعدّ العقد رابطة متعددة الجوانب.

هذه النظرية الشخصية ترى أن القانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية ويأخذ حكمها، بحيث يفقد طابعه القانوني بمعناه الدقيق، أي باعتباره قراراً صادراً من

(1) صادق، هاشم (1974). تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص653.

المشرّع، عندئذ لا يتأثر القانون المدمج بما يطرأ عليه من تعديل أو إلغاء، بمعنى أنه لا يسري إلا القانون المدمج فيه استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة بحالته التي كان عليها وقت إبرامه، مع استبعاد جميع ما يطرأ عليه من تعديلات تشريعية حتى ولو كانت هذه التعديلات تمثل قوانين أمرة وهو ما يطلق عليه شرط الثبات التشريعي⁽¹⁾.

وهذا القانون المختار يمكن أن يتم تعديله من جانب الأطراف في أية مرحلة يكون عليها التحكيم كغيره من بنود العقد، ومن المؤكد أن هذه النظرية الشخصية تؤدي إلى تلاشي كل فكرة تتعلق بقواعد تنازع القوانين، استناداً إلى ما للإرادة من شبه قوة مطلقة دون الاستناد إلى قانون يبرر وجودها ما لم يتعارض هذا الشرط التعاقدى مع النظام العام بمفهومه الدولي⁽²⁾.

إلا أنه في بعض الأحيان يكون التعاون المتطلب في إطار التجارة الدولية يتنافى مع

شرط الثبات التشريعي⁽³⁾، وهو ما كان دافعاً إلى نشوء نماذج جديدة من العقود متحركة المضمون استناداً إلى شرط "إعادة النظر" أو شرط الملاءمة مع الظروف الاقتصادية بهدف بعث الثقة والاستقرار في المعاملات الدولية، على أساس أن هناك متغيرات لا يمكن التكهّن بها مقدماً⁽⁴⁾.

(1) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص160.

(2) الصوراني، مهند، المرجع السابق، ص150.

(3) هذا الشرط له أهميته في عقود الامتياز طويلة المدى وأنه إذا لم يكن هذا الشرط صحيحاً، فإنه قد يمكن الدولة من التنصل من التزاماتها بإصدار تشريع معين، ومثل هذا التشريع لا يمكن تبريره إلا بهدف المصلحة العامة في حالة التأميم الذي يؤدي إلى التعويض الملائم، لفكرة الثبات التشريعي وجه آخر ذلك أن العقد قد يتضمن بداية شرطاً مؤداه أن القانون الذي يسري عليه عند النزاع هو القائم وقت إبرامه مع استبعاد أي تعديل تشريعي يطرأ عليه، مثال ذلك الاتفاق الذي أبرم بين الكامبيرون وإحدى شركات التنقيب عن البترول واستغلاله، حث ورد أنه لا يمكن أن يطبق على الشركة دون موافقتها سلفاً أي تعديل لاحق على النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق. انظر: الهداوي، حسن، المرجع السابق، ص98.

(4) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص164.

ويذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى أن اختيار القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد، سواء أكانت الصلة قائمة على جنسية الأطراف، أو مكان الإبرام، أو مكان التنفيذ، أو على مقتضيات التجارة الدولية.

ثانياً: نظرية التركيز الموضوعية:

تقوم هذه النظرية على انتفاء إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، ذلك أن دور الإرادة هنا هو تركيز العقد في مكان معين، أي تحديد مقره وفقاً للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً والمحيطه بظروف التعاقد وموضوعه، وذلك حماية للمصالح الاقتصادية والاجتماعية في هذا المكان، ولا شك أن إنكار دور الإرادة طبقاً لهذه النظرية في اختيار القانون يؤدي بالتالي إلى استبعاد فكرة القانون المدمج بناءً على سلطان الإرادة، وفكرة التركيز تحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون، وهي الطريقة المثالية لوحدة القانون المطبق على العلاقة، وبهذا تتفادى تجزئة العلاقة الواحدة بين عدة قوانين، وهي التجزئة التي يمكن أن تؤدي إلى نتائج غير متزايدة⁽²⁾.

ومتى تم تركيز العقد في مكان معين، فإن الأطراف يكونون قد ارتضوا سلفاً الخضوع لنظام تشريعي بكل ما يصيبه من تعديلات تشريعية⁽³⁾.

إن التركيز يحمل طابعاً إقليمياً في الغالب عن طريق توافر عناصر مادية تسمح بإسناد العلاقة في مكان معين، وفي حالة تعدد أماكن التنفيذ، يجب البحث عن مكان التنفيذ الرئيسي

(1) الجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص 10-11، وعبد المجيد، منير، مرجع سابق، ص 163.

(2) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص 165؛ والجدائي، أحمد، المرجع السابق، ص 11؛ والنوايسة، عامر، المرجع السابق، ص 88؛ والزعيبي، محمد، المرجع السابق، ص 273.

(3) عبد المجيد، منير (1999). حول مفهوم القانون المحدد لمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية، مجلة المحاماة، مصر، العدد 827، ص 42.

والاعتداد بقانون هذا المكان دون أماكن التنفيذ الثانوية، ويعتبر هذا المكان الرئيسي مركز الثقل في العلاقة⁽¹⁾.

أيضاً قد تكون اللغة أو المحكم رابطاً وتركيزاً للعلاقة القانونية ومركز ثقل لها⁽²⁾، ففيما يتعلق بهذه النظرية، فإنه يجب على القاضي أن يراقب اختيار المحكم وأن يصحح هذا الاختيار في حال كان لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة وأن يرد العلاقة إلى مكانها الصحيح.

يتم التركيز عادة في الحالات التي لا يتوقع فيها الأطراف حدوث المشكلة، أو في الحالات التي يكون فيها الأطراف على دراية بالمسألة ولكنهم لم يتوصلوا إلى اتفاق بشأنها⁽³⁾. يتضح من خلال هذه النظرية أنه في حال انعدام الرابطة بين القانون الواجب التطبيق والعلاقة القانونية التعاقدية، فإن ذلك يعتبر أحياناً من قبيل الغش نحو القانون، وقد يؤخذ على نظرية التركيز أنها تمنح القاضي سلطة تصحيح التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق، على أساس أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق قد ينتفي معه قيام رابطة بينه وبين العقد، ومن ثم فإنها تؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف⁽⁴⁾.

ثالثاً: نظرية ازدواج نظام العقد:

- (1) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص166.
- (2) فمثلاً تمثل براءات الاختراع والعلامات التجارية محلاً لبيع أو شراء دولي، بالتالي ف إن الحقوق المتعلقة بها تعتبر كائنة في إقليم الدولة التي يسري فيها الحظر المتعلق بمنع الغير من صناعة وبيع الشيء المخترع أو استعمال العلامة في حدود دولة معينة. انظر: الصرايرة، منصور، مرجع سابق، ص44.
- (3) مثال ذلك الحكم الصادر من قبل هيئة التحكيم لدى المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة بتاريخ 7 يوليو 1985م في النزاع بين شركة فلوخ سرفيس النمساوية ووزير الزراعة المصري حيث جاء فيه : "تركيز العلاقة موضوع النزاع في الإقليم المصري استناداً إلى أن العقد بين الطرفين أ برم في مصر، وأن مصر هي قانون مكان التنفيذ وهي في ذات الوقت قانون الدولة التي وقع فيها الحادث "حادث تحكم الطائرة"، وخلصت الهيئة من عناصر الدعوى المشار إليها أن القانون المصري هو الواجب التطبيق في شأن مسؤولية وزارة الزراعة عن تعويض الضرر الذي لحق الطائرة لما نسب إليها من خطأ أدى إلى وقوع الحادث ". أشار إلى ذلك : حداد، حمزة، المرجع السابق، ص148.
- (4) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص171.

إن مجرد الاختيار الإرادي والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود لا يعّد عملية تركيز، وأن التركيز لا يكون إلا في حالة انتفاء الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، فيتم استبعاد فكرة الاختيار الضمني أو المفترض، على أساس أن مثل هذا الاختيار يتسم بالطابع الوهمي أو الخيالي، لأن الإرادة إما أن توجد أو لا توجد⁽¹⁾.

واختيار القانون يعدّ طبقاً لهذه النظرية قاعدة قانون دولي خاص ماديّة، تتعلق بالعلاقات الدولية، وليس هناك ثمة قيد على هذا الاختيار، بمعنى أنه لا يلزم وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية حتى يتمشى مع علاقات التجارة الدولية⁽²⁾.

حيث قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بأن "الخصوم باتفاقهم المشترك لهم سلطة تحديد القانون المادي الذي يطبقه المحكم، فإذا لم يكن هناك اتفاق من هذا القبيل، يطبق المحكم القانون المحدد بمقتضى قاعدة التنازع"⁽³⁾.

وقد نصّت اتفاقية جنيف في 21 إبريل 1961م الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في المادة السادسة "على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع"⁽⁴⁾، وفي حالة عدم إشارة الخصوم إلى القانون المشار إليه، يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع الملائمة".

يرى أنصار ازدواج العقد أنه إذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للخصوم باستبعاد النصوص الأمرة للقانون الذي يطبق على العقد في حالة الاختيار الصريح، فإنهم يرون استبعاد

(1) الصوراني، مهند، المرجع السابق، ص171.

(2) الجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص12.

(3) القضية رقم 3472 لسنة 1982م، مشار إليها لدى: النوايسة، عامر، المرجع السابق، ص116.

(4) المقصود برأينا من نص المعاهدة المشار إليها هو اختيار القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقة، وهو يتطلب الاختيار الصريح، ومن ثم فإنه يستبعد الاختيار الضمني أو المفترض.

نظرية الغش نحو القانون الذي يفترض وجود قانون ينطبق بصفة موضوعية، وأنه يجب البحث عن هذا العلاج في إطار النظام العام⁽¹⁾.

رابعاً: نظرية الأداء المميز:

تجد هذه النظرية أساسها في القضاء السويسري الذي أضاف على فكرة الرابطة الوثيقة نوعاً من المرونة، عن طريق البحث عن المضمون المميز في العلاقة القانونية ، أي في الأداء المميز، وهذا الأداء المميز يعتبر ركيزة للإسناد، بالتالي يجعل العقد خاضعاً إلى قانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققاً فيه، وهذا يتحقق دون الحاجة إلى بحث إرادة الخصوم، أو البحث عن أي عنصر خارج العلاقة، تبعاً لذلك فإن توقعات الخصوم تبقى مضمونة بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق ونفاذي تشنيت العلاقة بين عدة قوانين مختلفة، ومن تطبيقات هذه النظرية ما يتعلق بالحساب الجاري⁽²⁾، حيث يطبق قانون البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري باعتبار أن أداء البنك في عملية الحساب الجاري يعدّ بمثابة الأداء المميز، وأن المصارف ترتبط بالوسط الاقتصادي الذي تمارس فيه أنشطتها، والذي يسود فيه قوانين بوليس ذات تطبيق فوري، بحيث يحكم العديد من جوانب الحساب الجاري دون ثمة اعتبار لموطن العميل أو جنسيته⁽³⁾.

(1) التحيوي، محمود، المرجع السابق، ص248.

(2) فمثلاً: يعتبر العنصر الهام والمميز في عقد بيع البضاعة قيام البائع بتسليم البضاعة، وقانون هذا المكان هو الذي يحكم العلاقة، كذلك فإن أداء المقرض في عقد القرض هو العنصر المميز، مما يتعين معه تطبيق قانون موطن المقرض وهو الطرف الذي يلتزم بالأداء المميز . انظر : سامي، فوزي، المرجع السابق، ص193.

(3) عكاشة، محمد عبد العال (1993). قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 1، ص279 وما بعدها.

تخضع عمليات البنوك⁽¹⁾، وعلى الأخص الاعتماد المستندي، لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية، وهو في الوقت نفسه يعتبر العنصر الجوهري والمميز لها في العملية، فيحكم العقد برمته⁽²⁾، وقد تأيدت فكرة إسناد الاعتماد المستندي إلى قانون مكان التنفيذ الذي يحكم العقد، من محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 27 فبراير لسنة 1984م⁽³⁾.

يعد الأداء المميز الذي يؤدي إلى تحديد قانون الحيز المكاني الأكثر ارتباطاً بالعلاقة تطبيقاً لفكرة الفعالية التي تسيطر على مسائل القانون الدولي الخاص⁽⁴⁾. حيث استبعدت محكمة النقض المصرية فكرة الكفالة في حكمها كأساس للاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء حيث قالت: "أنه التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشتري"⁽⁵⁾.

أما فيما يتعلق بالقانون المدني الأردني، فيمكن إيجاد سند لهذه النظرية من خلال نص المادة (25) التي تجيز للقضاء الرجوع للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص لحل مشاكل التنازع في المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح.

(1) تنص المادة العاشرة من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بالنسبة للضمانات التعاقدية على أن: "إذا كان الضمان لا يشير إلى القانون الذي يحكمه، فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو قانون مكان المؤسسة الضامنة، فإذا كان الضامن له أكثر من مؤسسة، فإن القانون المطبق هو قانون الفرع الذي التزم بالضمان". انظر: سامي، فوزي، المرجع السابق، ص193.

(2) عوض، علي جمال الدين (1981). الاعتمادات المستندية، القاهرة، دون دار نشر، ط1، ص37.

(3) نقض مدني في 27 فبراير 1984م، مجموعة المکتب الفني، الدائرة المدنية، ص 551 وما بعدها رقم 105، أشار إليه: الجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص12.

(4) عكاشة، عبد العال، المرجع السابق، ص141.

(5) نقض مدني 15 إبريل سنة 1954م، مجموعة أحكام النقض، س5، ص767. أشار إليه: عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص176.

الفرع الثالث : موقف القانون الأردني من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في

اتفاق التحكيم:

لا بد من استعراض ما نص عليه القانون الأردني فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في اتفاق التحكيم، حيث تنص المادة (25) من القانون المدني الأردني بأن: "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين".

وتنص المادة (36/أ) من قانون التحكيم الأردني بأن: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دور القواعد الخاصة بتنازع القوانين"، فيما إذا كان التحكيم دولياً ويجري في الأردن، واتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق بأنه القانون الأردني، فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الأردني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة، إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الأردني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف والعادات المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع بموجب نص الفقرة (ج) من المادة المذكورة أعلاه.

وفي حال عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإنه وعملاً بنص المادة (36/ب) من قانون التحكيم الأردني تطبق هيئة التحكيم القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، وفي جميع الأحوال يجب عليها مراعاة شروط العقد موضوع النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين عملاً بنص الفقرة (ج) من المادة ذاتها.

المطلب الثاني: قانون الإرادة:

من أهم المسائل المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في اتفاق التحكيم هو قانون الإرادة وهو القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما العقدية وليكون مصدراً للقواعد التي تحكمها، وبناءً على ذلك يجوز للطرفين الاتفاق على إخضاع علاقتهما العقدية لقانون آخر غير قانون بلد إبرام العقد، أو قانون بلد تنفيذه، أو قانون موطنهما المشترك، أو لأي قانون آخر واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص⁽¹⁾.

تعدّ من أهم القواعد المسلم بها فقهاً وقضاءً، هي خضوع التحكيم لقانون الإرادة المتمثل في حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بتحكيم هذا المبدأ مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958م، واتفاقية جنيف لسنة 1961م.

وقد وردت الإشارة في المادة (21) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم إلى قانون الإرادة صراحةً، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أن: "تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحةً أو ضمناً إن وجد" ففي هذا النص منحت الاتفاقية أطراف العقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ولم تدع مجالاً للشك في طبيعة الإرادة في اختيار القانون، فقد أشارت بأن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية، وحرية الأطراف وفقاً للاتفاقية تمتد لاختيار أي قانون ولو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانوناً وطنياً م عيناً⁽²⁾.

(1) منصور، مصطفى منصور (1986). مذكرات في القانون الدولي الخاص الكويتي، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ط1، ص 21-158.

(2) السمدان، أحمد (2010). القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ط1، ص 185.

مما تجرد الإشارة إليه أن اتفاقية عمان صرحت في الفقرة الثانية من المادة (21) بتحرير

العقد من الارتباط بأي قانون، حيث انفردت هذه الاتفاقية بهذا التصريح دون غيرها من

الاتفاقيات، آخذة بما سار عليه الاتجاه الحديث في التحكيم الدولي⁽¹⁾.

إلا أن مبدأ قانون الإرادة مقيد بالنظام العام في الدولة التي سينفذ القرار التحكيم على

إقليمها وقوانين البوليس التي تفرض في مجال العقد التزامات قانونية تنأى عن مبدأ قانون الإرادة.

حيث يمثل هذا المبدأ قاعدة تتنازع وليس قاعدة قانون دولي مادي⁽²⁾، كما ذهب أنصار

ازدواج العقد، فيتم اختيار القانون استناداً إلى قاعدة الإسناد المذكورة بوصفه قانوناً بالمعنى

الدقيق، أيضاً ذهب أنصار المذهب الشخصي المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة أو فكرة

الإدماج، لأن قاعدة الإسناد المشار إليها أساسها إخضاع العقد للقانون وليس إدماج القانون

بالعقد⁽²⁾.

لهذا كانت القاعدة أنه لا يمكن تعديل الاختيار أو استبعاده الذي تم عند إبرام العقد، ومع

ذلك فإن الفقه الحديث لم ير مانعاً من اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون، ولو كان هذا

الاتفاق يتضمن تعديلاً لاتفاق سابق بشرط رعاية حقوق الغير التي تظل خاضعة للقانون الذي

يحكم العقد منذ البداية⁽³⁾.

هذا وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع؛ يتناول الفرع الأول المسائل المتعلقة

بقانون الإرادة، ويتناول الفرع الثاني اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح،

ويتناول الفرع الثالث فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص.

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بقانون الإرادة:

(1) رضوان، أبو زيد، المرجع السابق، ص124.

(2) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص180.

(3) صادق، هشام، المرجع السابق، ص306-307.

غالباً ما يعتد في إطار قانون الإرادة بلاتجاه الذي يتطلب الصلة أو الرابطة بين القانون المختار والعقد، آخذين بالنظرية الموضوعية، وذلك لأن حق الأطراف في اختيار القانون "يجوز أن يجاوز أهداف المشرع بمقتضى قاعدة تنازع القوانين الوطنية التي حوّلت الأطراف الحق في تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية، أي القوانين التي تصل بهذه الرابطة على نحو أو آخر"⁽¹⁾.

