جامعة القاهرة

كلية الحقوق

قسم القانون التجاري

(التحكيم المتعدد الأطراف في عقود التجارة الدولية بين النظرية و التطبيق)

رسالة مقدمة من الباحث

علاء محبوب على الجزار

للحصول على درجة الدكتوراة في الحقوق

لجنة المنافشة والحكم :

الأستاذ الدكتور / حسام الدين عبد الغني الصغير – أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري بكلية الحقوق جامعة حلوان (رئيساً)

الأستاذ الدكتور/ سامي عبد الباقي محمد - رئيس قسم القانون التجاري بكلية الحقوق جامعة القاهرة ومدير معهد قانون الأعمال الدولي (مشرفاً وعضواً)

الأستاذ الدكتور / أحمد فاروق وشاحي - الأستاذ المساعد بقسم القانون التجاري بكلية الحقوق جامعة القاهرة (عضواً)

القاهرة ٢٠١٧

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

منذ بداية الخلق ولا تخلو حياة البشر من المنازعات الناشئة عن تعارض مصالحهم سواء على المستوى الفردي أم الجماعي، مما تطلب وجود آليات مختلفة لحل تلك المنازعات ومرت هذه الآليات بتطورات كثيرة، وكان من أبرز هذه الآليات وأرسخها القضاء الرسمي للدولة الذي اضطلع بمهمة الفصل في المنازعات منذ نشأة سلطة الدولة واستقرارها وحتى الآن إلا أنه –ومع مرور الزمن– لم يعد أفضل الحلول لمواجهة متطلبات الفصل في بعض المنازعات التي تستلزم السرعة والمرونة نظراً لما استقر عليه القضاء الرسمي من الالتزام بضوابط إجرائية جازمة ولازمة فضلاً عما أصبح ينوء به من كم هائل من النزاعات يستغرق الوقت الطويل للفصل فيه، مما استلزم نشوء آلية بديلة توفر الوقت والجهد للفصل في المنازعات التي لا تحتمل إهدار أي من هذين العنصرين اللذين أصبح لهما بالغ الأهمية في عصرنا الحالي، ومن ثم كان التحكيم هو طوق النجاة بالنسبة لتلك المنازعات، إذ أنه يعد وسيلة مرنة وسريعة تضمن سرعة الفصل فيها كما تضمن سرعة وسهولة تنفيذ الحكم وهي مرحلة تفوق في قيمتها العملية مرحلة إصدار الحكم.

وإذ تأكدت للتحكيم الأهمية والمزايا التي أشرنا إليها والتي أصبحت لا تخفى على أحد، فقد لزم شموله بالبحث من كافة جوانبه وحالاته وصوره، ومن ذلك ما هو موضوع الدراسة الماثلة وهي الحالة التي يتعدد فيها أطراف التحكيم بحيث يزيد عن طرفين.

ومما يضفي على هذه الدراسة أهمية خاصة أنه على الرغم من تزايد حالة تعدد أطراف الخصومة في الحياة العملية فإن الحالات التي حسمت بها تلك الخصومة بواسطة التحكيم لم تكن فيما مضى توصف بالكثرة إلا أن وجودها في الآونة الأخيرة غدا ملحوظاً ملفتاً للانتباه، فلم تعد العلائق التجارية من البساطة بحيث ينحصر الخلاف الناجم عنها بين طرفين أثنين فقط فقد تعقدت المعاملات في المجالات التجارية والصناعية والاقتصادية وأصبحت عادة لا تتم إلا بمشاركة عدة أطراف يحتاج كل منها إلى ما يفتقر إليه من خبرات تتوفر لدى غيره من الأطراف ولما كانت مصالح هذه الأطراف لا تلتقى بل الغالب أنها تتقاطع مما يرتب المنازعات التي تنتظر الحسم الذي يأتي وليد تحكيمً تتعدد أطرافه. وهذا