والمحکم يمكن أن يستخلص أيضاً إرادة الأطراف في اختيار قانون معين من قبلهم عن طريق تفسير عبارات العقد والقرائن الأخرى الدالة على هذا الاختيار، وقد حسمت اتفاقية نيويورك في المادة (5) فقرة (1/أ) واتفاقية عمان في المادة (21) الخاصتين بالتحكيم الخلاف الذي ساد قبلهما في الفقه حول هذه المسألة، فقد كان هناك اتجاه يمثل رأي الأقلية في الفقه يرى إعطاء الأفضلية لتطبيق قانون محل التحكيم دون إرادة الأفراد، وذلك استناداً على الطبيعة المختلطة للتحكيم أي الطبيعة الاتفاقية القضائية، فإعمال هذا الاعتبار المزدوج يقتضي القول بأن مكان التحكيم وليس قانون الإرادة هو الذي يتعين أن يسري على جميع مراحل التحكيم⁽²⁾.

ولكن بصدد اتفاقية نيويورك واتفاقية عمان، فقد أصبحت القاعدة المرجحة لقانون الإرادة وإطلاق حرية الأطراف في عقد التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم العقد، قاعدة مستقرة، ومن ثم يتعين الرجوع بصفة أصلية إلى القانون الذي يختاره الأطراف صراحةً أو ضمناً وذلك في شأن جميع المسائل المتعلقة بالتراضي وصحته⁽³⁾.

ومن الأمثلة على ذلك أن يكون القانون المختار هو قانون الدولة التي سوف يتم تنفيذ

حكم التحكيم على إقليمها، ويكفي هنا توفر صلة فنية بين العقد والقانون الذي يحكمه، حيث

(1) ناصيفي، حسام الدين فتحي، المرجع السابق، ص90.

(2) انظر تفصيلاً حول هذا الرأي: عكاشة، عبد العال، مرجع سابق، ص246-248.

(3) السمدان، أحمد، المرجع السابق، ص188.

تتحقق هذه الصلة في مجال التجارة الدولية، وفي حالة انتفاء الإرادة الصريحة، تتجه هيئات التحكيم إلى فكرة الإرادة الضمنية التي تستخلصها من ظروف النزاع وواقع الحال بصورة مؤكدة أو قاطعة، مثل قانون مكان الإبرام، أو قانون مكان التنفيذ الذي يتحدد عادة بمكان تسليم البضاعة وانتقال ملكيتها إلى المشتري، ومن القرائن التي قد تكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف اللغة المستعملة في العقد أو في التحكيم، أو المكان الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، كما أن استخدام اصطلاحات مقررة في قانون معين يدل على اتجاه إرادة المتعاقدين الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بمدى التزام المحكم بتطبيق القانون الذي يحكم النزاع تلقائياً، فإن بعض أحكام التحكيم تعمل غالباً على إلقاء عبء الإثبات على القانون الوطني الذي ينطبق على النزاع أي على الخصم الذي يتمسك به، في حين يذهب آخرون إلى التطبيق التلقائي لهذا القانون على اعتبار أن علم المحكم بالقانون يملئ عليه تطبيقه من تلقاء نفسه.

لعل الاتجاه الأول من هذه الأحكام يجد ما يبرره، حيث أن هذه الأحكام اعتنقت نظرية الإدماج التي تعتبر القانون في حكم الشروط التعاقدية، ومن ثم فمن الطبيعي أن تكون معاملتها للقانون معاملة الوقائع من حيث الإثبات، بحيث يجب إقامة الدليل عليها⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالغش نحو القانون، فلا يعمل إلا في حالة لجوء الأطراف إلى اصطلاح عنصر أجنبي بقصد التهرب من الأحكام الآمرة في قانون مقر التحكيم متى كان هذا القانون يتطلب وجوب مراعاة القوانين الآمرة في الدولة التي جري على إقليمها التحكيم⁽³⁾.

(1) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص182.

(2) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص189.

(3) ناصيف، حسام الدين، المرجع السابق، ص91.

على أن هذه القواعد التي قصد الأطراف التهريب منها، غالباً ما تتعلق بالنظام العام، فلا محل لأعمال الدفع بالغش نحو القانون، لأن هذا الدفع احتياطي، لا يجوز اللجوء إليه إلا إذا انعدمت وسائل العلاج الأخرى⁽¹⁾.

فيما يخص قانون الإرادة وعقود الدولة، فقد قضت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر بتاريخ 12 يوليو 1929م بأنه: "لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة ترتضي أن تسند التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص، وأن الدولة تستطيع اختيار قانون آخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الاختيار، ومؤدى هذا أنه إذا لم يكن هناك اختيار لقانون معين في عقود الدولة كان قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق، ومع ذلك يجب أن لا يغيب عن البال، إن قضاء التحكيم لا يعتبر جزءاً من قضاء الدولة المتعاقدة، لأن المحكم لا يصدر قضاءه باسم هذه الدولة، أو باسم أية دولة أخرى"⁽²⁾.

إلا أن عقود الدولة حتى تخضع لقوانين الدولة الطرف في النزاع يجب أن يكون العقد قد أبرم بقصد تحقيق وظيفة من وظائف الدولة، إذ لا يستساغ أن تخضع الدولة وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة أخرى، ما لم تكن قد ارتضت ذلك صراحة⁽³⁾.

فليس هناك ما يحول دون تمتع الدولة في هذه الحالة بحصانة تشريعية تضعها في مرتبة

أسمى من أطراف العقد الأخرى⁽¹⁾.

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

(2) مشار إليه لدى: عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص190.

(3) قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في القضية رقم (1516) لسنة 1968م: "بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم وجود قانون آخر مختار، رغم قيام هذه الدول الأفريقية التي تم تطبيق قانونها بإلغاء عقد الامتياز الدولي بإرادتها المنفردة قبل نهاية مدته، وهذا الامتياز كانت قد منحتة إلى بلجيكي أبرم عقده في بروكسل لشراء المنتجات المعدنية في الإقليم الوطني، ومثال آخر فقد رأت محكمة العدل الدولية في 22 يوليو 1952م أن قيام إيران بإلغاء عقد الامتياز الدولي بينها وبين شركة بريطانية، لا يعدو أن يكون إلغاء لعقد امتياز عادي لا يثير المسؤولية الدولية". أشار إليه: راشد، سامية، المرجع السابق، ص30.

حيث تطبق هيئة التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة، ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى، قانون الدولة الطرف في النزاع شاملة أي المتعاقدة قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي ما لم يتم الاتفاق صراحةً على القانون الواجب التطبيق⁽²⁾.

بالإضافة إلى ذلك تقوم قرينة لصالح تطبيق قانون الدول النامية المتلقية للتكنولوجيا عند غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، وذلك حماية لمصلحة هذه الدولة⁽³⁾. وقد اتجه رأي إلى إسناد هذه العقود إلى قانون دولة ثالثة بوصفه قانوناً محايداً بقصد تفادي التعديلات التشريعية التي تجريها الدولة المتعاقدة في قانونها⁽⁴⁾.

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

في حال عدم وجود اتفاق صريح بشأن القانون الواجب التطبيق وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية، فإن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك غرفة التجارة الدولية، واتفاقية جنيف لسنة 1960م، والتي تعدد الاختيار الصريح وتستبعد الاختيار الضمني "تسند حكم العلاقة إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد التي تراها ملائمة"⁽⁵⁾.

أيضاً إذا تم الاتفاق على القانون الذي سيطبق على الموضوع، فعادة يحدد قانون مادي، وفي حال كان القانون المختار لا يحتوي على حل للمسائل المتعلقة بالنزاع مثل: الأهلية، النظام

(1) فؤاد، رياض (2005). مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص، مجلة مصر المعاصرة، السنة 57، يناير، العدد 323، ص185.

(2) انظر: المادة 42/أ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار المبرمة في 18 مارس 1956م. وانظر: سامي، فوزي، المرجع السابق، ص200.

(3) أحمد، عشوش (1984). القانون الذي يحكم الاتفاقيات الدولية، جامعة الزقازيق، مصر، ص629.

(4) الجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص13.

(5) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص197.

العام، فإن المحكم يكون له الحرية في اختيار قاعدة التنازع، وهنا يترتب على المحكم اختيار قاعدة تنزع ملائمة من واقع الأنظمة القانونية الوطنية التي يحسن أن ترتبط عناصرها الموضوعية بالنزاع أو أن يكون لها صلة فيه.

حيث يتم تطبيق قوا عد تنازع القوانين في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، أي قواعد التنازع التي يتضمنها قانون مقر التحكيم⁽¹⁾، وقانون مقر التحكيم فضله كثير من الشراح القدامى على اعتبار أن التحكيم يتطلب أساساً قانونياً متيناً⁽²⁾، كما تتطلبه القوانين الداخلية، ويعيب هذا الاتجاه أن مقر التحكيم قد يتعذر تحديده، حيث يتصور أن يعقد المحكمون جلسات الاستماع في أكثر من دولة، كما قد يجري التحكيم بالمراسلة⁽³⁾.

وإذا كان هذا الاتجاه يمكن الأخذ به في حالات التحكيم الخاصة، إلا أنه من الصعب الأخذ في حالات التحكيم التجاري الدولي لدى مراكز التحكيم، حيث ان اختيار هذا المكان يتم لاعتبارات الملائمة الشخصية البحتة، وأنه لا يشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم على إقليمها أية أهمية، فلا يصدر حكم التحكيم باسم هذه الدولة، لأن المحكم لا يخضع لسيادتها⁽⁴⁾.

حيث لا يمكن تشبيه أحكام التحكيم بالأحكام القضائية، فالمحكم لا يساهم على أي نحو في الوظيفة القضائية للدولة التي يتم على إقليمها التحكيم، فهو لا يكلف بخدمة عامة ولا يباشر مهمته إلا استناداً إلى عقد خاص⁽⁵⁾، ولهذا فإن توطين التحكيم إجرائياً لا يعني توطينه من الناحية القانونية.

(1) ناصيف، حسام الدين، المرجع السابق، ص94.

(2) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص197.

(3) عبد الله، عز الدين، المرجع السابق، ص30.

(4) إذ يرى بعض الفقه أنه من الناحية العملية أنه إذا كان التحكيم موكولاً إلى منظمة دائمة، فإن المحكم يختار قاعدة التنازع في قانون الدولة الكائن بها مركز المنظمة. انظر: شفيق، محسن، المرجع السابق، ص189.

(5) انظر: عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص199.

وفي الغالب تتجه هيئات التحكيم إلى أعمال تنازع القوانين في قانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ، لأنه وفقاً لاتفاقية نيويورك لا يجوز الاعتبار بحكم التحكيم وتنفيذه إذا ثبت أنه يخالف القانون والنظام العام في دولة التنفيذ⁽¹⁾.

يعد هذا الحل عملياً فيما لو كان تنفيذ حكم التحكيم يتم في إقليم دولة واحدة، ولكنه يثير مشكلة ما الحل الواجب الاتباع عندما يتم التنفيذ في أكثر من دولة، وكانت أماكن التنفيذ تقف على قدم المساواة، بحيث لا يمكن ترجيح مكان على آخر، أيضاً هذا الاتجاه يسبق عمل المحكم في تعيين القانون الذي يحكم النزاع وقد لا يتم العلم سلفاً بإمكان تنفيذ الحكم، وقد يتعذر في غالب الأحيان.

وذهب رأي إلى تطبيق قانون دولة جنسية المحكم التي يقيم فيها باعتباره أكثر إماماً بقواعدها، وهذا الاتجاه قد يؤدي إلى تطبيق قانون ليس له أدنى صلة بالنزاع، ويرى البعض أعمال قواعد الإسناد في قانون الجنسية أو الموطن المشترك لأطراف العلاقة، ويعيب هذا الاتجاه أنه يفترض وحدة جنسية الخصوم أو موطنهم المشترك وهو يخالف ما يجري عليه العمل في المنازعات الخاصة الدولية⁽²⁾.

الفرع الثالث: فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص:

من الأفضل كما ذهب قضاء التحكيم الرجوع إلى فكرة التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع التي تهم النزاع أو تكون على صلة به، أو ينتمي إليها طرف أو آخر من الأطراف، وعن طريقها يتم استخلاص القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع مع استبعاد أية قاعدة تنازع لناظم قانون وطني آخر، ومن باب أولى لأي نظام قانوني غير وطني، وبرأيي، أن القضاء

(1) رضوان، أبو زيد، المرجع السابق، ص162.

(2) انظر: المادة (7/1/5) من اتفاقية نيويورك. وانظر: سامي، فوزي، المرجع السابق، ص198.

والفقه راعى المصلحة المتوخاة من هذا التحكيم وهو تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع بما يحقق رغبة الأطراف ويتلاءم مع توقعاتهم⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالعلاقات التعاقدية التي تبرمها الدولة مع الأفراد، فيمكن أن يتم وضعها في إطار القانون الدولي العام، فاختيار أطراف الدولة والفرد للقانون الدولي يجعل العقد تصرفاً قانونياً في القانون الدولي⁽²⁾.

فالقانون الدولي العام يتوجه بالخطاب إلى الدول وينصرف إلى حكم التصرفات الصادرة منها بوصفها سلطة ذات سيادة وهو لا يحكم إلا علاقات متساوية بين الدول ولا ينطوي في الوقت ذاته على نظام خاص بحكم عقود التجارة الدولية سواء في شأن إبرامها أو تنفيذها، ومن ثم تقتضي ولايته بحكم العقود الدولية محل البحث، هذا فضلاً عن أن قاعدة التنازع الخاصة بالالتزامات التعاقدية لا تقوى على أن تؤدي دورها بخصوص القانون الدولي⁽³⁾.

ومن ناحية أخرى، فإن القانون الدولي العام لا يتلاءم مع معطيات التجارة الدولية، ويتعين اللجوء إلى تشريعات القوانين الوطنية المختلفة في بعض المسائل المتعلقة بالعقود مثل التشريعات الاقتصادية التي ترمي إلى تفادي اللامساواة أو اختلال التوازن في مجال العقود، وكذلك الحكم بفوائد التأخير أو تحديد مسؤولية المنتج، وهي مسائل تجد مصدرها في القوانين الداخلية وحدها، كما أن الأشخاص في عقود تحكيم الدولة لا تعتبر الدولة من أشخاص القانون الدولي بل وتنزل الدولة منزلة الأفراد حتى لو تمثلت في شكل مشروعات عامة⁽⁴⁾.

(1) الجدوي، أحمد، المرجع السابق، ص 13-14.

(2) ناصيف، حسام الدين، المرجع السابق، ص 95.

(3) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص 203.

(4) رأيت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 31 مايو 1931م بأن الموضوع في هذا الشأن يتعلق بعقود ترتبط بالقانون الخاص، وهي تشابه عقود الأفراد سواء بسواء، كما حكم في قضية Aramco في 23 أغسطس 1958م بأنه لا وجود لأي عقد إلا إذا كان مستنداً إلى قانون دولة ما، ولما كان اتفاق سنة 1933م

هذا بالإضافة إلى أن مجرد إسناد العقد إلى المبادئ العامة للقانون لا يمكن أن

يستخلص منه إطلاقاً إسناده إلى القانون الدولي العام⁽¹⁾.

حيث أن فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص توجب الاعتداد بجميع القوانين القابلة للتطبيق في ذات النظام القانوني، سواء أكانت متعلقة بالقانون العام أم قوانين البوليس، أو قواعد القانون الخاص، ذلك أن قواعد الإسناد التقليدية لم توضع لتحديد قواعد القانون الخاص فحسب، بل تنصرف إلى القانون الأجنبي في جميع قواعده أياً كانت طبيعتها دون تخصيص، وبعبارة أخرى فهي تحدد النظام القانوني برمته على نحو لا يقبل تجزئة أو انقساماً، وذلك استناداً إلى ما تتمتع به قاعدة الإسناد من خاصية التجريد، فعندما تستند العلاقة إلى قانون معين، هي لا تعد سلفاً بتطبيق القانون الذي يحكمها⁽²⁾.

حيث إن استبعاد القوانين فورية التطبيق وقواعد القانون العام الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع يؤدي إلى تشويه التشريع الأجنبي عند تطبيقه، والقول باستبعاد القانون العام الأجنبي من نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص يعيق حركة كثير من أجهزة الدولة ومؤسساتها التي تمارس نشاطاً هاماً في إطار التجارة الدولية⁽³⁾.

المبحث الثالث

القانون المختص بإجراءات التحكيم

قد أبرم بين دولة وشركة أمريكية خاصة، فإنه لا ينتمي إلى القانون الدولي العام . أشار إلى ذلك : عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص204.

(1) انظر: عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص203-204.

(2) ناصيف، حسام الدين، المرجع السابق، ص96-97.

(3) مصطفى، عبد الرحمن عبد الحكيم (1991). الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، القاهرة، دون دار نشر، ط1، ص26.

تبدأ إجراءات التحكيم منذ تبدأ منذ إبداء أحد أطراف النزاع رغبته في تسوية النزاع بالتحكيم، أي منذ طلب التحكيم، لحين إصدار قرار التحكيم بصيغته النهائية، حيث يذهب جانب من الفقه إلى ربط التحكيم وإجراءاته بمكان التحكيم، أي قانون الإجراءات لذلك المكان، بمعنى آخر للدولة التي يوجد على إقليمها مكان التحكيم هو الذي يطبق بالنسبة لسير الإجراءات (1)، ويرى جانب آخر من الفقه إلى ربط التحكيم وإجراءاته بإرادة الطرفين (2).

بالنسبة لقواعد تنازع القوانين على صعيد التعامل الدولي، فيجب الرجوع إلى التكييف القانوني للتحكيم، فإذا اعتبر تصرفاً اتفاقياً، فالقانون الواجب التطبيق يكون القانون الذي اختاره الطرفان المتنازعان، أما إذا اعتبر التحكيم تصرفاً قضائياً أو إجرائياً ففي هذه الحالة من الضروري خضوع التحكيم إلى قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم (3).

في ضوء ما سبق، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ المطلب الأول يتناول السلطة التقديرية للمحكم في اختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة، ويتناول المطلب الثاني النظام العام واختصاص المحكم.