ما يشير إليه الواقع العملي وإحصائيات غرفة التجارة الدولية التي كانت تشير إلى أنه خلال المدة من سنة ١٩٨٤ إلى ١٩٨٨ بلغت نسبة قضايا التحكيم متعدد الأطراف ٢١% من جملة القضايا المرفوعة أمامها وأنه في عام ١٩٨٨ كانت هناك نسبة ٣١% من القضايا متعددة الأطراف خاصة بمدعين متعددين ضد مدعى عليه واحد و٤٨% منها قضايا مرفوعة من مدعي ضد مدعى عليهم[١]. وهو ما تأكدت بما أعلنته ذات المؤسسة أنه خلال عام ٢٠١٦ أقيمت أمامها ٩٦٦ قضية تحكيمية دارت بين ٣٠٩٩ طرف محتكم ينمتمون إلى ١٣٧ دولة وهو ما يؤكد أن نسبة كبيرة من هذه الدعاوى التحكيمية تضم أكثر من طرفين أثنين وتعد من خصومات التحيكم المتعدد الأطراف[٢].

فلم يعد محلاً للجدل أن حسم النزاع الدائر بين عدة أطراف بواسطة خصومة واحدة تفصل فيها جهة واحدة وفي وقت واحد هو الحل الأمثل منعاً لتعارض الأحكام ومن ثم تسهيلاً لتنفيذها فضلاً عما يحققه ذلك من توفيراً في الوقت والجهد والنفقات.

والحقيقة أن التحكيم التجاري الدولي ثنائي الأطراف وبالرغم مما تعرض له من الكثير من البحث والدراسة على نطاق واسع وراسخ إلا أنه لايزال يواجه بعض الإشكاليات التي تنتظر المواجهه. ويزداد الأمر صعوبة إذا ما هذا التحكيم متعدد الأطراف فهو بهذه المثابة يكتنفه الكثير من الإشكاليات في غالب مراحل الخصومة التحكيمية.

وأولى هذه الإشكاليات تتعلق بما هو مستقر عليه من النشأة الاتفاقية للتحكيم إذ هو ينبثق عن اتفاق التحكيم الذي يعد الركيزة الأساسية له ومن ثم فيلزم أن يصدر هذا الاتفاق عن رضاء وموافقة طرفي خصومة التحكيم وهو ما يدق بالنسبة لخصومة التحكيم المتعدد الأطراف التي قد تنشأ بناء على امتداد شرط التحكيم أو انتقاله من أطرافه ليشمل آخرين غيرهم أو تدخل أو إدخال خصوم جدد في الخصومة.

1- S.R. BOND, THE EXPERIENCE OF THE ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION , ICC/DOSSIER OF THE INSTITUTE OF INTERNATIONAL BUSINESS LAW AND PRACTICE, 1991,P.40.

2-https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016 .٢٠١٧ آخر زيارة مارس

وثمة إشكالية أخرى تتعلق بمدى إمكانية تدخل أو إدخال خصوم من الغير في الخصومة التحكيمية الثنائية فعلى الرغم من هناك الكثير من الفوائد العملية المرجوة من وراء ذلك التدخل وهذا الإدخال إلا أنه ليس بالأمر السهل بناء على ما ذكرناه من الطبيعة الاتفاقية للتحكيم والتي تجعل من أي منهما أمراً شائكاً يستتبع – من حيث المبدأ – موافقة المتحكمين الأصليين على تدخل أو إدخال المحتكمين المدخلين وهو ما يشكل صعوبة في حاجة إلى دراسة وبحث.

وإشكالية أخرى تتعلق بمدى إمكانية ضم التحكيمات المرتبطة وصولاً لذات الفوائد العملية المشار إليها إذ أن مبدأ الضم وما يستتبعه من إجراءات ترتبط بالهيئة التي ستتولى نظر التحكيمات المرتبطة وإجراءات نظر تلك التحكيمات معاً هو أمر بالغ الصعوبة ويحتاج لدراسة متأنية.

يضاف إلى ما تقدم إشكالية تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم المتعدد الأطراف وإدارة الخصومة التحكيمية وإجراءاتها إذ لن يكون تشكيل مثل تلك الهيئة من اليسير في ظل اعتبارات تتعلق بالعدالة والموائمة بين المراكز القانونية للخصوم فضلاً عن التشكيل الوتري المفترض في تلك الهيئة وهي إشكالية تطل برأسها سواء كان تعدد أطراف التحكيم منذ بدايته أم أنه طارئ على الخصومة التي بدأت ثنائية أم أنه وليد ضم تحكيمات مرتبطة.