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

في حالة التحكيم الخاص يكون اختيار القواعد القانونية أو القواعد التي تخضع لها إجراءات التحكيم نابعاً من إرادة الأطراف بشكل خاص.

أما في التحكيم المؤسسي ، فإن إرادة الأطراف في إيجاد حل للنزاع تكون وفق قواعد التحكيم المطبقة في المؤسسة أو مركز التحكيم الذي سيحسم النزاع المعروض عليها.

(1) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص166.

(2) أحمد، عشوش، مرجع سابق، ص635.

(3) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص167.

بالتالي في التحكيم الخاص يختار أطراف النزاع عند اتفاهم على التحكيم قانوناً معيناً للإجراءات، بموجه يتم النظر في النزاع والسي ر في إجراءات المرافعة والإجراءات الأخرى الخاصة بالتحكيم، وقد يختار أطراف النزاع قواعد متفرقة مأخوذة من بعض القواعد الدولية المعروفة في مجال التحكيم التجاري الدولي، كأن يكون قسم منها من قواعد التحكيم التي أصدرتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، وقسم آخر من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، وآخر من قواعد أحد مراكز التحكيم⁽¹⁾.

وهذا الأمر يعطي الحرية لأطراف النزاع باختيار قواعد الإجراءات التي يصار إلى اتباعها في عملية التحكيم، كما أن القانون الواجب التطبيق يمكن تعيينه بشكل غير مباشر وذلك عندما يختار أطراف النزاع قانون بلد ما، ففي هذه الحالة يفترض أن تلك الأطراف قد قبلت ضمناً بالقواعد الخاصة بتنازع القوانين لذلك البلد، وبالتالي يصار إلى معرفة القانون الواجب التطبيق طبقاً لقواعد الإحالة أو الإسناد لقانون ذلك البلد⁽²⁾، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف أو المحكمين بشكل صريح أو ضمني باختيار قواعد الإجراءات، ففي هذه الحالة يتم تفويض المحكم أو المحكمين صراحةً أو ضمناً اختيار قواعد الإجراءات.

أما في حال اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، فإن التحكيم يجري وفقاً لما تقرره القواعد المتبعة من المؤسسة التحكيمية، وبعض هذه القواعد تعطي للمحكمين الحق في تقرير قواعد الإجراءات التي يرونها مناسبة لسير التحكيم⁽³⁾.

(1) انظر: رضوان، أبو زيد (1979). الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشرعية، السنة الثالثة، العدد الثاني، الكويت، يوليو، ص 37-38.

(2) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص 167.

(3) في حالة عدم الاتفاق على قواعد أو قانون معين للإجراءات، ففي هذه الحالة يتم تفويض المحكم أو المحكمين صراحةً أو ضمناً باختيار قواعد الإجراءات، مثال ذلك ما جاء في اتفاق التحكيم بين المملكة العربية السعودية والشركة العربية الأمريكية للنفط (Aramco)، حيث نص اتفاق التحكيم الموقع بينهما في 23 شباط 1955م وفي المادة السادسة منه على أن: "هيئة التحكيم تقرر قواعد الإجراءات التي تتبعها". أشار إلى ذلك: حداد، حمزة، المرجع السابق، ص 214.

الملاحظ أن مثل هذه السلطة لا يمكن أن توجد لدى القاضي في المحاكم العادية حيث أنه ملزم بتطبيق قانون الإجراءات في البلد الذي يمارس فيه سلطته⁽¹⁾.

هذا وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ يتناول الفرع الأول إجراء سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي، ويتناول الفرع الثاني الجوانب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم.

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

إن التحكيم، وإن كان أساسه إرادة الطرفين، إلا أن طبيعته عمل قضائي، وبالتالي فإن القرارات التي تصدر نتيجة للتحكيم هي قرارات قضائية هدفها تطبيق العدالة بين أطراف النزاع⁽²⁾.

ونظراً لأن التحكيم أو هيئة التحكيم هي جهة قضائية ومكان القاضي هو إقليم الدولة التي يمارس فيها سلطته، فالمحكم طبقاً لذلك يجب أن يطبق قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم.

وتبعاً لذلك فإنه في حال اتفاق أطراف النزاع على القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الإجراءات، فهي التي سيتم تطبيقها، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية ولكنهم كانوا متفقين على المكان - مكان التحكيم - فإن قانون إجراءات ذلك المكان هو الذي سيطبق على إجراءات التحكيم، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على مكان التحكيم، فإنه

(1) الصوراني، مهندس، المرجع السابق، ص168.

(2) سامي، فوزي، المرجع السابق، ص170.

يعين من قبل هيئة التحكيم، وبالتالي يطبق قانون الإجراءات لهذا المكان ويحدد ما تسمح به قواعد الإسناد لهذا البلد⁽¹⁾.

باستعراض نصوص قانون التحكيم الأردني المنظمة لإجراءات التحكيم، يتبين أن المشرع الأردني أخذ بالاتجاهات الحديثة التي أخذت بمبدأ سلطان الإرادة. فالمشرع الأردني لم يفرض سريان قانونه على التحكيم الواقع في الأردن، حيث نصت المادة (24) من القانون المذكور على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون".

كما نصت المادة (23) من القانون المدني الأردني على أنه: "يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي". حيث أعطى المشرع الأردني للأطراف الحرية في وضع القواعد الإجرائية التي تسير وفقاً لها هيئة التحكيم، ويعني اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية أي على نحو ما سبق، الخروج جملةً وتفصيلاً عن القواعد التي تضمنها القانون الأردني بخصوص إجراءات التحكيم وهو القانون المفترض إعماله باعتبار أن الأطراف إزاء تحكيم يجري في الأردن سواء أكان تحكيمياً داخلياً أم دولياً.

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

والسؤال الذي يطرح بهذا الصدد هو : إلى أي مدى يتمتع الأطراف بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات بحيث يمكنهم الاتفاق على مخالفة النصوص الآمرة سواء باتفاق مباشر أو بالإحالة لتنظيم خاص بهيئة أو مركز تحكيم يطبق نصوص إجرائية تتعارض مع نصوص القانون الأردني؟ . يمكن الإجابة عن هذا التساؤل من خلال نصوص قانون التحكيم الأردني المنظمة للإجراءات، حيث يتضح أنها نصوص مكملة ويحق للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

أما فيما يتعلق بالنصوص الآمرة ، فإن نص المادة (24) آفة الذكر لم تورد قيداً على حرية الأطراف في حين ألزم هيئة التحكيم التي يقع على عاتقها اختيار إجراءات التحكيم بوجود مراعاة أحكام هذا القانون وهي عبارة لم يرد مثلها عند ترك الاختيار إلى الأطراف.

يتضح من خلال ما سبق ، أن المشرع الأردني أعطى الحرية للأطراف باختيار القانون الذي سيطبق على الإجراءات في موضوع النزاع المحال على التحكيم؛ كون أنهم أقدر على معرفة ما يتماشى مع مصالحهم وحاجاتهم، فسمح لهم الخروج عن القواعد الآمرة إذا كانت تنظم أموراً يقصد منها مصالح الأطراف، وهذه الحرية لا يقف أمامها إلا عائق مخالفتها للنظام العام.

أما بالنسبة لإجراءات سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي، فإن التحكيم التجاري الدولي لدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة يتسم بأنه تحكيم منظم تسري فيه أحكامه اللائحية على إجراءات التقاضي أمام هيئة أو مركز التحكيم، ويتضمن اختيار أطراف المنازعة أو التجائهم جبراً لقضاء هذه الهيئات ضرورة الإذعان للقواعد الإجرائية المقررة في لائحة التحكيم بحيث لم يعد لأطراف الخصومة في مثل هذا التحكيم سوى اختيار مكان التحكيم⁽¹⁾.

(1) أبو زيد، رضوان، المرجع السابق، ص105.

وقد اتسع مجال التحكيم التجاري الدولي لدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة حيث أصبح إجبارياً في الكثير من العقود الدولية ذات الشكل النموذجي والتي تعتبر إلى حد ما محوراً في التجارة الدولية مثل عقود المنشآت الصناعية والتوريدات الدولية وعقود التجميع والتي تتضمن نصوصها ضرورة اللجوء لغرفة التجارة الدولية والخضوع لإجراءاتها، كذلك فإن التحكيم أمام هيئات ومراكز التحكيم الدائمة، ووفقاً للوائحها يصبح إجبارياً تطبيقاً لنصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية متعددة الأطراف مثل التحكيم في المنازعات المتعلقة بالاتفاقيات الدولية الخاصة بنقل البضائع بالسكك الحديدية والموقعة في برن (سويسرا) في 25 فبراير 1961م والسارية اعتباراً من أول يناير 1965م⁽¹⁾.

إضافة إلى ما سبق، فقد انتشرت مراكز أو محاكم تحكيم دائمة في معظم أرجاء العالم ولها لوائحها الخاصة التي يتم التحكيم على ضوئها متى لجأ إليها الخصوم في المنازعة، ويتميز اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم بأن تتم إجراءات سير المنازعة على ضوء لائحة أو مركز التحكيم ووفقاً للمواعيد التي تحددها هذه اللوائح، وتشير غالبية لوائح هيئات التحكيم الدائمة إلى قاعدة أساسية وهي تطبيق القواعد المستمدة من نصوصها على إجراءات سير المنازعة، وفي حالات سكوت أو قصور هذه اللائحة عن بعض هذه الإجراءات يكون بمقدور المحكمين تكملة هذا النقص أو أن يكون ذلك على ضوء قانون المرافعات في دولة هيئة أو محكمة التحكيم⁽²⁾.

الفرع الثاني: الجوانب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم:

فيما يتعلق بمسائل الإجراءات في التحكيم فأول ما يطرح في هذا الإطار هو موضوع هيئة التحكيم التي قد تكون إما مكونة من محكمين يختارون لنظر النزاع، أو منظمة دائمة تتولى

(1) انظر: سامي، فوزي، المرجع السابق، ص 214.

(2) الرفاعي، أشرف عبد العليم، المرجع السابق، ص 17.

إدارة التحكيم وفقاً للوائحها، وفي كلا الحالتين قد تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين تبعاً لاتفاق الأطراف.

ففي حالة المحكم الفرد يفصل النزاع بشكل أسرع، بالإضافة إلى أن النفقات تكون أقل، في حين أن تعدد المحكمين يشكل ضماناً أكبر للعدالة والحييدة للفصل في النزاع المثار⁽¹⁾. ومن الملاحظ أن لوائح المنظمات الإنجليزية والأمريكية تميل إلى نظام المحكم الفرد إلا إذا كان النزاع ضخماً يبرر التعدد⁽²⁾.

إن الأسلوب الغالب في التحكيم التجاري الدولي هو تشكيل الهيئة من ثلاثة محكمين، يعين كل خصم واحداً منهم، وأما الثالث فيختار بطريقة مختلفة، فقد يترك اختياره لاتفاق الخصمين، وقد يعهد بالاختيار إلى المحكمين الآخرين، وقد تتولاه هيئة مستقلة كالمحكمة أو الغرفة التجارية أو المنظمة الدائمة التي تتولى التحكيم⁽³⁾.

وقد يتولى المحكم الثالث رئاسة هيئة التحكيم، فالأصل أن يتم الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم ضمن ما ينص عليه القانون، وفي بعض الأحيان يكون هناك محكم احتياطي يحل محل الحكم الأصلي عند حدوث مانع لحضوره، وقد يتم تعيين م ساعدين قانونيين بجانب هيئة التحكيم لمساعدتها في اتباع الإجراءات القانونية الصحيحة.

وبالنظر إلى قانون التحكيم الأردني، يتبين أنه تم النص على كيفية تشكيل هيئة تحكيم، ففي حالة عدم اتفاق الأطراف على تشكيل الهيئة يقوم المحكمين باختيار محكم إذا لم يعارض

(1) الطرونة، مصلح، المرجع السابق، ص48.

(2) وفقاً للاتحة الجمعية الأمريكية للتحكيم تشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين إذا تجاوزت قيمة النزاع 100000 دولار، ويقول الأستاذ Domke أن هذا الاستثناء يكاد يكون هو الأصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية. انظر: حداد، حمزة، المرجع السابق، ص215.

(3) شفيق، محسن، المرجع السابق، ص222.

الأطراف ذلك أو قد تعمل المحكمة المختصة على اختيار محكم ثالث تكون له رئاسة هيئة التحكيم⁽¹⁾.

فبعد أن يتم اختيار هيئة التحكيم وتحديدها لنظر النزاع، تبقى الأمور الأخرى مقرونة بالقانون الذي سيحكم العلاقة لا داعي لإيرادها، لأن الأمر المهم هنا هو المكان الذي سيجري فيه التحكيم والقانون الواجب الانطباق على النزاع، حيث أن لاختيار مكان التحكيم في ماجل التجارة الدولية أهمية قصوى، إذ كثيراً ما يتوقف عليه تعيين القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم، كما يتوقف عليه أحياناً تعيين جنسية القرار، أي الفصل فيما إذا كان قراراً وطنياً أو أجنبياً، وهي مسألة تبدو أهميتها على وجه الخصوص عند طلب تنفيذ القرار، يضاف إلى ذلك أن التحكيم لا يكون مفيداً حقاً إلا إذا جرى في ظروف ملائمة للخصوم، وفي مقدمتها إجراؤه في مكان مناسب⁽²⁾.

تنصح بعض مراكز التحكيم الدولية مراعاة جملة اعتبارات عند اختيار هذا المكان، منها أن يكون قريباً من الخصوم لكي لا يكلفهم الانتقال إليه نفقات عالية، وقريباً من الشهود إذا اقتضى الأمر سماعهم لكي لا يثنيهم بعد المكان عن أداء الشهادة، وأن يجري في مكان وجود البضاعة إذا تعلق النزاع ببيع دولي ليسهل معاينة البضاعة وفحصها، واختيار المكان الذي يكون قرار التحكيم واجب التنفيذ فيه تيسيراً للإجراءات⁽³⁾.

هذا وتشارك جميع التشريعات في حظر اختيار القاصر أو المحجور عليه أو المفلس ليكون محكماً، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (10) من قانون التحكيم الأردني على أنه: "لا

(1) انظر: المادة (16) من قانون التحكيم الأردني.

(2) شفيق، محسن، المرجع السابق، ص240.

(3) سامي، فوزي، المرجع السابق، ص204.

يجوز أن يكون المحكم قاصراً، أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ولو رد إليه اعتباره".

فالمحكم في منزلة القاضي يجب أن تتوفر فيه الحيادة والنزاهة والاستقلال فإذا كان هناك حرج لدى المحكم في نظر النزاع يجوز له التثني عن نظره، وهذا ما تنص عليه المادة (15/ج) من القانون المذكور بأن: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيادته واستقلاله".

كما تم النص أيضاً في المادة (17) من قانون التحكيم الأردني على أنه: "أ- لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً حول حيادته أو استقلاله".

ورد المحكمين ليس من الأمور النادرة في العمل، ومن مبررات الرد الشائعة في المجال التجاري وجود علاقات عمل سابقة بين المحكم وأحد الخصوم أو اتجاه النية إلى إنشاء مثل هذه العلاقات في المستقبل القريب، ويتضح من تحليل القضاء في هذا الصدد أنه لا يكفي تبرير الرد مجرد وجود هذه العلاقات بين المحكم والخصم لأن وجودها لا غرابة ولا شذوذ فيه ؛ نظراً لأن المحكمين يكونون في الغالب من التجار ورجال الأعمال الذين تربطهم بمختلف المنشآت التجارية صلات أعمال عديدة، إنما الذي يبرر الرد هي العلاقة المؤكدة التي توحى في ضمير المحكمة بالشك في حيادة المحكم، وعلى هذا الأساس حكم قبول طلب رد محكم سبق أن أعطى أحد الخصوم فتوى في موضوع النزاع⁽¹⁾.

(1) استئناف باريس 30 إبريل 1969م، مجلة التحكيم 1969م، ص36. أشار إليه: حداد، حمزة، المرجع السابق، ص220.

ويتم في غالبية التشريعات إسناد الاختصاص للقضاء للنظر في طلب الرد، حيث يترتب على هذا الأمر توقف هيئة التحكيم عن نظر النزاع لحين البت في طلب الرد، وهذا الأمر قد يسبب عرقلة إجراءات التحكيم من قبل الطرف سيئ النية والذي قد يسعى إلى المماطلة. أيضاً فيما لو تم النظر في الطلب من قبل هيئة التحكيم فإن هذا الأمر يصعب اقتناع الخصم الذي فقد الثقة في هيئة التحكيم أو أحد أعضائها بالسير في الإجراءات حتى يصدر القرار.

ويكون النظر في طلب الرد من قبل المحكمة المختصة بنظر الدعوى كما نص على ذلك القانون الأردني⁽¹⁾، وهناك وقائع أخرى تعد حلولها مثار جدل بين التشريعات، حيث قد يتفق الأطراف على عزل المحكم أو قد يتوفى أو قد ينسحب أو يمرض، وهذا يترتب عليه إنهاء اتفاق التحكيم وما تم من إجراءات؛ لأن اختيار المحكم يكون قائماً على الاعتبار الشخصي. ولكن هذا الأمر لا يتناسب مع المعاملات التجارية الدولية لأن اختيار المحكمين يكون في الغالب من قوائم تضعها مؤسسات تحكيمية ولا يعرفها الأطراف المحكمين، بالإضافة إلى أن مصالح التجارة الدولية لا يجب أن تترك لظروف يحكمها القدر، وعليه عالجت بعض لوائح المنظمات الدائمة هذا الأمر من خلال عدة حلول كالاكتفاء بالمحكمين الباقين ولكن تنور الصعوبة إذا كان العدد المتبقي زوجياً وكان القانون الواجب التطبيق يشترط أن يكون العدد وتراً، وقد يتم اللجوء إلى المحكمة لتعيين محكم⁽²⁾.

(1) الصرايرة، منصور، مرجع سابق، ص34.

(2) انظر: المادة (18/أ) من قانون التحكيم الأردني، وهي حسب نص المادة الثانية من نفس القانون محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في المملكة.

وقد نص قانون التحكيم الأردني في المادة (20) منه على أنه: "إذا انتهت مهمة المحكم بإصدار حكم برده أو عزله أو تنحيه أو وفاته أو عجزه أو لأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته".

أما فيما يتعلق بالبداية بإجراءات التحكيم، فقد نصت المادة (26) من قانون التحكيم الأردني على أن: "إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر"، فإرادة الأطراف هي التي يسند إليها تحديد تاريخ بدء إجراءات التحكيم.

هذا وتنص المادة (27) من قانون التحكيم المصري على أن: "تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يستلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر".

فالأمر مختلف بين القانونين الأردني والمصري بهذا الخصوص، إلا أن ما جاء في القانون المصري بتحديد بدء إجراءات التحكيم بيوم إعلام المدعى عليه بطلب التحكيم متفق مع ما نصت عليه المادة (21) من القانون النموذجي للتحكيم الدولي، ونص المادة (2/3) من قواعد اليونسترال الدولية للتحكيم، وهي القواعد المطبقة أمام المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة.

يترتب على الطرف الذي يطالب بالتحكيم أن يقدم بياناً مكتوباً ومفصلاً فيه كافة الأمور المتعلقة ببياناته الشخصية وكل ما يتعلق بالدعوى لهيئة التحكيم وللمدعى عليه وذلك ضمن مدة يتم تحديدها إما من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم، وبالتالي يجب على المدعى عليه تقديم مذكرة مكتوبة متضمنة أوجه دفاعه وطلباته، وبحق له تقديم باقي طلباته التي لم يوردها في

وقت لاحق، وذلك في حال كانت هناك ظروف تبرر التأخير يتم تقديرها من قبل هيئة التحكيم⁽¹⁾.

وهنا يجب أن يتم إعداد المذكرة من المدعى عليه ونظرها من الهيئة خلال المدة المحددة دون تباطؤ أو تقاعس وذلك لتحقيق أهم مزايا التحكيم وهي السرعة في فصل النزاع. ولا تخضع هيئة التحكيم في تنظيم سير عملية التحكيم إلا للقواعد التي اتفق عليها الأطراف، فإذا لم يوجد م ثل هذا الاتفاق تختار الهيئة القواعد والإجراءات الملائمة تبعاً لطبيعة النزاع، ومفاد ذلك عدم التزام الهيئة بنصوص أصول المحاكمات المدنية إلا في الحالات التي يحل فيها قانون التحكيم هذه النصوص، أو إذا تضمن اتفاق الأطراف التراضي على تطبيق نصوص المرافعات على تسيير وإدارة عملية التحكيم⁽²⁾.

وقد يقوم الأطراف بتحويل هيئة التحكيم الفصل بالنزاع استناداً إلى الوثائق والمستندات المقدمة دون الحاجة إلى عقد جلسات للترافع، أيضاً يجب مراعاة اتباع إجراءات التبليغ بشكل صحيح يسمح لكلا الطرفين بالحضور في الوقت المحدد، كما يجب احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم بأن يتم إرسال صور المستندات والوثائق لكلا الطرفين⁽³⁾.

وكل ما يحدث في الجلسات يجب تدوين محاضر به وتسليم نسخة منها لكل واحد من الأطراف، أما علنية أو سرية الجلسات فأمره متروك لاتفاق الأطراف، وفيما يتعلق بأدلة الإثبات فإنها مقرونة باتفاق الأطراف إما إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات، وإما أن تقوم الهيئة باختيار قانون معين لتطبيقه على قواعد الإثبات⁽⁴⁾.

(1) بريري، محمود مختار أحمد، المرجع السابق، ص113. وانظر المادة (29) من قانون التحكيم الأردني.

(2) انظر: المادة (24) من قانون التحكيم الأردني.

(3) الصوراني، مهند، المرجع السابق، ص198. وانظر: المادة (25) من قانون التحكيم الأردني.

(4) بريري، محمود مختار أحمد، المرجع السابق، ص115.

هذا ولم تعالج نصوص قانون التحكيم الأردني حالة طلب أحد الأطراف إلزام خصمه بتقديم دليل أو مستند تحت يده ، وذلك على عكس القانون الفرنسي الذي حوّل الهيئة إمكنية إصدار أمر لأحد الأطراف بتقديم ما تحت يده من عناصر الإثبات إذا طلب الطرف الآخر ذلك⁽¹⁾.

ولا صعوبة إذا عالج الأطراف تنظيم المسألة في اتفاقهم، واتفقا مثلاً على جواز الالتجاء للقضاء لاستخدام سلطاته وفقاً لقانون البيئات وترتيب آثار امتناع الخصوم عن تقديم الدليل وفقاً لقانون البيئات، كما يجوز الاتفاق على اعتبار الامتناع تسليماً بصحة ما يدعيه الطرف الآخر. كما أن من المواضيع التي تتعلق بالهيئة أنه قد تتغير هيئة التحكيم وذلك بالرد أو الوفاة لأحد المحكمين أو استبداله وبللتالي تتأثر إجراءات التحكيم تلقائياً بسبب هذا التغير، فالأمر هنا متروك لاتفاق الأطراف أو تخول به هيئة التحكيم، في حين أن قواعد اليونسترال التي يطبقها المركز الإقليمي بالقاهرة، قد نصت في المادة (14) منها على وجوب إعادة الإجراءات إذا كان المحكم واحداً أو تم تغيير رئيس المحكمة، أما في حال تغير أحد الأعضاء فالأمر متروك لتقدير محكمة التحكيم.

وقد نصت المادة (482) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس على ترك الأمر لتقدير المحكمة بعد استشارة وتشاور الأطراف⁽²⁾.

أما قانون التحكيم الأردني، فقد اقتصر على وجوب تعيين بديل للمحكم الذي صدر حكم برده أو عزله أو تنحيه أو وفاته أو عجزه وذلك طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته⁽¹⁾.

(1) الصوراني، مهند، المرجع السابق، ص198.

(2) شفيق، محسن، المرجع السابق، ص241.

المطلب الثاني: النظام العام واختصاص المحكم:

إذا كان المشرع الأردني قد سمح بتطبيق أحكام القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض، فإن ذلك لا يعني أنه قد أعطى مشرعي دول العالم مجالاً لتطبيق أحكام قوانينهم على إقليمه، بخاصة إذا كانت هذه القوانين تخالف النظام العام أو الآداب في الأردن⁽²⁾.

فالنظام العام يعد من أهم الدفوع التي قد يستخدمها القاضي الوطني لاستبعاد تطبيق

القانون الأجنبي المعين إذا ما كان تطبيقه يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها

المجتمع في دولة القاضي، سواء أكانت هذه المبادئ اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية⁽³⁾.

حيث يأخذ عدم احترام قواعد النظام العام ذات الأثر المترتب على عدم احترام كفالة

حقوق الدفاع، فالأنظمة القانونية للدول تشتمل على قواعد خاصة تسمى قواعد النظام العام التي

يراد منها تحقيق المصلحة العامة، بالتالي فإن قواعد النظام العام تشكل حاجزاً وعائقاً في تنفيذ

أي قرار قضائي أو تحكيمي مخالف هذه القواعد، فيجب ابتداءً أن يكون القرار التحكيمي غير

متعارض مع النظام العام في البديل المراد تنفيذ حكم التحكيم فيه، وهذا يدعو المحكم إلى أن يأخذ

بعين الاعتبار عند إصداره قراره بمبدأ احترام النظام العام الداخلي مع قواعد النظام العام السائد

في التعامل التجاري الدولي، ذلك لأن القواعد الأولى تجد لها أساساً في النظام السياسي

(1) انظر: نص المادة (20) من قانون التحكيم الأردني.

(2) انظر: نص المادة (29) من القانون المدني الأردني التي لا تجيز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص القانونية من (11-28) من القانون المدني إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في الأردن.

(3) الفضلي، أحمد (1999). التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص، دار المناهج، عمان، ط 1، ص 25. وانظر: المادة (29) من القانون المدني الأردني.

والاجتماعي والاقتصادي للدولة وقد لا تتفق مع معطيات التبادل التجاري على الصعيد الدولي⁽¹⁾.

من خلال ما سبق، فإن هناك قواعد للنظام العام الداخلي لكل دولة، وهناك قواعد للنظام العام الدولي، وعليه يمكن القول أن أياً من هذين النوعين من قواعد النظام العام يجب على المحكم احترامها عند النظر في النزاع.

وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ الفرع الأول يتناول كفالة حقوق الدفاع، والفرع الثاني يتناول التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات.

الفرع الأول: كفالة حقوق الدفاع:

إن احترام وضمان حق الدفاع لكل من طرفي النزاع يعد من أهم الأسس التي تقوم عليها إجراءات التحكيم، حيث أن حق الدفاع يقصد به إعطاء الفرصة والحرية الكاملة لكلا الطرفين حتى يتمكنوا من تقديم ما تحت أيديهم من أدلة وأقوال وشهود وبيانات، بالإضافة إلى إعطائهم الفرصة الكافية والوقت اللازم لجلب الشهود وتبادل اللوائح واستدعاء الخبراء وغيرها من الأمور التي تستلزم لبناء الأدلة في القضية على أسس واضحة، كما لو كان النزاع معروضاً على القضاء، خاصة فيما يتعلق بأمور التبليغ بحيث يمكن لكل طرف في النزاع أن يعرف ويطلع على ما لدى الطرف الآخر من أدلة وبيانات، حتى يتمكن من الرد عليها في الوقت المناسب⁽²⁾. وبالتالي فإن إخلال المحكمين بهذا المبدأ يعرض الإجراءات للبطلان في حال ثبوت ذلك حيث أشارت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم إلى هذا المبدأ⁽³⁾.

(1) دواس، أمين (2007). تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، ط1، ص229.

(2) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص177.

(3) فقد نصت اتفاقية جنيف لعام 1927م في الفقرة (ب) من المادة الثانية على رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا تبين للقاضي أن الطرف الذي صدر الحكم ضده لم يبلغ خلال وقت ملائم بإجراءات التحكيم لكي

كما تمت الإشارة إلى المبدأ المذكور في بعض النصوص الدولية الخاصة بالتحكيم، فقد جاء في القواعد التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في مادتها الخامسة عشرة، مع مراعاة أحكام هذه القواعد لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيء لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته⁽¹⁾.

كذلك نصت المادة (18) من القانون النموذجي للتحكيم الذي أعده اللجان المذكورة، على وجوب معاملة الطرفين على قدم المساواة وأن تهيء لكل منهما الفرصة كاملة لعرض قضيته.

إلا أن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987م لم تشر إلى هذا المبدأ بشكل صريح أو ضمني وإنما سكتت عن الإشارة إليه، وعند الاطلاع على الأسباب التي يتم بموجبها إبطال قرار التحكيم المنظمة في المادة (24) من الاتفاقية المذكورة، فلا يوجد مكان لمبدأ احترام حق الدفاع والمساواة بين الأطراف في إجراءات التحكيم، حيث أن هذا المبدأ معترف به ومستقر في مجال التحكيم الدولي وعدم النص عليه لا يعني نكرانه⁽²⁾.

في حين نص قانون التحكيم الأردني على أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيئاً لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه⁽³⁾، وهنا النص واضح بشكل لا لبس فيه على إقرار احترام حقوق الدفاع لكلا الطرفين.

يمكن من تقديم دفاعه أيضاً نصت كل من اتفاقية نيويورك لعام 1958م (1) والاتفاقية الأوروبية لعام 1961م (2) على جواز عدم الاعتراف وعدم تصنيف حكم التحكيم في حالة عدم احترام حق الدفاع للطرف الذي صدر الحكم ضده. أشار إلى ذلك: فوزي، محمد، المرجع السابق، ص178.

(1) حداد، حمزة، المرجع السابق، ص224.

(2) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص196.

(3) انظر: المادة (25) من قانون التحكيم الأردني.

من خلال ما تقدم فإن احترام حق الدفاع لكلا الطرفين في النزاع ومعاملتها على قدم المساواة هو مبدأ مستقر على الصعيد الدولي، ويترتب على عدم الأخذ به إمكان إبطال حكم التحكيم وبالتالي يجب على المحكمين مراعاة هذا المبدأ عند السير في إجراءات التحكيم، كونه يكفل لكلا الطرفين تقديم الأدلة والمستندات وشرح وجهات النظر في الادعاءات المتقابلة، بالإضافة إلى تأكيد قيام المحكم بعمله بشكل نزيه وحيادي وعادل.

هذا المبدأ احترامه غير مقصور على المحكمين فقط، وإنما يجب أن يحترم من قبل أطراف التحكيم أيضاً، فلا يجوز لأي طرف أن يعمل ما من شأنه المساس بمبدأ المساواة بين الطرفين، وبالتالي يكون له تأثير على نتيجة التحكيم⁽¹⁾.

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

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

(1) الصوراني، مهند، المرجع السابق، ص198.

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

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

وجاء في الفقرة (2) من المادة (35) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري على أنه: "لا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام".

كما نصت المادة (54/أ) فقرة (م/أ) من قانون التحكيم الأردني على أنه: "أ- تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقاً وتأمر بتنفيذه إلا إذا تبين لها : 1- أن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة...".

إلا أن بعض القرارات القضائية فرقت بين قواعد النظام العام الدولي وقواعد النظام العام الداخلي واعترفت تلك القرارات بأحكام المحكمين إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام الدولي، وإن كانت تلك الأحكام لا تتفق مع قواعد النظام العام الداخلي⁽²⁾.

الفرع الثاني: التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات:

عالجت القوانين الحديثة الصادرة في العديد من الدول والمنظمة للتحكيم سواء تحكيمياً داخلياً أو دولياً مسألة مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بشأن المنازعات المتفق على حسم موضوعها بوساطة التحكيم، وكيفية توزيع الاختصاص باتخاذ هذه الإجراءات بين كل من القضاء الوطني وقضاء التحكيم.

حيث يعدّ التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات ضرورة لا بد من توافرها، ويتجلى ذلك من خلال طلب المحكم المساعدة في الحصول على الأدلة، بالإضافة إلى المسائل الأولية والإجراءات التحفظية والوقتية التي تخرج عن نطاق اختصاص هيئات التحكيم،

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

(2) الحداد، حفيفة (2010). مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، دار الفكر

نظراً لأن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإجبار التي يملكها القاضي⁽¹⁾، لذلك نصت المادة (23) من قانون التحكيم الأردني: "أ- مع مراعاة أحكام المادة (13) من هذا القانون، يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أي من طرفي التحكيم أن تأمر أيّاً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير، ب- وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها في التنفيذ".

ففي نطاق الإجراءات، فإنه يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين بموافقتهما طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على أدلة وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة، ويجوز للمحكمة أن تستجيب للطلب في حدود سلطتها المخولة لها وطبقاً للقواعد القانونية التي تطبقها والخاصة بالحصول على الأدلة.

وعليه فإن شكل الإجراء المراد تنفيذه بمقتضى المساعدة القضائية يخضع لقانون القضاة المراد منه تنفيذها، وذلك تطبيقاً لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي⁽²⁾، ويجب أن يكون موضوع المساعدة مسألة مدنية، أو تجارية، أو مسألة مقررة، بموجب معاهدة دولية. ولأن الهيئة هي التي تقرر الحاجة إلى المساعدة القضائية سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الأطراف، فإن لها في نفس الوقت أن تعدل عن طلبها متى وجدت من الأدلة ما يغني

(1) الحداد، حفيظة، مرجع سابق، ص 24.

(2) تنص المادة (23) من القانون المدني الأردني : "يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي".

عن تنفيذ المسألة موضوع الطلب أو تبين لها أن هذا الإجراء أصبح غير منتج في الخصومة لتوفر أدلة أخرى مكانه⁽¹⁾.

وبغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم سواء أكان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي - قواعد الأمم المتحدة - أو كان هذا القانون قد تم اختياره بمعرفة الأطراف، أو حدد عن طريق التركيز الموضوعي للإجراءات، فإن هذا القانون هو الذي يحدد سائر المواضيع المتعلقة بالإجراءات من حيث شروط المحكم والجلسات والدفع والطلبات وعوارض الخصومة وغيرها من الجزئيات المتعلقة بهذا الموضوع⁽²⁾.

في حين أن محل الإثبات يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع باعتبار أن تحديد محل الإثبات يعتبر أمراً فاصلاً في موضوع خصومة التحكيم، وكذلك فإن هذا القانون هو الذي يحدد الخصم الذي يقع على عاتقه عبء إثبات الحق المدعى به، ومدى مشروعية الاتفاقات بين الأفراد المعدلة لنقل الإثبات.

وكذلك فإن عبء الإثبات يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع باعتبار أن تنظيم الأدلة يعود إلى ترتيب القانون ذاته، سواء تعلق الأمر بإثبات واقعة إيجابية مثل الفعل الضار أم واقعة سلبية مثل انتفاء الإهمال في تنفيذ الالتزام⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بالتقادم فإنه يتم الرجوع فيه إلى القانون الذي يحكم الموضوع، أيضاً تحديد صفة الخصوم وأهليتهم في التقاضي، والنيابة في التقاضي تعد من المسائل الموضوعية⁽⁴⁾.

(1) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص153.

(2) الجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص14؛ ناصيف، حسام الدين، المرجع السابق، ص100.

(3) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص154.

(4) الجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص14.

من خلال ما تقدم فإن القانون الذي يتم تحديده هو الذي يحكم جميع الأمور الإجرائية المتعلقة بالموضوع المحال على التحكيم وبكافة جوانبه.

الفصل الرابع

القواعد التي تطبقها هيئة التحكيم في التحكيم بالصلح (الطليق)

يعتبر التحكيم نوع من القضاء الخاص ويهدف في النتيجة إلى إصدار حكم قابل للتنفيذ، وينقسم التحكيم من حيث مدى التزام المحكم بأحكام القانون في تقييم الأدعاءات المتقابلة إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح أو ما يسمى عند بعض الفقهاء بالتحكيم الطليق⁽¹⁾.

لقد جاء التحكيم بالصلح استجابة لمقتضيات التجارة الدولية الحديثة، والتي رغبت في التخلص من تطبيق أحكام القانون الموضوعي استجابة لرغبة الأطراف، والتزاماً بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار الإجراءات والقواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع القائم⁽²⁾.