ويلاحظ أخيراً أن هذه الإشكالية هي إشكاليات بالغة الخطورة إذ أن معالجة أي منها بطريقة خاطئة قد يودي بالتحكيم المتعدد الأطراف ذاته ويوقعه حكمه الذي هو غايته في حومة البطلان بما يهدر عمل التحكيم كله.

من هنا تتجلى أهمية وصعوبة هذه الدراسة التي تمس موضوعاً لا نحسب أن الفقه قد أولاه حقه من التصدي له وهو ما كان دافعاً على الاستعانة بالله للتعرض له من خلال تسليط الضوء على بعض الآراء الفقيه التي مرت عليه وبعض التشريعات التي عالجته والكثير من القضايا التحكيمية التي لم تجد بدا من مواجهته.

ونتعرض بإذن الله لهذه الدراسة من خلال عدة أبواب نسبقها بفصل تمهيدي من مبحثين نمر في أولها على مفهوم التحكيم ونظامه القانوني وجهود الفقهاء المختلفة للوقوف على طبيعته وفي المبحث الثاني نعرض لبعض الحالات التي لا تشكل تحكيماً

متعدد الأطراف ومنها تعدد أطراف الخلف العام والخاص وكذا الحلول الإتفاقي وحالات حوالة الحق أو الالتزام. ومن ثم يكون الباب الأول لبيان حالات تعدد أطراف التحكيم منذ بدايته حيث نناقش في الفصل أول منه تعدد أطراف التحكيم منذ بدايته بموجب تعدد أطراف اتفاق التحكيم ذاته من خلال المبحث الأول من ذلك الفصل والذي عرضنا فيه لتحديد أطراف اتفاق التحكيم والمبحث الثاني منه الذي حاولنا فيه تمييزأطراف ذلك الاتفاق عن الغير بالنسبة له وفي الفصل الثاني كان الحديث عن تعدد أطراف التحكيم بموجب انتقال اتفاق التحكيم وفق القواعد العامة في القانون والتي تعرضنا له من خلال ثلاثة مباحث تناولنا في أولها انتقال اتفاق التحكيم بسبب الكفالة وفي ثانيها انتقاله بسبب التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحته ثم عرضنا في المبحث الأخير لانتقاله بموجب حوالة الحق.

أما في الفصل الثالث فقد تناولنا فيه تعدد أطراف التحكيم بموجب امتداد اتفاق التحكيم عبر مجموعة العقود ((Groupe de contracts)) حيث خصصنا المبحث الأول منه لبيان هذا السبب من أسباب امتداد اتفاق التحكيم بوجه عام ثم كان الحديث في مباحث ثلاثة متوالية عن امتداده في حالات الكونسورتيوم ((consortium)) وسلسلة العقود ((chaîn de contracts)) والتجمعات العقدية((Les ensembles contracts)) ثم انتقلنا إلى الفصل الرابع الذي ناقشنا فيه امتداد اتفاق التحكيم عبر مجموعة الشركات ((Group de sociétés)) والذي عرضنا له من خلال كل من اتجاهات أحكام التحكيم وكذا من خلال اتجاهات أحكام القضاء بشأنه حيث كان لكل منهما مبحثاً مستقلاً.

ثم انتقلنا في الباب الثاني للحديث عن تعدد أطراف التحكيم بعد ابتدائه ثنائياً حيث عرضنا في الفصل الأول منه للتدخل والإدخال في خصومة التحكيم كونه سبباً لتعدد أطراف التحكيم بعد ابتدائه ثنائياً حيث تحدثنا أولاً عن فلسفة التدخل والإدخال في الدعوى وذلك في مبحث مستقل وثنينا بمبحث آخر في ذات الفصل عرضنا فيه للتدخل والإدخال في الدعوى التحكيمية ثم في مبحث ثالث تحدثنا عن أثر الإدخال والتدخل في خصومة التحكيم على قواعد الاختصاص.

أما الفصل الثاني من هذا الباب فقد خصصناه للتصدي للسبب الثاني من أسباب تعدد أطراف التحكيم بعد ابتدائه ثنائياً آلا وهو ضم التحكيمات أو ما يطلق عليه التعدد

الرأسي لأطراف التحكيم حيث تناولنا هذه المسألة في مبحثين عرضنا في أولهما للتعريف بضم التحكيمات وموقف الفقه من تلك الفكرة وفي الثاني لمواقف بعض التشريعات منها وهو ما اكتمل معه بفضل الله الباب الثاني.

وكان علينا آنئذ أن ننتقل لبيان الآثار الناجمة عن تعدد أطراف التحكيم وهو ما تناولناه من خلال الباب الثالث حيث عرضنا في فصله الأول إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على التحكيم المتعدد الأطراف وذلك من خلال مبحث أول استعرضنا فيه معايير أختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي وذلك من خلال أربعة مطالب تحدثنا فيها عن اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على المنازعة التحكيمية والقانون الأنسب للتطبيق عليها وقانون مقر التحكيم وقانون التنفيذ باعتبارهما من القوانين المرشحة للتطبيق على التحكيم مع بيان علاقة كل من هذه المعايير بالتحكيم التجاري الدولي المتعدد الأطراف وفي المبحث الثاني من هذا الفصل تناولنا موقف بعض التشريعات على الصعيدين الداخلي والدولي من مسألة القانون المنطبق على إجراءات وموضوع التحكيم. ثم انتقلنا للفصل الثاني الذي تضمن تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المتعدد الأطراف وذلك من خلال مبحثين تكلمنا في الأول منهما عن اختيار هيئة التحكيم المتعدد الأطراف بمعرفة أطرافه سواء من عدد ثابت من المحكمين أو من عدد غير ثابت أو في حالة التحكيمات المنضمة ثم عرضنا في المبحث الثاني لاختيار هيئة التحكيم المتعدد الأطراف بمعرفة جهة أخرى غير أطرافه حيث تطرقنا لهذه الإشكالية في مطلب أول وأعقبناه بمطلب ثاني لبيان موقف بعض التشريعات منها.

ثم انتقلنا لمناقشة بعض الملامح الإجرائية في التحكيم المتعدد الأطراف والتي أوردناها في الفصل الثالث من هذا الباب حيث تناولنا في المبحث الأول منه بعض الدعاوى والمطالبات في إطار التحكيم المتعدد الأطراف حيث عرضنا للدعوى العابرة pass-through claim، ولحق استخدام الاسم (الدعوى غير المباشرة) the name-borrowing provision وللدعوى المباشرة من المقاول من الباطن ضد صاحب العمل Direct action of the subcontractor against the employer وللمسئولية التضامنية عن الديون المستحقة على الشركة في إطار مجموعة الشركات والمقاصة بينها

Joint responsibility for debts incurred by a company of the group and set—off

ومن خلال المبحث الثاني تعرضنا لبعض العقبات الإجرائية المحتملة في التحكيم المتعدد الأطراف ومقترحات مواجهتها وذلك عبر ثلاثة مطالب ذكرنا في أولها مسألة تعيين نفس المحكم وفي الثاني منها مسألة الإستقلالية والحيادية في المحكم الذي يتم اخيتاره في قضايا مرتبطة وفي الأخير منها مسألة تضارب الأحكام الذي قد ينتج عن التحكيمات المرتبطة والمنظورة معاً وفي الفصل الرابع والأخير من هذا الباب كان الحديث عن الحكم في التحكيم المتعدد الأطراف وذلك من خلال مبحثين خصصنا أولهما لمسألة صدور حكم التحكيم المتعدد الأطراف بأغلبية أوبإجماع آراء هيئة التحكيم وحجية هذا الحكم أما المبحث الثاني فكان موضوعه بطلان ذلك الحكم حيث تناولنا أسباب هذا البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم أو بالإجراءات التحكيمية أو بالإخلال بحق الدفاع أو بمخالفة النظام العام وأخيراً اختتمنا هذه الدراسة بخاتمة ذكر فيها ما خلص إليه هذا الجهد المتواضع الذي نسأل الله أن يمن علينا بأن يكون فيه بعض النفع للباحثين والدارسين والمحكمين والقضاة والمحامين.

اللهم لك الحمد كله ولك الشكر كله ومنك الفضل كله نسألك التوفيق كله.