وسأقوم بدراسة هذا الموضوع ضمن ثلاثة مباحث، يتناول المبحث الأول مفهوم العقد الدولي الطليق، أما المبحث الثاني فيتناول مفهوم العقد الدولي الطليق وشروط صحة التحكيم مع التفويض بالصلح (الطليق)، أما المبحث الثالث فقد خصص لدراسة قواعد العدالة والإنصاف الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

المبحث الأول

مفهوم العقد الدولي الطليق

لقد رأينا أن نمهد لمفهوم التحكيم بالصلح (الطليق) بالحديث عن مفهوم العقد الدولي الطليق؛ لما لذلك من أهمية في تعزيز دور هيئة التحكيم في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف وفقاً للاتفاق الصريح بين أطراف النزاع، لذلك سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين؛ يتناول بالمطلب

(1) علم الدين، محي الدين إسماعيل (2007). منصة التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، ص128، والجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد (1998)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص107.

(2) حداد، حمزة (2010)، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة، عمان، ط1، ص149.

الأول تحديد معنى العقد الدولي الطليق، أما المطلب الثاني فيتناول مهمة هيئة التحكيم بالصلح (الطليق).

المطلب الأول: تحديد معنى العقد الدولي الطليق:

تعني فكرة العقد الدولي الطليق انفكاك العقد الدولي عن النظم القانونية الوطنية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع بموجب قاعدة الإسناد، ولذلك فإن فكرة تحرير العقد لا يجب أن تفسر على غير معناها الحقيقي، وإذا كان العقد يخبر من سلطان القانون بمعناه الضيق فإنه لا يخرج من دائرة القانون بمعناه الواسع، فهو قانون من صنع القضاة في مجال العقود الدولية⁽¹⁾. إن قاعدة الإسناد أصبحت غير قادرة على مجابهة الأساليب الحديثة في مجال التجارة الدولية من حيث أن علاقات القانون الدولي الخاص ما هي إلا علاقات القانون الداخلي معكوسة على مسرح الحياة الدولية، ومن حيث النتيجة فإن أعمال منهج التنازع يؤدي إلى تطبيق قواعد قانون دولة الروابط الدولية، وتلك القواعد في الغالب الأعم تكون قواعد بدائية لا تصلح لأن تكون أساسية لمعالجة منازعات التجارة الدولية⁽²⁾.

يخضع العقد الدولي الطليق للقانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم وليس في العقد الدولي قانوناً محدداً بذاته لحكم العقد، وإنما يتوقف ذلك على إرادة الأطراف وأن تلك الإرادة يمكن أن يكون لها قوة مساوية لقوة إلزام القانون، وقد تؤدي تلك الإرادة إلى تحديد عدم اختصاص قانون القاضي، وبالمقابل عدم تحديد تطبيق قانون آخر، وهو ما أدى إلى محاولة التخلص من الخضوع لأي قانون وطني من خلال تحقق الكفاية الذاتية للعقد الدولي، وذلك أن العقد الدولي

(1) جمال الدين، صلاح الدين (2006). التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر

الجامعي، الإسكندرية، ط1، ص195-196.

(2) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص48.

عندما يكون متضمناً للالتزامات واضحة يكفي بحد ذاته لإلزام الأطراف، ويغني من تطبيق قانون معين⁽¹⁾.

إلا أن هذا الرأي قد تم الرد عليه بالقول أن نصوص القانون لا تخلق الحقوق بل تقررها وتعتمدها، وهو ما أتاح لبعض أنصار الأخير إلى القول بضرورة وجود القانون لتطبيقه على أحكام التحكيم، وبخصوص دور الأوساط المهنية، فإن العادات ذات الطابع الدولي وخاصة في مجال الأسواق المالية والاعتماد المستندي، فإن تشابك العلاقات المعقدة في ذلك التعاون قد أوجد قواعد وضعها أصحاب الاختصاص تتعلق بالمنازعات والمعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية⁽²⁾. وقد أكدت الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقيات فينا لعام 1980م المتعلقة بالبيع الدولية، والمادة (2/33) من القانون التجاري الدولي الذي وضعته الأمم المتحدة في عام 1975م، حيث ورد فيها: "يتعين على محكمة التحكيم في كل الحالات أن تأخذ بعين الاعتبار عادات التجارة واجبة التطبيق على التصرف".

وكذلك، فإن ذات الأمر ينطبق على لائحة غرفة التجارة الدولية واتفاقية عمان للتحكيم بحيث تصبح العادات والشروط العقدية والأعراف التجارية الدولية جزء من القواعد الداخلية الواجبة التطبيق في المنازعات التجارية الدولية، ويذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار تلك العادات هي قواعد قانونية تولدت مع الوقت من خلال الواقع العملي⁽³⁾.

(1) صادق، هشام، المرجع السابق، ص 645-654.

(2) الجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص 14.

(3) فوزي، سامي، المرجع السابق، ص 214.

المطلب الثاني: مهمة هيئة التحكيم بالصلح (الطلاق):

إن ما يدفع الطرفين إلى الاتفاق على التحكيم بالصلح يرجع في أغلب الأحيان إلى أن الأحكام الواردة في القوانين الوطنية قد لا تكفي، بل وقد لا تصلح لإعطاء حل منصف للنزاع بسبب تعقد العلاقات القانونية الناشئة عن العقد أو مجموعة العقود مثار النزاع أو تعدد أطرافها أو اختلاف مراحل تنفيذها أو لغير ذلك من أسباب لم تأخذها تلك القوانين الوطنية بعين الاعتبار⁽¹⁾، الأمر الذي يستدعي إعفاء الخصوم من الخضوع لقوانين طالما لم ترى هيئة التحكيم أنها توفر حلاً عادلاً للنزاع، ذلك أن الركون إلى الحل العادل أو إلى حكم العدالة وكأنه يغير في القواعد التي يعرفها علم القانون فيما يعرف بـ (هرم كلسن) أي حيث تصبح الأفضلية والأولوية لقواعد الإنصاف والعدالة على حساب النصوص التشريعية الجاهزة⁽²⁾.

ومتى توصل المحكم الطليق إلى هذه النتيجة، تعين عليه البحث عن الحل العادل والمنصف الذي يرغب به الطرفان في هذا النوع من التحكيم، ومن ثم إصدار حكمه متوافقاً مع هذه النتيجة⁽³⁾.

يظهر من ذلك أن قوا عد العدالة في التحكيم بالصلح ليست وسيلة لتفسير نصوص العقود أو القوانين، ولا هي وسيلة لحل تنازع القوانين أو للحكم في النزاع، وإنما هي غاية تسعى إليها هيئة التحكيم الطليق وهي غاية نهائية تتجاوز التفسير المباشر والحال لقانون موضوعي معين، ويترتب عليها الاعتراف بقانون يعلو القوانين الوطنية بحكم العدالة التي يوفرها للخصوم

(1) حداد، حمزة، مرجع سابق، ص 149 والجمال، وعبد العال، مرجع سابق، ص 108.

(2) Bebvolve (2007). The Arbitration Development Contracts Harvard international Law, London, p. 122-123

(3) رضوان، أبو زيد، المرجع السابق، ص 75-76.

ولم يمكن استمدادها من هذه القوانين الوطنية، وهو نظام تأخذ به التشريعات اللاتينية، أما الأنظمة الأنجلو سكسونية فتلتزم فيها هيئات التحكيم بالأخذ بأحكام القانون⁽¹⁾.

قد لا يهدف الطرفان من تخويل المحكم مهمة التحكيم بالصلح تعطيل تطبيق قواعد القانون الوطني الواجب التطبيق على موضوع النزاع أصلاً بسبب عجز هذا القانون عن إعطاء حلول عادلة، بل يهدفان إلى إتاحة الفرصة للمحكم الطليق للبحث عن الحل العادل للنزاع المعروض عليه ولو لم يستمد من هذا القانون؛ ذلك أن هيئة التحكيم الطليق حين تحاول تطبيق الحق العادل تضطر لتجاوز القانون الوطني الذي لا تجد فيه هذا الحل، إنما تفعل ذلك باسم القانون ذاته، لأنه هو نفسه يجيز له القيام بتلك المحاولة إعمالاً لإرادة الطرفين التي اتجهت إلى ذلك.

ويعني ذلك قيام التحكيم الطليق على فكرة مؤداها أن الأطراف قد ارتضوا عدم صدور حكم التحكيم وفقاً للقواعد المباشرة لقانون وطني معين دون أن يكون لهيئة التحكيم باسم العدالة رفض تطبيق اتفاق أبرماه وفقاً للقانون، بحيث يتعين على هيئة التحكيم مراعاة شرط هذا الاتفاق في حكمه دون إلغائها أو تحريفها أو تجاوزها طالما جاءت موافقة للقانون الذي استندت عليه⁽²⁾.

وبالتالي فإنه يجب عدم النظر في الصلاحية التي منحها الأطراف لهيئة التحكيم في التحكيم الطليق بأن لا تطبق قواعد القانون بتفاصيلها، على أنها تعني تنازل من جانبها بعدم الرضوخ لأي قانون، بل يجب النظر إلى هذه الصلاحية على أنها تسمح بنوع من التكامل بين مجموعة أو توكيية من المعايير المختلفة التي تستطيع هيئة التحكيم الطليق أن تستخلص من

(1) الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، مرجع سابق، ص 109.

(2) Bernardo, M. Gremades (1999). The impact of international arbitration on the development of business law, London, p. 526

مجموعها قاعدة يراها أكثر ملاءمة لحل النزاع المعروض عليها، مما يعني في المحصلة تعظيم سلطات هيئة التحكيم بشأن طريقة حل هذا النزاع.

وعلى أساس هذا المفهوم، لا ينبغي القول بتعارض العدالة مع القانون، بل يمكن القول باتجاه القانون نحو توسيع مصادره بما يسمح بحل النزاع على ضوء الاعتبارات أو الظروف المتباينة التي لا يمكن مراعاتها فيما لو أخضعت هيئة التحكيم للقواعد المحصنة للقانون الوطني دون سواه بما يحقق العدالة.

ويزيد من تقارب التحكيم الطليق من قضاء العدالة وفقاً للمفهوم المتقدم، أن كلا منهما لا ينتكر للقانون ولا ينكره، ذلك أن قضاء العدالة قد أسفر بمرور الزمن عن خلق قواعد خاصة شكلت في مجموعها هذا القضاء، كقضاء متميز له ذاتيته واستقلاله عن قضاء محاكم القانون المشترك، إلا أن قضاء العدالة كان دائماً محاولة لتفسير قواعد القانون المشترك الذي أوجبه الضرورات المتعلقة بمحاولة تجنب الحدة والقسوة التي كانت تتضمن تلك القواعد⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس يكون للتحكيم الطليق مفهوم موضوعي وليس مجرد مفهوم شخصي يعتمد على الفهم الشخصي أو الذاتي لهيئة التحكيم لتقرير الح لول الموضوعية للنزاع، ويستقيم المفهوم الموضوعي للتحكيم الطليق مع الجانب النفسي للمتعاقدين، فهما يريدان العدالة في إطار القانون، فأطراف النزاع وإن أخرجوا النزاع من نطاق اختصاص قضاة المحاكم الوطنية خشية من تطبيقهم للقوانين الوطنية القاسية التي لا تعطي حلاً عادلاً للنزاع⁽²⁾.

(1) حزون، جورج، وعبيدات، رضوان (2006). إلزامية قرارات التحكيم، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الكويت، العدد 26، إبريل، ص468.

(2) Albert Jan Van Den Berg (2002). International Commercial Arbitration ICCA, International Arbitration Congress, London, p. 30.

وبناءً عليه فإنه ليس صحيحاً ما ذهب إليه البعض من أن المحكم بالصلح (الطلاق) يجري صلحاً ولا يحكم، ويترتب على هذا الرأي بأنه ما دام المحكم يجري صلحاً فإنه لا يملك تجريد أحد الطرفين من كامل ما يتمسك به من حقوق، وإلا كان هذا الصلح مصيدة غير معقولة وكان أداة للنزول عن كامل حقوق الخصم، وهو لم يتنازل وما رغب في النزول عنها جميعاً، وإنما شاء فقط أن ينزل عن بعضها مقابل أن ينزل خصمه أيضاً عن بعض ما يتمسك به أو يعترف له بحقه أو بعضه⁽¹⁾.

تؤكد نصوص القوانين الوطنية أن المحكم الطليق لا يجري صلحاً، وإنما يفصل أو يبيت أو يحكم في نزاع، وهو ما نصت عليه المادة (36/د) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (4/39) من قانون التحكيم المصري التي تنصان بأن هيئة التحكيم في التحكيم الطليق تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون. إن المحكم الطليق لا يتمتع بمجرد سلطة، وإنما يقوم بمهمة حقيقية شأنه في ذلك شأن قاضي المحاكم القضائية، وهي مهمة الفصل في النزاع باستخدام جميع سلطاته التي يستمدّها من ولايته بالنزاع كمحكم طليق ويكون قد ارتكب خطأ إذا لم يباشر هذه السلطات⁽²⁾. وترتيباً على ذلك، إذا كان المحكم طليقاً واقتصر على تطبيق قواعد القانون برغم ما فيها من صرامة، كما يفعل المحكم المقيد، فإنه قد يواجه حكمه بدعوى التعويض عن هذا الخطأ، كما يواجه حكمه بدعوى البطلان متى كان على مقتضى تلك القواعد قد تعارض مع العدالة، لأنها هي الهدف النهائي أو الغاية الأخيرة لاتفاق الطرفين على التحكيم الطليق⁽³⁾.

(1) أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص182.

(2) الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، مرجع سابق، ص114.

(3) ناصيف، حسام الدين، المرجع السابق، ص94.

ولا شك أن تلك السلطات التي يباشرها المحكم الطليق، في نطاق مهمته المذكورة، أوسع بكثير من تلك التي يتمتع بها المحكم المقيد، الأمر الذي استوجب توافر شروط خاصة لصحة التحكيم الطليق⁽¹⁾.

المبحث الثاني

شروط صحة التحكيم بالصلح (الطليق)

لكي يكون التحكيم بالصلح صحيحاً، فإن هناك شروط يجب أن تتوافر لأن هذا النوع من التحكيم، وإن كان مطلقاً في تعاطي هيئة التحكيم وتقييم أدعاءات الأطراف وطريقة الوصول إلى حكم التحكيم من خلال تطبيق قواعد العدل والإنصاف، إلا أنه توجد شروط يتطلب توافرها ليكون التحكيم الطليق صحيحاً، لذلك سأقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب؛ أتناول في المطلب الأول وجود اتفاق صريح بين الأطراف على التحكيم الطليق، وفي المطلب الثاني تقييد المحكم الطليق بحدود النزاع المعروف عليه، وفي المطلب الثالث احترام المحكم الطليق للمبادئ الناظمة لخصومة التحكيم، وفي المطلب الرابع مراعاة القواعد الإجرائية وتلك الواردة في قانون التحكيم، وفي المطلب الخامس يتناول مراعاة قواعد النظام العام المتعلقة بموضوع النزاع.

المطلب الأول: وجود اتفاق صريح بين الأطراف على التحكيم بالصلح:

بما أن هيئة التحكيم مفوضة بالصلح ولها ولاية الفصل في النزاع المطروح عليها وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف وعدم إخضاعه لأي قانون وطني، فإنه يتوجب منح هيئة التحكيم تلك الولاية بموجب اتفاق صريح بين الطرفين من خلال شرط التحكيم الوارد في العقد أو باتفاق

(1) الصوراني، مهندس، المرجع السابق، ص178.

مستقل، ولذلك يترتب على قيام هيئة التحكيم بالفصل بالنزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون وجود اتفاق صريح ببطلان حكم التحكيم⁽¹⁾.

وقضت محكمة استئناف باريس بأنه: "إذا فصل المحكم بالنزاع دون وجود اتفاق صريح مكتوب، وكان الحكم مستند على قواعد العدالة والإنصاف كان حكم التحكيم باطلاً"⁽²⁾، وكذلك فإنه لا يكفي لإبطال حكم التحكيم استخدام هيئة التحكيم لعبارة تحكيم طليق وإنما العبرة بأن يكون الحكم مستند على قواعد العدالة والإنصاف دون وجود اتفاق صريح⁽³⁾، ولقد قدمنا أن الاتفاق على التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وإلا وقع باطلاً، ويجب أن يتوافر شرط الكتابة في التحكيم الطليق من باب أولى نظراً لخطورته، كما يجب استخلاص الاتفاق عليه بحذر شديد وتفسيره تفسيراً ضيقاً لحقوق الخصوم⁽⁴⁾.

لقد بينا أن الاتفاق على التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وإلا وقع باطلاً، ويجب أن يتوافر شرط الكتابة في التحكيم بالصلح من باب أولى نظراً لخطورته، كما يجب استخلاص الاتفاق عليه بحذر شديد وتفسيره تفسيراً ضيقاً لحقوق الخصوم⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: تقييد المحكم بالصلح بحدود النزاع المعروف عليه:

يجب على المحكم بالصلح احترام مبدأ محدودية النزاع، فلا يجوز له أن يمد ولايته إلى مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم، وبالتالي يجب عليه التقيد بطلبات الخصوم، كما يجب عليه أن يفسر الطلب الضمني تفسيراً ضيقاً، بحيث لا يفصل في طلب ضمني لأحد الخصوم ما لم يكن

(1) القصاص، عيد محمد (2007). حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، ص267.

(2) قرار محكمة استئناف باريس، صادر بتاريخ 4 شباط 1966م، وكذلك قرار محكمة النقض المصرية رقم 5529 لسنة 66ق، جلسة 1998/7/11م، أشار إليه: حداد، حمزة، المرجع السابق، ص154.

(3) أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص87.

(4) أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص185.

(5) أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص185.

هذا الطلب نتيجة حقيقية مباشرة ل طلب الأصلي، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الموجهة لخصومة التحكيم شأنها شأن الخصومة القضائية حين يتعلق بمبدأ آخر، هو مبدأ احترام حقوق الدفاع⁽¹⁾.

وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى أنه : "استقر الاجتهاد على أنه إذا فوّض طرفاً عقد التحكيم المحكم بأن يحكم في النزاع دون التقيد بالأصول والقانون فيلزم فريق النزاع بهذا العقد ما دام أنه غير ممنوع بقانون أو نظام وليس مخالفاً للنظام العام والآداب عملاً بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين"⁽²⁾.