فصل تمهيدي

لما كانت الدراسة الماثلة تتعلق بالحالات التي يتعدد فيها أطراف التحكيم وإذ كان معنى التحكيم لغةً واصطلاحاً وتميزه عن غيره من أنظمة تسوية المنازعات لم يعد يكتنفه غموض أو لبس يذكر إلا أنه يظل من الأهمية بمكان أن نمهد لموضوع البحث بإطلالة سريعة لمفهوم التحكيم والنظام القانوني له وذلك وصلاً لموضوع الدراسة المتعلق بتلك الحالات بما انبثقت منه باعتبارها في الأصل أحد انماط التحكيم.

كما أنه لما كانت هناك في الواقع العملي حالات يتعدد فيها أطراف خصومة التحكيم إلا أن هذا التعدد يعد من قبيل التعدد الظاهري الذي لا يمثل تعدداً حقيقياً لأطراف تلك الخصومة نظراً لتخلف شرط جوهري يلزم تحققه لاعتبار الخصومة التحكيمية متعددة آلا وهو أن تتعارض مصالح أولئك الخصوم تعارضاً حقيقياً وأن تقوم بينهم منازعة فعلية وهو ما يفرز الإشكاليات التي سبق بيانها والتي تعنى الدراسة الماثلة بمواجهتها ومن ثم فإن بيان حالات التعدد الظاهري لأطراف التحكيم يغدو ضرورياً بالنسبة لهذه الدراسة تحديداً لمحلها وذلك بطريق الاستبعاد.

وعلى ذلك نعرض في هذا الفصل التمهيدي لمفهوم التحكيم ونظامه القانوني في مبحث أول وللحالات التي لا تشكل سوى تعدد ظاهري للخصوم في التحكيم في مبحث ثاني.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم ونظامه القانوني

المطلب الأول : مفهوم التحكيم

التحكيم لغة من مادة [[حكم]] وحكّم بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه ويسمى [[الحَكَم]] بفتح الحاء والكاف أو المُحَكّم بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشددة[٣]. ومن ثم فالتحكيم بمعناه اللغوي العام يسع التحكيم بمعناه القانوني[٤] بشقيه الإجرائي sens processuel du term – والمقصود به الإجراءات التي تتبع عند مباشرة التحكيم –والقانوني sens juridique – والمقصود به مباشرة المهمة التحكيمية ذاتها.

والتحكيم في الاصطلاح القانوني هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين[٥].

وتبرز بعض التعريفات الصفة النظامية للتحكيم حيث يعرفه الأستاذ / ROBERT بأنه [نظام للقضاء الخاص تقصى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها] [٦].

كما جرت محكمة النقض المصرية في تعريفها للتحكيم على أنه طريق استثنائي لعرض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن

٢- مختار الصحاح – محمد بن أبي بكر الرازي – بيروت – دار القلم ط سنة ١٩٩٩ ص ١٤٨.

٣- طبيعة المهمة التحكيمية – د. أحمد محمد حشيش – طبعة دار الفكر العربي ص ٧.

٥- التحكيم التجاري الدولي – د. محمود مختار بريري – طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٤ ص ٥.

6- ROBERT .J , Arbitrage civil et commercial en droit interne et droit international privé ,4e édition, Dalloz, 1990 p 9.

ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين على عرضه على هيئة التحكيم(٧).

ويعد التحكيم أسلوباً قديماً جداً لحسم المنازعات التي تنشأ بين الأفراد بل والمنازعات بين القبائل ثم بين الدول، فقد عُرف التحكيم في المجتمعات القديمة للفصل بين القبائل، ورغم أن إجراءاته كانت بدائية وبسيطة إلا أنه كان يتم بمقتضى اتفاق يتضمن موضوع التحكيم واختيار المحكم(٨).

ففي مجال التحكيم بين الجماعات والقبائل والدول فيما ينشأ بينهم من منازعات في مجال القانون العام ساهم التحكيم في منع العديد من الحروب واستقرار السلام بين الدول، حيث عرفت المجتمعات القديمة التحكيم رغم ندرة اللجوء إليه، حيث كانت الدول تفضل حل منازعاتها عن طريق الحرب إذ لم تكن فكرة السلام قد تبلورت بعد، ولا يكاد يُعرف بالضبط متى بدأ التحكيم لكنه خلافاً لما يعتقده البعض فإنه من المؤكد أن ظهور التحكيم كان سابقاً على القرن العشرين بمدة طويلة، إذ من الثابت أن الملك سليمان كان حكماً. كما أن فيليب الثاني – والد الإسكندر الأكبر – استعمل التحكيم كوسيلة لحل نزاعات تتعلق بفرض النفوذ وذلك للوصول لمعاهدة سلام مع الولايات الجنوبية لليونان في غضون سنة ٣٣٧ قبل الميلاد(٩).

ومن التحكيمات الدولية اللافتة في العقود الأخيرة التحكيم الدولي الذي جرى بين مصر وإسرائيل والذي أعاد لمصر حقها التاريخي المشروع في طابا.

٧- الطعن رقم ٤١٢٢ لسنة ٦٢ ق . جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٧ والطعن رقم ٥٤٧٨ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠٠٤/١٠/١٤ والطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ ق – جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٦.

٨- قواعد التحكيم – د. أحمد شرف الدين – مدير مركز تحكيم جامعة عين شمس – ص ٩ طبعة شركة ناس للطباعة سنة ٢٠٠٧.

9- Robert V. Massey, Jr. West Virginia University Extension Service Institute for Labor Studies and Research آخر زيارة في ٢٠١٠/١٠/١٥
http://www.laborstudiesandresearch.ext.wvu.edu/r/download/32003

أما في مجال القانون الخاص فقد عرف التحكيم في المجتمعات البدائية باعتباره وسيلة لحل المنازعات بين الأفراد بطريقة سلمية ، ومن ذلك ما ورد بقانون الألواح الأثنى عشر سنة ٢٥٠ قبل الميلاد أن المجتمع الروماني كان يعرف نوعاً من الدعاوى تسمى الدعاوى التقريرية – تقوم على أساس التحكيم – يطلب فيها الدائن من الحاكم تعيين قاضي للفصل في النزاع في حالة ما إذا كان الدين ثابت بمقتضى اشتراط[١٠].

واستمر التحكيم بعد ذلك كوسيلة موازية للقضاء تعتمد عليها المجتمعات لفض المنازعات بين أفرادها ولم يجتذب الأفراد فقط بل حظي بالدعم الحكومي ففي الولايات المتحدة الأمريكية نجد قانون التجارة بين الولايات الصادر سنة ١٨٨٧ يتضمن النص على شرط التحكيم الاختياري بالنسبة للعمال في صناعة السكك الحديد ثم في سنة ١٩٢٥ صدر قانون التحكيم الفيدرالي الذي وثق لآلية التحكيم وفي سنة ١٩٩١ حث قانون الحقوق المدنية بأمريكا على اللجوء للتحكيم.

وفي مجال التحكيم بين الأفراد فقد أثبتت إحصائيات مكتب العمل بالولايات المتحدة الأمريكية أنه بحلول عام ١٩٤٤ أصبحت ٧٣% من عقود العمل في أمريكا تحتوي على شرط التحكيم وفي أوائل الثمانينيات ارتفعت النسبة إلى ٩٥% فيما تقدر اليوم عقود العمل الجماعية التي تحتوي على شرط تحكيم بنسبة تزيد عن ٩٨% وذلك على أثر تنامي الشعور بما يوفره شرط التحكيم في العقود من طمأنينة وثقة لدى كل من الطرفين في أن الطرف الآخر سوف ينفذ التزامه وأن المتضرر منها بسبب من عدم التنفيذ سيتمكن سريعاً وبوسيلة ناجزه من الحصول على مستحقاته[١١].

وفي عام ١٩٤٩ وتحت علم الجمعية العامة للأمم المتحدة تكونت محكمة العدل الدولية بعد أن حلت الجمعية العامة محل عصبة الأمم وتشكلت لجنة القانون التجاري الدولي وكان من الموضوعات التي أعطتها اللجنة الأولوية دراسة إجراءات التحكيم بين الدول حيث توصلت إلي قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي Model law والذي تم

١٠- التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية – د. علي عوض حسن – دار الفكر العربي طبعة ٢٠٠١ ص ١٢.