ومع هذا يتمتع المحكم بالصلاح بحرية الحركة في نطاق موضوع النزاع فيقرر بعض المسائل التي يقتضيها سعيه نحو الوصول إلى حل عادل له ولو لم يثر الخصوم تلك المسائل في طلباتهم، كما لو قرر المحكم المقاصة بين حقوق الطرفين بما لم يخرج عن موضوع النزاع أو قرر قيام التضامن في الدين ولو لم يطلب ذلك أ حد الخصوم، أو قرر عدم التزام رئيس الشركة بإرسال صورة من جدول الأعمال مع الدعوة التي يوجهها لعقد جمعيتها العمومية متى لم ينشأ هذا الالتزام من قاعدة متعلقة بالنظام العام⁽³⁾.

تستند الحرية التي يتمتع بها المحكم بالصلاح إلى اعتبارات مختلفة، منها أن يتمتع بنفس السلطات التي يستمدّها الخصوم من القواعد المكملّة أو المفسّرة في القانون ومن ثم يملك استبعاد هذه القواعد بغير اتفاق، ومنها أن المحكم الطليق مطالب كالمحكم المقيّد بحل جميع المشكلات التي يكون حلها مسبقاً لازماً للفصل في النزاع الذي يتصدى له والمشكلات التي يعتبر ح لها

(1) الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص113.

(2) تمييز حقوق رقم 1991/257م تاريخ 1991/3/16م، منشورات مركز عدالة.

(3) عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص250.

مسألة فرعية تابعة أو مسألة لا ملاذ من تعرضه لها بحسب طبيعة النزاع المعروض عليه باتفاق التحكيم الذي يعتبر قانون الأطراف⁽¹⁾.

المطلب الثالث: احترام المحكم بالصلح للمبادئ الناظمة لخصومة التحكيم:

من الواجب أن يتقيد المحكم بالصلح بالقواعد المتعلقة بالنظام العام، وهي فقط القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي وكذلك المتعلقة بالنظام العام الإجرائي، وبالتالي يلتزم المحكم التطبيق المفوض بالصلح باحترام المبادئ الأساسية الناظمة لخصومة التحكيم⁽²⁾.

يترتب على مخالفة المحكم لهذه المبادئ بطلان إجراءات التحكيم ومن ثم بطلان حكم التحكيم بطلاناً مطلقاً⁽³⁾، وتتص المادة (25) من قانون التحكيم الأردني على أن: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه"، وذلك دون تفرقة بين التحكيم المقيد والتحكيم الـ طليق، كما تضمن هذا القانون نصوصاً منظمة لإجراءات التحكيم وتكفل احترام المبادئ الأساسية لخصومة التحكيم، كمبدأ المساواة في معاملة الخصوم ومبدأ المواجهة ومبدأ احترام حقوق الدفاع سواء تعلّق الأمر بالتحكيم المقيد أو بالتحكيم الطليق⁽⁴⁾.

وتأكيداً لذلك نصت المادة (49/ب) من القانون المذكور على أن تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة الأردنية الهاشمية، وبالتالي لا يجوز للمحكم بالصلح مباشرة ولايته بالنزاع دون إعطاء الخصوم حق الدفاع وإعلامهم، علماً بمواعيد الجلسات في الوقت المحدد لتمكينهم من المثول

(1) عبد الفتاح، عزمي (2008). التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط 1، ص 250-251.

(2) أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 179.

(3) الأحمد، محمد حسين، المرجع السابق، ص 58.

(4) انظر: المواد من (24-35) من قانون التحكيم الأردني.

أمام هيئة التحكيم، كما يجب عليه تمكين كل من الطرفين من العلم بدفاع ومستندات الطرف الآخر في الوقت المناسب أيضاً لإعداد دفاعه.

لكن ليس هناك ما يمنع المحكم بالصلح من أين يلجأ مباشرة إلى بعض الإجراءات ولو لم يطلب أحد الأطراف اتخاذها كأن تستمع هيئة التحكيم إلى أحد الشهود أو تستجوب أحد ، أو تستشير أحد الخبراء، وذلك كله دون إخلال بمبدأ المواجهة، لا سيما بعد إقفال باب المرافعة، حيث يتمتع على هيئة التحكيم - ولو كان طليقاً - قبول أي دفاع أو أي مستند أو القيام بأي عمل إجرائي آخر في غيبة الخصوم، فإذا حدث شيء من هذا فيتوجب على هيئة التحكيم إعادة الدعوى إلى المرافعة لكفالة مبدأ المواجهة⁽¹⁾.

المطلب الرابع: مراعاة القواعد الإجرائية الاتفاقية وتلك الواردة في قانون التحكيم:

تنص المادة (24) من قانون التحكيم الأردني على أنه : "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون. ففي ضوء هذا النص ، يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم الطليق، وفي حال عدم الاتفاق تطبق هيئة التحكيم الطليق الإجراءات التي تراها مناسبة مراعية بذلك الأحكام الواردة بهذا الخصوص في قانون التحكيم.

ولكن نجد أن الإجراءات الواجب اتباعها ، هي الإجراءات الأساسية في حقوق الخصوم، هذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بقولها : "أن مواد قانون أصول المحاكمات المدنية نصت على سريان أحكامه على جميع المسائل التي ترفع إلى المحاكم ولم تنص على سريانه على إجراءات التحكيم كما لم ينص قانون التحكيم على وجوب تحرير محضر بإجراءات

(1) الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص116.

التحكيم، وأن عدم تحرير محضر لإجراءات التحكيم لا يجعل القرار باطلاً أو مخالفاً للنظام العام⁽¹⁾.

إن نص المادة (24) من قانون التحكيم الأردني لم يفرق بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح مما يعني التزام المحكم بالصلح بالقواعد الإجرائية التي يتفق عليها الطرفان وبالقواعد الإجرائية المقررة بشأن التحكيم، ويتوجب التزام المحكم بالصلح باحترام القواعد الإجرائية الاتفاقية، لأن الشروط الاتفاقية التي يقرها الطرفان تتكامل مع اتفاق التحكيم، ومن ثم لا يجوز أن يصدر المحكم بالصلح حكمه بالمخالفة لهذه الشروط وإلا كان حكمه باطلاً لتجاوزه حدود ذلك الاتفاق. يرى البعض أن حكم المحكم بالصلح لا يتعرض للبطلان بسبب مخالفته للقواعد الإجرائية الاتفاقية ما لم يكن أحد الطرفين قد اعترض على هذه المخالفة أثناء الإجراءات ويكون الأمر كذلك أيضاً فيما لو خالف المحكم بالصلح القواعد الإجرائية المقررة في باب التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلافها، حيث تمثل تلك القواعد الحد الأدنى من الإجراءات التي يجب على المحكم احترامها في خصومة التحكيم، مما يبرر إبطال حكم التحكيم إذا بني على إجراءات مخالفة اعترض عليها أحد الخصوم⁽²⁾.

ومن بين القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون التحكيم الأردني⁽³⁾ تلك التي تتعلق بالنظام العام الإجرائي كالقاعدة التي توجب تسبيب الحكم، ذلك أن تسبيب حكم المحكم - ولو كان طليقاً - يعد هو الوسيلة الوحيدة التي تسمح لقاضي الدولة بالرقابة على هذا الحكم

(1) تمييز حقوق رقم 2007/810 تاريخ 2007/5/16م، منشورات مركز عدالة.

(2) والي، فتحي، المرجع السابق، ص 7-8.

(3) انظر: المادة (41/ب) من قانون التحكيم الأردني.

لضمان عدم تأسيهه على أسباب تحكيمه من جانب المحكم، أو عدم اعتماده على إجراءات لم تراعى فيها المبادئ الأساسية الموجهة للخصومة كمبدأ المواجهة ومبدأ كفالة حقوق الدفاع⁽¹⁾. هذا ومع ملاحظة أن التحكيم سواء كان بالقانون أو بالصلح لا يلتزم المحكم بتسبب حكمه إذا اتفق الطرفان على عدم ذكر الأسباب أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم⁽²⁾، كما يلاحظ أن المحكم بالصلح وإن التزم بتسبب حكمه، إلا أنه يتمتع بقدر من المرونة في ذكر أسبابه، إذ يكفي فيها أن تكون كافية لفهم الحكم ولو لم تتضمن بالتفصيل جميع العناصر التي اعتمد عليها الحكم⁽³⁾.

المطلب الخامس: مراعاة قواعد النظام العام المتعلقة بموضوع النزاع:

لا يعني تخويل المحكم مهمة التحكيم بالصلح ومن ثم إعفاؤه من التطبيق الجامد أو المتشدد لقواعد القانون بغية الوصول إلى حل عادل وملائم للنزاع أن يخالف قواعد النظام العام، إذ أنه يستطيع - والحال كذلك - غض الطرف عن القواعد المتعلقة بالنظام العام في خصوص موضوع النزاع، ولذلك يلتزم المحكم بالصلح باحترام هذه القواعد تماماً كما يلتزم باحترام القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام⁽⁴⁾.

هذا ولم يتضمن نص المادة (36/د) من قانون التحكيم الأردني إشارة إلى هذه المسألة، لذلك أقترح إعادة نص هذه الفقرة ليصبح على النحو الآتي : "د- يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون عدا ما تعلق منها بالنظام العام". يبنى على

(1) انظر: المادة (41/ب) من قانون التحكيم الأردني.

(2) أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 184.

(3) والي، فتحي، المرجع السابق، ص 7-8.

(4) والي، فتحي، المرجع السابق، ص 8-9.

ذلك أنه لا يجوز للمحكم بالصلح وهو يفصل في موضوع النزاع، أن يتصدى للمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم كمسائل الحالة المدنية والإفلاس وحقوق الملكية الفكرية في جانبها الأدبي⁽¹⁾، فإذا تضمن اتفاق التحكيم تخويل المحكم مهمة الفصل في مثل هذه المسائل وجب عليه الحكم ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام، فإذا لم يقرر هذا البطلان وفصل في تلك المسائل تعرض حكمه للبطلان المطلق بسبب مخالفته لقواعد النظام العام، بموجب المادة (49/ب) من قانون التحكيم الأردني التي تنص: "تقضي المحكمة المختصة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المحكمة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها".

المبحث الثالث

قواعد العدالة والإنصاف الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم بالصلح

بما أن المحكم بالصلح مطالب بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف، فإن السؤال يثور عن مضمون هذه القواعد، فهل هي قواعد العدالة والإنصاف بمفهومها الذي كان سائداً في العصور الوسطى، أم هناك مفهوماً آخر لها؟

لقد تمثل مضمون العدالة في العصور الوسطى في الأفكار التي طبقتها محكمة المستشار في إنجلترا على الدعاوي التي كان يحيلها إليه من الملك ويفصل في تلك الدعاوي دون التقيد بشكليات القانون المشترك، ودون الاصطدام بجموده وشدته، ووفقاً لهذه المفاهيم كان يجب أن يكون سلوك الأطراف مطابقاً لما يوجبه الضمير الحق والخلق القويم⁽²⁾.

(1) الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ص 264.

(2) الزعبي، محمد داود، مرجع سابق، ص 148.

فإذا كانت الحقوق المقررة لأحد الأطراف في القانون المشترك تجيز له القيام بأعمال قانونية معينة في مواجهة الطرف الآخر، وكان من شأن تلك الحقوق الإضرار بهذا الأخير، فإن قواعد العدالة توجب امتناع ذلك الخصم عن القيام بتلك الأعمال من تلقاء ذاته، فإن لم يمتنع عن ذلك استناداً إلى ضميره هو، توجب إخضاعه لعقوبة بدنية يكون من شأنها إيقاظ ذلك الضمير.

وهذه العدالة لا تنكر الحقوق التي يقرّها القانون المشترك وإنما توجب أن تراعي المحكمة حالة الخصوم وسلوكهم، وقد عرفت هذه العدالة بالعدالة الوجدانية أو العدالة المثالية، إذ كانت تمثل أعلى مراتب العدل وتضحي من أجل ذلك بشكليات القانون من أجل هدف أسمى، كما أنها كادت تنسب إلى الضمير، وتأخذ بعين الاعتبار مخافة الله ومن ثم كانت تبلغ بالقاضي الذي يحكم على مقتضاها مرتبة يعجز القاضي الذي يطبق القانون بحذافيره عن بلوغها ألا وهي مرتبة العدل المطلق الذي أرساه "جستتيان" على مبادئ ثلاثة هي: عش شريفاً ولا تؤذ غيرك، واعد لكل ذي حق حقه، وهي مبادئ اشتهرت كذلك لدى الفقيه الروماني "البيانوس"⁽¹⁾.

إن العدالة تعدّ غاية وليست وسيلة، لذلك فإن هيئة التحكيم بالصلح تتمتع بحرية اختيار الوسائل التي تقودها إلى تحقيق هذه الغاية، وتبحث هيئة التحكيم بالصلح عن هذه الوسائل بطريقة تجريبية تفترض وجود مصادر متعددة ومتنوعة للقاعدة القانونية التي يترتب على تطبيقها تحقيق العدالة⁽²⁾، فقد تحاول هيئة التحكيم البحث عن القاعدة في العادات التجارية الجارية وقد تجدها راسخة في فكرة التوازن العقدي بين الأطراف، وقد تتلمسها في حرصها على تحقيق أعلى مراتب العدل للأطراف.

(1) والي، فتحي، مرجع سابق، ص188.

(2) الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ص154.

ولا يوجد ما يمنع هيئة التحكيم بالصلح أن تطبق قاعدة مستمدة من العادات والأعراف التجارية أو من المبادئ المشتركة في القانون أو من قواعد قانون دولة أجنبية معينة أو من قواعد القانون الوطني ذاته الذي كان ينطبق أصلاً على النزاع فيما لو لم يتفق الطرفان على التحكيم بالصلح⁽¹⁾.

إن الحرية الكبيرة التي تتمتع بها هيئة التحكيم الطليق في اختيار القواعد المحققة للعدالة تجد سندها في أن اتفاق التحكيم الذي لا يلزمه في التقيد بقواعد القانون الموضوعي، ولا يفرض عليه التزاماً بعدم تطبيق هذه القواعد على موضوع النزاع، وإنما يخوله صلاحية تتيح له الخيار بين تطبيقها وعدم تطبيقها حسب ما يراه محققاً للعدالة، ومن ثم قد لا تجد هيئة التحكيم الطليق هذه العدالة في تطبيق قواعد القانون الوطني ذاته الذي ينطبق أصلاً فيما لو لم يتفق الطرفان على تخويلها تلك الصلاحية⁽²⁾.

وبعد هذا التمهيد الموجز، سأقوم بدراسة قواعد العدالة والإنصاف الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم بالصلح من خلال مطلبين؛ يتناول الأول نطاق تطبيق التحكيم الدولي بالصلح لقواعد العدالة والإنصاف، أما المطلب الثاني فيبحث في قواعد العدالة التي يطبقها المحكم بالصلح.

(1) رضوان، أبو زيد، المرجع السابق، ص74.

(2) عبد الفتاح، عزمي، المرجع السابق، ص250.

المطلب الأول: نطاق تطبيق التحكيم الدولي بالصلح لقواعد العدالة والإنصاف:

لقد أجازت اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي المتعددة للأطراف الاتفاق على إعطاء هيئة التحكيم الدولية مهمة المحكم الطليق، فقد نصت المادة (2/7) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961م على أنه: "يفصل المحكمون في النزاع كمحكمين طلقاء، إذا اتجهت إلى ذلك إرادة الطرفين وكان التحكيم الطليق جائزاً وفقاً للقانون المنظم لإجراءات التحكيم".

ونصت المادة (3/42) من اتفاقية واشنطن لعام 1966م بشأن تسوية منازعات الاستثمار على إعفاء محكمة التحكيم من التقيد بقواعد القانون ومبادئ القانون الدولي، متى استخدمت رخصة التحكيم الطليق بناءً على اتفاق الطرفين، كما نصت المادة (4/13) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية على أن: "يتمتع بسلطات المحكم الطليق إذا اتفق الطرفان على تخويله هذه السلطات".

وتنص المادة (د/36) من قانون التحكيم الأردني: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

باستعراض هذه النصوص، نجد أنها تجيز التحكيم بالصلح في النزاع المعروف بشرط وجود اتفاق بين الطرفين يخول هيئة التحكيم هذه المهمة، وبالرغم من أن النصوص الواردة في الاتفاقيات سابقة الذكر لم تشترط أن يكون اتفاق التحكيم بالصلح صريحاً، إلا أن هذا الشرط يمكن فهمه ضمناً باعتبار أن هذا النوع من التحكيم يخول هيئة التحكيم سلطات واسعة لا يتمتع

بها المحكم بالقانون، مما يستوجب أن يكون ذلك الاتفاق صريحاً لخروجه على الأصل العام والذي درجت عليه اتفاقات التحكيم⁽¹⁾.

هذا وقد أكدت المادة (3/28) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري شرط الاتفاق الصريح على التحكيم الطليق بقولها بأن : "لا تفصل محكمة التحكيم في النزاع على مقتضى التحكيم الطليق إلا إذا أجاز الطرفان ذلك صراحةً".

هذا ولا تختلف شروط التحكيم بالصلح عن شروط التحكيم بالقانون في النظام الداخلي وهي وجود الاتفاق الصريح وتقييد هيئة التحكيم بحدود النزاع المعروض عليها، واحترام المبادئ الأساسية الموجهة لخصومة التحكيم، ومراعاة قواعد النظام العام في الدولة التي يطلب إليها تنفيذ حكم التحكيم فيها تستوي في ذلك القواعد الإجرائية أو القواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام، وإلا تعرض حكم هيئة التحكيم للبطلان أو لعدم تنفيذه في إقليم تلك الدولة⁽²⁾.

كذلك لا تختلف مهمة هيئة التحكيم بالصلح عن مهمة التحكيم بالقانون في النظام الوطني إلا بخصوص الحكم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف باعتبار ذلك الهدف النهائي من التحكيم بالصلح⁽³⁾.

إن هذا النوع من التحكيم بواسطة التغلب على مشكلة تنازع القوانين في موضوع النزاع المحال على التحكيم، بخاصة أن المنازعات الناشئة عن العقود الدولية طويلة الأجل هي التي قد يصدم حسنها بجمود القواعد القانونية وشكلياتها وصرامتها بل وفراغها من قواعد مناسبة لحل النزاع وذلك بعكس المنازعات الناشئة عن العقود قصيرة الأجل إذ غالباً ما تتضمن القوانين الوطنية القواعد التي تحكمها فضلاً على اعتبارها عقوداً عادية نشأت بمناسبة أعراف وعادات

(1) عبد الفتاح، عزمي، المرجع السابق، ص 251-252.