11 -Robert V. Massey, Jr.(المرجع السابق)

التصديق عليه في ١٩٨٥/٦/٣٠ وكانت الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أقرت قواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعروفة بقواعد اليونسترال UNCETERAL وذلك في ١٩٨٦/١٢/١٥.

وفي عام ١٩٩٤ وبعد جولة أورجواي الأخيرة في مراكش وتحديدا في ١٩٩٤/٤/١٥ نشأت منظمة التجارة العالمية WTO وقد انتهت الجولة الأخيرة إلى إنشاء جهاز تسوية المنازعات بموجب (الملحق رقم ٢) والذي له سلطة إنشاء فرق تحكيم.

إلا أن أحكام التحكيم في العصور القديمة كانت تفتقد إلى القوة التنفيذية فلم تكن في القانون الروماني إلا اقتراح لا يترتب على عدم تنفيذه إلا إقامة الدعوى على الممتنع عن التنفيذ لدفع عقوبة مالية[١٢]، أما في العصور الحديثة أصبح حكم التحكيم محاطاً بالعديد من الشروط والضوابط التي تضمن حجيته وكذا تنفيذه، حيث أصبح ينص على ذلك عادة باتفاق التحكيم.

وفي حين يتمتع القضاء العادي بالأمان بسبب ما تحيطه الدولة به من ضمانات، فإنه مع مرور الوقت ومع التطور المذهل في المعاملات وبخاصة المعاملات التجارية سواء على المستوى الداخلي أو الدولي فقد أصبح ما يكتنفه من سلبيات كالبطء والنصوص الجامدة في القوانين واجبة التطبيق ما يجعله غير مناسب لهذه المعاملات، مما حمل المشرع على أن يجيز لأصحاب هذه المعاملات اللجوء إلى نظام قضائي آخر مواز للنظام القضائي العادي لفض خلافاتهم بشكل سريع واقتصادي وسري، هو نظام التحكيم الذي يختار الخصوم فيه شخصاً حيادياً نزيهاً يدعى المحكم - Arbitrator - وفوضه في إصدار حكم نهائي له حجيته وإلزاميته وقوته بين الأطراف طبقاً لأحكام القانون، ما لم يكن مفوضاً بالصلح، واستمد التحكيم قوته وفعاليته من اتفاق التحكيم التي تتطلب كافة التشريعات أن يكون مكتوباً، باستثناء القانون الألماني الذي يعترف بالاتفاق الشفوي بين التجار على اللجوء للتحكيم.

١٢- د / إبراهيم أحمد إبراهيم أستاذ القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق جامعة عين شمس – التحكيم الدولي الخاص – دار النهضة العربية – الطبعة الثالثة – سنة ٢٠٠٠ – ص ٨ و ٩ .

ثم اتسعت فكرة التحكيم فعلى الرغم من أنها تعتمد على مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن التحكيم الإجباري بدأ يأخذ دوراً بارزاً وفعالاً لحل الخلافات التعاقدية أو غير التعاقدية، المدنية أو التجارية، الناشئة بين المؤسسات والهيئات العامة داخل الدولة الواحدة، أو بين المؤسسات الاقتصادية في دول مجموعة سوق التعاون الاقتصادي (الكوميكون)[١٣].

إلا أنه بفضل المزايا التي يتمتع بها نظام التحكيم، فقد تبلور وأصبح نظاماً قضائياً عالمياً إلى جانب النظام القضائي العادي، إضافة إلى أنه أصبح يضطلع بوظائف اقتصادية، سواء في مراقبته تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة في دول الاقتصاد الموجه، أو في تعديله لشروط العقد الاقتصادي، أو في إلزام الهيئات الاقتصادية بإبرامه وتنفيذه تحقيقاً للخطة الاقتصادية العامة.

وترسيخاً لهذا الدور، بدأ التحكيم بمحاولة تكوين قانون تجاري خاص دولي Lex mercatoria **بدلاً من القانون الدولي الخاص، الذي يلاقي تطبيقه بعض الصعوبات، مثل تحديد قواعد تنازع القوانين، واختيار القانون واجب التطبيق، واعتبار الحكم الصادر بمثابة الحكم الوطني ...إلخ. وقد نجحت هذه المحاولة عن طريق الاهتمام الدولي بنظام التحكيم التجاري من قبل الدول أو الأمم المتحدة. وقد ظهر نتيجة لهذا الاهتمام عدد من الاتفاقيات والقواعد الدولية التي تنظم شؤون التحكيم، منها اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، واتفاقية السوق الأوربية لعام ١٩٦١ واتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ واتفاقية الكوميكون بين الدول الاشتراكية لعام ١٩٧٢، وقواعد التحكيم الخاص الدولي لعام ١٩٧٦، واتفاقية الرياض القضائية بين الدول العربية لعام ١٩٨٣، واتفاقية القانون النموذجي للتحكيم لعام ١٩٨٥، واتفاقية عمان للتحكيم التجاري بين الدول العربية لعام ١٩٨٧.**

وبفضل جهود مؤسسات التحكيم الدولية والإقليمية، والعاملين في شؤون التحكيم، تم إصدار عدد من القواعد الإجرائية التحكيمية، وجرى تعديل القوانين المحلية مثل قوانين

١٣- مجلس التعاون الاقتصادي (الكوميكون) هي منظمة اقتصادية تأسست في ٢٥ جانفي سنة 1949 م، وكانت تضم الاتحاد السوفيتي، ألمانيا الشرقية، المجر، بلغاريا، رومانيا، تشيكوسلوفاكيا، كوبا، فيتنام. وتهدف إلى التخطيط المنظم القائم على قاعدة التبادل الثنائي بين الأعضاء وإنشاء منطقة للتبادل الحر بين دول المعسكر الاشتراكيhttps://ar.wikipedia.org/wiki **آخر زيارة في ٢٠١٦/١٠/٢**

المرافعات الفرنسي في عام ١٩٨١ ثم في عام ٢٠١١[١٤]، والمرافعات الإيطالي في عام ١٩٨٣، وأصبحت التعديلات القانونية الجديدة تعترف بصحة بنود التحكيم وعقود التحكيم الأخيرة. كما حددت القواعد العامة الموحدة لاختيار القوانين واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وعلى إجراءات التحكيم، طبقاً لإرادة الخصوم الصريحة أو الضمنية، فإن لم يتفقوا على اختياره، فإنه يتم وفقاً لتفويض المحكمين صراحة أو وفقاً للنظام القانوني التحكيمي الذي يطبقونه، باختيار القاعدة الملائمة في التنازع القانوني التي تساعد على اختيار القانون الموضوعي، وباختيار قانون المرافعات وفقاً لإرادة الخصوم، فإذا لم يتفقوا عليه، فإن المحتكمين يطبقون قانون المرافعات في بلد مكان التحكيم. فضلاً عن ذلك، تركز الاهتمام الدولي على موضوع تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في بلدان أخرى، وأعطيت الأولويات بالتطبيق للاتفاقيات الدولية، الجماعية أو الثنائية، فإن لم توجد هذه الاتفاقية، فإن التنفيذ يكون وفقاً لقواعد القانون الوطني. كما تركز الاهتمام على تبسيط وتسهيل إجراءات تنفيذ هذه الأحكام على الصعيد الدولي.

المطلب الثاني : النظام القانوني للتحكيم

تبدأ عملية التحكيم اعتباراً من تاريخ الاتفاق على التحكيم، وتنتهي بصدور الحكم وطلب تنفيذه. ومن ثم فإن التحكيم يتميز عن القضاء بأنه – بحسب الأصل – ذو طابع اتفاقي هو المنشأ له بيد أنه لا يعد مجرد (عقد) ابرم بين طرفي التحكيم إذ أن جوهره يتعلق بالفصل في خصومة والقضاء بحكم ملزم لأطرافها ومن هنا فقد اجتهد الفقه للوقوف على طبيعة العملية التحكيمية وتكييفها تكيفاً يتفق مع تلك الطبيعة الخاصة، فمن قال بالطبيعة التعاقدية للتحكيم ومن قال بطبيعتة القضائية ومن قال بالطبيعة المختلطة للتحكيم ومن قال بالطبيعة الخاصة له.

<u>أولاً : نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم</u>

١٤- بموجب المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ الصادر في ٢٠١١/١/١٣.