(2) حداد، حمزة، مرجع سابق، ص 152.

(3) الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ص 117.

تجارية تجد فيها هيئة التحكيم قواعد محددة مسبقاً تصلح لحل النزاع وتعفيه من مهمة البحث عن قواعد تحقق العدالة لأطراف العقد وهي المهمة التي قد تحتار فيها هيئة التحكيم الطليق وهي بصدد البحث عن تلك القواعد⁽¹⁾.

المطلب الثاني: ماهية قواعد العدالة التي يطبقها المحكم بالصلح:

تستمد هيئة التحكيم الدولي بالصلح قواعد العدالة من مصادر مختلفة ومتنوعة بين عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة المشتركة في القانون، فضلاً على نصوص القوانين الوطنية ذاتها سواء تلك التي تنطبق أصلاً على النزاع فيما لو لم يتفق على التحكيم الطليق أو تلك التي تراها هيئة التحكيم الطليق أكثر عدالة أو ملائمة لحل النزاع⁽²⁾، وهذا الأمر يفرض على الهيئة اتباع طريقة التجربة والقياس لتحديد القواعد التي تراها كذلك، وقد تؤدي لها هذه الطريقة إلى تطبيق عادات أعراف التجارة الدولية أو تطبيق شروط العقد الموضوعية أو تطبيق أي قواعد تستمدّها من مصدر آخر إذا رأتها محققة للعدالة⁽³⁾.

وسأقوم بدراسة هذه القواعد من خلال فرعين؛ يتناول الفرع الأول عادات وأعراف التجارة الدولية، أما الفرع الثاني فيتناول الشروط العقدية وفكرة توازن العقد.

الفرع الأول: عادات وأعراف التجارة الدولية:

يرى بعض الفقه أن التحكيم بالصلح هو الذي ينتهي بحكم تحكيم طليق إلا من عادات وأعراف التجارة الدولية وأن هذه العادات والأعراف تكون بمثابة قانون اختصاص⁽⁴⁾.

(1) والي، فتحي، المرجع السابق، ص190.

(2) الزعبي، محمد عبد الخالق، المرجع السابق ص278-289.

(3) الجداوي، أحمد، المرجع السابق، ص18.

(4) رضوان، أبو زيد، المرجع السابق، ص73.

وإذا كانت قواعد العدالة والإنصاف تشكل مصدراً من مصادر القانون تساعد القاضي في الوصول إلى الحل عند غياب النص والعرف، وهي هنا بمثابة الم صدر الرسمي الشكلي أي عندما ينص القانون على الإحالة فيها.

وهذه القواعد تتحول عند السؤال عن مصدرها المادي أي عملية تأصيل وتجذير منبعها وتكون مادتها الأولية وفكرتها إلى مجموعة العادات والأعراف المهنية والتجارية، وعلى ذلك تأخذ فكرة العدالة في التحكيم التجاري الدولي غالباً منشأها ومنبعها من مصدر مهني تجاري وليد المعاملات والاحتكاكات المادية، بينما نتذكر على سبيل المقارنة إن فكرة العدالة في القانون لطالما انبثقت من ينبوع فلسفية مجردة ويبدو هذا ما أبقى الهوة قائمة بينها وبين القوانين الوضعية⁽¹⁾.

إن استهداف هيئة التحكيم للعدالة قد يجعلها تنأى بعيداً عن عادات وعراف التجارة الدولية فلا تطبقها إذا رأت أنها لا تحقق العدالة المنشودة، وذلك فضلاً عن أن تطبيق هذه العادات والأعراف ليست مقصورة على هيئة التحكيم الطليق الدولية أو الوطنية، إذ قد تطبقها أيضاً هيئة التحكيم غير الطليق سواء بسبب اختيارها من جانب الأطراف أو بسبب اعتبارها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بحسب قواعد الإسناد أو بسبب الطبيعة التجارية الدولية للتعامل موضوع النزاع، وتتفق معظم القوانين الوطنية مع اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي على إلزام هيئة التحكيم بمراعاة عادات وأعراف التجارة الدولية، سواء كانت هيئة التحكيم طليقة أو غير ذلك⁽²⁾.

(1) عبد الفتاح، عزمي، المرجع السابق، ص 254.

(2) المصري، حسني، المرجع السابق، ص 424.

وقد جاء في قانون التحكيم الأردني في الفقرة (د) من المادة (36): "يجوز لهيئة التحكيم

إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح في موضوع النزاع على مقتضى قواعد

العدالة والإنصاف"، وكان قد أورد في الفقرة (ج) أنه: "في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة

التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ بعين الاعتبار

الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين".

نلاحظ هنا من ظاهر النص وترتيب فقراته أن المشرع الأردني قد خالف معظم

التشريعات الأخرى في هذا الشأن، لأن الفقرة المتعلقة بضرورة الأخذ بعين الاعتبار الأعراف

الجارية والعادة المتبعة قد جاءت بعد الحديث عن القانون الواجب التطبيق في الفقرة (أ) عند

اتفاق الأطراف وبعد الفقرة (ب) عند عدم اتفاق الأطراف بحيث تطبق القواعد الأكثر اتصالاً في

النزاع، وبذات الوقت فقد سبقت الفقرة (د) التي تتحدث عن التحكيم مع التفويض بالصلح الأمر

الذي يعني وفقاً للتفسير الموضوعي، أنها تتسحب على الفقرتين (أ، ب) ولا تشمل الفقرة (د) مما

يعني معه أن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح غير ملزمة بالأخذ بعين الاعتبار الأعراف الجارية

والعادات المتبعة دون أن يتمتع عليها ذلك.

وبذلك يكون المشرع الأردني قد خالف معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية وأنظمة

ولوائح مراكز التحكيم الدولية، مع ذلك وبعد التمعن، فالمشرع الأردني ربما لم يقصد أن لا تشمل

أحكام الفقرة (ج) التحكيم مع التفويض بالصلح في الفقرة (د) سيما وأنه أعطى هيئة التحكيم

مراعاة العادات والأعراف في التحكيم بالقانون، فمن باب أولى أن يعطي هذه الصلاحية لهيئة

التحكيم بالصلح.

ومن هنا أقترح على المشرع الأردني إعادة ترتيب فقرات المادة (36) من قانون التحكيم

الأردني، حسماً لأي غموض حول مسألة مراعاة هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع

شروط العقد والأعراف الجارية والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، بحيث تصبح الفقرة (د) في موقع الفقرة (ج) وتصبح الفقرة (ج) الفقرة الأخيرة في تلك المادة وتسميتها بالفقرة (د).

يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من الالتزام بأحكام القانون بحيث تخرج الخصومة من إطار التحكيم بالقضاء إلى التحكيم بالصلح، ولكن يتوجب أن تلتزم هيئة التحكيم باحترام قواعد النظام العام، وقد أخذت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة ولوائح هيئات التحكيم بهذا النظام.

ونشير هنا إلى المادة (3/39) من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه: "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع الأعراف الجارية في نوع المعاملة"، وقد ورد هذا النص قبل الفقرة (4) من نفس المادة التي تجيز الاتفاق على التحكيم بالصلح، مما يعني أن مراعاة هذه الأعراف ليس حكراً على المحكم بالصلح، حيث يجب على المحكم بالقانون مراعاتها عند الفصل في النزاع.

ونصت الفقرة الثالثة والأخيرة من المادة (33) من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة على أن: "تأخذ محكمة التحكيم في اعتبارها، في جميع الأحوال، العادات التجارية الجارية في نوع المعاملة مثال النزاع، وهو نفس النص المذكور حرفياً في الفقرة الرابعة والأخيرة من المادة (28) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

ويجب الإشارة هنا أن اتفاق الأطراف على تطبيق هيئة التحكيم لأعراف وعادات التجارة الدولية لا يعني بالضرورة تخويل هيئة التحكيم مهمة التحكيم المطلق، لأن مراعاة هذه العادات والأعراف واجب سواء على هيئة التحكيم الطليق أو غير الطليق⁽¹⁾.

(1) عبد الفتاح، عزمي، المرجع السابق، ص 255.

ويمكن ملاحظة ذلك من خلال الفقرة (ج) من المادة (36) من قانون التحكيم الأردني

الذي أشار إلى ضرورة مراعاة العادات المتبعة والأعراف الجارية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق سواء اتفق الأطراف أم لا على ذلك القانون، ومن ثم لا يجوز اعتبار المحكم بالصلح لمجرد تخويله سلطة تطبيق هذه القواعد، حيث لا يعتبر كذلك إلا إذا خوله الطرفان هذه المهمة باتفاق صريح.

وكذلك الأمر فإنه بينما يتقيد المحكم بالقانون بعادات وأعراف التجارة الدولية ويلتزم بتطبيقها في حالة وجودها، فإن هيئة التحكيم بالصلح تستطيع استبعاد هذه العادات والأعراف متى رأت أنها مجافية للعدالة من وجهة نظرها، ففي هذه الحالة لا تكون هيئة التحكيم التطبيق قد خالفت النص الذي يوجب عليها مراعاة عادات وأعراف التجارة الدولية لأن مراعاة هذه العادات والأعراف شيء وتطبيقها شيء آخر⁽¹⁾.

وبالتالي يكفي هيئة التحكيم بالصلح أن تكون قد بحثت عن تلك العادات والأعراف للكشف عنها، فإذا وجدت متعارضة مع العدالة التي تريدها بحسب طبيعة النزاع، فلا مشكلة عليها إن استبعدت تطبيقها وبحثت عن قواعد العدالة في مصدر آخر⁽²⁾.

وهنا يجوز القول بأن هيئة التحكيم بالصلح هي التي تحكم على مقتضى العدالة وليس فقط بموجب عادات وأعراف التجارة الدولية، لذا يرى بعض الفقه أنه "إذا منح الخصوم سلطة الفصل في النزاع معتداً بمبادئ العدالة دون التقيد بقواعد القانون، فإن هذا الاتفاق يقطع في الدلالة على اعتباره محكماً مصالحاً"⁽³⁾.

الفرع الثاني: الشروط العقدية وفكرة توازن العقد:

(1) عبد الفتاح، عزمي، المرجع السابق، ص 255.

(2) أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 187.

(3) أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 187.

في كل العقود التي تبرم بين الأشخاص، وأياً كان مضمون تلك العقود، فإنه قد يتضمن العقد موضوع النزاع شروطاً معينة مما قد يثير التساؤل عما إذا كان يجب على هيئة التحكيم الطليق الالتزام بهذه الشروط في بحثها عن العدالة، أم يجوز لها تجاوزها، أم تعديلها بالشكل الذي يحقق العدالة التي ينشدها الأطراف.

وبالعودة إلى الاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم التجاري الدولي المختلفة، نجد أن بعضها يعرض لهذه المسألة، ومن ذلك نص المادة (1/7) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي التي تقول: "يراعي المحكمون في الحالتين شروط العقد"، كما تضمنت المادة (5/13) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية نفس النص.

ونصت المادة (3/33) من قواعد تحكيم لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة على أنه: "في جميع الأحوال تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً ل عبارات العقد ..."، وهو نفس النص للمادة (4/28) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك المادة (36/ج) من قانون التحكيم الأردني الذي جاء فيها: "وفي جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع ...".

يتبين من هذه النصوص أنه يجب على هيئة التحكيم، سواء كان بالصلح أم بالقانون، مراعاة شروط العقد مثار النزاع تماماً، كما يجب عليها مراعاة عادات وأعراف التجارة الدولية، وذلك لأن التزام هيئة التحكيم بالصلح بمراعاة شرط أو قاعدة معينة شيء والتزامها بتطبيقها شيء آخرون إذ قد تضطرها غاية الوصول إلى العدالة إلى التضحية بشرط أو أكثر من شروط العقد متى رأت أنه يتعارض مع العدالة أو إلى تعديله بالنحو الذي يحقق العدالة عن طريق تحقيق توازن العقد بحيث تنسجم فكرة توازن العقد مع قواعد العدالة وتعادل الالتزامات بين الأطراف.

وعادة في م نازعات التحكيم يكون شروط العقد ومضمونه هما الهدف المحرك لهيئة التحكيم بالصلح، وعندما يختل بنيان تلك الشروط أو يتأثر هذا المضمون أثر ظروف غير متوقعة من جانب الأطراف عند إبرامه، عندها تعمل هيئة التحكيم على إعادة التوازن الاقتصادي الأصلي الذي كان عليه الأطراف وقت التعاقد والذي اختل أو ارتبك بسبب تلك الظروف⁽¹⁾.

وتيسيراً على هيئة التحكيم في مباشرة هذه المهمة، وحتى لا يثور الشك في السلطات التي تخولها مباشرتها، فإنه كثيراً ما تتضمن عقود التجارة الدولية الشروط المعروفة "بشرط الأزمة" التي بمقتضاها يجوز للأطراف إعادة بناء العقد كلما حالت دون تنفيذ ظروف اقتصادية غير عادية لها تأثيرها على البنود الأصلية التي كانت في اعتبارهما عند إبرامه والتي استندت إليها التزاماتها المشتركة، وذلك عندما يكون من شأن تلك الظروف الإخلال بتوازن العقد بطريقة ظالمة بسبب إلحاقها كل الضرر الناجم عنها بأحد الأطراف دون الآخرين⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس أبرمت شركة (Marine-Firminy & Schneider) اتفاقاً على إنشاء شركة مساهمة جديدة بطريق المزج بين بعض الشركات الوليدة التابعة لها، وبحيث يصبح للشركتين المذكورتين أغلبية الأصوات في شركة المساهمة الجديدة ت عرف باسم (Greusot-Loire) وبغرض ضمان المساواة التامة بين الشركتين المشار إليهما في مباشرة الرقابة على الشركة الجديدة قدماً مناصفة إلى شركة قابضة تعرف باسم (Marine-Schneider Holding) أسهماً تمثل 50.8% من رأس مال الشركة الجديدة، ولضمان استمرار المساواة التامة بين الشركتين الأصليتين أثناء حياة الشركة الجديدة تضمن الاتفاق الأصلي شرطاً لا يجوز بمقتضاه لأي منهما اكتساب أسهم أخرى في الشركة الجديدة حتى لا تنفرد بالسيطرة عليها، كما تضمن

(1) عبد الفتاح، عزمي، المرجع السابق، ص 252.

(2) عبد الفتاح، عزمي، المرجع السابق، ص 252-253.

نفس الاتفاق شرط إخضاع المنازعات التي تنشأ بينهما في هذا الشأن للتحكيم الطليق الذي تتولاه هيئة تحكيم معينة بموافقتهم المشتركة لمدة خمس سنوات، وعندما ثار النزاع بين الطرفين حول سلطات هيئة التحكيم الطليق، قضت محكمة باريس الابتدائية بأنه : " يجب على هيئة التحكيم أن تستلهم الروح التي سادت إبرام الاتفاق الأصلي، كما يجب عليها باعتبارها هيئة تحكيم طليقة أن تفصل في النزاع وفقاً لاعتبارات العدالة"⁽¹⁾.

كذلك قضي بصحة حكم هيئة التحكيم الطليق عندما لم يعتد بشرط وارد في عقد إنتاج فيلم سينمائي يخول للمنتج الحق في الحصول على نسبة من إيرادات الفيلم، حيث رأت هيئة التحكيم استبعاد هذا الشرط بسبب فشل توزيع الفيلم على غير المتوقع لكي يعيد للعقد توازنه تحقيقاً للعدالة، وهو حل لم يكن يؤدي إليه التطبيق الخالص لنصوص ذلك العقد، حيث لا يلتزم المحكم بتطبيقها تطبيقاً آلياً⁽²⁾.

لقد حاول بعض الفقه أن يجد أساساً قانونياً لسلطة هيئة التحكيم بالصلح في التخفيف من صرامة شروط العقد وإعادة توازنه على جانب من القول بأن هذه السلطة تعد نتيجة مباشرة لتخلي الطرفين بموجب اتفاق التحكيم بالصلح عن حقهما في التمسك بالتطبيق الدقيق عن حقوقهما الناشئة من التزاماتهما العقدية، ذلك أنه بمقتضى هذا الاتفاق لا يتخلى الأطراف عن إخضاع النزاع لأحكام القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فقط، بل يتخلون أيضاً عن إخضاعه للشروط العقدية ذاتها، وهي شروط تبدو وكأنها قانون مكمل بالنسبة للقاضي، ومن ثم

(1) أشار إلى ذلك: المصري، حسني، المرجع السابق، ص428-429.

(2) استئناف باريس الصادر بتاريخ 14 كانون الثاني 1957م أشار إليه : المصري، حسني، المرجع السابق، ص429.

يجوز للمحكم بالصلح استبعادها حيث يقوم بوظيفة قضائية كقاضي الدولة سواء بسواء، وهي وظيفة الفصل في النزاع وإصدار حكم فيه⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن استخدام هيئة التحكيم بالصلح لسلطة تخفيف قسوة العقد بتخفيف بعض شروطه المتشددة وإن كان يعتبر تعديلاً للعقد ومن ثم تغييراً لطبيعته، إلا أن هذا التعديل لا يعد مسألة متعلقة بالنظام العام⁽²⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه أن هذه الحجج التي قال بها أصحاب الرأي السابق في بحثهم عن الأساس القانوني لسلطة هيئة التحكيم بالصلح في تخفيف صرامة العقد مثار النزاع لا تكفي للاعتراف لها بهذه السلطة، حيث يؤدي استخدامها إلى نتيجة خطيرة هي تعديل العقد بحيث يصبح أمام عقده مختلف كلياً عن العقد موضوع النزاع، وليس من السهل افتراض أن الأطراف قد تنازلوا ضمناً عن التمسك بشروط العقد موضوع النزاع، إذ يتعين تفسير اتفاق التحكيم تفسيراً ضيقاً محدوداً وبحذر شديد لا يجوز معه التوسع في السلطات المعترف بها لهيئة التحكيم بالصلح إلى درجة كبيرة⁽³⁾.

يضاف إلى ذلك أنه لا يجوز لهيئة التحكيم بالصلح مراجعة العقد لسد نواقصه وإكمال أحكامه وإضافة شروط جديدة إليه، لأن كل هذه المسائل تتجاوز مهمتها ولا يملكها سوى الأطراف أو من ينوب عنهم في إجراءاتها، وبالتالي لا يجوز لهيئة التحكيم الطليق أخذ مكان الأطراف في تحديد ثمن المبيع موضوع النزاع أو تعديله إثر ظروف اقتصادية غير متوقعة، لأن هيئة التحكيم ليست وكيلاً عن الأطراف وإنما تقوم بمهمة قضائية محددة هي الفصل في النزاع.

(1) عبد الفتاح، عزمي، المرجع السابق، ص 252-253.

(2) المصري، حسني، المرجع السابق، ص 430.

(3) أبو الوفاء، أحمد، المرجع السابق، ص 185-186.

وعندما تقتضي الظروف الاقتصادية غير المتوقعة مراجعة العقد، كما في أحوال التقلبات المالية والاقتصادية وتغير أسعار المواد الأساسية ونحو ذلك، فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم - ولو كان بالصلح - التدخل في ذلك بطريقة مباشرة، وكل ما تستطيع معه أن تدعو الأطراف لمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأن الشروط المعدلة أو الجديدة دون أن تفرض عليهما طريقة أو أسلوب معين للتفاوض وإن جاز تعيينها مراقباً لهذا التفاوض، وإنما يقتصر دورها على حث الأطراف على التوصل إلى حل، فإذا ما توصل الأطراف إلى اتفاق في شأن المسائل محل التفاوض، باشرت هيئة التحكيم بالصلح مهمتها بالبحث فيما إذا كان هذا التفاوض قد تم بحسن نية أو سوء نية، وفيما إذا كان الاتفاق الذي انتهى إليه عادلاً أو غير عادل على ضوء القواعد التي تراها أنها تحقق العدالة من أدل أن تكون أساساً للقرار الصادر عن هيئة التحكيم⁽¹⁾.

تجدر الإشارة أن هيئة التحكيم بالصلح قد تستمد القواعد التي تراها عادلة من المبادئ العامة في القانون أو من قانون اجنبي أو ربما من قانون وطني، وكل ما يهم في إطار التحكيم الطليق التحكيم مع التفويض بالصلح أن تكون القواعد المستمدة ترى فيها هيئة التحكيم أساساً لتحقيق العدالة التي يبتغيها الأطراف، وتم تفويض هيئة التحكيم الطليق بإصدار القرار على أساسها⁽²⁾.

والأعراف والعادات لها معنى واسع في المعاملات الدولية سواء وصلت إلى مرحلة الإلزام أم لا، وعادة تكون هيئة التحكيم عالمة بها وتستطيع تكليف أحد الأطراف بإثباتها، ولكن درجة المؤسسات على تدوين بعض الأعراف والعادات كالوثيقة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والتي تتضمن تفسيراً لبعض المصطلحات المستخدمة في مجال التجارة الدولية كالبائع (FOB)

(1) عبد الفتاح، عزمي، المرجع السابق، ص 255-256.

(2) ناصيف، حسام الدين، المرجع السابق، ص 98.

والبيع (CIF) والعقود النموذجية وسندات النقل، والشروط العامة كالتالي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية ومنها الشروط العامة لبيع الأخشاب⁽¹⁾.

ولكن يتوجب على هيئة التحكيم أن تراعي بعض الاعتبارات عند تطبيقها للأعراف والعادات، أهمها أن نصوص العقود النموذجية والشروط العامة كثيراً ما تتجاوز تسجيل الطابع الممارسات السائدة في المعاملات الدولية وإنما تتضمن قواعد مستحدثة أو لم يتحقق لها بعض الطابع الدولي⁽²⁾.

وأما الاعتبار الآخر فيتضمن أن بعض العقود النموذجية والشروط العامة تتعلق بمشاريع عملاقة تم إعدادها لاستخدامها من قبل المتعاملين معها، وهناك البعض الآخر أعدته الجمعيات المهنية الراعية للمعاملات الدولية، ومن هنا فإن تلك الجمعيات هي الأسس لاعتمادها كأعراف وعادات سائدة باعتبارها الأكثر دراية وإحاطة بمضمونها⁽³⁾.

والاعتبار الثالث الذي يتوجب على هيئة التحكيم مراعاته هو التأكد من أن تلك الأعراف والعادات المدونة ما زال يجري العمل بها ولم تتجاوزه إرادة الأطراف إلى غيرها، وأما الاعتبار الأخير فيمكن في وجوب أن تكون هيئة التحكيم حذرة في الأخذ المطلق بتلك الشروط العامة والعقود النموذجية سيما وأنها في الغالب الأعم تعبر عن مصالح الأقوياء في تلك الجمعيات المهنية⁽⁴⁾.

(1) غصن، خليل عمر، المرجع السابق، ص 146.

(2) الجمال، مصطفى محمد، وعبد العال، عكاشة محمد، المرجع السابق، ص 740.

(3) الجمال، مصطفى محمد، وعبد العال، عكاشة محمد، المرجع السابق، ص 741.

(4) عبد الفتاح، عزمي، المرجع السابق، ص 260.

الفصل الخامس الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة بالبحث والتحليل موضوع تنازع القوانين في موضوع النزاع المحال على التحكيم، ذلك أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يعدّ الأساس الذي يستمد منه المحكم قدرته على مباشرة مهمته.

إن القانون المختار سواء تم اختياره عن طريق إرادة أطراف خصومة التحكيم أو عن طريق هيئة التحكيم أو بموجب قواعد العدالة والإنصاف يقف أمامه مانع عام هو وجوب عدم مخالفة القانون الواجب التطبيق للنظام العام.

ثانياً: النتائج:

توصلت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج، نورد أهمها، وهي:

1. إن التحكيم التجاري الدولي قد أصبح أنجح السبل لحل منازعات التجارة الدولية، وأن حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم قد تعاضم دورها.
2. إن موضوع تنازع القوانين الذي يصطدم به التحكيم كوسيلة لحل المنازعات يشكل عائقاً أمام اللجوء للتحكيم من ناحيتين؛ الأولى المساس بالسيادة التشريعية للدولة التي يجري التحكيم على إقليمها ومدى تنظيم موضوع التحكيم ضمن النصوص التشريعية والقوانين لهذه الدولة، والثانية التنازع في القوانين التي ستطبق على اتفاق التحكيم ابتداء من النص على هذا الاتفاق ومروراً بموضوعه وإجراءاته.
3. إن عدم اتفاق أطراف التحكيم على قانون معين ليحكم علاقتهم تثار بشأنه مسألة الإخلال بتوقعات الأطراف بتطبيق قانون غير متفق عليه.

4. أوجد الفقه والقضاء بعض الدلائل لاستنباط الإرادة الضمنية كمقر التحكيم ومحل التنفيذ.
5. لم تعد المعايير التقليدية للهروب من مشكلة تنازع القوانين ذات جدوى في ظل تطوّر التشريعات وأحكام التحكيم التي أصبحت تفسح المجال أم ام هيئة التحكيم لتطبيق القواعد القانونية بشكل مباشر دون تلك المتعلقة بقواعد التنازع.
6. إن إعطاء هيئة التحكيم صلاحية تطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصالاً بالنزاع عند عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يؤدي إلى تفادي الدخول في مشكلة تنازع القوانين.
7. لقد تطور مفهوم التحكيم مع التفويض بالصلح (الطلاق)، وإذا كانت هيئة التحكيم المفوضة بالصلح تطبق قواعد العدالة والإنصاف مع الالتزام بالمبادئ الأساسية الناظمة لخصومة التحكيم، فإن العقد الدولي الطليق قد يبدأ يتلمس طريقه في عالم التحكيم، بحيث تصبح نصوص العقد كافية كقواعد يمكن تطبيقها على موضوع النزاع.
8. إن تراجع دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم يعد مبرراً لضرورة تبني قواعد دولية لتطبيقها على المنازعات لتجنب تضارب أحكام التحكيم.

ثالثاً: التوصيات:

1. أوصي المشرع الأردني بضرورة تعديل نص المادة (36/د) بحيث يضاف إلى النص عبارة (ما عدا تلك المتعلقة بالنظام العام) ليصبح النص على النحو الآتي : (د- يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون ما عدا تلك المتعلقة بالنظام العام).

2. أوصي المشرع الأردني بإعادة ترتيب فقرات نص المادة (36) بحيث يصبح نص الفقرة (ج) محل الفقرة (د) ونقل الفقرة (د) ليصبح محلها الفقرة (ج) كما فعل المشرع المصري في قانون التحكيم، حتى لا يفهم أن المحكم الطليق لا يراعي الأعراف والعادات وما جرى عليه التعامل بين الطرفين.
3. أوصي المشرع الأردني بوضع قواعد موضوعية للعقد الدولي الطليق، والسماح بإمكانية تطبيق شروطه على موضوع النزاع في حال كونها كافية بذاتها.
4. أوصي بتوحيد التشريعات الواجبة التطبيق على التحكيم وذلك من خلال المنظمات والمراكز التحكيمية التي تتبنى حل المنازعات عن طريق التحكيم على أسس ومعايير موضوعية تتوافق مع توقعات الأشخاص ومتطلبات التجارة الدولية وما تحتاجه من مرونة.
5. أوصي بأن يعالج المشرع الأردني في قانون التحكيم حالة طلب أحد الأطراف إلزام خصمه بتقديم دليل أو مستند تحت يده.

قائمة المراجع

أولاً: المعاجم:

1. رضا، يوسف محمد (2006). معجم العربية الكلاسيكية والمعاصرة، مكتبة لبنان، بيروت.

2. ابن منظور، جمال الدين محمد بن عبد الله بن مكرم (1982). لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج8.

ثانياً: المراجع باللغة العربية:

1. ابن منظور، جمال الدين محمد بن عبد الله بن مكرم (1982). لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج8.

2. أبو الوفاء، أحمد (2001). التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة.

3. أبو الوفاء، أحمد (2008). التحكيم بالقضاء وبالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة.

4. أحذب، عبد الحميد (2011). موسوعة التحكيم، التحكيم التجاري الدولي، ج2.

5. أحمد، عشوش (1984). القانون الذي يحكم الاتفاقيات الدولية، جامعة الزقازيق، مصر.

6. بريري، مختار أحمد (2009). التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3.

7. بطاينة، عامر فتحي (2008). دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى.
8. بندق، وائل أنور (2004). موسوعة التحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الأولى.
9. تحيوي، محمود السيد (2002). أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة.
10. تحيوي، محمود السيد (2003). العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1.
11. تحيوي، محمود السيد (دون سنة نشر). التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة.
12. جمال الدين، صلاح الدين (2006). التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى.
13. جمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.
14. جمال، مصطفى محمد، وعبد العال، عكاشة محمد (2002). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
15. حداد، حفيظة السيد (2011). الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط1.
16. حداد، حمزة أحمد (2010). التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة، عمان، ط1.
17. حداد، حمزة أحمد (2010). التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة، عمان، الطبعة

الأولى.

18. حديدي، علي الشحات (2009). **التدابير الوظيفية والتحفظية في التحكيم التجاري**، دار

النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة.

19. حيدر، علي (دون سنة نشر). **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، الكتاب الثاني عشر،

بيروت.

20. دواس، أمين (2001). **تنازع القوانين - دراسة مقارنة**، دار الشروق، عمان، الطبعة

الأولى.

21. راشد، سامية (1984). **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، الكتاب الأول، دار

النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.

22. رضوان، أبو زيد (1981). **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر

العربي، القاهرة، الطبعة الأولى.

23. رفاعي، أشرف عبد العليم (2010). **القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم**

والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

الطبعة الثالثة.

24. رفعت، ولاء (419هـ). **التحكيم التجاري الوطني والدولي في المملكة العربية السعودية**،

الغرفة التجارية الصناعية في جدة، ط1.

25. رمح، عبد الله عيسى علي (2009). **حكم التحكيم**، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة

الأولى.

26. زعبي، محمد عبد الخالق (2009). شرح قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، دار اليراع للنشر والتوزيع، عمان، ط1.
27. زين العابدين، إبراهيم بن نجم المصري الحنفي (دون سنة نشر). البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، دون طبعة.
28. سامي، فوزي محمد (2012). التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار السادس.
29. سمدان، أحمد (2010). القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الطبعة الأولى.
30. شحاتة، محمد نور (دون سنة نشر). النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
31. شرف الدين، أحمد (2010). المرشد إلى قواعد التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية.
32. شرقاوي، محمود سمير (2012). التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة.
33. شفيق، محسن (1997). التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
34. شفيق، محسن (دون سنة نشر). التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
35. شهاب الدين بن أبي إسحاق المعروف بابن أبي الدم الحموي (دون سنة نشر). أبد الفقهاء، تحقيق د. محمد وهبي الزحيلي، المجمع العلمي.
36. صادق، هشام (1974). تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة.

37. صاوي، أحمد السيد (2010). التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 1994م وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية.
38. صوراني، مهند أحمد (2005). دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى.
39. طراونة، مصلح أحمد (2010). الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دار وائل، عمان، الطبعة الأولى.
40. عبد الحميد، عثمان (2011). التحكيم في منازعات العمل الجماعية، الكويت، الطبعة الأولى.
41. عبد الفتاح، عزمي (2008). قانون التحكيم الكويتي، دار مؤسسة الكتب، الكويت، الطبعة الأولى.
42. عبد القادر، ناريمان (1996). اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
43. عبد المجيد، منير (1995). قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات، الإسكندرية، الطبعة الأولى.
44. عطية، سليم، والفكهاني، حسن (1999-2000). موسوعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض المصرية، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، الطبعة الأولى.
45. عظمي، محمد ضياء (1978). أحكام النبي، دون دار نشر ودون طبعة.

46. عكاشة، محمد عبد العال (1993). **قانون العمليات المصرفية الدولية - دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى.
47. عمر، محمد عبد الخالق (2010). **النظام القضائي المدني**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة.
48. غصن، خليل عمر (2009). **سلطة المحكم في التحكيم الداخلي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1.
49. غندور، أحمد حسن (1998). **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
50. فضلي، أحمد (1999). **التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص**، دار المناهج، عمان، الطبعة الأولى.
51. فقي، عمر عيسى (2003). **الجديد في التحكيم في الدول العربية**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط1.
52. قصاص، عيد محمد (2007). **حكم التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية.
53. كمال، فهمي (دون سنة نشر). **أصول القانون الدولي الخاص**، القاهرة، الطبعة الثانية.
54. مذكور، محمد سلام (1972). **المدخل إلى الفقه الإسلامي**، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة.

55. مصري، حسني (2006). التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى.
56. مصطفى، عبد الرحمن عبد الحكيم (1991). الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، القاهرة، دون دار نشر، الطبعة الأولى.
57. منسي، محمد عبد العزيز (2011). موسوعة اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح بالكويت ودار حنين، عمان، الطبعة الأولى.
58. منصور، مصطفى منصور (1986). مذكرات في القانون الدولي الخاص الكويتي، جامعة الكويت، كلية الحقوق، الطبعة الأولى.
59. مومني، أحمد (1983). التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، مطابع التوفيق، عمان، الطبعة الأولى.
60. ناصف، حسام الدين (1999). قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
61. هاشم، محمود محمد (1990). النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الأولى.
62. هداوي، حسن (2008). القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الثامن.
63. هندي، أحمد (2001). تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى.

64. والي، فتحي (1980). مبادئ قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة.

65. والي، فتحي (2007). قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى.

ثالثاً: الرسائل والأبحاث العلمية والدورات التدريبية:

1. أبو مغلي، مهدي عزمي، والجهني، أمجد حمدان (2009). رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن والثلاثون.
2. أحمد، محمد حسين محمد (2012). بطلان حكم التحكيم ونطاق رقابة محكمة التمييز عليه، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن.
3. جداوي، أحمد قسمت (1996). تنازع القوانين في شأن قابلية النزاع للتحكيم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد الثاني، السنة الثامنة والثلاثون.
4. خريشا، تمارا محمود (2008). الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الوطنية والدولية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
5. طراونة، مصلح، والحجايا، نور (2005). التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الأول.
6. عداسين، محمود (2009). التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن.
7. راغب، وجدي (1992). مفهوم التحكيم وطبيعته، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثامن،

السنة الثلاثون.

8. عدواني، محمد سعد (2011). مدى الرقابة القضائية على حكم التحكيم - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق.
9. حشيش، أحمد (1986). الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، مصر.
10. راغب، وجدي (1998). هل التحكيم نوع من القضاء؟ مجلة العلوم القانونية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة العشرون.
11. عيسى، جلال محمد (1996). القواعد التي تطبقها المحكمة على موضوعات المنازعات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان.
12. عساف، تمام عودة (2011). إلزامية حكم المحكم، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، المجلد 38، العدد 51.
13. نوايسة، عامر مد الله (2003). النظام القانوني لهيئة التحكيم في القانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الكرك.
14. صرايرة، منصور (2012). دورة تدريبية متخصصة في أساسيات التحكيم، تنظيم أزاليا للاستشارات المهنية بالتعاون مع نقابة المحامين الأردني، الأردن، الفترة من 13-2012/7/15م.
15. عبد المجيد، منير (1999). حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية، مجلة المحاماة، مصر، العدد 827.

16. فؤاد، رياض (2005). مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص، مجلة مصر المعاصرة، السنة 57، يناير، العدد 323.

17. رضوان، أبو زيد (1979). الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثالثة، العدد الثاني.

18. حزبون، جورج، وعبيدات، رضوان (2006). إلزامية قرارات التحكيم، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الكويت، العدد 26، إبريل.

19. زعبي، محمد داود (2011). دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى.

رابعاً: أحكام محكمة التمييز الأردنية، مشار إليها في حواشي الدراسة.
خامساً: القوانين:

1. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.
2. قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م.
3. قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م.

سادساً: الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، مشار إليها في متن وحواشي الدراسة.
سابعاً: المراجع باللغة الإنجليزية:

1. Aboul – Enein, M.I.M. (2010). **Arbitration under the auspices of the Cairo Regional center for commercial arbitration International**, Tax and Business Layuer, London.
2. Bebvolve (2007). **The Arbitration Development contracts Harvard international law**, London.
3. Darnard M. Gremades (1999). **The impact of international arbitration on the Development of Business Law**, London.